

C. 1455.

Liv. 752.

22-D-311 Kobinver

# Der Besitz

mit Einschluß

der Besitzklagen

nach

## österreichischem Rechte

mit Berücksichtigung

des gemeinen Rechtes,

des preussischen, französischen und italienischen, des sächsischen und zürcherischen Gesetzbuches.

Von

**Dr. Anton Randa,**

ord. Professor der Rechte an der Universität zu Prag



Dritte, durchgesehene und vermehrte Auflage.



Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1879.

Karl Georg Bruns

und

Rudolf von Ihering

gewidmet.



Alle Rechte vorbehalten.

## Vorwort zur dritten Auflage.

Die günstige Aufnahme und rasche Verbreitung, welche die zweite Auflage dieses Buches zum Theil auch außerhalb der Grenzen Oesterreichs und Deutschlands fand, machte es mir zur Pflicht, dieselbe der bessernden Revision zu unterziehen, und durch Berücksichtigung der inzwischen publicirten Literatur und Rechtsprechung, sowie durch Ausfüllung einzelner Lücken (z. B. §§. 7<sup>a</sup>. 17. u. a.) thunlichst zu ergänzen. Gern hätte ich nach Wunsch eines sehr geehrten französischen Kritikers auch die neuere französische Literatur in gebührender Weise rechtsvergleichend herangezogen; doch wäre hierdurch das Erscheinen dieser Auflage und die Vollendung meiner Monographie über das Eigenthum — welche ohnedieß durch die Revision dieser Ausgabe stark ins Stocken gerieth — so sehr hinausgeschoben worden, daß ich hierauf vorläufig verzichten mußte.

In diesen Tagen, an welchen — wie unsere altherwürdige Prager Alma mater — so wohl alle Hochschulen Oesterreichs und Deutschlands den hundertjährigen Geburtstag Fr. C. Savigny's festlich begehen, gedenke ich mehr denn je dankbaren Herzens des unsterblichen Meisters der Jurisprudenz, dessen großes, für den Sachenbesitz bahnbrechendes Werk die Ab-

fassung dieser Monographie in so hohem Maße erleichterte und förderte. Sie wäre nicht, wie sie ist — wäre vielleicht auch gar nicht, wenn ich nicht in der glücklichen Lage gewesen wäre, auf seine grundlegende und mächtig anregende Arbeit mich stützen zu können. Im Anschlusse an die Schlußworte der Brinz'schen Festrede rufe ich: Größer als sein Verdienst war keines!

Möge auch diese Auflage dieselbe gütige und nachsichtige Aufnahme finden, welche den früheren zu Theil wurde!

Prag, Ende Februar 1879.

### Vorwort zur zweiten Auflage.

Im Verlaufe der elf Jahre, welche seit dem Erscheinen der ersten Auflage dieses Buches verfloßen sind, hat die gemeinrechtliche Literatur der Besitzlehre so vielfältige Bereicherung erfahren, daß schon dieser Umstand mich hätte veranlassen müssen, dasselbe einer eingehenden Revision zu unterziehen. Hauptsächlich sind es die Schriften Rudolf von Ihering's: „Ueber den Grund des Besitzschutzes“ (1868, 2. Auflage 1869.), und von C. G. Bruns: „Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts“ (1874), welche zu wiederholter Prüfung der bisherigen Lehre herausfordern. Namentlich gilt dies von Ihering's Monographie, welche weit über die Grenzen ihres Titels hinausgreifend nicht nur eine tief einschneidende Kritik des grundlegenden Werkes Savigny's enthält, sondern zugleich die Grundzüge zum Aufbau der Besitzlehre auf neuer Grundlage bietet. Man mag über die innere Berechtigung dieses Versuches und die Wichtigkeit der gewonnenen Resultate streiten: Stellung nehmen muß zu demselben heutzutage jeder Schriftsteller, der Antheil nehmen will an dem wissenschaftlichen Fortbau des heutigen römischen

Rechts. Darf man doch von Ihering's Monographie dasselbe behaupten, was dieser von der Savigny'schen: Sie fordert wie kaum ein anderes Buch die Kritik heraus, nicht etwa in Einzelheiten, sondern in der Grundanschauung! Und doch wird — wie die Erfahrung zeigt — nur zu leicht auf den illustren Namen seines Urhebers hin ein wohlklingendes Princip willig angenommen, das, in seine letzten Consequenzen verfolgt, mit unangreifbaren Fundamenten der Rechtslehre in unvereinbaren Widerspruch geräth. Hiemit habe ich auch schon meine Stellung zur Monographie Ihering's bezeichnet! Keine Frage, daß sich die Besitzlehre auf Grundlage des Ihering'schen Gedankens aufbauen läßt; — aber die römische Besitzlehre ist es meines Erachtens wohl nicht, zu der wir auf dieser Basis gelangen. Vermag ich aber auch nicht die Grundauffassung Ihering's zu theilen, so erkenne ich bereitwillig an, daß Ihering die herrschende Lehre in wichtigen Einzelfragen wesentlich berichtigt hat und uns zwingt, die Savigny'sche Formulirung mehrerer Grundbegriffe der Besitzlehre sachgemäß richtig zu stellen.

Eine wesentliche, bereits in der Vorrede zur ersten Auflage in Aussicht gestellte Zugabe dieser Ausgabe bildet die eingehende Darstellung der Besitzklagen (§§. 7<sup>a</sup>—7<sup>a</sup>. S. 112—237), welche ursprünglich zur selbstständigen Publication bestimmt war. Aus inneren und äußeren (aus der ursprünglichen Anlage des Buchs ersichtlichen) Gründen habe ich dieselben nicht wie üblich am Schlusse der Besitzlehre, sondern im Anschlusse an die Rechtswirkungen des Besitzes eingefügt. Der Besitz ist — was er ist — eben nur durch seinen Schutz. Die von mir bereits in der ersten Auflage (S. 84) angedeutete Ansicht über die irrige Auffassung der Besitzklagen als Deliktssklagen erscheint in diesem Theile des Buches näher begründet und folgerichtig durchgeführt. Die eingehende, überall die Spruchpraxis der österreichischen und deutschen Gerichte berücksichtigende Behandlung dieses im praktischen Rechtsleben besonders wichtigen und schwierigen Gegenstandes dürfte namentlich unseren Praktikern eine willkommene Ergänzung des Buches sein. Denn die österreichische Praxis schwankt — ungleich mehr als die deutsche — in vielen Punkten principlos hin und her, und obgleich meist von richtigem Takte geleitet, vermag sie sich doch wissenschaftlich selten Rechenschaft zu

geben über die juristische Basis ihres Vorgehens. Merkwürdiger und doch wieder sehr begreiflicher Weise gewinnen die possessorigen Klagen in neuerer Zeit — trotz der Vervollkommnung des Institutes der öffentlichen Bücher — alljährlich an Umfang und Bedeutung; ja die petitorischen Immobiliarklagen treten ihnen gegenüber entschieden in den Hintergrund — für uns Anlaß genug, dem von beachtenswerther Seite (Meischeder, Besitz und Besitzeschutz S. 38.) bereits auf den Aussterbeetat gesetzten Institute die gebührende Aufmerksamkeit nicht zu versagen. Hat sich der Besitzeschutz — wenn auch vielfach mißgestaltet — in mehreren Ländern der Monarchie fast ein halbes Jahrtausend neben dem einheimischen System des Grundbucheigentums in ungestörter Geltung erhalten: so dürfen wir überzeugt sein, daß derselbe auch in Zukunft seine Existenz und Bedeutung behalten wird!

In Hinblick auf die Reform der bürgerlichen Gesetzgebung sei die Bemerkung gestattet, daß der historische und wissenschaftliche Abschluß der gemeinrechtlichen Besitzlehre ebensowol wie das Bedürfnis des wirklichen Lebens Gewährung des Schutzes gegen jedwede eigenmächtige Besitzverletzung — aber auch nur gegen diese —, sodann eine maßvolle Erweiterung desselben in Ansehung des Rechtsbesitzes (besonders des Pacht- und Miethrechtes) dringend verlangt. Auch die Ausdehnung des possessorigen Schutzes auf die ruhende Erbschaft und auf den Erben ohne vorgängige Besitzergreifung ist — ohne Rücksicht auf das System des Erbschaftserwerbes — mit gewissen Beschränkungen zu empfehlen; dagegen die auch praktisch bedeutungslose Erweiterung desselben auf den Finder abzulehnen.

Für die österreichischen Juristen wird der Umstand von Interesse sein, daß für diese Auflage die abschriftlichen Protokolle der Gesetzgebungskommissionen (1801 bis 1810) benützt wurden, welche Letzteren bekanntlich die Aufgabe zufiel, den vom Freiherrn von Martini redigirten Entwurf des A. b. G. B.'s (bezieh. des westgalizischen Gesetzbuches von 1797) zu prüfen und auf Grund der Gutachten der rechtswissenschaftlichen Fakultäten und der verschiedenen Landeskommissionen zu verbessern und zu ergänzen. Die Benutzung dieses wichtigen Interpretationsmaterials wurde mir durch die Güte meines sehr

geehrten Kollegen Prof. L. Pfaff ermöglicht und ich ergreife die willkommene Gelegenheit, Ihm für diesen Freundschaftsdienst meinen wärmsten Dank auszusprechen! Allerdings gewähren die Protokolle nicht jene reichliche Ausbeute, welche wir von denselben nach der Bedeutung der Aufgabe und einzelner Commissionsmitglieder füglich hätten erwarten dürfen. Selten erhalten wir entscheidende Auskunft über Sinn und Tragweite der bezüglichen Bestimmungen und oft sind die Protokolle interessanter durch ihr Schweigen, denn durch ihren Inhalt! (Vgl. übrigens Pfaff, Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. Recht 2c. II. S. 254 flg.) Wichtigeres Material dürften vielleicht in mancher Beziehung die Vorarbeiten zum westgalizischen Gesetzbuche liefern, welches die Redaktoren der Periode von 1801—1810 als etwas Fertiges und Gegebenes behandeln, und „über dessen Werdeprozeß sie uns keine Auskunft zu geben wissen.“

Vorzügliches Augenmerk wurde auch in dieser Ausgabe dem Rechtsbesitze gewidmet — jenem Theile der Besitzlehre, welcher bei der Schwierigkeit der daselbst auftauchenden Fragen und bei der Ausdehnung, welche der Besitzeschutz im heutigen gemeinen Rechte und in den meisten neueren Codifikationen gefunden hat, wahrlich nicht jene stiefmütterliche Behandlung verdient hat, welche ihm auch in den letzten Auflagen des Savigny'schen Buches und in neueren Monographien zu Theil geworden ist!

Die Berücksichtigung des italienischen Civilcodex, sowie des Züricherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, mit welchem das Schaffhauser G. B. (§§. 430—472.) übereinstimmt, dürfte für viele Leser eine erwünschte Zugabe dieser Auflage bilden.

So möge denn auch diese Ausgabe dieselbe freundliche und nachsichtige Aufnahme finden, welche der ersten zu Theil wurde! In Kurzem hoffe ich auch die Lehre vom Eigenthum nach österreichischem Rechte der Öffentlichkeit übergeben zu können.

Die beigegefügteten Register nach Paragraphen und Schlagworten dürften besonders Praktikern die Benutzung des Buches erleichtern.

Prag, Ende März 1876.

## Vorwort zur ersten Auflage.

Eine monographische Bearbeitung der Lehre vom Besitze nach österreichischem Rechte dürfte bei dem gegenwärtigen Stande unserer Rechtsliteratur vielleicht nicht überflüssig erscheinen. Liegt auch der sogenannte allgemeine Theil des österreichischen Privatrechtes und neuestens das Erbrecht von der Meisterhand Unger's fertig vor uns, so fehlt es doch — unbeschadet verdienstlicher kommentatorischer Erläuterungen des Gesetzbuches — an systematisch geordneten, dem heutigen Stande der Rechtswissenschaft entsprechenden Bearbeitungen der meisten übrigen Rechtstheile, besonders der Lehre vom Besitze. Die vorliegende Monographie enthält den Versuch, einen kleinen Beitrag zur Ausfüllung dieser Lücke zu liefern, — einen Versuch, für den ich bei der bekannten Schwierigkeit des Stoffes im Bewußtsein meiner schwachen Kräfte die Nachsicht des Lesers dringend in Anspruch nehmen muß. Ausgehend von der Ueberzeugung, daß eine gründliche Behandlung des österreichischen Privatrechtes nur im engen Anschlusse an das gemeine Recht, in welchem dasselbe seine Wurzeln trieb, möglich ist, habe ich mich bestrebt, den inneren Zusammenhang der Rechtsätze des Gesetzbuches mit denen des römischen Rechtes und seiner Doktrin bloßzulegen und zu verwerthen. Der unererschöpfliche Reichthum der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Rechtsprechung wurde, soweit mir derselbe zugänglich war, nach Kräften benützt. Wer ihn kennen gelernt hat, wird sich — unbeschadet des Festhaltens an der im Leben wohl bewährten vaterländischen Kodifikation — der Ueberzeugung nicht verschließen können, daß selbstgenügsame Absonderung von dem altherwürdigen Stamme des gemeinen Rechtes und seiner dem Fortschritte der Zeit stets Rechnung tragenden Wissenschaft weder der Jurisprudenz, noch dem legislatorischen Fortschritte der auf demselben fußenden

Landesgesetzgebungen zum Vortheile gereichen könne. Diese Ueberzeugung hat sich seit dem Erscheinen des für den glücklichen Umschwung unserer Rechtsliteratur entscheidenden Systems des österreichischen Privatrechtes von Unger in unseren juristischen Kreisen immer mehr Bahn gebrochen, so daß ich nunmehr selbst von praktischer Seite nicht mehr den Vorwurf romanisirender Tendenz befürchte, und zwar um so weniger, als sich bekanntlich das Gesetzbuch kaum in einer anderen Lehre so eng an das römische Recht angeschlossen hat, als gerade in der vom Besitze. Die vielen monographischen Bearbeitungen derselben durch neuere gemeinrechtliche Schriftsteller erleichterten mir die Arbeit. Mit dankbarer Anerkennung seien hier besonders die zwei hervorragendsten genannt: des unsterblichen Savigny's bahnbrechendes Buch: „Das Recht des Besizes“, und das dasselbe wesentlich ergänzende dogmengeschichtliche Werk von Bruns: „Das Recht des Besizes im Mittelalter und in der Gegenwart“.

Die ständige Berücksichtigung der neueren Kodifikationen, namentlich des für das Verständniß des A. b. G. B. nicht unwesentlichen preussischen Landrechtes mit seiner in neuerer Zeit rasch vorwärts schreitenden Literatur und tüchtigen Rechtsprechung dürfte dem auf wissenschaftlichen und praktischen Motiven beruhenden Streben unserer Zeit nach vergleichender Rechtswissenschaft, nach Annäherung und Ausgleichung verwandter Landesrechte entgegenkommen und darum keine unwillkommene Beigabe des Buches sein.

Ein vorzügliches Augenmerk wurde bei der großen praktischen Wichtigkeit der Materie auf die praktische Seite der Besizlehre gerichtet. Trotz der scheinbar einfachen und klaren Bestimmungen des Gesetzbuches ist unsere Gerichtspraxis von Verirrungen und Mißverständnissen nicht freigeblichen, und in wichtigen Punkten, namentlich in Fragen des Rechtsbesizes, hat der Mangel principieller Auffassung des Gesamtstoffes zu einer schwankenden, in ihren Endergebnissen oft unhaltbaren Rechtsübung geführt. Erfahrungen in dieser Richtung gaben zu dieser Arbeit den ersten Anstoß. Bei dem Streben nach richtiger Auffassung der gesetzlichen Bestimmungen kamen dem Verfasser die meist sehr tüchtigen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, welche, soweit sie bisher veröffentlicht sind, vollzählig benützt

sein dürften, wesentlich zu Statten. Daß hinwider, wo Unrichtiges sich fand, die Kritik nicht unterdrückt wurde, kann vom wissenschaftlichen Standpunkte aus nicht befremden.

Nicht ohne Zagen übergebe ich dies Buch, das ich bei dessen vielfachen Mängeln und Schwächen gern einer wiederholten Umarbeitung unterzogen hätte, wenn nicht die Verhältnisse zu einem Abschlusse gedrängt hätten, der Deffentlichkeit. Ich werde mich glücklich schätzen, wenn man nur nicht den guten Willen verkennen wird, zum wissenschaftlichen Aufbau und zur richtigen Anwendung des vaterländischen Rechtes nach Kräften beizutragen.

Zum Schlusse bemerke ich, daß ich die ausführliche Lehre der im §. 7. kurz skizzirten Besitzklagen demnächst in einem Anhange zu diesem Buche veröffentlichen werde.

Prag, Ende Dezember 1864.

## Uebersicht des Inhaltes.

### Allgemeiner Theil.

- §. 1. **Begriff des Sachenbesitzes. Begrenzung der Besitzlehre.** Das Erscheinen und die Gestalt des Besitzes im Rechte S. 1—3. Modifikationen des natürlichen Besitzbegriffes S. 4—6. Begrenzung der Besitzlehre; Ausschluß der interd. adipiscendae poss. von derselben S. 7—9. Begriff der Inhabung S. 11. Entwicklung des Besitzbegriffes S. 12. Zum Besitze wird der faktische Eigenthumswille erfordert, nicht aber der Wille oder Glaube, Eigenthümer zu sein S. 14—19. Fälle bloßer Inhabung S. 19. Das österr. Recht kennt keine Ausnahme von jener Regel S. 21. (Der sog. abgeleitete Besitz Note 24). Der sog. Nutzungseigenthümer (auch der Beneficiat) ist Rechtsbesitzer S. 22, nur der Fideikommißbesitzer ist Sachbesitzer S. 25.
- §. 2. **Begriff des Rechtsbesitzes.** Entwicklung desselben S. 28. Der Rechtsbesitz ist die thatsächlich bewährte Möglichkeit der faktischen Ausübung eines Rechtsinhaltes im eigenen Namen S. 29. Unvollständige Entwicklung des Rechtsbesitzes im römischen Rechte Note 6—7. Sachen- und Rechtsbesitz beruhen auf einem einheitlichen Grundgedanken S. 31. Besitz und Gewere S. 34.
- §. 3. **Rechtliche Natur des Besitzes. Veräußerung und Werth desselben.** Der Besitz ist kein Recht, sondern eine Thatfache S. 35. Beweis hiefür S. 36—50. (Literaturangaben Note 7—9.). Insbesondere darf der Besitzschutz nicht zum Inhalte des „Besitzrechtes“ gestempelt werden S. 38. Kritik der neueren Ansichten S. 43. Classifizierung des Besitzes S. 48—53. Der Besitz ist Gegenstand des Verkehrs S. 54. Er hat Vermögenswerth, wenngleich derselbe nur schwer eine ziffermäßige Bewerthung (Preisfixirung) gestattet S. 55. Der Besitz und die damit verknüpften Rechtsvorteile sind von einander unzertrennlich S. 57.
- §. 4. **Der Sprachgebrauch des Gesetzbuches.** S. 57—59. Unter faktischem Besitz ist Besitz und nicht Inhabung zu verstehen S. 59. Civil- und Naturalbesitz S. 60.
- §. 5. **Tabularbesitz.** Begriff desselben S. 62. (Wirkung des Eintrags obligatorischer Rechte S. 63. Note 2.). Bisherige Auffassungen des Verhältnisses des Tabularbesitzes zum Naturalbesitze S. 65—69. Der Tabularbesitz ist kein Besitz S. 69. Nachweis der Verschiedenheit des Begriffes, Erwerbes, Verlustes, und der Rechtswirkungen Weider S. 70. Nur der (physische) Besitzer genießt den possessoriischen Schutz S. 72. Auch die §§. 323, 324, 329, 330, 344, 373—375. G. B. beziehen sich nur auf den (physischen) Besitzer S. 75. Rechtswirkungen des Tabularbesitzes S. 77. Der Eintrag vertritt bei Immobilien die Stelle der Tradition S. 77. Der Schutz des Vertrauens auf das öffentliche Buch S. 78. Tabularverjährung S. 79. 82. Note 32. Erklärung der §§. 321, 322, 350. des G. B. S. 80.
- §. 6. **Die Rechtswirkungen des Besitzes.** Diese bestehen in dem gerichtlichen Schutze gegen Störung und Entziehung und (beim Rechtsbesitze) in der Unzulässigkeit der Aufforderungsklage S. 83—86. Keine Folgen des Besitzes

sind: 1. Das Recht der Selbstverteidigung S. 86. Inwiefern dieselbe auch beim Rechtsbesitze statthabe? S. 88. 2. Die angebliche Vermuthung eines gültigen Titels S. 89. Der §. 323. des G. B. enthält eine solche nicht S. 91 flg. (Die Beweislast bei der Negatoria S. 93). Die Spruchpraxis S. 92. 93. N. 12<sup>c</sup>. Der §. 323. normirt nur die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer S. 95. — auch bei Bauführungen S. 93 — und ist darum, soweit es sich um den Sachbesitzer handelt, überflüssig S. 97. Auch der Tabularbesitzer kann nicht zur Angabe des Titels aufgefordert werden S. 100 flg. 3. Weitere nur scheinbare Rechtsfolgen des Besitzes: Siegel in zweifelhaften Fällen (§. 324.) S. 101., das Retentionsrecht S. 102., Eigentumserwerb durch Okkupation, Tradition S. 103., durch Ersetzung S. 103.; die A. Publiciana S. 103. Rechte des rechtlichen Besitzers S. 104.

- §. 7. Der Besitz als Gegenstand des gerichtlichen Schutzes. Das Gesetzbuch gibt dem Besitzer zwei Besitzklagen: wegen Störung und wegen Entziehung S. 106, jedoch nur dem Besitzer, nicht dem Inhaber S. 107 flg. Dies beweisen: Der historische Entwicklungsgang S. 107 flg. N. 2., der Gesetzesentwurf und die f. Verordn. v. J. 1849. S. 109—112, endlich die Compilationsprotokolle S. 115—117. (Der Besitzschutz in den neueren Legislationen S. 115. N. 12.). Uebrigens wird jeder Besitz geschützt, er mag von was immer für einer Beschaffenheit sein S. 117. — auch der unechte (vitiose) Besitz, ausgenommen gegenüber Demjenigen, von dem er fehlerhaft erworben wurde S. 121. (So auch neuere Gesetzgebungen S. 121. N. 21.).
- §. 7a. Die römischen Besitzklagen. Reception derselben. Das justinianische Recht gewährt zum Schutze des Sachbesitzes I. das interdictum uti possidetis zum Schutze des bedrohten oder beeinträchtigten Besitzes S. 123 flg. Begriff der vis S. 125. Keine Deliktssklage S. 125. Gemüth drohende Störung? S. 126. Duplizität und Präjudizialität S. 126. 127. Das Poss. summarium und ordinarium S. 128. II. a) Das interd. unde vi gegen Besitzentziehung durch Gewalt S. 131, mag sie unmittelbar, durch oder für Andere geübt sein, geht auch gegen die Erben S. 132. Deliktssklage? S. 132. N. 16. Mäßigung des Erfordernisses der vis durch c. 11. C. 8. 4. S. 132. Anwendbarkeit auf Mobilien S. 134. Die a. momentaria — generale interd. restitutorium? S. 133. N. 20. II. b) Das interd. de precario gegen den Precaristen und dessen Erben S. 135. Das Verhältniß zur a. praescriptis verbis S. 137. Pr. und Commodat S. 138. Ausdehnung auf den Inhalt dinglicher Nutzungsrechte S. 139. Das interd. de pr. beschränkt sich auf den Fall der Hingabe der Sache S. 140. Ist es possessorischer Natur? S. 141. — Die actio spolia S. 144; dieselbe ist nicht „die Klage des deutschen R. aus dem älteren Besitze“ S. 145. Die Reception des röm. can. Rechts in den österr. Ländern S. 146.
- §. 7b. Die Besitzstörungsklagen der §§. 339—347. N. b. G. B. S. 149. Zu denselben gehört nicht die Klage des §. 343. (cautio damni infecti) S. 150. I. Die Besitzstörungsklage im eng. Sinne setzt voraus: 1) Besitz einer Sache oder eines Rechtes S. 151; sie findet auch statt bei Realkasten S. 153 und führt hier zur Verurtheilung zur Leistung S. 155; auch beim Rechtsbesitz kann Störung und Entziehung unterschieden werden S. 157, dazu N. 8.; auch Mitbesitzer können gegen einander possessorisch klagen S. 158; Fortdauer des Besitzes S. 158; auch der Umfang des Besitzes ist possessorisch zu schützen S. 159. N. 18. 2) Störung des Besitzes S. 160; als solche erscheint jede Beeinträchtigung fremden Besitzes; die österr. Reichsische Judikatur S. 162—164. Die Klage ist ausgeschlossen bei formell berechtigtem Eingriff S. 164, insbes. bei expropriirten Gründen S. 165, im Falle des §. 422. G. B. (i. de arbor. caed.), des §. 1321. G. B. (Privatpfändung) S. 167 etc. Uebersicht des weiteren Stoffes S. 186.

A. Ist die Absicht, fremden Besitz zu bestreiten oder zu stören, erforderlich? S. 168. Die Störung kann auch bona fide geschehen S. 169, muß

aber das Besitzverhältniß treffen S. 169. Zersahrenheit der Praxis N. 38. Das I. U. P. ist keine Deliktss., sondern die negatorische Besitzklage S. 171.

- B. Begründen Drohungen und Verbote die Klage? S. 171.
- C. Die Besitzklage als Präjudizialklage S. 173., anerkannt in den §§. 348. und 850—853. S. 175. Cours über die Grenzberichtigung S. 176 flg. a) Das Grenzreueververfahren (§. 850.) ist ein nicht freitragendes S. 176, in demselben hat das Gericht den letzten Besitzstand zu schützen S. 177. b) Die Grenzscheidungsklage (§. 851—853.) ist hingegen petitorischer Natur, bezweckt die Wiederherstellung unkenntlich gewordener oder bestrittener Grenzen; der Prozeß ist ein jud. duplex S. 179. 180.
- D. Auch Besitzstörungen durch Bauführungen und Wasserwerke können possessorisch verfolgt werden, soweit jene nicht bereits zu einem unanfechtbaren Besitzstand geführt haben S. 180. (Erklärung der L. 3. §. 5. 6. D. U. P. S. 181. N. 61.)
- E. Nur Handlungen, nicht Unterlassungen erscheinen als Störungen S. 183, noch weniger lediglich durch Naturkräfte bewirkte Beeinträchtigungen S. 183; wohl aber Akte, deren Folgen nothwendig und unmittelbar in die fremde Besitzsphäre eingreifen S. 185—186. Begriff der sogen. mittelbaren Inzmissionen S. 184. N. 64. Inwiefern gegen diese die A. negatoria und das I. U. P. stattfindet S. 185. N. 65. cfr. N. 63.
- F. Beschränkungen des Grundeigentums durch das sog. Nachbarrecht nach röm. und österr. Recht S. 187. Letzteres gewährt gegen gemeinschaftliche mittelbare Inzmissionen keinen privatrechtlichen, sondern nur polizeilichen Schutz S. 189.
- G. Besitzstörungen durch Bauführungen und Wasserwerke insbes. S. 190. Die §§. 340—342. G. B. enthalten bloß eine besondere Anwendung des Grundsatzes des §. 339. G. B. S. 190—193, beziehen sich daher auch auf den Besitz von Mieth- und Pachtrechten an Immobilien S. 191. N. 68. (Bescheidenheit des österr. und ital. Bauverfahrens vom römischen Interd. quod vi aut clam und der O. N. N. S. 192. N. 69.). Das Verfahren in Baufachen und bei Wasseranlagen S. 194 flg. Vorschrift der Abhaltung einer Lokalkommission durch die Baubehörde unter Beiziehung der Interessenten S. 195. Verweisung des privatrechtlichen Einspruchs auf den Rechtsweg S. 197. Das Aufgebotsverfahren bei Wasserbauten S. 198. Die Aufforderungsklage gegen die Opponenten S. 199. Uebersicht der sich ergebenden Fälle S. 200. Folge des Schweigens oder der Contumaz S. 200. 201. Baut jemand ohne polizeiliche Bewilligung, so kann der gestörte Besitzer den sofortigen Erlaß eines Bauverbotes nach §. 340 flg. G. B. erwirken S. 202 flg. Gegen die nicht geladenen Interessenten wirkt die Baukonzession nicht S. 204.

- §. 7c. Die Besitzentziehungsklagen. (§§. 346. 347. G. B.). Der §. 346. G. B. generalisirt und erweitert die römischen recuperatorischen Besitzklagen S. 205. (Die neueren Codifikationen S. 206. N. 2.). Die Klagen des §. 346. G. B. setzen nicht nothwendig voraus, daß der Geklagte Besitzer sei S. 207. Ueberhaupt muß der Kläger der Detention entsetzt worden sein S. 208. (Anwendbarkeit auf den die Rückstellung verweigenden Detentor? S. 208—210.) I. Die Entziehungsklage des §. 346. (interd. de vi) erfordert nicht gerade wirkliche Gewalt S. 211, begreift vielmehr jede eigenmächtige Besitzentziehung S. 212, ist auch keine Deliktssklage S. 213, (selbst nicht nach [späterem] röm. Rechte S. 212. 214. N. 10. 11.). Auf die Kenntniß des abwesenden Besitzirten kommt Nichts an S. 215. II. Die klandestine Besitzentziehung S. 216. Begriff derselben. Erbsichene Tradition? S. 217. N. 21. III. Das Precarium S. 219. Gegenstand desselben; Unterschied vom Commodat S. 219. Beide sind Realkontrakte S. 220. Beginn des unechten Wittleibbesitzes S. 222. Precarium der Detention S. 223. Die Anomalie des



Besitzschutes beim Prefarium schon bei bloßer Säumnis des Prefaristen S. 222. Nicht jeder Vertrauensmißbrauch begründet die Besitzklage S. 224. Das Ergebnis S. 225—227. Der unechte Besitz (§. 345.) kann redlich, aber nicht rechtmäßig sein S. 227 flg.

- §. 7d. **Gemeinsame Bestimmungen der Besitzförderungs- und Besitzentsetzungs-klagen.** I. Besitzklagen der hereditas jacens? S. 229. Aktiver und passiver Uebergang des Klagenanspruches auf die Erben S. 229. 230., nicht aber auf die Singularsuccessoren S. 230. 231. II. Mandirte Besitzförderung S. 232. Die Klage steht gegen den Mandanten und Mandatar zu S. 233 flg. Die schwankende Judikatur S. 235. Zulässigkeit der nominatio auctoris (domini) im Besitzprozesse? S. 236. Erklärung des §. 348. G. B. S. 238. N. 15<sup>a</sup>. Außer dem Falle des Auftrags findet die Besitzklage gegen den Geschäftsherrn nicht statt S. 239. III. Ist die Besitzklage gegen Störungen zulässig, die über behördlichen Auftrag vorgenommen wurden? S. 240. Sie steht bei Nichtigkeit des Executionsaktes zwar nicht gegen die Behörde, wohl aber gegen die extrahirende Partei zu S. 241 flg. Widersprechende Judikate Note 24—29. Dagegen findet die Klage gegen die Behörde als Vertreter des Fiskus statt S. 245. IV. Einreden im Besitzprozesse. 1) Die Einrede der Bittosität S. 246; 2) Die Einwendung der Verjährung S. 248 flg. 3) Die Einrede der mangelnden Legitimation S. 254. 4) Except. rei jud. S. 254. V. Das Klagebegehren S. 255.; dasselbe geht auf Wiederherstellung des früheren Besitzstandes, Verbot und Schadenersatz S. 255 flg. 258.; nicht aber auf Cautio de amplius non turbando S. 257. Der Schadenersatzanspruch setzt Verschulden voraus S. 259. Verweisung desselben auf den ord. Rechtsweg S. 260. VI. Das Verfahren in Besitzförderungssachen nach der f. Verordn. v. 27. Oktober 1849. S. 261 flg. Dasselbe ist nicht mit dem gemeinrechtlichen poss. summarissimum zu verwechseln Note 56. und S. 266. Summarietät N. 56. Abweichung vom ordentlichen Prozeß N. 56. Kompetenz S. 263. Aufsriß des Besitzförderungsverfahrens S. 265. Duplizität desselben? S. 268. 269. Kritik des letzten Entwurfs der österr. C. Proz. Ordn. S. 270 flg.
- §. 8. **Grund des Besitzschutzes.** Uebersicht der verschiedenen Ansichten S. 271 bis 273. Der Grund desselben liegt nicht in dem Delikte der Gewalt (Savigny) S. 273, in bloßen Zweckmäßigkeitsrückichten (Meunier) S. 276, in der mit dem Besitze angeblich verknüpften Rechtsvermuthung (ältere Doktrin) oder der Möglichkeit des Rechts (Gans), noch in der dem Eigentümer zugeordneten Beweiserleichterung (Jhering) S. 278, noch in dem unvollkommenen Rechtsschutze des älteren röm. Rechtes (Meißcheider) S. 282, sondern in dem positivrechtlich anerkannten Rechtspostulate, daß jede eigenmächtige Behandlung des in der Rechtsübung sich verkörpernden — wenn auch nur faktischen — Willens hintangehalten werden soll S. 284 flg. (Gans, Brunß, Windscheid. Neuere Ansicht von Brunß S. 287. N. 11<sup>a</sup>). Abwehr der Einwendungen Jhering's S. 287 flg. Ergebnisse S. 291. Inwiefern die Inhabung zu schützen sei S. 293.
- §. 9. **Subjekte des Besitzes.** Besitzfähig sind nur Personen, welche vermögensfähig sind S. 295. Personen, welche Eigentum nicht erwerben können, können auch Besitz nicht erwerben S. 296. (Auswanderer? N. 3<sup>a</sup>.) Personen, welche gewisse Sachen nicht zu eigen haben können, sind auch unfähig, daran Besitz zu haben S. 298. Die dahin gehörigen Fälle S. 298.

### Gegenstand, Erwerb und Verlust des Sachenbesitzes.

- §. 10. **Objekte des Sachenbesitzes.** Nur Sachen, welche Gegenstand des rechtlichen Verkehres sind, können Objekte des Besitzes sein S. 300. (Congruenz der Grenzen des Eigentums und des Besitzes? N. 1.) Besitz ist daher unmöglich an Sachen, die aus natürlichen Gründen S. 301 oder vermöge

positiver Vorschrift kein Gegenstand des Verkehres sind S. 302; der Besitz an öffentlichen Flüssen S. 304. (die Wasserrechtsfrage S. 305—309), an öffentlichen Wegen S. 309, zu denen aber die Eisenbahnen nicht gehören S. 311, öffentlichen Schulgebäuden S. 312. Irrthümlich dahin gezählte Sachen S. 313.

- §. 11. **Die Besitzergreifung.** Zum Besitzerverbe ist ein Akt erforderlich, der die faktische Herrschaft über die Sache verschafft: Besitzergreifung S. 314 flg. Zum Wesen der Letzteren ist daher weder Berührung noch Betretung notwendig, noch sind diese Akte immer hierzu geeignet S. 316. Die Anwendung jenes Grundsatzes ist Sache des richterlichen Ermessens; die Besitzfrage ist wesentlich Thatsfrage S. 317 flg. Ist die Behauptung Jhering's richtig, daß die Identifizierung des Besitzbegriffes mit der faktischen Herrschaft ein Grundirrtum der Savigny'schen Theorie sei? S. 320. Die Polemik Jhering's gegen die übliche Formulierung des Besitzbegriffes S. 322 flg. Die eigene Theorie Jhering's: Der Besitz als die Thatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigentums S. 325—332. Einzelne Apprehensionsakte S. 333 flg.: die Gegenwart S. 334, Bezeichnung S. 336, Verwahrung u. Bewachung (custodia) S. 338, Hinterlegung S. 338., Schlüsselübergabe S. 340., Hebung des Schalles S. 341., Ergreifung des Wildes S. 342., Bearbeitung und Begrenzung des Grundes S. 344. Traditio brevi manu S. 345. Die sog. Uebergabe durch Zeichen (§§. 315. 427.) ist (einen Fall abgerechnet) keine symbolische, sondern eine wirkliche Uebergabe S. 347 flg. Der §. 427. ist auf „Schuldforderungen“ aus Inhaberpapieren zu beschränken S. 353. Erläuterung des §. 427. S. 355 flg. Uebergabe durch Urkunden S. 358., insbes. durch Frachtbriefe? durch Konnossemente, Lade- oder Lagerscheine? S. 361. N. 57. Das const. poss. S. 364. Der §. 429. singirt die Uebergabe S. 366 flg. Uebergabe durch Verschwendung? S. 366. N. 63. 64.
- §. 12. **Der Besitzwille.** Zum Besitzerverbe ist der Entschluß erforderlich, eine Sache wie eigen zu haben S. 367 flg. Bedingte Tradition S. 371. Der Beweis dieses Willens kann auch aus Indizien erbracht werden S. 372. Mangels eines natürlichen oder rechtlich anerkannten Willens können Besitz nicht erwerben: juristische Personen, Kinder, Verstandeslose, Ordenspersonen, Auswanderer und Deserteure S. 374 flg.
- §. 13. **Unwesentlichkeit des Wissens des bisherigen Besitzers vom Besitzerverbe des neuen Erwerbers** S. 377. Ist der Besitz für ununterbrochen zu halten, wenn der Entsetzte in possessorio obsteht? S. 380.
- §. 14. **Bedeutung des sogenannten Besitztitels.** Zum Besitzerverbe bedarf es nicht des Daseins eines Titels, sowie andererseits dieser hierzu nicht genügt S. 381 flg. Derselbe bewirkt nur die Rechtmäßigkeit des Besitzes S. 382. Es gibt keinen besonderen Besitztitel im Gegenjage zu den Eigentumstiteln S. 383. Nemo sibi potest causam poss. mutare S. 384 flg.
- §. 15. **Findet eine Sukzession in den Besitz Statt?** Verneinung der Frage S. 386. Die sog. Einantwortung der Erbschaft erzeugt die Apprehension nicht S. 387. Besitzschutz der Erbschaft? S. 388 flg. Neuere Gesetzgebung S. 394 flg. Aller Besitz ist originär S. 396. Werthlosigkeit der Eintheilung der Besitzerverbarten in mittelbare und unmittelbare S. 398.
- §. 16. **Ausschließlichkeit des Besitzes. Mitbesitz.** S. 399 flg. Compossessio plur. in solidum unmöglich S. 400. N. 2. Damit ist vereinbar der Mitbesitz nach ideellen und realen Theilen, der Besitz verschiedener Personen an Theilen zusammengesetzter Sachen und der beschränkte Eigentumsbesitz S. 402.
- §. 17. **Der Mitbesitz pro diviso und indiviso.** I. Bei ersterem ist der Besitz der in gewisser Beziehung ein Ganzes bildenden Theile ein durchaus selbstständiger S. 403 flg. Einzelne Fälle des Mitbesitzes: An Grund und Boden ist derselbe denkbar, sofern nicht die Theilung durch ein Verbotsgesetz ausgeschlossen ist S. 406 flg. Bei Gebäuden ist der getheilte Mitbesitz nach der

Natur der Sache unzulässig S. 408. Mitbesitz an Flüssen? S. 409 flg. II. Beim Mitbesitze pro indiviso ist die faktische Macht über die Sache getheilt und dem entsprechend geht der Wille der Mitbesitzer nicht auf Allein-, sondern auf Mitherrschaft S. 411 flg. (Wesen der Theilung pro indiviso N. 15). Sinnemäße Anwendung der vom Miteigenthum geltenden Rechtsätze auf den Mitbesitz S. 414 flg. Nähere Festsetzung derselben S. 416 flg., insbes. rücksichtlich der Grenzmauern, Grenzraine u. s. f. 417. Ergebnisse (§§. 833. 854—856 G. B.) S. 418. Die Mitbesitzer müssen daher über die Herrschaftsantheile einverstanden sein, widrigens besitzt keiner derselben S. 418 flg. (Interpretation der L. 32. §. 2. D. de usurp. N. 17.)

- §. 18. **Besitz an Theilen einer Sache.** An Theilen einer Sache ist nur dann ein selbstständiger Besitz denkbar, wenn dieselben in der Verbindung ihre Selbstständigkeit nicht völlig eingebüßt haben S. 421 flg. Die Theorie Savigny's entspricht weder der Natur der Sache, noch den Quellen S. 424 flg. (L. 23. pr. §. 2. D. de usurp.). Die Entscheidung liegt in dem obigen Principe, ohne Unterschied, ob die Sachen beweglich oder unbeweglich sind S. 426. Konsequenzen dieser Ansicht S. 430 flg., insbes. bei Zubauten S. 432.
- §. 19. **Besitz an Gesamtsachen, Pertinenzen und Akzessionen.** Wesen der Ersteren S. 434 flg. An Gesamtsachen ist kein Besitz möglich S. 436 flg. Die Pertinenzqualität ist für die Besitzfrage nicht entscheidend S. 438. Der Besitz der Akzession bestimmt sich nach dem der Hauptsache S. 439.
- §. 20. **Besitzerwerb durch Repräsentanten, Gehilfen und Ersatzmänner.** I. Allgemeine Voraussetzungen der Stellvertretung S. 441 flg. Hauptfälle: Zum Besitzerwerbe juristischer Personen ist der Besitzwille ihrer Vertreter nöthig S. 445 flg. Diese oder deren Beauftragte müssen auch die Apprehension vornehmen S. 446. Modifikation bei den zum allgemeinen Gebrauche dienenden Sachen und bei Almenden S. 448. Besitzerwerb anderer handlungsunfähiger Personen S. 452 flg. Bei freier Stellvertretung wird Auftrag (nicht nothwendig Spezialmandat) oder Genehmigung erfordert S. 454. Letztere wird zurückbezogen S. 458. Das constitutum poss. S. 459. Dasselbe ist auch dann möglich, wenn der Besitzer die Detention durch Stellvertreter (Pächter, Miether etc.) ausübt S. 461 flg. Einer Verständigung der Letzteren von dem Besitzwechsel bedarf es nicht S. 461. Einfluß der Weigerung der Letzteren, der Anweisung des Constituenten zu folgen S. 462. Ist zum const. poss. das Dasein einer justa causa erforderlich? S. 465. (Bedeutung der Causa beim Eigenthumserwerb S. 466 N. 20.). Die Klausel: daß die Sache als tradirt anzusehen sei, insbesondere bei Schiffen S. 468. Der Repräsentirte erwirbt Besitz, auch wenn der Uebernehmer dem Uebergeber nicht erklärt, daß er für einen Anderen Besitz erwerben wolle S. 470. Der Einkaufskommissionär ist an sich nicht Stellvertreter des Kommittenten S. 472. Die Untreue des Repräsentanten schadet dem Repräsentirten S. 473. II. Auch durch Gehilfen kann Besitz erworben werden S. 475. III. Der Ersatzmann erwirbt immer zunächst sich selbst Besitz; von ihm kann ihn erst der Prinzipal erwerben S. 477.
- §. 21. **Fortdauer des Besitzes.** Dieser dauert fort, so lange nicht der Besitzwille geändert oder die Möglichkeit der faktischen Herrschaft aufgehoben ist. S. 478 flg. Die Theorie Fhering's (Diligenz als Bedingung der Fortdauer des Besitzes) S. 482 flg.
- §. 22. **Verlust des Sachbesitzes.** Im Allgemeinen S. 485. I. Animo. Die Dereliction S. 486. Die Tradition S. 488. (Diese enthält ein unbedingtes Aufgeben des Besitzwillens (N. 7<sup>a</sup>. u. 9). Handlungsfähige können den Besitz animo nicht verlieren S. 493. Unterlassen von Besitzhandlungen S. 494. (Interpretation der von der Negligenz sprechenden Stellen.) Wird die Sache dem Verkehr entzogen, so hört der Besitz an ihr auf S. 496. II. Corpore hört der Besitz auf: A. bei Mobilien, wenn die Sache unter-

geht, in Verlust d. i. an einen Ort geräth, der dem Besitzer unzugänglich oder unbekannt ist S. 497 (welch' letzterer Fall beim Verlegen und bei absichtlicher Verwahrung nie vorliegt S. 498); endlich wenn die Sache in fremden Besitz gelangt S. 500 (Besitzverlust an Thieren insbesondere S. 500). B. An Immobilien geht Besitz verloren durch Benützung des Besitzers, durch dessen offene oder heimliche Entsetzung S. 501 flg. (Ueber den singulären Satz des röm. R., daß der Besitz des desjizirten Grundbesitzers erst mit der Kenntniß von der Invasion verloren gehe S. 503. N. 34. 35.) Der Besitz geht nicht verloren durch Erlöschung des Rechtes zum Besitze S. 505 flg.

- §. 23. **Besitzverlust durch Stellvertreter.** Durch Dereliction, Tod, Wahnsinn des Letzteren oder durch Endigung des Vertretungsverhältnisses geht für den Vertretenden der Besitz nicht verloren, wohl aber durch unfreiwilligen Verlust der Detention Seitens des Vertreters S. 506—509. Treuloses Verlassen oder Ueberlassen der Sache durch Letzteren hindert den Besitzerwerb Dritter nicht, auch wenn der Vertretene keine Kunde hievon hat S. 509 flg. Eine Lücke in der Gesetzgebung S. 510. II. An den Repräsentanten geht der Besitz nach der allgemeinen Regel schon durch die bloße Bethätigung des Willens desselben, für sich zu besitzen, verloren S. 512 flg.

### Gegenstand, Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes.

- §. 24. **Objekt des Rechtsbesitzes.** Nur an Vermögens-, nicht aber an sogenannten Personen- und Familienrechten ist Besitz möglich S. 515 flg., vorausgesetzt, daß sie eine wiederholte Ausübung gestatten S. 522. Hiernach sind wohl Servituten S. 523, nicht aber das Pfandrecht Gegenstand des Besitzes S. 525. Geschichtlicher Rückblick. Im römischen Rechte gelangte der generelle Begriff des Rechtsbesitzes, soweit es sich um den possessorschen Schutz handelt, nicht zur durchgreifenden praktischen Anwendung S. 527 flg. Dieser Prozeß vollzog sich erst im kanon. Rechte S. 529 flg. Der Einfluß des deutschen Rechtes beschränkt sich auf die Lieferung eines großen Materials besitzfähiger Rechte S. 533. Die Gewere an Rechten S. 534. Auf der durch das kanon. Recht gebrochenen Bahn bewegt sich Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes bis auf die Gegenwart, insbesondere in den österr. Erbländern S. 536. Die Kontroverse über den Besitz obligatorischer Rechte S. 539. An Realkasten und Bannrechten ist Besitz möglich S. 540. Erörterung der gegen den Besitz der übrigen obligatorischen Rechte angeführten Gründe S. 542 flg. Deren Unhaltbarkeit. Resultate S. 548 flg. Besitz von sog. Individualrechten (Autor-, Erfinderrechten etc.) S. 554. Besitz an Realrechten S. 555 flg. Das Erbrecht ist kein Gegenstand des Besitzes S. 557.
- §. 25. **Der Besitzwille.** Dieser muß auf die Ausübung des Inhaltes eines Rechtes für sich gerichtet sein S. 559 flg. Auf die Anerkennung des Gegenheiles kommt Nichts an S. 565. Genügt der Eigenthumswille zur Begründung eines Servitutenbesitzes? S. 566. Auch der präkarrische Gebrauch ist wahrer Rechtsgebrauch S. 567. Unterscheidung desselben von der bloßen Gefälligkeitserbaltung S. 570. Auch die gewaltthame oder heimliche Rechtsübung kann Besitz begründen S. 572. Guter Glaube? S. 572. Beweis des Besitzwillens S. 573. Die Behauptung der Unrechtheit des Besitzes enthält keine Negation des Besitzwillens. Beweis derselben S. 575. Bei Realservituten kann nur der Eigenthümer (Besitzer) den rechten Besitzwillen haben, nicht aber der bloße Nutzungsberechtigte S. 577 flg.
- §. 26. **Das Corpus.** Allgemeine Grundsätze und Erfordernisse: 1) Wirkliche Ausübung des Rechtes, nicht bloße Möglichkeit derselben S. 580. Scheinbare Ausnahme bei Zustandservituten S. 582. 2) Ausübung des stofflichen Inhaltes des Rechtes S. 583. 3) Zahl der Ausübungsakte S. 584. 4) Die

- Widerrechtlichkeit der Besitzhandlung hindert den Besitzerwerb nicht S. 586.
- 5) Umfang des Besitzerwerbes S. 587. 6) Die *adminicula juris* S. 589.
- 7) Rechtsbesitz ist nur denkbar, wo das entsprechende Recht gedacht werden kann S. 590. Anwendung dieses Satzes auf die Realservituten S. 591, und auf öffentliche Wege S. 592. 8) Besitzerwerb durch Vertrag? Erbgang? Urtheil? S. 593. 9) Der Tabularbesitz S. 595.
- §. 27. **Uebersicht der Fälle. I. Der Rechtsgebrauch bei affirmativen Rechten.** Eintheilung der Rechte S. 595 flg. Rechtsgebrauch bei den affirmativen Servituten und sog. Individualrechten. Bei denjenigen Personalservituten, welche die Detention der Sache voraussetzen, liegt der Gebrauch nicht schon in dem Erwerbe der Detention S. 598., vielmehr wie bei allen übrigen Servituten nur in der wirklichen Benutzung der fremden Sache S. 600. Bloße Dispositionen über das Recht enthalten keinen Rechtsgebrauch S. 601. Die Kenntniß des Eigentümers von der Ausübung des beschrankten Rechtes ist zum Besitzerwerbe nicht erforderlich S. 602 flg. Daher genügen hierzu selbst die bloß gegenüber dem Pächter oder Verwalter vorgenommenen Benutzungssakte S. 606. Rechtsgebrauch bei den Realservituten, insbesondere a) bei den in einer Anstalt bestehenden S. 607; b) bei den übrigen, namentlich bei den eine Anstalt bloß voraussetzenden S. 608.
- §. 28. **II. Besitzerwerb negativer Rechte. a) Der negativen Servituten.** Deren Wesen S. 611. Der Rechtsgebrauch bei denselben besteht in dem durch fremdes Zutun bewirkten Unterbleiben der Veränderung eines gewissen Zustandes einer Sache S. 612. Formen der Aeufferung fremder Willkür: Privatverbot, Verhinderung S. 615., richterliches Verbot S. 616. Rechtsgeschäft S. 617. Urtheil S. 618. Formen des Unterbleibens S. 618. Inwiefern „Beruhigung“ des Besitzers des dienenden Grundstückes zum Besitzerwerbe notwendig ist? S. 619. Bedeutung der Protestation S. 619. N. 17. Es genügt, wenn auch nur der definirende Nichteigentümer die Veränderung eines gewissen Zustandes über fremden Einspruch unterläßt S. 621.
- §. 29. **II. Fortsetzung. b) Besitzerwerb der Bannrechte.** Deren Wesen S. 623. Allgemeine Voraussetzungen des Besitzes derselben: Möglichkeit des Rechtes, Vermögensinteresse S. 625. Heutige Reste der Bannrechte. Der Propinationszwang S. 625. Der Rechtsgebrauch besteht in der zufolge des Willens des Bannberechtigten unterbliebenen Abnahme von Waaren von Anderen als diesem S. 628. Formen der Aeufferung jenes Willens: Verbot, Verhinderung, Rechtsgeschäft, richterlicher Spruch S. 629. Form des Unterbleibens S. 629 flg. Bedeutung der Protestation und Freiheitsklage S. 630. Anwendung dieser Grundsätze auf gewerbliche Monopolrechte S. 631.
- §. 30. **III. Besitzerwerb der Realkaften.** Wesen und einzelne Arten derselben S. 631. Der Rechtsgebrauch besteht einerseits in dem Abführen, anderseits in dem Empfangen einer Leistung als Ausfluß einer wirklichen oder angeblichen Realkaft S. 633. Nähere Bestimmung des beiderseitigen Willens S. 634. Auch die erzwungene oder erschlichene Leistung begründet Besitz S. 635. Beweislast S. 636. Der Besitz der Realkaft wird erworben, selbst wenn die Leistung nicht von dem Eigentümer, sondern von dem nutzenden Inhaber des Grundstückes erfolgte S. 638.
- §. 31. **Besitzerwerb der Rechte durch Stellvertreter.** Hierüber gelten im Allgemeinen die im §. 20. angeführten Grundsätze; insbesondere ist ein Repräsentationsverhältniß und der korrespondirende Besitzwille des Vertreters und des Vertretenen unerläßlich S. 639 flg. Anders, wenn es sich um die Fortsetzung des Besitzes handelt S. 640. *Constitutum poss.* beim Rechtsbesitze S. 642.
- §. 32. **Fortdauer des Rechtsbesitzes.** Dieser dauert so lange fort, als nicht der Besitzwille aufgegeben oder die Unmöglichkeit der Ausübung des Rechtes

- eingetreten ist S. 642. Modifikationen dieses Grundsatzes S. 643 flg. Hieraus sich ergebende Arten des Besitzverlustes: Aufgeben des Besitzes, Unterlassung des Rechtsgebrauches, Unmöglichkeit desselben S. 644. Der Verlust des Rechtes hat den Verlust des Besitzes nicht zur Folge S. 644 flg.
- §. 33. **Verlust des Rechtsbesitzes durch Aufgeben des Besitzwillens.** Hierzu genügt nicht Eintritt der Unmöglichkeit des Wollens, noch Anthätigkeit des Willens, noch bloße Nichtausübung S. 646 flg. Nach röm. Rechte kann schon aus der Neglizenz auf das Aufgeben des Besitzwillens geschlossen werden S. 648. N. 4.)
- §. 34. **Verlust des Rechtsbesitzes durch Nichtausübung.** Kraft positiver Rechtsvorschrift erlischt der Rechtsbesitz durch Unterlassung des Rechtsgebrauches innerhalb der Verjährungszeit des Rechtes S. 650 flg. Anwendung dieses Grundsatzes. I. Bei diskontinuirlichen Rechten verbietet ein einziger innerhalb der Verjährungszeit vorgenommener Akt den Verlust S. 653. Fälle unnahtheiliger Unterlassung S. 655 flg. Beschaffenheit des Ausübungsaktes. Beginn der Verjährungsfrist S. 657 flg. II. Bei kontinuierlichen Servituten beginnt der Nichtgebrauch mit der Aufhebung der Anstalt S. 657. III. bei negativen Servituten mit der Nichtbenutzung des vortheilhaften Zustandes S. 658 flg.
- §. 35. **Verlust des Rechtsbesitzes durch Unmöglichkeit der Ausübung.** Derselbe kann eintreten durch vom Gegenheile nicht bewirkte oder durch von ihm bewirkte Ereignisse S. 660. A. Ereignisse ersterer Art sind: Zufälle S. 661. Veränderungen von Rechtsverhältnissen S. 663. Handlungen Dritter S. 664. Sie haben sofortigen Besitzverlust zur Folge S. 665. B. Ereignisse der letzteren Art sind je nach Verschiedenheit der Rechte: Entziehung der Sache, Zerstörung der Anlage S. 667. Verhinderung der Gebrauchshandlung S. 668. Herstellung des verbotenen Werkes S. 669. Prekaristische Herstellung S. 670.). Besitz und Ersetzung der Freiheit der Sache S. 671. Theilweiser Freiheitsbesitz S. 673. Verweigerung der Leistung S. 676. Bannwidriges Handeln S. 678. Ereignisse der zweiten Art haben den Verlust des Rechtsbesitzes nur dann zur Folge, wenn die Besitzstörungenklage nicht rechtzeitig ange stellt worden ist S. 679. Klagverjährungsfrist S. 682. Inwiefern der Rechtsbesitz durch Selbstvertheidigung und Selbsthilfe erhalten werden könne? S. 683.
- §. 36. **Verlust des Rechtsbesitzes durch Stellvertreter.** Dieser erfolgt nur beim Eintritte der im §. 34. und §. 35. angeführten Ereignisse S. 687 flg.

## Abfürzungen.

- K. Albert: Ueber das interdictum uti possidetis der Römer. Halle 1824.  
 Derselbe: Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen oder sogen. Gerechtigkeiten. Nr. I. Das interdictum de itinere actuque priv. Leipzig 1826.  
 J. Baron: Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. Marburg und Leipzig 1864., und: Zum Begriff des Rechtsbesitzes in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des preuß. (jetzt deutschen) Rechts V. S. 79 flg., ferner Ihering's Jahrb. VII. S. 38—165. (Erwerb u. Verlust d. B.).  
 K. G. Bruns: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.  
 Derselbe: Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechtes. Weimar 1874.  
 K. Büchel: Ueber die Natur des Besitzes. (1868.)  
 K. Bulling: Das Praefarium. Leipzig 1846.  
 Dr. R. von Canstein: Der Besitz nach österr. Recht. (Mit Zugrundelegung der 2. Aufl. dieses Buchs.) Separatabdruck aus Grünhut's Zeitschr. f. Priv. u. öff. R. V. u. VI. Wien. 1878.  
 Cojacob Conrad: Der Besitz des Erben. Weimar 1877.  
 B. Delbrück: Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857, und aus dessen Nachlasse: Nachträge zur dinglichen Klage des deutschen Rechts, in Ihering's und Unger's Jahrb. für Dogmatik. X. S. 110—176.  
 R. Elvers: Die römische Servitutenslehre. Marburg 1856.  
 Ernst Eck: Die sogen. doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. (1870.)  
 Esmarck: Vacuae possessionis traditio. (1873.)  
 A. Gyner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. und gemein. Rechte. (1867.)  
 Forlani: Sul fondamento della protezione del possesso (Milano 1872). Autor. Uebersetzung der Ihering'schen Monographie über den Grund des Besitzschutzes mit Zusätzen des Verfassers.  
 Grävell: Die Lehre vom Besitz und von der Verjährung nach preuß. Rechte. Halle 1820.  
 J. A. Gruchot: Beiträge zur Erläuter. des preuß. Rechts, bes. V. S. 291—330., 467—536. VIII. S. 26 flg. 168 flg.  
 M. L. Hedemann: Ueber Erwerb und Schutz der Servituten nach röm. Recht. Berlin 1864.  
 Andreas Heußler: Die Gewere. 1872.  
 G. Hoffmann: Die Lehre von den Servituten nach röm. Recht. Darmstadt, I. 1838. II. 1843.  
 L. Höppler: Die Besitzrechtsmittel und Besitzprozesse des heutigen gemeinen und königl. sächs. Rechts. Leipzig 1841.

- Rudolf von Ihering: Beiträge zur Lehre vom Besitz, in den Jahrb. f. Dogmatik d. h. röm. und deutsch. Pr. R. IX. S. 1 flg., erschien auch im Separatabdruck (1868); die 2. Auflage (1869) unter dem Titel: Ueber den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz. (Nach dieser wird hier citirt.)  
 Kinkel: Krit. Bemerkungen zu den Besitztheorien von Randa und Ihering in ihrem Verhältnisse und Gegensatz zum Pandektenrecht — in den „Beiträgen zur Erläut. d. deutsch. R.“ 2. Bd. XXI. (I. 3. Folge) — XXIII. (III.) (die Hefte 4. 5. II. flg. konnten nicht mehr benützt werden).  
 C. F. Koch: Die Lehre vom Besitz nach preuß. Rechte mit Rücksicht auf das gemeine Recht. Breslau 1. Aufl. 1826. 2. Aufl. 1839. Nach der letzteren ist citirt.  
 Korte: Ueber den Besitz u., in Gruchot's Beiträgen z. Erläut. d. Pr. R. V. S. 101—150.  
 G. Lenz: Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. Berlin 1860.  
 P. v. Liche: Der Besitz in thesi. 1876.  
 C. Meischelder: Besitz und Besitzschutz. Berlin, 1. Heft 1875. 2. Heft 1876.  
 F. Ritter v. Minasiewicz: Systematische Darstellung des Tabularbesitzes nach dem österr. b. Rechte. Lemberg 1832.  
 Monti, Paolo, Del possesso e delle azioni etc. Triest 1878.  
 Th. Ruther: Die Erhebung der Servituten. Erlangen 1852.  
 Emil Ditl, Beiträge zur Receptions-Geschichte des röm.-canon. Prozesses in den böhmischen Ländern. Leipzig 1879. (Konnte leider erst in letzter Stunde benützt werden.)  
 Th. Bachmann: Die Verjährung nach dem allgem. bürgerl. Rechte in Oestreich. Wien 1833.  
 A. Pfeifer: Was ist und gilt im röm. Rechte der Besitz? Tübingen 1840.  
 D. B. W. Pfeiffer: Prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Mit Erkenntnissen des D. A. G. Cassel. Hannover 1826 flg. II. IV. VII.  
 W. Pland: Die Lehre vom Besitze nach den Grundsätzen des französischen Civilrechts. Göttingen 1811.  
 Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten. Redigirt von Dr. Julius Weiske. II. IX. und XV.  
 F. Carl v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 1. Auflage. Gießen 1803.; 6. Aufl. 1837. Nach der siebenten, von Rudorff besorgten und mit Zusätzen desselben versehenen Ausgabe (Wien 1865) wird hier citirt.  
 Mich. Schuster: Ueber das Baurecht, Verbotungsrecht, Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten. Prag 1819.  
 G. C. Schmidt: Das Commodatum und Praefarium. Eine Revision der Grundlagen Beider. Leipzig 1841.  
 Bernh. G. Schmidt: Vorlesungen über das im R. Sachsen geltende Privatrecht. Leipzig 1869.  
 Scotti, Ant.: Il possesso e la prescrizione etc. (1878.) La protezione del possesso (1877). Tre questioni poss. (1878).  
 C. Siebenhaar: Commentar zu dem bürgerl. Gesetzbuche für das Königreich Sachsen 1864.  
 A. F. J. Thibaut: Ueber Besitz und Verjährung. Jena 1802.  
 J. Unger: Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für Sachsen. Wien 1853.  
 Unterholzner: Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. 1828. Neu bearbeitet von Schirmer. Leipzig 1858. Nach der letzteren Ausgabe ist citirt.  
 S. Witte: Das interdictum uti possidetis. Leipzig 1863.  
 P. van Wetter: Traité de la possession en droit romain, Gand. Paris 1868.

Wirth: Die libertatis usucapio. Erlangen 1854.

Karl Ziebarth: Die Realexekution und Obligation. 1866.

Zielonacki: Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach röm. Recht. Breslau 1849.

Derfelbe: Der Besitz nach dem röm. Rechte. Berlin 1854.

Zlobicki: Ueber Provisorien im streitigen Besitz nach Vorschrift der österr. Gesetzgebung. Wien 1826.

Ferd. Brodłowski: Untersuchungen aus dem österr. Civilrecht mit Berücksicht. des röm. Rechts u. s. w. Prag 1872.

Die Lehrbücher, Commentare und Systeme des römischen, deutschen, preussischen und österreichischen Rechts sind kurzweg durch die Angabe des Namens der Verfasser bezeichnet. Bangerow ist nach der 6. (wo nicht die 7. angegeben), Windscheid nach der 4., Arndts nach der 7., Förster, Stubenrauch nach der 1., Brinz nach der 1. (wo nicht die 2. citirt ist), Winiwarter u. Kirchsteiner nach der 2., Koch's Commentar nach der 4. Auflage citirt. Die Zeitschriften sind in der üblichen Weise citirt.

## Allgemeiner Theil.

### §. 1. Begriff des Sachenbesitzes. Begrenzung der Besitzlehre.

Beati possidentes — sagt ein lateinisches, Possession is nine tenths of the law — sagt ein englisches Sprüchwort. Und gewiß repräsentirt der Besitz — wie die Erfahrung zeigt — auf dem Gebiete des Privat- und öffentlichen Rechtes, wenn auch nicht gerade „neun Zehnthelle des Gesetzes (Rechtes)“, so doch stets eine so ungeheure Macht, er spielt auch dem klaren Rechte gegenüber häufig eine so maßgebende Rolle, daß es schon darum wohl begreiflich ist, daß sich die Doctrin mit diesem Rivalen und Doppelgänger des Rechtes in hervorragender Weise beschäftigt.

Der natürliche Ausgangspunkt der Lehre vom Besitze ist die Inhabung (Detention). Gesetzgebung und Rechtswissenschaft haben auch immer diesen Gang befolgt.<sup>1</sup>

Das bürgerl. Gesetzbuch nennt nicht ganz übereinstimmend mit dem Sprachgebrauche jenen Zustand, in welchem eine Sache der Macht- sphäre eines Rechts subjektes unterworfen ist: Inhabung.

Ist mit diesem thatsächlichen Verhältnisse der Wille des Rechts- subjektes verbunden, die Sache wie sein Eigenthum zu behandeln, so heißt dieser Zustand Besitz (possessio) (§. 309.).<sup>2</sup>

1) Vgl. L. 1. pr. D. de acquir. v. am. p. 41. 2: Possessio appellata est, ut Labeo ait, a sedibus (pedibus?) quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt (Paulus). Vgl. L. 3. §. 5. D. eod. Die neueren Codifikationen durchwegs vgl. §§. 1—3. I. 7. des preuß. R., art. 2228. Code civ., §. 309. des österr. B. G. B., §. 186. des sächsischen B. G. B., §. 488 des Zürich. G. B., Bayer. Entwurf eines B. G. B. III. art. 1.

2) Das Gesetzbuch bestimmt im §. 309.: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so heißt er ihr Besitzer.“ Das westgal. G. B. II.

Handa, Besitz u. österr. Recht. 3. Aufl.

Im Begriffe des Besitzes liegen sohin zwei Momente :

1. das Moment der thatsächlichen Herrschaft über die Sache, 2<sup>a</sup> .

§. 30. hat statt des Wortes „behalten“ den Ausdruck „behaupten“. — Doch sollen die Worte: die Sache als die seinige „zu behalten“ nur die auf das „für sich haben“ sich beziehende Willensrichtung bezeichnen, und wäre es ein Mißverständnis, diesem Worte den Sinn zu unterlegen, als müsse die Absicht des Besitzers auf bleibendes, jede Veräußerung für die Zukunft ausschließendes Behalten der Sache gerichtet sein. Vgl. Rippel, III. S. 64. Der Ausdruck „behalten“ dürfte älteren Schriftstellern entnommen sein, vgl. z. B. Höpfner's Kommentar der Instit. §. 281., wo es heißt, „das 2. Erforderniß des Besitzes sei die Absicht, die Sache zu haben und zu behalten, — der Wille, sie gar nicht, oder wenigstens jetzt nicht wegzugeben.“

2<sup>a</sup>) Es soll hier sofort bemerkt werden, daß der Begriff der physischen Herrschaft nicht auf die Inhabung im strengsten Wortsinne, d. i. auf die sog. körperliche Inhabung (unmittelbare physische Gewalt) zu beschränken ist. Gegenüber einer so engen Auffassung wären alle Einwendungen begründet, welche Ihering, Grund d. B. S. 185 flg. gegen die Savigny'sche Formulirung des Herrschaftsbegriffs erhebt. Vielmehr ist unter der physischen Herrschaft die Möglichkeit faktischer Disposition über die Sache zu verstehen und diese reicht nach einmal erfolgter Unterwerfung der Sache trotz unserer Entfernung von derselben so weit, als man unseren Herrschaftswillen respektirt. Ob dies der Fall sei, ist eine Frage des wirklichen Lebens, welche nach Verschiedenheit der Verhältnisse, insbesondere des Objekts, nach dem Zustande der Rechtssicherheit, der öffentlichen Moral und der wirtschaftlichen Entwicklung zu beantworten ist. Diese Momente betont mit Recht Ihering, S. 180 flg., über dessen Auffassung aber noch zu vergleichen ist §. 11. Note 11 a—11 k. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre bezeichnet Brinz I. §. 135. (2. A.) den Besitz als „die factische Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person“ (das Eigenthum als rechtliche); allein diese Charakterisirung ist denn doch wohl zu allgemein und farblos; Fleisch und Leben gewinnt sie erst durch die Bezugnahme auf die Herrschaft, Macht über die Sache, welche auch B. nicht umgehen kann. Vollends beim Rechtsbesitz versagt jene Formulirung den Dienst. (Vgl. §. 2. Note 6 b.) Uebrigens kehrt sich B. mit Recht gegen die übliche allzu materialistische Auffassung des Postulats der Macht. — Ueber die Definition Cosa's vgl. §. 11. N. 5. — Nichts ist damit gewonnen, wenn Liebe, Besitz etc. S. 2 flg. in der geschraubten Weise der nachhegel'schen Schule einfach behauptet, daß der Besitz ein „Recht in thesi“ — und darum ein selbstverständliches Recht sei. „Gewissen Vorstellungen (?), sagt L., verheißt das Recht in thesi seine Garantie; sie (?) brauchen nur (?) wirklich vorhanden zu sein; bei anderen Vorstellungen knüpft es seine Garantie an in der Vergangenheit liegende Thatsachen“ (Recht in hypothesi). Bergleiblich suchen wir bei L. nach der klaren Fixirung der Begriffe: Recht in thesi und hypothesi. Vgl. dazu Cohn, Zeitsch. f. S. R. 23. S. 341; meine Anzeige in Grünhuts Zeitschr. IV. S. 368, Art. B. J. Schr. 19. S. 251 flg. — Ebenso wenig wird die Erkenntniß der Natur des Besitzes gefördert durch S. Mendthal, Begriff d. B. S. 8 flg., welcher in übel angebrachter Anwendung naturwissenschaftlicher Doktrinen meint, der Besitz sei „wie die ihm zu Grunde liegende Wärme eine Art v. Bewegung“ — die Molarbewegung des Stoffs gegen die Person, die über ihn verfügt, bez. „der vermögensrechtliche Stoffwechsel, das praktische Resultat von Stoff und Kraft.“ — Ueber die Ansicht Rindel's, Rasso's

2. der Wille, die Sache wie eigen zu behandeln.

So erscheint denn der Besitz zunächst als ein thatsächlicher Zustand und würde als solcher im Rechte nicht anders als jede andere Thatsache in Betracht kommen, wenn nicht durch das positive Recht mit demselben besondere rechtliche Wirkungen verknüpft worden wären. <sup>shuldrigkeit</sup>

Die wesentlichste Rechtswirkung besteht in dem Schutze, den das Recht dem Besitze angedeihen läßt. <sup>(hierulff)</sup>

Der Besitzer wird nämlich ohne Rücksicht auf ein ihm etwa zustehendes Recht schon und bloß darum, weil er Besitzer ist, in dem Besitze gegen eigenmächtige Störung gerichtlich geschützt. (S. 339. 344—347. A. b. G. B.) Durch diesen Rechtsschutz wird der Besitz Gegenstand der bürgerlichen Gesetzgebung und die Regelung der Besitzverhältnisse Theil des Civilrechtes.

Durch die Aufnahme in das Recht wird nun der natürliche Begriff des Besitzes, der seinem Wesen nach ein bloßes Factum ist, zum Rechtsbegriffe und der Besitz selbst zum Rechtsinstitute.

In Folge dieser Aufnahme und rechtlichen Verarbeitung wird die ursprünglich rein factische Natur des Besitzes theils aus Gründen des Rechts, theils im Interesse des Verkehrs vielfach modificirt. <sup>das ist zu beachten</sup>

Beiträge I. S. 421, welche den B. nicht als die „Möglichkeit, sondern als das Recht der körperlichen Herrschaft über die Sache — das Recht der Eigenmacht gegen Eigenmacht“ erklärt, vgl. §. 3. Note 9. a flg. Uebrigens wäre wohl dieses „Recht“ schon ein Attribut der Detention. Vgl. §. 6. N. 9.

3) Kieulff, I. S. 344, hält es für einen wesentlichen Fehler der neueren Untersuchungen in der Besitzlehre, daß der Begriff des Besitzes auf dessen Wirkungen und insbesondere auf die sog. possessorischen Interdikte gegründet wird. Die Begriffsentwicklung des Besitzes müsse unabhängig von dem praktischen Interesse der Lehre geschehen. Die Quellen enthielten keine Spur von dieser gangbaren Vorstellung. — Dieser Vorwurf ist m. E. verfehlt. Wenn auch jede Entwicklung des Begriffes „Besitz“ von der bloßen Thatsache der willensbewußten Innehabung ausgehen muß, so ist doch die Beziehung auf die Rechtswirkungen des Besitzes darum unerlässlich, weil erst durch diese Beziehung der Besitz aus dem Gebiete der Thatsachen in das Gebiet des Rechtes übertritt, in welchem er außerdem überhaupt nicht Platz fände. Vgl. auch v. Ihering, Grund d. Besitzeschutzes, S. 143, 185, dem ich allerdings insofern nicht beipflichten kann, als er lediglich vom Eigenthum aus zum Besitzeshut und von diesem zum Besitz gelangen will. (Dag. auch Brinz, §§. 132 u. 180.) Der Besitzeschutz hat mit dem Eigenthum Nichts zu schaffen. Ueberdies ist der Besitz auch für die Usucapion relevant und können insbesondere der Usucapionsbesitz und Interdiktenbesitz auseinanderfallen. Man denke z. B. an die Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes. <sup>(abgeleitet)</sup>

4) Vgl. Savigny, §. 9. Puchta, Pand. §. 122. u. Rechtsl. II. S. 46. Brunns, Besitz, §. 2. 15. 29. Brinz, Pand. (1. Aufl.) I. S. 57, welcher gut

Einerseits wird nämlich in Fällen Besitz angenommen, wo die tatsächlichen Voraussetzungen hiezu abgehen; andererseits wird er da rechtlich nicht anerkannt, wo er zu Folge seines natürlichen Begriffes angenommen werden müßte.<sup>5</sup>

Fälle der ersteren Art finden wir beispielsweise in der Statuirung des Besitzerwerbes auch ohne die natürlichen Voraussetzungen desselben (§§. 427. 429. A. b. G. B.); in der Annahme des Be-

*besitzerwerbes, vgl. §. 427. 429. A. b. G. B.*

bemerk: „Die Natur des Besitzes ist unter die Herrschaft des Rechtes zurückgedrängt, auf dem Gebiete des Rechtes ist er ansässig (naturalisirt) und dann durch die Beherrschung mit dem Rechte „civilisirt“ worden.“ Ungerechtfertigt ist es jedoch, auf diese rechtliche Umgestaltung des Besitzes den Schluß zu gründen, daß der Besitz ein Recht sei, wie dies Savigny §. 5. thut. Es ist daher nicht richtig, wenn Baron Gesamtmrechtsw. S. 3 behauptet: „Der Besitz, weil er gleichsam eine Naturwahrheit sei, sei frei von Fiktionen.“

5) Dies zu betonen erscheint um so nothwendiger, als neuestens von einem der geistvollsten Vertreter der heutigen Jurisprudenz aus gewissen anomalen Gestaltungen der Besitzlehre weittragende Folgerungen auf das rechtliche Wesen des Besitzes und den Grund des Besitzeschutzes gezogen worden sind. Ihering, Grund. d. Bes. (2. Aufl.), findet nämlich ein Hauptargument gegen die von ihm bekämpfte Theorie, welche den Besitzeschutz auf das Willensmoment stützt, darin, daß dieselbe zu einzelnen der oben genannten — gewiß nicht normalen — Bestimmungen des röm. Rechts nicht paßt, so namentlich zu der Nichtanerkennung des Besitzes eigenthumsunfähiger Personen oder an eigenthumsunfähigen Sachen (S. 38 flg. S. 144). Hierbei wird aber übersehen, daß die wahre Natur eines Instituts nur aus seiner regelmäßigen Gestaltung erkannt werden kann. S. Ihering selbst S. 55, 61. Allerdings läugnet Ihering von seinem Standpunkt (Besitz ist „das Vorwerk des Eigenthums“, „Besitzschuß ist für den Eigenthümer berechnet“), die Singularität der oben angeführten Rechtsfälle. Daß sich indeß dieser Standpunkt mit der Auffassung des röm. u. österr. Rechts nicht verträgt, beweist m. E. schon die Unabgängigkeit des Besitzeschutzes von der Eigenthumsfrage. Vgl. L. 2. D. uti poss. Auch darf man, wie Brinz §. 135 (2. A.) richtig bemerkt, nicht der Meinung Raum geben, daß das Eigenthum das Primäre, der Besitz das Secundäre gewesen, dieser durchweg nach jenem copirt worden sei. Dazu Brunß, Besitzlagen S. 9 flg. 270, 278, 282, und Arndts, §. 135. R. 2, R. Schmid, Krit. V. J. Schr. 13, S. 73, Windscheid, §. 146. R. 8. (4. Aufl.). Nimmer könnte die liquide Einwendung des Eigenthums ausgeschlossen sein, wenn jener Gesichtspunkt maßgebend gewesen wäre. Nihil commune habet proprietas cum possess. (Ulp. L. 12. §. 1. D. de poss. Cfr. L. 1. §. 2. D. uti poss.). Vgl. auch L. 1. §. 3, 4. L. 3. §. 5. D. de poss. L. 19. 49. eod. u. a., die deutlich den naturalen Charakter des Besitzes als den normalen hervorkehren. Damit soll nicht geläugnet werden, daß die rechtliche Gestaltung des Besitzes mitunter im Anschluß an das Eigenthum erfolgte und in dem Parallelismus zum Eigenthum (als „Tatsächlichkeit des E.“) seine beste Erklärung findet, und dies in das gehörige Licht gestellt zu haben, ist ein Verdienst Ihering's. Vgl. auch Bekker, Krit. V. J. Schr. 18. S. 21. flg., welcher indes §. 13. die fraglichen Erscheinungen nur bei Auffassung des Besitzes als Recht begrifflich finden will.

sziges bei willensunfähigen Personen, so namentlich bei Wahnsinnigen, Kindern und juristischen Personen; in der Annahme der Fortdauer desselben bei Pupillen und Kuranden, obgleich diese den Besitzwillen (ohne Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters) aufgegeben haben (§. 865. vgl. mit §. 349.);<sup>5a</sup> in dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter;<sup>5b</sup> in der Anerkennung der Fortdauer des Besitzes selbst da, wo die faktische Herrschaft keine präsente und aktuelle ist (Erweiterung des Begriffes der faktischen Beherrschung);<sup>6</sup> in der Annahme der Fortdauer des Rechtsbesitzes trotz der eingetretenen Unmöglichkeit der Ausübung bei rechtzeitig erfolgter Einklagung der Behinderung (§. 351. G. B.).<sup>7</sup>

Dagegen wird Besitz nicht anerkannt, obgleich die tatsächlichen Voraussetzungen seines Daseins vorhanden wären, — an außer

5a) Vgl. L. 29. D. h. t. 41. 2. und L. 11. D. 41. 1.

5b) Brinz, Pand. (1. A.) S. 1602 flg.

6) Man denke z. B. an den Fall, wo der Besitzer eines Grundstücks weit abwesend (etwa verreist) ist, ferner an das Verlassen der Sennhütten und Sommerwohnungen während der kälteren Jahreszeit, an das Stehenlassen von Heu, Getreide, Geräthe u. s. f. im Freien. Soweit könnte ich Ihering, Grund. d. B. S. 185, bestimmen. Aber selbst diese Modifikation des natürlichen Besitzbegriffes erscheint überflüssig, wenn man den Begriff der „faktischen Herrschaft“ nicht im Sinne bloß körperlicher Inhabung nimmt, so daß sich derselbe nach der Verschiedenheit der einzelnen Objekte und nach Maßgabe der obwaltenden wirtschaftlichen, sozialen und rechtlichen Verhältnisse, insbes. nach dem Zustande der öffentlichen Sicherheit bestimmt. Viel zu weit geht Ihering a. D., wenn er aus der Fortdauer des Besitzes in solchen Fällen die vollständige Unbrauchbarkeit des herrschenden Besitzbegriffes deduciren will. Reicht doch auch Ihering's Theorie vom „normalen Zustande der Sache“ und von der „Sichtbarkeit des Besitzes“ (S. 180. 189.) für zahllose hierher gehörige Fälle nicht aus. Wie soll man z. B. an der verlassenen Sennhütte, dem unbebauten Grundstück, dem kahlen Bergabhange, dem Steinfelde, der Steppe u. s. f. erkennen, ob dieselben im „normalen Zustande“ sind, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfüllen? Und habe ich etwa den Besitz des Buchs verloren, das ich über Mittag in der Gartenlaube meines offenen Parks liegen ließ? Nach Ihering S. 214 ja, nach L. 3. §. 13. D. h. t. 41. 2. quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus — wohl nicht!

7) Diese Annahme ist dem österr. Rechte eigenthümlich. Nach röm. Rechte treten zu den im Texte angeführten Modifikationen namentlich noch hinzu: Fortdauer des Besitzes an Immobilien bei clandestiner Besitzentsetzung und die Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes. — Nicht hierher gehören dagegen die Fälle des sog. fingirten Besitzes (ficta p.) der §§. 376. und 378. A. b. G. B. bei dolosem Vorgeben und dolosem Aufgeben des Besitzes, vgl. L. 25. 27. §. 3. D. 6. 1. (qui liti se obtulit, qui dolo desit possidere), da hier der Besitz nur insofern in Betracht kommt, als er selbstständige Quelle von Rechtsvortheilen ist. Dies übersteht Koch §. 5. — Für das preussische Recht gelten gleichfalls die im Texte angeführten Modifikationen (mit Ausnahme der ersten und letzten) und außerdem für den Besitz-

Verkehr stehenden Sachen (§. 311), bei Personen in Rücksicht von Sachen, welche sie nicht zu eigen erwerben können (vergl. §§. 9. u. 10. d. B.),<sup>7a</sup> und endlich unter Voraussetzungen, wo auch das Dasein eines Rechtes durch die Vorschrift des Gesetzes ausgeschlossen ist, z. B. an Theilen eines rechtlich untheilbaren Gutes.<sup>7b</sup>

Die Modifikationen, welche die natürliche Gestaltung des Besitzes bei seiner juristischen Formung erfährt, liegen theils in der positiven, durch Verkehrsinteressen bestimmten Anordnung des Gesetzes, theils in der prinzipiellen Erwägung, daß der Besitz in Folge der Aufnahme in das Recht das Schicksal der Rechte da theilen muß, wo dieses gebietend oder verbietend auftritt.<sup>8</sup> Besitz kann da nicht anerkannt und rechtlich geschützt werden, wo das Gesetz selbst die Möglichkeit des Rechtes absolut negirt. Gegenstand, Entstehung, Fortsetzung und Verlust des Besitzes sind also durch das positive Recht

erwerb die Eigenthümlichkeit, daß vi. clam, precario vorgenommene Handlungen keinen Besitz zu gründen geeignet sind. Vgl. §. 96. 98. 106. I. 7. und Bornemann, I. §. 81., Gruchot, Beiträge zur Erl. des preuß. R. V. S. 306 flg., Förster, Preuß. P. R. §. 160 V., der die Controverse in d. Note 142 näher behandelt. S. auch Dernburg, §. 148. a. G. — Ziemlich regelmäßig gestaltet sich (in Ermangelung besonderer Bestimmungen) Erwerb und Verlust des B. nach französ. Rechte. — Für das sächsische R. gelten die im Texte angegebenen Modifikationen (ausgenommen die erste und letzte), außerdem Modifikationen beim Besitzverluste unbeweglicher Sachen und durch Stellvertreter. (§§. 214. u. 216.)

7a) Vgl. L. 30. §. 1. u. 3. L. 3. §. 17. L. 30. §. 4. L. 49. §. 1. D. h. t. Puchta im Rechtsler. S. 46., v. Jhering, Grund S. 145 flg.

7b) Dagegen versteht es sich nach der factischen Natur des Besitzes, daß die auf den Rechtserwerb bezügliche Vermuthung des §. 1237 G. B. (praesumptio Muciana) auf die Frage, ob Mann oder Frau als Besitzer anzusehen ist, nicht bezogen werden kann. Vgl. Entsch. Nr. 2552 Samml. Gl. II. W. — Auch die gesetzliche Präsumtion für die Deffenlichkeit fließender, nicht schiffbarer Gewässer bezieht sich nicht auf deren Besitz. §. 3. R. W. Ges. v. 1869.

8) Es sind dies Rechtsnormen, deren zwingender Charakter unter Ausschluß jeder Privatwillkür unbedingte Geltung verlangt. Jus publicum, quod privatorum pactis mutari nequit. Vgl. über diese Gattung von Rechtsnormen: Unger, I. §. 9. — Dies gilt insbes. von dem Rechtsfalle, welcher bei rechts- oder willensunfähigen Personen und an res extra commercium keinen Besitz anerkennt. Die Besitztheorie, die im Besitze den realisirten Willen schützt, enthält darum keine Unbegreiflichkeiten, wenn hier und dort der Besitzeschutz versagt wird. Dies verkennet Jhering, Grund d. B. S. 38. Plurimum ex jure mutuatur possessio. L. 49. D. de poss. Possessio non tantum corporis sed et juris est. L. 49. §. 1. D. eod. Daß übrigens der von Jhering S. 145 aufgestellte Satz über die extensive Congruenz des Besitzes und Eigenthums nur nach seiner negativen Seite hin richtig ist, darüber vgl. §. 10. R. 1. dieses B. Der Parallelismus von Besitz und Eigenthum bildet daher nur die Regel.

in vielen Beziehungen anders geregelt, als die logische Folgerung aus dem natürlichen Begriffe desselben ergeben würde, und es ist nicht zu verkennen, daß diese Regelung meist im Anschlusse an die Gestaltung des Eigenthumsrechtes erfolgte und dem Bedürfnisse nach einer Ergänzung des Eigenthumschutzes thatsächlich vielfach Rechnung trägt.<sup>8a</sup> So geht denn der Sachenbesitz mit dem Eigenthum in der Regel parallel und kann derselbe immerhin als die thatsächliche Erscheinung des Eigenthums, als „Ausübung des Eigenthums“ (Arndts, §. 135, Windscheid, §. 149. 5) oder als „Thatsächlichkeit des Eigenthums“ (Jhering, Grund d. B. S. 144 flg.) bezeichnet werden.

Der Besitz in jener Gestaltung, welche ihm das Recht gegeben ist es, von dem allein in der Folge die Rede sein wird, und zwar der Besitz für sich, also als selbstständige Quelle und Voraussetzung von Rechtsvorteilen und nicht etwa als Folge des Eigenthums oder eines andern Rechtes.<sup>9</sup> Die mit dem Besitze verbundenen Rechtsvorteile bilden das Recht des Besitzes (Besitzrecht, jus possessionis) und ist dasselbe von dem Rechte

8a) Diese Seite des Besitzes betont mit Recht Jhering, Grund d. B., welcher S. 144—209 die extensive Congruenz des Besitzes und Eigenthums und die innere Gestaltung des Besitzbegriffs nach dem Vorbilde des Letzteren nachzuweisen strebt. Dennoch vermag ich ihm nicht zu folgen, sofern er im Besitze nur eine „Position, ein Vorwerk des Eigenthums“, und im Schutze des Besitzes bloß eine dem Eigenthümer zuge dachte Beweiserleichterung, die konsequent (?) allerdings auch dem Nichtigentümer zu Statten komme, erblicken will. S. 95. „Konsequent“ dürfte gerade nach dieser Idee der Besitzer gegenüber dem Eigenthümer, der sein Recht sofort klar stellt, nicht geschützt werden. Und schon darum kann die von Jhering in den Vordergrund gestellte Abhängigkeit des Besitzes vom Eigenthum nicht zugegeben werden. Vgl. auch Schmid a. D., Arndts, P. §. 135. Note 2., Brinz, §. 180. (2. A.), Brunns, S. 280. 281.

9) Der Besitz kann nämlich auch als Folge von Rechten in Betracht kommen. Insofern z. B. der Eigenthümer die rechtliche Macht hat, unbedingt über die Sache zu verfügen und jedermann von dem Besitze derselben auszuschließen (§. 366. A. b. G. B.), erscheint der Besitz lediglich als rechtliche Folge des Eigenthums; sofern der Käufer mit der Kontraktklage (§. 1047. und 1064. G. B.) die Uebergabe der Sache in den Besitz fordert, erscheint die Tradition als rechtliche Folge des obligatorischen Verhältnisses. In diesen Fällen kommt aber der Besitz nicht für sich, sondern nur als Folge eines Rechtes (dinglichen oder obligatorischen) in Betracht. Wenn dagegen der Besitzer einer Sache lediglich auf Grund seines Besitzes im Besitze gegen Störung geschützt, oder in den verlorenen Besitz wieder eingesetzt wird, und hiebei die Frage über das Recht des Einen oder des Andern gar nicht eingemischt werden darf (§. 339. 345. 346. A. b. G. B. und §. 5. des Besitzstörungsverfahrens), so ist es der Besitz an und für sich, welcher der alleinige Rechtsgrund dieses rechtlichen Schutzes ist.



zu besitzen (Recht zum Besitze, *jus possidendi*) wohl zu unterscheiden.<sup>10</sup>

Ausgeschlossen sind daher von dem Gebiete des Besitzrechtes jene Rechtsmittel, welche das Recht auf Abtretung oder Rückstellung des Besitzes auf Grund von Verhältnissen gewähren, welche außerhalb des Besitzes als solchen liegen. Aus diesem Grunde können die Besitzkonditionen, d. s. Klagen auf Rückstellung des Besitzes, durch welchen der Beklagte ohne rechtfertigenden Grund (*sine causa*) bereichert erscheint, nicht zu den Besitzesklagen gerechnet werden, weil sie nicht auf dem Besitze an sich, sondern auf der ungerechtfertigten Bereicherung um einen Vermögenswerth beruhen. (§§. 1174. 1247. 1431—1437. 1447. A. b. G. B.). Nur äußere Gründe können den Anschluß derselben an das System der possessori- schen Rechtsmittel rechtfertigen.<sup>10a</sup> Die Besitzkonditionen sind so wenig Besitzesklagen, als etwa die Konditionen auf Rückübertragung einer ohne rechtlichen Grund tradirten Sache — Eigenthumsklagen. Sie sind vielmehr obligatorische, auf Rückstellung des Besitzes gerichtete Klagen und repräsentiren gewissermaßen petitorischen Schutz des- selben.<sup>10b</sup> Aus demselben Grunde darf nicht in den Kreis der Besitzschutzmittel gezogen werden: die Bestimmung des §. 376. des A. b. G. B., daß derjenige, der im Eigenthumsprozeß den Besitz der Sache „vor Gericht“ läugnet, schon deswegen allein dem Kläger den

10) Vgl. Savigny, §. 35. Pachmann, S. 59. Deutlich spricht diesen Gegensatz aus der §. 320. des Gesetzbuches: „Wer nur das Recht zum Besitze hat, darf sich im Verweigerungsfalle nicht eigenmächtig in den Besitz setzen.“ Vgl. §. 853. G. B. und §. 5. der kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849. Wer im Besitze sei, daher das *jus possessionis* habe, ist wesentl. eine Thatfrage; — wer das Recht zum Besitze habe, eine Rechtsfrage. Das sog. *jus possidendi* ist nicht das Recht, Besitz zu ergreifen, sondern das Recht, den Besitz zu haben, Besitzer zu sein und dieses Recht gebührt nur dem Eigenthümer. Vgl. auch Pachmann, S. 70. N. 1. Damit darf das obligatorische Recht, die Abtretung des Besitzes zu verlangen (Besitzrecht im weitesten Sinne), nicht verwechselt werden. Kinde!, in Rassew's Beiträgen I. S. 427, will nicht einmal die *J. recup. p.* als Besitzklagen ansehen, weil sie ein Ausfluß — nicht des B., sondern des aufgehobenen Besitzes seien. Allein Störung und Aufhebung sind doch nur dem Grade nach verschiedene Verletzungen des Besitzes?

10a) Diese Behandlung findet sich bei Brunß, Besitzklagen, §§. 16—19., welcher das Verdienst hat, die Besitzkonditionen in s. Besitz i. M. (S. 27 flg.) wieder zur Geltung gebracht zu haben, — ebenso bei Windscheid, §. 161.

10b) S. auch Cosack, S. 8. N. 5.; dazu bes. Pavlicek, Bereicherungs- klagen (1878) §§. 1. 3.

Besitz abtreten muß.<sup>3</sup> Um so mehr ist von diesem Gebiete auszuschließen die gerichtliche Besitzeinweisung des Erben, welcher sein ausschließen- des Erbrecht ausgewiesen hat, noch vor beendigter Verlassabhand- lung (§. 145. Absatz 2. des Pat. v. 9. August 1854. Z. 208) nebenso der gerichtliche Einsatz des Erben (die Einantwortung des Nach- lasses in den „rechtlichen Besitz“) auf Grundlage der durchgeführten Verlassabhandlung (§§. 149. 174. desselben Patents), da diese Ein- weisung auf Grund der Untersuchung des Rechtstitels der Erb- schaftsanwärter und überdies nicht bloß in den „Besitz“, sondern in das Recht („rechtlichen Besitz“) erfolgt.<sup>10c</sup> Und darum schließt auch Savigny (§. 35.) die *interdicta adipiscendae possessionis* des römischen Rechts von dem Gebiete der Besitzlehre mit Recht aus.<sup>10d</sup>

10c) Vgl. über das Wesen der österr. Verlassabhandlung Unger, Erbr. §. 39. und Verlassabhandlung S. 116 flg., und meine Monographie: Erwerb der Erb- schaft §§. 4. u. 9. Der Erbe darf sich nämlich nach §. 797. G. B. nicht selbst in den Besitz der Erbschaft setzen; der Nachlaß wird vor Gericht verhandelt und dem- jenigen Erben, der sein Erbrecht in diesem nicht streitigen Verfahren nachgewiesen (wahrscheinlich gemacht) hat, — unter Vorbehalt der im Prozeßwege geltend zu machenden Rechte des wahren Erben — eingantwortet, d. i. in den „rechtlichen Bes-itz“ übergeben. Ueber die rechtliche Bedeutung der Einantwortung vgl. meinen: Erwerb der Erbschaft u. S. 91 flg. (s. *Verlassabhandlung*).

10d) Wenn dagegen Jhering, Grund d. B. S. 66 flg. (ähnlich auch Büchel, Natur des Besitzes, S. 27 flg.) bemerkt, daß der „gewaltige Unterschied“ zwischen der petitorischen Klage und den interd. adipisc. p. darin bestehe, daß die ersteren die Verhältnisse definitiv, die letzteren aber provisorisch regeln, „ganz so wie es bei den beiden anderen Arten der possessori- schen Interdikte (*retin. et recup. p.*) der Fall ist“, so ist dies zwar im Allgemeinen richtig, beweist aber Nichts gegen die Behauptung Savigny's, daß die int. *adipiscendae poss.* von dem Gebiete des Besitzrechtes auszuschließen sind. Denn von Besitzeschutz und possessori- schen Interdikten im wahren Sinne kann im Gegensatz zu den petitorischen Klagen nur insofern die Rede sein, als der Besitz an sich und dessen Verletzung (Bedrohung) den Klagegrund bildet, und dies trifft nur bei den interd. *retin. et recup. poss.* zu. Anders, wenn nicht das Fundament, sondern der Zweck der Klage zum Ein- teilungsgrunde dienen, beziehentlich wenn der Umstand maßgebend sein soll, ob die Entscheidung eine definitive oder provisorische ist. Dann kann allerdings der Begriff und Kreis der possessori- schen Interdikte weiter gezogen und müssen zu denselben auch die i. *adipisc. poss.* gezählt werden. Und insofern irrt Savigny, wenn er S. 385. behauptet, daß die Letzteren mit den interd. *retin. et recup. poss.* Nichts gemein haben. (Vgl. dagegen auch Rudorff, Zusatz N. 127.) Doch ist nicht abzusehen, was mit dieser so weiten Fassung des Begriffs der possessori- schen Interdikte gewonnen ist, da denn doch die interd. *retin. et recup. poss.* wegen der durchschlagenden Verschiedenheit des Klagegrundes unter allen Umständen auszuscheiden und be- sonders behandelt werden müssen? Was speziell das interd. *quorum bonorum* und das *remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani toll.* betrifft, so for- dern diese *interdicta adipisc. poss.* Bescheinigung (ob nicht sogar Beweis, ist

Das Besitzrecht hat immer nur der Besitzer; das Recht zum Besitze kann ein Anderer haben.

streitig) des Erbrechtes und wird Kläger nach summarischer Untersuchung in den Besitz jener Nachlassgegenstände gesetzt, welche den Gegenstand des Besitzes oder Quasibesitzes bilden. (Vgl. 43. 2. D. u. 8. 2. u. 6. 33. C., dazu Leist, Bon. Possessio II. S. 281. 293. 482., Bangerow, §. 509. 510., Sintonis, III. §. 193., Windscheid, §. 617., Randa, Erwerb, §. 4.). Der Klagegrund ist also jedenfalls petitorisch, ganz abgesehen davon, daß es für das röm. R. streitig ist, ob das i. quor. honorum eine bloß provisorische Rechtsmittel war. (Vgl. dagegen neuest. Brinz, (1. A.) §§. 164. 165.) Ebenso hat das interd. Sal- vianum entschieden eine petitorische Natur, da es sich auf die Verpfändung (also auf das Pfandrecht, rem pignori inductam — wenn auch ohne Beweis der sonstigen Erfordernisse des Pfandrechts) stützt. Vgl. L. 1. D. 43. 33.; c. 3. C. 8. 14., dazu Bangerow, §. 390., Windscheid, §. 236. R. 5.). Auch hier ist übrigens die provisorische Natur des Interdicts streitig. Das interd. quo itinere venditor usus est (quominus emtor utatur vim f. v. L. 2. §. 3. D. de interd. 43. 1.) ist allerdings ein Int. adipisc. poss., wie die Quellen ausdrücklich erklären; allein seine Singularität ist auflegend: aus Utilitätsgründen wird der Besitzeschutz gewährt und dem Successor (L. 3. §. 10. D. h. t.) ein Besitz zu Gute gerechnet, den der Auktor hatte. (Vgl. noch §. 26. R. 24. d. B.) Auch hier spielt aber der Rechtsgrund der Erwerbung eine entscheidende Rolle — nämlich die Singular- oder Universal- successio (arg. L. 3. §. 10. L. 6. D. h. t.). Ueberall tritt uns also der petitorische Klagegrund entgegen. Nicht in der Ausschließung der Rechtsfrage und der späteren Möglichkeit des Petitoriums, sondern in der summarischen Prima-facie-Entscheidung der Rechtsfrage unter Vorbehalt des Rechtsbeweises im ordentlichen Prozeßwege, liegt also — abgesehen von dem letztgedachten Falle — die Eigentümlichkeit dieser Interdicte. Die Herausgabe des „Besitzes“ haben sie sogar mit den bezüglichlichen ordentlichen Rechtsmitteln gemein. Uebrigens kennen wir nicht nur provisorische petitorische, sondern auch provisorische possessoriische Rechtsmittel (Poss. summarissim., f. Savigny, S. 532.). Legt man also — wie wohl begreiflich — auf den Klagegrund das Hauptgewicht, so ist die Ausschließung der interd. adipisc. poss. aus dem Gebiete der Besitzlehre durchaus gerechtfertigt. S. auch Brinz §. 180 a. G. (2. A.), dann Rindel I. (21) S. 426. 753, der freilich gerade auf den Klagegrund kein Gewicht legen will; f. dag. §. 7a. R. 13. (Mit Unrecht behauptet Büchel, a. D. S. 40., daß bei den Besitzklagen nicht der Besitz, sondern das commodum p. der jurist. Grund der Klage sei.) — Hiernach kann ich auch Thering S. 120 flg., darin nicht bestimmen, daß der Erbe in Bezug auf den Besitzeschutz günstiger gestellt ist als der Erblasser; die Her. P., das interd. quor. honor. etc. sind eben petitorische Klagen; der Erbe will auch erst den Besitz erlangen, den der Erblasser gehabt hat; der Klagegrund ist nicht der Besitz, sondern das Erbrecht; daß aber zu den Objekten, deren Herausgabe verlangt werden kann, auch der bloße Besitz (übrigens auch die Detention) des Erblassers gehört, beruht darauf, daß jene Klagen begriffsmäßig auf Herausgabe eines ganzen Vermögens gehen (auf das universum jus defuncti) und zu dem Vermögen auch der Besitz gehört. Auf die von Thering citirte L. 18. 19. D. de H. P. spricht sogar nur von Sachen, auf deren Besitz oder Detention der Erblasser einen Rechtsgrund hatte. Vgl. Bruns, Besitzklagen S. 15. flg., welcher die H. P. schon nur auf solche Fälle einschränken will. Vgl. noch §. 15. d. B.

Die Grundlage des Besitzes an Sachen ist die Inhabung. Inhaber ist „wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahr- same hat“. (§. 309.) Dieses bloß faktische Verhältniß „der Macht oder Gewahrsame“ setzt aber dem Sprachgebrauche gemäß weder das Bewußtsein davon, noch den Willen nothwendig voraus, die Sache für sich oder einen Andern zu haben. Auch der ist z. B. Inhaber, in dessen Wohnung oder Schrank eine Sache ohne sein Wissen eingesperrt wurde; ebenso erscheint als Inhaber der Finder, der mit sich zu Rathe geht, ob er die Sache behalten oder dem Eigenthümer zurückerstellen solle. Inhabung (Detention) ist also bloß faktisches Machtverhältniß mit und ohne Beziehung auf Bewußtsein und Willen des Machthabers.<sup>11</sup>

11) Vgl. Windscheid, P. §. 148. Von diesem Sprachgebrauche gehen auch die Redaktoren des preuß. Landrechtes aus: „Inhaber, sagt Suarez in seinem Monitum zu §. 5.—7. des Entw., kann jemand werden und sein, ohne es zu wissen.“ Vgl. Koch, S. 13 u. 30, u. Bornemann, I. S. 473, Note. Im §. 309. enthalten die Worte: „Macht oder Gewahrsame“ eine überflüssige Wiederholung. Denn unter Gewahrsame ist wohl, wie dies der §. 1. I. 7. preuß. R. ausdrücklich sagt, zu verstehen: das physische Vermögen, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, also dasselbe, was unter dem Worte „Macht“. (Dagegen will A. Erner, Trad. S. 91., unter Gewahrsame die custodia des röm. R. verstanden wissen; dagegen spricht schon die Koordination beider Begriffe im §. 309.) Darum heißt es auch im §. 186. des sächs. bürg. G. B. einfach: „Wer eine Sache thatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber.“ — Anderer Ansicht ist Bruns, Besitz S. 466. dem Zielonacki, Besitz S. 4 Note folgt, der zur Detention nicht nur Bewußtsein, sondern auch Willen, für sich oder Andere zu detiniren, fordert, und den Unterschied zwischen Besitz und Detention bloß in der Richtung des Willens (für sich oder Andere inne zu haben) finden will. „Innehaben, meint B., ist ein Begriff, der auf einer Thätigkeit des Subjektes zum Objekte beruht, also wesentlich eine psychische Betheiligung des Subjektes voraussetzt.“ — Wir können dieser Deduktion vom Standpunkte des österr., preuß. und sächsischen Rechtes nicht beipflichten; aber selbst in Hinsicht des Sprachgebrauches haben wir Bedenken gegen die Auffassung B.'s. An B. schließt sich an: Erner, Trad. S. 89. Note 8., Kirchstetter, Comment. (2. Aufl.) S. 159. u. Förster, §. 157. S. 19, welcher aber den hier erwähnten Sprachgebrauch anerkennt und nur behauptet, daß die nicht vom Willen beherrschte Gewahrsame kein „Rechtsbegriff“ sei. Ob dies der Fall ist, hängt indeß davon ab, ob nach der Lage der Gesetzgebung nicht schon „die Gewahrsame“ geschützt ist. Vgl. auch Dernburg, §. 148. R. 2, welcher übrigens der Bestimmung der §§. 1. und 138. I. 7. R. juristische Bedeutung abspriecht. — Wenn endlich Bruns, S. 467, meint, daß im Sinne unserer Anschauung schon derjenige Inhaber ist, „der mit einer Art durch einen Wald geht“ (wörtliches Monitum gegen den Entwurf des preuß. R.), so antworten wir darauf mit Suarez, daß Gewahrsame nur dann vorhanden ist, wenn der Machthaber ausschließlich über die Sache verfügen kann; wer mit einer Art durch den Wald geht, hat nun wohl die Möglichkeit, über einzelne Bäume zu verfügen, nicht aber über den ganzen vielleicht meilenweiten

Die Detention wird aber erst zum Besitze, wenn der Inhaber den Willen hat, die detinirte Sache seiner ausschließlichen faktischen Herrschaft unterworfen zu haben, wenn also der Inhaber das, was er wirklich hat, — nämlich die Gewalt über die Sache — auch für sich haben will (§. 309. des N. b. G. B.). Es muß demnach, wenn Besitz angenommen werden soll, der Inhalt und die Richtung des Willens des Inhabers dem faktischen Gewaltverhältnisse entsprechen, beide müssen einander gegenseitig decken.<sup>12</sup> Der so beschaffene Wille, wenn er auf ein rechtlich anerkanntes Verhältniß sich stützt, ist aber der Eigenthumswille (§. 354. N. b. G. B.).<sup>13</sup> Denn nur das Eigenthum schließt die volle rechtliche

Wald. Der Erwerb des Besitzes ganzer Grundstücke durch bloßes Betreten findet seine Erklärung nur in dem Einflusse, der dem Willen des Besitzers eingeräumt werden muß. Wo dieser nicht vorhanden ist, bleibt die Detention auf das rein faktische Machtverhältniß und dessen Umfang beschränkt. Uebrigens hat die ganze Kontroverse Bedeutung nur da, wo schon mit der bloßen Detention gewisse Rechtswirkungen (insbesondere gerichtlicher Schutz) verbunden sind, z. B. nach preußischem Rechte, §. 141. I. 7., was Zielonacki a. D. übersteht.

12) Oder um mit Windscheid, §. 149., zu sprechen: „Der Besitzwille muß auf das faktische Fürsichhaben der Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen gerichtet sein.“ Daber thut es dem Besitze keinen Eintrag, wenn Andere nur in einzelnen Beziehungen die Sache für sich haben wollen, da dabei jene auf die Totalität aller Beziehungen (nicht deren Summe) gerichtete Herrschaft ebensowenig beeinträchtigt wird, als das Eigenthum durch Servituten. Vgl. Jhering, S. 191, welcher in diesem Punkte mit Savigny übereinstimmt. Zahlreiche Quellenstellen geben diesem Gedanken in verschiedenen Wendungen Ausdruck, vermeiden indes — vielleicht nicht ohne Absicht — die so nahe liegende Bezeichnung: *animus domini*. L. 3. §. 7. D. 43. 17, gehört nicht hierher (s. Note 17.), wohl aber die c. 2. C. h. t. 7. 32., auf welche Jhering, S. 193, so entscheidendes Gewicht legt: *cum ipse proponas tē diu in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse*. Mehr, als die Konstatirung der beiden zum Besitze erforderlichen Elemente: der faktischen Herrschaft und des Besitzwillens, enthält aber diese Stelle m. E. nicht, — insbesondere nicht eine Bestätigung der Jhering'schen Auffassung.

13) Anders nach preuß. Rechte, welches zum Besitze nur die Absicht, „für sich“ über die Sache zu verfügen, erfordert und je nachdem diese Absicht dahin geht, Eigenthum an der Sache zu haben, oder unter Anerkennung fremden Eigenthums doch irgendwie für sich über die Sache zu verfügen, einen vollständigen und unvollständigen Besitz unterscheidet (§§. 2—7. I. 7.). So z. B. ist der Pächter unvollständiger Besitzer der Sache. Das preuß. Recht kennt also drei Stufen der possessio im weitesten Sinne: 1) Gewahrsame (Innehabung), welche keinen Willen erfordert, 2) unvollständigen Besitz, welcher die Absicht, die Sache für sich zu haben, voraussetzt, und 3) vollständigen Besitz, d. i. Innehabung mit dem Willen, die Sache als seine eigene zu haben. Schon der bloße Inhaber wird geschützt. — Nur der vollständige Besitz ist Besitz im Sinne des österr. Rechtes. Mit jener Eintheilung des Besitzes sollte nach der Absicht der preuß. Redaktoren die röm.

Herrschaft über die Sache in sich. Der zum Dasein des Besitzes erforderliche Wille charakterisirt sich also als faktischer Eigenthumswille.<sup>13a</sup>

Eintheilung in *civilis* u. *naturalis possessio* gegeben werden (vgl. die Aeußerungen von Suarez und Kircheisen bei Koch, S. 28—35); aber es ist offenbar, daß die beiderseitigen Begriffsbestimmungen sich nicht decken. Vgl. Koch, S. 35 flg., Förster, P. P. §. 157. Note 31. Ueber die Werthlosigkeit jener Eintheilung dürfte wohl kaum ein Zweifel sein, und mit Recht wurde sie weder von der österr., noch von der franz., sächs., badischen Gesetzgebung adoptirt. Vgl. dagegen auch Bruns, Besitz, S. 433 flg., u. Förster, preuß. Privatr. §. 157. N. N. Dernburg, I. S. 296, der dem „unvollständigen“ Besitz den Sinn der Detention zu eigenem Interesse unterlegt. Vgl. aber §. 9. I. 7. L. N. — Daß außer dem Sachenbesitze auch der Rechtsbesitz geschützt wird, ist selbstverständlich dadurch nicht ausgeschlossen. — Eine andere Bewandniß hat es mit der Detention zu eigenem (selbstständigen) Interesse, welchen das Züricher. C. G. B. §. 490. anerkennt und je nach Verschiedenheit des zu schützenden rechtlichen Interesses im Gegensatz zum Sachenbesitz: Pfand-, Mieth-, Pacht-, Nießbrauch-Besitz nennt. Hier wird der Besitzschutz einerseits der bloßen Detention versagt, andererseits weit über die im röm. Rechte dem Besitze und Quasibesitze gesteckten Grenzen ausgedehnt, was in gewissem Maße dem heutigen Volksebewußtsein und dem Bedürfnisse des Lebens entspricht. — Auf demselben Gesichtspunkte beruht die Bestimmung des §. 208. des sächs. G. B.'s, daß die Besitzklage auch Dem zustehet, welcher eine Sache zur Benützung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat. (Vgl. über die Zulässigkeit und Nothwendigkeit dieser Erweiterung des röm. Besitzeschutzes besonders Bruns, Besitzkl. §. 21. — Daq. indes Heusler, Gew. S. 464.) Noch weiter geht der Entwurf eines bayer. G. B.'s, art. 39. u. 40., welcher die Besitzklagen nicht bloß dem Kaufpfandgläubiger und dem Inhaber, dem die Sache zur Benützung oder zum Gebrauche überlassen wurde, sondern auch dem Finder einräumt. Dehnt man den Besitzschutz in dieser Weise aus, so ergibt sich die Frage, ob nicht auch der Begriff des Besitzes in diesem Sinne zu erweitern sei, wie dies das Züricher. G. B. (§. 488.) thut, indem sonst Besitzklagen anomaler Weise Nichtbesitzern eingeräumt werden? Doch dürfte diese Singularität nicht zu scheuen sein, da nur hiedurch nicht bloß die Reinheit und Schärfe der Begriffe gewahrt, sondern auch bei der Bedeutung des Besitzes für die Erziehung bedenklischen Verwirrungen vorgebeugt wird. Auch ist trotz der Erweiterung des Besitzbegriffes im Sinne des Züricher. G. B.'s die Anerkennung des Rechtsbesitzes durchaus unerläßlich. Vgl. §. 529. d. G. B. und §. 2. Note 1. dieses Buchs.

13a) Auch nach französischem Rechte wird zum Besitze im Gegensatz zur Inhabung Eigenthumswille erfordert, wie dies aus art. 2228. Code civ. hervorgeht: *La possession est la détention . . . d'une chose . . . que nous tenons par nous-mêmes ou par'un autre, qui la tient en notre nom*. Darauf weist auch hin die Stellung der Besitzlehre im Kapitel der Erziehung des Eigenthums, dann art. 2030. u. 2036., wo geradezu vom *titre de propriétaire* gesprochen wird. Vgl. Planch, Besitz nach französ. R. S. 5 und 95. Bruns, Besitz S. 445. Zachariä (v. Ringenthal), Handb. des franz. Civilr. (6. Ausg. v. Buchelt) I. §. 185. a. Der eigentliche Sitz der Lehre vom Besitzeschutz ist der C. de proced. a. 23—27. Die Grundlage bildet allerdings das röm. Recht; allein wesentlich beschränkt sind Umfang und Voraussetzung der Besitzklagen. — Aehnlich das

Sein Inhalt ist daher totale faktische Herrschaft über die Sache.<sup>13b</sup> Wir können diesen Willen als „Besitzwillen“ kennzeichnen. Dieser unterscheidet sich also vom Eigenthumswillen nur dadurch, daß letzterer auf das rechtliche Haben der Sache gerichtet ist, während dem Besitzwillen schon das faktische Haben genügt. Es enthält also der Eigenthumswille begrifflich den Besitzwillen, nicht aber umgekehrt. Hält man diesen Unterschied fest, was freilich vielfach nicht geschieht, so steht nichts entgegen, zur besseren Charakterisirung der zum Besitze erforderlichen Willensrichtung den Besitzwillen als Eigenthumswillen zu bezeichnen, wobei jedoch der Beisatz „faktischer“ hinzugebracht werden muß.<sup>14</sup> Ebenso sachlich gleichgiltig ist es sodann, ob man den Besitz-

badische Landrecht, art. 543. — Auch das italienische Civilgesetzbuch (1866) geht von derselben Auffassung aus und verbindet in Einer Definition den Sachen- und Rechtsbesitz, art. 685.: Il possesso è la detentione di una cosa o il godimento di un diritto (Rechtsbenützung), che uno ha o per sè stesso, o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui. cfr. art. 687. Vgl. Forlani, Sul fondamento etc. p. 242. — Ueber die „Gewere“ — den Besitz des deutschen Rechts, vgl. §. 2. a. G., u. neuesten Heusler, Gewere, bes. §. 6.

13b) Das englische Recht kennt einen Besitz (possessio) im Sinne des röm. Rechts und der heutigen kontinentalen Gesetzgebungen nicht. Vgl. das verdienstliche Werk: Englisches Privatrecht I. von Dr. Sundermann, 1864, besonders S. 310 flg. An Mobilien kennt es nur Eigenthum. Bei Immobilien hat sich ein eigenthümlicher Rechtszustand: estate (Besitzstand), herausgebildet, der mehrere Abstufungen vom Pachtbesitze bis zum Erbgute umfaßt, und viel Ähnlichkeit mit der deutschen Gewere hat. Der Besitz an sich genießt keinen gerichtlichen Schutz: diesen hat nur die seisin (der sogenannte titulirte Besitz), nämlich die Detention, welche sich zugleich auf irgend ein Benützung- und Verfügungsrecht auf die Sache stützt. Der Mangel des Rechtes kann ersetzt werden durch Ablauf der Verjährungsfrist (gerichtsgebräuchlich eines Jahres). Die Schutzmittel der seisin sind wesentlich petitorischer Natur. Sundermann führt zwar, S. 324, an: daß Demjenigen, der noch nicht ein Jahr im Besitze ist, gegen Entsehung ein außerordentliches Rechtsmittel, ähnlich der kanonischen Spolienklage, gegeben sei, also eine wahre Besitzklage; allein die englischen Juristen scheinen auch hier an ein petitorisches Rechtsmittel zu denken. Vgl. G. selbst, S. 325. — Bei dieser Grundverschiedenheit des englischen und kontinentalen Besitzrechtes kann eine Vergleichung, obgleich interessant im Einzelnen, nicht fruchtbar verwerthet werden. Vgl. auch Delbrück, d. dingl. Klage, §. 50. Ueber das ältere englische, normannische und französische Besitzrecht vgl. nun die sorgfältigen Ausführungen Heusler's, Gewere, §§. 27—31., auch Cosac, §. 3.

14) Es ist demnach nicht zu rechtfertigen, wenn der animus possidendi als die auf eigenes Eigenthum gerichtete Absicht definiert wird, so selbst von Savigny, §. 9. S. 109. 231. 246. flg., welcher übrigens der Sache nach das Richtige festhält. Vgl. dessen Bemerkungen, S. 110. Note 3. — Uebrigens halten wir mit Arndts, Zeitschr. N. F. III. S. 371, gegen Böcking, P. §. 123. Note 4., da-

willen als die Absicht, die Sache „wie eigen“ oder „als eigen“ zu behandeln, bezeichne, sofern man nur die Ansicht fernhält, als müsse die Absicht auf das rechtliche Haben gerichtet sein.

Sowie daher das Eigenthum die rechtliche Möglichkeit der ausschließlichen Herrschaft über eine Sache, so ist der Besitz die faktische Möglichkeit. Der Wille des Besitzers entspricht also, wie auf der einen Seite dem bloß faktischen Gewaltverhältnisse, so auf der andern dem eines Eigentümers.<sup>15</sup> Man kann darum den Besitz einer Sache (insbesondere im Gegensatz zum sogenannten Rechtsbesitze) Eigenthum s b e s i z nennen und ihn als die faktische Möglichkeit der Ausübung des Eigenthums bezeichnen. Doch darf man darum noch immer nicht sagen, der Besitz sei „die faktische Ausübung des Eigenthums“,<sup>16</sup>

für, daß sich keine Verfügung über die Sache denken läßt, die der bloße Besitzer faktisch nicht ebenso vornehmen könnte, wie der Eigentümer rechtlich. Gegen B. §. 128. Note 1., bemerken wir, daß ja zum Veräußern einer Sache nicht das Eigenthum daran erfordert wird. Vgl. auch Thering, Grund d. B. S. 191—193.

15) Nicht dem Willen des Eigentümers, weil die Absicht, Eigenthum an der Sache zu haben, nicht erforderlich, also unwesentlich ist. Dies überfließt wieder Zielonacki, Besitz, S. 10. Vgl. dagegen auch Göschen, §. 204, Kierulff, S. 352. Brinz, S. 63, Puchta, Vorles. I. §. 123. Windscheid, §. 149. Monti, S. 15. — Richtiger würde daher etwa der §. 309. lauten: „Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie wie die seinige (statt: als die seinige) zu behalten (recte behandeln), so ist er ihr Besitzer.“ Viel zu weit ist die Bestimmung des preuß. R. §. 3. I. 7.: „Wer eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, . . . in seine Gewahrsame nimmt, der wird Besitzer der Sache.“ Sie ist absichtlich so weit gefaßt, um die Eintheilung in den vollständigen und unvollständigen Besitz zu ermöglichen. „Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache (oder ein Recht) als sein eigen besitzt.“ An das öfter. Recht schließt sich an, obgleich in der Fassung kaum glücklicher als dieses, der §. 186. des sächsischen b. G. B.: „Wenn der Inhaber den Willen hat, an der Sache für sich Eigenthum (?) auszuüben, ist er Besitzer.“ Vgl. dagegen Note 16. — In ähnlicher Weise bestimmt das franz. und italien. G. B. den Besitzwillen, während das Züricher. G. B. denselben viel weiter faßt, nämlich als „Willen, die (körperliche) Macht in eigenem Interesse zu üben.“ (§. 488.). Vgl. Note 13.

16) So selbst Savigny S. 27 und 192. Mackeldey, Lehrb., §. 218. Puchta, Rechtsler., II. S. 67, u. Vorles., I. S. 241: „Der Besitz kann als Ausübung des Eigenthums bezeichnet werden.“ Dagegen Brun's, Besitz S. 5. und 81. Brinz, S. 80, u. Böcking, §. 123. R. 4., dessen Scheu vor der Parallelistrung des Besitzes und Eigenthums indeß ebenso unbegründet erscheint, als andererseits die Ansicht (Thering, Grund des B. S. 45 flg.) zu billigen ist, welche den Besitz zum Schatten des Eigenthums degradiren und in demselben lediglich eine „Eigenthumspostion“, „Ausübung des Eigenthums“ erblicken möchte. Auch hier ist es dringend geboten, sich von Extremen fern zu halten. Dazu kommt, daß die letztere Auffassung dazu drängt, Ausübungsakte des Eigenthums und nur diese als Erwerbsakte des

da es zum Erwerbe und daher zum Dasein des Besitzes weder des Eigenthumswillens noch einer Eigenthumsausübung bedarf, noch auch jede Art der letztern genügt.<sup>16a</sup>

Das zum Dasein des Besitzes der faktische Eigenthumswille (animus domini) nothwendig sei, geht für das österr. Recht aus der Begriffsbestimmung des §. 309.: „Hat der Inhaber einer Sache den Willen, die Sache als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer“ — klar hervor, und liegt diese Anschauung allen einzelnen Bestimmungen im Hauptstücke vom Besitze unzweideutig zu Grunde. (Vgl. z. B. §§. 326, 327, 329. u. a.)<sup>17</sup>

Besitzes anzusehen (Anfänge hievon bei Thering, a. a. D. S. 160 fg.), was gewiß nicht richtig ist. Wer z. B. ein Grundstück verpachtet oder veräußert, übt gewiß Eigenthumsbefugnisse aus und ist darum doch nicht Besitzer. Darum darf man auch nicht mit Thering, S. 192, allgemein behaupten, daß die Begriffe der physischen Herrschaft und der Ausübung des Eigenthums sich decken, obwohl nicht zu läugnen ist, daß Besitz und Eigenthum in den meisten Beziehungen parallel laufen und ersterer gewissermaßen das Abbild des letzteren genannt werden kann. S. Note 6. u. 8. — Worauf Zielonacki: Ueber den Besitz (Osterr. Viertelj. IV. S. 105), seine Behauptung stützt, daß nach österr. Rechte der Besitz Eigenthumsausübung sei (was er aber für das röm. R. läugnet), ist mir nicht begreiflich. So darf es dann freilich nicht wundern, wenn Z. selbst an Gesamtsachen einen Besitz für zulässig hält. In der Schrift: Besitz nach R. R. vertheidigt Z. die Auffassung, daß der Besitz Eigenthumsausübung sei, selbst nach R. R., namentlich gegen Brunns: „Mit vollem Rechte, sagt Z., S. 11 Note, läßt sich so argumentiren: Ist der Besitz eine faktische Herrschaft im Gegensatz zum Eigenthum, welches als eine rechtliche Herrschaft aufgefaßt werden muß, so kann derselbe als eine faktische Ausübung des Eigenthums definiert werden.“ — Allein irrig ist die Voraussetzung dieses Schlusses, daß die Begriffe „faktische Herrschaft“ und „Ausübung des Eigenthums“ sich decken. — Auch die Ansicht Böcking's, P. §. 123. R. 4., „daß der, welcher weiß, daß er nicht Eigenthümer sei, und etwa gar nicht Eigenthümer sein will, auch nicht Eigenthum ausüben wollen kann“, finde ich nicht richtig; denn wenn unter Ausübung des Eigenthums, wie hier geschieht, eben nur die faktische Verfügung über eine Sache verstanden ist, zu welcher das Eigenthum das Recht gibt, so kann dieselbe Jeder wollen, auch der, welcher weiß, daß er nicht Eigenthümer ist. Vgl. Arndts, Zeitschr. R. F. III. S. 371 Note, der durch die Replik B.'s, P. §. 126. Note 11., nicht widerlegt ist.

16a) Unbedenklicher ist der Satz, den Windscheid, §. 149. R. 5., aufstellt: Die Ausübung des Eigenthums ist zwar der Besitz gewiß nicht; wohl aber eine Ausübung desselben. S. auch Brunns, S. 80. Und ebensowenig ist dagegen etwas einzuwenden, wenn der Besitz im Allgemeinen als „die Thatsächlichkeit des Eigenthums“ bezeichnet und seine „Gravitation um das Eigenthum“ betont wird. (Thering a. a. D.)

17) Im gemeinen Rechte ist die Frage, auf welchen Inhalt der Wille des Besitzes gerichtet sein müsse, bestritten. Während Pfeiffer: Was ist der Besitz? S. 6—10 und 63. Böcking, Pand. §. 123. Sententia, Civ. R. §. 42. R. 13. Koch, S. 26. 153. Saimberger, Röm. Priv. II. S. 13, lediglich das

Die Nothwendigkeit des auf das „wie eigen haben“ gerichteten Willens ergibt sich ferner mit Bestimmtheit aus dem §. 381. des G. B. Zur Erwerbung des Eigenthums durch Occupation ist nämlich die Zueignung, d. i. ein Akt nöthig, „womit man sich einer Sache bemächtigt, in der Absicht, sie als die seinige zu behandeln“. Da nun der Eigenthumserwerb durch Occupation durch den Besitzerwerb bedingt ist und mit diesem zusammenfällt (arg. §. 381. erster Satz: „Bei freistehenden Sachen besteht der Titel in der angebornen Freiheit, sie in Besitz zu nehmen“), so gibt auch die Bestimmung dieses §. entscheidenden Aufschluß über die zum Besitzerwerbe nothwendige Willensrichtung.<sup>18</sup>

Dasein irgend eines rechtlichen Interesses für genügend erachten, Rieulff a. a. D. §. 352. Brinz, I. S. 63, und Esmarch, Pand. S. 24, den Besitzwillen als die Absicht „für sich zu haben“, und neuestens Lenz, Besitz, S. 104, als die affectio, die Sache ganz und für immer (?) zu haben, charakterisiren, faßt die Mehrzahl der Juristen (Savigny, a. a. D. §. 9. Thibaut, §. 2. Unterholzner, Verjährung S. 5. Puchta, Pand. §. 123. Goeßchen, Pand. §. 202. I. Dvorzaf, Zeitschr. f. Rechtsgel. 1847. II. S. 137. Mackelley, Lehrb. §. 211. Zielonacki, Besitz, S. 9. Brunns, S. 3 u. 468. Arndts, §. 135. Note 1 (mit treffenden Bemerkungen). Baron, Pand. §. 112. Windscheid, §. 148., Thering, Grund d. B. S. 191. 192., den Besitzwillen als animus domini auf. Daß die Anschauung: zum Besitze genüge die Absicht, eine Sache wie eigen zu haben, auch die der Römer gewesen ist, geht aus zahllosen Stellen hervor. Die Basiliken und die Byzantiner gebrauchen den bezeichneten Ausdruck:  $\psi\upsilon\chi\eta$   $\delta\epsilon\sigma\sigma\omega\zeta\upsilon\sigma\tau\omicron\varsigma$  (a. dominantis), f. Böcking, P. §. 123. Note 7. Die Quellen kennen übrigens den Ausdruck animus domini ebenso wenig als den animus rem sibi habendic. Näheres bei Savigny, §. 9. Zus. der 6. Ausgabe und Rudorff. Zusatz Nr. 31., welcher jedoch mit Unrecht auf L. 3. §. 7. D. U. P. 43. 17. (quasi dominus moretur) hinweist, da Ulpian in dieser Stelle den Superficiarquasi dominus nennt. Vgl. auch Wetter, Poss. S. 8 R. 3. (M. R. Arndts, §. 135. R. 4.). (Brieflich machte mich R. auf L. 22, §. 1. D. d. nox. act. 9. 4. aufmerksam, wo der Ausdruck: opinio domini gebraucht wird.) Neuestens betont Thering, a. a. D. S. 193 vorzüglich: c. 2. C. de poss. 3. 32: omina ut dominum gessisse, und schöpft hieraus einen Beleg dafür, daß der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums sei. — Das „Räthsel des Besitzwillens“ hält für geradezu unlösbar: Meischelder, Besitz, §. 4. Zuguehen ist nur so viel, daß der röm. Besitz vom Gesichtspunkt des Willens gesehen, kein „einheitliches“ Institut ist. (Pernice, Z. f. G. R. 22. S. 424.) — Die österr. Schriftsteller sind sämmtlich unter Beziehung auf den §. 309 der im Texte vertheidigten Ansicht: Zeiller, II. S. 40. Rippel, III. S. 57. Ellinger, Handb. S. 129. Winigarter, II. §. 19. S. 32. Stubenrauch, I. S. 631. Dvorzaf, Zeitschr. für österr. R. 1847. II. S. 137. Unger, I. S. 524. Helm, im Magazin XIII. S. 357. Zielonacki, österr. Viertelj. IV. 1. S. 100 ff. Kirchstetter, S. 158, Erner, Traktation S. 86. Monti S. 14. fg.

18) Per possessionem dominium quaeritur, vgl. L. 20. §. 2. D. de acquir. rer. dom.; dazu Savigny, §. 3. S. 34.

Randa, Besitz u. österr. Recht. 3. Aufl.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich jedoch zugleich, daß es nicht nothwendig ist, daß der Besizer die Ueberzeugung habe, daß er Eigenthümer sei (opinio dominii). Ja selbst der Wille des rechtlichen Habens ist außerwesentlich.<sup>19</sup>

Auf jene Ueberzeugung (bona fides), auf die Beziehung des Willens auf das eigene Recht, auf die Nichtanerkennung des fremden Rechtes kommt Nichts an. Es genügt der beziehungslose Wille, die Sache wie ein Eigenthümer zu behandeln.<sup>20</sup> Dies folgt aus der Erwägung, daß der Besitz eine Thatsache ist, somit die Beziehung auf das Recht gänzlich entfällt. Es ist daher der Dieb, der Räuber, der Finder, der die Sache verhehlt, obgleich jeder derselben das Bewußtsein der in seiner Handlungsweise gelegenen Verletzung fremden Eigenthums hat, doch eben so gut Besizer, als derjenige, der eine Sache redlicher Weise vom Nichteigenthümer gekauft, oder der

19) Es ist daher keineswegs nöthig, daß der Besizer den Willen habe, Eigenthum an der Sache zu erwerben oder auszuüben, sie zu eigen zu haben; es genügt, daß er sie wie eigen für sich haben will. Mit Rücksicht hierauf wird der zum Besitze erforderliche Wille technisch ganz richtig als Besitzwille bezeichnet. Vgl. Brinz, (I. A.) S. 63. und Arndts, P. §. 135. N. 4. Nichts anderes ist unter der opinio dominii zu verstehen in der L. 22. §. 1. D. de nox. a. 9. 4. Van Wetter, S. 6 flg. definiert den Besitzwillen als intention d'exercer le droit de propriété soit l'un de ses démembrements (droits réels, p. 14, N. 2.), was gewiß zu weit geht. — Richtig bestimmt neuestens der bayer. Entw. eines b. G. B. III. art. 1. den Besitzwillen als die Absicht, die Sache „wie ein Eigenthümer für sich zu haben.“

20) Vgl. Savigny, §. 9. Hierulff, S. 352, gegen den Lenz, S. 103 grundlos polemisiert; Brinz, I. S. 63: „es genügt die bloße affectio tenendi (L. 1. §. 3. h. t.) auf eine bloß natürliche Macht über die Sache.“ — Windscheid, P. §. 148. Note 5., definiert den Besitzwillen als Willen, wie ihn der Eigenthümer haben darf (statt: wie ihn der Eigenthümer hat), um damit die im Texte abgelehnte Beziehung auf das Recht fern zu halten und die Objektivität des zum Besitze erforderlichen Willensinhaltes zu betonen. — Eine neue Abhandlung über den Eigenthumswillen stellt Jhering, a. a. O. S. 191 in Aussicht. Die Richtigkeit der Behauptung desselben, daß die im Text gegebene Formulirung des Besitzwillens zu Savigny's Besitzbegriffe nicht passe, weil der Besitzwille, statt lediglich aus dem Begriffe der faktischen Herrschaft, zugleich aus dem Eigenthumsbegriffe seine Bestimmung erhalte, vermag ich nicht einzusehen. Einmal ist der Besitzwille eben nicht der Wille, Eigenthum auszuüben (vgl. vor. Note), sodann fließt, wie oben S. 12 flg. gezeigt, der richtige Begriff des Besitzwillens in der That aus dem Wesen der bewußten physischen Herrschaft, da die Intention eben nur auf das gerichtet sein muß, was der Besizer faktisch hat, d. i. auf die physische Herrschaft über die Sache. Dieser Wille läuft allerdings dem Eigenthumswillen parallel, tritt aber dem letzteren gegenüber, ebenso selbständig auf, wie die faktische Macht gegenüber dem Eigenthum.

Eigenthümer selbst, dessen faktische Macht den Inhalt seines Rechtes deckt.

Der Besitz ist die faktische Herrschaft über eine Sache mit dem Besitzwillen. Es sind daher Mangels des erforderlichen Willens (animus domini s. possidendi) nicht Sachenbesitzer (Eigenthumsbesitzer), obwohl sie die Sache in ihrer Gewahrsame haben:

1. Der Usuar und Usufruktuar; denn wenn sie auch die Detention der Sache haben und diese die Voraussetzung der Ausübung ihres Rechtes ist, so geht ihre Absicht doch nicht auf die ausschließliche faktische Herrschaft über die Sache selbst, sondern nur auf die Ausübung der Dienstbarkeit — auf die Detention der Sache nur insofern, als ohne letztere die Ausübung des Rechtes nicht möglich ist.<sup>21</sup>

Wesentlich aus demselben Grunde erscheint nicht als Besizer der Sache:

2. Der Bestandnehmer (Pächter oder Miether, §. 1090.)<sup>21a</sup>
3. Der Precarist, dem die Sache zur Ausübung eines Rechtsinhaltes (den des Eigenthums ausgen.) auf Widerruf überlassen wird (§. 974.)<sup>21b</sup>
4. Der Leihverleiher (Kommodatar) (§§. 971. u. 1462.).
5. Der Erbpächter (§. 1122.), der Erbzins- und Bodenzinsmann (§§. 1123. u. 1125.).
6. Der Faustpfandgläubiger (§. 447.), dessen Wille bloß auf die Detention geht (§. 1462.).
7. Der Verwahrer (§§. 975. u. 958.) und der Sequester (§. 968.). Insbesondere hat auch der gerichtlich bestellte Sequester

21) Dies ergibt sich schon daraus, daß der Servitutsberechtigte die Substanz der Sache zu schonen hat (§. 504. u. 509. A. b. G. B.). Vgl. Stubenrauch, I., §. 309. S. 631.

21a) Es ist ein derbes Mißverständnis des Gesetzbuches, wenn mitunter selbst in oberrichterlichen Entscheidungen der Miether oder Pächter als Besizer bezeichnet wird; so in der oberstger. Entsch. N. 1030. in Glf. u. W.

21b) Neuest. vindicirt Ubbelohde, Civil. Arch. 59. S. 236 dem Willen des Precaristen den a. sibi possidendi, weil angeblich der Concedent meine: „der Precarist solle mit der Sache machen, was ihm beliebt“, und nur den Widerruflich vorbehalte. Allein diese Annahme ist gewiß nicht richtig; denn der Precarist darf die Sache nur benutzen und gebrauchen, — über die Substanz kann er keinesfalls verfügen; seine widerrufliche Befugniß reicht im Zweifel keinesfalls weiter als die des Usufruktuars. Eben darum kann aber vom wahren Besitz- (Eigenthums-) Willen nicht die Rede sein.

keinen Besitz; er übt vielmehr den Sachenbesitz für einen Dritten (entweder für den wirklichen Besitzer, wie z. B. im Falle einer executiven Sequestration, oder für den künftigen Sieger, wie z. B. im Falle eines Streites um den Besitz, §. 347. des G. B.).<sup>22</sup>

8. Der mit der Verwaltung betraute Machthaber (§§. 960. 1002.).

### 9. Der Lehnsvasall.

In allen diesen Fällen hat der Detentor der Sache nicht den faktischen Eigenthumswillen; sein Wille ist bloß auf die Ausübung des ihm zustehenden Rechtes (beim Depositum und Sequestration auf die Erfüllung der Verbindlichkeit) und auf die Detention als die allfällige unerlässliche Voraussetzung derselben gerichtet. Doch kann in mehreren der vorliegenden Fälle neben der Detention der Sache der Besitz des Rechtes vorliegen<sup>22a</sup> (so in den Fällen 1, 2, 4, 5 und 9), wodurch aber selbstverständlich die Detention an der Sache nicht zum Besitze derselben wird. (Insbesondere kann im Falle der executiven Sequestration der Früchte oder Gefälle einer Realität (§. 320. Allg. Ger. Ordn.) der Besitz des sog. Sequestrationsrechtes d. i. des Rechtes des Pfandgläubigers, sich aus den Früchten der sequestrirten Realität bezahlt zu machen, für den Sequestrationswerber durch die Einführung des Sequesters erworben werden. Vgl.

22) Lenz, Besitz, S. 113, u. die Entsch. N. 819 S. Gl. Ung. W.

22a) So kann der Usufuktuar oder Usuar Besitzer des Rechtes der Servitut, der Pächter oder Miether Besitzer des Pacht- oder Miethrechtes, der Leih-, Erb-, Erb- und Bodenzinsmann und der Lehnsmann Besitzer des ihm an der Sache zustehenden Benützungrechtes sein, rücksichtlich der Sache selbst aber bleiben dieselben bloß Detentoren, da eben ihre Absicht dem Inhalte und Umfange nach nicht der physischen Herrschaft über die Sache entspricht. Vgl. Stubenrauch, I. §. 309. S. 631. Kirchstetter, S. 158. Monti, S. 15. Auch das röm. Recht erkennt keinen Besitz an der Sache an rücksichtlich des Servitutsberechtigten, des Bestandnehmers, des Commodatars, des Procurators, des missus in poss. (L. 3. §. 3. u. 20. L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 18. 24. L. 49. pr. L. 52. pr. D. 41. 2. — L. 1. §. 22. D. de vi (43. 16.): quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus creditor possidere. L. 8. D. commod. (13. 6.): Rei commodatae possessionem . . . retinemus. L. 6. §. 2. D. de precario (43. 26.): et fructuarius et colonus . . . sunt in praedio et tamen non possident. Vgl. Savigny, §. 9. u. 23. Brunß, §. 2. Brinz, §. 27. (1. A.) Puchta, §. 123. Arndts, §. 137. — Nach preuß. Recht nimmt man in den Fällen 1—6. u. 9. „unvollständigen Besitz“ an, obzwar §. 9. I. 7. unvollständigen Besitz nur da anzuerkennen scheint, wo sich der Besitzer ein besitzfähiges Recht „anmaßt“ und Rechtsbesitz nicht in allen genannten Fällen vorliegt. Vgl. dazu Dernburg, I. S. 296.

§. 24. N. 1a). Eine Folge hievon ist, daß der Eigenthümer den Besitz an der Sache durch die Einräumung der vorgenannten Rechte nicht verliert; daß also in solchen Fällen ein doppelter Besitz in Rücksicht derselben Sache stattfinden könne: der Sachenbesitz des Einen (Eigenthumsbesitz) und der Rechtsbesitz des Anderen. Auf diese Möglichkeit weist der §. 327. A. b. G. B.<sup>23</sup>

Das österr. Civilrecht kennt von der Regel, daß der Besitz durch den faktischen Eigenthumswillen bedingt ist, keine Ausnahme. Die Spezialität des röm. Rechtes, welches in mehreren Fällen (beim Pfandgläubiger, Sequester und Prefaristen) Sachenbesitz annimmt, ohne daß der Detentor den animus domini hat, ist ihm fremd.<sup>24</sup> —

23) Dies verkennt Lobvitzki, Prov. §. 5., und die Entsch. des B. G. Karolinenthal und die bestätigende E. des Böhm. Oberger. G. Zeit 1863. N. 132., welche irrig annehmen, daß der Verpächter nicht im Besitze der verpachteten Sache sei. Nur Detention, nicht Besitz hat der Pächter an der letzteren. Die oberste Entsch. dieses Rechtsfalles glaubt aus dem Grunde nicht Besitz des Verpächters annehmen zu können, weil der fragliche Schuppen erst von den Pächtern gebaut worden sei. — Allein läßt sich ein getrennter Besitz an Grund und Boden und dem Gebäude denken? Gewiß nicht! War also der Verpächter Besitzer des verpachteten Grundes, so war er offenbar auch Besitzer des darauf erbauten Schuppens. Vgl. §. 7. b. N. 15, §. 17. d. B. und §. 327. u. 417. G. B.

24) Diese Fälle sind Ausnahmen von der allgemeinen Regel, daß Besitz ohne animus domini nicht möglich ist, — Ausnahmen, nach deren Erklärungsgrund wir uns in den Quellen vergeblich umsehen, obwohl rücksichtlich einzelner, z. B. des Sequesters, des Prefaristen und Pfandgläubigers, Andeutungen über den praktischen Grund dieser Anomalie nicht fehlen. (Vgl. Savigny, §. 24. II. und §. 25. Brunß, §. 2. S. 12. ff.) Die einzelnen hieher gehörigen Fälle sind außerordentlich bestritten. Der Sachbesitz ist unzweifelhaft anzunehmen beim Pfandgläubiger, L. 26. de usurp. L. 40. pr. de poss. L. 35. §. 1. de pign. act. (Savigny, §. 24. II. Brunß, §. 2. Puchta, §. 125. Bangerow, I. §. 200. Dworzak, a. a. D. S. 140. Arndts, §. 135. Brinz, I. §. 27. Windscheid, §. 154. Baron, Gesammtr. §. 4. Meißneider, §. 4. 13.). — Alle übrigen Fälle: als Precarium, Sequestratio, Superficies, Emphyteusis sind mehr oder weniger bestritten. Das Detail dieser Frage hat für das österr. Recht kein Interesse. Näheres siehe bei den eben citirten Schriftstellern. Hier genüge die allgemeine Skizzirung der Auffassung des „abgeleiteten“ Besitzes in der heutigen Literatur. Ueber den abgeleiteten Besitz äußert sich Savigny, a. a. D. wesentlich dahin: „Der Besitz wird auch als Recht betrachtet. Deswegen könne der ursprüngliche Besitzer das Recht des Besitzes auf den übertragen, der für ihn das Eigenthum ausübt. — Es gibt daher auch einen abgeleiteten Besitz. Der Unterschied zwischen ursprünglichem und abgeleitetem Besitze liegt im animus possidendi, welcher bei jenem als animus domini gedacht werden muß, bei diesem aber bloß auf das von dem bisherigen Besitzer übertragene jus possessionis geht.“ Wesentlich dieselbe Auffassung hat Thibaut, Pand. §. 208. Rosshirt, Archiv, VIII. S. 9—11. Sintenis, Civilt. I. §. 42. Burchardi, Archiv, XX. S. 18. Götschen, §. 204.

Es kann daher insbesondere keine Rede sein von einer selbstständigen Uebertragung des Besizes (etwa einer traditio possessionis) ohne die begrifflichen Voraussetzungen desselben.

Zweifelhaft können nach österr. Rechte lediglich die Fälle des sogenannten getheilten (Ober- und Nutzungs-) Eigenthums (§§. 358. u. 359. A. b. G. B.) bei Erbpacht-, Erbzins-, Bodenzins-Gütern und bei Lehen erscheinen.

Allein in allen diesen Fällen ist kein getheiltes Eigenthum vorhanden (wie die österr. Kommentatoren behaupten, vgl. insbesondere

Puchta, Pand. §. 125. Instit. II. §. 229. Bangerow, I. §. 200. Bruns, §. 2. S. 5. u. 10. Arndts, §. 135. Zielonacki, S. 9 flg. Brinz, §. 27. Baron, Pand. §. 112., so daß Savigny's Ansicht noch immer als die herrschende betrachtet werden kann.

Die Gegner der S.'schen Ansicht fassen den zum Besize erforderlichen Animus so weit, daß darunter auch die Fälle des abgeleiteten Besizes subsumirt werden können; am weitesten Warnkönig, Archiv, VIII. S. 170. Rierulff, I. S. 352. Gsmarch, P. S. 24. Böcking, Pand. I. §. 123. Dankwardt, Jhering's Jahrb. 14. S. 303., welchen der allgemeine Wille des Fürschhabens genügt. Dagegen sucht Schröter, Ges. Zeit. II. S. 253., die Fälle des abgeleiteten Besizes vergeblich unter den Begriff des animus domini zu zwingen, was zum guten Theile eine Selbsttäuschung ist, denn dann wäre nicht einzusehen, warum nicht auch der Usuar, Fructuar, Pächter, Mieter, Leiber u. s. f. Besizer ist. Vgl. dagegen auch Windscheid, P. §. 149. Nr. 7. — Lenz, Besiz S. 104, der den animus possidendi als den Willen, „die Sache ganz und für immer zu haben und zu behalten“, definiert, will die Anomalie des sog. abgeleiteten Besizes bloß darin finden, daß der Besizer die Sache nicht für immer haben wolle. Allein die auf das „Für immer haben“ gerichtete Absicht ist offenbar für den Besitzwillen unwesentlich; nach L.'s Ansicht wäre jeder zeitliche Besizer, z. B. der Eigentümer, dessen Recht mit Ablauf eines Termins erlischt, ein abgeleiteter, anomaler Besizer, was gewiß quellenwidrig ist. Neuestens bestreitet Meischer, §. 4., daß die Fälle des sog. abgeleiteten Besizes in den Quellen als Ausnahmen von der Regel behandelt werden. Wenn aber auch die Quellen die Singularitäten nicht nach Art eines Lehrbuchs hervorheben, so hindert dies noch nicht die heutige Jurisprudenz, den logischen Gegensatz beider Kategorien klar zu stellen. Gewiß ist indeß, daß sich die Fälle des anomalen Besizes nur historisch erklären lassen. Von van Wetter's Ansicht (s. Note 19) gilt dasselbe, was gegen Schröter bemerkt wurde.

Nach Savigny nennt man die obigen Fälle, wo der Besiz ohne animus domini angenommen wird, abgeleiteten Besiz. Hierzu bemerkt Brinz (S. 66), daß hiernach jeder übertragene Besiz ein „abgeleiteter“ genannt werden könnte, und bringt dagegen von seinem Standpunkte (der Zulässigkeit der Besizesuccession) den Namen „anvertrauter“ Besiz in Vorschlag. Zielonacki a. D. nennt ihn „irregulären“ Besiz. — Was das Verhältniß des abgeleiteten zum ursprünglichen Besize betrifft, so stimmen wir den Worten Windscheid's, §. 149. Note 7., vollkommen bei: „Das Richtige, sagt W., ist einfach, daß hier kraft positiver Rechtsbestimmung ein Besizvortheil gewährt wird, auch ohne ein dazu der Regel nach nothwendiges Erforderniß.“ — Mit Recht wird von den Meisten die Möglichkeit der Uebertragung

Winiwarter, II. S. 111. Stubenrauch, I. 718.; dagegen Unger, I. S. 329), sondern das ungetheilte Eigenthum des wahren sogenannten Ober-Eigenthümers ist lediglich durch das dingliche Recht des sogenannten Nutzungseigenthümers beschränkt.

Zwar hat das Gesetz in den §§. 357—359. die Theorie vom sogenannten getheilten Eigenthume, die am Schlusse des vorigen Jahrhunderts die herrschende war, in ihrem ganzen Umfange scheinbar adoptirt und unterscheidet es im §. 358. die Theilung des Eigenthums ausdrücklich von der Beschränkung desselben (z. B. durch Servituten).

Allein die Annahme einer Theilung des Rechtsinhaltes des Eigenthums in einer Weise, daß die einzelnen Theilhaber wieder als Eigenthümer erscheinen, widerspricht dem Begriffe des Eigenthums und macht die juristische Konstruktion der daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse auch nach österr. Rechte zur baaren Unmöglichkeit. (Vgl. auch Unger, I. S. 529 u. 608.)

Denn das Eigenthum ist die begrifflich unbeschränkte rechtliche Herrschaft über die Sache, die selbst bis zur Vernichtung derselben schreiten kann (§§. 354. 362. A. b. G. B.). Es ist daher ein absolutes Recht nicht bloß in dem Sinne, daß es als unmittelbares Recht an der Sache gegen Jedermann wirksam ist, sondern in dem eminenten Sinne, daß es begrifflich jeder Beziehung auf fremdes Recht entbehrt.<sup>25</sup>

des jus possessionis auf die in den Quellen ausdrücklich angeführten Fälle beschränkt, da in der Annahme eines Besizes ohne animus domini eine nicht auszuwehnende Anomalie liegt, auch nirgends die Zulässigkeit einer dahinzuliehenden Ueberkunft hervorgehoben ist, obgleich die Veranlassung hiezu nahe gelegen wäre. (Vgl. Savigny, §. 9. Goeßchen, I. §. 205. u. 206. Bruns, §. 2. S. 11. Bangerow, I. §. 200. Arndts, §. 135. Puchta, §. 125.)

Es ist bemerkenswerth, daß das englische Recht in seinem scharf und wohlgegliederten Systeme der »Seisin« einen ähnlichen juristischen Begriff hat, wie das römische Recht in dem Interdiktbesize. Vgl. hierüber Sundermann, engl. Privat., S. 311 flg. u. Heusler, Gewere §. 31.

Nach dem franz. und ital. G. B. gilt dasselbe, was nach österr. R. Vgl. Note 13<sup>a</sup>. — Das sächs. G. B. kennt zwar keinen irregulären Besiz, wohl aber irreguläre Besizklagen. Vgl. §. 208 B. G. B. Dasselbe gilt nach dem bayr. Entwurfsart. 39. 40. — Ueber das Züricher G. B. vgl. Note 13.

<sup>25</sup> Dieses zwar selbstverständliche, aber bisher nicht betonte charakteristische Kennzeichen des Eigenthums ist m. U. für unsere Frage entscheidend. Andere dingliche Rechte theilen wohl mit dem Eigenthume die Unmittelbarkeit an der Sache, daher die Rechtswirksamkeit gegen Jedermann; allein sie alle enthalten begrifflich die Beziehung auf fremdes Recht. Das Eigenthum allein kennt keine solche



Der Begriff desselben wird durch eine wenn auch ihrem Inhalte nach noch so weit gehende Beschränkung durch das Recht eines Andern<sup>26</sup> nicht aufgehoben, da diese Beschränkung stets nur eine zufällige und zeitliche sein kann und immer die Möglichkeit offen steht, daß mit dem Aufhören des beschränkenden Rechtes das Eigenthumsrecht seinen ursprünglichen Umfang wieder gewinnt.

Sobald aber diese Möglichkeit vorhanden ist, erscheint das beschränkende Recht eben nur als Beschränkung fremden Eigenthums, als *jus in re aliena*, enthält also begrifflich die Beziehung auf das fremde Eigenthum, — ist relativ.

Zwei absolute Rechte homogenen Inhaltes an derselben Sache sind begrifflich nicht denkbar; nur eines derselben kann absolut das andere muß relativ sein.<sup>27</sup>

Fragen wir nun, welches Recht an der Sache, das des Obereigenthümers oder das des Nutzungseigenthümers, ist absolut und bedarf begrifflich keiner Beziehung auf das andere, mit anderen Worten: welches der beiden Rechte ist Eigenthum, welches das die Beschränkung des Eigenthums enthaltende Recht, so kann hierüber in Erwägung, daß in den obigen Fällen mit dem Erlöschen des Nutzungseigenthums das Obereigenthum wieder seinen ursprünglichen ungetheilten Inhalt (richtig: unbeschränkten Umfang) wiedererhält (§. 1149. h. G. B.), während dagegen niemals das Nutzungseigenthum durch Erlöschen des Obereigenthums zum vollen Eigenthume

Beziehung, — ist im eminenten Sinne absolut. Die Absolutheit des Eigenthums in diesem Sinne (vgl. über den Begriff der Absolutheit im Sinne der Wirksamkeit eines Rechtes gegen Jedermann Unger, I. S. 518) ist auch der Grund der Unverjährbarkeit desselben.

26) Nur dingliche Rechte sind solche Beschränkungen, obligatorische Rechte sind keine Beschränkungen des Eigenthums, sondern des kontrahirenden Eigenthümers. Vgl. Brinz, I. §. 52. S. 185 f., der dies mit Recht hervorhebt.

27) Das Miteigenthum Mehrerer an derselben Sache (*dominium pro indiviso* §. 361. A. b. G. B.) ist keine Ausnahme hievon, da hier das Recht selbst nur eine intellektuelle Theilung erleidet, indem nicht der Wille eines Rechtssubjektes, sondern der übereinstimmende Wille Mehrerer über die mit der Sache zu treffenden Eigenthumsverfügungen entscheidet. Ueber die Unmöglichkeit der Theilung eines Rechtes, insbesondere des Eigenthums in zwei heterogene Bestandtheile (Ober- und Nutzungseigenthum), vgl. Unger, I. S. 608. Dagegen will neuerlich Baron, Gesamtrechtsw. §. 6., bei der *dos communis* und bei der Pupillarsubstitution Gesamteigenthum annehmen; der Beweis dieser unromischen Ansicht ist ihm u. G. nicht gelungen. Vgl. §. 16. d. B. Note 3.

wird, — kein Zweifel sein. Es erscheint demnach der Obereigenthümer als der wahre Eigenthümer der Sache, der Nutzungseigenthümer als dinglich Berechtigter, trotzdem, daß der Umfang der Befugnisse des Letzteren und der Geldwerth seines Rechtes größer sein mag, als der des Obereigenthümers.<sup>27a</sup> Und dasselbe gilt von den sog. „geistlichen Nutznießern“ oder Beneficiaten, deren Recht auf das Beneficialgut nach kirchenrechtlicher Auffassung nach Analogie des Rechts des Vasallen zu beurtheilen ist. Dieses Recht ist bezüglich der körperlichen Sachen gerade so wie jenes des Vasallen (§. 357. u. 359. A. b. G. B.) ein *jus in re aliena*, ein eigenthümlich geartetes, weitgehendes Nutznießungsrecht, welches nicht nur das Recht auf die Verwaltung und Nutznießung, sondern auch die Befugniß zur Aenderung der Substanz (ohne dieselbe zu verschlechtern), zur Bestellung von Servituten, zur Ausübung des Realpatronats und anderer Realrechte und zur Aktiv- und Passivvertretung des Beneficialguts (als juristische Person gedacht) gewährt.<sup>28</sup>

Dagegen ist der Fideikommißbesitzer Sachenbesitzer, nicht bloß Rechtsbesitzer, da er Eigenthümer, wenn auch durch das Veräußerungs- und Belastungsverbot beschränkter Eigenthümer ist. Denn auch hier führt die Theorie der Theilung des Eigenthums

27a) Vgl. c. 5. X. de pecul. clericorum 3. 25., dazu Richter, Kirchen. §. 299. Schulte, Kirchenr. §. 187. Helfert, Kirchenvermögen §. 23. Vering, R. R. §. 169. Natürlich ist das kanonische Recht nur soweit maßgebend, als es sich um Bestimmung des Umfangs der Berechtigung des Beneficiaten handelt. Die rechtliche Natur, die Voraussetzungen des Erwerbs und Verlustes desselben als Privatrechtes, richten sich nach dem allg. bürgerlichen Rechte (art. 4. des Kundmach. Pat. u. die §§. 38. 46. 49. d. G. v. 7. Mai 1874. §. 50). Sobin erscheint denn auch der Besitz des Beneficiaten nach österr. Rechte nicht als Eigenthums-, sondern als Rechtsbesitz. Doch erscheint der Beneficiat als solcher auch zu den Sachenbesitzinterdikten und zur Eigenthumsklage als Vertreter des Beneficiums aktiv und passiv legitimirt; nur ist zur petitioischen Klage, wenn die Substanz des Guts dadurch berührt wird, auch der Consens des Ordinarius erforderlich. — Theilweise abweichende Ansichten äußert Minister Unger in seiner Rede über das Wahlrecht der „geistlichen Nutznießer“, indem er den Besitz des Beneficiaten als Sachbesitz auffaßt (abgedruckt in der Ger.-Zeit. 1875. N. 4.).

28) Ueber die Entstehung der Theorie vom Ober- und Nutzungseigenthume vgl. Thibaut, Versuche Nr. 3. Böcking, Inst. II. §. 139. und Arndts, §. 134. Anm., der richtig bemerkt: „Aber auch in Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse ist das sog. *dominium utile* (Nutzungseigenthum) im Gegensatz zum *dominium directum* (Obereigenthum) ein Begriff von sehr problematischem Inhalte.“ Vgl. neuest. auch Stobbe, D. Pr. R. II. §. 80. u. Förster, §. 167.

zwischen dem Fideikommissinhaber und allen Anwärtern (§. 629.) zu der sonderbaren, im positiven Rechte nicht gegründeten Konsequenz, daß entweder die Anwärter als juristische Person gedacht werden müßten, oder daß das Subjekt des Obereigentums gar nicht existirte! Das Recht der Anwärter enthält überdies nichts von dem wesentlichen Inhalte des Eigentums, ist vielmehr einfach ein eventuelles Erbrecht. Die hier hervorgehobene Eigenschaft des Fideikommissbesizers als beschränkten Eigentümers anerkennen die neuen österr. Reichs- und Landesgesetze über die Anlegung neuer Grundbücher in den §§. 9. 10. (Gesetze vom 2. Juni 1874. Nr. 88—91. 97. 98. R. G. Bl.), welchen zufolge im Eigentums- und Lastenblatt auch die jeden Eigentümer betreffenden Beschränkungen in der Verfügung über den Grundbuchskörper ersichtlich zu machen, beziehentlich einzutragen sind. Zu diesen Beschränkungen des Eigentums gehören vor Allem eben die aus dem Fideikommissbände und aus der fideikommissarischen Substitution sich ergebenden Dispositionsbeschränkungen (Vgl. 174. des k. Pat. v. 9. August 1874).<sup>28a</sup>

Es ist hienach mit dem gesetzlichen Begriffe des Eigentums die Annahme einer Theilung desselben unvereinbar, und es muß die in den §§. 357—379 niedergelegte Theorie, weil sich selbst widersprechend, aufgegeben werden.<sup>29</sup>

28a) Ja aus der äußeren Gleichstellung des Fideikommiss- und Lehensbandes in §. 174. des cit. Patents könnte man sogar den — innerlich allerdings unberechtigten — Schluß ziehen, daß auch der Lehnsbesizer beschränkter Eigentümer sei. Für das preuß. Recht behauptet dies Dernburg, §. 182.

29) Vgl. nun auch Kirchstetter, S. 183. Zwar fehlt es nicht an Germanisten (vgl. Vollgraf, Archiv, IX. Mittemaier, Deutsches Privat-Recht, §. 156. Maurenbrecher, D. P.-R., §. 188.), welche das Ober- und Nutzungseigentum als ein dem deutschen Rechte eigenthümliches Rechtsinstitut darzustellen sich bemühen, so z. B. Phillips, Deutsch. Priv.-R., II. S. 19, welcher dasselbe aus der Möglichkeit der mehrfachen Gewere, z. B. Eigentums- und Lehengewere abzuleiten versucht, für das mittelalterliche Recht auch Heußler, Gewere, S. 56 flg. 123 flg. Das deutsche Recht kennt aber diese Zweitheilung des Eigentums nicht (vgl. Dunfer, Zeitschr. f. deutsch. R. II. S. 177. Hillebrand, D. Priv.-R. §. 44.), und der Versuch, dieselbe aus der Möglichkeit der doppelten Gewere zu beweisen, beruht auf einer Verkennung des Wesens der Gewere. Vgl. Gerber, Zeitschr. für Civil-Recht u. Proz. R. Folge. Bd. 12. S. 208 flg., u. P. R. §. 77. Trotzdem wird die Lehre vom getheilten Eigentume vertheidigt von Heußler, Syst. II. §. 82. Walter, D. P. R. §. 132. und Bluntzschli, D. P. §. 60., welcher zwar anerkennt, daß die neuere Gesetzgebung mit vollem Rechte jene Spaltung des Eigentums verwirft, jedoch fordert, daß die Jurisprudenz dieselbe da, wo sie ist, aner-

Das sogenannte Nutzungseigentum des Erbpächters, Erb- und Bodenzinsmannes und des Vasallen erscheinen hiernach neben dem Pfandrechte und den Servituten als dingliche Rechte an der dem sogenannten Obereigentümer gehörigen Sache und ihrem Inhalt nach dem Nutznießungsrechte am nächsten stehend; es sind erbliche, veräußerliche, dingliche, eigenthümlich gestaltete Nutzungsrechte, welche unter den vom Gesetze selbst aufgestellten Begriff des Eigentums (§. 354.) zu bringen vergeblich versucht werden würde. Dieselbe rechtliche Natur hat auch das Recht des „geistlichen Nutznießers“ am Beneficialgut; nur ist dasselbe selbstverständlich weder veräußerlich noch vererblich. (Vgl. auch §. 13. d. Ges. v. 7. Mai 1874. Z. 50.)

Der Einwand, daß hier die Theorie über das Gesetz gestellt wird, wäre ungegründet, da die materiellen Bestimmungen des Gesetzes auch nach der hier vertheidigten Ansicht selbstverständlich genau festgehalten und hiernach die betreffenden Rechtsinstitute gestaltet werden. Nur rein theoretische Versuche von juristischen Konstruktionen der vorbenannten Rechte, die im Gesetzbuche besser ganz weggeblieben wären, sollen als wissenschaftlich unhaltbar und mit den Prinzipien des Gesetzbuches selbst im Widerspruche stehend aufgegeben werden.<sup>30</sup>

fenne. „Am allerwenigsten darf man jetzt den Nutzungseigentümer als einen bloß dinglich an fremder Sache Berechtigten behandeln und etwa gar den unnatürlichen und unhistorischen Versuch machen, das Obereigentum, das sich seit Jahrhunderten immer mehr verflüchtigt hat, wieder zum realen Eigentume zurückzuschrauben.“ Neuestens erklärt die Theorie des getheilten Eigentums für ebenso überflüssig als vag und unbrauchbar Stobbe, Handb. d. deutsch. Privatrechts II. §. 80.; vgl. auch Laband, Krit. Viert. XV. S. 391 flg. gegen Heußler.

30) Gegen die Beibehaltung der Worte Ober- und Nutzungseigentum ist übrigens Nichts einzumenden. S. auch Stobbe a. D. 62 u. Brunß, in Holzend. Encycl. I. S. 372. Wohl zu beachten ist jedoch, daß das Nutzungseigentum, obgleich nur ein dingliches Recht an fremder Sache, nach den Bestimmungen des Gesetzes (§. 357. f. und §§. 1122—1150.) in rechtlicher Beziehung analog dem Eigentumsrechte und nicht analog der Servitut zu behandeln ist, daher die dem Nutzungseigentümer zustehenden Klagen nach Analogie der Eigentumsklage und nicht der Servitutsklagen und ebenso der Erwerb des Besizes desselben nicht analog dem Erwerbe des Rechtsbesizes, sondern analog dem des Sachbesizes zu beurtheilen ist. Ebenso wird im röm. Rechte die Emphyteusis und Superficies aufgefaßt, die ihrem Rechtsinhalte nach (nicht aber nach ihrer rechtshistorischen und staatsrechtlichen Grundlage) mit dem Erbpacht- und Bodenzinsverhältnisse auffallende Ähnlichkeit hat. Vgl. Savigny, §. 9. Puchta, §. 175. und 176. Brinz, S. 285 f. Arndts, §. 195. Note 4. Es erscheint demnach nach österr. Rechte der

### §. 2. Begriff des Rechtsbesitzes.

Der Sachenbesitz stellt sich dar als die faktische Herrschaft über eine Sache in der Totalität ihrer Beziehungen. Ihn allein hat auch die Definition des §. 309. des G. B. vor Augen. <sup>1</sup> Allein das G. B. bezeichnet im §. 311 ausdrücklich „alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind,“ als Objekt des Besitzes. <sup>2</sup> Das Gesetz erkennt hiermit auch an Rechten einen Besitz an, ohne jedoch den Begriff des Rechtsbesitzes oder den Gegenstand desselben weiters zu erörtern.

Was zunächst den Begriff des Rechtsbesitzes betrifft, so geben die gesetzlichen Bestimmungen über den Erwerb und den Verlust des

sogenannte Nutzungseigentümer nicht als Sachbesitzer, sondern als Rechtsbesitzer. Diese Folgerung wird durch die nachfolgende Betrachtung unterstützt:

Der Besitz ist die thatsächliche Möglichkeit der physischen Herrschaft über die Sache mit dem Eigentumswillen. Da nun Ober- und Nutzungseigentümer jene faktische Möglichkeit und vorausgesetztermaßen auch den Eigentumswillen haben, und doch nicht Mitbesitzer pro indiviso sind, so könnten hiernach Beide zugleich Besitzer desselben Grundes sein. Es gäbe somit einen solidarischen Mitbesitz an derselben Sache (compossessio plurium in solidum), der eine rechtliche und physische Unmöglichkeit ist. Vgl. Paul. L. 3. §. 5. D. 41. 2.: plures eandem rem in solidum possidere non possunt.

1) Vgl. Rippel, III. S. 56. Stubenrauch, I. S. 630 (425). Irrig bezieht Bruns, S. 457 den §. 309. auf den Sach- u. Rechtsbesitz. Das preuss. Landr. definiert den Sach- und Rechtsbesitz abgefordert §. 3. I. 7.: „Wer eine Sache für sich in seine Gewahrsame nimmt, der wird Besitzer der Sache.“ — §. 5. eod.: „Wer ein Recht für sich ausübt, wird Besitzer des Rechtes genannt.“ Das franz. öf. Recht stellt eine gemeinsame Begriffsbestimmung beider auf im art. 2228.: La possession est la détention 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. Ebenso das italien. B. G. B. art. 685. — Das sächs. Ges.-B. stellt (im §. 186.) nur den Begriff des Sachenbesitzes fest, obwohl es (an Dienstbarkeiten) auch Rechtsbesitz anerkennt (§. 556.). Das Züricher. G. B. fasst den Besitz solcher Rechte, zu deren Ausübung Detention der Sache erforderlich ist, als Sachbesitz auf und spricht demgemäß neben dem Eigentumsbesitz von Nießbrauch-, Pfand-, Pacht-, Nießbesitz (§. 490.). Außer dem anerkennt es aber auch Rechtsbesitz, nämlich an solchen einer dauernden Ausübung fähigen Rechten, welche sich nicht in dem Innerehen einer Sache äußern, so z. B. an Zehnt- und anderen Reallasten, an Grundservituten. Vgl. §§. 529—531.

2) Ueber den Begriff der Sache und den Sprachgebrauch des G. B. vgl. die Ausführungen Unger's, I. S. 356 ff. Unter den „unkörperlichen Sachen“ sind Vermögensrechte mit Ausschluß des Eigentums zu verstehen. Dies ergibt sich aus der Vergleichung der §§. 285. 291. 292., welcher letztere Paragraph eine Eintheilung des Vermögens enthält. Vgl. Unger, a. a. D., Gyner, S. 39. Dieser Begriffsbestimmung der „unkörperlichen Sachen“ entspricht auch genau die Fassung der §§. 312. u. 314. G. B.

Besitzes an Rechten einen genügenden Anhaltspunkt zur Feststellung desselben. Denn offenbar ist der zwischen diesen beiden Ereignissen gelegene Zustand jener, den das Gesetz unter Rechtsbesitz verstanden haben will. <sup>3</sup>

Der Besitz der Rechte aber wird erworben: „durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen“ (§. 312), also durch die Ausübung ihres Inhaltes für sich. <sup>4</sup> Verloren geht der Besitz, wenn die Wiederausübung des Rechtes nicht mehr möglich ist (§. 351. G. B.) <sup>5</sup> oder der Besitzwille aufhört. Hieraus geht hervor, daß zum Rechtsbesitze zweierlei erfordert wird: einmal Ausübung des Inhaltes eines konkreteren Rechtes, sodann Ausübung dieses Inhaltes mit dem Bewußtsein und Willen, den Inhalt des Rechtes für sich zu üben. Es erscheint demnach der Rechtsbesitz als die durch die faktische Ausübung des Inhaltes eines Rechtes gegebene Möglichkeit der Wiederausübung desselben im eigenen Namen — kürzer: als die einmal thatsächlich bewährte Möglichkeit der faktischen Ausübung eines Rechtes für sich. <sup>6</sup>

3) Was Brinz, I. S. 50 (I. A.), vom Besitze überhaupt sagt, „er sei nicht nothwendig und überall physische Gewalt; zwischen der Entstehung und dem Untergange des Besitzes liege das, was der Besitz ist“, gilt ganz vorzüglich vom Rechtsbesitze. Hier, wo uns der gemeine Sprachgebrauch verläßt, muß man doppelt vorsichtig sein, um nicht in unfruchtbare theoretische Abstraktionen zu verfallen.

4) Inhalt des Rechtes ist die Befugniß, zu welcher dasselbe berechtigt. Inhalt des dinglichen Rechtes ist also die gänzliche oder theilweise unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache; Inhalt des obligatorischen Rechtes ist der Anspruch auf eine bestimmte Leistung; Inhalt des Erbrechtes ist die Aufnahme der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen; Inhalt des Familienrechtes eine bestimmte Gewalt über eine Persönlichkeit. Vgl. über diesen Begriff Unger, I. S. 499.

5) Dies ist das dem §. 351. G. B. zum Grunde liegende, auch im gemeinen Rechte geltende Prinzip über den Verlust des Besitzes an Rechten. Ueber die nach österreichischem Rechte eintretende Besonderheit, daß zum Besitzverluste der Rechte überdies die nicht erfolgte Eintragung des aufgehobenen Besitzes nothwendig ist, vgl. §. 32. d. B.; doch ist diese Besonderheit für das Wesen des Rechtsbesitzes gleichgiltig.

6) Vgl. Kierulff, I. S. 441. u. 442. Bruns, a. a. D. S. 475. Brinz, I. (I. A.) S. 101. Arndts, §. 187. S. 262. Windscheid, §. 151. Förster, §. 159. Gyner, Trab. S. 30 ff.; Dernburg, Pr. P. R. §. 160. Ueber Brinz's Anf. s. Note 6b. Ungenau definiert Savigny a. a. D. §. 12. den Rechtsbesitz als die „Ausübung eines Rechtes“ (sowie ebendasselbst den Eigentumsbesitz ungenau als „Ausübung des Eigentumes“). Vgl. dagegen Bruns, S. 81. Brinz, I. S. 80. (§. 196. Note 5. 2. A.), Windscheid, §. 149. Note 5. Dieselbe Ungenauigkeit findet sich bei Winwartter, II. S. 32. Zielonacki, Besitz, S. 182., bei diesem mit falschen Konsequenzen, und Mackelbey, Lehrbuch, §. 218. (Ausg. Briz). Die Ausübung des Rechtes ist nicht Besitz, sondern begründet den Besitz

Daß der Ausdruck „Rechtsbesitz“ diesen Zustand in wenig zutreffender Weise bezeichnet, liegt auf der Hand. Was wir „Besitz eines Rechtes“ nennen, ist thatsächliche Geltendmachung des Inhalts eines konkreten Rechts ohne Rücksicht auf dessen Existenz oder, um mit Windscheid §. 464. N. 3. zu reden: thatsächliche Geltendmachung eines Willensinhaltes, dessen rechtliche Anerkennung ein bestimmtes Recht ausmachen würde.

des Rechtes. Die Quellen sagen auch: *Usus juris pro traditione possessionis accipiendum esse*. Der *Usus* entspricht also der Apprehension beim Sachbesitze. Wie langsam sich die römische Jurisprudenz zur Anerkennung des Rechtsbesitzes im Gegensatze zum Sachbesitze entschloß, zeigen Stellen wie L. 14. D. de serv. 8. 1. L. 3. pr. D. de poss. L. 4. §. 27. D. de usurp. *Nec possideri intelligitur jus incorporale* (sämmtlich von Paulus). Den Ausgangspunkt des Fortschritts bildete der beschränkte Sachenbesitz: L. 32. §. 1. D. S. P. U. (8. 2.): *sed intelligitur, possessionem earum (servitut.) habere, qui aedes possidet* (Julianus). Dagegen spricht schon Ulpian unbefangen von *possessio corporis vel juris* L. 2. §. 3. D. de precar. 43. 26. L. 2. D. S. 4. cfr. L. 23. §. 2. D. ex quibus causis 4. 6.: *longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus*. Später wird die Ausdrucksweise: *juris possessio* im Gegensatze zur *rei possessio* ganz geläufig. Vgl. c. 10. C. de poss. 7. 32. (Constantin): *Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam quae jure consistit, aliam quae corpore*. (Consistere = zum Gegenstand haben, f. Savigny, S. 193. N. 2.) Vgl. über den allmätigen Entwicklungsgang des R. R. auch *Everés*, *Servituten*, §. 62., *Erner*, a. a. D. S. 32. flg., *Meißneider*, §§. 79—82. Doch kam der Rechtsbesitz im röm. R. nie zur vollen Geltung; dazu verhalf ihm erst das kanonische Recht. Vgl. N. 7. und §. 24. d. W., *Bruno*, *Besitz i. M.* §§. 16. flg., *Erner*, S. 35. flg. und *Meißneider*, §§. 80—85. — Unrichtig ist jedoch, wenn *Savigny*, S. 192, und ebenso *Erner*, S. 40, um zum Schutze des Rechtsbesitzes zu gelangen und seine Grenze zu finden, von der Möglichkeit der Störung der Ausübung des Rechts ausgehen. Denn eine Störung ist nicht nur bei Rechten möglich, welche eine dauernde Ausübung gestatten. Auch der Pfandgläubiger kann ohne Zweifel in der Ausübung seines Rechts bei der Veräußerung der Sache gestört werden, und dennoch kann von einer *juris poss.* bei ihm nicht die Rede sein. Auch hier spielte die Deliktstheorie ihre Rolle. — Daß übrigens den Römern selbst bei Familienrechten der *usus juris* nicht so fern lag, beweist der *Usus* beim *matrimonium legit.* Vgl. *Karlowa*, *Die Formen der röm. Ehe* (1868), S. 65. flg., dazu *Gajus*, I. §. 111.: *annua possessione velut usucapiebatur!* Schwer begreiflich ist, wie *Zielonacki*, *Vesterr. Viertelj.* IV. S. 101, behaupten kann, daß die oben getadelte Begriffsbestimmung des Rechtsbesitzes nach österr. Rechte begründet sei. — Uebrigens ist der Ausdruck „Rechtsbesitz“ offenbar wenig zutreffend; nicht das „Recht“ ist es, welches „bessessen“ wird; nur soviel will damit bezeichnet sein, daß diejenige realisirte Willensmacht, welche unter Voraussetzung der gesetzlichen Erfordernisse ein Recht darstellen würde, auch ohne Beziehung auf das Recht rechtlichen Schutze genieße. Vgl. *Savigny*, S. 192. *Kierulff*, S. 362. Note, und *Windscheid*, §. 163. Der Ausdruck ist dem römischen Sprachgebrauche nachgebildet, welcher von *quasi possessio juris* oder *juris possessio* oder *Quasi-possessio* (*Gajus* IV. §. 139.) spricht. Vgl. L. 2. D. 43. 26. L. 18. §. 1. D.

Da nun der Sachbesitz die durch erfolgte Apprehension begründete Möglichkeit der vollen faktischen Herrschaft über eine Sache, also die Möglichkeit der faktischen Ausübung des Eigenthumsinhaltes ist,<sup>6a</sup> so stellen sich Sach- und Rechtsbesitz nach österr. Rechte als innerlich gleichartige Begriffe, als Unterarten eines höheren Gemeinbegriffes dar, deren Theilungsgrund in der Verschiedenheit des Objectes beruht.

Dieser allgemeine Begriff des Besitzes im Verhältnisse zu seinen Arten läßt sich in die Worte fassen: Besitz ist die durch eine Handlung begründete faktische Möglichkeit der wiederholten Ausübung eines Rechtes.<sup>6b</sup>

Ist nämlich diese Möglichkeit die Möglichkeit der Ausübung des Inhaltes des Eigenthumsrechtes, so erscheint der Besitz als Eigenthums- oder Sachenbesitz; gewährt dagegen die Handlung die Möglichkeit der Ausübung eines anderen Rechtes als des Eigenthums, so ist der Besitz — Rechtsbesitz. Wie das Recht als rechtliche Willensmacht erscheint, so der Besitz als faktische Willensmacht.

5. 3. und Böcking, §. 126. Note 1. Daß Nichts damit gewonnen ist, wenn man die „unkörperlichen Sachen“ als Gegenstand des Rechtsbesitzes hinstellt, liegt auf der Hand. Vgl. N. 2. und *Erner*, *Trat.* S. 39. — *Neustens* spricht *Bekker*, *Krit. B. J. Schr.* 18. S. 20., von einem Rechte aus der *Rechtsdetention* „im Gegensatze zum Rechtsbesitze.“ *M. G.* ist der Begriff der Detention bei Rechten ganz unverständlich.

6a) Wir sagen: Möglichkeit der faktischen Ausübung, — nicht: faktische Ausübung des Eigenthums; vgl. §. 1. Note 16. Soweit hat *Brinz* §. 135. N. 5. (2. A.) Recht. — *Kindel* S. 442. findet, daß der Rechtsbesitz „nicht die Möglichkeit, sondern das Recht der physischen Einwirkung auf die Sache innerhalb bestimmter Grenzen“ . . . sei; S. 444 lesen wir: „es sei der Besitz, den das Recht verletzt,“ und S. 445.: der Rechtsbesitz werde nur geschützt, wo er sich wenigstens mit dem vorläufigen Rechte verbindet. Dies beruht auf Mißverständnis.

6b) Eigentümlich ist die Auffassung *Brinz's* I. §. 185. 196. (2. A.) Da hier von einer „faktischen Verbindung“ wie beim Sachbesitze nicht die Rede sein kann, so schiebe sich, meint *B.*, das Recht selbst an die Stelle der Sache; es bilde sich ein Besitzstand, welcher als ein zwar faktisches, aber körperlich unfaßbares Verhältniß seines Inhabers zu einem „Rechte“ nur seinem Zwecke und Erfolge, nicht seiner Art nach mit der *poss.* unter einem Gattungsbegriffe stehe. Allein diese Auffassung erzieht nicht, worin sachlich das Wesen jenes „Besitzstandes“ zu suchen sei. Da übrigens *B.* §. 196. zugiebt, daß die *quasi-poss.* durch Ausübung des Rechts begründet wird, so trifft sein Einspruch die hier versuchte Fassung des „Gattungsbegriffes“ nicht. Auf diese von mir schon in der ersten Auflage betonte innere Verbindung von Sachen- und Rechtsbesitz, auf diesen höheren Begriff des Besitzes, den sich beide als Unterarten unterordnen, weist *neustens* mit Recht auch hin *Ihering*, *Grund d. B. S.* 192, welcher richtig bemerkt: Eine Brücke zwischen Sachen- und Rechtsbesitz kann nur der Gedanke schlagen, daß beide Formen des Besitzes die Ausübung eines Rechts enthalten. S. auch N. 7.

Es stellt sich demnach der Besitz als ein dem Rechte korrespondirender allgemeiner Begriff dar. Ist das Recht die rechtliche Herrschaft des Rechtssubjektes über Vermögensobjekte, so erscheint der Besitz als die faktische Herrschaft.<sup>7</sup>

Doch beherrscht der Rechtsbegriff ein ungleich ausgedehnteres

7) Dies ist, soweit es das gemeine Recht betrifft (von Aelteren, z. B. Böhm, abgesehen), der Standpunkt Thibaut's, P. §. 203. 204. Maurenbrecher's, d. Priv. R. §. 207. Geiger's, Zeitschr. f. Civ. u. P. XIII. §. 15., insbesondere Hierulff's, I. D. 362 flg. u. Note: (Jeder Besitz ist Ausübung eines Rechtsinhaltes, und der Quasibesitz unterscheidet sich nur dadurch von jenen Besitzfällen [des Eigenthums nämlich], daß er seinem Umfange nach beschränkter ist, nämlich nicht rem ipsam befaßt), dann Windscheid's, P. §. 151., welchem Rechts- und Sachenbesitz nur Bescheinigungen eines und desselben höheren Begriffes sind, nämlich thatsächlicher Herrschaft über die Sache (und zwar bei jenem in einzelnen, bei diesem in allen Beziehungen der Sache); endlich Arndt's, §. 129. a. G., Zeitschrift N. F. III. S. 371 flg. u. Krit. Ueberschau, I. 146 flg. Freilich haben die Romanisten vom Standpunkte des römischen Rechtes nur den Besitz an dinglichen Nutzungsrechten an Sachen vor Augen. Für die neueren Kodifikationen, die dem Rechtsbesitze weitere Grenzen stecken, kann der Begriff des Besitzes, wie im Texte geschehen, noch mehr verallgemeinert werden. Vgl. über die innere Gleichartigkeit beider Begriffe vom rechtsphilosophischen Standpunkte Bruns, a. a. D. S. 486 und Besitzklagen, S. 243 flg. und neuestens Jhering, a. a. D., S. 192. Im Grunde erkennt auch Savigny, §§. 12. u. 49., daß die Anwendung des Besitzbegriffs auf die einer Störung fähigen dinglichen Nutzungsrechte, ja selbst auf Patronats-, Jurisdiktions-, Zehntrechte ganz konsequent sei. Der Besitzbegriff ist, sagt er, nur auf neu entstandene Gegenstände bezogen worden, worauf schon die Römer ihn vielleicht angewendet haben würden, wenn sie diese Gegenstände gekannt hätten (S. 616). Nur ist der von Savigny betonte gemeinsame Berührungspunkt des Sachen- und Rechtsbegriffes (Möglichkeit der Störung) gänzlich unhaltbar und geradezu verkehrt. Konsequent hätte Savigny von diesem Standpunkte aus zu der von ihm perhorreszirten Annahme des Besitzes von Mieth- und Pachtrechten gelangen müssen. Zu jener einseitigen Auffassung wurde S. offenbar durch seine Deliktstheorie verführt. Vgl. auch Note 6. d. §. — Dagegen meiden jene Verallgemeinerung des Besitzbegriffes: Roschirt, Arch. VIII. S. 23. 27. Albrecht, Besitz unpers. S. §. 100. Dunker, Zeitschr. für deutsch. Recht. II. S. 29—33. Zielonaki, S. 8. und fast alle neueren Compendien, so Buchta, §. 122. 137. Wangerow, I. S. 894. Böcking, P. §. 126. Brinz, I. S. 79. 80. insbesondere Heerwart, Zeitschr. für Civ. u. Proz. XII. S. 163. u. 182., welcher sogar jede Analogie der sog. quasipossessio zum Sachbesitze läugnen will. Eingehend zeigt Evers, Serv. §. 62., daß der Begriff der quasipossessio selbst an Servituten den älteren römischen Juristen fremd war, daß ihn selbst Paulus nicht kennt und daß ihn erst Ulpian zur bewußten Anwendung bringt. Vgl. auch Bruns, a. a. D. S. 82. Muther, S. 44 flg. Gyner, Trakt. S. 32 flg. und Note 6. d. §. — Soweit es den Interdiktenbesitz betrifft, ist nicht zu verkennen, daß die Quellen nur an einzelnen (besonders häufigen oder wichtigen) Servituten eine gewisse bald so bald so geartete Ausübung schügen, ohne daß sich dieser Schutz auf das Prinzip des Schutzes faktischer Rechtsübung zurückführen ließe. Indeß

Gebiet als der Besitzbegriff, da letzterer die Möglichkeit einer dauernden Ausübung eines Rechtsinhaltes voraussetzt.<sup>8</sup>

darf nicht übersehen werden, daß durch die im späteren Rechte ganz allgemein zugelassene Ersetzung der Servituten der Begriff des Rechtsbegriffes in der Form des Usufukapionsbesitzes zur durchgreifenden Anerkennung kam. Neuerlich erklärt zwar Hedemann, Erwerb und Schutz d. Serv. (1864), den Begriff der Quasipossessio, wie derselbe bisher entwickelt wurde, für „ganz verkehrt“ und „falsch“, weil einerseits Quasibesitz ohne Interdiktenchutz nicht denkbar sei, letzterer aber nur bei einzelnen Servituten anerkannt werde; andererseits, weil das röm. Recht eine Ersetzung der Servituten gar nicht kenne (S. 96 flg., Note 97. 155). Der Beweis für die letztere Behauptung ist Hedemann entschieden mißlungen. Stellen wie L. 10. D. 8. 5., L. 1. D. 39. 3., c. 1. C. 3. 34. u. c. 12. C. 7. 33. lassen u. G. über die Anerkennung der Servitutenersetzung keinen Zweifel übrig. Sonach fällt auch der Satz: daß Quasibesitz ohne Interdiktenchutz undenkbar sei. Allein selbst dessen Richtigkeit zugegeben, läge noch immer kein Grund vor, die herrschende Ansicht der Falschheit zu zeihen. Trotz jenes Kühnen Vorwurfs hat uns Hedemann nirgend eines Besseren belehrt. S. auch Rudorff, Zusatz N. 8. Vgl. übrigens über die Verschiedenheit der Quasipossessio und des Interdiktenbesitzes §. 34. d. B. Auch Meischelder, §§. 84. 93., läugnet die Möglichkeit des Besitzes von Rechten, welche keine Beziehung auf körperliche Sachen haben, da derselbe „keinen Gegenstand habe“, und sündet in der kanonistischen Fortbildung des Rechtsbesitzes eine Degenerierung des röm. R. Allein liegt nicht der „Gegenstand“ des Rechtsbegriffes eben dort, wo der „Gegenstand“ des korrespondirenden Rechtes? Muß denn dieser Gegenstand ein greifbarer sein? Stellt nicht die dauernde faktische Geltendmachung eines Rechtsinhaltes (Rechtsstoffes) einen dem Sachbesitz analogen Zustand dar, welchen schon die Quellen als quasi-poss. bezeichnen? Gibt doch M. selbst S. 427. bei Personenrechten die juristische Möglichkeit einer solchen Konstruktion und die Ähnlichkeit des bezüglichen Zustandes mit dem Besitze zu; ja er findet sogar die Bezeichnung desselben als „Besitz“ statthaft und läugnet schließlich nur — das Bedürfnis des poss. Schutzes. Mit diesem Zugeständnis hat sich M. selbst widerlegt und die Negation auf eine Frage reducirt, die bloß de lege ferenda zur Sprache kommen kann. Vgl. noch §. 24. R. 25 a. — Sowohl in Ansehung des Usufukapions- als des Interdiktenchutzes gelangte der Begriff des Rechtsbegriffes zur allgemeinen Geltung in den neueren Kodifikationen. So ist es namentlich im österr. N. b. G. B., welches den Besitz ganz allgemein an allen Vermögensrechten anerkennt und schützt, die eine dauernde Ausübung gestatten (§. 311.); ebenso ist es nach preussischem Rechte §§. 4. u. 5. I. 7. vgl. Rosch, S. 108 flg. Bornemann, I. S. 594. Förster, Pr. Priv.-R. III. §. 159. S. 30 flg. Dernburg, §. 160.; ferner nach franz. öf. und italienische Rechte, welche sogar Rechts- und Sachbesitz in Einer Definition (art. 2228., resp. art. 685.) zu vereinigen suchen; vgl. auch Bruns, S. 443. Zachariä, §. 185. a. Die Besitzklagen gibt das franz. R. allerdings nur bei Immobilien und Servituten). Selbst das Züricher G. B., welches jede Detention zu eigenem Interesse als Besitz auffaßt, sieht sich genöthigt, noch außerdem Rechtsbesitz anzuerkennen. (§§. 490. et. 529—531.) Ähnlich der bayerische Entw. (art. 39. 40. 52.). Vgl. §. 1. d. B. Note 13. — Dagegen nähert sich das sächsische G. B. dem röm. und franz. R. insofern, als es nur an Servituten Rechtsbesitz anerkennt, ja sogar bei Grunddienstbarkeiten nur Annuabbesitz schügt. (§§. 530. 602. 556. 560.). Vgl. Schmidt, S. 173.; auch Stobbe, D. P. R. §. 76.

8) Originell ist, was Bornemann, I. S. 363., über die Annahme des Randa, Besitz n. österr. Recht. 3. Aufl.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß der Besitzbegriff des österr. Gesetzbuches mit dem des röm. Rechtes wesentlich im Einklange steht. Hier wie dort wird der Besitz in dem oben entwickelten Sinne an sich ohne Rücksicht auf ein Recht gegen Eigenmacht gerichtlich geschützt. Dagegen hat der Besitz des österr. G. B. mit der Gewere des deutschen Rechtes Nichts zu schaffen, mag man nun Gewere als Detention (ledigliche, hebbende G.), oder als ein rechtliches Herrschaftsverhältniß zur Sache, oder als juristische Gewere, d. i. auf einem Rechtsgrunde (Auflassung, Urtheil, Erbschaft) beruhendes Besitzrecht auffassen. Denn weder die Detention noch der Eigenbesitz (der vom Begriffe der Gewere nicht ausgeschlossen ist) genießt nach deutschem Rechte selbstständigen possessoriischen Rechtsschutz, wie ihn das röm. Recht, und diesem folgend die neueren Kodifikationen dem Besitze einräumen.<sup>9</sup> Inwiefern in einzelnen Punkten der Besitz-

Rechtsbesitzes sagt: „Streng genommen können nur Gegenstände der Natur, nicht Rechte im Besitze sein, indem nur erstere sich im Naturzustande vorfinden“; und S. 455: „Durch das positive R. wurden aber die Gegenstände des Besitzes erweitert. . . Auch in Bezug auf Rechte wurde die Möglichkeit des Besitzes anerkannt und zwar in demselben Umfange, in welchem die Gegenstände des Eigenthums erweitert. . . wurden. Denn da in diesem Umfange die den Sachen gleichquadranten Objekte einer unmittelbaren juristischen Herrschaft sich vermehren, so ist es folgerichtig, in demselben Umfange auch die Gegenstände einer unmittelbaren tatsächlichen Herrschaft zu erweitern.“ Dieses Argument bedarf keines Kommentars. — In eigenthümlicher Weise will Helm in Haimel's Viertelj. 13. B. S. 265 flg. den Sach- und Rechtsbesitz auf den Begriff der „Ausübung des Rechtes“ überhaupt zurückführen (S. 268). Der bisherige Begriff des Eigenthums sei zu eng. „Die Befugniß, in Betreff einer Sache oder Person (?) nach Willkür zu verfügen und sie von jedem Andern auszuschließen, sei nicht der Inhalt des Eigenthumsrechtes, sondern jener des Rechtes überhaupt, der Grundcharakter aller Rechte.“ — „Der Begriff des Besitzes, da er auf alle Rechte anwendbar sein soll (?), kann nicht auf die Merkmale des Eigenthums beschränkt, . . . sondern muß als der Ausdruck des Rechtes überhaupt, als Aeußerung und Ausübung des Rechtes und als das Verhältniß angesehen werden, vermöge dessen eine Person über ein Rechtsobjekt (?) willkürlich und ausschließlich verfügen kann.“ Diese und die weiteren Ausführungen (S. 267—272) mindestens schieß und ungenau.

9) Vgl. Bruné, §§. 36—38. und Besitzklagen §. 21., Delbrück, Zeitschr. f. deutsch. R., XVI. S. 251. u. dingsl. Kl §. 11. Gerber, D. P. §. 72. 73. Bluntschli, D. P. §. 54. Hillebrand, D. P. §. 42. Schulte, Deutsche Rechtsg. §. 146. Ziebarth, Realexekution S. 259 flg. Laband, die vermögensrechtl. Klagen nach den sächs. Rechtsquellen (1869) §§. 12. flg. Heusler, Gewere (1872) §§. 5. 18., besonders S. 297 flg. 463 flg. 468 flg. und neuestens Stobbe, D. Pr. R. II. §§. 72—75. Heusler a. D. gelangt zu folgendem Ergebnisse: Bei Fahrnissen gibt es nicht nur keinen selbstständigen Besitzeschutz, sondern auch nicht einmal eine Feststellung der Besitzfrage zur Vorbereitung des

lehre deutschrechtliche Anschauungen ihre Spuren hinterlassen haben, soll an den betreffenden Orten gezeigt werden. Ueber die frühzeitige Aufnahme des röm.-canonischen Rechtes in den böhmischen Ländern vgl. §. 18. R. 30. flg. u. §. 24. R. 27. u. neuest. Ott, Reception des röm. can. Proz. 1879. (Konnte leider erst bei der Correctur benutzt werden.)

## §. 3.

## Rechtliche Natur des Besitzes. Veräußerung und Werth desselben.

Der Sachenbesitz erscheint nach den bisherigen Erörterungen seinem natürlichen und gesetzlichen Begriffe nach als die durch einen äußerlichen Akt begründete Möglichkeit tatsächlicher Alleinherrschaft über die Sache. Er beginnt mit dem Ergreifungsakte und endet mit dem Aufhören des körperlichen oder Willensmomentes. Er ist also das zeitlich zwischen dem Besitzerverwe und dem Besitzverluste liegende Machtverhältniß des Rechtssubjektes zur Sache.<sup>1</sup> Desgleichen ist der

Eigenthumsprozeßes. Detention und Gewere fallen hier zusammen. Bei Imobilien kennt das deutsche Recht zwar keinen selbstständigen Besitzeschutz, aber doch eine Vorverhandlung darüber, wer im rechten Besitze ist, um darnach die Verklagtenrolle im Prozesse zu bewahren. Da aber diesem Zwecke schon genügt wird durch die richterliche Zuthheilung der Gewere ohne wirkliche Besitzweisung, so ist keine Veranlassung zur Trennung von Poss. und Petit., vielmehr erscheint ersteres als Bestandtheil des einen untheilbaren Prozesses, ja als Bestandtheil, der nicht einmal voraus erledigt zu werden braucht, bisweilen sogar durch Untersuchung des materiellen Rechts zurückgestellt oder überflüssig gemacht wird. Es vermischt sich sohin mit der Frage über die Zuthheilung der Gewere die Rechtsfrage (S. 105. 106.) Auch Stobbe §. 73. anerkennt, daß der Entwerter nur dann sagt, wenn er sein Recht auf den Besitz nachweist; ein poss. Schutz sei also dem deutsch. R. fremd. Zwar ließe sich die Klage aus Besitzverlust wider Willen als poss. — richtig als detentorische — bezeichnen; allein auch hier sei das Erkenntniß ein definitives (petitorisches) und gehe gegen jeden Detentor. Der seit dem 13. Jahrhunderte merkliche Zug, schon den bloßen Besitz zu schützen, ist auf den Einfluß des canon. Rechts zurückzuführen; vgl. die bei St. §. 73. R. 16—19. cit. Besitzprozesse v. J. 1224. 1260, den Landfrieden Ottokar's für Oesterr. v. 1251, das bayr. Landr. v. 1281 a. 4. — In der Hauptsache ist fast von allen neueren Germanisten die Unhaltbarkeit des Versuchs Albrecht's anerkannt, die Gewere als selbstständige Grundlage des deutschen Sachenrechts darzustellen. Ueber Cosack's Anf., welcher §. 3. eine Uebersicht der verschiedenen Geweretheorien gibt, vgl. §. 15. R. 11—13.

1) Diese Charakterisirung des Besitzes ist zwar keine exakte Begriffsbestimmung, aber bei dem Umstande, daß die aus dem Begriffe desselben fließenden Grundsätze über Erwerb und Verlust desselben durch das positive Recht mehrfach modificirt sind, gewiß die untrüglichste Bezeichnung. S. Brinz, P. §. 29. Uebri gens sind diese Modifikationen nach österr. Rechte beim Sachbesitze so gering, daß die im Texte vorausgeschickte Definition des Besitzes auf den natürlichen und gesetzlichen Begriff

Rechtsbesitz die durch einmaligen Gebrauch bewährte Möglichkeit der faktischen Ausübung eines Rechtes. Dieses Verhältnis ist — wie seine Begründung und Endigung — thatsächlicher Natur. Der Besitz ist ein Factum<sup>2</sup> Er ist kein Recht, — kein Unrecht, — er geht (als faktischer, aber nichtsdestoweniger auch rechtlich differenter Zustand) neben dem Rechte einher.<sup>3</sup>

Aus der faktischen Natur des Besitzes erklärt sich, daß die gesetzlichen Bestimmungen über Erwerb und Verlust von Rechten auf den Erwerb und Verlust des Besitzes nicht anwendbar sind, insbesondere, daß es eine Succession in den Besitz nicht gibt. Ebenso ergibt sich hieraus, daß die Existenz des Besitzes von der Art des Erwerbes (ob nun dieser mit Recht oder Unrecht, List oder Gewalt, redlich oder unredlich erfolgt) gänzlich unabhängig ist.<sup>4</sup>

desselben gleichmäßig zutrifft. Es entfallen daher für das österr. Recht die Bedenken, welche Brinz a. D. für das röm. Recht gegen die Möglichkeit einer Definition des Besitzes erhebt. Vgl. dagegen Kierulff, S. 342. Die obige Begriffsbestimmung trifft auch für das französische, italienische und sächsische, selbst für das preussische Recht zu und ist kein genügender Grund vorhanden, für Letzteres deshalb einen besonderen Begriff des Besitzes aufzustellen, weil nach §§. 99. 98. 106. I. 7. Handlungen unerlaubter Privatgewalt, desgleichen heimliche oder betrügerlich vorgenommene Handlungen zur Erwerbung des Besitzes nicht geeignet sind. Vgl. Bornemann, I. 476.

2) Vgl. Savigny, §. 5. S. 43. Puchta, §. 122. Arndts, §. 135. Kierulff, S. 340 flg. Windscheid, §. 150. Brinz, §. 27. Dies sprechen aus L. 19. D. ex quib. caus. L. 53. D. de acq. rer. dom. L. 1. §. 3. de poss.: Oflivius et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere pupillum posse ajunt: eam enim rem facti, non juris esse. L. 19. cit.: Poss. autem plurimum facti habet. Vgl. Paschmann, S. 69. Rippel, III. S. 57. Winigarter, II. §. 18. S. 30 u. §. 24. S. 39. Stubenrauch, I. S. 629., unbestimmt Kirchstetter, S. 158. Daß Mehrere der Vorgenannten den Besitz zugleich als Recht auffassen, davon im Verlaufe dieses §.

3) Kierulff, I. S. 341, dessen kritische Bemerkungen darauf selbst zu dem Besten gehören, was hierüber geschrieben worden ist, sagt mehr geistreich als bezeichnend: „Der Besitz ist ein Nichtrecht.“ — Nur soweit stimmen wir der Polemik Venz's S. 85 bei. Kindel, Ruffow's Beiträge z. Erläut. I. (21.) B. S. 448 flg. meint: Recht und Unrecht seien contradictorische Gegensätze; das rechtlich Indifferenten aber gehöre nicht in's Privatrecht. Indes nicht: Recht und Unrecht, sondern Recht und Nichtrecht sind contradictorische Gegensätze; das Nichtrecht (die Thatsache) hört auf, rechtlich indifferent zu sein, wenn daran rechtliche Wirkungen geknüpft sind. Die Ansicht K.'s: Der Besitz ist „halbes Recht, halbes Unrecht“, verstößt gegen seine eigene Behauptung über den Gegensatz Beider und ist nur eine ungenaue Formulierung der Savignyschen These: Besitz ist zugleich Recht und Factum.

4) Vgl. auch Büchel, Natur d. Besitzes, S. 15 flg. (dazu Reinb. Schmid, Krit. B. J. Schr. 13. S. 63 flg.). Es ist wohl nicht richtig, wenn Bekker,

Die faktische Natur des Besitzes wird dadurch nicht geändert und es wird der Besitz dadurch nicht zum Rechte, daß das positive Recht mit demselben gewisse rechtliche Folgen verbindet. Auch an andere faktische Zustände knüpft ja das Gesetz Rechtswirkungen, z. B. an die menschliche Existenz die Rechtsfähigkeit (§§. 16. 18. A. b. G. B.), an die Volljährigkeit die unbeschränkte Handlungsfähigkeit (§§. 21. 172. 250. des G. B.), an das eheliche und Kindesverhältnis die Klage auf Anerkennung des Status, das Recht auf anständigen oder nothwendigen Unterhalt, auf Erziehung und Versorgung gegenüber dem Gatten und den Eltern (§§. 91. 139. 141. 166. 169. A. b. G. B.) u. s. f., und doch wird Niemand behaupten wollen, daß jene Zustände: menschliches Dasein, Volljährigkeit, Gatten- und Kindesqualität — Rechte seien?<sup>5</sup>

ebend. 18. S. 17 — ähnlich auch Hausser in seiner Zeitschr. I. S. 45 — behauptet, daß Rechtsverletzungen auch zum Rechts erwerbe führen können, z. B. angeblich die unredliche unlösliche Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen, die Spezifikation; daran ist (wie schon v. Canstein, V. S. 735. näher ausführte) nur soviel richtig, daß die Rechtswidrigkeit der die Erwerbungethatsachen begleitenden Umstände bisweilen (Canst. meint: in der Regel) den Rechtserwerb nicht hindert. Fälle dieser Art beruhen aber auf zwingenden ökonomischen und juristischen Verhältnissen, insbes. in dem erwähnten Falle auf der Erwägung, daß die Einheit des neuen Objectes den Untergang des Eigenthums an den früher selbstständigen, nunmehr verarbeiteten oder verbundenen Sachen ebenso zur nothwendigen Folge hat, als wenn die Vernichtung derselben eingetreten wäre. Uebrigens ist bei der Verbindung durch Einbau dieser Verlust sogar nur ein vorübergehender. (L. 23. §. 7. D. 6. 1.) Auch wird der Rechtsanspruch — wenn auch in anderer Form, nämlich als Erbschaftsanspruch — aufrecht erhalten. Was aber den „Mord“ des Erblassers betrifft, so wird nicht durch denselben Erbrecht erworben, wie Besitz durch Raub, sondern das aus anderen Gründen resultirende Erbrecht höchstens nicht ausgeschlossen. Auch durch das Niederschießen des nahenden Occupationsflüchtigen Concurrenten wird die Occupation nicht zum Unrecht, — der E.-Erwerb nicht vereitelt. Vgl. übrigens v. Canstein, S. 736. N. 1., dazu §§. 540. G. B., u. c. 10. C. 6. 35. Wenn Rippel, III. S. 51—54 die Unterschiede zwischen dem Erwerbe und Verluste des Besitzes und von Rechten als unwesentlich nachgewiesen zu haben meint, so gibt er sich nur einer Selbsttäuschung hin. Die von ihm angeführten, fast durchwegs unjuristischen Gründe bedürfen nicht erst einer besonderen Widerlegung. — Es ist eine Eigenthümlichkeit des preuß. Rechts, daß vi. clam, precario kein Besitz erworben werden kann. S. Note 1.

5) Ueber die verkehrte Auffassung der in den §§. 16—39. A. b. G. B. angeführten Zustände als konkreter Rechte durch die Mehrzahl der österr. Kommentatoren vgl. Unger's treffende Bemerkungen, I. S. 504—511. Wenn Canstein S. 754 den Vergleich dahin richtig stellen bez. für sich verwerthen will, daß, wie durch die Eheschließung, Geburt zc. Rechtsverhältnisse und Rechte begründet werden, so durch die Besitzergreifung ein Rechtsverhältnis zur Sache (bez. zu dem in Besitz genom-

Man darf sich zur Annahme eines Rechts des Besitzes auch nicht durch die Erwägung verleiten lassen, daß der Besitzer einen Anspruch hat, „von Jedermann zu verlangen, daß er sich eigenmächtiger Eingriffe in dieses Verhältnis enthalte“ (Schmid, a. a. D. S. 82.). Denn abgesehen davon, daß man aus der Verpflichtung Dritter, sich eines Eingriffs in gewisse Zustände zu enthalten, noch nicht auf das Dasein eines selbstständigen Rechts, insbesondere eines Privatrechts schließen darf,<sup>5a</sup> so wird durch die Charakterisierung jenes Schutzes als Recht die Wirkung zum Wesen, die Folge zum Grunde erhoben. Der Besitz soll Recht sein, weil er gegen Eigenmacht geschützt wird? Allein jenes angebliche Recht ist ja nur ein anderer Ausdruck der Lage, d. i. des Schutzes.<sup>5b</sup> Während sonst der privatrechtliche Schutz nur dem Rechte gewährt wird, ist derselbe hier an das bloße Faktum geknüpft. (Vgl. auch Brinz, §. 26. 1. Aufl.). Die Sache wird klarer, wenn wir erwägen, daß der Begriff jedes Rechts den wesentlichen Inhalt desselben erschöpfen muß. Während nun das Wesen des Eigentums in der vollen rechtlichen Herrschaft über eine Sache besteht, müßte das Wesen des Besitzes in dem Anspruche auf Enthaltung Dritter von jeder Eigenmacht bestehen. Daß dem nicht so ist, liegt auf der Hand.<sup>5c</sup>

menen Rechte (?) entsteht, welches die an die Besitzergreifung geknüpften Rechte begründet, so supponirt er eben, daß an die Apprehension (richtiger an den Besitz) „Rechte geknüpft“ sind.

5a) So z. B. kann die Verpflichtung auf dem öffentlichen Rechte beruhen, z. B. der Gemeingebrauch, oder auf einem Spezialverbot z. B. auf dem der Selbsthilfe. Darf man darum etwa von einem Privatrechte, auf öffentlicher StraÙe zu gehen, zu fahren u., oder von einem Rechte, nicht durch Selbsthilfe verletzt zu werden, sprechen? Auf diesem Wege kämen wir zu den verpönten *jura merae facultatis*. Selbst die Detention müßte dann ein Recht sein.

5b) Diese Bemerkung trifft insbesondere die Ausführungen von Bekker, Krit. B. J. Schr. 18. S. 22 flg., sofern dieser es ganz in der Ordnung findet, daß der Besitz, bez. in seinem Sinne „das Besitzrecht“, rechtlich geschützt wird. Das Besitzrecht besteht ja doch nur in dem Anspruch auf Rechtsschutz gegen eigenmächtige Störung. Vgl. §. 8. Note 1. Derselbe Einwand trifft Rudorff, Anh. 19. a. E. Wenn v. Canstein S. 743 meint, die factische Natur des Besitzes erkläre nicht, warum auch der entfachte Besitzer geschützt wird, so ist zu erwidern, daß auch die Annahme eines „Besitzrechtes“ dies nicht erklären würde, da ja dieses an die Thatsache des Besitzes gebunden ist, und mit diesem steht und fällt.

5c) Schmid selbst anerkennt S. 82 flg. die Achillesferse seiner Behauptung. Der Besitzer, sagt er, hat „allerdings kein Recht im modalischen Sinne des Wortes“, d. i. Recht, als Erlaubnisbegriff, als Kategorie der Möglichkeit

Der Besitz wird endlich auch dadurch nicht zum Rechte, daß die natürlichen Bedingungen seines Erwerbes und Verlustes durch das positive Recht modifizirt sind: daß Besitz oft in Fällen angenommen wird, wo jene Bedingungen nicht vorhanden sind, daß dessen rechtliches Dasein nicht anerkannt wird, wo dieselben vorliegen.<sup>6</sup> Denn diese Modifikationen betreffen wohl die besondere Gestaltung des Besitzes im Rechte, sind aber an sich nicht geeignet, jenes zu einem Rechtsverhältnisse und den Besitz zum Rechte zu machen, weil dadurch der Besitz noch immer nicht zu einer rechtlichen Macht des Subjektes rückfichtlich einer Sache wird. — Der Besitz bleibt trotz der damit verknüpften rechtlichen Folgen und der Modifikation im Einzelnen durch das Gesetz — ein thatsächlicher Zustand, ein Nichtrecht.<sup>7</sup>

(Modalität) gedacht, wie z. B. der Eigentümer. Doch habe er ein Recht im Sinne des Correlats von Pflicht (Kategorie der Wechselwirkung). — Allein Rechte der letzteren Art sind gar keine Rechte im privatrechtlichen Sinne. Die entgegengesetzte Meinung führt, wie bemerkt, zur Anerkennung einer zahllosen Menge sogen. *jura merae facultatis* — Noch weniger darf man sagen, der Besitz gewähre ein Recht, einen Anspruch auf Erhaltung desselben. Denn nur gegen eigenmächtige Verletzung — und (im Allgemeinen) nur gegen den Verlezer wird derselbe geschützt.

6) Darauf hinaus geht die Argumentation Savigny's, §. 5. S. 45. Vgl. dagegen Savigny selbst, S. 51: „Der bloße Besitz gibt gar kein Recht, denn keine Handlung auf eine Sache ist bloß deswegen für rechtlich zu halten, weil etwa der Handelnde den Besitz derselben hat.“ Vgl. Bruns, S. 19. Daß daraus, daß überhaupt Regeln über den Erwerb und Verlust des Besitzes aufgestellt werden, nicht geschlossen werden kann, daß er ein Recht sei, „da Thatsachen nicht erworben und verloren werden, sondern nur existiren“ (vgl. Lenz a. a. D. S. 96), liegt auf der Hand. Denn „Erwerb und Verlust“ sind ja nur andere Ausdrücke für „Dasein und Nichtdasein“ des Besitzes, hergenommen von dem analogen Sprachgebrauche bei Rechten, der dadurch seine Erklärung findet, daß der Besitz durch den ihm zu Theil gewordenen Schutz einen dem Rechte ähnlichen Charakter erhält.

7) Thibaut, §. 2. Koch, §. 2. Bornemann, I. S. 476. Kofhirt, Archiv, VIII. §. 1. Böcking, Inst. I. §. 123. Kierulff, I. S. 349. Bruns, §. 3. Zielenacki, Besitz S. 31 flg. Arndts, §. 135. Brinz, §. 29. Windscheid, P. §. 150. Pachmann, §. 26. Unger, I. S. 221 u. 515. Büchel a. D. S. 15 flg. Baron, §. 112. Förster, §. 157. R. 3. Schiffrer, §. 26. R. 19. van Wetter, §. 6. Zacharia, Franz. C.-R. §. 185. Cosack, S. 18. 100. Eine Abhandlung über diesen Gegenstand steht von Jhering in Aussicht. Dagegen wollen den Besitz als Recht aufgefaßt wissen Gans, Grundlage des Besitzes S. 53. Buchta, Pand. §. 122. Inst. II. §. 24. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. VII. S. 90, welche den Charakter des Besitzes als Rechtes auf das Recht der Persönlichkeit stützen, dann Mühlenbruch, Pand. §. 227. Pfeiffer, Besitz S. 10 flg. Sintonis, Prakt. Civilr. §. 42, welche den Rechtscharakter des Besitzes auf die Interdikte gründen, Reinhold Schmid a. D., welcher denselben auf die Verpflichtung Dritter, sich jeder Eigenmacht zu enthalten, stellt, — und fast



Worin sollte auch der Inhalt dieses Rechtes bestehen? Die Be-

sämtliche österr. Kommentatoren (vgl. Note 9), welche diesen Charakter in der Bestimmung des positiven Rechtes finden wollen. Die französ. und holländischen Schriftsteller des 17. und 18. Jahrh. halten überwiegend an der faktischen Natur des Besizes fest, während in Deutschland die Neigung vorherrschte, den Besitz als Recht und zwar entweder als dingliches (Sahn, Böhmer u. A.) oder als besonderes zwischen dem jus in re und ad rem stehendes Recht (so besonders Höpfner, Comment. §. 280) aufzufassen. Vgl. Bruns, §§. 43—45. Erst im 18. Jahrh. bricht sich auch in Deutschland die Auffassung von der faktischen Natur des Besizes immer mehr Bahn. (So bei Cocceji, Jus civ. 1. 8. qu. 2. Spangenberg, Besitz §. 177. Thibaut, Besitz §. 2., richtig schon Heineccius, Elem. jur. civ. [1731] §. 199.) Vgl. auch Bruns, §. 45. Die speziellen Gründe der einzelnen sind so mannigfach, als die Uebergangsstufen ihrer Auffassungen, welche die Klassifizierung der Meinungen sehr schwierig macht. — Savigny, welcher in früheren Auflagen den Besitz als Factum und bloß seiner Wirkung nach einem Rechte gleich erachtete, erblickt seit der 6. Aufl. (§§. 5. 6.) im Besitze den doppelten Charakter, den des Faktums und Rechtes. „Der Besitz ist Factum, sofern ihm ein bloß faktisches Verhältnis (die Detention) zum Grunde liegt; . . . er ist ein Recht, insofern mit dem bloßen Dasein jenes faktischen Verhältnisses Rechte (?) verbunden sind: . . . er ist Recht und Factum zugleich.“ (§. 5. S. 47). Allein dies stimmt wenig zu dem, was Savigny a. a. D. über die Rechtsfolgen des Besizes sagt: „Da der Besitz kein Rechtsverhältnis ist, so ist auch dessen Störung keine Rechtsverletzung und sie kann es nur dadurch werden, daß sie ein anderes (?) Recht zugleich mit verletzt. . . Wenn nun die Störung gewaltsam geschieht, so liegt in ihr eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdikt aufgehoben werden soll.“ Vgl. S. 59. „Der Besitz als Recht hat keine Stellung, da er kein Recht ist; das Recht aber, das er wirklich, ist ein obligatorisches.“ Der Schluß, der von Savigny und Andern, neuerlich von Lenz, S. 97., gemacht wird: weil die Störung des Besizes nicht erlaubt ist, ist der Besitz ein Recht, ist nicht stichhaltig. Es ist manche Handlung unerlaubt, und doch kann daraus noch kein Schluß auf das Dasein eines konkreten Rechtes gezogen werden. So z. B. sind Diebstahl und Raub unerlaubt, ja strafbar, auch wenn sie bloß am Inhaber verübt worden, und doch ist die Inhabung kein Recht. Uebrigens ist gegen Savigny's Begründung noch zu bemerken, daß mit dem Besitze gar keine Rechte verbunden sind (vgl. Note 6). Denn der Schutz, den derselbe genießt, ist eben kein Recht. Die Savigny'sche Ansicht wird nicht verständlicher durch den Vergleich Mendthal's S. 30: „daß die Thatfachen sich in dem Rechte concentriren, wie die Spektralfarben in dem Sonnenstrahl.“ Vgl. auch Bekker, Krit. B. J. Schr. 18. S. 14, welcher die Ansicht Savigny's als „Monstrosität“ bezeichnet. Bekker selbst, S. 15 flg., erklärt das „Besitzrecht“ für ein voll dingliches Recht, — „freilich ein Recht besonderer Art, und mit manchen Eigentümlichkeiten ausgestattet.“ Als solche bezeichnet Bekker: daß das Recht an gewisse thatsächliche Verhältnisse zur Sache geknüpft und deshalb keiner Succession fähig sei, daß es auch durch Rechtsbruch entstehen könne (s. darüber N. 4), daß es beschränkter Schutz genieße. Allein sollten diese „Eigentümlichkeiten“ nicht gerade dadurch zu erklären sein, daß hier überhaupt kein Recht, sondern nur ein rechtlich beschränkter geschütztes thatsächliches Verhältnis vorliegt? Ein sonderbares „voll dingliches Recht“, welches weder in Bezug auf den Inhalt noch in Bezug auf die Wirkung (Schutz), noch in Ansehung des Erwerbes und Verlustes den

Regeln des dinglichen Rechtes unterworfen ist; denn Klagen sind ja keine Rechte,

aus dem Grunde, weil das Recht, das jedem Detentor zusteht und lediglich als Ausfluß der diesfälligen Bestimmungen des Strafrechts sich darstellt. (Vgl. Note 8 und dazu §. 6. Note 8). Und wird der Besitzer wirklich wie der dinglich Berechtigte gegen Jedermann und gegen jeden Verlust der Sache geschützt? Gewiß nicht! — Wenn Puchta a. a. D. den rechtlichen Charakter des Besizes auf das Recht der Persönlichkeit stützen will (vgl. auch Savigny, §. 5. Zusatz der 6. Auflage), so liegt darin doch offenbar das Bekenntniß, daß der Besitz eben kein Recht sei; denn wenn der Besitz eben nur dann und darum geschützt wird, wenn und insofern die Persönlichkeit (der geoffenbarte Wille) verletzt wird, so hört der Besitz ganz auf, einen selbstständigen Schutz zu genießen und ist sein Schutz bloß Ausfluß des Rechtes der Persönlichkeit. Gegen die Auffassung und Begründung von Gans, Puchta, Rudorff, Thaden, Haffe (B. ist relatives Sachenrecht), Huschke u. A. vergleiche die polemischen Ausführungen Savigny's in dem Zus. zur 6. Ausg., S. 40—58, bez. S. 60—69 der 7. Aufl. In ähnlicher Weise wie Savigny spricht Brinz, (1. A.) §. 29.: „Der Besitz ist „kein bloßes Naturding, dann aber freilich auch kein bloßes Rechtsding,“ — „er ist also von gemischter Natur“ (S. 74); „wie weit er sich zu der Art eines rechtlichen Habens erheben könne, vermögen wir in keine Formel zu fassen“ (S. 74). An Savigny schließt sich enge an Rippel III. S. 51 flg. — Alles Ernstes sucht Lenz, S. 86 flg., zu beweisen, daß der Besitz ein Recht, ja da es das einzige Recht auf die Sache sei. Denn „das Eigenthum sei nicht das totale Recht auf die Sache, sondern nur die rechtliche Möglichkeit, zur totalen Beherrschung der Sache gelangen oder wieder gelangen zu können“ (S. 87); es sei actio in rem, aber nicht jus in rem. Das vollständige Recht auf die Sache habe wirklich nur der, welcher die Sache haben und behalten will und haben und behalten kann. Und dies sei gerade der Besitzer. Der Eigenthümer ist nur sofern Herr der Sache, als er dieselbe besitzt“ (S. 87). So lange Lenz seine Behauptungen, in denen doppelstimmige Worte Schlußfolgerungen vermitteln müssen, aus den Quellen nicht nachweist, müssen sie einfach als rein subjektive Auffassungen dem Gebiete der juristischen Paradoxen überwiesen werden. Dagegen S. 48 u. Rudorff, Zusatz N. 19. — Die Rechtsnatur des Besizes stützt Lenz auf folgende Umstände: Nur Rechtsobjekte können Besitz haben; nur Rechtsobjekte Gegenstand desselben sein; der Besitz ist Gegenstand von Rechtsgeschäften, z. B. eines Kaufes, der Besitz kann kondizit werden, und es ist ein Mitbesitz pro indiviso möglich. S. 86—97. Allein daß nur Rechtsobjekte Besitz haben, und res extra commercium kein Objekt des Besizes sind, kann nicht bestreiten. Denn der Besitz wird geschützt, weil der Wille, selbst wenn er nicht als rechtlicher, sondern bloß als faktischer auftritt, gegen Eigenthum Schutz findet; wird aber der Wille im Rechte überhaupt nicht, nicht ein-

sondern nur zum Schutze regelmäßig von Rechten bestimmt. <sup>8</sup> Außerdem sind aber mit dem Besitze, wie im §. 6. d. B. gezeigt wird, wohl Rechtsvorteile, aber keine Befugnisse zur Vornahme irgend einer Verfügung mit der Sache verbunden. <sup>9</sup>

mal als rechtlicher anerkannt, so kann er konsequenter Weise als bloß faktischer noch weniger auf Anerkennung Anspruch haben. Daß der Besitz Gegenstand von Rechtsgeschäften sein kann, widerspricht seiner faktischen Natur nicht, denn es ist nirgends ausgesprochen, daß nur Rechte Gegenstand derselben seien. Alles, was Vermögenserwerb hat, eignet sich hiezu, selbst die bloße Detention. Die *Condictio possessionis* endlich kann den Besitz so wenig als der Interdiktionsschutz zum Rechte machen. Vgl. S. 8. Warum endlich eine intellektuelle Zerteilung der faktischen Macht über eine Sache nicht denkbar sein sollte, ist nicht einzusehen. S. §. 17. Vgl. gegen Lenz auch Windscheid, Pand. §. 150. N. 1, und besonders Esmarck, Krit. Vierteljahrsschr. IV. S. 190—199.

8) Vgl. Savigny selbst, S. 56—60. Unger, I. S. 221. N. 32. Brinz, I. S. 26.: „Der Besitzeschutz besteht nicht darum, weil der Besitz ein Recht ist, sondern umgekehrt: weil ein Besitzeschutz besteht, und soweit er besteht, könnte der Besitz — wenn nur jener Schutz ein Recht wäre, Recht sein, ein Aktionerecht, Interdiktionmacht, bloßes *posse*, ohne *licere*.“ Auch in der 2. Aufl. §§. 135. 180., welche diesen Satz nicht enthält, vertritt B. die Ansicht, daß der Besitz kein Recht, vielmehr „ein Rechtsding ohne Recht“ sei, obwohl er die Identität von Recht und Klage (§. 92.) behauptet. — Neuestens versucht Hauser, a. a. O. S. 42 flg., den Inhalt des „Besitzrechtes“, d. i. der mit dem Besitze als Thatsache verbundenen Rechtswirkung aus dem Besitzeschutze zu deduzieren: „Es bestehe in der Befugniß, in der thatsächlichen Inhabung eines Rechts bis zur rechtsordnungsmäßigen Ermittlung einer Besitzberechtigung sich zu behaupten.“ Abgesehen nun davon, daß der Besitz nicht in der Ausübung (sog. „Inhabung“) des Rechts besteht, so kann unter dem Recht der „Behauptung“ des Besizes zunächst doch nur das Recht der Selbstverteidigung verstanden werden, und dieses ist kein Civilrecht. (§. 6. N. 8.) Sofern jedoch Hauser auch oder nur die Besitzklagen im Sinne hat, so ist zu erwägen: daß Klagen keine Befugnisse sind, daß ferner das „Besitzrecht“ in Hauser's Sinne die reparatorischen Klagen nicht begreifen würde, beziehentlich (wenn es dieselben involvirte) bei jeder Art des Besitzverlustes zur Restitution führen müßte, endlich daß bei liquidem Beweise des Rechtes der Besitz folgerichtig schutzlos dastünde. — Was Hauser S. 47 flg. zur Unterstützung des Rechtscharakters des Besizes anführt, z. B. Möglichkeit der Stellvertretung, des bedingten Besizes u. s. f., erklärt sich ebenso gut nach der herrschenden Auffassung des Besizes als Faktums: *Plurimum ex jure mutuatur possessio*, sagt schon der Jurist L. 49. pr. D. de poss. Vgl. auch Note 4 u. 7.

9) Dagegen wendet Hauser a. O. S. 39 N. 17 ein, daß auch ein Vortheil ein Recht sein kann. Gewiß! Die Frage ist aber die, ob der Vortheil als Recht erklärt werden darf, wenn sich derselbe als rein thatsächlicher darstellt? Von den österr. Schriftstellern stimmen Bachmann, S. 70, Masiewicz, Tab. Bes. §. 9., Unger, I. S. 314, Schiffrer a. O. mit der im Texte gegebenen Anschauung überein; unbestimmt äußert sich v. Kirchstetter, Komment. S. 158; dagegen halten die übrigen Kommentatoren die Rechtsqualität des Besizes fest; ja Drbäck, Zeitschrift für Rechtsg. 1829. I. S. 335, versichert uns, daß, nachdem die Besitzklage gegen

Man könnte sagen: der Inhalt des Besitzrechtes besteht in dem Anspruche, in dem faktischen Zustande nicht eigenmächtig gestört zu werden. Allein, wenn auch diese Formulirung nach der praktischen Seite unverfänglich sein mag, theoretisch ist sie keinesfalls richtig. Denn ist der Anspruch des Berechtigten: im Rechte nicht gestört zu werden, lediglich eine Folge des Rechtes, so wird der analoge Anspruch des Besitzers doch wohl auch nur eine Folge des Besizes sein. Es wäre unkonsequent, beim Besitze das zum Rechtsinhalte selbst stempeln zu wollen, was sonst anerkannter Maßen nur eine Wirkung des Rechtsinhaltes ist. Hier wie dort finden wir einen Anspruch — nur ist derselbe hier eine Folge des rechtlichen — dort eine Folge der faktischen Macht.

In der letzten Zeit macht sich wieder das Streben bemerkbar, dem Besitze die Qualität eines Rechts zu vindiciren. Abgesehen von den N. 7. (S. 39.) genannten Schriftstellern sucht jüngstens bes. Freiherr von Canstein in Grünhut's Zeitschrift V. S. 719. flg. in eingehender und gewandter Weise den Rechtscharakter des B. namentlich für das österr. Recht nachzuweisen. Er bemerkt S. 739: Der Hauptgrund, warum der B. nicht als Recht anerkannt werde, liege wohl hauptsächlich darin, daß man die Besitzklagen nicht als das Besitzrecht ansehe: Beide seien aber identisch. Ueberhaupt sei die Klage — wie

Jedermann stattfindet, „der österr. Gesetzgeber das Recht des Besizes als fünfte Gattung des dinglichen Rechtes mit mathematischer Konsequenz aufgenommen habe.“ — Doch erkennen auch unsere Kommentatoren ausdrücklich an, daß der Besitz seiner primären Natur nach ein thatsächliches Verhältniß sei (so Zeiller, II. S. 240. Rippel, III. S. 50. 57. Winiwarter, II. §§. 18. 20. 24. Stubenrauch, I. S. 629—630 (S. 424 der 2. Aufl.); sie verhehlen ihm jedoch in verschiedener Weise zur Qualität eines Rechtes, so z. B. Stubenrauch a. O.: „Der Besitz ist streng genommen ein thatsächliches Verhältniß, welches aber mit gewissen Rechten verknüpft ist, und in Folge dieser Auffassung den dinglichen Rechten beigezählt werden kann.“ Winiwarter, §. 61. S. 103: „Der Besitz ist ein faktisches Verhältniß, kein Recht, *res facti*, non *juris*.“ Allein mit dem Besitze sind Befugnisse (?) verbunden, deren Inbegriff das Besitzrecht ausmacht. Dieses Recht kann von dem Besitzer als ein Recht an der Sache, nicht bloß als ein Recht auf die Leistung gegen bestimmte Personen ausgeübt werden, es ist also in dieser Beziehung ein dingliches Recht und von dem Rechte zu besitzen wohl zu unterscheiden.“ In ähnlicher Weise Rippel, III. S. 50 flg. Allein mit dem Besitze sind keine Befugnisse verbunden; denn die einzige Wirkung des Besizes: der Schutz gegen gewisse Formen der Verletzung (und bei Rechten die Unstatthaftigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer), ist keine Befugniß, und andere Rechtswirkungen hat der Besitz nicht. Vgl. meinen Aufsatz in Haumerl's Viertelj. XIII. 1.

auch Brinz anerkenne — das Recht selbst in seiner formellen Gestalt — als gerichtlich verfolgbares. Der Inhalt der Klage sei daher auch der Inhalt des Rechtes, welches durch jene geschützt werde. (Nämlich K i n d e l, R a s s o w's Beiträge I. (21.) S. 451.) Soweit die Klage reiche, soweit dürfe der Klagberechtigte auch rechtlich Alles thun und fordern, was er faktisch thun und fordern könne. Der Besitzer könne aber fordern, daß Jeder seinen B. solange respektire, bis er diesen selbst fortgibt oder bis er ihm in Form Rechtsens aberkannt werde; — er habe also das Recht, die Sache vorläufig zu besitzen, zu gebrauchen, ja zu verbrauchen.

Zugegeben, daß, soweit die Klage reicht, das Können des Klagberechtigten ein „rechtliches Dürfen“ sei, so folgt daraus für den B. eben nur soviel, daß der Besitzer rechtlich fordern darf, daß sein Besitz nicht eigenmächtig gestört, bez. daß ihm der eigenmächtig entzogene Besitz restituirt werde (§§. 339. 346.). Dieses „rechtliche Dürfen“ ist aber doch nur ein anderer Ausdruck des Klagenschutzes — und es ist nicht abzusehen, wie aus diesem Schutze die rechtliche Befugniß des Besitzers zu etwas ganz Anderem: nämlich zum Haben oder vorläufigen Behalten oder gar zum Benützen oder Verbrauchen der Sache denknothwendig folgen soll? Oder darf etwa der Besitzer klagen auf Anerkennung seiner rechtlichen Befugniß, die Sache zu behalten, zu benützen? Gewiß nicht!

Ueberhaupt beruht die ganze Argumentation C.'s auf der Identifizierung von Recht, Klage, Anspruch. Allein diese Begriffe sind keineswegs identisch. Verständigen wir uns zunächst über den Begriff: Recht! Wir verstehen darunter eine rechtliche Macht (Befugniß), welche bei Sachenrechten entweder in einem „rechtlichen Dürfen“, d. i. in der vom objektiven Rechte anerkannten Befugniß zu einer gewissen faktischen Thätigkeit (Haben, Benützen, Verbrauchen u. s. w.) oder in einem „rechtlichen Können“, d. i. in der durch den allgemeinen Willen anerkannten Macht zur Hervorbringung rechtlicher Wirkungen besteht.<sup>9a</sup> Jeder rechtlichen Herrschaft steht die Pflicht aller anderen gegenüber, dieselbe zu respektiren, insbes. sie nicht anzugreifen oder sonst zu stören. Allein diese Pflicht Dritter, bezieh. der correlate „Anspruch“ des Berech-

<sup>9a</sup> Vgl. Brinz, §. 23. (1. A.), aber auch §§. 64. 65. (2. A.), Windscheid, §§. 37. 43.

tigten gehört gewiß nicht zum Inhalt des bezüglichlichen Rechtes, sondern bezeichnet nur seine nach den Gesetzen der Logik nothwendige Wirkung nach Außen. Daher gehört insbesondere bei dinglichen Rechten der sog. „Anspruch“ auf Nichtstörung desselben nicht zu ihrem Inhalte. Dieser „Anspruch“ ist also kein selbstständiges Recht, überhaupt kein Recht im techn. Sinne, sondern lediglich eine Folge (Refferwirkung) desselben. Richtig bemerkt diesfalls Brinz selbst (§. 79. 2. A.): „Darum spricht man auch von keinem Anspruch z. B. des Eigenthümers gegen jeden Dritten (darauf, daß er nicht angreife); ein solches Verlangen, wenn ausgeführt, wäre eine Warnung vor Verschuldung eines Anspruches, noch nicht der Anspruch selbst.“ — Nicht jeder „Anspruch“ ist somit schon ein „Recht“ und nicht jedes Recht gewährt an sich schon einen „Anspruch.“

Sodann ist die Behauptung: Recht und Klage seien identisch, in dieser Allgemeinheit keinesfalls richtig.<sup>9b</sup> Soll Identität Beider vorliegen, so muß der Inhalt des Rechts und des Klaganspruches zusammenfallen. Dies trifft nun zwar bei den obligatorischen Rechten zu, — keineswegs aber (um vom Erb- und Familienrechte abzusehen) bei den dinglichen Rechten. Oder besteht etwa der Inhalt des Eigenthums (wie jener der A. Negat. und R. Vind.) in dem Ansprüche auf Nichtbeeinträchtigung bezieh. auf Restitution u. s. w. unserer Sache? Oder besteht die Servitut (wie die A. confess.) in dem Anspruch auf Anerkennung und Nichtstörung u. s. w. unserer partiellen Herrschaft über die Sache? Oder besteht das Pfandrecht (wie die hyp. a.) in dem Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache u. s. w.? In allen diesen Fällen muß also Klage und Recht wohl unterschieden werden und die Unterscheidung ist bekanntlich bei der Verjährung von großer praktischer Bedeutung. Die dinglichen Rechte sind also gewiß etwas Anderes als „Anspruch“ im Sinn von Klagerecht, sie sind eben ihrem Kern nach rechtliche Herrschaft (Machtvollkommenheit) über die Sache. Erst durch die Beeinträchtigung derselben entsteht ein positiver (wahrer) „Anspruch“ — auf Wiederaufhebung des Eingriffs u. s. w., welcher mit dem Klaginhalt zusammenfällt.<sup>9c</sup> In allen diesen Fällen ist die

<sup>9b</sup> Die Generalisirung dieser beschränkten Wahrheit hat viel zur Unsicherheit der Doctrin beigetragen.

<sup>9c</sup> Die Ansicht Keuner's, Wesen und Art d. Privatrechtsverh. §. 37. N. 3 und Bremer's S. 16. 93, daß bei dinglichen R. vor ihrer Verlegung von einem

Klage (der Klagsanspruch) nicht das Recht selbst, sondern eine bloße Folge, ein partieller Ausfluß (Gegendruck) des Rechtes, das Recht in seiner offensten Verhätigung aus bestimmtem Anlaß gegen bestimmte Dritte. Sagt doch selbst Brinz, der Hauptvertreter der gegentheiligen Lehre (§. 79. 2. A.): „Im gerichtlichen Verfahren bildet überall das Recht, aus welchem der Anspruch hervorgegangen oder in dem er besteht . . . den nächsten Gegenstand der klägerischen Behauptung“. . . Ich muß daher die als richtig vorausgesetzte Prämisse der Eischen Argumentation: „Die Klage ist das Recht selbst“ ablehnen. — Dazu kommt, daß es einerseits Rechte gibt, welche klagbare Ansprüche nicht erzeugen (Naturalobligationen), anderseits daß im Begriff des klagbaren Anspruchs (der Klage) Nichts liegt, was zu dem Schlusse berechtigen würde, daß nur die rechtliche Machtbefugniß durch das Gericht geschützt werden kann<sup>94</sup>; kurz die Klage ist weder ein nothwendiges noch ein ausschließliches Attribut des Privatrechtes — und auch schon darum nicht — das Recht selbst.

Gehen wir nun zu den Besitzklagen über. Es ist wohl soviel richtig, daß der Besitzer den „Anspruch“ (nicht etwa auf das Haben der Sache, sondern) auf die Unterlassung eigenmächtigen Angriffes auf seine faktische Macht hat; allein dieser Anspruch bildet — wie gezeigt — so wenig als der analoge Anspruch des Eigenthümers den Inhalt eines selbstständigen Rechtes. Wir müssen vielmehr sagen, was sonst nur die Folge eines Rechtes, d. i. einer rechtlich anerkannten Herrschaft ist, das wird hier (allerdings in beschränktem Maße) schon an die Thatfache der faktischen Macht geknüpft. Dort finden wir den „Anspruch“ auf Nichtstörung der rechtlichen, hier auf Nichtstörung der physischen Herrschaft. Dieser Anspruch bildet aber hier so wenig als dort den Inhalt eines selbstständigen Rechtes.

„Anspruch“ überhaupt nicht die Rede sein kann, ist daher ihrem Kern nach richtig. Zwar ein A. im nichttechn. S. besteht schon vor der Verletzung, — ein Anspruch nämlich auf Anerkennung, bez. Nichtstörung, der auch in der Präjudicialklage zum gerichtlichen Ausdruck kommen kann; allein es liegt nicht vor — ein Anspruch im techn. S., der ein Rechtsverhältniß zu Dritten involviren oder den Inhalt eines Rechtes bilden, d. i. selbst Recht sein würde.

<sup>94</sup> Es ist nicht abzusehen, warum nicht das Gesetz aus wichtigen (Utilitäts- oder anderen) Gründen auch gewisse faktische Zustände wenigstens provisorisch z. B. bis zum Beweise des Rechtes zc. schützen könnte. Vgl. z. B. 814 der deutsch. C. Pr. D., §. 31. des österr. Ges. v. 18. Febr. 1878. 3. 30.

Will man übrigens den mit der Thatfache des Besitzes verknüpften „Anspruch“ durchaus „Besitzrecht“ nennen, so wäre gegen diese ungenaue Bezeichnung insofern Nichts einzuwenden, als man sich vor Augen hält: 1) daß dieser „Anspruch“ eine Folge des Besitzes — nicht der Besitz selbst ist, 2) daß dieser „Anspruch“ — analog jenem des dinglich Berechtigten — nimmer den selbstständigen Inhalt eines Rechtes bilden kann, daher — kein Recht ist. Wie sehr übrigens die Bezeichnung des Besitzes als „Besitzrecht“ zur Verwischung der faktischen Natur des Ersteren und zur unaufsichtlichen Uebertragung der nur vom Rechte geltenden Normen auf den Besitz führt, zeigt in auffälligem Maße eben die Darstellung v. Canstein's VI. S. 120 fig.<sup>95</sup>

Indeß C. ist weit entfernt, von dem behaupteten „Besitzrecht“ einen bloß nominellen Gebrauch zu machen, — er stellt vielmehr S. 744 fig. die These auf, daß jeder Besitzer das Recht habe, die Sache (solange sie ihm nicht in Form Rechtes abgenommen wird) zu behalten, zu gebrauchen, zu verbrauchen, zu vertilgen; — „denn, wer ihn in dieser rechtlichen (?) Macht stört oder ihm dieselbe entzieht, kann mit der Besitzklage belangt werden (§§. 339. 346. 347.).“ — Allein diese Behauptung ist offenbar nicht schlüssig. Daraus, daß die faktische Macht als solche gegen eigenmächtigen Eingriff Dritter durch Klagen geschützt ist, folgt doch durchaus nicht, daß diese faktische Macht — auch nur vorläufig — eine rechtliche ist, m. a. W., daß das faktische Können (posse) auch ein rechtliches — eine Befugniß (ein licere) in sich begreift? Die Annahme, daß der Wille des Besitzers durch jenen Schutz als berechtigter anerkannt werde, führt unabweichlich zu dem inneren Widerspruch, daß das Gesetz gleichzeitig

<sup>95</sup> Abgesehen davon, daß die Succession in den Besitz durch Erbschaft zc. als selbstverständlich erscheint, findet es z. B. v. Canstein S. 138. N. 28. nicht begreiflich, warum ich die Besitzklage nicht gegen den Finder einer dem Besitzer in Verlost gerathenen Sache zulassen will; er sieht in der „Aneignung des Besitzes“ von Seiten des Letzteren einen Eingriff in das „Besitzrecht“ des Verlosttragenden. Allein — war denn dieser zur Zeit des Fundes bezieh. des Besitzerverbes des Finders noch Besitzer? Und ist nicht auch „das Besitzrecht“ an die Thatfache des Besitzes geknüpft? — Selbstverständlich kann auch daraus kein Kapital geschlagen werden, daß der Besitz ein „rechtliches Verhältniß“ genannt wird (v. Canstein S. 733. N. 18); ein faktisches Verhältniß wird zum rechtlichen, wenn daran rechtliche Folgen geknüpft sind; diese Wirkungen müssen aber nicht nothwendig in Rechten bestehen. In analoger Weise sprechen wir auch von juristischen, rechtlichen Thatfachen, wenn an dieselben Rechtswirkungen — nicht nothwendig Rechte — geknüpft sind.

und Räubers, geschützt wird;<sup>11</sup> warum nicht jede Besitzentsetzung, sondern nur die durch Gewalt, Hinterlist und Mißbrauch der Bittleihe bewirkte einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt (§§. 345. 346.), während doch bei einer Rechtsverletzung die Art derselben gleichgiltig ist.<sup>12</sup> Der Besitz ist also überhaupt kein Recht.<sup>13</sup> Er kann daher insbesondere kein dingliches Recht sein, trotzdem ihn der §. 308. des G. B. zu den „dinglichen Sachenrechten“ zählt.<sup>14</sup> Will man — um mit der Doktrin des Gesetzbuches äußerlich Frieden zu haben — das sog. „Besitzrecht“ durchaus klassifizieren, so muß man den Besitz als ein Recht eigener Art mit „dinglicher“ (absoluter) Wirkung ansehen, da nicht bloß der Sach-, sondern auch der Rechtsbesitzer gegen Jedermann geschützt wird.

11) Nicht bloß der echte, sondern selbst der unechte Besitzer genießt den Besitzeschutz, nur nicht demjenigen gegenüber, von dem er den Besitz unechter Weise erwarb (§§. 339. u. 347. des G. B.). Die Beschränkung des Besitzeschutzes auf den echten Besitz ist, wie in der Folge gezeigt werden wird, im Gesetze nicht begründet (vgl. auch den Auff. Nr. 41. Ger. Zeit. 1855 und meinen Auff. Nr. 61. u. 62. Ger. Zeit. 1863). Man kann von der faktischen Natur des Besitzes sagen: *Naturam furca expellat, tamen usque revertet!* Vgl. Ziclonacki, Besitz S. 31 flg., der jedoch mitunter ganz unsichthaltige Gründe in bunter Ordnung anführt. — Mehr als verwegen ist jedoch seine Bemerkung: „Ich stehe 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“ (?). Ob auch Alle, die den Besitz als Faktum auffassen, „ein klares Bild von demselben haben“, das lehrt z. B. die Bemerkung Ziclonacki's S. 12, Note: daß der Besitzwerb der Servituten und Superficies Tradition voraussetze.“

12) Kierulff, I. S. 351. Der Besitz genießt keinen unbedingten Rechtsschutz, und kann ihn nicht genießen, weil sonst das System des Rechtes mit sich selbst in Widerspruch käme. Wäre der Besitz Recht, so wäre der Sachenbesitz Eigenthum. Savigny selbst gibt (S. 6. S. 51) zu, „das Recht, welches der bloße Besitz gibt, besteht lediglich in dem Ansprüche, den der Besitzer auf die Interdikte hat, sobald eine bestimmte Form der Verletzung hinzukommt.“ S. S. 48.

13) Doch steht Nichts entgegen, den Besitz ein „rechtliches Verhältnis“ in dem Sinne zu nennen, daß er durch das Recht geregelt und durch Rechtsmittel geschützt ist. Doch davon bis zur Einstelllung des Besitzes als Recht ist noch ein weiter Schritt.

14) Wenn auch die Behauptung, daß der Sachenbesitz ein dingliches Sachenrecht sei, noch Vertheidiger finden könnte, so ist doch diese Behauptung unmöglich in Ansehung des Rechtsbesitzes (§. 313. G. B.) — Uebrigens ist der §. 308. noch in anderer Hinsicht nicht richtig. Er zählt nämlich auch das Erbrecht und Pfandrecht zu den dinglichen Rechten, während das Erbrecht offenbar gar kein dingliches Recht ist, sondern als Nachfolge in ein gesamtes Vermögen (Eigenthum, Forderungen, Schulden u. dgl.) neben den dinglichen und obligatorischen Rechten als drittes, selbstständiges Vermögensrecht da steht und das

Der Besitz ist auch kein vermothetes oder provisorisches Eigenthum; und die Besitzklagen sind keine provisorischen Bindifikationen.<sup>15</sup>

Es ist endlich nicht richtig, was so häufig behauptet wird, daß der faktische Zustand des Besitzes so lange als rechtlicher angenommen werden müsse, bis das Gegentheil dargethan ist.<sup>16</sup> Denn da der Be-

pfandrecht an Forderungen gleichfalls nicht zu den dinglichen Rechten gehören kann. Vgl. Unger, I. §. 61. S. 535. Hoffmann, Jaimerl's Viertelj. XIII. S. 10 flg. und neuestens Gyner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs (1873), und dazu Pfaff, Pignus irregul. S. 14, und in Grünhut's Zeitschr. f. österr. Pr. und öff. R. I. S. 78 flg., welcher das Pfandrecht weder als dingliches noch als obligatorisches, sondern als „absolutes“ Recht auffaßt. Allein die Absolutheit bezeichnet lediglich eine Wirkung des Rechts und enthebt nicht der Nothwendigkeit, die Natur des Rechts zu bezeichnen. — v. Canste in S. 741. R. 8. nennt den Besitz ein „vorläufiges, provisorisches Recht“, ein „Recht an Rechten“ und bezeichnet ihn als dingliches Recht, „wenn der Gegenstand ein definitives dingliches Recht, Eigenthum (?), Servitut u. c. ist.“ als persönliches, wenn der Gegenstand ein Forderungsrecht ist. Rindel, Beiträge. 21. (I.) S. 426. 738. 754. und 22. (II.) S. 63 flg. unterscheidet innerhalb des Besitzes: das unmittelbare Recht, Eigenmacht abzuwehren, und das vorläufige Recht, die Sache vorläufig zu behalten, bez. zurückzufordern; er nennt den B. das einzige unmittelbare Recht körperlicher Herrschaft und verwirft den herkömmlichen Begriff des dinglichen Rechtes, unter dem „man Alles und Nichts verstehen kann.“ Nach unserer Auffassung des B. können wir uns begreiflicher Weise mit der Gliederung der Rechte: in definitive, vorläufige, zerstörbare, relative u. c. (Rindel, II. 63.) nicht befreunden.

15) Deutlich genug sprechen dies aus die §§. 309. 345 — 347. 372. A. b. G. B. §. 2—5. der Vf. v. 27. Oktober 1849. §. 5.: „In diesem (possessorischen) Verfahren hat sich der Richter von Amtswegen gegenwärtig zu halten, daß es einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes und der erfolgten Störung ankomme. . . . Wer einen Besitz erst erworben oder ein stärkeres (?) Recht zum Besitze geltend machen will, muß den ordentlichen Rechtsweg betreten“ . . . Vgl. L. 12. §. 1. de poss. Nihil commune habet proprietas cum possessione und L. 52. pr. eod. Nec possessio et proprietas misceri debent. Vgl. Savigny, §. 6. S. 56, der in der 6. Auflage von dem Versuche, den Besitzschutz auf die Präsomtion des Eigenthumes zu bauen, gänzlich zurückkam. Selbst Unger hält noch im fäch. Entwurfe S. 104 diese irrige Ansicht fest. Eine andere Frage ist es, ob der Besitzer in Wirklichkeit nicht regelmäßig Eigenthümer sei? Darüber vgl. Jhering, Grund S. 62, aber auch Bruns, Besitzklagen S. 277. Keinesfalls hat aber dies „faktische“ Moment für die Rechtswissenschaft Bedeutung, wie schon Savigny, Zusatz zur 7. Ausgabe S. 57, Note, bemerkt. Juristisch ist auch Nichts damit gewonnen, wenn man (mit Jhering, S. 54, 64) den Besitz eine „Eigenthumsposition“ nennt; auf diese Bezeichnung hat auch die Detention Anspruch.

16) So nicht bloß die älteren, sondern auch noch Husfeld, Besitz S. 31. Rospirt, Archiv f. civ. Pr. VIII. S. 15, von den österr. Schriftstellern Zeilner, II. S. 59. Rippel, III. S. 91, 2. Winwartter, II. S. 70 u. 105. Stubenrauch, I. S. 630, von den preußischen noch Bornemann, I. S. 453.

sitzer ohne Rücksicht auf ein ihm zustehendes Recht selbst bei zugestandenem Abgange jedwedes Rechtes sogar gegen den Eigentümer oder sonst Berechtigten geschützt wird, so kann von einer solchen Annahme keine Rede sein. Jene Annahme kann insbesondere nicht auf den §. 323. A. b. G. B. gestützt werden: „Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich“; denn der §. 323. enthält, wie im §. 6. d. B. gezeigt ist, keine wahre Vermuthung.

Es entfällt daher die Frage, welcher Klasse von Rechten der Besitz einzureihen sei.<sup>17</sup>

Von dieser irrigen Anschauung gingen namentlich die Redaktoren des preuß. Landrechtes aus. Suarez bemerkt über die *Monita*: für den vollständigen Besitzer streitet die Vermuthung des Eigenthums; v. Tebenar: der Besitz ist eine interimistische Legitimation zu einer Sache, sowie die Verjährung eine vollständige Legitimation; Gopler: Besitz ist ein Zwischenzustand, der die Vermuthung des Eigenthums wirkt. Vgl. hierüber Koch, S. 18—20, der mit Recht gegen die von Trävell, der von Befugnissen des Besitzes spricht, erfolgte Verwischung der Grenzen zwischen Besitz und Eigenthum auftritt. Was Koch dort bemerkt, paßt ebenso gut gegen Rippel, III. S. 91. — Für das Preuß. Recht hält Dernburg, §. 156. auf Grund der §§. 175. 176. 179. dafür, daß der Besitzer bis zum Beweise des Gegentheils als zum Besitze berechtigt, bez. als rechtmäßiger Besitzer angesehen werde. Doch dürfte dies nur für die Defensiv des Besitzes zuzugeden sein.

17) In den Institutionen wird der Besitz im IV. B. 15. Tit. *de interdictis*, in den Digesten im 41. Buche im Anschlusse an den Eigenthumserwerb, im Coder im 7., dann im 8. Buche bei den Interdikten behandelt. — Im preuß. A. Landrechte fand der Besitz Platz im VII. Titel zwischen dem allgemeinen Theile und den dinglichen Rechten. — Im sächs. bürgerl. G. B. wird der Sachbesitz an der Spitze des Sachenrechtes, der Rechtsbesitz bei den Servituten behandelt (§§. 186.—216. und 556.—562.). — Das französ. Civilgesetz handelt vom Besitze im 3. B. XX. Tit.: von der Verjährung (im 2. Kapitel Art. 2228—2235) und im Civilprozeße im IV. Titel 1. B. a. 23 flg.; das italien. G. B. in den §§. 685.—709. am Schluß des 2. B. (Titel 5), welches die Ueberschrift führt: von den Sachen, vom Eigenthum und seinen Modifikationen (*modificazioni*), unter welcher letztere auch die Servituten gerechnet werden (der Fortschritt gegen das franz. Vorbild ist hier ein wesentlicher); — das Züricher G. B. im 3. Buch, welches das Sachenrecht behandelt, nach dem allg. Theil und vor dem Eigenthum (§§. 448.—531.); ähnlich der bayer. Entwurf im 3. Theile an der Spitze des Sachenrechtes (art. 1—55.). — Savigny (§. 6. S. 48 flg.) weist den Besitz dem Obligationenrechte zu, weil das Recht der possessorischen Interdikte dem Obligationenrechte angehöre, indem sich dieselben nach seiner gewöhnlichen Ansicht auf *Obligationes ex maleficio* gründen. Andere rechnen ihn zu den *Jura in re*, so nach Alciati namentlich Sahn (*Diss. de jure rerum* 1639), der die Zahl der dinglichen Rechte auf 5 festsetzte, und dem hierin die Mehrzahl der Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts gefolgt ist. — Die Systematiker verweisen denselben meist in den allgemeinen Theil: so Kierulff, a. a. O. Puchta, §. 122 flg. Böcking, Band. I. §. 123 flg. Brinz, §. 27 flg., obgleich der Be-

Aus gleichem Grunde kann für uns gar nicht die Frage ent-

sitz, wie schon Savigny (§. 6.) bemerkt, um nichts allgemeiner ist, als jedes Recht. Windscheid, P. §§. 150.—164., handelt vom Sach- und Rechtsbesitz an der Spitze des Sachenrechtes, sofort nach Darstellung der juristisch bedeutenden Verschiedenheiten der Sachen. Zielonacki, S. 3, reißt ihn in das Sachenrecht ein, trotzdem er selbst bemerkt, daß es auch einen Rechtsbesitz gibt; Donnell an zwei Orten: bei der Usufapion (V.) und im Obligationenrechte (XV.) bei den Interdikten. Nähnlich Götschen, Pand. im allgem. Theile (§. 200 flg.), bei den Obligationen (§. 605.) und der Usufapion. Wir stimmen zwar für das röm. R. Bruns, S. 487, bei: „Da wo im Systeme der Begriff des subjektiven Rechtes im Allgemeinen bestimmt wird, muß auch der ihm korrespondirende Begriff des Besitzes im Allgemeinen bestimmt werden. Im Einzelnen ist dann jedesmal bei jedem einzelnen Rechte das ihm entsprechende Besitzverhältniß anzuführen.“ Diese Anordnung befolgt Arndts, P., indem er vom Sachenbesitze beim Eigenthum, vom Rechtsbesitz bei den Servituten handelt (§§. 135. 187.) Bei der heutigen Ausdehnung des Besitzeschutzes und der Gleichmäßigkeit desselben für den Sach- und Rechtsbesitz erscheint es aber allerdings entsprechender, dem Besitze eine besondere Abtheilung zwischen dem allgemeinen Theile und dem Sachenrechte zu widmen, oder — wenn man dies aus äußeren Gründen vermeiden will — denselben an der Spitze des Sachenrechtes zu behandeln. Jenen Weg schlägt neuest. Brinz (2. A.) §. 129. flg., diesen Windscheid, P. §. 150 flg. ein. — Die österr. Kommentatoren fassen den Besitz nach Vorgang des Gesetzbuches, welches hier der Doktrin des vorigen Jahrs. gefolgt ist, als dingliches Recht auf und behandeln ihn in der Regalfolge der dinglichen Rechte. Zeiller, II. S. 36. Winwarther, II. §§. 20. 61. S. 103. Rippel, III. S. 52. Stubenrauch, zu §. 308. u. 309. S. 630. Unger (I. §. 28.) will ihn an die Spitze des besonderen Theiles stellen. — Die Frage, wo der Besitz im Systeme einzureihen sei, ist übrigens nicht nur aus der Natur des Besitzes, sondern auch aus dem besonderen Plane eines Werkes zu beantworten. Vgl. Savigny a. a. S. 45 und Böcking, §. 123. Anm., der gut bemerkt, daß die Stellung des Besitzes im Systeme durch seine Rechtswirkungen nicht bestimmt werden kann, — wir fügen bei: nicht allein bestimmt werden kann. Faßt man den Besitz als Recht auf, so kann man noch immer nicht Savigny S. 48 beistimmen, welcher bemerkt: „Der Besitz selbst als Recht hat keine Stellung, da er kein Recht ist, das Recht aber, das er wirkt, und um dessen Willen er am meisten Ähnlichkeit mit einem Rechte annimmt, — dieses Recht ist das Recht der possessorischen Interdikte, also ein obligatorisches.“ Denn, da die Besitzklagen so wenig als die Eigenthumsklagen — als solche — Deliktklagen sind (vgl. Thering, Grund d. B. S. 9 flg.), so kann aus dem Umfange, daß durch die Verletzung des Besitzes ein Klagenanspruch entsteht, welcher gleich dem Anspruch aus der *obligatio* eine bestimmte Person ergreift und dieser vielfach gleich behandelt wird, ebenso wenig geschlossen werden, daß der Besitz ein obligatorisches Recht sei, als aus denselben Prämissen in Ansehung des Eigenthums der Schluß zulässig ist, daß das Eigenthum ein obligatorisches Recht ist. (Vgl. über die Natur dieser Ansprüche Windscheid, P. §§. 43. 44.) Die absolute Wirksamkeit des Besitzeschutzes (soweit er eben gewährt wird) gegen jeden Störer, die Verletzbarkeit durch Jedermann, macht es vielmehr begreiflich, daß die ältere Theorie den Besitz, sofern sie ihn als Recht qualifizierte, in die Kategorie der dinglichen Rechte einreichte. (Bachow, Sahn, Böhmmer u. A., wogegen schon Höpfner, Komm. §. 286. R. 1 u. 3 die faktische Natur des B. gut hervorhob). Jene Theorie eigneten sich auch die Redaktoren des bayerischen, preußi-

stehen, ob der Besitz (oder das Besitzrecht) selbst wieder Gegenstand des Besitzes und der Erziehung sei. 17<sup>a</sup>

Der Besitz ist zwar seiner Natur nach ein thatsächliches Verhältniß der Person zur Sache. Da jedoch mit demselben wichtige rechtliche Folgen verbunden sind, — Rechtswirkungen, die unter Umständen Vermögenswerth haben können, so kann derselbe allerdings Gegenstand des rechtlichen Verkehrs und von Rechtsgeschäften werden. 18

Es ist daher recht wohl ein Kauf, eine Mieth, ein Präkarium des Besitzes denkbar und statthaft. 19 Doch wird selbstverständlich der Besitz nicht schon durch das Rechtsgeschäft selbst übertragen, sondern

schon u. österr. bürgerlichen Rechtes an, welche den Besitz als ein wirkliches Recht ansehen und mit einem sachenrechtlichen Charakter bekleiden. Vgl. Koch, S. 20, und Schwannert, zur Systematik des österr. R. Magazin VI. S. 178. — Förster, Theorie u. Praxis des pr. R., handelt vom Besitz im 3. Theile an der Spitze des Sachenrechtes, „insofern er die Voraussetzung und die Aeußerung der dinglichen Rechte ist“ (?), Dernburg, §. 148 flg., am Schlusse des allgem. Theiles zugleich mit der Verjährung. — Die neueren Kodifikationen vermeiden es mit Recht, sich über die Natur des Besitzes durch Einreihung in die Klasse der dinglichen Rechte auszusprechen.

17<sup>a</sup>) Diese Frage wurde von manchen unserer Schriftsteller ernstlich erörtert (Winiwarter, Mat. VII. S. 199. Komm. II. S. 105. Pertheser, Zeitschr. f. österr. R. 1842. II. S. 53 flg.) und nur darum verneint, „weil das Besitzrecht fogleich mit dem Besitze vorhanden ist“, „weil der Besitz, obgleich ein dingliches Recht, doch schon durch den bethätigten Willen allein erworben wird.“ — Mit Recht bemerkt Unger, II. S. 268, R. 52, daß die Frage gar nicht aufgeworfen werden sollte. Sonderbarer Weise bestimmte übrigens das westgal. G. B. III. §. 605.: „Das Besitzrecht läßt sich nur mit dem Eigenthume der besessenen Sache eigentlich erziehen.“

18) So z. B. kann dem Grundeigenthümer A daran gelegen sein, das Grundstück X, dessen Eigenthümer er ist, in dessen Besitz aber der Nachbar B wegen der von ihm in den letzten zwei Jahren geschehenen Benützung gerichtlich geschützt worden ist, wieder in seinen Besitz zurückzubekommen. Statt den kostspieligen und langwierigen Eigenthumsprozeß durchzuführen, zieht er es vor, dem B, der vielleicht das Eigenthum des A sogar anerkennt, aber sich auf seinen Besitz stützt, diesen abzukaufen. A wird jedoch nicht etwa in Folge des Kaufes schon den Besitz erlangen; dazu bedarf es nach der allgemeinen Regel der Apprehension; aber ohne Einverständnis mit dem B wird eben der Besitz für ihn nicht frei (vacua poss.), und dieses Freiwerden des Besitzes (die vacua possessio) hat für ihn einen Vermögenswerth, und diese Abtretung (Ueberlassung) des Besitzes ist Gegenstand des Rechtsgeschäftes.

19) Vgl. L. 34. §. 4. D. de contr. emt. L. 28. u. 37. D. de poss. L. 35. §. 1. u. L. 37. D. de pign. act. L. 6. §. 4. L. 22. D. de prec. Savigny, §. 5. S. 46. Rospert, Archiv VIII. S. 11. Sintenis, §. 42. Note 9. Um dies begreiflich zu finden, bedarf es aber nicht erst der Annahme der Doppelnatur des Besitzes als Factum und Recht. Wieso Manche läugnen konnten, daß der Besitz Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sei (vgl. Winiwarter, II. S. 104. Minasie-

nur der Besitzerwerb möglich gemacht. 20 Zu diesem selbst ist Apprehension erforderlich. In Consequenz dieser Auffassung hat die Entsch. des D. O. G. Nr. 3799 Samml. Gl. II. W. die exekutive Veräußerung der „Besitzrechte“ des Exekuten auf ein Immobile (gegen die Ansicht der zweiten Instanz) für zulässig erkannt und die Beschwerde des Bucheigenthümers mit der Begründung zurückgewiesen, daß dadurch die Rechte Dritter, insbesondere des Eigenthümers, nicht berührt werden. (Unter dem „Besitzrechte“ verstanden die Gerichte den faktischen Besitz des Exekuten.)

Mit Rücksicht hierauf drängt sich uns die Frage auf: Hat der Besitz einen Vermögenswerth und worin besteht dieser? Es liegt auf der Hand, daß der Werth des Besitzes verschieden ist vom Werthe der Sache oder, was dasselbe bedeutet, vom Werthe des Eigenthums. Denn wird eine Sache geschädigt, so ist bei der sprachgebräuchlichen Identifizirung von Sache und Eigenthum doch nur das letztere gemeint. Eine Schätzung des Besitzes müßte den Vermögenswerth der Vortheile angeben, die mit dem bloßen Besitze verbunden sind. 20<sup>a</sup> Mit diesem ist aber nur die Möglichkeit der faktischen

wiez, a. a. D. §. 9. S. 27 und Rippel, III. S. 52 b u. 53 b), ist nur aus der Verwechslung der Thatsache des Besitzes selbst und der rechtlichen Vortheile, die damit verbunden sind (des factum und des jus possessionis), zu erklären. So insbesondere Minasiewicz, S. 28, der den Besitz darum vom Verkehre ausschließt, weil die Besitzrechte unübertragbar seien. Allein der Umstand, daß jeder Besitz originär und die damit verbundenen Vortheile kein Gegenstand der Succession sind, hindert doch offenbar nicht, daß die Voraussetzung der Besitzrechte Object des Verkehrs sein kann.

20) Durch bloßen Vertrag wird kein Besitz erworben. Vgl. §. 320. G. B. u. die in der Note 19 angeführten Schriftsteller, von den österreich. insbesondere Rippel, III. S. 64. Winiwarter, II. S. 50.

20<sup>a</sup>) Vgl. neuestens Bruns, Klagen §. 17.: „Wollte man den Werth des Besitzes einfach, dem entsprechend bestimmen, so wäre es der Werth der Vortheile, die der Besitzer durch seinen Besitz aus der Sache ziehen kann“. Vgl. L. 21. §. 2. D. quod met. c. 4. 2. und L. 1. §. 41. D. de vi. So einfach jedoch die theoretische Formulirung ist, so schwierig ist die praktische Anwendung der Formel. Die römischen Juristen geben uns keinen praktischen Anhaltspunkt für die Werthschätzung des Besitzes; hatten auch bei der freien Beweiswürdigung weniger Anlaß dazu. Von neueren Juristen läugnet Brinz, II. 654 (1. A.), den Besitzwerth; F. Romfen, Oblig. R. II. S. 247 flg., nimmt mit Grund für das römische Recht arbiträre Schätzung an; für das heutige Recht äquiparirt er Sach- u. Besitzwerth und möchte nur das Behalten des ersteren davon abhängig machen, daß der Verklagte sein Eigenthum nicht später bewiese, — wozu Bruns, S. 195, mit Recht hinzusetzt, daß vindikationen Dritter ebenso in Betracht gezogen werden müßten. The-

Herrschaft über die Sache, daher auch des Genusses ihrer Früchte und Ertragnisse gegeben; eine Möglichkeit, die vielleicht schon im nächsten Augenblicke dem Rechte wird weichen müssen! Unter solchen Umständen ist aber wegen des Mangels fester Anhaltspunkte eine Werthangabe in Ziffern (in Geld §§. 304. u. 305, A. b. G. B.) schwer thunlich. Anders, wenn sich jene Momente genau sicherstellen ließen, z. B. unter bestimmten Voraussetzungen für einen vergangenen Zeitraum. Der Besitz hat also zwar Vermögenswerth, allein regelmäßig läßt dieser aus faktischen Gründen eine ziffermäßige Darstellung für einen bestimmten Moment nicht zu.<sup>21</sup> Indesß darum ist an der Möglichkeit der Bestimmung des Besitzwerthes nicht zu verzweifeln und sind

ring, Grund d. B. S. 96, N. 101, gesteht offen, er wünschte nicht, die von den römischen Juristen verlangte Schätzung des Besitzwerthes vornehmen zu müssen. Brun s a. D. führt zwar dies Prinzip der Schätzung der possessio theoretisch genau aus (S. 193 flg.: Vortheile des Gebrauchs und der Fruchtnießung, Vortheile des Habens in prozessualer Beziehung, Möglichkeit der Verjährung); allein das Ergebnis: der Vermögenswerth des Besitzes ist „nicht absolut für einen bestimmten Augenblick zu berechnen, sondern wesentlich von der Dauer des Besitzes abhängig“ — ist praktisch nicht zu verwerthen, da ja die Dauer des Besitzes pro futuro regelmäßig ganz unbestimmt ist. — Der nburg, §. 159. a. G., äquiparirt für das preuß. N. wegen der angeblichen Vermuthung des Landrechts für die Rechtmäßigkeit des Besitzes Besitz- und Sachwerth. So auch das bayerische L. N. II. 11. 5. N. 1, f. Roth, Bayer. C. N. §. 134. N. 81. — Zu befreiten ist aber die Behauptung von Brun s a. D., daß der Besitzwerth größer sein könne, als der Sachwerth; die L. 6. D. de vi, welche dies bezüglich des Besitzes an Sklaven richtig demonstirt, kann heute keine analoge Anwendung mehr finden.

21) Vgl. über diese wenig ventilirte Frage Brinz, II. S. 654., dessen abweichende Ansicht dahin geht: Werth der Sache ist Werth des Eigenthums. Die Vortheile der Beklagtenrolle sind nicht an und für sich da. „So läugnen wir denn, daß der Besitz einen Werth habe oder daß die bloß faktische Habe zum Vermögen zähle.“ — Allein ist denn der Vortheil der Beklagtenrolle der einzige, mit dem Besitze verbundene faktische Vortheil? Doch gibt Brinz, §. 150. a. G. endlich selbst zu, daß der Besitz zum Vermögen gehöre, „als Vorbedingung gewisser zufälliger Vortheile.“ — Eine Schätzung für einen bestimmten abgelaufenen Zeitraum läßt sich sehr gut denken beim redlichen Besitze. Vgl. Brinz selbst, S. 653. Die Schätzbarkeit des Besitzes an sich erkennt im Prinzipie an L. 21. §. 2. D. quod metus c. (4. 2.): Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur; aestimabitur enim, quod restitui oportet, i. e. quod abest; abest autem nuda possessio cum suis fructibus; quod et Pomponius (Paulus). Hier sind doch u. G. ganz klar der Werth des Besitzes u. des Eigenthums (des fundi) einander entgegengestellt. Die Verurtheilung ins Doppelte und Vierfache ist nun freilich heutzutage nicht praktisch. Vgl. Puchta, §. 385. e. und Arndts, §. 252. Note 1. — Mit Unrecht behauptet sonach Köppen, Erbschaft S. 63., „daß der Besitz nicht als eigentlicher (?) Vermögensbestandtheil angesehen werden könne.“

die Schwierigkeiten nicht unlösbar, wie Brinz, Jen. Lit. Z. 1874. N. 40 meint. Zur Grundlage ist m. G. der Eigenthumswerth zu nehmen, da ja der Besitz faktisch die Vortheile des Eigenthums gewährt; dagegen ist dem Beklagten der Beweis vorbehalten, daß Kläger nicht Eigenthümer sei, gleichviel ob das Eigenthum dem Beklagten oder einem Dritten gebühre.<sup>21a</sup>

Naheliegt hier die Frage, ob durch den Willen der Parteien Besitz auch da übertragen werden kann, wo der Empfänger sonst wegen des mangelnden Eigenthumswillens bloß Inhaber wäre, z. B. der Pächter, Miether, was zur Folge hätte, daß diesem wie einem wirklichen Besitzer das Besitzrecht (jus possessionis) zustünde. — Diese Frage ist zu verneinen; denn begrifflich ist Besitz nur da vorhanden, wo der Detentor den Eigenthumswillen hat. Von diesem Grundsatz hat das österreich. Civilrecht nicht Eine Ausnahme (auch nicht beim gerichtlichen Sequester) gemacht, und es geht durchaus nicht an, dem Willen der Partei da eine Rechtswirkung einzuräumen, wo das Gewollte der Natur der Sache und den Prinzipien des Gesetzes zuwider ist.<sup>22</sup>

#### §. 4. Verschiedene Bedeutungen des Wortes Besitz.

Obwohl das Wort Besitz regelmäßig in seiner eigenthümlichen Bedeutung als faktische Herrschaft mit dem Eigenthumswillen (§. 309. A. b. G. B.) gebraucht wird, so bedient sich doch der Sprachgebrauch und

21a) Diese Lösung deutet schon Mommsen a. D. an; Brun s, S. 195., berichtigt sie, ohne sie zu verwerfen. Die Berücksichtigung der Usukapionsmöglichkeit entfällt, da mit dem Beweise fremden Eigenthums h. z. T. die Vollendung der Erstlung unmöglich wird. (M. A. Savigny, S. 445.) Daß übrigens auch die römischen Juristen ursprünglich Besitz- und Sachwerth identifizirten, zeigen Stellen wie L. 3. §. 11. D. U. Poss., dazu Brun s, §. 17. a. G. und Savigny. S. 443—445.

22) Die Zulässigkeit einer solchen Besitzübertragung behaupten Thibaut, Pand. §. 208. Schweppe, P. N. §. 214. Hierulff, I. S. 356. Brinz, §. 139. (2. A.), weil angeblich in der Natur des Verhältnisses kein Hinderniß liege, wie schon der Umstand beweise, daß nach röm. Rechte (L. 17. §. 1. D. 16. 3., L. 39. de poss.) durch den Willen der Parteien auch auf den Depositär (Sequester) der Besitz übertragen werden könne. Allein auch nach röm. Rechte erscheint der sogenannte abgeleitete Besitz (Besitz ohne animus domini) als eine Ausnahme von der Regel, als eine Anomalie, die nur da angenommen werden kann, wo sie das Gesetz ausdrücklich statuirt oder für zulässig erklärt. Vgl. Savigny, §. 9. Wangerow, I. §. 200. Brun s, Besitz im N. §. 2. Arndts, §. 135. Windscheid, §. 154.



selbst die Gesetzgebung dieses Wortes zur Bezeichnung auch anderweitiger rechtlicher Verhältnisse. Insbesondere wird das Wort Besitz gebraucht:

a) Im Sinne des Eigentums.<sup>1</sup>

Das N. b. G. B. hat zwar diesen ungenauen und oft irreführenden Sprachgebrauch nicht gänzlich vermieden. So ist in den §§. 473. 476. 482. 484. 494. (verglichen mit den §§. 514. 515. 517. 520. 526.), dann §§. 857. 858. (vgl. mit §. 825.), dann §§. 1095. 1120. 1123. 1125. 1150. 1236. u. s. f. Besitz statt Eigentum gebraucht. Doch ist gerade in jenen Capiteln und gesetzlichen Bestimmungen, wo der Gegensatz Beider am schärfsten hervortritt, die richtige Terminologie gewahrt. Vgl. die Kapitel vom Besitz, Eigentum und Erbschaft.

Viel häufiger kommt der gedachte Sprachgebrauch in anderweitigen Gesetzen und Verordnungen vor, insbesondere da, wo es sich um das Eigentum unbeweglicher Sachen handelt.<sup>1a</sup> Ja in vielen Gesetzen wird das Wort Besitz fast ausschließlich im Sinne als Eigentum gebraucht. So neuestens im Staatsgrundgesetz über die allg. Rechte der Staatsbürger v. 21. Dezember 1867 art. 15, und in den Gesetzen über die Anlegung neuer Grundbücher v. 2. Juni 1874. Z. 88—91. 97. 98. (z. B. §§. 3. 16. 18. 19. 23. 27. u. s. w.) Mitunter werden beide Ausdrücke tautologisch gebraucht, so namentlich im Ges. v. 25. Juli 1871. Z. 96: betreffend die Anlegung oder Aenderung von Grundbüchern, „sofern sie die Besitz- und Eigentumsverhältnisse oder den Lastenstand beeinflusst“ (§. 1.); ähnlich §§. 7, 22. d. Ges., während §. 5. einfach vom Eigentum spricht.<sup>1b</sup>

1) Auch im römischen Rechte kommt dieser Sprachgebrauch („Anar“ nennt ihn Windscheid, P. §. 148. R. 2.) nicht selten vor. Vgl. L. 78. De V. S.: „Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat, sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.“ Die Entstehung dieses Sprachgebrauches im gemeinen Leben ist leicht erklärlich, da sich im Besitz regelmäßig das Eigentum äußert, und übergang von da aus unvermerkt in den juristischen. Vgl. Savigny, a. a. D. §. 7. und Thering, Grund d. B. S. 62. — Das Wort Besitz kam übrigens nach Grimm: das Wort des Besitzes (1850) in der Rechtssprache sehr spät auf; gewiß nicht vor dem Eindringen des röm. Rechtes. Vgl. Delbrück, a. D. S. 102. Note 2, dazu Stobbe D. P. R. II. §. 72.

1a) Auch in den Quellen werden Grundstücke häufig possessiones genannt.

1b) Vgl. von älteren Gesetzen z. B. das Patent v. 1789 über die Erbfolge in Bauerngütern, das Patent v. 1. Nov. und 25. Jänner 1781, über die Untheil-

b) Bisweilen, doch selten, bedeutet Besitz: Inhabung, vgl. §. 366. des G. B., während umgekehrt das Wort Inhabung öfter für Besitz vorkommt. Vgl. §. 315. 334. 1470. u. A.<sup>2</sup> Ebenso spricht das Ges. bisweilen da von „Inhabern“, wo von Berechtigten die Rede ist, z. B. §§. 629. 631. 633. 635. (Fideikommissinhaber) §. 1442.

Zur Bezeichnung des Beklagten-Verhältnisses wird das Wort Besitz nicht gebraucht.<sup>3</sup>

Es ist Sache der Interpretation, zu untersuchen, in welchem Sinne das Wort Besitz zu nehmen sei.

Die österr. Kommentatoren bedienen sich zur Bezeichnung des Besitzes des Beiwortes: eigentlicher, physischer, natürlicher Besitz und stellen derselben dem juristischen, bürgerlichen oder Civilbesitze entgegen, worunter sie gewöhnlich den bürgerlichen (Tabular-) Besitz verstehen.<sup>4</sup> Diese Terminologie ist unglücklich gewählt. Ist denn der physische Besitz nicht auch ein juristischer? Die

barkeit der Bauerngründe, die kais. Verordnungen vom 8. Febr. 1860. Z. 44. und 45; R. G. B., welche die Fähigkeit der Israeliten zum Eigentumsverwerb in Realitäten normirten und dabei stets nur von Besitzfähigkeit sprachen.

2) Auch im römischen Rechte kommt der Ausdruck possessio im Sinne der Detention vor, gewöhnlich dann mit dem Beisatze naturalis poss., auch in possessione esse (tenere, corporaliter tenere). Vgl. §. 4. I. De interdict. L. 9. D. de rei vind. L. 10. §. 1. de poss. Aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse . . . L. 7. pr. de damno infecto. L. 49. §. 1. de poss. L. 3. §. 3. de poss. Vgl. Savigny, §. 7., Possidere gleich adprehendere possessionem a contrario possidere?? Vgl. Böcking, Instit. §. 124. Note 25.

3) In röm. Rechte wird possessio zur Bezeichnung des Verhältnisses des Beklagten im vindikations-Prozesse, bei der hereditatis petitio und dem liberale iudicium gebraucht. Vgl. §. 4. I. de interdict. L. 21. de probat. L. 9. de rei vind. L. 9. L. 16. §. 4. L. 18. §. 1. D. de hered. petit. und Tit. Dig. 12. 40. Vgl. Savigny, §. 8. Brunö, §. 4.

4) Vgl. Rippel, III. S. 85., Winwartner, II. S. 33., Stubenrauch, I. S. 641 u. 645. Auch das Hofdekret vom 13. Novbr. 1812 Z. 1015. Z. G. S. redet vom physischen und das Hofdekret vom 11. Oktober 1821 Z. 1809 vom Naturalbesitze und die kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849 vom faktischen Besitze; sie begreifen darunter den Besitz schlechthin. Das N. b. G. B. kennt diese Terminologie nicht. Das preuß. Allg. L. R. gebraucht den Ausdruck „Naturalbesitz“ nur an zwei Stellen (§. 109. u. 275. Tit. 20. Thl. I.), wo es soviel wie Detention bedeutet. Vgl. Koch, 40. u. 54., welcher bemerkt: In der Praxis unterscheidet man ebenfalls Civil- und Naturalbesitz. Man versteht unter Civilbesitzer den in das Hypothekenbuch eingetragenen Besitzer, der das Grundstück bereits veräußert hat, unter Naturalbesitzer aber den wirklichen gegenwärtigen Eigentümer. Diese Begriffe haben mit dem Besitze nichts zu thun. Der hier gemeinte Civilbesitzer hat gar keinen Besitz.

Ausdrücke bürgerlicher oder Civilbesitz aber sind willkürliche und wenig charakteristische Benennungen des Tabularbesitzes, der gar kein Besitz ist, sondern die davon gänzlich verschiedene (und ganz eigenthümliche Rechtswirkungen nach sich ziehende) Thatsache des bürgerlichen Eingetragenseins eines Rechtes für Jemanden.

Mitunter wird in der Praxis der Besitz im Gegensatze zur Detention „civilrechtlicher Besitz“ oder „Civilbesitz“ genannt, und letztere als „natürlicher oder faktischer Besitz“ bezeichnet. Diese unpassende Terminologie könnte an sich gleichgiltig erscheinen, wenn daran nicht irrthümliche Folgerungen geknüpft würden. Es wird nämlich diese Terminologie dem Gesetzbuche selbst unterschoben und sohin behauptet: auch der natürliche Besitz (Detention) genieße den Schutz des Gesetzes (§. 339. 341—348. A. b. G. B.); insbesondere habe die kais. Verordnung v. 27. Oktober 1849 §. 12. A. b. G. B. den Schutz dieses natürlichen Besitzes (denn dieser sei unter dem faktischen Besitze zu verstehen) zum Gegenstande. — Dies ist aber eine ganz willkürliche und mit dem Wortlaute des Gesetzbuches und der cit. Bd. im Widerspruche stehende Annahme. Das A. b. G. B. läßt nur dem Besitze (nicht der Innehabung) den Besitzschutz angedeihen (§§. 339. 340—343. 346—347. A. b. G. B.). Daß aber die kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849 keinen neuen Schutz (Detentionschutz) einführen, keinen neuen Begriff des Besitzes schaffen, sondern nur den im A. b. G. B. normirten Besitzschutz den Parteien rasch zu Theil werden lassen wollte, geht unwiderlegbar aus der im §. 2. vorkommenden Berufung der §§. 339. 346. 347. u. 851. A. b. G. B. und aus der in das Gesetz aufgenommenen Motivirung hervor: „daß die Verordnung erlassen sei, um jene Rechtsmittel, welche das „A. b. G. B. überhaupt und insbesondere im I. Hauptstücke des „2ten Theiles zum Schutze des bedrohten und zur Wiederherstellung „des gestörten Besitzstandes angeordnet, ohne prozessualische Weitläufigkeit in Wirksamkeit zu setzen.“

Die kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849 ist demnach nur eine Durchführungsverordnung der Vorschriften des A. b. G. B. über den Besitz, ein spezielles Rechtsverfahren zur Realisirung des im materiellen Rechte normirten Besitzeschutzes.<sup>5</sup>

5) Vgl. v. Canstein, Grünb. 3. VI. S. 158 fig. und dessen Mittheilungen

Durch den Beisatz „faktischer“ Besitz wollte das Gesetz den Gegensatz einerseits zum bürgerlichen Besitze und anderseits zum Rechte zum Besitze bezeichnen, wie aus den §§. 2. 5. u. 15. der citirten Verordnung hervorgeht.

Die gedachte Ansicht ist vielleicht ein unbewußter Nachklang der römischen Eintheilung in *possessio civilis et naturalis*,<sup>6</sup> deren Sinn von den Glossatoren bis auf unsere Zeit herab Gegenstand einer lebhaften, mitunter höchst merkwürdigen, übrigens ziemlich unfruchtbaren Kontroverse gewesen ist, deren Geschichte am besten zeigt, wie falsche

aus den Protokollen der Just. Ges. Hofkomm. S. 194 fig., Stubenrauch, I. S. 691. (452 der 2. Aufl.) und die Bemerkungen über das Verfahren in Besitzstörungenssachen in Nr. 41. Ger. Zeit. 1855, dann Nagel, Ger. Zeit. 1861. N. 136. S. 542 Note.

6) Vgl. über diese für das röm. Recht sehr schwierige und wichtige, für das österr. Recht aber gleichgiltige Streitfrage L. 3. §. 3. §. 13. de poss. L. 38. §. 10. de usurp. 22. 1. L. 38. §. 7. D. de V. O. L. 3. §. 15. ad exhib. (10. 4.) L. 2. §. 1. D. pro herede (41. 5.). L. 1. §. 9. 10. D. de vi (43. 16.) L. 26. pr. D. de donat. int. vir. (24. 1.) Savigny, §§. 7. u. 10. Bangerow, I. §. 199. Brunß, S. 20 fig. Senteniz, §. 42. N. 23. Ueber die Bedeutung der Worte *civilis et naturalis possessio* bestehen in der Theorie drei verschiedene Ansichten. Nach Savigny ist *poss. civilis* der Usukapionsbesitz; *poss. naturalis* aber der Besitz, der nicht diese Qualität hat. Die *poss. naturalis* ist wieder entweder Interdiktten-Besitz (*possessio per eminent.*) oder es fehlt ihm diese Wirkung (*possessio naturalis* im gewöhnlichen Sinne). Savigny's Ansichten theilen: Rudorff, Zus. zu Savigny (7. A.) Nr. 40, wo namentlich die Ansichten von Bangerow u. Brunß näher besprochen werden, dann Buchta, Pand. §. 124. und Koch, S. 41. Eine zweite Meinung, die von Thibaut im c. Archiv XVIII. S. 316 und XXIII. S. 167., Hierulff, Theorie, I. S. 346., Warnkönig, civ. Archiv, XX. S. 178. Pfeifer, Was ist der Besitz? S. 4 und 36. Senteniz, I. §. 42. Note 24. geht dahin, daß *poss. civilis* nicht bloß Usukapions- sondern auch Interdiktten-Besitz begreife, daß daher *poss. naturalis* (*civilliter non possidere*) immer nur den Nicht-Interdiktten-Besitz bedeute. Eine 3. Ansicht endlich, welche im Wesentlichsten übereinstimmend von Burchardi, Civ. Arch. XX. S. 14 fig. Brunß, a. a. D. S. 20 fig. Bangerow, I. §. 199. Brinz, I. §. 29. (S. 136. 2. A.) Keller, §. 116. Windscheid, P. §. 148. Note 12, wesentlich auch von Arndts, Pand. §. 136. Note 2. und v. Wetter, S. 78, vertheidigt wird, gelangt zu dem Resultate, daß *poss. naturalis* im Gegensatze zu *civilis* dann vorhanden sei, wenn Jemand die Detention mit dem *anim. dom.* entwerde nicht hat, oder darum nicht haben darf, weil die besessene Sache *extra commercium*, oder der Besitzer eigenthumsunfähig ist, oder der Besitz auf ein nichtiges Rechtsgeschäft sich gründet. Im praktischen Resultate macht die erste und dritte Ansicht keinen Unterschied, wohl aber die zweite wegen der ihr zu Grunde liegenden L. 1. §. 9. 10. D. de vi (Arndts, §. 136. Note 2. und Brinz, S. 78). Noch unaufgeklärt ist, ob und welchem praktischen Ziele die Römer bei dieser Unterscheidung zustrebten. Vgl. Brinz, §. 29. a. G. und neuest. Meißcheider §. 16.

Terminologien an sich schon jahrhundertlange Irrthümer zu erzeugen vermögen.<sup>7</sup>

### §. 5. Der Tabularbesitz.

Die österr. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft spricht neben dem Besitze im Sinne des §. 309. des G. B. — dem sogenannten Naturalbesitz<sup>1</sup> — auch von einem bürgerlichen Besitze — Tabularbesitze. Das Wesen dieses „Besitzes“ ist näher zu untersuchen.

Zufolge der Einrichtung der öffentlichen Bücher ist zunächst selbstverständlich, daß der Tabularbesitz nur bei dinglichen Rechten,

7) Vgl. hierüber besonders Brun s, S. 106 flg. 252, 338 und Delbrück, Dingl. Klage S. 101—111. Die verbreitetste Ansicht war die von Azo vertheidigte, welche unter nat. p. die Detention, unter civ. poss. den Besitz solo animo verstand. Nachklänge dieser ins vorige Jahrhundert hinabreichenden Theorie finden sich insbesondere auch bei älteren österr. Schriftstellern. Vgl. z. B. Wraczet, Verfahr. S. 100., und in dem sogen. Mentalbesitze unserer Kommentatoren. Vgl. Win i w a r t e r, II. §. 21. 57. R i p p e l, II. S. 161. Welchen Antheil an jener unromischen Theorie die germanische Rechtsanschauung, namentlich der Begriff der Gewere, gehabt habe, lassen wir dahingestellt; doch scheint uns, daß Vieles, was Delbrück a. D. auf Rechnung derselben setzt, einfach dem Mißverständnisse zuzuschreiben sei. — Es wurde schon im §. 1. Note 13, erwähnt, daß die landrechtliche Eintheilung des Besitzes in einen vollständigen und unvollständigen auf einem Mißverständnisse der civ. und nat. p. beruhe. Dem deutschen R. entspricht sie schon darum nicht, weil die Gewere nur bei dinglicher Nutzung möglich war. S. Heu s l e r, Gewere S. 452, aber auch St o b b e, §. 75. N. 5.

1) Diese Bezeichnung: „Naturalbesitz“, auch „faktischer Besitz“, gebrauchen nicht nur die österr. Schriftsteller, sondern auch die Gesetzgebung. Vgl. Hofdekr. vom 13. November 1812 Z. 1013., vom 11. Oktober 1821 Z. 1809, kais. Verordnung vom 27. Oktober 1849. §. 5. — Win i w a r t e r, Pratoh. Mat. VII. S. 118, stellt dem Naturalbesitze den juristischen oder bürgerlichen entgegen, und versteht unter diesem a) den sog. Mentalbesitz (§. 352. A. b. G. B.) und b) den unter Beobachtung einer gewissen Form ohne Detention erworbenen Besitz, z. B. bei Handelsbefugnissen durch Registrierung, — den sog. formellen Besitz. Als eine besondere Art des Letzteren bezeichnet er den Tabularbesitz. — Abgesehen von der verkehrten Anwendung des Besitzbegriffs auf registrierte Gewerebefugnisse und der grundlosen Entgegenstellung des Natural- und sog. Mentalbesitzes, geht diese Eintheilung von der irrigen Auffassung aus, daß Natural- und Tabularbesitz ihrem Wesen nach identisch sind; soll doch die Besonderheit und der Unterschied beider nur darin bestehen, daß dort Besitz mit, hier ohne Inhabung erworben wird. — Der Ausdruck „formeller“ Besitz findet sich nicht mehr in W.'s Kommentar; in der Sache blieb aber W.'s Auffassung dieselbe, vgl. II. §. 21., und sind ihm hierin auch R i p p e l, III. S. 83., 84 (der ausdrücklich bemerkt, der Tabularbesitzer sei wirklicher Besitzer) u. St u b e n r a u c h, I. S. 433. N. 1. (2. Ausg.) gefolgt.

Reallasten, dann bei solchen obligatorischen Rechten auf unbewegliche Sachen zur Sprache kommen kann, welche ausnahmsweise zufolge positiver Bestimmung Gegenstand des bürgerlichen Eintrages sind. Diese Rechte werden als „bürgerliche“ bezeichnet. (Vgl. §§. 4. 5. 9. des Grundbuchsges. vom 25. Juli 1871. Z. 95. N. G. Bl.). Die Eintragung der Reallasten erfolgt zufolge ihres Wesens, ihrer naturgemäßen Bestimmung: eine Verpflichtung des jeweiligen Besitzers, eine bleibende Last des Grundstückes zu sein. Der Eintrag noch anderer obligatorischer Rechte (nämlich das Wiederkaufs-, Vorkaufs- und Bestandrechtes §§. 1070. 1073. 1095. G. B.) erfolgt ausnahmsweise zu dem Zwecke, um diesen nach ihrer regelmäßigen Natur auf die Person der Kontrahenten und ihrer Universalnachfolger beschränkten Forderungsrechten gemäß der singulären Absicht der Parteien eine weitere, gegen jeden Besitzer der Realität sich erstreckende Wirksamkeit zu sichern. Die Eintragung bildet das Mittel, die Absicht der Kontrahenten, eine Realschuld zu begründen, zu verwirklichen.<sup>2</sup> — Tabularbesitz ist die Thatsache der

2) Es ist eine natürliche Folge der Dinglichkeit eines Rechtes, daß dasselbe gegen jeden Dritten wirksam — absolut — ist; obligatorische Rechte erhalten diesen Charakter nur ausnahmsweise; nach österreichischem Rechte nur die oben genannten, wenn sie sich auf unbewegliche Sachen beziehen, und zwar durch Eintragung in die öffentlichen Bücher. (§§. 1070. 1073. 1079. 1095. des G. B.). Vgl. über die Dinglichkeit und Aboluthheit der Rechte Wächter, Würt. P. R. §. 46., Windscheid, §. 43. 46. Unger, Syst. I. S. 518 und 549, dessen Verdienst es ist, diesen Unterschied im österr. Rechte zuerst ins Klare gestellt zu haben, neuestens besonders St o b b e, D. Pr. R. §. 66. und Kra i n z's lehrreiche Abhandlung: Das leitende Prinzip der bürgerlichen Rechte, Ger. Zeit. 1868. Nr. 95—100 und 1869, Nr. 13—31, die den Begriff der Aboluthheit auf obligatorische Rechte für unanwendbar erklärt, ferner Unger, Ger. Zeit. 1868. Nr. 25. 26., G y n e r, Publicitätsprinzip S. 75, auch Kir ch s t e t t e r, S. 508. Die früher zweifelhafte Frage, ob der Eintrag obligatorischer Rechte nur in den vom Gesetze statuirten Fällen zulässig sei (so G y n e r a. a. D.), oder ob die bezüglichen §§. des G. B.'s nicht vielmehr ein durch Analogie reichlich zu verwerthendes Prinzip enthielten (so Kra i n z, Nr. 29. cit. und K a n d a, Besitz [1. A.] S. 51), wurde durch das Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871 (§. 9.) in ersterem Sinne gelöst. Bezüglich der Miet- und Pachtrechte erscheint diese Singularität im Interesse des Verkehrs durchaus gerechtfertigt (A. A. G y n e r). Geht doch der Zug der neueren Legislation überhaupt dahin, die Bestandrechte zu „dinglichen“ (S. Brun s, Besitzklagen S. 239). — Mit Kra i n z, G. Z. 1869 Nr. 28, 29, stimme ich insofern, als ich anerkenne, daß die verbücherten Forderungsrechte nicht (wie die dinglichen) gegen Jedermann, sondern nur gegen jeden folgenden Besitzer der Realität wirksam sind (so auch H a s e n s h e i l, Oblig. 1. S. 17, aber auch S. 19); man kann ihnen daher nicht in gleicher

bücherlichen Vorschreibung, des bücherlichen Eintrags eines Rechtes für Jemanden. Derjenige, auf dessen Namen das Recht eingetragen ist, heißt Tabularbesitzer.<sup>2a</sup> Diese Thatsache rechtfertigt an sich noch nicht den Schluß, daß dem Eingetragenen das ihm zugeschriebene Recht auch wirklich zusteht.<sup>2b</sup> Bezüglich des Tabular-

Weise und in gleichem Maße wie den dinglichen absolute Wirkung zueigenen. In der That tritt jeder folgende Besitzer durch den Besitz in das obligatorische Verhältnis ein und findet gegen ihn die Forderungslage statt. Durch die Intabulation nimmt also die Sachmiete den Charakter einer Realkuld an; jeder Besitzer der Realität ist als solcher zur Leistung verpflichtet. Von einem gewissen Grade der Absolutheit (im Sinne der herrschenden Theorie) kann immerhin soweit die Rede sein, als das eingetragene obligat. Recht — über die regulären Grenzen — nicht nur gegen die Person des ursprünglichen Kontrahenten, sondern auch gegen dessen Singulartreue, ja gegen jeden Besitzer (selbst ohne Successionsverhältnis) wirkt, beziehentlich sich auf denselben erstreckt. Doch ist zu betonen, daß nicht bloß das Maß, sondern auch das Wesen dieser „Absolutheit“ von jenem der dinglichen Rechte insofern verschieden ist, als dritte Personen lediglich zur Respektirung des fremden dinglichen Rechtes, daher nie zu einem positiven Handeln verpflichtet sind, während in unseren Fällen jeder Besitzer des Reales als solcher in die positive obligatorische Verpflichtung eintritt. (Unrichtig spricht Krainz, S. 114, von bloß negativer Verbindlichkeit des Bestandgebers, s. §. 1096. G. B.) In der Sache anerkennt dies auch Unger, I. S. 548. Bei dieser Verschiedenheit nicht nur des Maßes, sondern auch der Art der sog. „absoluten“ Wirksamkeit dinglicher und verbüchert obligatorischer Rechte, erscheint es wohl — um Mißverständnisse fernzuhalten — angezeigt, den Begriff der „Absolutheit“ auf das dingliche, Familien- und Erbrecht zu beschränken und bei Obligationen, die doch immer relativ bleiben, zu vermeiden. (Wohl in diesem Sinne hält Krainz a. a. D. Note 213 die Begriffe „absolutes“ und „dingliches“ Recht für inkompatibel). Von der von Unger, Kirchner a. a. D. getheilten Ansicht unterscheidet sich die hier betonte Auffassung praktisch namentlich dadurch, daß nach uns. A. der Kontrahent durch Uebertragung der Sache aus dem obligatorischen Nexus austritt. (Zirige Folgerungen knüpft jedoch hieran Krainz, S. 118 bezüglich der Rückstände.) Sogar fallen die eingetragenen Vor-, Wiederkaufs- und Bestandrechte unter denselben Gesichtspunkt, unter den die (obligatorischen) Realkaften. Beiderlei Rechte erscheinen als an den Besitz eines Reales gebundene obligatorische Verpflichtungen. S. auch Schiffrer, §. 26. R. 29.

2a) Im Wesen ist und kann über die Bestimmung des Begriffes kein Zweifel sein, mag auch nebenbei Unrichtiges mit einfließen, so z. B. bei Masfiewicz, Tabularbesitz 1832, §. 1.: „I. ist das auf der bloßen ordentlichen Eintragung eines dinglichen Rechtes (bloß dieses?) auf eine unbewegliche Sache in die kompetenten (?) öffentlichen Bücher beruhende faktische Verhältnis desselben (des Rechtes also?) zu einer Person, in welcher ihr durch die Gesetze gewisse Befugnisse (?) eingeräumt werden.“ — Der Ausdruck „Tabularbesitz“ findet sich m. W. nicht in der Gesetzgebung, letztere bedient sich dafür bisweilen des Ausdrucks: „Civilbesitz“ (Hofdtr. v. 11. Okt. 1821 B. 1809) und noch häufiger in Rücksicht der Landtafeln „Landtäfelicher Besitz.“ Vgl. auch Unger, II. S. 285. Krainz u. Erner a. a. D.

2b) Auch nach preuß. R. gibt der bücherliche Eintrag an sich noch nicht das materielle Recht. Die Ansicht, daß Eigenthum und Eintragung zusammenfallen, hat

bestehes enthält nun der §. 321. A. b. G. B. die Bestimmung, daß da, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, „der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt werde,“ sodann bestimmt §. 322.: daß, „wenn eine Sache unbeweglich ist und öffentliche Bücher eingeführt sind, das Besitzrecht ausschließlich — demjenigen zustehe, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist“ (vgl. §. 441. G. B.). Desgleichen verordnet der §. 350.: „Der Besitz derjenigen Rechte und unbeweglichen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, erlischt, wenn sie aus den landtäfelichen, Stadt- oder Grundbüchern gelöscht, oder wenn sie auf den Namen eines Andern eingetragen werden.“

In welchem Verhältnisse steht nun der Tabularbesitz zu dem regelmäßig allein erörterten Besitzbegriffe des §. 309. des G. B. — dem sogenannten Naturalbesitze?<sup>3</sup> Durch die Bestimmung des §. 322. G. B., welchem zufolge rücksichtlich unbeweglicher Sachen, da wo öffentliche Bücher bestehen, das „Besitzrecht“ ausschließlich demjenigen zusteht, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist, könnte man sich versucht fühlen, den Schluß zu ziehen, daß das Gesetzbuch an unbeweglichen Sachen und denjenigen Rechten darauf, welche im §. 9. Gr. G. denselben rechtlich gleichgestellt sind, d. i. an den sog. bücherlichen (buchfähigen) Rechten gar keinen Natural-, sondern bloß einen Tabularbesitz kenne, daß es also dem physischen Besitze derselben die sonst mit dem Besitze spezifisch verbundene Rechtswirkung („das Besitzrecht“) abspreche.<sup>3a</sup> Die Folge davon wäre, daß der Besitzbegriff

(wie Kinkel, Beitr. 21. (I.) S. 469 gut bemerkt) Nichts mehr für sich, als der Satz, daß alle Besitzer Eigenthümer sind.

3) Wenn hier eine von der bisher herrschenden wesentlich verschiedene Auffassung des sog. Tabularbesitzes versucht wird, so geschah dies in der Ueberzeugung, daß nur in dieser Weise der Widerspruch, der sonst im Gesetzbuche nicht hinwegzuläugnen ist, gelöst werden kann. Die Lösung praktischer Fragen wird durch die hier gegebene Beantwortung eine sehr einfache und dem positiven Gesetze doch nirgends widersprechende. Vgl. auch Unger a. a. D. Seit der ersten Auflage d. B. hat sich die im Texte vertretene Auffassung immer mehr Bahn gebrochen, und kann wohl die ältere Auffassung als aufgegeben angesehen werden. Vgl. Harum, Deferr. Wochenschrift 1865. Unger, Ger. Zeit. 1868. N. 25. 26. Strohal, Grünhut's Zeitschrift. III. S. 149. — Eine abweichende Erklärung der §§. 321, 322, 350. G. B. versucht Krainz a. a. D. Nr. 99.

3a) Unter „Besitzrecht“ muß man nach den Gesetzen der logischen Auslegung die mit dem Besitze verbundenen Rechtsvorteile (jus possessionis) verstehen;

des §. 309. des G. B. in Rücksicht unbeweglicher Sachen und der darauf sich beziehenden buchfähigen Rechte ganz unpraktisch, der sogenannte Naturalbesitz hieran also in seiner Rechtswirksamkeit zur bloßen Inhabung herabstufen würde.

Diese Auffassung wird auch wirklich vertheidigt von Drdaeki (Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrf. 1827. I. S. 69 flg. 1829. I. S. 341 flg. 1833. II. S. 235 flg.) und Pachmann (Verj. S. 74. Note 11, und Haimerl's Mag. VIII. S. 52 flg.) unter Berufung auf den unzweideutigen Wortlaut des §. 322. des G. B.;<sup>3b</sup> ja Anklänge dieser Ansicht finden sich sogar in einem Protokollauszug der ehem. obersten Justizstelle v. J. 1823, woselbst (wie Canstein VI. S. 197 anführt) beantragt wird, daß ein Interdikt zu erlassen sei, wenn der Besitz — eventuell auch (?) durch Tabularertrakte — liquid gestellt ist.

Allein trotz des §. 322. und der scharfsinnigen Ausführungen

denn in diesem Sinne ist es offenbar im ersten Satze des §. 322. gebraucht, dessen Gegensatz die zweite Hälfte desselben enthalten soll. In demselben Sinne gebraucht wohl das G. B. diesen Ausdruck im §. 319. Dagegen versteht das G. B. in den §§. 851. u. 853. unter „Besitzrecht“ das Recht zum Besitze (j. possidendi), insbes. die actio Publiciana (§. 372.) im Gegensatze zur Vindicatio. — Anderer Ansicht ist Krauz a. a. D. Nr. 99, welcher auch im §. 322. unter dem „Besitzrecht“ den „rechtmäßigen“ (petitorisch zu schützenden) Besitz verstehen will. Allein diese Auslegung ist unmöglich, da dieser Ausdruck im zweiten Satze des §. 322. offenbar in demselben Sinne gebraucht ist, wie im ersten Satze. Auch soll der §. 322. den §§. 350. u. 441. G. B. korrespondiren und können somit nur die mit dem Besitze verbundenen Rechte gemeint sein.

<sup>3b</sup> Drdaeki, Zeitschr. 1827. I. S. 69, verfährt summarisch. Ueber ein einfaches Gesuch wird der Intabulirte gegen den physischen Besitzer geschützt; ja sogar gerichtlich in den Besitz eingeführt, den er noch gar nicht gehabt oder dem Beklagten selbst abgetreten hat, z. B. auf Grund eines Kaufkontrakts. — Das wäre in der That ein ganz merkwürdiges Verfahren; es ist nur zu wundern, wie es Drdaeki im §. 322. N. b. G. B. finden konnte! — Drdaeki geht in seiner unerböthlichen Mißachtung des Naturalbesitzes so weit, daß er S. 72 Note (gegen Winwartter) den Tabularbesitzer mit einem graduirten Arzte, den Naturalbesitzer mit einem Kurpfuscher vergleicht! — Es mag hier bemerkt sein, daß Drdaeki in dieser und in drei späteren Abhandlungen hauptsächlich gegen Zlobitzki: Provisorien im st. Besitze, auftritt, welcher letztere von der richtigen Ansicht ausgeht, daß nur der faktische Besitz geschützt wird. Zlobitzki fand einen gewandten Vertheidiger an Wittig (Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1831. II. 1.). Alle drei Schriftsteller waren Landrechtspräsidenten und später Appellationsräthe in Galizien, was insofern bemerkenswerth ist, als das gerügte Mißverständnis des Tabularbesitzes hauptsächlich in der Praxis jenes Landes Wurzel faßte, in welchem das N. b. G. B. mit dem älteren Landesrechte in seinem genetischen Zusammenhange stand.

Pachmann's ist diese Ansicht in Theorie und Praxis vereinzelt geblieben. — Vgl. schon Zlobitzki, Provisorien im Besitze, §. 13., Wittig, Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1831. II. S. 1—15., Winwartter, II. S. 34. 51 flg., Minasiwicz, Tabularbesitz, §. 21., Rippel, III. S. 85. 86., Ellinger, Handb., S. 131, Stubenrauch, I. S. 646 (432), Unger, zum Entwurfe des N. b. G. B. für Sachsen, S. 111, Syst. II. S. 285, Strohal u. v. Canstein a. a. D. und Entsch. des obersten Gerichtshofes vom 11. Mai 1856, vom 16. u. 17. Dezember 1857., in Peitler's Samml. Nr. 823. und 835, dann zahlreiche Entsch. in der Samml. Glaser II. B. Nr. 484, 4463, 5069.<sup>3c</sup>

In der That steht die Ansicht, daß das österr. Recht keinen physischen Besitz im Sinne des §. 309. des G. B. an Immobilien und den dinglichen Rechten daran kenne, mit der Gesamtauffassung des Gesetzbuches vom Besitze und der Ersetzung (vgl. insbesondere §§. 312. 313. 1468. 1470. 1498. N. b. G. B.) in solchem Widerspruche, daß bei Festhaltung derselben von vornherein auf die Möglichkeit eines juristischen Aufbaues der Lehre verzichtet werden müßte.<sup>4</sup> Denn die §§. 1468. 1470. 1498. handeln von der Ersetzung unbeweglicher Sachen und gewisser bücherlicher Rechte im Wege des physischen (faktischen) Besitzes. Sie räumen diesem in Rücksicht der unbeweglichen Sachen dieselbe Rechtswirkung ein, wie im §. 1466. in Rücksicht beweglicher, — und zwar selbst gegen den bücherlichen Besitzer. Da nun die Ersetzung Besitz (und nicht bloß Detention) voraussetzt (§. 1460.), so anerkennt also das Gesetzbuch in den §§. 1468.

<sup>3c</sup> Geradezu widersprechend sind die Bemerkungen Zeilner's, der den §. 339. G. B. II. S. 56 nur auf den Tabularbesitzer und S. 85 auf den Naturalbesitzer, ja sogar auf den bloßen Inhaber bezieht. — Eigentümlich äußert sich Höfler: Ueber die Bedeutung u. B. der Geschichte d. Rechts S. 12 über den §. 321.: Dieser §., meint Höfler, bringe „eine bedeutende Veränderung in der röm. Besitztheorie hervor (?) und habe seine Grundlage in der frühesten deutschen Verfassung.“ In ähnlichen Normen einzelner deutscher Particularrechte findet Stobbe, Jahrb. f. Dogm. 12. S. 233 flg., Nachwirkungen der alten Gewere, die sowohl Besitz als Besitzrecht bedeutet, bemerkt aber richtig, daß durch Auflassung der Besitz nicht übergehe. Die Redaktoren des österr. G. B. standen unter dem Einfluß der Grundsätze der älteren österr. Grundbuchverfassung. S. N. 28a—32.

<sup>4</sup> Im Wesen haben diesen auffälligen Widerspruch zum Theil ausdrücklich anerkannt: Wittig, a. D. S. 22. Winwartter, II. S. 53, Note 1. Stubenrauch, I. S. 648. (133). S. auch Strohal a. a. D. S. 150.

1470. u. 1498. wirklich physischen juristischen Besitz (und nicht bloß Inhabung) auch an unbeweglichen Sachen und den darauf sich beziehenden bürgerlichen Rechten.<sup>5</sup>

Allein über die rechtliche Bedeutung und das Verhältnis des Tabularbesitzes zum Naturalbesitze sprechen sich die österr. Schriftsteller in der Regel nicht aus. Die Kommentatoren begnügen sich zumeist damit, den Natural- und Tabularbesitz als gleichberechtigt, gleichsam als zwei verschiedene Arten eines höheren Gemeinbegriffes einfach hinzustellen, ohne sich nur im Entferntesten über die schwierige Frage auszusprechen, wie sich denn diese beiden angeblichen Arten des Besitzes — namentlich im Falle einer Kollision — zu einander verhalten.<sup>6</sup>

5) Ueber diesen Punkt ist auch die Mehrzahl der österreichischen Schriftsteller und die Praxis einig. Vgl. die in der vorigen Note Genannten a. a. D. u. Unger, Zum sächs. Entwurfe eines bürgerl. G. B. S. 111 flg. Krainz, a. a. D. Nr. 99, Nr. 84. Strohal a. a. D. — Dagegen wendet Pachmann (Mag. VIII. a. a. D.) ein, daß sich die §§. 1468. 1470. und 1498. bloß auf diejenigen Rechte beziehen, welche noch gar keine bürgerliche Einlage haben. Mit Recht aber hat schon Unger a. a. D. darauf aufmerksam gemacht, daß es dann im §. 1468. hätte heißen müssen: „und wenn die Sache nicht eingetragen ist“ — nicht aber, wie wirklich: „wenn die Sache auf den Namen desjenigen, der die Besitzrechte darüber ausübt, nicht eingetragen ist“, welche Textirung offenbar bereits eingetragene Sachen vor Augen hat. — Wenn Pachmann dies zwar zugesteht, aber meint: er mache dem Gesetzbuche den Vorwurf des Ueberflüssigen, „Unger aber den des Widerspruchs; wer den bessern Theil habe, möge sich Jeder beantworten,“ — so kann es wohl in Anbetracht des im Texte Gesagten keinem Zweifel unterliegen, daß P. einen unhaltbaren Posten eingenommen hat. — Seit dem Erscheinen der kais. Verordnung vom 27. Oktober 1849 hätte die gegentheilige Ansicht nicht wieder aufgenommen werden sollen. Heißt es doch im §. 1. ders. am E., daß die Verhandlung in Besitzstreitigkeiten „vor jenes Bezirksgericht gehöre, in dessen Sprengel das unbewegliche Gut, ohne Rücksicht auf das öffentliche Buch, in welchem dasselbe inne liegt, gelegen ist.“ (Vgl. auch §. 55. der Jur. Norm v. 1852). Ebenso §. 5. das.: „In diesem summarischen Verfahren hat der Richter . . . die Parteien dahin zu leiten, daß es einzig auf die Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes ankomme.“ Also auch an unbeweglichen, in die öffentl. Bücher eingetragenen Gütern wird ausdrücklich gerichtlich geschützter Besitz anerkannt. So auch die Praxis. Uebrigens muß ich zur Steuer der Wahrheit bemerken, daß Pachmann's Ansicht, soweit es sich um den Usukapionsbesitz handelt, im älteren böhmischen Rechte wirklich gegründet ist. Vgl. böhmische R. D. L. I. 9., wo unter den Hindernissen der Erbschaft angeführt wird: wenn Landgüter von Jenem, der die Verjährung anspricht, in die Landtafel nicht eingelegt sind.

6) Vgl. die in der Note 3. angeführten Kommentatoren. Nur Winwarter bemerkt, II. S. 53, Nr. 1, daß im Kollisionsfalle der Tabularbesitz als der eigentliche Besitz anzusehen sei. Nicht klar ist die vieldeutige Bemerkung Stuben-

Es erscheint daher geboten, hierauf näher einzugehen. Bei der klaren Anordnung des §. 322., daß das Besitzrecht, also die mit dem Besitze verbundenen Rechtswirkungen (jura possessionis) ausschließlich dem bürgerlichen Besitzer zustehen, könnte es scheinen, daß das Gesetzbuch wirklich nur dem bürgerlichen Besitze Rechtswirkungen (hauptsächlich den Besitzeschutz) einräume, und dem Naturalbesitze nur ausnahmsweise — nämlich in Ansehung der Erbschaft (S. 1468.) — Rechtsfolgen beilege; für den äußersten Fall scheint der §. 322. höchstens noch die Auslegung zuzulassen, daß zwar bei der unlängbar vom Gesetze (§§. 1468. 1470. 1498.) erfolgten Anerkennung des physischen Besitzes neben dem Tabularbesitze Beiden gleiche Rechtswirkungen zukommen, daß aber im Kollisionsfalle des Tabularbesitzes mit dem Naturalbesitze nur der Erstere geschützt werde.<sup>7</sup> Indes diese Auffassung des Wesens und Verhältnisses des bürgerlichen Besitzes zum physischen ist völlig unhaltbar und muß schlechthin aufgegeben werden. Nur der physische Besitz ist wahrer Besitz, der Tabularbesitz ist gar kein Besitz, insbesondere keine koordinirte Art des physischen Besitzes,<sup>7a</sup> sein Begriff (rechtliches Wesen)

rauch's, I. S. 648: „daß die volle Wirksamkeit des Besitzes nur dem Tabularbesitze zukomme, und daß derselbe noch vor dem Naturalbesitze begünstigt erscheine.“ Zeiller, II. S. 55 u. 56, will dem Naturalbesitzer wohl „die Rechte eines rechtmäßigen Inhabers (?), aber nicht die vollständigen Rechte eines rechtmäßigen Besitzers (§§. 339. 1468. 1500.)“ zugestehen. Ganz im Widerspruche hierzu räumt er dennoch im III. Bande, S. 215 u. 268, auch dem physischen Besitzer die letztgedachten Vortheile ein.

7) Dies ist die Ansicht Rippel's, III. S. 156. Helm's, XIII. B. Mag. S. 272—276. Pawlowicz's, Viertelj. VIII. 123. u. IX. S. 306, vielleicht auch Winwarter's, II. S. 53, Note 1.

7a) Ich sage nicht: „keine Art“, sondern keine koordinirte Art des physischen Besitzes. Dies gegen Stubenrauch, I. S. 433, Nr. 1. Als zwei Arten eines und desselben Gemeinbegriffes fassen übrigens den Tabular- und Naturalbesitz unsere Kommentatoren ohne Ausnahme auf; ja Winwarter betrachtet sogar die Eintragung in die öffentl. Bücher als Surrogat der Apprehension; vgl. Note 1; so auch Ordač, Zeitschr. 1827. II. S. 69. Harum meinte in der Recension der 1. Auflage dieses Buchs, daß durch dasselbe die verwirrende irrtümliche Auffassung des Tabularbesitzes definitiv beseitigt sein werde; — mit Richter! Neuerlich wollen nämlich Forlani, Sul fondam. del poss. S. 224 flg. und Dgonowski, Ger. Zeit. 1875. Nr. 88, den Tabularbesitz wieder als eine dem physischen Besitz koordinirte Art des generellen Besitzbegriffs: Thatsächlichkeit des Eigentums hinstellen, ja sogar von einem possessorischen Schutze desselben sprechen, den D. allerdings selber sofort als überflüssig fallen läßt. Diese Auffassung reproduzirt die alte Lehre in modernem Gewande. Für den Tabularbesitz ist die Theorie Perin-g's

ist ein anderer, als der des Naturalbesitzes, Entstehung und Verlust desselben normiren sich nach besonderen Vorschriften; endlich — und dies ist die Hauptsache — die Rechtswirkungen beider sind ganz verschieden; ja gerade der Tabularbesitz genießt die einzig charakteristische Rechtswirkung des Besitzes, den Besitzeschutz (Interdiktschutz) nicht.

Der Beweis liegt im Nachfolgenden:

I. Was zunächst den Begriff des Besitzes betrifft, so ist offenbar die maßgebende Begriffsbestimmung des §. 309. des G. B., welche an der Spitze des Kapitels „vom Besitze“ steht, auf den Tabularbesitz nicht anwendbar. Der Tabularbesitz ist keine faktische Herrschaft über die Sache mit dem Eigenthumswillen; — er ist vielmehr bloß der allerdings auch faktische Zustand des Eingetragenseins in die öffentlichen Bücher.<sup>8</sup> Die schon aus der Verschiedenheit des Begriffes sich ergebende Verschiedenheit des rechtlichen Wesens desselben wird sich noch klarer aus der Verschiedenheit seiner rechtlichen Folgen herausstellen.

II. Erwerb und Verlust des Tabularbesitzes regeln sich nach anderen gesetzlichen Normen, als Erwerb und Verlust des physischen Besitzes.<sup>9</sup> Das dem ersteren zu Grunde liegende Prinzip ist lediglich das Erscheinen des Rechtsverhältnisses in den öffentlichen Büchern.<sup>10</sup>

Der Tabularbesitz nämlich wird erworben mit der Eintragung des betreffenden Rechtes in die öffentlichen Bücher; er geht verloren mit der bürgerlichen Löschung desselben (§§. 321. u. 350. des G. B.;

schon darum ohne Bedeutung, weil sich die praktischen Konsequenzen derselben in Ansehung des Objekts, Erwerbs und Verlustes für den Tabularbesitz nicht verwerthen lassen, auch von Dgonowski nicht verwerthet wurden. In der That theilt D. sachlich die hier vertretene Meinung.

8) Dies gilt vom Sachen- wie vom Rechtsbesitze. Der Begriff des letzteren ist zwar nicht im §. 309. enthalten, aber aus dem §. 312. zu entnehmen und dem des §. 309. innerlich gleichartig.

9) Vgl. Minasiwicz, §. 14.

10) Des Rechtsverhältnisses; denn der Besitz ist kein Gegenstand der Eintragung in die öffentlichen Bücher. Hofdekret vom 1. Juli 1835, Z. 51. u. §. 9. des Grundbuchsges. vom 25. Juli 1871. Dazu s. die Entsch. des obersten G. G. in Unger-Glaser's Samml. Nr. 1814. In dem in Nr. 1886 erwähnten Falle enthielt der einzutragende Vergleich die Einräumung des Holzbezugsrechtes.

vergl. auch §. 441. des G. B.). Dagegen ist das Prinzip, welches dem Erwerb und Verlust des physischen Besitzes zum Ausgangspunkte dient: die Möglichkeit der faktischen Herrschaft über eine Sache, beziehungsweise der faktischen Ausübung eines Rechtes (§§. 312. 313. 349—351. des G. B.; vergl. §. 3. d. B.).

III. Was nun die Rechtswirkungen des Besitzes betrifft, so bestehen dieselben, wie im §. 6. d. B. gezeigt ist, wesentlich nur in dem Schutze desselben gegen widerrechtliche Störung und Entziehung (§§. 339. 345. 346. u. 347. d. G. B.).<sup>11</sup>

Diese Rechtswirkung kommt auch in Ansehung unbeweglicher Sachen und der sich darauf beziehenden bürgerlichen Rechte ohne Zweifel dem physischen Besitze zu. Beweis dessen die eben citirten §§. 339. 345. 346. u. 347. des G. B., und die kais. Verordn. v. 27. Okt. 1849, Z. 12. R. G. Bl. §§. 1. 2. u. 5.<sup>12</sup>

Der §. 2. cit., welcher vom Schutze des Besitzes gegen Störung und Entziehung spricht, bezieht sich ausdrücklich auf die den Besitzeschutz normirenden §§. 339. 345—347. des A. b. G. B.; und der §. 5. verordnet, daß es im Besitzstörungsverfahren „einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes“ ankomme. Daß diese Paragraphen aber auch auf den physischen Besitz unbeweglicher Sachen und der darauf bezüglichen Rechte Anwendung haben, geht aus dem §. 1. cit. hervor, der die Kompetenz in Besitzstörungssachen normirt und hiebei (im Einklange mit dem §. 55. der Jurisdiktions-Norm vom 20. November 1852) verordnet, daß dergleichen Streitigkeiten rücksichtlich „unbeweglicher Güter ohne Rücksicht auf das öffentliche Buch, in welchem sie inliegen, vor demjenigen (auch städtisch delegirten) Bezirksgerichte

11) Ueberdies beim Rechtsbesitze in der Unzulässigkeit der Aufforderungsflage gegen den Rechtsbesitzer (§§. 324. u. 325. des G. B.). Von dieser Rechtswirkung wird weiter unten die Rede sein. Im §. 6. d. B. ist nachgewiesen, daß die Unzulässigkeit der Aufforderungsflage gegen den sog. Tabularbesitzer auf einem anderen Grunde, als auf der Norm der auf den Tabularbesitz gar nicht anwendbaren §§. 323. u. 324. beruht.

12) Mit Ausnahme Drdaci's u. Pachmann's a. a. D. sind Theorie und Praxis hierüber auch noch vor dem Erscheinen der kais. Verordnung vom 27. Oktbr. 1849 einig gewesen. Vgl. Winiwarter, II. S. 34 u. 51. Wittig, Zeitschr. 1831. II. S. 27. Ellinger, Handbuch, S. 134 u. 135. Stubenrauch, I. S. 646. Unger, Zum sächs. Entw. eines A. b. G. B. S. 110 ff.

zu verhandeln sind, in dessen Sprengel dieselben gelegen sind.“ Vgl. auch §§. 7. u. 8. derf. B.

Nicht genug. Es wäre sogar unrichtig, zu behaupten, der Besitzeschutz (worin wesentlich das „Besitzrecht“ besteht) komme auch dem Naturalbesitzer zu. Die Behauptung muß vielmehr — richtig gefaßt — dahin lauten: der Besitzeschutz stehe ausschließlich dem physischen Besitzer zu, und habe der Tabularbesitzer auf denselben keinen Anspruch.<sup>13</sup> Der Beweis ist nicht schwer zu führen:

Aus dem Vorstehenden ergibt sich nämlich als unbestreitbar, daß der faktische Besitzer unbeweglicher Sachen und darauf sich be-

13) Daß der Tabularbesitzer den Besitzeschutz genieße, behauptet ausdrücklich Drdaeki, Zeitschrift für Rechtsg. 1827. II. S. 69. 72. Pachmann, Berj. S. 74, Note 11. Rippel, III. S. 156. Helm, S. 373 flg. und neuerlich Pawlowicz, Viertelj. IX. S. 307. Während jedoch Drdaeki nur dem Tabularbesitzer den Besitzeschutz einräumt, halten Rippel, Helm, Pawlowicz denselben auch auf den Naturalbesitzer für anwendbar: auch Pachmann ist der letzteren Ansicht, ja er bezieht die §§. 339. 346. G. B. sogar auf den Inhaber — allein nur im Verhältnisse zu Nichttabularbesitzern soll der Naturalbesitzer geschützt sein; im Streite mit dem Tabularbesitzer soll er diesem weichen müssen (arg. §. 322. cit.); der Letztere brauche daher nur den Tabularextrakt zu produzieren, um zu gewinnen. — Diese Ansicht mag früher wegen des §. 322. Manches für sich gehabt haben, obgleich schon die Fassung der §§. 339. u. 346. auf die Unhaltbarkeit derselben hinweist. Vgl. schon Wittig, a. a. D. S. 29 und Minasiewicz, a. D. S. 118—122. Wie man aber diese Ansicht seit dem Erscheinen der kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849 noch immer verteidigen kann, trotzdem der §. 5. verordnet, daß es im Besitzverfahren einzig und allein auf den faktischen Besitzstand ankomme, begreifen wir nicht. Die Argumentation Pawlowicz's, VIII. S. 123, IX. S. 307, „daß das Gesetz den Tabularbesitz dem wirklichen Besitze vollkommen gleichstellt“ — „daß das dingliche Recht auf Liegenschaften durch adäquate Eintragung in das öffentl. Buch, dessen Jedermann zur Einsicht freistehende Blätter die mit Immobilien gefüllte Räumlichkeit speziell konzentriren, . . . zur Erscheinung und Anschauung komme“, „daß das Faktische in der Macht habung in der Natur und das Thatsächliche des Verbuchtheins vollkommen identifizirt seien“ — ist ebenso gekünstelt, als innerlich unwahr: denn hiernach müßten Tabular- und Naturalbesitz identische Rechtswirkungen haben, was offenbar nicht der Fall ist. — Dies gilt auch von der Behauptung Stubenrauch's, I. S. 433, Note 1. (2. Ausg.): daß die Eintragung vermöge gesetzlicher Fiktion die Inhabung ersehe, eine Behauptung, die um so mehr auffällt, als St. mit Bezug auf die von mir schon in Haimel's Viertelj. VII. S. 256 entwickelten Gründe die im Texte angeführten Verschiedenheiten der Rechtswirkungen des Tabular- und Naturalbesitzes nicht läugnet. Welcher Ansicht W in i w a r t e r im Falle der Kollision des Tab. und Nat.-Besitzes sei, ist aus seiner Bemerkung, II. S. 53, Note 1, daß der erstere als „eigentlicher“ Besitz anzusehen sei (vgl. auch Materialien, XIII. S. 58, 59) nicht mit Evidenz zu entnehmen. Die Praxis hat unseres Wissens immer die im Texte verfochtene Ansicht festgehalten, seit dem Jahre 1849 ausnahmslos — früher, wie es scheint, nicht ohne Schwanken. Vgl. j. B. Drdaeki, Zeitsch. 1830. II. S. 127 flg.

ziehender bürgerlicher Rechte den in den §§. 339. 346—347. des A. b. G. B. normirten Besitzeschutz genießt. Daß dieser Schutz dem faktischen Besitzer ausschließlich zukomme, folgt aus der bestimmten Anordnung des §. 5. der kais. Verordnung vom 27. Oktober 1849: daß es im Besitzstörungsverfahren „einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes“ ankomme.

Hiermit ist dem Tabularbesitzer diese Rechtswirkung gänzlich versagt.<sup>14</sup> In der That enthielte die Annahme eines gleichzeitigen und gleichartigen Schutzes des Tabular- und des Naturalbesitzes in gleicher Weise eine juristische Unmöglichkeit, wie die allgemein verworfene Annahme einer *Compossessio in solidum*.<sup>14a</sup>

Ja schon aus dem Gesetzbuche selbst, aus dem Wortlaute der den Besitzeschutz normirenden §§. 339. 345—347. ergibt sich, daß dasselbe nur den faktischen, nicht den bürgerlichen Besitz vor Augen hatte.<sup>15</sup> Der §. 339. des G. B. lautet nämlich; „Der Besitz mag

14) Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß der faktische Besitz nur in dem durch die citirte k. Verordnung eingeführten summarischen Besitzstörungsverfahren geschützt sei; im ordentlichen Verfahren dagegen werde dieser Schutz nur dem Tabularbesitzer nach Vorschrift des §. 322. des G. B. zu Theil. (Von dieser Ansicht geht aus Helm, Magazin XIII. S. 372.) Denn die (im gemeinen Rechte historisch begründete) Doppeltheilung des Prozesses in Besitzstreitigkeiten in den summarischen und ordentlichen, in welchen beiden dieselbe Rechtsfrage: nämlich über den Besitz, nur in verschiedener Prozessform entschieden wird (vergl. Savigny, Besitz, §. 51.), ist dem österreichischen Rechte unbekannt. Der ordentliche Rechtsweg, von dem die §§. 5. u. 15. der citirten Verordnung sprechen, und auf welche Tene gewiesen werden, die einen Besitz erst erwerben oder ein stärkeres Recht zum Besitze geltend machen wollen, hat, wie der Wortlaut derselben und die Berufung auf die §§. 372. 373. u. 374. des A. b. G. B. beweisen, auf die *actio Publiciana* (sogenannte Klage aus dem „vermutheten Eigenthume“), also auf ein petitorisches Rechtsmittel Bezug. Vergl. Unger, Entwurf, S. 86. Schuster, G. P. D., S. 941. Die entgegengesetzte Annahme würde die ungereimte Zumuthung enthalten, daß das Gesetz im Laufe desselben §. 5. das Wort „Besitz“ in verschiedener Bedeutung (zuerst als Tabular- und dann als Naturalbesitz) gebraucht habe.

14a) Mit Unrecht präsumirt neuest. das Berliner Kammergericht aus dem Eintrage der Antichrese den Besitz des Gläubigers. S. Johow's Jahrb. f. Entsch. preuß. A. G. S. 312.

15) Es kann demnach nicht einmal gesagt werden, daß die im Texte verteidigte Ansicht erst seit dem Bestehen der kaiserlichen Verordnung vom 27. Oktober 1849 gesetzliche Begründung habe. Vgl. insbesondere Wittig, a. D. S. 27—29, und die guten Bemerkungen Minasiewicz's, a. D. S. 112—122. Letzterer will dem Tabularbesitzer ausnahmsweise die Rechtsmittel der §§. 340.—349. G. B. dann zugestehen, wenn Jemand den Gegenstand des Tabularbesitzes so zu vernichten oder umzugestalten sucht, daß die Ausübung des bisher besessenen Rechtes für die



von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist Niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören.“ Ist aber Störung des bürgerlichen Besitzes denkbar?<sup>15a</sup> Ferner verordnet der §. 346. A. b. G. B.: „Gegen den unrechten Besitzer kann sowohl die Zurückversetzung in die vorige Lage, als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden.“ Allein gibt es einen unrechten bürgerlichen Besitz, — eine Tabularbesitzsetzung *vi, clam, precario*? Offenbar nicht! Wie wäre es auch möglich, sich mit Gewalt, oder durch List oder Bitte<sup>16</sup> in den bürgerlichen Besitz zu setzen?

Hiernach widerlegt schon die aufmerksame Zergliederung des Wortlautes des Gesetzbuches die Annahme, daß der Tabularbesitz den

Zukunft unmöglich würde (§. 122). Allein M. geht von der irrigen Ansicht aus, daß hier eine Störung des Tabularbesitzes vorliege (§. 107), während er doch selbst im Prinzipie richtig auseinandersetzt, daß eine Störung, d. i. Veränderung eines faktischen Zustandes nur beim physischen Besitze vorkommen kann. Bleibt doch der Tabularbesitz vor wie nach ungeändert.

15a) Das Faktum der Intabulation läßt sich nicht im Sinne des §. 339. stören. Denn daß die Pränotation oder Streitanmerkung eine Störung sei, wird wohl Niemand ernstlich behaupten. Siehe auch Minasiewicz, S. 109, der diese Meinung zu widerlegen bemüht ist. Auch das Hofdekr. v. 5. Dezember 1812, Z. 1017, womit für Galizien und die a. G. vom 22. Juni 1825, womit für das lombard.-venet. Königreich das Besitzstörungsverfahren geregelt wird, sprechen unzweideutig den Grundsatz aus, daß nur der faktische Besitzstand geschützt wird. So verordnet ersteres Vornahme der Verhandlung an Ort und Stelle und Regulirung des dem *factum turbationis* vorausgegangenen Besitzstandes. In letzterer heißt es außerdem ausdrücklich, daß es nur auf den Beweis des letzten faktischen Besitzstandes ankomme. — Wozu die Verhandlung in *loco rei sitae*, wenn die Produzierung des *Extractes* genügt? Was soll dann der Beweis des faktischen Besitzes?

16) Die entgegengesetzte Meinung hat unbegreiflicher Weise *Drdacki*, Wagn. Zeitschr. 1830. II. S. 129—131, dessen Ausführungen überhaupt monströse Unrichtigkeiten enthalten. Zwar anerkennt *Drdacki* selbst S. 134: daß sich die Möglichkeit der Unrechtheit des Besitzes bezüglich des bürgerlichen Besitzes nicht wohl denken lasse, doch nur, weil es Pflicht der Behörde sei, darüber zu wachen, „daß sich Niemand in das öffentliche Buch eindringe, einschleiche oder einbette.“ Gegen diese Auffassung erklärt sich schon *Minasiewicz*, S. 97—100, der nur irrig behauptet, daß die auf Grund eines *Falsifikates* erfolgte Intabulation eine listige Tabularbesitzwerbung sei, — irrig, da ja der Erwerbssakt: „die Intabulation“, der Eintrag der Buchbehörde, bei der Publizität der öffentlichen Bücher nicht *clam* geschehen kann. Vergl. über diesen Begriff §. 7c u. *Savigny*, §. 41. Die Kommentatoren scheinen durchwegs nur den physischen Besitz vor Augen zu haben, wenn sie von der Echtheit des Besitzes sprechen. Die Ansicht *Drdacki*'s hat wenigstens Keiner ausgesprochen. Vgl. dagegen auch die Entsch. N. 883. in *Unger-Glaser-W.'s* E.

in §. 339. u. §§. 345—347. normirten Besitzeschutz genieße. Noch mehr; mit dem bürgerlichen Besitze ist keiner jener Rechtsvorteile verbunden, die das Gesetz noch weiter in den §§. 323. 324. 329. 330. 344. 373—375. theils an den Besitz überhaupt, theils an gewisse Qualitäten desselben (die Rechtmäßigkeit, Redlichkeit, Echtheit) knüpft.<sup>17</sup>

Zunächst hat das Recht der Selbstverteidigung („das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben“ §. 344. d. G. B.) offenbar nur auf den physischen Besitzer, eigentlich auf den Inhaber Bezug.<sup>18</sup>

Die §§. 323 u. 324., welche die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer normiren, haben gleichfalls nur den Naturalbesitzer vor Augen, wie die Textirung des §. 324. unzweideutig zeigt.<sup>19</sup> Denn beim Tabularbesitze kann zufolge der Einrichtung der öffentlichen Bücher die im §. 324. gelöste Kollision zwischen den (angeblichen) Vermuthungen für die Rechtmäßigkeit des Besitzes und die Freiheit des Eigenthums gar nicht eintreten;<sup>20</sup> desgleichen hat die Anordnung des Schlusssatzes des §. 324.: „Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug“ den Naturalbesitzer vor Augen. — Uebrigens hat allerdings auch gegen den Tabularbesitzer die Aufforderungsklage nicht statt. Dies ergibt sich aus den §§. 61 flg., 118. a contr., 125. des Grundbuchsges. v. 25. Juli 1871. (Vgl. §. 6. N. 6. d. B.)

Auch die §§. 329—330., welche von den Rechten des redlichen

17) Daß diese Vortheile gar keine Folgen des Besitzes sind, sondern theils schon Folgen der bloßen Innehabung, theils Folgen einer besonderen Qualifikation des Besitzes, darüber vgl. §. 6. d. B.

18) Daran hat auch Niemand gezeifelt; die Kommentatoren beziehen den §. 344. unverkennbar auf den Naturalbesitzer (*Winivarter*, II. S. 76 richtig auf den Inhaber); ausdrücklich spricht dies aus *Minasiewicz*, §. 17. *Helm a. a. D.* S. 373.

19) Daß diese Paragraphen keine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes enthalten, — darüber vergl. §. 6. d. B.

20) Denn ist für den A das Eigenthum eines Grundstückes, für den B eine Servitut daran bürgerlich vorgeschrieben, so kann doch wohl von einer Vermuthung für die Freiheit des Eigenthumes keine Rede mehr sein? *Minasiewicz*, I. B. S. 106 und *Helm*, a. D. S. 371 finden die §§. 323. u. 324. auf den Tabular- und Naturalbesitz anwendbar, und letzterer gibt im Kollisionsfalle dem Ersteren den Vorzug.

Besitzers sprechen, lassen nach ihrem Wortlaute und der Natur der Sache die Anwendung auf den Tabularbesitz nicht zu.<sup>21</sup> Denn nur der physische Besitzer ist ja in der Lage, „eine Sache zu gebrauchen, zu verbrauchen, auch wohl zu vertilgen.“ Der bürgerliche Besitz kommt dabei gar nicht in Betracht. Endlich können unseres Erachtens selbst die §§. 372—374. G. B. (actio Publiciana) zunächst nur auf den physischen Besitzer bezogen werden. Denn da der Kläger die „echte Art“, wodurch er zum Besitze der Sache gelangt ist, darzutun hat, die Echtheit des Besizes aber gezeigter Maßen nur beim physischen Besitze in Frage kommen kann, hiemit der Kläger jedenfalls vor Anstellung der Klage im (Natural-) Besitze gewesen sein muß und hiebei der Umstand, ob er zugleich bürgerlich vorgeschrieben ist, ganz gleichgiltig ist, so erhellet, daß der §. 372. cit. auf den Tabularbesitzer direkt keine Anwendung finden kann.<sup>22</sup>

21) Daß die angeblichen Rechte des redlichen Besitzers gar keine Rechte sind, die §§. 329. u. 330. nur unrichtige theoretische Formulierungen der aus den allgemeinen Regeln über die Bedingungen der Schadenersatzforderungen (§. 1295. d. G. B.) folgenden Konsequenzen enthalten, hat schon Stubenrauch, I. S. 657, richtig erkannt. Vergl. Unger, I. S. 222. Ueber die Konsequenz hinaus geht nur die Bestimmung des §. 330., der zu Folge der redliche Besitzer die noch vorhandenen, bis zur Klagezustellung abgeforderten Früchte, beziehentlich eingehobenen fälligen Nutzungen nicht zu restituiren braucht. Diese Abweichung vom Römischen Rechte in Betreff der fructus extantes beschlossen die Kompilatoren aus Utilitätsgründen, wobei sie sich des Gegensatzes zum R. R. wohl bewußt waren. „Die redliche Meinung“, bemerkte der Referent zum §. 330. in der Sitzung v. April 1803, . . . „kann ihm (sc. dem b. f. Besitzer) kein Recht ertheilen, aus der fremden Sache Nutzen zu ziehen. Allein die bürgerliche Gesetzgebung könne, um verwickelte Streitigkeiten und Berechnungen zu beseitigen, nunmehr einen Abschnitt bilden und dem redlichen Besitzer einen Vortheil zuerkennen.“

22) Vgl. auch §. 374.: „Haben Beklagte und Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besizes, so gebührt dem Beklagten kraft des Besizes der Vorzug.“ Dieser Satz spricht lediglich die gemeinrechtliche prozessuale Regel aus: In pari c. melior conditio possidentis. (Vgl. auch §. 161. I. 7. Land-R.). Drack, Zeitschr. 1830. S. 131 u. neuestens Krauz, a. a. D. Nr. 99, räumen die actio Publ. nur dem Tabularbesitzer, Helm, a. D. S. 385 und Pawlowicz, IX. S. 308, räumen sie diesem und dem Naturalbesitzer ein. Minasiewicz, S. 114, glaubt, daß der Tabularbesitzer die actio Publ. nur wieder gegen den Tabularbesitzer anstellen könne; gegen den Naturalbesitzer habe er die possessorisches Klage aus dem §. 322. G. B. (eine Klage, die nicht existirt). — Kann aber der Naturalbesitzer auch gegen den Tabularbesitzer die actio Publ. anstellen? Gewiß. — Uebrigens steht u. G. der analogen Anwendung der actio Publ. auf den Tabularbesitz Nichts entgegen. Die Behauptung, daß nur dem Tabularbesitzer die actio Publ. (§. 372. G. B.) gebühre, stützt neuerlich Krauz a. a. D. darauf, daß 1) zur Begründung der Klage ein „giltiger Titel“ erforderlich sei, 2) daß in den

So hat denn die vorstehende Erörterung ergeben, daß der Begriff und das rechtliche Wesen des sogenannten Tabularbesizes von jenem des physischen Besizes gänzlich verschieden ist, daß der Tabularbesitz die Rechtswirkungen des bloßen physischen Besizes nicht theilt, daß derselbe gar kein Besitz, sondern der davon ganz unabhängige, allerdings auch faktische Zustand des Erscheinens eines Rechtsverhältnisses in den öffentlichen Büchern ist.<sup>23</sup> Dieser faktische Zustand wird nun dadurch zu einer juristisch bedeutungsvollen Thatsache, daß das Gesetz an denselben besondere Rechtsfolgen knüpft.<sup>24</sup> Die Eintragung in die öffentlichen Bücher hat nämlich rücksichtlich der dinglichen Rechte auf unbewegliche Güter die Wirkungen, welche die Tradition bei beweglichen Sachen (§§. 431—439. 445. 446.

§§. 321. u. 322. unter „Besitzrecht“ der petitorische Besizeschutz zu verstehen sei, welchen der §. 322. ausschließlich dem bürgerlichen Besitze vorbehalte. Daß indeß im §. 322. unter „Besitzrecht“ nur das jus possessionis zu verstehen ist, wurde schon früher (Note 3<sup>a</sup>) nachgewiesen; daß aber auch der physische Besitzer an Immobilien rechtmäßigen Besitz haben kann, geht klar aus der Vergleichung der §§. 316. 317. 320. 1460. 1461. 1468. 1498. G. B. und §. 5. der kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849 hervor. Vgl. auch Note 5. Erkennt doch R. selbst Nr. 100, Note 90 die Möglichkeit der Naturalisierung gegen den Tabularbesitzer an. Der hier vertretenen Ansicht ist auch Unger, G. Z. 1868. Nr. 26. Dgonowski, G. Z. 1875. Nr. 89 und Strohal, a. D. III. S. 177. Die von Grner, Publizität S. 117, Note 105 erwähnte Klage ist die a. Publiciana des Tabularbesizers.

23) Prinzipiell anerkennt dies Minasiewicz, Tabularbesitz §. 1., der aber von der daselbst aufgestellten richtigen (wenn auch ungenauen) Begriffsbestimmung keinen Gebrauch zu machen und insbesondere in den Kapiteln über die Wirkungen des Tabularbesizes (§§. 15.—23.) die große rechtliche Bedeutung des letzteren nicht zu würdigen weiß. Dies ist wohl auch die Anschauung Unger's II. S. 285, Note 108, obgleich die Citirung des §. 322. auf eine abweichende Ansicht hindeutet. Unhaltbar ist die frühere Ansicht Unger's, (zum f. Entwurfe S. 102), daß bei inabulirten Rechten der Besitz fingirt werde. Vgl. nun auch Hoffmann, österr. Viertelj. XIII. S. 14, Note 28 und Unger selbst G. Z. 1868. Nr. 26.

24) Es ist nicht hier der Ort, die Theorie über das juristische Wesen der öffentlichen Bücher zu begründen, den Einfluß derselben auf Erwerb, Sicherung und Verlust der Rechte darzustellen. Andeutungen müssen hier genügen. Die Grundauffassung wird aus dem Gesagten hinlänglich offenbar. Vergl. über diesen Gegenstand nach würtemb. Rechte Wächter, Erört. I. S. 137 flg., und Handbuch I. S. 367 flg. Den Tabularbesitz freilich kennt Wächter so wenig als das würtemb. Privatrecht. Ebenso fremd sind die vielen Mißverständnisse, zu denen der sog. Tabularbesitz bei uns Veranlassung gab, dem sächs., preuß. u. badisch. Rechte. Vgl. z. B. Koch, S. 54, welcher anführt, daß die preuß. Praxis den eingetragenen Besitzer bisweilen Civilbesitzer nenne, und hiezu bemerkt: „diese Begriffe haben mit dem Besitze nichts zu schaffen. Der hier gemeinte Civilbesitzer hat gar keinen Besitz.“ Vgl. auch Förster, Pr. Pr.-R. §. 157. a. G.

1498. d. G. B.); sie hat die Wirkung, daß sämtliche in den Büchern ersichtliche Lasten, aber auch nur diese von dem Erwerber übernommen werden müssen (§§. 443. 469. 526. d. G. B.), daß daher die Unkenntniß des bürgerlichen Standes nicht entschuldigt (§§. 443. 928. 1398. d. G. B.), dagegen aber auch der Stand des öffentlichen Buches demjenigen, der im Vertrauen darauf handelt, unter den im Gesetze näher bestimmten Voraussetzungen nicht zum Nachtheile gereichen kann (§§. 469. 526. 1443. 1446. u. 1500. des A. b. G. B.; dazu die §§. 61. — 71. des Grundbuchsges. v. 25. Juli 1871).<sup>25</sup> Das

25) Ein Grundsatz, dessen weitgreifende rechtliche Bedeutung nunmehr Unger, G. Z. 1868. Nr. 25. 26 u. Gyner, das Publicitätsprincip (1870), Hyp. Nr. §. 9. fig., einer eingehenden Erörterung unterzogen. Theilweise gegen die Auffassung Gyner's ist gerichtet meine ausführliche Besprechung d. M. in der Ger. Zeit. 1871. Nr. 36 bis 41. und 1872. Nr. 33—35. Die Hauptdifferenz betraf die Bestimmung der Tragweite des Publicitätsprincips und die Auffassung des Tabularakts als angeblichen Formalaktes. Letztere Auffassung ist im österr. Tabularrechte nicht zur Geltung gelangt. (Vgl. auch Harassowsky, Not. Zeit. 1872. Nr. 47 und die daselbst angeführten Auszüge aus den Protokollen der Compilationscommission.) Was den Umfang des Schutzes betrifft, den das Vertrauen auf das öffentliche Buch genießt, vertheidigten Unger u. Gyner den Satz, daß nach dem A. b. G. B. der redliche Erwerber eines bürgerlichen Rechtes dasselbe auf Grund seines Vertrauens sofort und unmittelbar (materiell und formell) erwerbe, mag gleich sein Tabularauctor zur Bestellung desselben etwa materiell nicht berechtigt gewesen sein. In Ansehung seiner sei also der formelle Tabularstand kraft des Publicitätsprincips der Rechtsstand des Tabularkörpers. — Dagegen suchte ich a. a. D. namentlich aus der historischen Entwicklung der bezüglichen Gesetzesbestimmungen nachzuweisen, daß das Vertrauen auf das öff. Buch nur in solchen Fällen den sofortigen Rechtsenerwerb des Intabulirten begründet, wo das materiell und formell begründete Recht des Tabularauctors durch nachgefollte, aus dem öff. Buche nicht ersichtliche Thatsachen aufgehoben oder modificirt wurde; daß jedoch das Vertrauen nach dem A. b. G. B. keinen Schutz begründe, wenn das Recht des Tabularauctors von Anfang her nicht zu Recht bestand. Die von mir vertretene Auffassung wird vollends bestätigt durch die nun bekannt gewordenen Protokolle der Compilationscommission (vgl. Harassowsky a. a. D.) und durch den neuesten Entwicklungsgang der österr. Tabulargesetzgebung. Der Antrag der Herrenhauscommission auf Annahme des Grundsatzes (des §. 31. des Entwurfs eines G. B. G.), daß das im Vertrauen auf das öffentl. Buch erworbene Recht sofort unanfechtbar sein solle, wurde verworfen (vgl. Kaserer, Dösterr. Gesetze mit Materialien XV. S. 183) und zu den bereits im A. b. G. B. anerkannten Fällen der Wirkungen der Publicität lediglich durch die §§. 63.—68. des Grundbuchges. v. 1871 ein weiterer Schutz für jene Fälle hinzugefügt, wo das im guten Glauben erworbene Tabularrecht von Haus aus nicht zu Recht bestand. Vgl. nun auch Dgonowski, G. Z. 1875. Nr. 90. Strohal, Zur Lehre v. Eigenth. S. 3, Nr. 2 und Jenaer Lit. Z. 1877. Nr. 11. Schiffner, Grünh. Z. IV. S. 515. S. auch Not. Z. 1879. Nr. 1. 2, wofelbst die Spruchpraxis berücksichtigt ist, und meine Abh. G. Z. 1876. Nr. 94.

Vertrauen Dritter auf die öffentlichen Bücher wird nämlich geschützt: 1) wenn das materiell und formell gültig erworbene bürgerliche Recht durch nachträgliche, nicht eingetragene Thatsachen geändert oder aufgehoben wurde (§. 1500. G. B. §§. 69.—71. G. B. G.); 2) bei ursprünglicher Ungültigkeit des eingetragenen Rechts nur dann, wenn der durch den Eintrag verkürzte und gehörig verständigte Interessent binnen der Recursfrist (von 30 resp. 60 Tagen) nicht um die „Streitanmerkung“ ange sucht, beziehungsweise binnen weiteren 60 Tagen die Lösungsklage an gestellt hat (§§. 61. 63. cit.). Bei unterbliebener Verständigung des Verkürzten kann der materielle Mangel des bürgerlichen Rechtes nur durch die bürgerliche Verjährung ersetzt werden (§. 64. G. B. G.). — Die Eintragung hat ferner die Wirkung, daß obligatorische Rechte durch die Einverleibung den Charakter der Realschuld erlangen, so in den Fällen der §§. 1070. 1073. 1079. 1095. 1021. 1022. A. b. G. B.,<sup>26</sup> wobei man den Irrthum fernhalten muß, als ob die obligatorischen Rechte dadurch zu dinglichen würden.<sup>27</sup> Endlich gibt die bürgerliche Eintragung unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit der Sicherung des eingetragenen Rechtes gegen allen Widerspruch — also die Möglichkeit der sogenannten Tabularverjährung (§. 64. G. B. G., durch welchen die §§. 1467. und 1469. d. A. b. G. B. aufgehoben wurden).<sup>28</sup> Es sind dies durchwegs Wirkungen, die nur mit der Eintragung in die öffentlichen Bücher — dem sogenannten Tabularbesitze verbunden sind, und die mit dem Naturalbesitze Nichts zu schaffen haben. — Es sind demnach auch die Rechtswirkungen des Tabular- und Naturalbesitzes gänzlich verschieden.

Es bleibt nunmehr übrig, die rechtliche Bedeutung der in den

26) Der antiquirte §. 1252. ist ein juristisches Curiosum, da die Verbücherung des Erbvertrages gar keine Rechtsfolgen nach sich zieht, daher ganz gleichgültig ist (vergl. Stubenrauch, III. S. 453, wo auch die abweichenden Ansichten Kelterer angeführt sind); er erklärt sich aus der älteren Form der wörtlichen Eintragung der ganzen Urkunde, namentlich der Ehepacten, welche mitunter die verschiedensten Rechtsgeschäfte enthielten.

27) Vgl. Note 2. Die österr. Kommentatoren gehen überwiegend von der Ansicht aus, daß die obligatorischen Rechte (wie dies der Wortlaut des A. b. G. B.'s sagt) durch die Eintragung dinglich werden. Diese irrige Auffassung hat nun auch die österr. Gesetzgebung selbst (§. 9. Grundb. G.) aufgegeben. Vgl. auch Unger, I. S. 518. 549. Kirchstetter, S. 508. Krainz, a. a. D. Nr. 28.

28) Vergl. Unger, S. 285. Stubenrauch, III. S. 711.

§§. 321. 322. u. 350. G. B. enthaltenen Normen: „daß der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben,“ und „durch die Löschung (beziehungsweise Umschreibung) verloren werde,“ und „daß rücksichtlich derselben das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zustehe, welcher als Besitzer derselben eingetragen ist,“ zu erwägen.

Es sind dies Normen, welche mit der hier vertheidigten Auffassung, daß nur der physische Besitz an unbeweglichen Sachen und sog. bürgerlichen Rechten den dem Besitze überhaupt zukommenden Rechtschutz und alle Rechtswirkungen desselben genieße, in offenem Widerspruche zu stehen scheinen. — Nach der hier gegebenen Auffassung des Tabularbesitzes besteht indes dieser Widerspruch gar nicht, — und kann nicht bestehen. Offenbar kann das Gesetz nach dem bisher Gesagten in diesen Paragraphen nur den bürgerlichen Besitz vor Augen gehabt haben. Es wird in denselben nur verordnet, wie der bürgerliche Besitz erworben und verloren gehe, und wem die mit dem bürgerlichen Besitze verbundenen besonderen und sehr wichtigen Rechtswirkungen, „das Besitzrecht,“ zukommen, — Bestimmungen, die bei der Einfachheit des Verhältnisses gut hätten entbehrt werden können und durch ihre Aufnahme die unschuldige Veranlassung wahrhaft monströser Mißverständnisse wurden.<sup>28a</sup>

<sup>28a</sup>) Eine andere Auslegung versucht Krauz a. a. D. Nr. 99, dem Forlani, Sul fondam. d. poss. S. 226 flg. beitrifft. Nach der Theorie der Verfasser des Gesetzbuches sei nämlich der Besitz ein Recht (§. 308.), wenn auch das schwächste (nur possessoriisch geschützte), das nächst „stärkere Recht“ (§§. 324. 346. 347.) sei der rechtmäßige (durch die actio Publiciana geschützte) Besitz, das stärkste — das Eigentumsrecht. Jenes „Mittelglied“ zwischen Besitz und Eigentum bezeichne das G. B. mit dem Namen: „Besitzrecht“, welches also immer das Recht des rechtmäßigen Besitzers bedeute. Den Beleg hierfür findet er in den §§. 319. 321. 322. 851. u. 853. zufolge §. 321. u. 322. G. B. komme also der petitorische Besitzschutz u. die ordentliche Erstzung bei Immobilien nur dem Tabularbesitzer zu. — Abgesehen von den §§. 851. u. 853., in welchen unter „Besitzrecht“ das persönliche oder dingliche Recht zum Besitze zu verstehen ist (vgl. auch die Protokolle [1. Besung] der Revisionsrathskommission vom 5. Mai 1805); abgesehen von der immerhin doppelstimmigen Bedeutung des Wortes B. in §. 319., ist es nicht wohl möglich, daß im zweiten Absätze des §. 322. unter „Besitzrecht“ etwas Anderes verstanden sein sollte, als im ersten Absätze, d. i. das jus possessionis. Auch bliebe dann immer der Widerspruch mit den §§. 372. 1468. 1498 u. a. des G. B. ungelöst. — Die

Von einer Kollision des Tabular- und Naturalbesitzes kann nun nach dem Vorstehenden bei der Grundverschiedenheit des Wesens und der rechtlichen Wirkungen beider keine Rede sein.<sup>29</sup>

Das Wort „rechtmäßig“ des §. 321. darf übrigens nicht etwa in dem Sinne genommen werden, als ob jeder bürgerliche Besitz rechtmäßig, und jeder faktische Besitz unrechtmäßig wäre. Dem widersprechen die §§. 316. 317. 1461. A. b. G. B. Vielmehr geht das

Interpretation der §§. 321. u. 322. wird nicht erleichtert durch das, was die Protokolle der Kommissionskommission vom 4. April 1803 mittheilen. Referent bemerkte ad §. 321.: „Die Eintragung sei nicht nur in dem Falle, daß die unbewegliche Sache durch Uebergabe übertragen werden soll, sondern auch in anderen Fällen nothwendig, wie z. B. wenn man den rechtmäßigen Besitz einer herrnlosen oder auch einer verjährten (?) unbeweglichen Sache erlangen soll.“ Es scheint sohin fast, daß man unter „rechtmäßiger Besitz“ nicht nur die justa und h. f. possessio, sondern geradezu das bürgerliche Eigentum verstand (so interpretirt auch Kirchstecker, S. 168) — eine Meinung, die auch durch die Bemerkung des Referenten ad §. 322. unterstützt wird. Zu dem Antrage der Prager Fakultät nämlich, daß nicht eingetragene Immobilien nach den Grundsätzen des Mobilienrechts zu behandeln seien, bemerkt Zeiller: daß man, wo öff. Bücher bestehen, strenge darauf halten müsse, daß, um den rechtmäßigen Besitz zu erlangen, alle unbeweglichen Güter eingetragen werden. Am sichersten nun werde dies erzielt, „wenn der Inhaber, der einen freistehenden Grund bebaut und ihn als Eigentum erwerben will, eher nicht als rechtmäßiger Besitzer betrachtet wird, bevor er die Eintragung erwirkt.“ Ähnliches scheint §. 43. II. des Entw. sagen zu wollen. Ueber die Unzulässigkeit dieser Interpretation vgl. aber Note 30. — Bei dieser Unklarheit der Vorarbeiten bleibt wohl nur übrig, aus dem Gesetze selbst diejenige Interpretation zu schöpfen, die mit den übrigen Gesetzesbestimmungen am besten harmonirt!

<sup>29</sup>) Die Erörterung der diesfälligen Kontroversen (vgl. Helm a. a. D. S. 372—377) entfällt daher. Dieselbe Bestimmung, wie der §. 321., enthalten die böhm. Stadtrechte. D. 33. §. 3. „Man hält das Gut mit rechtem Titel (possidet justo titulo), wenn man es mit Konsens des Richters inne hat. F. 24. Die Gründe und Böden, auch allerlei unbewegliche Stadtgüter soll man anderswo nicht übergeben, allein in vier Bänken, oder in vier Winkeln, vor den Rechten und den Geschworenen der Stadt, dahin solche Gründe gehören.“ F. 21: „Wer mit Rechtsgrunde: das ist mit dem Stadtbuche oder durch andere Rechtsordnung versichert, zu dem Besitze eines Grundstückes kommt und denselben durch Jahr und Tag besizet, ohne daß Jemand aus den Anwesenden solchen mit Recht anspricht, den schüzet dann die Verjährung gegen allen Anspruch.“ Vgl. §. 1468. A. b. G. B. Die L. D. und Stadtbücher konnten, soweit es sich um die Tabularerzitzung handelt, mit Recht sagen: Nur der Eingetragene besizet justo titulo, da sie eine Erstzung contra tabulas nicht zulassen; — nicht so aber das A. b. G. B. — Wir können daher den Vorwurf Unger's (Zum Sächs. Entw. S. 111): daß sich das G. nicht treu geblieben sei (arg. §. 321. 322. 1468.), vom Standpunkte der in der Note 7 angeführten Schriftsteller nur gerechtfertigt finden. Bei unserer Auffassung (vgl. auch Unger, II. 284. Note 109 und den Auszug aus dessen Vorlesungen Ger. Zeit. 1868. Nr. 25. 26) entfällt er.

Gesetzbuch nur von der als Regel richtigen Voraussetzung aus, daß die Eintragung nicht anders als auf Grund eines vorhandenen Titels bewilligt werden kann: daher der Besitz regelmäßig ein rechtmäßiger sein wird.<sup>30</sup> Daß überhaupt der Zustand des Erscheinens eines Rechtsverhältnisses in den öffentlichen Büchern „Besitz“ genannt und die darauf bezüglichen Bestimmungen in den Hauptstücken: vom Besitze, von der Verjährung und Ersetzung neben jenen über den (physischen) Besitz hingestellt sind, erklärt sich einerseits aus dem althergebrachten Sprachgebrauche der älteren Legislation,<sup>31</sup> andererseits aus dem theoretischen, im Prinzip verfehlten Versuche der Kompilatoren, durch Generalisirung des Begriffes „Besitz“ die rechtlichen Wirkungen der bürgerlichen Eintragung in Ansehung der sog. bürgerlichen Ersetzung zu erklären und in der beliebten Generalisirungsweise die gleiche Behandlung der physischen und bürgerlichen Ersetzung zu ermöglichen.<sup>32</sup>

30) Vergl. Rippel, III. S. 84. Winivarter, II. S. 51. Unger, Entw. S. 113, Note. In den Materialien, VII. S. 152, deutete Winivarter das Wort: „rechtmäßig“ im Sinne „gesetzesmäßig“. — Minastiewicz, S. 95, 117 deutet es im Sinne eines „rechtlichen, vom Gesetze vorzüglich begünstigten“ Besitzes (legitima possessio). Diese Auslegung ist nur unter der offenbar irrigen Voraussetzung M.'s möglich, daß der bürgerliche Besitzer mit einer besonderen Klage aus dem §. 322. des G. B. gegen den Naturalbesitzer den Besitz sich zu verschaffen vermag. Kirchstetter, S. 168, versteht unter dem „Besitzrecht“ des §. 322. das Eigentumsrecht, Krauz a. a. D. den petitivisch zu schützenden bürgerlichen Usukapionsbesitz. Darüb. vgl. Note 28<sup>a</sup>). Bei der Interpretation Kirchstetter's gelangt man einmal zu der Anomalie, daß dasselbe Wort im §. 322. in total verschiedenem Sinn gebraucht wird, sodann zu der unrichtigen Annahme, daß Eigentum schon mit dem Eintrag an sich erworben und mit der Löschung verloren wird.

31) Vergl. die in der Note 29 u. 32 angeführten Stellen der böhmischen Landesordnung und Stadtrechte.

32) Ueber das rechtliche Wesen der sogenannten bürgerlichen Ersetzung, die nichts anderes ist, als die in römische Formen zugeschnittene Verschweigung, vgl. besonders Unger, II. S. 284. — Wie unklar übrigens den Kompilatoren Wesen und Verhältnis des sogenannten Tabularbesitzes vorgeschwebt haben mochte, zeigen am besten die widersprechenden Bemerkungen Zeiller's, II. zu §§. 321. u. 322., S. 56, 57 u. III. zu §§. 1460. 1468. 1498., insbesondere S. 215. — Bemerkenswerth ist übrigens, daß die böhmischen Stadtrechte und Landesordnungen den Naturalbesitz ad usucapionem nicht anerkennen. Was die Tabularverjährung (praescriptio tabularum) betrifft, so entwickelte sich dieselbe in Böhmen und Mähren gleich den übrigen Theilen des Immobilienrechts in durchaus eigentümlicher, von jener in Deutschland wesentlich abweichender Weise, und erscheint die Berücksichtigung des älteren böhmischen Tabularrechts um so wichtiger und lohnender, als dasselbe die Grundlage des österr. Immobilienrechts bildet. Vgl. meinen Aufsatz, Ger. Zeit. 1871. Nr. 37 flg., 1872. Nr. 22 flg. Nur flüchtig sei hier bemerkt, daß das In-

## §. 6. Die Rechtswirkungen des Besitzes.

Das Gesetz verbindet mit der Thatsache des Besitzes gewisse rechtliche Folgen — die sog. Rechte des Besitzes. Den Inbegriff derselben nennt der juristische Sprachgebrauch: Das Recht des Besitzes — jus possessionis.<sup>1</sup> Um dieser rechtlichen Folgen

stint der Landtafeln in den böhmischen Ländern in's 13. Jahrhundert zurückreicht und uns im 14. Jahrhundert ganz eigenartig gestaltet entgegentritt, daß alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall, welche Immobilien betrafen, bei sonstiger Ungültigkeit eingetragen werden mußten (s. die Instruktion Karl IV. für d. mähr. L. v. 1384), und daß die eingetragenen Rechte nach Ablauf der zur Verstreitung mit der „Dporš“-Klage bestimmten Frist von 3 Jahren 18 Wochen unumstößlich waren. Die Eintragung hatte also nicht (wie ursprünglich in Deutschland) eine prozessuale, sondern eine materiellrechtliche Bedeutung. Das Institut der „rechten Gewere“ war dem böhm. Landrechte fremd; der faktische Besitz ist darnach irrelevant; maßgebend ist nur der Tabularstand. Der Dporštermin hatte ursprünglich den Charakter einer Verjährungsfrist. Der Dporškläger mußte die Widerrechtlichkeit des Eintrags beweisen. Ein der böhm. Tabularverschweigung ähnliches Institut findet sich m. W. nur in den Hansestädten Hamburg, Lübeck, Bremen, ohne daß ein Connex zwischen dem altböhm. und hanseatischen Rechte ersichtlich wäre. In dieser Beziehung trat später ein wesentlicher Umschwung ein durch die verneuten böhm. mähr. Landesordnungen v. 1627 und 1628, besonders durch die Nov. declar. L. 1. 2. „In den Landgütern soll die Verjährung von 3 Jahren und 18 Wochen nur dann statthaben, wenn alle folg. 5 Erfordernisse zusammentreffen, . . . 2. Possessio, welche die Qualität an sich haben muß, nämlich, daß sie fortdauernd sei, an einander 3 Jahre und 18 Wochen gewährt habe, dann ruhig, nämlich ohne allen gerichtlichen Anspruch und öffentlich, daß nämlich solches Gut in der Landtafel besessen werde“. 3. bona fides . . . 4. titulus legit. . . 5. tempus“ . . . u. 6. Declar. L. 1. 7. „Keine Verjährung findet Statt: 7. an Landgütern, die Jener, der die Verjährung anspricht, in die Landtafel nicht einlegt.“ Hierdurch wurde die Extinctivverjährung des älteren Rechts in eine Acquisitivverjährung nach dem Muster der römischen Usucapio umgewandelt und seitdem wurde es üblich, vom Tabularbesitzer und Tabularersetzung zu sprechen. (Ueber die historischen Ausführungen Exner's, Publizität S. 16 flg., s. meine Besprechung G. J. a. a. D.) Ueber die böhm. Landtafel s. Hafner, Landtäf. Verfahren und meine Abhandlung in Grünh. Zeitschr. VI. S. 81 flg. u. m. böhmisch erschienene Schrift über die Entwicklung der böhm. Landtafel zc. — Erst in neuester Zeit (Grundbuchgef. v. 25. Juli 1871 §§. 61—71.) kehrte die österr. Legislation zu der alten Auffassung der Tabularverschweigung im Gegensatz zur Tabularersetzung des A. b. G. B.'s zurück.

1) Vgl. Savigny, Recht des Besitzes §. 3—5. Puchta, Rechtsl. II. S. 43. 44. System §. 132. Kierulff, S. 400. Büchel, Natur des Besitzes. Meißner, Besitz §. 6. Pachmann, Verjährung §. 27. Winivarter, II. S. 69. Rippel, III. Erläut. S. 80. Stubenrauch, I. S. 649. Unger, System I. S. 508. Roth, Bayr. Civilt. II. §. 131. Jus possessionis wird auch in anderem Sinne genommen, nämlich als Inbegriff der rechtlichen Normen über den Besitz, vgl. Brinz, I. §§. 27. 29.

willen ist der Besitz Glied des Rechtes geworden, und hat als integrierender Bestandtheil desselben Platz und Stelle im Rechtssysteme erlangt.<sup>2</sup> Die Rechtswirkungen des Besitzes, deren die ältere gemeinr. Literatur<sup>3</sup> und die österreichischen Commentare viele anführen,<sup>3a</sup> lassen sich auf folgende zurückführen:

2) Savigny, §. 3. 9. Es versteht sich, daß hier nur von den Rechtsfolgen des Besitzes an sich, ohne Rücksicht auf gewisse Qualitäten desselben die Rede ist.

3) Als mit dem Besitze verbundene Vortheile (beatitudines, commoda, iura possessionis, „Rechte des Besitzes“) wurde von vielen älteren Rechtslehrern des gemeinen Rechtes bald eine größere bald eine geringere Zahl, als die im Texte im Verlaufe dieses Paragraphen angeführten Rechtsfolgen dargestellt. Man brachte die Zahl dieser beatitudines bis auf 72! Vgl. dagegen Savigny, §. 3., dem die Späteren mit wenigen Modifikationen folgen. Während nämlich Savigny als Rechtswirkungen des Besitzes Interdiktionsschutz und Usukapion anführt, stellen die Meisten (Puchta, §. 132. Böcking, §. 123. Note 42, 43. Windscheid, §. 148. Note 3. Brinz, §. 26.) nur den ersteren als reine Rechtsfolge des Besitzes hin. Noch weiter geht Rierulff, S. 400 und Sintonis, §. 42. Note 14, 15, welche selbst den Interdiktionsschutz nicht als juristische Wirkung des Besitzes gelten lassen wollen, da derselbe eine dem Besitzer angethane Gewalt (Delikt) voraussetze. Allein die beiden Rechtsgenannten übersehen, daß nur der Besitzer (nicht z. B. der Detentor) den gerichtlichen Schutz gegen Verwältigung (im weitesten Sinne) genießt, und daß letztere nur eine Voraussetzung der Rativität der Klage (des konfreten Klagerrechtes) ist, vgl. auch Windscheid, §. 148. Note 3, und Förster, §. 162. Note 11. — Gegen Savigny versucht die ältere Theorie, die sich theilweise auch noch bei Holzschuher (Kunze), II. §. 86., findet, zu stützen: Hedemann, S. 103. Ueber Büchel a. a. D., welcher gerade die Interdiktion nicht als Folgen des Besitzes anerkennen will, siehe Note 4. — Die ältere Theorie, wie sie sich am Schlusse des vorigen Jahrhunderts vorfand (vgl. Höpfner, Komm. §. 283.), hat im preuß. Landr. und theilweise auch im A. b. G. B. Aufnahme gefunden. Ersteres nennt sogar den Besitz als „allgemeine Quelle der Sachenrechte.“ Ueber dasselbe vgl. Koch, §. 5. Bornemann, I. S. 522 flg. Förster, §. 162. Dernburg, §. 156. — Das sächs. G. B. hat die ältere Theorie ganz fallen gelassen; auch dem französischen Rechte ist sie fremd. Vgl. Plant, §. 7. Note 43 und Zachariä, Fr. C. N. §. 186.

3a) Unsere Commentatoren, mit Ausnahme Kirchstetter's, sind über den älteren Standpunkt der gemeinrechtlichen Theorie nicht herausgekommen, wenn sie auch in einzelnen Punkten das Schiefe derselben nicht übersehen. Dasselbe gilt von Bornemann, I. §§. 91 — 98. Pachmann, §. 27. Note 3, nimmt zwar einen Anlauf, mit derselben abzurechnen, allein nur um dieselbe sofort wieder aufzunehmen. P. macht bei dieser Gelegenheit die wunderliche Bemerkung: „Nebrigens sind die Vortheile, die dem Besitzer zustehen, von so heterogener Natur, daß es unter allen Wissenschaften wohl nur die Juristik (?) ist, die ein so verschiedenartiges Vieles mit einem Namen bezeichnet.“ — Schon Zeiller, II. S. 85 und besonders Winzinger, II. S. 69 scheiden die Besitzrechte 1) in allgemeine, welche schlechterdings jedem Besitzer zustehen, und 2) in besondere, welche nur den Besitzern gewisser Art zukommen, z. B. dem redlichen. Zu den ersteren rechnet er: 1) der Besitzer kann zur Angabe des Titels nicht aufgefordert werden, §. 323.; 2) im Zweifel

1. Der Besitz genießt gerichtlichen Schutz (Interdiktionsschutz). Da der Besitz ein bloßes Faktum ist, hiermit der allgemeine Rechtsschutz auf denselben nicht anwendbar ist, so kann ein rechtlicher Schutz desselben gegen Störung und Entziehung nur dort und insofern stattfinden, wo und inwiefern ihn das Gesetz ausdrücklich normirt. Einen solchen Schutz gewährt das A. b. G. B. dem Besitze in den §§. 339. 345—348. jedoch nur gegen eigenmächtige Verletzung. Indem hier bloß das thatsächliche Verhältniß der Person zur Sache geschützt wird, es daher auf das Dasein eines Rechtes gar nicht ankommt, erscheint dieser Schutz als eine reine Folge des Besitzes.<sup>4</sup>

Der Grund des Besitzschutzes liegt in dem Prinzipie, von dem jedes Privatrecht ausgehen muß, daß der Wille des Rechtssubjektes auch dann, wenn er bloß als faktischer sich geltend macht, geachtet und daher gegen Eigenmächtigkeit geschützt werden muß.<sup>5</sup>

geführt dem Besitzer der Vorzug, §. 324.; 3) Niemand darf den Besitzer eigenmächtig stören, §. 339.; 4) der Besitzer kann sich eigenmächtig im Besitze schützen, §. 344. Ihm folgt Rippel, III. S. 88 flg. 93. 132. Ellinger, S. 133 und Stubenrauch, I. S. 677. 1. — Ueber das preuß. R. vgl. Förster, §. 162. Note 11.

4) Daher kommt es auch bei diesem Schutze auf die Qualität des Besitzes durchaus nicht an. Vgl. m. Aufsatz in der Gerichtszeitung 1863. N. 64, 65. Ohne Grund bestreitet Sintonis, Civilr. §. 42. N. 15, daß die Interdiktion eine absolute Wirkung des Besitzes seien, weil nur der fehlerfreie Besitz geschützt werde. Das richtige Verhältniß ist offenbar dies: jeder wie immer geeigenschaftete Besitz genießt den Interdiktionsschutz, nur ausnahmsweise wird dieser gegenüber Demjenigen verweigert, von dem injusto besessen wird. Vgl. auch Meißfelder, S. 26. — Wenn neuerlich Büchel, Natur d. B. S. 50 behauptet, daß die Interdiktion nicht Folgen des Besitzes, sondern des an den Besitz sich knüpfenden rechtlichen Interesses sind, so verwechselt er Voraussetzung und legislatives Motiv des Besitzschutzes. Klagegrund der Interdiktion ist und bleibt der Besitz, mag auch immerhin bei einer rationalen Legislatur das Interesse, welches sich an den Besitz knüpft, auch oder sogar überwiegend für die Gewährung des gerichtlichen Schutzes maßgebend auftreten. — Nach preuß. u. sächsischem Rechte, welche auch dem Inhaber im Allgemeinen denselben Schutz gewähren, wie dem Besitzer (§§. 144. 145. I. 7. Landr. u. §. 208. sächs. G. B., letzteres nur bei eigenem Interesse des Inhabers), ist der gerichtliche Schutz keine dem Besitze ausschließlich zukommende Wirkung. Dasselbe gilt in Ansehung des Züricher. G. B.'s (§. 490.) und des bayer. Entwurfs (Art. 40. 41.). Vgl. dazu Förster, §. 162. Note 7, welchem indeß nicht beizupflichten ist, sofern er den Detentionschutz der Pflichtausübung des Inhabers vindiciren will. Der Kommodatar übt keine Pflicht aus und genießt gerichtlichen Schutz.

5) Bruns, §. 58., und neuerlich Besitzklagen: S. 291 flg. Unger, Sächs. Entw. S. 104; anderer Ansicht ist Savigny, §. 2. und neuestens Jhering, Grund d. B. S. 45 flg. Vgl. hierüber §. 8. d. B.

2. Der Besitzer eines Rechtes kann nicht mit der Aufforderungsklage zur Darthnung dieses Rechtes provocirt werden (§. 324. A. b. G. B.).<sup>6</sup>

Die Möglichkeit, thatsächlich über die Sache und ihre Früchte zu verfügen, ist zwar auch ein Vortheil des Besitzes oder vielmehr der Detention — aber ein rein faktischer; von einer Rechtswirkung ist da keine Rede.

Dagegen sind keine Rechtsfolgen des Besitzes, obwohl sie häufig als solche aufgefaßt werden:

1. Das Recht des Besitzers, wenn „richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, um sich im Besitze zu erhalten“ (§. 344. A. b. G. B.).<sup>7</sup> Dieses angebliche Recht des Besitzers ist kein civilrechtlicher Schutz desselben. Es normirt näm-

6) Daß der Sachbesitzer nicht mit der Aufforderungsklage belangt werden kann, hat darin seinen juristischen Grund, daß derjenige, der die Rei Vind. anstellt, beweisen muß, daß der Beklagte die Sachen in seiner Macht habe (§. 369. A. b. G. B.). Da nun eben nur der Nichtbesitzer die Vindictations-Klage anstellen kann, und nur in das rechtlich Mögliche eine Verurtheilung statthaft ist, so kann auch nur dieser zur Erhebung derselben verurtheilt werden. Daraus folgt, daß der Besitzer der Sache zur Anstellung der Rei Vindicatio niemals provocirt werden kann. — Daß der sogenannte Tabularbesitzer nicht zur Erhebung der Eigenthumsklage aufgefordert werden darf, hat ebenfalls einen andern juristischen Grund, als die angebliche Vermuthung des §. 324. A. b. G. B. Dieser liegt in dem begrifflichen Mangel einer Diffamation auf Seite des Berühmten, wenn das berühmte Recht in den öffentlichen Büchern für ihn vorgeschrieben ist. Anders beim Besitzer eines Rechtes; daß dieser mit der Aufforderungsklage nicht belangt werden kann, hat lediglich in der Bestimmung der §§. 324. u. 325. seinen Grund. — Auf einem Mißverständnis beruht die Argumentation Kirchsteitter's, S. 169. Note 2, da die Aufforderungsklage eben dann ausgeschlossen werden soll, wenn sich der Besitzer des Eigenthumsrechts berühmt. Daß sich ferner §. 323. nicht bloß auf den Sachbesitzer beschränkt, geht aus §. 324. hervor.

7) So Zeiller, II. S. 85. Nippel, III. S. 131. Winiwarter, II. S. 69. Stubenrauch, I. S. 677. Monti, §§. 52. 53.; freilich gestehen Winiwarter, §. 45. S. 77 und Stubenrauch, S. 679, am Ende selbst zu, daß dies wohl auch ein Recht des bloßen Inhabers sei, ersterer aus dem sonderbaren Grunde: weil die Innehabung eine Befugniß (?) ist, welcher der allgemeine Schutz der Rechte nicht verjagt werden kann (§. 79). Vgl. Note 9. — Ähnlich wie das österr. auch das Preuß. L. R. §§. 142. 143. und selbst noch §. 501. des Züricher. G. B.'s, welches letztere jedoch das Recht der Selbstvertheidigung (und des gerichtlichen Schutzes nur gegen unbefugte Gewalt und eine Beeinträchtigung, die ein Vergehen begründet, gestattet. Eigenmächtigkeiten des Eigenthümers gegen den unredlichen Finder, Dieb u. f. f. sind sohin nach §. 501. cit. gestattet, — der Besitzer gegen solche schutzlos, — eine Bestimmung, die den Grundgedanken des Besitzschutzes verzerrt und auch aus Zweckmäßigkeitsgründen bedenklich erscheint.

lich der §. 344. im Grunde nur die Strafflosigkeit des Besitzers in dem Falle, wenn dieser die Gewalt bloß zur Erhaltung seines Besitzes gebraucht, hiemit dieselbe als Nothwehr ausübt. Allein dazu bedurfte der Besitzer nicht erst der Bestimmung des Civilrechtes. Denn das Strafgesetz erklärt im §. 2. lit. g. die Nothwehr als straflos.<sup>8</sup> Dieser Bestimmung zu Folge kann sogar jeder Inhaber einer Sache (nicht bloß der Besitzer) innerhalb der Schranken der Nothwehr Gewalt zur Erhaltung seiner faktischen Macht über die Sache anwenden, ohne darum dem Strafgesetze zu verfallen. Werden aber die Grenzen der

8) Nothwehr ist das Recht der Selbstvertheidigung zur Abwehr eines eigenmächtigen, in anderer Weise nicht abwendbaren Angriffs zum Schutze der Person oder des Vermögens. Die Zulässigkeit der Selbstvertheidigung im Falle der Noth wird wie im antiken so im modernen Staate anerkannt. Vgl. L. 45. pr. D. ad leg. Aquil.: vim vi defendere (alias repellere) omnes leges omniaque jura permittunt; §. 19. 344. A. b. G. B. §. 2. lit. g. Str. G. B.; so auch §. 142. I. 7. preuß. L. R., §. 178. sächs. G. B., a. 328. C. P., ohne Rücksicht auf ein dem Angegriffenen zustehendes Recht. Das Selbstvertheidigungsrecht kommt daher nicht bloß dem Eigentümer und Besitzer, sondern auch dem Inhaber zu. Vgl. Savigny, §. 3. Rerulff, S. 400. Puchta, R. Lex. S. 43. Unger, II. S. 344, R. 20. Wessely, Nothstand S. 75. Koch, S. 63. Förster, III. S. 79. Roth, Bayr. Civil. §. 131. S. 109. Neucl. reklamirt Kindel, in Rastow's (Gruchot's) Beitr. I. (21.) S. 714 flg. das Nothwehrrecht als Recht des Besitzers; allein er selbst, S. 715. 717, kann nicht bestreiten, daß es auch dem Inhaber zusteht — und zwar nicht bloß, soweit dieser in seiner „Besitzsphäre“ handelt. — Der Begriff der Selbstvertheidigung wird sachgemäß ausgedehnt auf die unmittelbare Wiedererlangung (in continenti) des eben Abgenommenen, da hier Angriff und Vertheidigung als Ein Akt erscheinen. Savigny, S. 432. Albert, interd. uti p. §. 16. Unger, a. D. R. 20 a., §. 181. sächs. G. B. L. 1. §. 28. D. unde vi und §. 188. lit. a. Straf.-G. B. — Es ist bemerkenswerth, daß, während das ältere deutsch. u. russ. R. die Selbsthilfe weit über die Grenzen der Nothwehr hinaus gestatten, das altböhmische Recht selbst das Nothwehrrecht als fraglich behandelt. Vgl. Bschneid's Rechtsbuch, III. 23. — Von dem Rechte der Selbstvertheidigung ist wohl zu unterscheiden das Recht der Selbsthilfe, d. i. des Eingriffs in die fremde Rechtssphäre zur Durchsetzung eines vermeintlichen Rechtsanspruches. Diese ist im geordneten Staate regelmäßig unstatthaft. Vgl. L. 7. D. 48. 7. — §§. 19. 320. A. b. G. B. — §§. 84. 85. I. 7. Landr. und 179. sächs. G. B. Darüber vgl. Unger, II. S. 239 flg. und §. 8. d. W. Vgl. neuest. Brinz, §. 82. (2. A.), welcher richtig bemerkt, daß die späteren sog. Selbsthilfeverbote nicht als Gesetze zu denken sind, welche die S. erst jetzt verbieten, sondern als Schärfungen oder Milderungen der älteren Kriminalgesetze, bezieh. Interdicte. Selbsthilfe, wenn zulässig, wäre „faustrecht“. (Die Identität von Nothwehr, erlaubter Selbsthilfe sucht vergeblich nachzuweisen Liebe, S. 23 flg.). — Strafbar ist übrigens nach österr. R. die Selbsthilfe an sich keineswegs. Vgl. Zeitschr. f. Verwalt. 1872. Nr. 36. — Das sächs. G. B. spricht richtig von der Selbsthilfe und Selbstvertheidigung im allgemeinen Theile. Vgl. über die Strafe nach Windscheid, §. 123. (4. A.).

Nothwehr überschritten, so unterliegt der Besitzer der hierauf gesetzten Ahndung des Strafgesetzes (§. 2. g. und §§. 335. u. 431.). Die Bestimmung des §. 344. A. b. G. B. ist daher nur ein Ausfluß der Bestimmung des Strafrechtes über die Nothwehr und gehört gar nicht in das Civilrecht.<sup>9</sup> (Vgl. auch §. 53. d. deutsch. St. G. B.)

Es entsteht aber hiebei die Frage, ob das Recht der Nothwehr auch auf den Rechtsbesitzer Anwendung finde? Sofern der Rechtsbesitzer zugleich Inhaber der Sache ist, z. B. der Fruktuar, kann hierüber kein Zweifel sein. — Ist dies aber nicht der Fall, wie namentlich bei den Feldservituten (z. B. den Wegedienstbarkeiten), so ist zu unterscheiden, ob der Besitzer bereits in der Ausübung seines Besitzes auf fremdem Grunde begriffen ist oder nicht. Im ersteren Falle (der sog. aktuellen Ausübung des Rechtes) ist Nothwehr statthaft, denn hier wird Gewalt geübt zur Abwendung eines Angriffes auf ein Vermögensrecht; im letzteren Falle aber, wo der Besitzer erst im

9) Vgl. Koch, S. 63. Aus diesem Grund kommt daher Nichts darauf an, daß der von der Wiener Fakultät gestellte und von Zeiller empfohlene Antrag, im §. 64. II. (§. 344. G. B.) ausdrücklich auch die „Gewahrsame“ zu nennen, in der Sitzung vom 25. April 1803 abgelehnt wurde, und zwar „mit Rücksicht auf die im §. 58. II. (§. 339.) aufgestellten Grundsätze“; dort war nämlich der gerichtliche Schutz dem Besitzer allein vorbehalten worden. Vgl. §. 7. d. B. R. 12a. — Gegen die Behauptung, daß die Bestimmung des §. 344. A. b. G. B. eine bloße Konsequenz der strafgesetzlichen Norm über die Straflosigkeit der Nothwehr ist, könnte mit einigem Scheine eingewendet werden, daß nach §. 2. lit. g. Str.-G. „gerechte Nothwehr nur dann anzunehmen ist, wenn sich aus den Umständen mit Grund schließen läßt, daß sich der Thäter nur der nöthigen Vertheidigung bedient habe, um einen rechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen von sich oder Anderen abzuwehren“, daß folglich, da der Besitz vorausgesetzter Maßen bloß ein thatfächliches Verhältniß (kein Recht) ist, auch der Angriff desselben nicht als ein rechtswidriger erscheine, der §. 2. lit. g. also auf die Vertheidigung des bloßen Besitzes keine Anwendung habe; hiermit auch die Bestimmung des §. 344. kein Ausfluß des Rechtes der Nothwehr sei, sondern ein wirkliches Recht des Besitzers normire. Allein abgesehen davon, daß das Gesetz den Besitz ein Recht nennt (§. 308.), was zwar wissenschaftlich nicht richtig, aber für die Interpretation des Ausdrucks „rechtswidrig“ im Sinne des Gesetzes gewiß entscheidend ist, so ist der Begriff der Rechtswidrigkeit des §. 2. lit. g. eit. nicht etwa bloß auf die Verletzung eines Privatrechtes zu beschränken, sondern vielmehr im Sinne des Strafgesetzes dahin zu deuten, daß die nöthige Vertheidigung gegen jeden strafrechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen als Nothwehr erscheint. Strafbar ist aber die Anwendung jedweder Gewalt, um dem Besitzer oder Inhaber die besessene Sache zu entziehen (§. 171. f., 190. f. Str. G. B.). Endlich ist von einem rechtswidrigen Angriffe auf Vermögen die Rede, und dazu gehört der Besitz auch dann, wenn er auch nicht als Recht aufgefaßt wird. Vgl. Wessely a. D. S. 75.

Begriffe steht, die Besitzhandlung vorzunehmen, z. B. den nachbarlichen Grund betreten will, um eine Wegedienstbarkeit auszuüben, kann von einer Vertheidigung, der Abwehr eines Angriffes keine Rede sein.<sup>9a</sup> Das Aufbrechen des absichtlich geschlossenen Thores, um die Servitut der Durchfahrt zu erzwingen, kann daher z. B. nicht als Nothwehr angesehen werden. (Vgl. Pagenstecher, P. Prakt. S. 167.) S. auch noch §. 35. d. B. a. G.

2. Die rechtliche Vermuthung des giltigen Titels (§. 323. A. b. G. B.).

Der §. 323. A. b. G. B. lautet zwar wörtlich: „Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich“ und stellt also scheinbar geradezu eine gesetzliche Vermuthung für das Dasein des rechtlichen Erwerbgrundes auf.<sup>10</sup> Allein daß

9a) Vgl. Wessely a. D. S. 60. Janka, Nothstand §§. 1—4. — And. A. ist Albert, B. unförperl. S. §§. 120—124., weil in der Durchsetzung der Ausübung eines Rechtes jederzeit eine Selbsthilfe liege, sodann weil sich das Recht, Gewalt mit Gewalt abzutreiben, nur auf den Sachbesitzer beziehe. Allein im Falle der aktuellen Ausübung eines Rechtes liegt nicht Selbsthilfe, sondern Abwehr eines fremden Angriffes vor. Das Recht aber, Gewalt mit Gewalt abzutreiben, ist nicht auf Angriffe auf körperliche Sachen beschränkt, sondern bezieht sich als Ausfluß des Rechtes der Nothwehr auf Angriffe gegen jedweden Vermögensbestandtheil.

10) Die österr. Kommentatoren, mit Ausnahme v. Kirchstetter's, S. 169, erblicken in dem cit. §. eine wahre Vermuthung und folgern dieselbe aus dem angebornen Rechte auf Unbescholtenheit. Vgl. Zeiller, II. S. 59. Kremer, Versuch über Vermuthungen, §. 48. Rippe, III. S. 89. Winwartner, II. S. 69. 70. Stubenrauch, I. S. 649. Monti, §. 7. Rippe will den philosophischen (?) Grund dieser Präsumtion darin finden, daß aus der Thatfache der äußeren Erscheinung auf die Existenz des Rechtes zurückgeschlossen werden müsse, bis das Gegentheil dargethan ist. — Wie vergriffen diese Motivirung ist, geht aus der einfachen Erwägung hervor, daß der Besitz ohne Rücksicht auf ein gleichzeitig vorhandenes Recht, bloß um seiner selbstwillen selbst gegen den zum Besitze Berechtigten geschügt wird. Die Vermuthung der Rechtmäßigkeit findet sich schon bei einzelnen Glossatoren und durchzieht seitdem Literatur und Legislation, die praktischen Konsequenzen bald mehr bald minder hervorkehrend. — Vgl. für das bayr. R. II. 5. 8. u. Roth, §. 131. — Das preuß. R. §. 179. I. 7. bestimmt gleich dem §. 323. G. B., daß der Besitzer die Vermuthung der Rechtmäßigkeit für sich habe, woraus selbst Dernburg, I. S. 313 schließen will, daß derselbe bis zum Beweise des Gegentheils als zum Besitz berechtigt anzusehen ist. Auch Kinde l., I. (21.) S. 728 fgg., findet im B. „naturgemäß das vermuthete Recht“. Allein der §. 180. I. 7. bestimmt weiter: „Er ist also, wenn er deshalb in Anspruch genommen wird, den Titel seines Besitzes anzugeben und nachzuweisen nicht schuldig.“ Hieraus ergibt sich, daß jene Vermuthung der Rechtmäßigkeit (wie im A. b. G. B.) eben nur zur Motivirung des Cases dienen soll, daß der Besitzer als Beklagter von jeder Beweislast frei sei, so lange nicht der Kläger sein Recht zur Sache bewiesen hat



die Aufstellung einer solchen Vermuthung nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen sein konnte, geht schon daraus hervor, daß durch die Annahme einer derartigen Präsumtion die einfachsten, in allen einzelnen Fällen richtig zur Geltung gebrachten Grundsätze über die Beweislast über den Haufen geworfen und die Grenzen des petitorischen und possessorischen Prozesses verrückt würden.<sup>10a</sup> Denn aus dieser Präsumtion würde folgen, daß der Kläger, wenn er im Besitze der Sache ist, auch im petitorischen Prozesse den sonst erforderlichen Beweis des Erwerbsgrundes (Titels) eines Rechtes nicht

(actore non probante reus absolvitur) und daß er auch nicht mit der Provocationsklage zum Beweise des behaupteten Rechtes aufgefordert werden könne. Undenkbare Konsequenzen aus jener „Vermuthung“ zu ziehen, ist wohl auch für das preuß. R. nicht zulässig. Der „vollständige Besizer“ hat die Negatoria nur in publicianischer Ausdehnung. Vgl. Förster, III. §. 181. S. 247. Gruchot, V. S. 508. S. auch noch Note 13a. — Für das franz. öf. Recht nimmt Zacharia, §. 186. auf Grund des art. 2230 die Vermuthung des Eigenthums oder der Dienstbarkeit an, vorausgesetzt, daß der Besiz diejenigen Eigenschaften hat, welche diese Vermuthung bedingen. Allein selbst die so verschanzte Präsumtion ist im art. 2230 nicht zu finden; nur der animus domini wird präsumirt.

10a) Die angebliche Vermuthung des §. 323. ist eine Hauptstütze der stark verbreiteten Ansicht (vgl. Nagel, Ger. Z. 1861. Nr. 136. Zeiller, II. S. 366. Stubenrauch, II. S. 223. Entsch. d. oberst. G. H. Nr. 43. G. Halle 1861, dann Nr. 14. 208. u. a. in Gl.-U.-W.'s Samml.), daß bei der actio negatoria der Kläger den Beweis des Nichtvorhandenseins des Servitutsrechtes führen müsse, wenn der Beklagte im Besitze der Dienstbarkeit ist. — Man übersieht hierbei, daß diese Ansicht konsequent dahin führt, daß auch der die Rei Vind. anstellende Eigenthümer nebst seinem Eigenthumsrechte den Beweis führen müßte, daß der geklagte Besizer der Sache kein Eigenthumsrecht auf diese habe, — hat er doch die Vermuthung eines gültigen Titels für sich! Daß der §. 323. eine solche Vermuthung nicht enthalten könne, hat auch der oberste G. H. in der Entsch. v. 28. Juni 1854, 11. November 1857, 24. Dezember 1857 (sämmtlich in Nr. 59. Ger. Zeit. 1859), in der Entsch. v. 24. Januar 1860, Nr. 71. Ger. Z. 1860, und in den letzten Jahren in einer ganzen Reihe von (in der Note 12<sup>a</sup> citirten) Entscheidungen mit speziellem Bezuge auf die Negatoria ausdrücklich anerkannt. Siehe daselbst auch die Entstehungsgeschichte des §. 523. G. B. — Wir citiren hier nachstehende Bemerkung aus einem Urtheile der ehem. obersten Justizstelle in Verona v. 10. Mai 1845 (Ger. Zeit. Nr. 59. J. 1859), als Beleg, wie ein gesunder Takt gegen jene angebliche Vermuthung sich sträubt: „So wie diese Meinung (nämlich von der angeblichen Präsumtion) in der praktischen Jurisprudenz zur Geltung kommt, ist die Eigenthums- und Negatorienklage unmöglich, das Institut der Acquisitivverjährung unnütz und der Besiz, obgleich an sich eine bloße res facti, wird eines der stärksten unantastbarsten Rechte. Solche für die Rechtsordnung höchst verderbliche Folgen darf man aber nicht so leicht aus der Vorschrift der §§. 323. und 324. ableiten, um so weniger, als durch diese Auslegung die Anordnungen des A. b. G. B. in Widerspruch mit sich selbst gesetzt würden.“

zu liefern habe, daher, wenn es sich um dingliche Rechte auf die Sache handelt, nicht Titel und Erwerbsart, sondern lediglich letztere (den modus acquirendi) zu beweisen habe, also z. B. bei der actio confessoria (§. 523. A. b. G. B.) bloß Tradition bei beweglichen, Eintragung in die Bücher bei unbeweglichen Sachen (§. 481. A. b. G. B.), nicht aber auch die Begründung der Servitut durch Vertrag, letztwillige Anordnung u. dergl. (§. 480. A. b. G. B.). Es würde aus jener Präsumtion weiter folgen, daß der im Besitze befindliche Kläger da, wo zum Erwerbe des Rechtes der sogenannte Titel allein hinreicht, wie bei obligatorischen Rechten (z. B. bei Rentrechten) bloß seinen Besiz zu beweisen brauchte, da ja das Vorhandensein des Titels nach §. 323. ohnedies vermuthet werde.<sup>11</sup> Schon diese Konsequenz läßt auf die Unrichtigkeit der ihr zum Grunde liegenden Hypothese zurückschließen.

Die völlige Haltlosigkeit einer solchen Annahme ergibt sich aus positiven Bestimmungen des Gesetzbuches selbst. So verordnen die §. 372. u. 373. desselben, daß derjenige, der die actio Publiciana anstellt, nebst dem Besitze auch den gültigen Titel und die echte Art, wie er zum Besitze gelangt ist, zu beweisen habe;<sup>11a</sup> nach

11) Z. B. wer das Recht auf eine Rentleistung z. B. Leibrenten einklagte, hätte hiernach bloß die einmalige faktische Ausübung desselben zu beweisen. Er ist ja im Besitze, hat als Besizer die Vermuthung des Titels für sich! Diese Ansicht wurde auch in der That zur Geltung gebracht in etwa ein Duzend Prozessen des B... er R. Ordens gegen mehre Karolinenthaler Insassen, in welchen der Kläger sich nur auf den Besiz der Giebigkeit stützen konnte! Die entgegengesetzte Ansicht, die der Verfasser im Urtheile I. Instanz zur Geltung brachte, wurde einfach mit der Verweisung auf den §. 323. beseitigt. Würden sich doch immer die Gerichte die in Nr. 10<sup>a</sup> citirte Entsch. des Veroneser Senats vor Augen halten. — Seit dem Erscheinen der ersten Auflage hat sich nun allerdings die Rechtsprechung rectificirt. — Selbst Winivarter, V. §. 191. Note ad 4. zieht die gerügte irrige Konsequenz, wenn auch nur beiläufig: „Hätte also Jemand durch 31 Jahre eine Leibrente bezogen, so braucht er zwar nicht den Leibrentenvertrag zu erweisen, weil er im Besiz des Rechtes ist.“

11a) Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß ja der Kläger vorausgesetzt Maßen den Besiz eben nicht hat, da er ihn mit der actio Publ. erst wieder erlangen will. (So nun Kindel, 21. S. 728). Denn da an den Besiz überhaupt, also auch an den vergangenen, die Vermuthung des Titels geknüpft ist, und es bei der actio Publiciana eben nur auf den Beweis des früher vorhanden gewesenen Besizes ankommt, so ist mit dem Beweise des Besizes in einem früheren Zeitpunkte auch die Vermuthung eines vorhanden gewesenen gültigen Titels hergestellt. Hiernach wäre die Bestimmung des §. 372., daß nebst dem Besitze der gültige Titel zu beweisen, offenbar überflüssig.

§. 1460. in Verbindung mit §. 1477. des G. B. muß derjenige, der sich auf die Ersetzung beruft, nebst dem Besitze auch den Erwerbstitel und den Ablauf der Zeit erweisen. Wozu würde das Gesetz erst den Beweis des Titels fordern, wenn schon mit dem Besitze allein die Vermuthung desselben verknüpft wäre?<sup>12</sup>

In der That hat die neuere Spruchpraxis unserer Gerichte und besonders jene des obersten Gerichtshofes — welche sich ehemals von den bedenklichen Konsequenzen der irreführenden Präsumtion des §. 323. G. B. nicht frei hielt (vgl. z. B. die Judikate Nr. 14. 208. 971. 1594. der Samml. Unger-Glaser-W.) — die ältere irrthümliche Auslegung der fraglichen Gesetzesbestimmung völlig aufgegeben und legt nunmehr dem §. 323. nur den Sinn bei, daß der Besitzer zur Angabe des Titels nicht aufgefordert werden kann und lediglich als Beklagter von der Beweisspflicht (wie selbstverständlich) so lange frei ist, als nicht der Kläger sein Recht beweist. Vgl. namentlich die Entsch. Nr. 935. 1044. (G. v. 24. Dezember 1857 Z. 12924.), Nr. 1894. 1997. 2877. (G. v. 11. Oktober 1867, vgl. Note 12<sup>c</sup>).

12) Vgl. Unger, II. S. 591, R. 38. Berger, Krit. Beitr. S. 91, und über die Protokolle der Revisionskommission Note 13b. Der Ansicht der älteren Kommentatoren schließt sich dagegen an Monti, §§. 7. u. 43., indem er auszuführen sucht, daß die §§. 372. u. 1460. G. B. aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Ausnahme von der Regel des §. 323. enthalten, welche letztere auf der Eigenthumspräsumtion beruhe. Allein von dieser kann nicht die Rede sein (s. §. 8.), und daß die §§. 372. u. 1460. bloße Konsequenzen der regelrechten Beweisvertheilung sind, ergibt schon die historische Provenienz. — Die angebliche Vermuthung des §. 323. ist der Ausfluß der älteren Doktrin, welche die Beweislast in ganz verkehrter Weise durch Vermuthungen zu regeln versuchte, und in unbegreiflicher Selbsttäuschung nicht, wie sie meinte, aus den Vermuthungen die Beweislast, sondern gerade umgekehrt, aus der im Wesen richtig erkannten Regel über die Vertheilung der Beweislast ihre Scheinvermuthungen ableitete. Vgl. hierüber die gelungenen Ausführungen Unger's, II. S. 577—601, und von älteren: Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 63—65. Prato bevera, Materialien, II. S. 54 flg. Savigny, Oblig. R. II. S. 156 flg. Gruchot, Beiträge V. S. 507 flg. — Daß auf den vom Gesetze gebrauchten Ausdruck „Vermuthung“ kein großes Gewicht zu legen ist, darauf weist schon der vage Sprachgebrauch des Gesetzbuches hin, indem sich dasselbe dieses Wortes sehr häufig im nicht technischen Sinne bedient, wie die aufmerksame Prüfung der angeblichen Präsumtionen der §§. 17. 25. 99. 360. 479. 607. 608. 620. 675. 676. 1029. 1030. 1084. 1158. 1295. 1297. u. a. des G. B. ergibt, welche bald eine Dispositivbestimmung, bald bloße Auslegungsregeln, bald bloße Motivirungen des Gesetzes in der Form einer Vermuthung enthalten.

Nr. 3083. der Samml. Unger-Glaser, ferner Entsch. v. 2. März 1865 Z. 1687 (Právník 1865 S. 699), Erf. v. 7. Januar 1874 Z. 11560 (ebenda 1874 S. 194), Erf. v. 25. Juli 1872 Z. 1862, G. Z. 1872 Nr. 87, und v. 23. Okt. 1872 Nr. 27 des Spruchrepert. (Nr. 4745 Samml. Gl.-U.-W.), von welchen die dem Datum nach citirten Entscheidungen in ihren Motiven die hier vertretene Auffassung in bindiger Weise zum Ausdruck bringen.<sup>12a</sup>

Auch kann es bei der allgemeinen und vorbehaltlosen Fassung des §. 323. G. B. keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß der Besitzer auch im Provokationsverfahren wegen eines aufzuführenden Baues (§. 72. A. G. D.) des ihm im §. 323. B. G. B. gewährten Vortheils theilhaftig ist und daher die vom Bauführer gegen ihn erhobene Aufforderungsklage einredeweise mit Erfolg dahin beantworten kann, daß er als Besitzer zur klagsweisen Darthung des behaupteten Rechts nicht aufgefordert werden dürfe. Was für die entgegengesetzte Ansicht angeführt zu werden pflegt, geht über den Utilitätsstandpunkt nicht hinaus. In diesem Sinne entscheidet auch constant der oberste Gerichtshof. Vgl. die Erkenntnisse Nr. 110. 205. 958. 981. 2332., das Judikat Nr. 1 (Erf. v. 18. März 1853 Z. 2584, G. Z. 1872 Nr. 70) und das Erf. vom 30. April 1872 Z. 871 (G. Z. 1872 Nr. 100). In solchen Fällen erübrigt dem Bauführer nur die actio negatoria, wobei er allerdings Eigenthum oder mindestens Usufapionsbesitz am Baugrund zu beweisen hat.

Unter Festhaltung des so gewonnenen Resultates, daß der §. 323. des G. B. keine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besizes enthalte, läßt sich auch leicht die so bestrittene Frage über die Beweislast bei der actio negatoria (§. 523. A. b. G. B.) lösen. Drei Ansichten

12a) Die Motive des Spruchs Nr. 27 Spruchrep. bemerken: „Durch diesen §. (323.) wird der Besitzer nur gegen die Aufforderung geschützt, als Kläger einen gültigen Titel seines Besizes nachzuweisen, welcher Fall hier (z. c. bei der Negatorienklage), wo der Beklagte von dem Eigenthümer belangt wird, nicht eintritt.“ Vgl. auch Savigny, Oblig. R. II. S. 156, der bemerkt, daß jene „Vermuthung“ nur sagen wolle, daß sich der Beklagte auf die reine Verneinung beschränken und abwarten könne, ob es dem Kläger gelingen werde, den Richter für sich in Thätigkeit zu setzen. Vgl. schon §. 4. J. de interd. 4. 15. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non poterit suam esse probare, rem anet suo loco possessio . . . Nach der entgegengesetzten Ansicht müßte man für jeden Beklagten Rechtsvermuthungen aufstellen.

bestehen hierüber. Die eine geht dahin, daß der Kläger immer die Freiheit des Eigenthums, das Nichtvorhandensein des beschränkenden Rechtes (insbesondere einer Servitut) auf Seite des Beklagten beweisen müsse; die andere behauptet in geradem Gegensatz, der Beklagte habe immer das Vorhandensein desselben zu beweisen; eine dritte vermittelnde Meinung unterscheidet, ob der Beklagte im Besitze des Rechtes sei oder nicht; im ersteren Falle habe er als Besitzer die Vermuthung des Rechtes für sich (§. 323. A. b. G. B.) und habe daher der Kläger das Nichtvorhandensein desselben zu beweisen; sei dies aber nicht der Fall, so sei die zweite Meinung die richtige. Die erste Ansicht, die sich bloß auf das Wort „Anmaßung“ im §. 323. stützt, ist schon oft widerlegt worden.<sup>12b</sup> Die Haltlosigkeit der Unterscheidung und Begründung der dritten kann nach dem Vorgesagten keinem Zweifel unterliegen. So erübrigt denn nur die zweitgenannte Ansicht, daß der Kläger immer nur sein Eigenthum, nie dessen Freiheit zu beweisen habe, die sich aus der juristischen Natur der actio negatoria mit Nothwendigkeit ergibt, und sich in der neueren Zeit auch in der Gerichtspraxis immer mehr Bahn bricht.<sup>12c</sup>

12b) Vgl. neuestens die gründliche Abhandlung Swoboda's: Hist.-dogm. Erörterungen praktischer Rechtsfälle (1873) S. 1—56. Draftisch weist S. auch die Absurdität der praktischen Konsequenzen der dritten Ansicht nach: Behauptet nämlich der Beklagte Sachbesitz, so muß er dem sein Eigenthum oder den Usukapionsbesitz beweisenden Kläger weichen; behauptet er Rechtsbesitz, z. B. Besitz des Usufruktuus, so müßte Kläger, um obzuliegen, auch noch die Freiheit des Eigenthums nachweisen. Die Mehrzahl unserer Schriftsteller (insbes. Rippel, IV. S. 692. Winwarter, II. S. 345. Stubenrauch, II. S. 224, selbst noch Kirchstetter, S. 276, 2. Aufl.) bekennt sich zu der im Text verworfenen dritten Meinung. Zeilner, II. S. 366 vertritt zunächst die richtige Meinung, bürdet aber schließlich den Beweis der Freiheit des Eigenthums dennoch dem Kläger auf, wenn der Beklagte „eine günstige Entscheidung des Besizes von dem Servitutsrechte erwirkt hat.“ Wie verkehrt es ist, alles auf den zufälligen Umstand zu stellen, ob der Eigenthümer vorerst die Besitzklage (ohne Erfolg) oder sofort die Negatoria anstellt, liegt auf der Hand. Vgl. Swoboda, S. 37.

12c) Vgl. Note 10a, die oberflüch. Entsch. Nr. 1044, 1062, 1725, 1894, 1917, 1997, 2758, 2877, 5771 und Jud. Nr. 27 des Spruchrepert. (f. R. 12a). Die E. Nr. 2877 v. 11. Oktob. 1867 Z. 7879 bemerkt richtig: „Da selbst bei der Eigenthumsklage der Kläger nur sein Eigenthum und nicht den Nichtbestand eines Besitzrechtes des Inhabers zu beweisen braucht, können auch bei der Negatorienklage die §§. 323. u. 324. A. b. G. B. nicht dahin verstanden werden, daß der Kläger etwas Mehreres als eine sein Eigenthumsrecht beschränkende Servitutsausübung zu beweisen habe, wonach sich diese Ausübung von selbst als eine Anmaßung darstellt, sobald der Beklagte die rechtliche Erwerbung nicht zu erweisen vermag.“ Die älteren

fragt man nun, was das G. B. im §. 323. normirt haben wollte, so antworten wir: nur die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer. Dies geht klar hervor aus dem zweiten Absätze des §. 323.: „er (der Besitzer) darf also zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden,“ und noch mehr aus dem nachfolgenden §. 324.: „Diese Aufforderung findet auch dann noch nicht Statt, wenn Jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit anderen rechtlichen Vermuthungen, z. B. mit der Freiheit des Eigenthums sich nicht vereinbaren lasse.“ Das Hauptgewicht liegt also in der Norm über die Unstatthaftigkeit der Provokation, und der erste Absatz des §. 323. enthält in dem Gewande der Vermuthung bloß die Motivirung dieser gesetzlichen Vorschrift.<sup>13 13a</sup> Vgl. auch §. 325. A. b. G. B. Zwar erklärte sich

unrichtigen Judikate Nr. 14, 208, 971, 1147, u. 1594 erscheinen sohin durch die neuere konstante Rechtsprechung desavouirt. — In Ansehung des Sinnes des vielfach mißverstandenen Wortes: „Anmaßung“ (§. 523. G. B.) beweisen die bei Swoboda, S. 42—46 angeführten Ausführungen Garraffow'sky's über die Entstehungsgeschichte des §. 523. G. B., daß man in keinem Stadium der Berathung daran dachte, dem mit der actio negatoria auftretenden Eigenthümer den Beweis aufzubürden, daß dem Gegner eine Servitut nicht zustehe. Noch der dem westgal. G. B. vorgehende Entwurf und das westgal. G. B. selbst bedienen sich statt des Wortes „Anmaßung“ des Wortes „Störung“ und nur der „Deutlichkeit wegen“ wurde über Zeiller's Vorschlag in der Sitzung vom 5. Dezember 1803 der erstere Ausdruck dem letzteren substituir! Soviel steht fest, daß im Sinne der Kommission beide Ausdrücke als identisch zu betrachten sind. Hiermit zerfällt die Behauptung Kirchstetter's, S. 276 Nr. 3, daß unsere Ansicht, die er an sich für richtig hält, mit der „unzweifelhaften Bestimmung des §. 523.“ nicht übereinstimme. — Die richtige Ansicht spricht deutlich aus das preuß. L. R. §. 181. I. 7. in der Form einer stärkeren Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums (vgl. Koch, S. 96. Förster, III. §. 12. S. 245. Dernburg, §. 250.) und das sächs. Gesetzbuch §. 323. Dies ist auch nach gemeinem R. die herrschende Meinung, vgl. Arndt's, §. 169. Nr. 4. Vangerow, §. 353. A. 2. Windscheid, §. 189. Das franz. G. B. enthält keine ausdrückliche Bestimmung über diesen Fall. Dagegen neuerlich Brinz, I. S. 238 (§. 171. 2. A.), dazu Swoboda, S. 8—22.

13) Winwarter, II. S. 70, behauptet, die besagte Norm des §. 323. beruhe darauf, „weil man überhaupt nicht schuldig sei, einem Anderen, der nicht hiezu ein besonderes Recht erlangt, über seine Rechtsverhältnisse Auskunft zu geben.“ Das Unpassende dieses Grundes liegt auf der Hand, und beruht diese Motivirung auf einer Verkennung des Wesens des Aufforderungsprozesses. Vgl. dagegen schon Rippel, III. S. 89 u. 94, den ein gesunder praktischer Sinn von irrigen Schlußfolgerungen aus der (von ihm übrigens theoretisch anerkannten) angeblichen Vermuthung des §. 323. fernhielt.

13a) Dieselbe Bestimmung, wie §. 323. A. b. G. B., enthalten die §§. 179. 180. I. 7. des preuß. L. R. Auch dieses wollte damit bloß sagen, daß der Besitzer

Zeiller bei der ersten Lesung des Entwurfs in der Sitzung v. 4. April 1803 ad §. 324. gegen den Vorschlag des n. ö. App. Gerichtes, welches nach dem Vorgang des preuß. L. R. beantragte, der Vermuthung der Freiheit des Eigenthums den Vorzug vor der Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes zu geben; denn, sagt Z., „selbst das gemeine römische Recht gebe, so sehr es die Freiheit begünstige, dem Besitzer den Vorzug; . . . auch könnte nach der entgegengesetzten Meinung jeder Grundhold den Grundherrschaft ungeschädlich des Besitzes der Grundrechte zum Beweise auffordern“ u. s. f. Indes abgesehen von der Berufung auf das R. R. zeigt diese Pointe der ganzen Argumentation, daß es Z. doch nur darum zu thun war, die Unzulässigkeit der Provokationsklage sicherzustellen.

Sollte nach dem Gesagten noch ein Zweifel über den Sinn des §. 323. bestehen, so wird derselbe vollends beseitigt durch die Vergleichung desselben mit dem offenbar dem Sinne nach übereinstimmenden §. 45. des westgal. G. B., welcher lautet wie folgt: „Jedem Menschen kommt das natürliche Recht des guten Leumunds gegen alle übrigen zu Statten; es dürfen also weder Inhaber noch Besitzer zur Ausweisung ihres gültigen Titels aufgefordert werden.“ Hier wie dort derselbe Rechtsatz in der Form eines irrigen Schlusses — nur mit dem Unterschiede, daß die Prämisse des Entwurfs unverfänglich, die des G. B. irreführend ist.<sup>13b</sup>

nicht zur Angabe und zum Beweise des Titels aufgefordert werden könne. Dies geht nicht nur aus dem §. 180. („Er ist also den Titel seines B. anzugeben und nachzuweisen nicht verpflichtet“), sondern auch aus den §§. 182. 184. 185. hervor, welche die Ausnahmefälle anführen, in denen der Titel angegeben werden muß. Dieser Auffassung kann der §. 187. nicht entgegengesetzt werden, welcher in der That eine illusorische Bestimmung enthält; denn er befreit nicht im Prozesse vom Beweise des behaupteten Rechtes, vgl. §. 181. 182. I. 7. und §. 34. I. 15. S. auch Förster, II. S. 79. Unbefriedigend ist die Ausführung Koch's, S. 95 und Bornemann's, I. §. 91. Vgl. auch Note 10. — Das franz., ital. u. sächsl. G. B. wissen von so einer Vermuthung nichts.

13b) Erst bei der Superrevision des Entwurfs (Sitzungsprotokoll vom 20. November 1809) wurde über Bemerkung des Präsidenten von Paan, daß der Begriff „ausweisen“ die „Legitimierung, ob der Titel rechtmäßig sei, in sich begreife, was schon zu weit ginge“, diesen Ausdruck das Wort „angeben“ (Angabe) substituiert. Ebenso wurden über Antrag Pfleger's durch Majoritätsbeschluß die Worte „oder Inhaber“ gestrichen, weil dieser nicht einmal den Willen habe, die Sache als die seine zu haben, hiemit auch die Vermuthung eines gültigen Titels nicht für sich haben könne, wogegen indes Pratobevera das Minoritätsvotum mit Recht, obwohl ohne Erfolg damit verteidigte, daß auch der Inhaber einen gültigen (Detentions-)

Ist es nun auch gewiß, daß der §. 323. die gesetzliche Vermuthung eines gültigen Titels nicht enthält, und daß daher die Begründung der Norm über die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besitzer aus dieser angeblichen Vermuthung eine unhaltbare sei, so darf doch aus dieser irrigen Motivirung kein Zweifel an der Allgemeingültigkeit der darauf gestützten Norm, daß gegen den Besitzer die Aufforderungsklage niemals Statt hat, hergeholt werden. Aus dem Nachfolgenden wird sich übrigens ergeben, daß diese Norm des §. 323., wenigstens so weit sie den Sachbesitzer betrifft, überflüssig war. Hierzu ist es nöthig, das Wesen des Aufforderungsprozesses im Kurzen zu berühren. Unsere Civil-Process-Ordnungen (§. 66. der allg. und galiz., und §. 598. der eh. siebenb.-ung. C. P. D.) enthalten die Bestimmung: „daß, wenn sich Jemand gerühmt hat, daß ihm wider „einen Dritten ein Recht gebühre, diesem freistehende, ihn gerichtlich zu belangen und zu bitten, daß ersterem sein Recht auszuführen aufgetragen, in Ermangelung dessen aber das ewige Stillschweigen diesfalls aufgelegt werde.“

Hieraus folgt nun, daß nur derjenige mit der Aufforderungsklage Jemanden belangen könne, gegen den sich dieser eines Rechtes gerühmt hat, gegen den daher der Berühmte die Klage auf das berühmte Recht anstellen könnte; daß also nur derjenige die Aufforderungsklage anstellen kann, der mit der aufgeforderten Klage belangt werden könnte.<sup>14</sup>

Titel haben könne, z. B. als Depositär. Daß Pfleger's Ansicht in die Präsumtionstheorie hinüberspielt, liegt auf der Hand. Entscheidend kann sie aber für die Interpretation des §. 323. Angesichts der Ausführungen des Textes durchaus nicht sein.

14) Vgl. Franke, Civ. Archiv XVIII. S. 227. Martin, Lehrbuch des Proz. §. 225. „Nur der künftig rechte Beklagte kann provociren“. Bayer, Summ. P. §. 53. Schuster, Comment. zur siebenb.-ung. C. P. D. S. 922, 6. Ann. Weßell, System d. ord. Civilpr. (2. Aufl.) §. 13. S. 90 ff. Menger, Destr. Civilpr. §. 20. Denn da der mit der Provokationsklage Belangte zur Anstellung einer Klage gegen den Provokanten verurtheilt werden soll, eine Verurtheilung zu einem Thun aber die rechtliche Möglichkeit dieses Thuns zur Voraussetzung hat, so muß der Aufgeforderte auch die aufgeforderte Klage gegen den Aufforderer rechtlich anstellen können. Ist diese rechtliche Möglichkeit für ihn nicht vorhanden, so kann er vom Provokanten mit der Aufforderungsklage nicht belangt werden. Daher: Nur der im aufgeforderten Prozesse rechte Kläger kann provocirt werden und nur der in eben diesem (aufgeforderten) Prozesse rechte Beklagte kann provociren.

Es versteht sich hiebei nach den allgemeinen Beweisregeln (§. 104. a. G. D.) von selbst, daß der Provokant in der Klage die gedachten rechtlichen Voraussetzungen der Aufforderung (nämlich die Möglichkeit, mit der aufgeforderter Klage belangt werden zu können) beweisen müsse.<sup>15</sup>

Wenden wir nun diese Grundsätze auf die einzelnen Fälle an, so ergibt sich: daß zur Anstellung der Eigenthumsklage nur derjenige provoziren kann, der die Sache inne hat, indem nur der Inhaber einer Sache mit der Eigenthumsklage belangt werden kann, (§§. 369. u. 375. d. G. B.), daß also (a contrario) der Inhaber einer Sache niemals zur Erhebung der Eigenthumsklage aufgefordert werden darf, weil eben die Inhabung der Sache zum Fundament der Provokationsklage auf Erhebung der *Rei Vindicatio* gehört.<sup>16</sup> Es kann daher aus eben diesem Grunde der Sachbe-

15) Muther, Jahrb. f. gem. deutsches Recht, II. 2. (1858), welcher die Diffamationsklage als eine *actio poenalis* und die ihr zu Grunde liegende Obligation als *obligatio ex delicto* auffaßt (§. 19. d. N.) und als Grundgedanken dieses Institutes den ökonomischen Zweck bezeichnet, einen dem Diffamanten zur Schmälerung seines guten soliden Rufes drohenden Vermögensnachtheil abzuwenden, läugnet dies zwar (§. 27.), indem er behauptet, daß zum Fundamente der Provokationsklage nichts anderes gehöre, als das Delikt der Diffamation. — Allein die ganze theoretische Auffassung und Begründung des *Remedium ex lege Diffamari*, wie sie M. gibt, ist (des verdienstlich historischen Theiles unbeschadet) wenig geeignet, „diese Lehre auf feste Prinzipien zurückzuführen“, wohl aber dieselbe durch den neuen und unbestimmten Begriff „des Angriffes auf die ökonomische Ehre“ auf noch vagere Grundlagen zu stellen. So z. B. substituirt M. im §. 27. der ökonom. Ehre den moralischen Ruf, und gelangt zu dem Resultate, daß das Berühmen mit einem bedingten oder betagten Rechte aus dem Grunde keine Diffamation sei, weil dasselbe angeblich keinen Angriff auf die ökonom. Ehre enthalte (?). Vgl. dagegen auch Wegell, S. 93, Note 36. Das franz. R. kennt die Provokation *ex lege d. nicht*. S. Menger, S. 257, N. 8. Der deutsche Entw. v. 1874 und die R. G. Pr. D. haben dieselbe nicht aufgenommen; als Motiv wurde angeführt, daß durch §. 223. Entw. bez. 231. R. G. Pr. D., Präjudicialklagen im weitesten Umfang zugelassen seien. Dies trifft aber, wie Menger a. D. richtig bemerkt, bezüglich der Provokation anlässlich eines Baues nicht zu.

16) Es ist hiemit nicht der Besiz, sondern schon die bloße Inhabung, welche gegen die Aufforderungsklage zur *Rei Vindicatio* schützt (§. 369. G. B.), und ist daher auch in dieser Beziehung der §. 323. nicht genau gefaßt; dagegen kann auch nicht die in R. 13<sup>b</sup> angeführte Textesabänderung des §. 45. I. Entw. angeführt werden, da das Motiv Pflieger's auf der irrigen Präsuntion des Titels beruht. Daß der Inhaber sich gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen kann, daß er seinen Vormann (sollte heißen den Besizer, den er vertritt) namhaft macht (sog. *nominatio auctoris*, §. 375.), steht mit dem Gesagten ganz im Einklange. Vgl. Gl-

finger — als Inhaber mit dem Eigenthumswillen §. 309. d. G. B. — mit der Aufforderungsklage zum Erweise seines Eigenthumstitels nicht aufgefordert werden. Dies ist der wahre juristische Grund der Bestimmung des §. 323. d. G. B., betreffend die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besizer.<sup>17 17a</sup>

Es ergibt sich hiernach, daß der Sachbesizer auch dann, wenn die Vermuthung des §. 323. d. G. B. für die Rechtmäßigkeit seines Besizes und die hieraus gefolgerte Norm über die Unstatthaftigkeit der Aufforderungsklage gegen ihn in das Gesetzbuch nicht wäre aufgenommen worden, doch nicht mit der letzteren belangt werden könnte. Dies in Bezug auf die Berühmung des Sachbesizers mit dem Eigenthumsrechte.

Bezüglich der Berühmung mit Rechten (außer dem Eigenthume) ergibt sich der im §. 323. d. G. B. aufgestellte Grundsatz, daß der Besizer nicht zur Angabe des Titels des berühmten Rechtes aufgefordert werden kann, nicht so wie rücksichtlich des Sachbesizes aus der Natur der diesfälligen rechtlichen Verhältnisse.

liger, I. Sdb. S. 150. Mit Recht hat daher der oberste Gerichtshof mit Entsch. v. 17. Januar 1866, Z. 10947 (Nr. 2366 der Gl.-U.-B. Samml.) die Aufforderungsklage zum Nachweise des Pfandrechts gegen den Besizer eines Faustpfandes, welcher seine Forderung zur Verlassenschaft anmeldete, abgewiesen. Dagegen stimme ich nicht zu: der Abweisung der Provokation auf Nachweis der Forderung; denn daß diese von dem aus der Bestellung des Faustpfandes sich ergebenden Rechte nicht getrennt werden könne, ist nicht richtig. Wäre Provokat sachfällig geworden, so hätte Provokant die Pfandsache mit der Eigenthumsklage oder *condictio sine causa* zurückfordern können. — Anders die Entsch. Nr. 511 der Samml. Gl.-U.-B. mit welcher die Aufforderungsklage des Verpächters gegen den Pächter, der die Restitution wegen angeblichen Eigenthums verweigerte, zugelassen wurde. Richtig entschied die 2. Instanz, welche die Provokation abwies.

17) Die irrige Motivirung des §. 323. d. G. B. enthält auch noch §. 599. der sieb.-ung. G. P. D. Uebrigens geht schon aus dem Wortlaute des §. 66. a. G. D. (§. 598. sieb.-ung. G. P. D.) hervor, daß nur der Inhaber (resp. Besizer) zur Eigenthumsklage provociren könne; denn derselbe fordert, „daß sich Jemand eines Rechtes gegen einen Dritten berühmt habe.“ Durch die Berühmung des Eigenthumsrechtes einer Sache kann sich aber offenbar Niemand Anderer, als nur der Inhaber betroffen fühlen. — Wie so aber Schuster, a. a. D., S. 921 Nr. 4, behaupten kann, „dingliche Rechte sind auch Gegenstand der Berühmung, denn sie sind, insofern der angebliche Berechtigter nicht den Besiz derselben hat, gleichfalls nur Forderungsrechte“ — ist unbegreiflich.

17a) Derselbe Grundsatz führt dahin, daß bei der Berühmung mit dinglichen Rechten nur der Eigenthümer der Aufforderer sein kann, ebenso bei Berühmung mit Forderungen nur der angebliche Schuldner, bei Berühmung mit Erbrechten nur der erbserklärte Erbe.

Indeß trotz der Irrigkeit des im §. 323. angeführten Grundes kann an der Anwendbarkeit der Norm dieses §., daß der Besitzer nicht mit der Aufforderungsklage belangt werden könne, auch auf den Rechtsbesitzer kein Zweifel bestehen. Denn aus der bloßen Unrichtigkeit der Begründung kann kein Grund der Aufhebung seiner Geltung hergenommen werden. Es ist also nach österreichischem Rechte ein wirklicher Vortheil des Rechtsbesitzers, daß er mit der Aufforderungsklage zur Angabe des Titels des faktisch geübten Rechtes nicht aufgefordert werden darf.<sup>18</sup> Es kann daher der Besitzer einer Servitut, einer Reallast, eines Bannrechtes vom Eigenthümer der belasteten Realität niemals zur Angabe des der Ausübung zu Grunde liegenden Rechtes im Wege der Aufforderungsklage verhalten werden.

Es dürfte hier am Platze sein, die Frage zu beantworten, ob der sogenannte bürgerliche Besitzer einer Sache oder eines Rechtes zur Angabe seines Titels aufgefordert werden könne, z. B. der bürgerliche Eigenthümer vom Naturalbesitzer zum Erweise des Eigenthumsrechtes? Sie ist zu verneinen. Zwar würde die Berufung auf den §. 323. cit. kaum entscheidend sein, da der bürgerliche Besitz gar kein Besitz ist und der gedachte §. nur den Naturalbesitz vor Augen hat. Der Grund liegt vielmehr darin, daß auf die Berühmung eines Rechtes,

18) Anders nach gemeinem Rechte (vgl. Franke, Bayer und Martin a. a. D.). U. U. ist Mutyer, §. 27. und Wegell, Syst. S. 90. Die Praxis des gemeinen Rechtes läßt nämlich die Provokationsklage, obgleich der R. Absch. v. 1532, Art. 3. §. 2. und die Kam. G. D. v. 1553, II. 25. zunächst nur denjenigen zu provoziren gestatten, der in friedbrüchigen, Schmach u. a. dergl. Sachen und diffamirt hat, also uns eines Friedensbruches oder eines andern Delikts beschuldigte, doch ganz allgemein gegen Jedermann zu, der sich eines Rechtes gegen uns berühmte, wenn auch darin kein Vorwurf eines begangenen Delikts liegt. Dieselbe ist nur da ausgeschlossen, wo die Klaganstellung nicht möglich ist, nicht aber (wie namentlich Wegell a. D. behauptet) auch dann, wenn dieselbe nicht veranlaßt ist, z. B. beim Servitutbesitzer. Dagegen läßt sich nicht der Einwurf erheben, daß die Aufforderungsklage ein subsidiäres Rechtsmittel sei und also da nicht statfinde, wo wie z. B. bei Servituten der Eigenthümer den Berühmer mit der actio negatoria zum Erweise des berühmten Rechtes zwingen könne. Denn die Subsidiarität ist nirgends gesetzlich ausgesprochen, und liegt auch nicht im Wesen des Provokationsprozesses. Wenn es auch Zweck des Letzteren ist, die Möglichkeit zu gewähren, sich gegen ein berühmtes Recht zu vertheidigen und im genannten Falle die actio negatoria zu gleichem Ziele führt, so schließt doch von Klagen, von denen mehrere denselben Zweck erreichen können, keine die andere an sich schon aus; vgl. Franke, a. a. D. und Unger, II. S. 386 u. flg.

das für den Berühmer bürgerlich vorgeschrieben ist, der Begriff der Diffamation gar nicht paßt.<sup>19</sup> Ein positiver Grund für die Verneinung der Frage liegt darin, daß derjenige, der die Gültigkeit eines den öffentlichen Büchern einverleibten Rechtes bestreiten will, die Klage auf Löschung desselben einbringen, hiemit als Kläger auftreten muß.<sup>20</sup> Vgl. nummehr §§. 61 flg. des Grundbuchsges. v. 25. Juli 1871. Es wird daher in dem gegebenen Falle, wenn der bürgerliche und Naturalbesitzer verschiedene Rechtssubjekte sind, Keiner gegen den Anderen die Aufforderungsklage zur Erhebung der Eigenthumsklage anstellen können.<sup>20a</sup> Als weitere angeblich mit dem Besitze verbundene Vortheile werden angeführt:

3. Daß der Sachbesitzer mit der Aufforderungsklage nicht belangt werden könne (§. 323. u. 324. A. b. G. B.).<sup>21</sup> Es wurde bereits im vorhergehenden Absätze gezeigt, daß auch ohne die Bestimmung dieses Paragraphen der Besitzer nie zur Erhebung der Rei Vindicatio provoziert werden könnte, weil nur er allein zur Anstellung derselben auffordern kann.

19) Aus demselben Grunde, aus welchem in dem Vorgeben von sogenannten Personenrechten, wenn der Status, aus dem sie folgen, nicht bestritten ist, keine Berühmung gefunden werden kann, z. B. wenn sich ein Kind des Alimentenrechtes rühmt. Irrig ist, was Schuster, a. a. D., S. 923, Nr. 2 sagt.

20) So verordnet schon das Landtafelpat. für Böhmen u. Mähren v. 22. April 1794, §. 171 J. G. E. im §. 15. mit allerdings sonderbarer Begründung: „Die Wirkung der . . . Intabulation ist, daß sie den Besitzstand befestigt und einen demaßen intabulirten Besitzer zur Ausübung der Besitzrechte berechtigt. . . . Daher kann ein landtäfellicher Besitzer oder Gläubiger zum Beweise seines durch die Landtafel erworbenen Rechtes nicht aufgefordert werden; sondern solcher liegt dem Gegentheile in Ansehung der dagegen erregten Einwendungen ob“. Ebenso verordnete das Hofd. v. 20. August 1818, §. 1488, daß ein ordnungsmäßiger bürgerlicher Eintrag nur durch Klage auf Löschung desselben bestritten werden könne.

20a) Vgl. die Entsch. Nr. 2118 der Samml. Gl. -U. -W.; die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes beruht darauf, daß derselbe auf Seite des Provokaten Sachbesitz nicht annahm. So auch die Entsch. v. 26. Jänner 1876, §. 8406, Ser. 3. 1877, Nr. 3, deren Motive mit den im Text angef. Gründen übereinstimmen.

21) So die österr. Kommentare, Zeiller, II. S. 60. Rippel, III. S. 93. Winiwarter, II. S. 70. Stubenrauch, I. §. 323. S. 651. Minastewicz, Tabularbesitz, §. 16. Winiwarter findet den Grund des §. 323. darin, daß derjenige, der die Veränderung eines Zustandes bewirken will, die Gründe hiezu beibringen, folglich als Kläger auftreten und sein Recht darthun muß. Die Folge dieses Grundsatzes wäre, daß am Ende Niemand irgend eine Handlung vornehmen dürfte, zu der er nicht durch richterliches Urtheil ermächtigt erscheint. So auch Koch, S. 99.

4. Der Vortheil, daß der Besitzer im Vindikationsprozeß auch dann, wenn von keiner Seite Eigenthumsrecht (bez. Usukapionsbesitz) bewiesen wird, obsiegt. §. 324. A. b. G. B. „Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug“. <sup>22</sup> Allein dieser Vortheil ist eine Folge des allgemeinen prozessualischen Grundsatzes, daß der Beklagte gewinnt, wenn der Kläger nicht sein Recht beweist, welcher Grundsatz im Eigenthumsprozeß darum auffällig hervortritt, weil der mit der *rei vindicatio* belangte Beklagte immer die Sache in seiner Macht hat, was bei oberflächlicher Betrachtung dazu verleitet, diesen Erfolg als einen mit dem Sachbesitze verbundenen Vortheil darzustellen. Ein Vortheil des Besitzes ist dieser Erfolg schon darum nicht, weil derselbe auch bei dem bloßen Inhaber eintritt (§. 369.). <sup>23</sup> Dasselbe Verhältniß wiederholt sich beim Rechtsbesitze.

5. Das Retentionsrecht, sofern es nach österr. Rechte überhaupt statt hat (vgl. §. 471. A. b. G. B., §. 19. Advok. Ord. und die art. 313—315. Hand. G. B.). Es ist darum kein mit dem Besitze verbundenes Recht, weil dasselbe nicht an den Besitz, sondern bloß an die Inhabung geknüpft ist, und überdies zu seiner Existenz noch besonderer Voraussetzungen bedarf. Dies gilt sowohl von dem Retentionsrechte im weiteren Sinne (d. i. dem Rechte der Zurückbehaltung einer Leistung wegen einer Gegenforderung), als vom Retentionsrechte im engeren Sinne (d. i. dem Rechte, die Herausgabe

<sup>22</sup> So Winawarter, II. §§. 38. 39. u. fig., doch vgl. §. 45. S. 77, wo dies als ein Vortheil auch des bloßen Inhabers dargestellt wird. Interessant ist der Fall Nr. 2917 der Samml. Gl. - u. - W. Beklagte hatte den Besitz des ihr sechs Monate vorher abgelockten Hundes durch die Vermittlung der Polizeibehörde wiedererlangt; die Klage des letzten Besitzers, dem der Hund durch diese Behörde war abgenommen worden, wurde mit Recht abgewiesen, da beide Theile eben nur Usukapionsbesitz *pari causa* auszuweisen vermochten; die Berechtigung der Polizeibehörde zur Besitzabnahme blieb außer Frage. — Die franz. Civilisten stehen meist auf dem Standpunkte der älteren Theorie. Vgl. Zacharia, C. R. §. 186. Frey, §. 185. Santskindel, 21. (1.) S. 722 für's preuß. R.

<sup>23</sup> L. 9. Cod. de rei vind. Savigny, §. 3. Kierulff, S. 400. Roth, Bayr. Civlfr. §. 131. Dag. ohne Grund Hedemann, S. 103. Dies übersieht Büchel, S. 50, sofern er den Umstand, daß der Besitzer als Verklagter erscheint, als Wirkung des Besitzes, ja geradezu als die einzige Wirkung desselben bezeichnet. Nur als faktischen Vortheil des Besitzes (Bruno, Besitzfl. S. 274, 287) kann man denselben bezeichnen. Das preuß. L. R. enthält im §. 161. I. 7. die obige Prozeßregel in der Form eines dem Besitzer gewährten Rechtes. Dagegen Koch, S. 99, 100. Förster, S. 79.

einer körperlichen Sache zu verweigern, zum Schutze einer Gegenforderung). <sup>24</sup>

6. Der Eigenthumserwerb durch Occupation und Tradition. In beiden Fällen wird zwar mit der Besitzergreifung Eigenthum erworben (§. 381. u. 425. A. b. G. B.). Allein der Erwerb des Eigenthums ist keine Folge des Besitzes als dauernden Zustandes, sondern der Besitzergreifung unter Voraussetzung noch anderer rechtlicher Umstände. Besitz und Eigenthum werden hier zu gleicher Zeit erworben und ist daher Letzteres keine Folge des Ersteren. <sup>25</sup>

7. Die Klage aus dem sogenannten vermutheten Eigenthume (§. 372.) (*Actio Publiciana*). Diese Klage jedoch stützt sich nicht auf den bloßen Besitz, sondern Voraussetzung derselben ist ein besonders qualifizirter (rechtmäßiger, echter und redlicher) Besitz — ein Besitz, wie er zur Ersetzung erfordert wird (Usukapionsbesitz). Sie erscheint daher vielmehr als petititorische, und nicht als bloße Besitzklage, und wird auch vom Gesetze als solche aufgefaßt (§. 372.). Der Kläger wird — für den wahren Eigenthümer gehalten. <sup>26</sup>

8. Die Ersetzung. <sup>27</sup> Allein auch die Ersetzung ist keine Folge

<sup>24</sup> Ein Retentionsrecht im w. S. geben die §§. 877. 934. 1052. 1062. u. a. A. b. G. B. Vgl. Unger, II. S. 499, Note 17. — Ein Retentionsrecht im eng. Sinne kennt das A. b. G. B. nicht (§§. 334. 471.), vgl. Unger, a. a. D., wohl aber die Advokatennord. §. 19. und das Handels-G. B. in den Art. 313—315, verbunden mit einem eventuellen Pfandrechte (Art. 315). — Vgl. auch Savigny, §. 3. Kierulff, S. 400. Böcking, §. 127. Koch, S. 101. Büchel, S. 51. Roth a. D.

<sup>25</sup> Savigny, §. 3. Puchta, R. Lex., S. 44. Windscheid, §. 148. A. S. Winawarter, II. S. 43. Da bei der Zueignung und Uebergabe Besitzergreifung nothwendig ist (§. 381. u. 486. G. B.), so sind diejenigen Handlungen, durch welche Eigenthum auf jenem Wege erworben wird, auch zur Begründung des Besitzes für hinreichend zu erachten, und sind daher die diesfälligen Bestimmungen zugleich Quellen für die Lehre vom Besitzerverbe. Ohne triftigen Grund hat sich dagegen erklärt Pachmann, a. a. D., §. 29. R. 12 und in Ansehung der sog. symbolischen Uebergabe Gyner, Trad. S. 153 fig. Dagegen vgl. schon Winawarter, II. S. 43 und Stubenrauch, I. S. 638 und gegen Gyner: Dernburg, §. 152. Note 1 und G. selbst S. 161 u. Anm. 67.

<sup>26</sup> Savigny, §. 3. 2. Koch, S. 102. Gut bemerkt Windscheid, §. 148. Note 7, daß die A. P. bloß redlichen Besitzerverwerb voraussetze.

<sup>27</sup> So noch Savigny, §. 2., der aber selbst indirekt die Richtigkeit der im Texte ausgesprochenen Ansicht dadurch bewährt, daß er in seiner Monographie von der Ersetzung weiter nicht mehr handelt, und im §. 12. sogar ausdrücklich anführt: „Bei der Usukapion ist es nicht der Besitz allein, was sie möglich macht, sondern es

des Besizes an sich, sondern eines besonders qualifizirten Besizes und des Ablaufes eines bestimmten Zeitraumes (§. 1460.).

9. Als Vortheil des redlichen Besitzers wird genannt „das Recht“, die Sache ohne Verantwortung nach Belieben zu brauchen, zu verbrauchen, auch wohl zu vertilgen (§. 329.).<sup>28</sup> Allein der redliche Besitzer hat gar kein Recht an der Sache. Dem praktischen Erfolge nach kann er wohl die Sache „ohne Verantwortung“ (§. 329.) brauchen und verbrauchen; allein der Grund dieser Loszählung von jeder Verantwortung ist nicht der Besitz, sondern der Mangel des Verschuldens auf Seite des redlichen Besitzers; es mangelt der eventuellen Entschädigungsflage des Eigenthümers das rechtliche Fundament, das Verschulden des Beklagten (§. 1295.). Aber selbst das Recht des redlichen Besitzers auf die Früchte (§. 330.) und auf den Ersatz des Anschaffungswertes der zu Stande gebrachten Sache, sofern dadurch dem Eigenthümer ein erweislicher Nutzen verschafft wurde (§. 333.), ist keine Folge des bloßen Besizes, sondern ein Vortheil, den das Gesetz aus Billigkeitsgründen mit der Redlichkeit des Besizes verbindet.<sup>29</sup> Ganz abweichend faßt neuest. v. Canstein Grünh.

müssen noch andere juristische Bestimmungen hinzukommen. Das einzige Recht des bloßen Besizes besteht in den Interdikten.“ Vgl. Puchta, Rechtsler., S. 44. Sintenis, §. 42. R. 15. Böcking, P., §. 123. S. 457. Büchel, S. 51. Brunß, S. 274; während neuerlich Zielonacki, S. 40, neben dem Interdiktschutze auch die Usukapion und den Früchterwerb als Wirkungen des Besizes, freilich nur „als mittelbare“ ansührt. Aehnlich Roth, a. D. S. 111.

28) So von den österr. Kommentatoren Zeiller, II. 69. u. Winiwarter, I. §. 47. Die richtige Ansicht hat im Grunde schon Rippel, III. S. 109 und neuerlich Stubenrauch, I. §. 330. S. 659. Unger, I. S. 221. Nr. 32.

29) (Daß Winiwarter, II. §. 47. S. 80 den redlichen Besitzer auch das Eigenthum an dem, dem Grundeigenthümer gebührenden Theile eines Schazes erwerben läßt, beruht auf der irrigen Subsumirung des Schazes unter den Begriff der Früchte. Vgl. dagegen schon Stubenrauch, §. 330. S. 662.) Das erkannten auch die Kompilatoren; laut des Protokolls v. 4. April 1803 bemerkte Zeiller als Referent zu §. 330. (§. 51. II. Entw.) unter Zustimmung der Kommissionsmitglieder: „die redliche Meinung spricht ihn (den redlichen Besitzer) von der Strafe frei, aber sie kann ihm kein Recht erteilen, aus der fremden Sache Nutzen zu ziehen.“ Nur um „Streitigkeiten und verwickelte Berechnungen“ zu vermeiden, wurde der redliche Besitzer (abweichend vom R. R.) auch von der Restitution der bezogenen nicht konsumirten Früchte losgezählt. Ueber die wesentlich übereinstimmenden, vielumfassendsten Bestimmungen des preuß. R. R. §§. 189—203. I. 7. vgl. Förster, §. 165. Auch Suarez begründete dieselben in der Schlussrevision im Gegensatz zum Röm. R. mit der Bemerkung, daß dadurch „die Sache ausnehmend simplifizirt werde“. — Aehnlich Code c. 549, Zürich. G. B. §§. 509. 510., indeß das sächs.

Zeitschr. V. S. 744 flg. den §. 329 d. G. B. auf. Ausgehend von der Ansicht, daß der Besitzer und zwar selbst der unredliche das „Besitzrecht“ habe (s. oben S. 47 flg.), und somit die Sache zu gebrauchen und zu verbrauchen befugt sei, steht er die Bedeutung des §. 329. G. B. zunächst bloß darin, daß der redliche Besitzer von der Verantwortung selbst in dem Falle befreit sei, wenn ihn ein Verschulden trifft; somit enthalte der §. 329. eine Ausnahme von der Regel des §. 1295. G. B. Meiner Auffassung hält er entgegen, daß der gute Glaube auch durch ein Verschulden nicht ausgeschlossen werde. Letzteres gebe ich zu, — allein ich sehe nicht ein, wieso dies mit meiner Ansicht unvereinbar sein soll? Gewiß kann die redliche Besitzergreifung auf einem Verschulden (nur nicht c. lata §§. 326. 368. 1493.) beruhen; ist aber der Besitz einmal erworben, alsdann kann in dem redlichen Behalten, Gebrauchen, Verbrauchen u. s. w. kein Verschulden mehr erblickt werden, und da der Schade des Eigenthümers aus dem Haben, Gebrauchen, Verbrauchen u. s. w. entspringt, welches eben keine subjektive Illegalität involvirt, so kann von einer Ersatzpflicht aus einem Delicte nicht die Rede sein.<sup>29a</sup>

Hieraus geht nun hervor, daß die einzigen mit dem Besitze als solchem verbundenen Rechtswirkungen sind: der Schutz gegen Störung und Entziehung, sodann (und zwar nur in Ansehung des Rechtsbesizes) die Unzulässigkeit der Aufforderungsflage.<sup>30</sup>

G. B. §. 308. mehr an das Röm. R. sich anlehnt. S. Stobbe, §. 152., welcher in jenen Normen eine Nachwirkung des deutschrechtl. Prinzips betreff. den Erwerb gezogener Früchte erblickt. Bewußt waren sich die Redaktoren desselben wohl nicht. — Für das preuß. u. bayr. Recht ist a. A. Roth, §. 131.

29a) Dies kann auch nach Röm. Recht nicht zweifelhaft sein, obwohl es nicht ausdrücklich gesagt wird. Nur das kann in Frage kommen, ob dem Eigenthümer in solchen Fällen eine Bereicherungsflage gegen den redlichen Besitzer zustehe? Nach österr. Rechte ist die Frage wohl im Sinne des §. 329. zu verneinen, gleichviel ob der gutgläubige Besitzer einen wahren oder nur einen Putativtitel aufzuweisen hat; denn der §. 329. cit. unterscheidet nicht und die Worte: „ohne Verantwortung“ bedeuten soviel als ohne Ersatzpflicht. (And. Ans. Pavlidet, Právnst. 1878. S. 729 flg., welcher beim bloßen Putativtitel die Klage zuläßt.) — Dieselbe Frage ist bekanntlich nach Röm. Recht in neuerer Zeit Gegenstand eines lebhaften literarischen Streites geworden. Vgl. einerseits Windscheid, Zwei Fragen aus der Lehre . . . wegen ungerechtfertigter Bereicherung, 1878, anderseits Jhering in s. Jahrb. 16. S. 235 flg. Aber in der Frage, daß eine Deliktsflage nicht statt hat, sind beide einig. Vgl. Jhering, S. 285.

30) Aus dem Gesagten ergeben sich auch die mit der bloßen Detention verbundenen Vortheile: nämlich Recht der Nothwehr (Note 8), Vortheil der Beklagten-



### §. 7. Der Besitz als Gegenstand des gerichtlichen Schutzes.

Die vorzüglichste und charakteristische Rechtswirkung des Besitzes ist der demselben vom Gesetze gewährte gerichtliche Schutz gegen eigenmächtige Störung, mag nun diese in einem bloßen Eingriffe in den Kreis der faktischen Herrschaft des Besitzers (Störung im engeren Sinne) oder in einer vollständigen Entziehung des Objectes beziehentlich in der völligen Aufhebung der faktischen Herrschaft (Besitzentziehung) bestehen.<sup>1</sup> Das Gesetzbuch spricht denselben aus in den §§. 339. u. 346. „Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist Niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören“ (§. 339.). „Gegen den unechten Besitzer (d. i. gegen denjenigen, der sich in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht, und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht, §. 345.) kann sowohl die Zurückversetzung in die vorige Lage als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden.“ Ganz entsprechend verordnet §. 2. der kais. Verord. vom 27. Oct. 1849 Z. 12. R. G. Bl.: „Wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt, oder wenn er dieses Besitzes wider-

rolle (Note 23), Befreiung von der Pflicht zur Angabe des Titels (Note 6), unter Umständen das Retentionsrecht (Note 24). Dagegen hat der Inhaber kein Recht, mit gerichtlicher Klage die Restitution der ihm eigenmächtig entzogenen Sache zu fordern; denn dies Recht räumt das Gesetzbuch nur dem Besitzer ein (§§. 339. 346.). Vgl. §. 7. Note 7 und Winowarter, II. S. 77.

1) Vgl. Savigny, §. 3. Puchta, §. 132. Böcking, §. 123. Vangerow, §. 336. Windscheid, §. 148. Brinz, §. 26., besonders neuestens §§. 181—184 der 2. Aufl.; Arndts, §§. 172—174. Albert, Interd. uti poss. (1824). K. A. Schmidt, das Interdiktverfahren der Römer (1853). S. Witte, das Interdikt. uti poss. (1863). Krüger, Kritische Versuche (1870) S. 66—113, jüngstens Jhering, Grund d. B. S. 72 flg.—143. Bruns, Besitzklagen, bef. die überzeugende Darstellung §§. 11. 14. 20—25. und kurz zuvor S. Fitting, Interd. uti poss. Arch. f. civil. Pr. 55. S. 304 flg. Stobbe, P. R. §. 77. — für's österr. R. Winowarter, II. 69. Stubenrauch, S. 677. Kirchstetter, S. 174 flg. Monti, §§. 47—61. v. Canstein, VI. S. 127 flg. — für das preuß. R. Förster, III. §. 162. Dernburg, §§. 157—159 flg. Gruchot, Beiträge zur Erläut. d. pr. R. V. 467 flg. u. Rorte, ebenda S. 101 flg., und für das bayr. R. Roth, §§. 132. 134.

rechtlich entsetzt worden, hat derselbe . . . . die richterliche Hilfe anzufuchen und sein Begehren genau auszudrücken (A. b. G. B. §§. 339. 345. 346. 347. u. 851.).“ Das Gesetzbuch stellt hiemit — die Besitzklagen des römischen Rechtes generalisierend — zwei Besitzklagen auf.

a) die Klage wegen Störung des Besitzes (§. 339.), — interd. retinendae possessionis.

b) die Klage wegen Entziehung aus dem Besitze (§. 346.), — interd. recuperandae possessionis.

Es geht hieraus zunächst mit Bestimmtheit hervor, daß das Gesetz nur den Besitz (§. 309. des G. B.), nicht aber die Inhabung (detentio), d. i. die bloß faktische Gewalt über eine Sache ohne den Eigenthumswillen, schützen wolle. Die bloße Inhabung als solche genießt keinen gerichtlichen Schutz gegen Verletzung und zwar weder gegen Störung noch gegen Entziehung.<sup>2</sup> Die Behauptung

2) Daß der bloße Detentor im Falle eigenmächtiger Entziehung der Sache keinen Anspruch auf Restitution derselben habe, daß also dem bloßen Inhaber das Rechtsmittel des §. 346. d. G. B. nicht zukomme, darüber sind die österr. Kommentatoren einig. Vgl. Zeiller, II. S. 97. Winowarter, II. S. 69, 93—95. Rippel, III. S. 147. u. 159. Stubenrauch, I. S. 686 und 691. Ellinger, S. 140. Kirchstetter, S. 176. Ganz unerklärlich ist, wie dieselben (mit Ausnahme Zeiller's, Rippel's und Kirchstetter's, welche die richtige Ansicht vertreten) dem bloßen Inhaber den gerichtlichen Schutz dennoch in dem Falle der bloßen Störung einräumen können. So Winowarter, II. S. 78 und 79, angeblich „weil die Inhabung eine Befugniß (?) sei, welcher der allgemeine Schutz der Rechte nicht versagt werden könne!“ So selbst noch Ellinger, Sdb. S. 137 und Stubenrauch in der 1. Aufl. S. 679: „Da die eigenmächtige Störung eines faktischen Zustandes schon durch die Form widerrechtlich erscheint, so dürfte das Rechtsmittel des §. 339. auch dem bloßen Inhaber zustehen, welche Ansicht noch dadurch unterstützt werden kann, daß das Gesetz die beiden Ausdrücke Inhaber und Besitzer nicht immer scharf trennt.“ — Allein zunächst ist der letztere Vorwurf unbegründet, denn regelmäßig und gerade in entscheidenden Fragen werden beide Ausdrücke in ihrem eigentlichen Sinne gebraucht. Sodann ist es nicht richtig, daß die eigenmächtige Störung jedes faktischen Zustandes (also nichtrechtlichen) Zustandes kann an sich nicht widerrechtlich sein; denn nur Rechtsverletzungen sind an sich widerrechtlich. Dagegen hat sich Stubenrauch in der 2. Aufl. in Erwähnung der hier angeführten, von mir bereits in der Allg. österr. G. Z. 1863. Nr. 64, 65 dargelegten Gründe meiner Ansicht angeschlossen. So auch Kirchstetter, S. 176. Monti, S. 183, 204, 248. v. Canstein, VI. S. 121, R. 21. S. 200. — Auch Unger (Entwurf d. bürgerl. G. B. f. Sachsen, S. 81) behauptet, daß nach österr. Rechte der Detentor den Besitzeschutz genieße. Er beruft sich 1) zunächst auf den schwankenden Sprachgebrauch des Gesetzbuches, sodann 2) darauf, daß sonst der

einiger Kommentatoren (vgl. Note 2.), daß der Inhaber zwar nicht wie der Besitzer Anspruch auf Restitution eigenmächtig entzogener Sachen, wohl aber gleich diesem Anspruch auf Schutz gegen bloße Störung habe, entbehrt nicht nur jedweder Begründung aus dem Gesetze, sondern enthält den inneren Widerspruch, daß Eigenschaft gegen den Inhaber ungeahndet geübt werden kann, wenn sie bis zu völliger Beraubung geht, dagegen civilrechtlich verantwortlich machen soll, wo sie als bloße Beeinträchtigung auftritt.

Insbefondere ist entschieden der Vorwurf abzuweisen, daß das Gesetzbuch die Ausdrücke „Inhaber“ und „Besitzer“ promiscue gebrauche, und daß darum die Stellen des G. B., welche vom Besitzes- schutze sprechen, auch auf die Inhabung zu beziehen seien. Das Gesetz spricht da, wo es den gerichtlichen Schutz des Besitzes normirt, konsequent nur vom „Besitze“ — nicht ein einziges Mal

Inhaber nicht einmal gegen Gewalt sich schützen könnte, da der §. 344. nur vom Besitzer spreche; 3) endlich auf den früheren Gerichtsgebrauch in Oesterreich. Der erste Einwurf dürfte durch das im Texte Gesagte beseitigt sein; der zweite bezieht sich durch die Bemerkung, daß das dem Besitzer im §. 344. gewährte Recht, im Falle als die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzuwehren, als ein Ausfluß des Rechtes der Nothwehr auch dem Inhaber zusteht (vgl. Savigny, Recht des Besitzes, §. 3. W. Wessely, Nothstand, S. 75). Die Berufung endlich auf den früheren Gerichtsgebrauch, insbesondere den seiner Zeit hochgehaltenen J. B. Suttinger, ist unftichhaltig. Im Gegentheile sprechen die von Suttinger in den verneuert Observaciones practicae (Nürnberg 1669) angeführten gerichtlichen Entscheidungen (Observ. IV. 1. 2.) und seine eigenen Bemerkungen dazu dafür, daß immer nur der Besitz, nicht die Inhabung geschützt wurde. Ebenso geschieht auch in den Consuetudines Austriacae J. B. Suttinger's mit Adnotationen von Dr. B. Walther, Nürnberg 1718, sub verb. possessio nur des Possesses und niemals der Detention als Gegenstands des Besitzeschutzes Erwähnung. So auch der Tractatus de iuribus incorp. v. 1674, XVII. Tit. §. 6., die Restripte vom 16. Februar 1693 und 7. Januar 1694 für Mähren, das Restript vom 29. Januar 1712 für Böhmen und die Lehrbücher des 17. u. 18. Jahrhunderts, wie der Tractatus novus von Chr. Kyblin, (1663) VII. 7., Schambogen, Praelectiones in institutiones (1676) 2. S. 287 flg.; die Adnotat. ad Westenberghii Pand. (1778) 43. 1. ad §. 1—29. Neumann v. Buchholz, De abusibus prax. Boh. (V. eques Dobrzensky disp. Pragae 1731) S. 132 flg., bef. Nr. 14 flg. Donner, Einleit. in d. österr. R. (1778) §. 368. Tiller, System, 1787. II. 2. Th. 8., die Dissert. Dypenritter's (resp. d. com. K. Kollowrath) beatitudo poss. 1738 u. a. Ueberdies war auch in der Doktrin des ersten Jahrzehnts dieses Jahrhunderts die Beschränkung der Interesse auf den Besitzer die vorwiegende Meinung. Aus diesem Grunde kann ich auch nicht Unger, System II. S. 342 beistimmen, soweit er die sog. Spolienklage auch dem Detentor geben möchte.

von „Inhabung.“ Man vergleiche §§. 339. 345. 346. 347. 851. des N. b. G. B., dann §§. 2. 3. 4. 5. 10. 15. der kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849. — Daß das Gesetz — was übrigens nicht häufig und nur an Orten vorkommt, wo über den wahren Sinn kein Zweifel sein kann — beide Ausdrücke nicht immer mit strenger Wahl gebraucht, kann gewiß ebensowenig entscheidend sein, als für die Frage, wem die Eigenthumsklage gebühre, der Umstand, daß es an vielen Stellen vom Besitze statt vom Eigenthume spricht (§§. 473. 476. 482. 484. 494., verglichen mit §§. 514. 515. 520. N. b. G. B. u. a.). — Der Ausdruck „faktischer Besitzstand“ im §. 5. der kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849 ist mit Recht und offenbar darum gewählt, um einerseits die früher streitige Frage zu entscheiden, ob denn auch der sog. Tabularbesitz Anspruch auf den Besitzeschutz habe, anderseits um anzudeuten, daß „derjenige, der erst einen Besitz erwerben oder ein (stärkeres) Recht zum Besitze geltend machen will, den ordentlichen Rechtsweg ergreifen muß“ (§. 5., 2. Absatz des cit. Pat. u. S. 61 d. B.).

Die bloße Inhabung civilrechtlich zu schützen, ist bei der weiten Ausdehnung des Rechtsbesitzes (vgl. §. 24.) im Allgemeinen auch kein ausreichender Grund vorhanden. Denn beruht die Inhabung auf einem juristischen Verhältniß zum Besitzer, ist insbesondere der Inhaber bloßer Verwalter fremden Besitzes, so ist er ja mittelbar durch die Rechtsmittel des Besitzers geschützt; hat er also ein rechtliches Interesse an der Detention, z. B. als Pfandgläubiger, so kann er sich dieselbe durch die Vermittlung des Besitzers im possessoriischen Wege (von petitorischen Rechtsmitteln ganz abzuhehen) wahren, beziehungsweise wieder verschaffen; er bedarf also selbstständiger Rechtsmittel nicht unumgänglich, und die Furcht, daß „sonst auch der Besitz nicht erhalten werden könnte“ (Winiwarter, II. S. 78), ist unbegründet.<sup>3</sup> Ist der Detentor überdies Besitzer eines Rechtes an der Sache, welches die Detention zur Voraussetzung seiner Ausübung hat, z. B. des Usufructus, des Pacht-

<sup>3</sup> Die Vermittlung des Besitzers wird darin bestehen, daß entweder dieser selbst die Besitzklagen anstellt oder der Inhaber in Vollmacht des Besitzers. Daß in jeder Besitzverwaltung, z. B. selbst des Bestandnehmens, schon eine stillschweigende Vollmacht zu Besitzklagen für den Besitzer liege, wie Winiwarter, II. S. 78, behauptet, ist unrichtig.

und Nichtrechts, so hat er als Rechtsbesitzer selbstständige possessoriſche Klagen indirekt auch zur Wahrung der Detention.<sup>4</sup> Häufig wird endlich der Detentor als Stellvertreter fremden Besitzes, z. B. als Vormund, Korporationsvorstand (nach röm. Rechte auch der procurator omnium b.) die dem Besitzer zustehenden Besitzklagen in dessen Namen anstellen können.<sup>5</sup> Ist aber der Inhaber einer Sache weder Verwalter, noch Rechtsbesitzer, noch Repräsentant fremden Besitzes, hat er also gar nicht den Willen, weder für sich, noch für Andere die Sache zu haben, sondern eben nur die faktische Gewalt höchstens mit dem bloßen Bewußtsein hievon, so ist auch kein Grund vorhanden, ihm einen Rechtsschutz in diesem Verhältnisse zu gewähren.<sup>6</sup>

Die Vortheile schließlich, welche mit der bloßen Inhabung verknüpft sind, sind durchweg so zufällige Ergebnisse anderwei-

4) Vgl. meinen Aufsatz über das Objekt des Rechtsbesitzes in der österr. Vierteljahrsh. XI. 1. und §. 24. d. B.

5) Nur ausnahmsweise können Fälle eintreten, in denen sich der Schutz der Detention (auch bei Mangel eines Rechtsbesitzes) aus Utilitätsgründen empfiehlt: nämlich zunächst wenn der vollberechtigte Besitzer abwesend, sodann wenn ein Sequester bestellt ist. (Beide Fälle sind im römischen Rechte vorgesehen, der erstere in c. 1. C. 8. 5. durch Erleichterung der Legitimation zur Prozeßführung; der zweite dadurch, daß dem Sequester als (sog. abgeleiteter) Besitzer die Interdikte gegeben sind.) Selbst die Ausdehnung des Schutzes auf den Pfandbesitzer läßt sich rechtfertigen und bekanntlich genießt derselbe schon nach röm. Rechte als (anomaler) Sachbesitzer den Interdiktschutz. Jede Detention zu eigenem Interesse schützt der §. 490. des Züricher. G. B. und der bayr. Entw., welche letzterer den Schutz auch auf den Finder und Sequester ausdehnt (art. 39. 40.). — Das preuß. Recht schützt, was nicht zu billigen ist, die Detention im weitesten Umfange (§§. 96 flg. 122. 146 flg. I. 7. E. R.). — Unrichtig wollte in dem Rechtsfalle N. 819 der Samml. Gl.-u.-W. die zweite Instanz dem (nicht einmal eingeführten) Sequester als „Besitzer des Rechts zur ausschließlichen Versorgung der Verwaltung“ possessoriſchen Schutz einräumen; richtig entschied die dritte Instanz. Der Sequester übt gleich dem Bewahrer (§. 968. B. G. B.) eine Pflicht aus. S. noch §. 24. N. 1a.

6) Soweit endlich mit der Störung der bloßen Inhabung zugleich ein öffentliches Interesse (Ordnung und Sicherheit) verletzt wird, haben die Straf- und politischen Behörden einzuschreiten, so in Fällen öffentlicher Gewaltthätigkeit, des Diebstahles, des Raubes u. s. w. (§§. 83. 84. 171. u. 190. des St. G.), der Störung der öffentlichen Ordnung (§. 344. des N. b. G. B., Hofd. vom 3. März 1797, J. G. S. N. 342, Hoff. Dekr. vom 14. Februar 1811, N. 927, organ. Gesetz vom 14. September 1852 u. 10. Januar 1853, §. 26.: „Bei gewaltsamen oder in böser Absicht vorgenommenen Besitzstörungen hat das Bezirksamt (d. St. G.), zunächst der Gemeindevorstand) Alles vorzukehren, damit die öffentliche Ordnung erhalten und wieder hergestellt und weitere Angriffe hintangehalten werden, mit Vorbehalt des gerichtlichen Einschreitens über Besitzstörungsklagen.“

tiger juristischer Elemente, die mit der Inhabung als solcher nichts zu schaffen haben, daß darin kein Motiv zur Statuirung eines gerichtlichen Schutzes derselben gefunden werden kann, zumal das Recht der Selbstvertheidigung auch dem Inhaber gestattet, seine physische Macht zur Abwehr von thatsächlichen Angriffen gegen das Detentionsverhältniß innerhalb der Grenzen der Nothwehr aufzubieten (§. 344. des G. B., §. 2. lit. g. Strafsg.).<sup>7</sup>

Theilweise anders stellt sich die Frage über die Zweckmäßigkeit der Ausdehnung des Besitzeschutzes nach heutigem römischen Rechte, welches Rechtsbesitz nur an Servituten, Realkaften und Realrechten anerkennt. Darüber vgl. Bruns, Besitzklagen S. 236 flg. und §. 8. d. B. a. E.

Im Gesetze ist auch in der That kein Anhaltspunkt, den dem Besitze in den §§. 339. u. 346. flg. gewährten Schutz auf die Inhabung auszudehnen; insbesondere ist nicht durch die kais. Verordnung vom 27. Oktober 1849, welche das Verfahren in Besitzstörungsfällen regelt, der Detention ein gesetzlicher Schutz neu verliehen worden, wie mitunter in der Praxis behauptet wird.<sup>8</sup>

7) Die faktischen Vortheile, die mit der bloßen Inhabung einer Sache verbunden sind: so das angebliche Recht, sich in der Inhabung zu schütten und Gewalt mit Gewalt abzuwehren (§. 344. des G. B.), der Vortheil, nicht mit der Aufforderungsklage belangt werden zu können (§. 323. u. §. 324. des G. B.), endlich der Vortheil des Retentionsrechtes sind ganz zufälliger Natur. Sie sind keine juristischen Folgen der Detention, sondern theils Ergebnisse des Strafrechtes: so das Recht der Selbstvertheidigung (§. 344.) ein Ausfluß der Straflosigkeit der Nothwehr (§. 2. lit. g. St. G.); theils Folgen prozeßualischer Maximen und Konsequenzen der Vertheilung der Beweislast: so die Unzulässigkeit der Provokation zur Eigenthumsklage und des Obfliegens im Eigenthumsstreite, wenn der Kläger sein Recht nicht beweist (§§. 323. und 324.); theils Ausflüsse eines besonderen Grundgesetzes des materiellen Rechtes, so das Retentionsrecht. Mit der Inhabung an und für sich und um ihrer selbst willen ist kein Vortheil verbunden, daher auch kein Grund, sie gesetzlich zu schützen.

8) Vgl. selbst die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 7. Januar 1853, N. 956 Samml. Gl.-u.-W. und vom 22. April 1856, Ger. J. 1862, Nr. 148, in welchen der Pächter eines Grundstückes als Inhaber desselben geschützt wird. Diese Meinung hat bei denkenden Praktikern keinen nennenswerthen Anhang gefunden. Die herrschende Ansicht der Praxis theilt die im Texte ausgesprochene Anschauung. Vgl. die oberstgerichtlichen Entscheidungen Nr. 106, 235, 300, 819, 969, 1146, 1523 (Erf. v. 21. Mai 1862, welches gegen die Ansicht der Untergerichte den Pächter als Rechtsbesitzer schützt), desgleichen Nr. 1535, 2217, 3322, 3462, 3528 und 3569 (Entziehung eines Wechfels), 4379 und Nr. 3873 (Entsch. v. 13. Sept. 1870) der Samml. Gl.-u.-W., woselbst der provisorische Verwalter des Nach-

Jenes Gesetz enthält bloß Vorschriften zur raschen Durchführung des im A. b. G. B. dem Besitze gewährten Schutzes, ein besonderes prozessualisches Verfahren zur schleunigen Realisirung desselben. Keineswegs aber wollte damit ein neuer, der bisherigen Gesetzgebung unbekannter Rechtsschutz auch der bloßen Inhabung gewährt werden. Dies geht unwiderleglich hervor aus der im §. 2. der k. Verordnung vorkommenden Berufung auf die §§. 339. 346. u. 347 des G. B. und aus der Einleitung zu diesem Gesetze, in welcher die Erlassung desselben motivirt wird: „Um jene Rechtsmittel“, heißt es daselbst, „welche das A. b. G. B. überhaupt und insbesondere im 1. Hauptstücke des 2. Theiles zum Schutze des bedrohten und zur Wiederherstellung des gestörten Besitzstandes angeordnet hat, ohne prozessualische Weitläufigkeit in Wirksamkeit zu setzen, wird . . . folgendes summarisches Verfahren vorgeschrieben.“ Damit bezeichnet sich das Gesetz selbst als bloße Prozessnorm in Besitzstörungssachen.<sup>9</sup>

lassens Mangels nachgewiesenen Besitzes mit der Besitzstörungsklage gegen den Miterben abgewiesen wurde. Die neuere konstante Praxis des obersten Gerichtshofes schügt den Pächter nicht als Inhaber, sondern als Rechtsbesitzer. Vgl. außer den citirten Erkenntnissen noch Nr. 41 der Ger. Ztg. 1857, Nr. 3 Ger. Ztg. 1860, Nr. 76 Ger. Ztg. 1862, den trefflichen Aufsatz in Nr. 41 Ger. Ztg. 1857, ferner die Aufsätze Nr. 127 Ger. Ztg. 1862, und Nr. 61 u. 62 Ger. Ztg. 1862, letzterer mit lehrreicher Kasuistik von A. Nagel, dann Nr. 132 Ger. Ztg. 1863, und neuestens das für Dalmatien erlassene Gesetz v. 8. Januar 1878 §. 8. §. 4., welches Besitzstörungssstreite zwischen Padrone und Colonen den Gerichten zuweist.

9) Damit fällt auch die mit der eben widerlegten zusammenhängende Ansicht, daß zwar im ordentlichen Besitzstörungsprozesse nur der Besitz, dagegen im summarischen Verfahren (nämlich nach der k. B. D. v. 27. Oktober 1849) schon die bloße Inhabung geschügt werde. Auch in dem letzteren Verfahren wird nur der Besitz geschügt; im sog. ordentlichen Besitzprozesse aber nicht mehr der bloße Besitz, sondern das Eigentumsrecht (vgl. §§. 366. und 372. des G. B. [actio Publiciana], §. 851. G. B. und §§. 2. 5. u. 15. der cit. B. D.). Der sog. ordentliche Besitzprozeß ist der petitorische — der Rechtsweg. Vgl. d. Erf. des D. G. v. 3. April 1878 §. 11652, Ger. S. 1879 Nr. 4, dazu Unger, Bespr. des sächs. Entw. S. 86. System II. S. 366, R. 2. Schuster, Civ. P. D. S. 941. Nagel, Ger. Ztg. 1861, Nr. 136, R. 4. Zweideutig Stubenrauch, I. S. 460. Nr. 3 (N. 2), der von der im „gewöhnlichen Verfahren zu entscheidenden Besitzklage“ spricht. Richtig schon Rippel, III. S. 154. — Dem gemeinrechtlichen possessorium summarissimum entsprechen im österr. Rechte die provisorischen für die Dauer des Besitzprozesses nach §. 347. d. G. B. und §. 10. der kais. Verordn. von 1849 zu treffenden Anordnungen, als Sequestration, Untersagung aller Besitzhandlungen für beide Theile, oder provisorische Besitzüberlassung an jene Partei, welche Sicherheit leistet oder „in anderen Rücksichten“ auf den Schutz des Gerichts größeren

Diese Auffassung enthält eine entscheidende Bestätigung durch den gemeinsamen Motivenbericht der Hofkommission in Justizsachen und der obersten Justizstelle vom 26. September 1844, Z. 86 an den lombard.-venet. Senat (bei Schenk, Der summar. Prozeß, S. 76). Der Bericht führt aus: „Die a. h. Entschliesung vom 22. Mai 1825 (das mit der kais. Verordnung vom 27. Oktober 1849 fast wörtlich gleichlautende Besitzverfahren für das lombard.-venet. Königr.) räumt dieses Verfahren nur demjenigen ein, welcher in dem Besitze einer Sache beeinträchtigt worden ist, und weist dabei auf die im A. b. G. B. über den Besitz vorkommenden Bestimmungen zurück. — Das A. b. G. B. erkennt aber, indem es den Begriff des Besitzes nur in der juristischen und nicht in der Bedeutung eines bloßen Naturalbesitzes auffaßt, nur denjenigen als Besitzer an, welcher eine Sache in der (sei es nun richtigen oder unrichtigen) Voraussetzung innehat (§. 309.), daß sie die Seinige sei, in welcher Bedeutung der Bestandnehmer als bloßer Inhaber nicht darunter verstanden werden kann . . . Selbst aus der Vorschrift im §. 5. des gen. Verf.: daß es dabei bloß auf die Erörterung des faktischen Besitzstandes und dessen Störung ankomme, folgt die Anwendbarkeit desselben auf den bloßen Bestandnehmer noch keines-

Anspruch hat. Dies erkannte ganz richtig Zeiller in der Sitzung vom 25. April 1803: „Dieser §. (68. II. = §. 347. G. B.) handle von dem angeblichen Besitzstande *judicio summarissimo*. Es schein aber widerrechtlich zu sein, daß man den gegenwärtigen Besitzer . . . des Besitzes entsetze und die Sache einem Anderen anvertraue.“ Die von Zeiller beantragte Aenderung des §. 347. (Beschränkung auf den Fall der Gefahr öffentlicher Gewalt oder unerreglicher Beschädigung) wurde aber nicht angenommen. Vgl. Erf. Nr. 3470 Samml. Gl.-U.-B. Dies wird auch durch die neuest. von Canstein, VI. S. 196 flg. mitgetheilten Auszüge aus den Kommiss.-Protokollen bestätigt. S. §. 7d. N. 56 e. a. G. — Nicht anders ist es nach preuß. Recht, in welchem im Besitzstörungsverfahren über den Besitz gleichfalls definitiv entschieden und sohin nur die petitorische Klage über das Recht zum Besitze zugelassen wird. Vgl. Koch, Besitz S. 254, 271 flg. Gruchot, V. S. 494 flg. Förster, §. 162. a. G. Dernburg, §. 158. a. G. Stobbe, §. 30. Nr. 12. Eben darum darf aber für das preuß. und österr. Recht nicht gesagt werden, die Entscheidung über den Besitztritt in *possessorio summarissimo* sei ein „Interimistikum“, eine „interimistische Regulirung“; — der Besitz als solcher wird hier anders als nach heutigem gemeinem Rechte — nicht „interimistisch“, sondern definitiv geschügt. Die Rechtsfrage hat damit Nichts zu thun. — Auch nach dem neuen sächs. G. B. ist das gemeinrechtliche Possessorium summarissimum verschwunden. Provisorien sind dem Richter nicht verwehrt. Vgl. Schmidt, Sächs. Pr. R. S. 173, 174.

wegs, denn auch die Anerkennung des bloß faktischen Besitzstandes setzt doch die Ausübung solcher Handlungen voraus, welche als Akte des Besitzes und nicht eines bloßen Inhabens angesehen werden können.“

Zu welchen verwerflichen Konsequenzen die Annahme des Schutzes der bloßen Detention, besonders bei analoger Anwendung auf den Rechtsbesitz führen muß, wurde bereits von Anderen, namentlich auch in vielen gerichtlichen Entscheidungen<sup>9a</sup> dargethan, auf welche zu verweisen hier genügen mag. Vgl. den Aufsatz Nr. 41. Ger. Z. 1857, dann Magés, Ger. Z. 1862. Z. 61, und die trefflichen Bemerkungen Mich. Schuster's, Baurecht, §§. 51. 90. 117. 140. Derjenige, dessen Fenster zufällig auf des Nachbarn Grund sehen, wäre hiernach berechtigt, die Unterfügung jedwedes Baues auf jenem Grunde zu verlangen, — ist er doch „Inhaber“ des Ausichtsrechtes!

Ganz verfehlt endlich wäre es, wollte man die Behauptung, daß auch die bloße Detention im österr. Rechte geschützt werde, etwa historisch damit begründen, daß durch die Praxis des gemeinen Rechtes die Ausdehnung des Besitzeschutzes auch auf die Detention zum ständigen Gerichtsbrauche geworden sei. Es ist zwar allerdings richtig, daß in Folge des Mißverständnisses des c. 3. C. 3. q. 1. durch die Praxis des 16., 17. und 18. Jahrhunderts in der actio spoliü ein ganz neues Klagerecht eingeschoben wurde, welches die bloße Detention (ohne Rücksicht auf juristischen Besitz) zur Voraussetzung hatte. Allein dieses Mißverständnis wurde frühzeitig durch die tüchtigsten Juristen bloßgelegt und seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts besteht in der Rechtswissenschaft über die gänzliche Haltlosigkeit jener Annahme kein Zweifel mehr.<sup>10</sup> Auch die gemeinrechtliche Praxis ist allmählig unter dem Einflusse der Doktrin von dem willkürlichen Gebrauche jenes den Quellen fremden Klagerechtes wieder zurückgekommen.<sup>11</sup> Insbesondere war zur Zeit der Abfassung des

9a) Vgl. z. B. die überzeugende Motivirung des obergerichtlichen Erkenntnisses. Nr. 132. Ger. Ztg. 1863.

10) Die nähere Darlegung siehe bei Savigny, §. 50. und Brunß, Recht des Besitzes, §§. 16—22. 27. 44—46. Arndts, Pand. §. 173.

11) Vgl. Matthä, Kontroversien-Lexikon, II. S. 336, Präj. 1. u. S. 337, Präj. 4. An der Behauptung, daß zu dem interdictum de vi auch Detention hin-

österr. Gesetzbuches die Rückkehr bereits entschieden und es wäre daher die Berufung auf die angeblich zu jener Zeit herrschend gewesene Doktrin ohne Halt.<sup>12</sup> Von Aelteren abgesehen hat schon

reiche, halten jedoch fest: Thibaut, Syst. §. 250., und Archiv XVIII. S. 362. Geiger, Gieß. Zeitschr. XIII. S. 239 flg. §§. 3. u. 15. Dagegen Savigny, §. 40. Puchta, §. 135. R. a. Arndts, §. 173. Ann. Brunß, §. 7. u. Besitzklagen S. 226 flg. Brinz, P. I. S. 202. Windscheid, P. §. 162.

12) Auch das bayr. L. R. II. 5. 11. Nr. 5 schützt nur den Besitz, nicht die Detention. S. Roth, §. 134. Nr. 61. — Das preuß. Landrecht gibt die Besitzklagen allerdings nicht nur dem Besitzer, sondern auch dem Inhaber. §§. 141. 146—150. I. 7.; allein es gibt sie dem Inhaber ausdrücklich, während das österr. G. B. nur vom Besitzer spricht. — Das französische Recht schützt nur den Besitzer, art. 23. Code de proc., wo ausdrücklich der Besitzer à titre précaire vom Besitzschutze ausgeschlossen wird. (Titre précaire ist jeder Nicht-eigenthumsittel, vgl. art. 2236. 2239. Code c., s. Planck, S. 95. Brunß, S. 445.) Ueberdies verlangt art. 23. Besitz eines Grundstücks oder einer Dienstbarkeit, der wenigstens ein Jahr gedauert hat. Bona fides wird nicht gefordert. Bestritten ist die Anwendung auf Mobilien und die exc. vitiosae poss. Desgleichen behaupten Viele, daß bei der Entsetzungsklage (Redintegrando) auch heute noch Annualbesitz nicht erfordert werde. Vgl. darüber Zachariä, I. §§. 187a. 187b. 188. Dazu Frey, franz. C. R. §§. 186—188. — Ähnlich das italienische G. B. art. 694. 695. c. c. Cfr. art. 443—445. cod. di procedura civ., dazu art. 2115. 2117. c. civ., welche den art. 2236. 2239. des franz. C. C. entsprechen. Vgl. Forlani, Sul fondamento etc. p. 243. Scotti, Archivio giur. XV. p. 107 flg. Uebigens ist die Frage, ob nicht auch der Detentor den Besitzeschutz genieße, nach ital. Rechte in Theorie und Praxis streitig. Von den mir durch die Güte Prof. Serafini's mitgetheilten Judikaten italien. Gerichte schützt die überwiegende Mehrzahl nur den Besitz, so die Entscheidung des Kassat. S. in Florenz vom 17. September 1861, von Turin vom 11. u. 23. März 1870: Per l'azione di spoglio basta che l'attore fosse in possesso della cosa . . . si esige un possesso anche momentaneo. Im Uebrigen fordert auch das ital. Recht Annualbesitz — mindestens in Ansehung der bloßen Störung. In Ansehung der Mobilien gilt nach franz. Recht der Satz: en fait des meubles la possession vaut titre und die Besitzklage für nicht anwendbar (art. 2279. und art. 23. cit. vgl. Zachariä, §. 215a.). Bemerkenswerth ist, daß (abgesehen vom englischen Rechte, s. §. 1. Note 13b) auch das dänische Recht den Besitzeschutz nicht kennt; dasselbe gewährt dem Dejectirten bloß eine Klage auf Schadenersatz und Strafe; nur der gutgläubige Besitzer kann Restitution verlangen. Vgl. Stobbe, D. R. §. 77. Nr. 8. — Dagegen lehnt sich der russische Svod an das röm. Recht an. Nach Keup's Anzeige des Moroskii'schen Werks (Krit. Ztschr. f. R. d. Ausland. 12. S. 57 flg. 74) kennt das ältere russ. R. — so wenig als das slavische R. überhaupt — einen separaten Besitzeschutz. Das lithauische Statut entnimmt denselben dem röm.-can. R. Noch das russ. G. B. v. 1649 kennt nur das Recht der Selbstvertheidigung, die bis zur Tödtung des Angreifers schreiten kann. Erst die B. von 1775 normirte Schutz, bez. Restitution des eigenmächtig oder betrügerisch entzogenen Besitzes an sich durch die Polizeibehörde und das Gesetz von 1824 bestimmte eine sechswochentliche Verjährung der Klage. Die Civ. Pr. v. 1864 weist die binnen sechs Monaten einzubringende Besitzklage dem Friedensrichter zu. S. G. Lehr,

besonders Böhmer (J. eccl. II. 13. 1744) überzeugend das Unquellenmäßige der damaligen Praxis dargethan. Vgl. auch Höpfer, Komm. zu den Heineccischen Institut. §§. 1216. 1217.<sup>12a</sup> Insbesondere war Savigny's Werk vom Besitze bereits 1803 erschienen und schon im ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts allgemein verbreitet, namentlich auch dem Gesetzgebungs-Referenten Zeiller wohl bekannt (vgl. dessen Komm. II. S. 86 Note\*) Die erste Lesung des Entwurfs (bez. des westgaliz. G. B.'s) fand zwischen dem Ende des J. 1801 und dem J. 1810 statt und zwar die Lesung der §§. 339—348. in der Zeit vom 2. bis 25. April 1803; die zweite Lesung (sog. Revision) des Entwurfs wurde zwischen dem 4. Mai 1807 und 14. Januar 1808, die dritte Lesung (Superrevision) zwischen dem 13. November 1809 und dem 22. Januar 1810 vorgenommen. Vgl. Pfaff, über die Materialien des österr. A. b. G. B.'s in Grünhut's Zeitschrift II. S. 11. flg., Komm. I. S. 27 flg.

Droit civ. russe S. 212 flg. — Das sächs. b. G. B. gibt die Besitzstörungen auch dem Detentor, wenn er die Sache zur Benutzung oder zu seiner Sicherung inne hat, §. 208., eine Bestimmung, die sich insofern rechtfertigt, als das sächs. G. B. nur an Dienstbarkeiten Rechtsbesitz anerkennt (§§. 512. 530. 556. 647.), und dem Pfandgläubiger selbst die petititorische Pfandklage auf Herausgabe des Faustpfandes abspricht (§. 479.). (Vgl. Siebenhaar, Komm. d. sächs. G. B. S. 204.) Die actio spolii gewährt §. 209. des sächs. G. B. sogar jedem Detentor; dagegen beschränkt §. 560. den Besitzeschutz der Grunddienstbarkeiten auf den Annualbesitz. Bei Personalservituten konkurriert der Besitzeschutz der Detention und des Rechtsbesitzes (§. 602.). — Der bayr. Entwurf erstreckt den Interdiktschutz auch auf den Inhaber, welchem die Sache zur Benützung oder zum Gebrauche von dem Besitzer (nur?) überlassen ist, sowie auf den Pfandinhaber, Sequester und Finder. Art. 39. 40. — Prinziplos sind die Bestimmungen des Züricher G. B.'s. Jedem Besitzer wird der Schutz „gegen unbefugte Gewalt und eine Beeinträchtigung, die ein Vergehen begründet“, gewährt; aber nur der redliche Besitzer hat Anspruch auf Schutz gegen jede eigenmächtige Störung und jede widerrechtliche Besitzentziehung (§§. 501—507.). Unter Besitz wird aber nicht bloß der Eigenthumsbesitz, sondern jede Detention in eigenem Interesse (Pacht-, Pfand-, Nießbrauch-Besitz u. s. f.) verstanden (§. 490.). Daß darin kein Fortschritt der Besitzlehre liegt, ist offenbar. (Vgl. §. 8. R. 14<sup>a</sup>. §. 27. R. 11. d. B.) Selbst wenn man mit Schneider, Zeitschr. f. Schweiz. Rechtspf. II. S. 596 den Zwischensatz („die ein Vergehen begründet“) nur auf „Beeinträchtigung“ bezieht und den Interdiktschutz jedem Besitzer gegen jede „unbefugte“ Gewalt verleiht, (womit §. 503. kaum vereinbarlich ist), so enthält dennoch der §. 501. des Absonderlichen genug; das bezügliche von Schneider a. D. angeführte Protokoll der Redaktionskommission ist höchst unklar, ja widerspruchsvoll und läßt die Tendenz des Gesetzes unauzgeklärt. Auch Rüttimann, §. 42. findet es sonder- und unhaltbar, daß der Schutz nur dem redlichen Besitzer gewährt werden soll.

12a) Wohl auch der Wiener Heineccius, Erklär. (1796) S. 466.

Diese bereits in der ersten Auflage vertheidigte Auffassung der §§. 339 flg. G. B. wird nunmehr in schlagender Weise durch die mit seitdem gekommenen Protokolle der Commission bestätigt. Die Wiener Fakultät beantragte nämlich, den im §. 58. II. Entw. (§. 339. G. B.) gewährten Schutz auch auf die „Gewahrsame“ auszudehnen, womit Referent (Zeiller), Drlandini und der Vorsitzende (Graf Kottenhann) einverstanden waren. Allein über Antrag des Vicepräsidenten v. Haan wurde der Text in der ursprünglichen (gegenwärtigen) Fassung beibehalten. (Sitz. vom 25. April 1803.).<sup>12b</sup>

Da der Sachbesitz des Eigenthümers durch Verpachtung oder Vermietung der Sache nicht aufgehoben wird, so versteht es sich von selbst, daß — unbeschadet der Rechtsmittel des Pächters und Miethers — auch der Sachbesitzer wegen Störungen des Pächters oder Miethers, welche sich zugleich als Störungen des Sachbesitzes darstellen, als Kläger auftreten kann.<sup>12c</sup> Und dasselbe gilt in allen übrigen Fällen, wo neben der Detention oder dem Rechtsbesitze des Dritten der Sachbesitz des Eigenthümers fortbauert.

Es ist also nur der Besitz, welchem der in den §§. 339—343. u. 346—347. des G. B. normirte gerichtliche Schutz gegen Störung und Entsetzung zu Statten kommt. Nur der Besitz; — aber auch jeder Besitz,<sup>13</sup> er mag von was immer für einer Beschaffenheit sein. Es ist also gleichviel, ob der Besitz redlich oder unredlich, rechtmäßig oder unrechtmäßig, echt oder unecht ist.<sup>14</sup> Für das römische

12b) Die dafür und dagegen angeführten Gründe streifen allerdings nur die Oberfläche. Haan bemerkt: Dem Eigenthümer müsse gestattet werden, seine Sache dem unrechtmäßigen Inhaber, besonders in dem Augenblick der Handlung, wodurch er Inhaber der Sache wird, wegzunehmen, dafern er sich nur aller weiteren Gewalt gegen die Person enthalte. Dagegen wurde angeführt, daß nicht jeder Inhaber ein unrechtmäßiger Inhaber sei, z. B. der Leih u. s. f.

12c) Vgl. Dernburg, I. S. 318. Unbegreiflicher Weise wies der D. G. S. mit Erl. v. 17. Febr. 1872. Z. 1404 (Právník 1874. S. 422) die Klage der Gemeinde als Verpächterin einer Wiese ab, weil Beklagter durch Abmähen des Grases der verpachteten Wiese nur den Pächter im Fruchtbezug gestört habe! Richtig hatte die erste Instanz entschieden. Hingegen gelangte die im Texte vertretene Auffassung zur Geltung in der Entsch. des D. G. S. v. 26. Mai 1875. Z. 5219, ebenda 1875. S. 622.

13) Der Ausdruck „jeder Besitz“ wird mit Rücksicht auf die Qualität des Besitzes gebraucht: denn es gibt nur Einen Besitz — keine Arten, sondern nur Qualitäten dieses Einen Besitzes.

14) So auch im römischen Rechte, vgl. z. B. L. 1. pr. §. 5. §. 9. L. 3. pr.

Recht ist dies ausgesprochen in dem Sage: In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. (L. 3. §. 5. D. de poss. 41. 2. Lab. Paul.) Daß es bei dem Besitzeschutze auf die Redlichkeit und Rechtmäßigkeit des Besitzers nicht ankomme, wird ausnahmslos zugestanden.<sup>15</sup> Der Wortlaut der §§. 339. u. 346. des G. B. und insbesondere der §. 5. der kais. Verordnung v. 27. Oktober 1849 lassen keinen Streit hierüber zu. Verweist doch der letztcitirte §. 5. alle Fragen über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit ausdrücklich aus dem Besitzstörungsprozesse hinaus und auf den ordentlichen Rechtsweg.

Anders gestaltet sich die Frage in Ansehung der Echtheit des Besitzes. Die herrschende Doktrin geht nämlich von der Voraussetzung aus, daß nur der echte Besitz den gesetzlichen Schutz gegen Eigenmacht im vollen Umfange genießt.<sup>16</sup> Diese Behauptung muß schon darum von vornherein befremden, weil, wenn es der Besitz an

§. 10. D. uti poss., L. 3. §. 2. de itin., §. 4. I. de interd., L. 1. §. 30. de vi qui a me vi possideat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum. L. 18. D. eod. u. a. Dazu Savigny, §. 37. S. 410, §. 40. S. 447 und §. 41. S. 454.

15) Vgl. z. B. Winiwarter, II. S. 69. Stubenrauch, I. S. 677. Mageß, Ger. Ztg. 1862, Nr. 61 u. 62.

16) Vgl. Zeiller, II. S. 97. Wittig, Zeitschr. f. R. 1831. II. S. 27. Winiwarter, II. S. 69 u. 93. (Aufschrift des §. 85.) Stubenrauch, I. S. 691. Schuster, s. b. Civilproz. S. 938 u. 941. Es ist nur auffällig, daß Zeiller, II. S. 85. Winiwarter (II. S. 69). Stubenrauch, I. S. 677, und Ellinger, S. 137, trotz ihrer Behauptung, daß der unechte Besitzer keinen Schutz genieße, demselben dennoch das Rechtsmittel des §. 339. des G. B. gegen eigenmächtige Störung zugestehen. Schon dieser Widerspruch muß gegen diese Ansicht mißtrauisch machen. Die richtige Ansicht hat Zlobitzki, Prov. §. 3. Unger, Entw. S. 81. Brunß, S. 459, und nunmehr unter Annahme der oben (und schon früher in m. Aufsatz, Ger. Ztg. Nr. 65, J. 1863) entwickelten Gründe Stubenrauch in der 2. Aufl. I. S. 460. So wohl auch Kirchstetter, S. 177. — Eigenthümlich ist Drdačič's Ansicht (Zeitschr. f. R. 1829), I. S. 341 flg. u. 1830, II. S. 127. Auch er will nur den echten Besitzer geschützt wissen; aber unter Echtheit versteht er „die gesetzlich bestimmte Art der Uebergabe und zwar die natürliche oder bürgerliche; — im entgegengegesetzten Falle sei der Besitz unecht.“ Man begreift nicht, woher D. diesen Begriff der Unechtheit entnommen hat. Aus dem G. B. gewiß nicht. — Das preuß. Recht versagt demjenigen, der den Besitz durch eine strafbare Handlung erlangte, den gerichtlichen Schutz. Vgl. Förster, §. 162. Note 68. — Daß das Züricher G. B. (§. 501 flg.) in gewissem Maße jene widerspruchsvolle Theorie zum positiven Recht erhoben hat, welche unsere älteren Kommentatoren in das österr. G. B. hineintragen, wobei nur die Redlichkeit die Funktion der Echtheit übernimmt, darüber vgl. Note 12.

sich ist, der geschützt wird, es nur auf das Dasein des Besitzes, nicht aber auf dessen Entstehungsart ankommen kann; weil überdies das römische Recht, welchem sich das Gesetzbuch in der Lehre vom Besitze so enge angeschlossen hat, die aus dem Wesen des Besitzes und dem juristischen Grunde seines Schutzes gezogene Konsequenz, daß die Beschaffenheit desselben in Ansehung des Klagenschutzes ganz gleichgiltig sei, ausdrücklich ausgesprochen hat.<sup>17</sup> Jene Behauptung steht aber auch mit dem Wortlaute des Gesetzesartikels in offenbarem Widerspruche. Denn die den Besitzeschutz normirenden §§. 339. u. 346. lauteten wörtlich, §. 339.: „Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist Niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern“ und §. 341.: „Gegen den unechten Besitzer kann sowohl die Zurückversetzung in die vorige Lage als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden.“ Der §. 339. erklärt also ausdrücklich, daß auch der unechte Besitz gegen Störung zu schützen ist.<sup>18</sup> Im §. 346., welcher von der Restitution gegen eigenmächtige Besitzentziehung (unechten Besitzserwerb) spricht, ist allerdings die Person des Klägers gar nicht bezeichnet, sondern bloß die Person des Beklagten<sup>19</sup> und die Nativität des Klagerrechtes. Es ist im §. 346. bloß gesagt, gegen wen

17) L. 3. pr. §§. 9. 10. D. uti poss. L. 1. §. 30. D. de vi: Qui a me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum. Dazu Savigny, §§. 37. 40. 41. Puchta, §§. 133. u. 135. Arndts, §. 173. Brunß, §§. 6. u. 7. Windscheid, §. 160. Fitting, Civ. Arch. 55. S. 305, 314, 330.

18) Dies gestehen doch die gedachten Kommentatoren selbst zu; vgl. Zeiller, II. S. 85. Zlobitzki, Provisor. §. 3. Winiwarter, II. S. 72. Stubenrauch, I. S. 677. Ellinger, S. 137. Sie wollen aber den Schutz des unechten Besitzes auf den Fall der bloßen Störung im engeren Sinne beschränken; demselben daher das Klagerrecht auf Restitution des entzogenen Besitzes (§. 346.) entziehen. Diese Meinung richtet sich durch ihren inneren Widerspruch selbst. Gegen Eigenmacht also, wenn sie in der gelinderen Form der Störung auftritt, soll der unechte Besitz geschützt werden; — wenn sie aber bis zur völligen Entsetzung schreitet, soll sie ohne weiteres zulässig sein?

19) Beiläufig gesagt, ist die Fassung des §. 346. in Ansehung des Beklagtenverhältnisses ungenau. Denn auch gegen denjenigen, der den Besitzer mit Gewalt vertrieb, ohne jedoch Besitz für sich erwerben zu wollen, findet die Klage des §. 346. statt; Besitz ist also auf Seite des Beklagten nicht nothwendig. Dies übersehen unsere Schriftsteller, insbesondere der Verfasser des Aufsatzes „Ueber die Besitzstörungsklage“ in Nr. 127 Ger. Ztg. 1861.

geklagt werden kann, nicht wer klagen kann. Aber eben darum muß die Person des Klägers, also die Beantwortung der Frage: Wer den unechten Besitzer auf Restitution der entzogenen Sache klagen kann, aus dem den Besitzeschutz ganz allgemein normirenden §. 339. cit. entnommen werden.

Dieser Paragraph schützt aber jeden Besitzer gegen Eigenmacht, sein Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein. Noch mehr, die kais. Verordn. v. 27. Okt. 1849 bestimmt im §. 2. mit ausdrücklicher Beziehung auf den §. 339. u. 346. des G. B., daß, wer im Besitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt oder dieses Besitzes widerrechtlich entsetzt worden ist, die richterliche Hilfe ansuchen kann; — desgleichen im §. 5., daß es im Besitzstörungsprozesse einzig auf den Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes ankomme; unterscheidet also nicht, ob der Besitz ein echter oder unechter sei. Die Berufung auf den §. 347. wäre hier, wie sogleich gezeigt werden soll, nicht am Orte.

Es ist also geradezu willkürlich, das Klagerrecht auf den echten Besitzer zu beschränken, und das Rechtsmittel des §. 346. dem unechten Besitzer zu entziehen. Deutet doch Nichts, weder in den §§. 339. u. 346., noch in den den Besitzeschutz im Einzelnen normirenden §§. 340—345. u. 851. darauf hin, daß nur der echte Besitzer Schutz gegen Eigenmacht genießen soll.<sup>20</sup> Und dies ist nur konsequent. Denn ist es der Besitz an sich, ohne Rücksicht auf ein Recht, welchem der gesetzliche Schutz zu Theil wird, so ist die Art seiner Entstehung gleichgiltig; und es kann daher keinen Unterschied machen, ob er auf eine echte oder unechte Art (also vi, clam oder precario) erworben worden ist. Zu derselben Konsequenz gelangt man, wenn man dem

20) Vgl. Bruns, S. 459, Besitzklagen, §. 20—21., auf dessen gelungene Beleuchtung der neueren Gesetzgebungen hiemit gewiesen sein möge. Der einzige Paragraph, der mit einigem Scheine (in dem Aufsatze Nr. 41, Ger. Z. Jahrg. 1855), dafür angeführt wurde, ist der §. 347.: „Zeigt es sich nicht gleich auf der Stelle, wer sich in einem echten Besitze befindet und inwiefern der eine oder der andere Theil auf gerichtliche Unterstützung Anspruch habe, so wird die im Streite verfangene Sache so lange der Gewahrsam des Gerichtes oder eines Dritten anvertraut, bis der Streit über den Besitz verhandelt und entschieden worden ist.“ Aber der Fall, den dieser Paragraph vor Augen hat, ist der, wenn der Kläger von dem Beklagten den Besitz vi, clam, precario erworben hat, in welchem Falle allerdings die Frage, wer von den beiden Theilen im echten Besitze sei, entscheidend ist. Und so spricht gerade dieser §. für die hier verfochtene Ansicht.

juristischen Grunde des Besitzeschutzes: die Achtung vor dem im Besitze sich verkörpernden Willen in Betracht zieht. Eine Ausnahme hiervon tritt nach österr. wie nach römischem Rechte (vgl. Note 20<sup>a</sup>) nur in dem Falle ein, wenn der Beklagte die Einwendung erhebt, daß Kläger von ihm (Beklagtem) den Besitz unechter Weise erworben hat (exceptio vitiosae possessionis ab adversario).<sup>21</sup> Denn da in diesem Falle der Beklagte selbst den Kläger auf Restitution der ihm widerrechtlich entzogenen Sache klagen kann, so steht ihm frei, dies Recht auch im Wege der Einwendung geltend zu machen, was dann zur Folge hat, daß Kläger mit seiner Klage abgewiesen wird und Beklagter den Besitz behält.<sup>22</sup> Auf diesen Fall

20<sup>a</sup>) Im Römischen R. war bekanntlich die exceptio vit. poss. ab adversario ursprünglich bei den interd. uti poss. und de vi zulässig. Vgl. L. 1. pr. §. 5. L. 3. pr. D. uti poss. und Paulus, Sentent. V. 6. §. 7. (Eine Ausnahme bestand nur bei dem interd. de vi armata). Justinian verwirft diese Einrede beim interd. de vi ganz allgemein, ja sieht dies als selbstverständlich an. Vgl. §. 6. J. de interd., was Savigny, S. 448 mit der Strafkonstitution über die Folgen der Eigenmacht zu erklären sucht. Vgl. auch Savigny, S. 410. Witte, Interd. u. p. S. 129 flg., und zu diesem Rudorff, Jus. Nr. 142. Fitting, a. a. D.

21) Ähnlich wie im österr. Rechte verhält es sich nach bayr. Rechte (f. Roth, §. 134. Nr. 74) und nach preuß. R. Vgl. A. G. D. I. 31. §§. 14. 16. und §§. 96—98. I. 7. Obgleich es nämlich nach der zu allgemeinen Fassung dieser §§. den Anschein hat, als wolle das Gesetz nur den echten Besitz schützen, so hat nach dem Zeugnisse Förster's, III. §. 162. Note 47 und S. 91 dennoch die Theorie und Praxis in Anlehnung an den innerlich begründeten Grundsatze des gemeinen Rechts an der einschränkenden Auslegung festgehalten, daß nur der Besitz desjenigen Klägers nicht geschützt wird, der denselben dem Beklagten fehlerhaft entzogen hat. Vgl. auch Dernburg, §. 158. Note 10. (Nur der durch gesetzlich verbotene oder strafbare Handlungen erworbene Besitz wird nicht geschützt. S. Förster a. a. D. Note 47. 68.) — So auch das neue sächs. b. G. B. §. 206.: „Jeder kann denjenigen, der im Verhältnisse zu ihm fehlerhaft besitzt, auf Wiederherstellung des Besitzes und Ersatz des verursachten Schadens klagen.“ §. 207.: „Der Beklagte kann sich gegen die Klage wegen Besitzstörung durch die Einrede schütten, daß der Kläger im Verhältnisse zu ihm fehlerhaft besitze.“ Der bayrische Entwurf läßt die Einrede des fehlerhaften Besitzes bei der Besitzstörungs- und Entsetzungsklage zu, ja dehnt dieselbe auf den Fall aus, wenn der Kläger von der fehlerhaften Besitzergreifung des Vormanns Kenntniß hatte. Art. 36. — Eigenthümlich das Züricher G. B., welches zwar jedem Besitzer Schutz gegen unbefugte Gewalt und Beeinträchtigung, die ein Vergehen bildet, — aber nur dem redlichen Besitzer Schutz gegen jede eigenmächtige Störung (auch wenn darin kein Vergehen liegt) und Restitution des widerrechtlich verloren gegangenen Besitzes gewährt (§§. 501—507.), — prinziplose Bestimmungen, die den Rechtsboden durch Einmischung moralischer Gesichtspunkte verrücken.

22) Vgl. die Rechtsfälle Nr. 106. 2336. 2722. 2364. 3030. 4483. 5069. Samml. Glaf.-U.-W. — Doch wird vorausgesetzt, daß auch die Einwendung der



bezieht sich der §. 347. des G. B. — und nur auf diesen Fall, wie die Eingangsworte beweisen: „Zeigt es sich nicht auf der Stelle, wer (d. i. also ob Kläger oder Beklagter) sich in einem echten Besitze befindet“ . . . . und der wörtlich gleichlautende §. 10. der kais. Verordn. v. 27. Oct. 1849: „wer sich im echten Besitze befindet . . .“ Entscheidend also ist die Echtheit nur in dem Falle, wenn es sich um das Verhältniß des Besitzes des Klägers zu dem des Beklagten handelt, also wenn der Beklagte die Einwendung erhebt, daß der Kläger von ihm (Beklagtem) den Besitz *vi, clam, precario* erworben habe<sup>23</sup> Die Richtigkeit dieser Ausführungen ergibt sich auch aus den neuesten von Fr. v. Canstein, Grünh. Zeitschr. VI. S. 199 publicirten Protokollauszügen betreffend die

Vitiosität des klägerischen Besitzes innerhalb der im §. 2. bestimmten 30 tägigen Frist angebracht worden sei. Vgl. auch die Entsch. Nr. 106 und 3634 derselben Samml. und Schuster, a. a. D. S. 942. J. B. Kläger fordert vom Beklagten die Herausgabe der ihm gewaltsam entrißnen Uhr. Beklagter wendet ein, daß sie ihm kurz zuvor — jedenfalls vor Verjährung des Restitutionsanspruches — vom Kläger heimlich entzogen worden sei. Hier wird dieser sachfällig werden müssen. Wollte man die Einwendung der Vitiosität des Besitzes unzulässig finden, so müßte man doch dem sachfälligen Besitzer die Widerklage auf Restitution des Besitzes derselben Sache zugesetzen; — dann aber würde man statt Eines zwei Prozesse haben. Die letzte Konsequenz wählt Brunß, S. 459, welcher sowie Unger, Entwurf S. 82, gar keine Einrede aus Besitzfehlern zulassen will. Rückerverb des eigenmächtig entzogenen Besitzes in *continenti* ist nicht als Dejection anzusehen. S. §. 6. N. 8. d. B.

23) Wäre jeder unechte Besitz vom gerichtlichen Schutze ausgeschlossen, so hätte §. 347. lauten müssen: „Ist es zweifelhaft, ob sich Kläger im echten Besitze befindet.“ — Im Grunde sprechen alle gerichtlichen Entscheidungen und die meisten Schriftsteller, welche nur den echten Besitz geschützt wissen wollen, von solchen Fällen, wo der Kläger vom Beklagten *vitios* besitzt, ohne des Falles zu erwähnen, wenn der Kläger zwar unechter Besitzer ist, aber den Besitz von einem Andern als dem Beklagten *vitios* erworben hat. Der heimliche Besitzer also, der denjenigen, dem er die Sache *clam* genommen, auf Rückerstattung der ihm von diesem gewaltsam entrißnen Sache belangt, wird in Folge der Einwendung des unechten Besitzes sachfällig werden. Anders wenn der heimliche Besitzer einen Dritten auf Rückerstattung belangt. Mit der eben gedachten Beschränkung erscheint also die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 27. Juni 1855, Ger. Ztg. 1856 Nr. 103, vollkommen gerechtfertigt. — Die Ansicht, welche vorstehend vertheidigt wird, hat in den letzten Jahrzehnten in der Praxis, wie es scheint, immer mehr Verbreitung gefunden. Vgl. Mageß, Ger. Ztg. J. 1862, Nr. 61, dessen Endansicht über diesen Punkt wesentlich mit unserer Auffassung übereinstimmt. — Nicht zu rechtfertigen sind die Entscheidungen des obersten G. H. Nr. 686 u. 3691 Samml. Gl.-u.-B., welche die Frage der Unechtheit aus dem Besitzprozesse gänzlich hinausweisen, und nicht einmal die *except. vitiosae p. ab adversario* zulassen.

Redaction dieser k. Bdng. Der a. u. Vortrag der Gesetzgeb.-Hofcommission v. 30. October 1823 bemerkt nämlich: „In den Fällen der §§. 345—347 G. B. komme es . . . darauf an, wer im letzten ruhigen, d. i. wer im echten oder unechten Besitze sei; denn offenbar ungerechte Gewalt könne auch im *poss. summ.* nicht in Schutz genommen werden.“

### §. 7a. Die römischen Besitzklagen. Reception derselben.

Nach Voraussendung der allgemeinen Voraussetzungen des Besitzeschutzes sollen nun die näheren Bestimmungen der Besitzstörungs- und der Besitzentsetzungsklage dargelegt werden.

Was die historische Entwicklung der Besitzklagen betrifft, so erscheint es zweckmäßig, den Entwicklungsgang der römischen Besitzklagen voranzustellen, da sich das österr. Recht in den Hauptgrundzügen an das römische Recht anlehnt und nur durch Einführung einer einzigen — bloß nach der Art der Störung in zwei Unterarten zerfallenden — Klage die römischrechtlichen Unterschiede zwischen den einzelnen auf Erhaltung und Wiederherstellung gerichteten Interdikten einerseits, und den Sachen- und Rechtsbesitzklagen andererseits in der Hauptsache beseitigte. Wichtig ist insbesondere der genetische und wissenschaftliche Zusammenhang des österr. und römischen Rechtes in vielen Detailfragen.

Das justinianische Recht gewährt zum Schutz des Sachbesitzes<sup>1</sup> im Allgemeinen drei Klagen:

I. Das *interdictum uti possidetis*, die Klage zum Schutze des bedrohten oder beeinträchtigten (gestörten) Besitzes beweglicher und unbeweglicher Sachen<sup>2</sup> auf Anerkennung des Besitzes, Be-

1) Von der Darstellung des höchst verschiedenartig gestalteten Schutzes des Rechtsbesitzes darf hier Umgang genommen werden, da das röm. Recht nur einzelne Servituten durch *Spezialinterdikte* (*interdictum de itinere actuque privato*, *de aqua quotidiana et aestiva*, *de rivis*, *de fonte*, *de cloacis*) schützt, für die anderen Rechte jedoch (soweit nicht die Sachbesitzinterdikte *utiliter* zur Anwendung kommen) nach kanonischem Rechte und der Praxis die allgemeine *Spolienklage* zur Geltung gebracht worden ist. Vgl. Savigny, §. 50. S. 517 ff. Brunß, Besitz §§. 5. 44. 45. und Besitzklagen §. 23. Windscheid, §. 164.

2) Das *interdictum utrobi* bei beweglichen Sachen (*Besitz majore parte hujusce anni*) ist im Justinianischen Rechte dem *interdictum uti possidetis* in

seitigung der Störung, Verbot künftiger Störung und nach Umständen auch Schadenersatz<sup>3</sup> und *Cautio de non amplius turbando*.<sup>4</sup> Dieses Interdict setzt voraus: gegenwärtigen Besitz des

seinen Voraussetzungen gleichgestellt. L. 1. pr. §. 1. D. *utrubi* 43. 31. Ueber die vorjustinianische Gestalt des I. U. P. vgl. Witte, S. 28 fg. Vangerow, §. 336. N. 3, neuerlich Meißcheider, S. 430 und Brinz, §§. 181. u. 182., welche Letztere sich besonders auf die Studemund'sche Entzifferung des Gaj. IV. §. 170. (M. S. 432. Br. §. 181. N. 25) stützen. Entgegen der herrschenden Ansicht (s. Witte, S. 98 fg. Savigny, §. 37. Windscheid, §. 159. Bruns, Kl. S. 76 fg.) behauptet Brinz, daß die Störung (Gewalt) nicht als solche, sondern nur sofern sie die Gefahr der Dejection in sich trage, zum I. U. P. führe; die Duplicität der Besitzbehauptung, also beiderseitige Besitzpräntion sei eine Voraussetzung desselben. Gewalt ohne Besitzanfreitung hätte höchstens sekundär zu einem einseitigen restitutorischen oder prohibitt. I. führen können (Gaj. IV. §. 170.: *quae secundaria interdicta appellamus etc.*), insofern der Beklagte auf jede seinerseitige Prozeßhandlung (symbol. Gewalt etc.) verzichtet hätte. Das klassische I. U. P. sei also primär nur bei Besitzanfechtung begründet und überall doppelseitig. (L. 3. §. 2. D. h. t.: *etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me, uti mea possessione*.) Brinz sucht den Beweis hiefür in umfassender Weise zu erbringen, bes. durch L. 3. §. 2. D. cit. (welche aber doch auch die Interpretation zuläßt, daß die Absicht auf Beeinträchtigung des Besitzverhältnisses gehen müsse, s. Witte S. 100), durch Betonung des zweiseitigen Verbotes gegen gewaltsame Besitzentziehung (§. 181. N. 19a; aber es heißt: *quominus ita possideatis*, was auch das Verbot der einseitigen Störung begreift), ferner durch Berufung auf das Prozeßverfahren (Gaj. IV. 170., aber es bleibt doch das I. *secundarium*). Was m. E. der Ansicht B.'s besonders entgegensteht, sind mehrere Quellenstellen (L. 3. §. 2—7. D. h. t., L. 14. D. inj. 47. 10., L. 5. §. 10. D. 39. 1. u. a.), namentlich aber L. 8. §. 5. D. *si serv.* 8. 5., welche das I. U. P. gewährt, obwohl Gegner bloß Quasibesitz beansprucht. Die Auslegung B.'s, daß hier nicht Besitz und Quasibesitz, sondern Freiheitsbesitz und Quasibesitz als Streitpunkt zu denken sind, löst den Widerspruch nur scheinbar; der Quasibesitz der Freiheit ist eben — der Besitz an sich, der Besitz ohne Besitz. Und sollte im Justin. R. selbst das I. *secundarium*, welches früher gegen einseitige Gewalt Schutz gewährte, spurlos verschwunden sein? Diese Lücke wäre doch gewiß auffällig und schwer erklärlich. Vgl. übrigens über diese illiquide Kontroverse noch Witte u. Meißcheider a. a. D.

3) Daß nach Justin. Rechte auch Erbs des Interesses verlangt werden könne, bestreitet neuestens Fitting, a. D. 326, während Windscheid (4. A.) §. 159. den Erbsanspruch nur bei verschuldeter Störung gewähren will. Die herrschende Ansicht, welche auch Witte, S. 128 und Bruns, Klag. S. 57 theilen, unterscheidet nicht zwischen verschuldeter und unverschuldeter Störung. Darüber vgl. §. 7d. unter V. d. B.

4) L. 1. pr. D. *uti poss.* 43. 17. *Ait praetor: uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto . . . neque pluris, quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* — Für die *cautio d. n. turb.* besteht ein Quellenzeugniß nicht; dennoch ist die Annahme derselben nicht ganz unwahrscheinlich. Vgl. L. 12. D. *si serv.* 8. 5. — auch Savigny, §. 38. Witte, S. 118. Brinz, §. 182. N. 9.

Klägers und Bedrohung, Bestreitung oder Störung durch den Beklagten, vorbehaltlich der Einwendung des Letzteren, daß Kläger den Besitz von ihm unechter Weise (*vi, clam, precario*) erworben habe.<sup>4a</sup> Als Störung (*vis*) wird jede willkürliche Beeinträchtigung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache angesehen (L. 8. §. 5. D. 8. 5. *si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti*), ohne daß erforderlich wäre, daß der Störende die Absicht gehabt habe, den Besitz zu stören, geschweige sich selbst Besitz anzumessen oder zuzuschreiben;<sup>5</sup> doch muß die Störung das Besitzverhältniß der Person zur Sache betreffen, die Handlung muß, wenn auch *bona fide*, so doch willkürlich in dieses Verhältniß eingreifen.<sup>6</sup> In dieser Beziehung

4a) Esmarck, *Vac. poss. trad.* §. 4. ist der Ansicht, daß derjenige, dem v. p. überlassen wurde, schon vor der Apprehension das Interdict habe. Allein dafür fehlen Quellenzeugnisse; dagegen L. 12. u. 18. D. *de poss.*

5) Vgl. Savigny, S. 400. Witte, S. 98, 100. Arndts, §. 171. Eck, *Depp. Klag.* §. 7. Fitting, S. 334. Bruns, *Besitzklagen* S. 70 fg. Windscheid, §. 159. Note 5.

6) Vgl. Arndts a. a. D. „annehmende Beeinträchtigung“ (aber auch b. f. kann der Besitz gestört werden) u. neuestens Bruns a. D., S. 76, der in dem Fall, wenn die berechtigten Thibaut'schen Spektakulanten an Thüren und Laden klopfen, die Klage gewähren will, wenn sich darin eine Mißachtung der Besitzherrschaft äußert und insbesondere Wiederholung zu befürchten ist. Auf die Gefahr der Wiederholung kommt m. E. freilich Nichts an, so weit es sich um den Begriff der *vis* handelt, sondern nur, soweit die Androhung einer Strafe und *Cautio* begehrt wird. Zu weit geht Windscheid, §. 159. Note 5a, wenn er bemerkt, daß sogar eine Störung, von welcher der Störende nicht einmal weiß, genüge. Unwillkürliche Handlungen fallen nicht unter den Begriff der *vis*: *vim facit, qui non sinit possidentem . . . uti arbitrio suo* (L. 11. D. *de vi* 43. 16., dazu Donellus, XV. 33. §. 11. Witte, S. 100); *si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti* (L. 8. §. 5. D. 8. 5.); *qui prohibes me, uti mea possessione* (L. 3. §. 2. D. 43. 17.). Gewiß ist hier ein bewußter Eingriff, willkürliche Handlung gemeint. (M. A. Schneider, *Zeitschr. f. Schweiz. R.* 2. S. 598.) Oder soll die Klage stattfinden, wenn ich auf meinem scheuenden Pferde über fremde Grundstücke dahinjage? Dagegen kann gewiß auf mein Verschulden Nichts ankommen; ich störe fremden Besitz, auch wenn ich das Grundstück für mein Eigenthum halte oder wenn ich servituttsberechtigt zu sein glaube. Aus diesem Grunde verweigert wohl L. 3. §. 5. 6. D. h. t. das Interdict: Das Hineinragen eines Projektilum ist keine Handlung; nur der Besitzer, der ihn haute, könnte geklagt werden. Theilweise a. A. Bruns, S. 79 und Witte, S. 102. — Hingegen behauptet Brinz, §. 182., daß selbst noch im Justin. R. die *Controversia poss.* Bedingung der Klage, — das I. U. P. also wesentlich gegenseitiger Besitzstreit gewesen sei (s. N. 2); wenn die heutige Praxis eine Klage ohne Bestreitung des B. zulasse, so sei dies eine andere — dem Röm. R. wenigstens unter diesem Namen unbekannte Klage; ja Br. verwahrt sich sogar gegen die m. E. naheliegende Vermuthung Meißcheider's, S. 437 fg., daß unsere einseitige Besitzklage äußersten Falls das alte *secunda-*

bildet das Interdict das Gegenstück zur Negatoria, deren Analogie neuestens mit Recht betont wird. Daß auch wegen befürchteter künftiger Störung das Interdict stattfinden, wird zwar ziemlich allgemein gelehrt (vgl. bes. Savigny, §. 37., neuestens Ihering, S. 92 flg.); indeß sollte diese Frage nach der herrschenden Auffassung über die Bedeutung der Umwandlung, welche das Interdictsverfahren im Justinianischen Rechte erfahren hat, consequenter Weise doch nur von Jenen bejahend beantwortet werden, welche (wie Ihering) die Besitzklage auch als bloße Präjudicialklage zulassen. (Vgl. dagegen Bruns, Klagen §. 8.). Diese letztere Frage ist aber, wie Bruns a. a. D. §. 1. richtig ausführt, wesentlich eine Prozeßfrage, welche für das heutige Recht wohl anders zu lösen ist, als für das römische.<sup>7</sup> Ueber die Besitzstörung durch Baulichkeiten, insbesondere L. 3. §. 5. 6. D. U. P., vgl. §. 7b. Note 64 flg. d. B. Das Interdict ist ein interdictum duplex; beide Theile sind gleichmäßig als Kläger und Beklagte anzusehen und kann daher auch der Beklagte durch diesen Rechtsstreit den Besitz wieder erlangen, welchen ihm die Gegenpartei vitioser Weise entriß. Unter dieser Voraussetzung kann also sogar der Vertriebene als Kläger auftreten und hat das Interdict alsdann recuperatorische Wirkung.<sup>8</sup> Der Anspruch verjährt

r i s c h e aus dem Gefolge des I. U. P. losgelöste I. repräsentire, weil dann Beklagter nicht zur Läugnung des kläger. Besitzes zugelassen werden dürfe, es sei denn daß er ihn für sich behaupten d. h. zur doppelseitigen Klage schreiten würde. Dagegen vgl. aber Note 2.

7) Vgl. Wächter, II. S. 413 flg. Windscheid, I. §. 45. Nr. 3, auch Bruns a. D. S. 6. Degenkolb, Einlassungszwang S. 131 flg., 206 flg., wenigst. für's heut. R. — dazu nun §. 231. deutsch. C. Pr. D.; dagegen für das röm. R. Bekker, die Aktion. des röm. P. R. I. S. 283 flg. und Bruns a. D. S. 28. — Ueber den Einfluß des Wegfalls des Interdictsverfahrens vgl. unten Note 10.

8) Ueber diesen bestrittenen Punkt vgl. neuerlich Brinz, §. 182. (2. A.) R. 18—20. Arndts, §. 172. R. 2. Witte, S. 60 flg. Bruns, Encycl. (2. Aufl.), S. 360. Krüger, S. 94 flg. Bekker, Aktionen II. S. 62. 63. C. a. D. S. 49. 64 flg. Rudorff, Anhang Nr. 137, welcher letztere gegen Schmidt, Interd. S. 112 flg. Windscheid, §. 159. Note 10. Brinz, §. 31. (1. Aufl.) u. A. mit Recht bemerkt, daß die recuperatorische Wirkung des Interdicts für den Kläger (soweit man bei der Duplicität überhaupt von einem Kläger reden kann), nicht sowohl die falsche Annahme eines solidarischen als vielmehr die unbedenkliche eines relativen Besitzes (L. 3. pr. §. 5. D. uti poss., L. 53. de poss.) voraussetze. Bekker a. D. 2. S. 65, R. 28 führt für die Duplicität auch Gai. IV. 167. 168. über die fruct. licit., Brinz, R. 19, das restitutorisch-sekundäre Interd. ins Gesicht. Für dieselbe auch Fitting, Civ. Arch. 55. S. 306 flg. 331.

binnen eines annus utilis vom Zeitpunkt der Störung, nicht aber die Einrede der Fehlerhaftigkeit des Besitzes.<sup>9</sup> Die Klage dient also sowohl zur Feststellung des zweifelhaften oder bestrittenen Besitzstandes als zur Abwehrung einseitiger Störung.<sup>10</sup> Ueber die Präjudicialfunktion des I. U. P. vgl. Note 10.

9) Die Verjährung des Edicts muß jetzt wohl auf den Gesamtanspruch bezogen und nicht bloß auf den Schadenersatz beschränkt werden, wie Witte, S. 87. bis 93. 125 flg. nachzuweisen sucht, sonst ließe sich auch nicht die doch von Witte a. a. D. zugegebene einjährige Verjährung bei einseitiger Störung rechtfertigen. S. auch Windscheid, §. 159. zu R. 7 und Brinz, §. 183. Note 29. Wenn Witte aus L. 1. §. 5. D. h. t.: Perpetuo autem huic interdicto insunt haec, quod nec vi, nec clam, nec precario ab illo possides — die dreißigjährige Verjährung der recuperatorischen Wirkung des I. U. Poss. deduciren will, so beruht dies gewiß auf Mißverständnis. Das perpetuo will doch den Gegensatz zum vorübergehenden Interdictum unde vi und die Unverjährbarkeit der Exceptio andeuten. Vgl. Rudorff, Anhang Nr. 142, S. 701. Nur von Verjährung des Erbschaftsanspruches sprechen Savigny, S. 411. Arndts, §. 172. — Daß selbst die exceptio vitiosae poss. binnen Jahresfrist verjährt, behaupten trotz L. 1. §. 5. D. cit. Buchta, §. 133. R. G. Vangerow, §. 336., dagegen f. Arndts, §. 171. Note 3. Witte, S. 87 flg. Brinz, S. 82 (1. Aufl.).

10) Was die einzelnen vielfach bestrittenen Punkte betrifft, vgl. Vangerow, §. 336. Witte a. a. D. S. 60 flg. Bekker a. D. S. 65 flg. Windscheid, §. 159. Arndts, §§. 171. 172. Rudorff, Anhang Nr. 137. Brinz, I. §. 31. (1. Aufl.), dazu §. 89. der 2. Aufl. Baron, §. 120. C. a. §. 5—7., neuest. Ihering, Grund d. B. S. 72 flg. und Bruns, Besitzklagen §§. 1—10., dessen Ausführungen m. G. bis auf einen Punkt überzeugend sind (dazu Brinz, Jenaer Lit. Zeit. Nr. 40 u. Arndts in Grünhuts Zeitschr. f. Pr. u. öff. R. I. S. 769 flg. Meißcheider, S. 430 flg.). Es scheint, daß die J. recup. p. älter sind, als die J. retin. p.; wenigstens sind diese, wie Brinz, Zur Contravind. (1877, Festschrift) S. 131 flg. bemerkt, von so künstlicher Anlage und dem sonstigen Interdictenzwecke so fern gerückt, daß wir sie schon um deswillen in eine jüngere Zeit als die des Legis Act. Prozesses versetzen dürfen (dazu Witte, S. 8). Keinesfalls war das Interdict (von der ältesten Zeit abgesehen) bloß auf die Vorbereitung der vindikation beschränkt, war auch nicht bloße Präjudicialklage über den Besitz (provisorische Eigenthumsregulierung — Ihering S. 78) — es bildete vielmehr ein allgemeines Schutzmittel gegen jede Beeinträchtigung des Besitzes. — Vis wurde im weitesten Sinne genommen als jede das Besitzverhältniß störende Handlung. Mit Recht heken Witte, S. 40 flg., neuestens besonders Ihering, S. 17 flg., 72 flg., und Bruns, §. 8., hervor, daß diese Klage nicht als Deliktklage auf Schadenersatz (so Savigny) aufgefaßt werden kann; denn Besitzstörungen können auch ohne dolus oder culpa gedacht werden. Von besonderem Interesse sind die Ausführungen Bruns' über die Umwandlung des Interdicts im Justinianischen Recht. Nach klassischem Recht entstand bekanntlich der Anspruch nicht schon aus der Störung, sondern aus der nach Ertheilung des Interdicts erfolgten Störung. Anders nach Wegfall des Interdictsverfahrens. Den §. 8. J. de interd. 4. 15. (non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset) legte die bisher herrschende Mei-

Neben dem ordentlichen Besitzprozeß (*possessorium ordinarium*) welches den Schutz des gegenwärtigen Besitzes im ordentlichen Prozeßwege zum Gegenstande hat, entwickelte sich erst in der italienischen Praxis, welche später auch in Deutschland Eingang fand und hier durch die R. G. D. von 1555 bestätigt wurde, das sogenannte *possessorium summarium* oder *summarissimum* — in Böhmen recipirt durch den Landtagsbeschuß v. 1575 (s. Ott, Reception S. 263).

nung (vgl. Savigny, §. 34. Witte, S. 126 flg., früher auch Bruns selbst) dahin aus, es sei das früher im prätorischen Edikt von Fall zu Fall erlassene Spezialverbot zu einem generellen gesetzlichen Verbot, zum festen Prinzip der allgemeinen Rechtsordnung erhoben worden, aus dessen Verletzung durch Störung des Besitzes (*vis*) sofort auf Schadenersatz geklagt werden könne. Jetzt sagt Bruns, S. 50 flg., die Aenderung in der Weise auf, daß nunmehr aus der befürchteten Störung kein Interdikt zu fordern, sondern sogleich geklagt werden könne, nämlich auf Erlass des Verbots, auf Schutz im Besitze: *ne vis fiat*; Klagegrund sei nicht die begangene, sondern die drohende Gewalt; die Klage sei nicht an die Stelle der alten Klage aus dem Interdikt, sondern an die Stelle des Antrags auf das Interdikt getreten; das Verbot sei nun allerdings nicht mehr ein unbestimmtes Verbot „*uti possidetis*“, sondern Verurtheilung einer bestimmten Person, weil erst nach vorgehender Untersuchung des Besitzstandes erlassen. Für diese Auffassung spreche L. un. C. h. t. 8. 6., cfr. L. 3. C. de interd. 8. 1. So sei denn das Interdiktum U. P. des Justinianischen Rechts weder Delikt- noch Präjudizialklage, sondern lediglich negatorische (prohibitorische) Besitzklage auf Verbot (Prohibition) drohender Störungen des Besitzes (S. 65). Die vergangene Störung habe nur die Bedeutung, daß sie die Gefahr künftiger Störung beweise und sohin das Verbot veranlasse. Dies sei römische — und heutige Praxis (S. 62). — Ohne diese Auslegung, welche Arndts als im Wesentlichen unangreifbar erklärt, bestritten zu wollen, kann ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß die von Brinz a. a. D. geäußerten Bedenken mancherlei Zweifel wege machen und daß es bei der ausschließlichen Betonung des von Bruns hervorgehobenen Standpunkts schwer erklärlich ist, warum nach Justin. Rechte der Beklagte sofort kondemniert und zwar nach der in diesem Punkte intakten Formel der L. 1. pr. D. h. t. selbst zum Schadenersatz verurtheilt wird, was B. selbst S. 57, 58 nicht bestritten mag. (Vgl. Witte, S. 128.) M. E. läßt sich die neueste Auslegung von Bruns mit der bisher herrschenden recht wohl vereinigen. Gewiß ist das frühere Spezialverbot nun ein generelles Prohibitionsgesetz geworden, gewiß tritt Verurtheilung und Verbot nach vorhergehender Untersuchung gegen eine bestimmte Person ein; allein die erste Störung (*vis*) spielt nicht mehr lediglich (wie B. will) die untergeordnete Rolle eines Anlasses zum Verbote der künftigen Besitzstörung, sondern kann ebenso gut (*paritätisch* oder vorzugsweise) Klagegrund und Gegenstand der Kondemnation sein, was sie früher eben nicht war. Vgl. v. Canstein, VI. 132. N. 26. Neuestens hat sich Windscheid, (4. Aufl.) §. 159. Anm. 3. 6. gegen die Auslegung von Bruns erklärt, da die Institutionenstelle nur sagen wolle, daß der Wegfall des *ordo iudiciorum* lediglich prozessuale Bedeutung habe, während sich nach der B.'schen Ansicht auch der Inhalt des Anspruchs geändert haben würde. Auch bleibt sich Bruns selbst nicht treu; vgl. S. 57, 58 einerseits und 67 anderseits in Ansehung des Klagespektrals (Schadenersatz).

Auf Grund summarischer Untersuchung und bloßer Bescheinigung der für den Besitzstand maßgebenden Thatumstände, wobei begreiflicher Weise auf die letzten Besitzhandlungen das Hauptgewicht fällt, wird der letzte Besitz geschützt, um Thätlichkeiten der Parteien während der Dauer des oft langwierigen *Ordinariums* bei zweifelhaftem Besitzstande hintanzuhalten. Die Thatfachen also, die bescheinigt werden müssen, sind dieselben, wie im *Ordinarium*; hier wie dort ist das Beweisthema dasselbe — nämlich der juristische Besitz; der Unterschied beruht nur im Verfahren. Der Spruch über den Besitz ist dort ein provisorischer, hier ein definitiver, — wobei noch immer das *Petitorium* (*Publiciana*, *Vindicatio* etc.) vorbehalten bleibt. (Vgl. Savigny, §. 51., Bayer, Summar. Proz. §§. 65. 66.). — In einzelnen Particularrechten kommt allerdings dieser Gegensatz in anderem Sinne vor: das *possessorium summarium* (*summarissimum*) bedeutet nämlich den regelmäßigen Besitzprozeß (das gemeinrechtliche *poss. ordinarium*); im Gegensatz zu diesem verstand man in mißverständlicher Auslegung des c. 9. X. de prob. 2. 19. unter dem sog. ordentlichen Besitzverfahren (*poss. ordinarium*) die Klage aus dem titulierten Besitz, die petitorischen Rechtsmittel mit Ausschluß der *Vindicatio*, — also insbesondere die *actio Publiciana* oder die sie etwa (partikularrechtlich) vertretende „dingliche Besitzklage des deutschen Rechts.“<sup>11</sup>

11) Vgl. Bruns, Besitz §§. 28. 33. 41. 44. 45. 46. 49. Jahrb. d. gemein. d. R. IV. S. 34 flg., 85 flg., Besitzklagen §. 20. Delbrück, Dingl. Klage des deutschen Rechts (1857) §. 18. u. Nachträge im Jahrb. f. Dogmatik X. S. 110 flg., bes. S. 133 flg. Ziebart, Realexekution u. Obligation S. 257 flg. Maassen, Jahrb. d. gemeinen d. R. II. S. 443 u. III. S. 227 flg. Windscheid, §. 162. Arndts, §. 173. N. 4. Wegell, Civ. Pr. §. 30. S. 294 flg. Stobbe, d. P. R. §. 77. Gegen Delbrück, dessen fleißige Ausführungen nur durch die Einseitigkeit der vorgefaßten Meinung getrübt werden, weisen Bruns u. Maassen a. a. D. nach, daß die Glossatoren des röm. u. kanon. Rechts die angebliche doppelte Funktion des Int. *Uti P.* nicht kennen, daß das c. 9. X. de prob. 2. 19. an der possessoriischen Beschaffenheit dieses Rechtsmittels Nichts geändert hat, daß die mittelalterliche bis in das 18. Jahrhundert reichende Theorie und Praxis zwar zahlreiche Anzeichen der Vermischung des *Petitoriums* und *Possessoriums* aufweise, daß dieselbe jedoch niemals zu einer dauernden, festen Gestaltung geführt habe, daß (wie übrigens auch Delbrück zugestehet) die petitorischen Auswüchse der Besitzklagen zu verschiedenen Zeiten mit Erfolg bekämpft wurden, und daß endlich die ältere Meinung, namentlich seit den Arbeiten F. H. Böhmer's im vorigen und Savigny's in diesem Jahrhunderte, der richtigen Auffassung des römischen und kanonischen Rechtes gewichen sei. Vgl. neuestens gegen Ziebart, der in der Hauptfache Delbrück

Das österr. Recht gehört der letzteren Kategorie der Partikularrechte an und versteht in Anlehnung an den älteren Sprachgebrauch unter der „ordentlichen Besitzklage (possessorium ordinarium)“ den „ordentlichen Rechtsweg“, „das stärkere Recht zum Besitze“ (actio Publiciana). Dies ergibt sich unbestreitbar aus der Vergleichung des §. 2. mit dem §. 5. Absatz 2. d. f. Verordn. v. 27. Oktober 1849, §. 12. und mit §§. 324. 372. 373. 851. A. b. G. B. So auch neuest. d. Erf. des D. G. G. v. 3. April 1878 §. 11652. G. Halle 1879 Nr. 4; dazu vgl. §. 7. Note 9.<sup>12</sup>

II. Zur Wiedererlangung des verloren gegangenen Besitzes gibt das römische Recht zwei Klagen und zwar:

a. das interdictum unde vi gegen Entziehung durch Gewalt.<sup>13</sup>

beitrat, bes. Brun s, Besitzklagen S. 215 flg., mit dem auch Heusler, Gewere S. 304 flg. u. Stobbe, §. 77. Nr. 12, 14 übereinstimmen. Heusler weist nach, daß der Ausgangspunkt D.'s, daß für die deutsche Eigentumsklage die ältere Gewere maßgebend war, verkehrt ist.

12) So auch Monti, §. 47. Wie in Deutschland, so in den österr. Ländern zeigt sich in den drei letzten Jahrhunderten das Streben nach der petitorischen Erweiterung der possessoriischen Klagen, und die daraus hervorgehende Vermischung charakterisirt die begüßliche Literatur hier wie dort. Während die ältere Literatur (s. Schambogen, Praelect. in Just. 1676. 2. S. 289 und Neumann [exp. Dobrensky], Diss. de abusib. prax. Boh. 1731. S. 129 flg.) den Unterschied zwischen poss. summar. und ordin. nur in der Prozeßform sieht, betont die neuere für das Ordin. die antiquior p. und die causa p. So heißt es z. B. in den Adnotationes theor. pract. ad J. Ortwin Westenbergii Princ. juris (Pragae 1778) II. P. 1089. Differt autem hoc momentaneum ab ordinario, quod in summissimo novissima et momentanea poss., in ordinario antiquior possessio investigetur, quod in illo non quaeratur: an quis vi, clam, precario, sed an quiete possideat, in hoc vero ad qualitatem et jus possessionis attendatur. . . . causa possessionis finaliter decidatur. Vgl. dazu die bei Delbrück, X. S. 133 flg. citirten Schriftsteller und dazu neuest. Ditt, Recept. S. 131 flg., 203 flg., 263, 271 flg. Die ältere Auffassung findet sich noch in Höpfner's Komm. zu den Heinicci'schen Inst. §. 1217.

13) L. 1. pr. D. de vi 43. 16. Praetor ait: Unde tu illum vi deieciisti aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc tibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo. Rind el, Beiträge I. (21) S. 742 sucht den Charakter der possess. Klagen nicht im Klagegrunde, sondern im Petitum und zählt darum die recuperatorischen Interdikte überhaupt nicht zu den possessoriischen; sie seien vorläufige Rückforderungsgerechte der Nichtbesitzer — nicht der Besitzer. Allein die Klagen müssen zunächst nach ihrem Inhalt (Grunde), nicht bloß nach ihren Zwecken unterschieden werden. (S. Gajus IV. 2. 3.) Unterlassen wir dies, so ist die Verwirrung heillos. Die Rückforderung einer Sache kann z. B. aus dem Grunde des Besitzes, des Eigentums, des Commodats, der grundlosen Bereicherung, des Erbrechts u. statthaben. Vgl. noch §. 1. Nr. 10 c.

Daß hier der bereits entzogene Besitz restituirt wird, kann der Bezeichnung dieses §. als „Schutzmittel“ des Besitzes nicht entgegenstehen, — nicht bloß, weil gegen künftige Gewalt auch die Thatfache wirkt, daß gegen verübte Gewalt restituirt wird (Brinz §. 180. Nr. 19), sondern vielmehr weil sich die Rückstellung des entzogenen Besitzes doch nur als unabweißbare Consequenz des Besitzeschutzes überhaupt darstellt; ist die Störung schon verpönt — umsomehr die Entsetzung.

b. das interdictum de precario auf Restitution der bittweise hingeebenen Sache, bezieh. gegen Entziehung des Besitzes derselben durch Vertrauensmißbrauch (Anmaßung des anvertrauten Besitzes).

ad a. Dem Besitzer<sup>14</sup> einer unbeweglichen Sache, welcher selbst oder in der Person seines Stellvertreters durch Gewalt (vis atrox)<sup>15</sup> des Besitzes entsetzt wurde, gibt das R. R. gegen den Deficienten, mag dieser die Gewalt selbst oder durch Andere oder für Andere<sup>16</sup>

14) Die Ansicht Aelterer (Thibaut, Civ. Arch. 17. Nr. 13. 1., neuerdings Sintonis, §. 142. Nr. 24. Rind el, 22. S. 210 flg.), daß das Interdict auch dem Detentor zustehe, stützt sich lediglich auf die unrichtige Interpretation der L. 1. §§. 9. 10. D. h. t. (naturalis possessor); vgl. Savigny, §. 40. S. 424 flg. Arndts, §. 173. Nr. 2. Meißneider, S. 451—453. Brinz, §. 183. Nr. 3. und §. 137. Nr. 14. — Die Interpretation, die Rind el S. 213 versucht: daß der Frau das I. U. V. nicht zustehe, wenn der Ehemann nur den Colonen entsetzt habe, ohne der Frau Gewalt anzuthun, paßt nicht, da persönliche Bewältigung zur vis nicht erforderlich ist. In L. 12. u. 18. D. de vi wird angenommen, daß der Pächter erst durch Dejection (Nichtzulassung des Käufers) Besitz erworben hat (non admisit, intrare prohibuit). Klar zeigt c. 15. C. de loc. 4. 65., daß der Detentor das I. U. VI nicht hat. Doch ist auch die heutige gemeinrechtliche Praxis nicht ständig; vgl. z. B. Seuff. Arch. 24. Bd. 212., 25. Bd. 7., woselbst dem Detentor zu eigenem Interesse die Klage gegeben wird.

15) Darunter ist jedoch nicht gerade schwere Gewaltthätigkeit, sondern überhaupt durch Machtentwicklung bewirkte Besitzentziehung zu verstehen. Vgl. L. 1. §§. 3. 29. 43. D. h. t. Physische Ueberwältigung wird nicht erfordert; deficiert ist auch, wer sich vor der physischen Uebermacht zurückzieht. Vgl. darüber Savigny, S. 428. Windscheid, §. 160. Note 5. Meißneider, S. 455. Baron, §. 122., dazu Brinz, §. 183. Note 17 (2. A.). Seuff. Arch. 26. Bd. 10. 104. 110. Anders, wenn sich der Besitzer durch Drohungen zur Uebergabe der Sache bewegen läßt. Vgl. L. 5. D. h. t., Windscheid a. a. O. — Ueber die Okkupation des Grundstückes eines Abwesenden vgl. besonders Brun s, Besitzklagen S. 146 flg. und §. 22. Note 34. dies. B.

16) Vgl. L. 1. §. 12. D. Unde vi 43. 16. Ulpian. Dejecisse autem videtur is, qui mandavit vel jussit, ut aliquis deiceretur. §. 13. Quoties autem procurator dejecerit, cum utrolibet eorum . . . agi possit, Sabinus ait, et alterius nomine alteri eximi, sic tamen, si ab altero eorum

verübt haben, eine Klage auf Rückstellung des Besitzes und vollen Schadensersatz, gleichviel ob der Deficient den Besitz hat oder nicht. In diesem Umfange steht aber die Klage nur innerhalb eines *annus utilis* vom Zeitpunkte der Entsetzung zu; nach dessen Ablauf geht sie bloß auf die Bereicherung — in *id, quod ad deficientem pervenit*. Die Erben des Deficienten haften stets nur in diesem beschränkteren Umfange. Desgleichen haftet nur in dieser milderen Weise derjenige, in dessen Namen aber ohne dessen Auftrag Personen, welche in seiner Gewalt oder in seinem Dienste stehen (*servi, filii familias, mercenarii*), eine Besitzentsetzung vorgenommen haben.<sup>17</sup> Auf dritte Personen, an welche der Besitz vom Deficienten übergang, erstreckt sich die Klage nicht. Zufolge besonderer Bestimmung Justinian's (c. 11. C. h. t. 8. 4.)<sup>18</sup> wird die Klage auch gegen denjenigen gewährt, welcher

*litis aestimatio fuerit praestita, — non enim excusatus est, qui jussu alicujus dejecerit, non magis, quam si jussu alicujus occidit. . . . Sabini sententia vera est. §. 15. Quod igitur additur: aut familia tua dejecit, merito scriptum est. . . . qui non jussit, si servorum factum praestaret, et si non jussu ejus dejecerunt; nam non gravabitur hoc nomine, quippe cum aut pervenit ad eum aliquid et restitueret, aut non pervenit et ipsos servos maleficii causa noxae dedendo indemnitas erit. Unter familia sind die Sklaven verstanden, cfr. L. 1. §. 16.; ferner L. 1. §. 20.: Si filius familias vel mercenarius vi dejecerit, utile interdictum competit. Hiermit geht das Rechtsmittel über die Grenzen der bloßen Konsequenz und den Gesichtspunkt des Delikts hinaus, indem es aus Utilitätsgründen den Hausvater auch für die ohne seinen Willen vorgenommene Besitzentsetzung civilrechtlich verantwortlich machte, was in der Regel nicht genügend betont wird. Vgl. Savigny, §. 40. S. 430. Arndts, §. 173. u. d. österr. Grf. §. 7d. Note 12a. Unter den mercenarii sind jedoch nicht bloß gemietete Sklaven zu verstehen, wie Savigny, S. 420, Nr. 6 annimmt. Wird der Besitzer in Person seiner Leute deject, so können in seiner Abwesenheit diese klagen. c. 1. C. si p. vim. 8. 5; vgl. noch Brinz a. D.*

17) Vgl. die vorige Note und Savigny, S. 430. Brinz, §. 183. Nr. 33 bis 35.

18) *Cum quaerebatur. . . , quid fieri oporteret propter eos, qui vacuum possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt. . . violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nos. . . sancimus. . . talem possessorem uti praedonem intelligi et generali jurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus declarata sunt legibus. Savigny, S. 469 versteht unter vacua possessio einen durch Abwesenheit verlorenen Besitz und behauptet ferner, daß c. 11. eine Besitzklage ohne Besitz gewähre. Dagegen vgl. Jhering, Grund d. B. S. 120 fg., auch Bruns, Klage. S. 120 fg. Meißcheider, S. 465 fg., dazu §. 23. Nr. 7. Neuestens sucht Brinz, §. 183. Nr. 20, 21 nachzuweisen, daß an dem Erforderniß der vis „richtiger nichts nachgelassen“ wurde; durch die c. 11. sei die auf Immobilien ausgeübte Verfolgung der Selbsthilfe auf den Fall erstreckt, da der Okkupant*

sich des Grundstücks eines abwesenden Besitzers bemächtigt, ohne daß dieser auch nur den Versuch einer Wiedererlangung machen müßte, — also ohne Aufforderung zur Zulassung einerseits und Verweigerung der Restitution andererseits.<sup>19</sup> Weiter erstreckt sich jedoch das Interdict nach röm. R. nicht; insbesondere nicht auf andere Fälle des Besitzverlustes gegen oder ohne den Willen des Besitzers.<sup>20</sup> Die Ein-

(vacuam p.) ohne Gewalt okkupire. Dies hängt mit B.'s Auffassung der c. 7. C. (s. Note 2) zusammen.

19) Ueber die höchst bestrittene Konstitution vgl. einerseits Savigny, S. 431, 468 fg. Windscheid, §. 160. Note 1, welche annehmen, daß diese Stelle den abwesenden Nichtbesitzer, dessen Grundstück okkupirt wird, dem Besitzer gleichstelle; andererseits Witte, Zeitschr. f. Civilr. u. P. 18. S. 280, und neuestens Jhering, S. 100 fg. Bruns, S. 120 fg. Allein eine Besitzklage eines Nichtbesitzenden ist denn doch eine solche Anomalie, daß sie selbst einer Kaiserkonstitution nicht ohne Noth unterlegt werden sollte. Allerdings gehen neuestens Jhering, S. 120 fg. und Bruns a. a. D., welche diese Anomalie vermeiden, in ihrer Auslegung weit auseinander. Während Bruns unter vacua poss. Besitz, welcher durch fremde Okkupation ohne Wissen des Besitzers verloren geht, verstehen will und die Stelle nur auf den Fall beschränkt, wo der Vertreter des Abwesenden den Besitz treulos verließ, supponirt Jhering, S. 120, fortdauernden, nur nicht ausgeübten Besitz. Letztere Meinung ist wohl zu billigen und besteht ferner in der Singularität der c. 11. C. darin, daß das Erforderniß der vis atrox restringirt wird. Vgl. auch Brinz in der krit. Anzeige Jenaer Lit. Bl. 1874. Nr. 40 (dazu vor. Note) und wohl auch Arndts, §. 173. van Wetter, Poss. S. 205, 206. Fitting a. D. S. 329, doch auch Windscheid a. D. (4. Aufl.).

20) Zwar sucht Brinz, I. S. 86 (1. Aufl.) und neuestens Jhering, Grund d. B. S. 104 fg., mit großem Aufwande von Quellenmaterial die Richtigkeit der älteren, früher namentlich von Cujacius vertretenen Ansicht zu beweisen, wonach das interdictum unde vi durch spätere kaiserliche Konstitutionen (welche von einem momentariae possessionis interdictum sprechen, vgl. c. 8. 11. C. unde vi) auf jede Besitzziehung gegen oder ohne Willen des Besitzers voll ausgedehnt worden sein. Baron, §. 122. u. Arndts, §. 173. (7. u. 8. Aufl.) treten Jhering bei. Indes ist diese Auffassung durch die Untersuchungen von Bruns, Besitzklagen §. 11. überzeugend widerlegt. Von allen Detailsgründen abzusehen, wäre es sonst in der That unbegreiflich, daß Justinian weder in den Pandekten, noch in den Institutionen, die doch zahlreiche von ihm geschaffene Modifikationen des älteren Rechts aufweisen, von dieser weitgehenden Aenderung irgend welche Erwähnung gethan haben sollte. Vgl. außer Bruns noch Savigny, §. 43. Windscheid, §. 160. Note 5. Stobbe, §. 77. Nr. 40, und neuestens auch Arndts in der Anzeige in Grünhut's Zeitschr. I. S. 774. Pernice, Zeitschr. f. §. R. 20. S. 638. Meißcheider, S. 462. Esmin, N. Revue hist. 1878. p. 496 fg., während Brinz, Jenaer Lit. 1874. Nr. 40 die actio momentaria denn doch nicht für so „ganz illusorisch“ hält, indes in der 2. H. (I. S. 749) nur als möglich hinstellt, daß darunter der Gattungsbegriff für alle besitzrestitutorischen Klagen (die weg. Selbsthilfe unbegriffen) verstanden und erst durch die Justinian. Restauration wieder hinter die „Interdicta“ zurückgestellt wurde. Momentum und a. mom. bedeuten nach Fitting's gesammelten Belegen (Zeitschr. f. Rechtsh. XI. S. 433 fg.) Besitz und Be-

rede, daß Kläger den Besitz vom Beklagten fehlerhaft erworben habe, findet bei diesem Interdict nicht statt. (§. 6. J. de interd. 4. 15.; dazu Savigny, S. 546 flg.).

Zweifelhaft ist, ob sich das interd. unde vi schon nach römischem Rechte auf Mobilien bezog. Ursprünglich allerdings nicht (L. 1. §. 3. bis 8. D. h. t.) u. war auch beim Bestande des interd. utrobi kein Bedürfnis dafür vorhanden.<sup>21</sup> Allein durch die Gesetze über das Verbot der Selbsthilfe (vgl. c. 7. C. unde vi und die damit zusammenhängende c. 11. C. h. t.: alienas res vel possessiones) wurde die Anwendbarkeit des interdictum unde vi auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt.<sup>22</sup>

sige Klage. Gelang aber auch nicht der von Ihering a. D. in scharfsinniger Weise versuchte Beweis, daß schon das spätere kaiserliche Recht auf jenem Standpunkte angelangt sei, welchen Jahrhunderte später die mittelalterliche Theorie und Praxis auf Grund des canon Redintegranda (quaecunque injustae causae sc. amissionis) einnahm, und welchen Cujac kurz mit den Worten bezeichnet: generale interdictum restitutorium momentariae possessionis, quod hodie beneficium redintegrandae poss. vocamus — so ist doch die innere Berechtigung der von J. (S. 125 flg.) vertretenen Auffassung gegenüber der Lückenhaftigkeit des Besitzschutzes nach römischem Rechte nicht zu bezweifeln: „Erkennt man einmal den Besitz als rechtlich zu schützendes Verhältnis an, warum denn nur der halbe, warum nicht der ganze Schutz?“

21) Bekanntlich ist das interd. utrobi, mit welchem siegte, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat, im Justin. Rechte dem int. uti possidetis gleichgestellt. Vgl. §. 4. J. de interd. und Savigny, §. 39.

22) Vgl. bes. Savigny, §. 40. S. 437 flg., dessen Argumentation freilich nicht überzeugt, Rudorff, Anhang Nr. 152. Brinz, I. S. 86 (f. jedoch auch §. 183. 2. Aufl.) und jüngstens auch Windscheid (4. Aufl.), §. 160. Nr. 4. „Indem das Gesetz die gewaltsame Wegnahme von Sachen unter Strafe verbietet, setzt es als selbstverständlich voraus, daß das Weggenommene zurückgegeben werden müsse.“ Gewiß müssen also im Sinne desselben die Regeln des int. unde vi zur Anwendung kommen. Anderer A. jedoch Buchta, §. 135a. Bangerow, III. §. 690. Ihering, S. 136. Bruns, Besitzklagen S. 177, und Besitz S. 74. Arndts, §. 174. Nr. 5. Kindel, Beitr. II. (22) S. 224 flg. v. Canstein, VI. S. 136, Nr. 25. Gibt man das I. U. P. (I. Utrubi) in seiner reparatorischen Wirkung, so gestattet man damit die exc. vit. poss. ab a. und geräth dadurch mit der Intention der c. 7. C. und §§. 5. 6. J. 4. 15. in Widerspruch. Vgl. §. 7d. Nr. 31. — Brinz, §. 183. (2. A.) meint nun, daß durch d. c. 7. nicht das I. de vi auf Mobilien erstreckt, sondern eine von Mobilien ausgehende Persecution (Selbsthilfeverbot) auf Immobilien ausgedehnt wurde (cfr. §. 1. I. de vi b. rapt. 4. 2). Die Bervielfältigung der Klagen ist wohl aber kaum bezweckt worden. Zweifelhaft bleibt die Frage allerdings. Möglich, daß der Legislator auch nur das interd. uti poss. in seiner reparatorischen Wirkung vor Augen hatte. Vgl. Bangerow a. D., der sogar das I. utrobi für zulässig hält, neuestens besonders Ihering a. D. S. 141 flg.

ad b. Interdictum de precario.<sup>23</sup> Dasselbe steht demjenigen zu, der eine Sache einem Anderen in dessen Interesse auf Widerruf (precario) überlassen hat. Der Precarist ist nach röm. R. im Zweifel juristischer Besitzer<sup>24</sup> und kann die Sache (in Ermangelung näherer Bestimmung) beliebig benutzen (uti frui). Der Verleiher kann mit demselben die auf Widerruf gegebene Sache von dem Empfänger (Precaristen) zurückverlangen, insbesondere dann, wenn derselbe die Rückgabe verweigert, ohne die Kontraktklage anstellen zu müssen. Der Anspruch geht gegen den Precaristen und dessen Erben<sup>25</sup>

23) L. 2. pr. D. de precario 43. 26. Ait praetor: Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas. Vgl. Savigny, §. 42. Schmidt, Commodatum u. Precarium (1841). Bulling, das Precarium (1846). Windscheid, §§. 160. und 376. Bangerow, III. §. 691. Ihering, Grund d. B. S. 96 flg. Bruns, Besitzklagen §. 14. Dankwardt, Precarium und Emphyteuse in Ihering's Jahrb. 14. Bd. S. 284—340, und neuestens Ubbelohde, Civil. Archiv 59. Bd. (1876) S. 221—268. Der Begriff des Precariums reicht übrigens weiter, als das interd. de precario. Pr. ist das Rechtsgeschäft, mit welchem Jemanden auf Widerruf entweder eine Sache zur Benutzung übergeben oder der bloße Besitz (Detention) derselben überlassen oder die Ausübung einer Servitut oder eines anderen dinglichen Nutzungsrechts gestattet wird. Zu eng ist allerdings die Definition Ulpian's in L. 1. pr. D. h. t. Die Benutzung schließt das uti-frui in sich. L. 8. §. 4. D. h. t. Vgl. Dankwardt, S. 296. Die Konzeption des Precariums wird in den Quellen als Liberalitätsakt angesehen. L. 1. §. 1. 2. D. h. t. Brinz, §. 184.: „ganz und gar Wohlthät.“ Allein ausnahmsweise wird ein Entgelt erwähnt: L. 10. §. 1. D. de a. p. 41. 2. (Mietpreis für den pref. Gebrauch), L. 13. §§. 20. 21. D. de A. E. V. 19. 1. (Zinsen bei pref. Ueberlassung der verkauften Sache), dazu Ubbelohde, S. 232, 263.

24) Vgl. L. 4. §. 1. D. h. t. Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet, etiam possidere. Doch kann auch verabredet werden, daß bloß Detention übergeben soll. Vgl. L. 10. pr. §. 1. D. de poss. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Eigenthümer den Besitz seiner Sache vom Kaufpfandgläubiger precario rogirt. Vgl. L. 6. §. 4. D. h. t., dazu Savigny, S. 303, der aber ohne Grund §. 42. a. C. die Anwendbarkeit dieses Falles für das Justinian. Recht läugnet. Vgl. nun auch Ubbelohde, S. 259 flg., 267. Nur an praktischer Bedeutung hat es eingebüßt, seit die Hypothek dem Verpfänder die Detention beläßt.

25) Bezüglich des Erben bestand unter den Juristen Meinungsverschiedenheit. L. 12. §. 1. h. t. Cels.: Precario rogatio . . . ad heredem autem ejus, qui precario rogavit, non transit, quippe ipsi dumtaxat non etiam heredi concessa possessio est. cfr. L. 11. D. 44. 3. Dagegen gibt das Interdict L. 8. §. 8. D. h. t. Ulpian. Hoc interd. heres ejus, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse . . . Der letzteren Meinung gebührt der Vorzug. Vgl. c. 2. C. h. t. 8. 9. S. Savigny, §. 42. S. 462 flg. Windscheid, §. 160. Nr. 22. (Anderer A. Bangerow, III. §. 691 flg. V. und Brinz, §. 184. Nr. 35, 36 [2. A.], der den §. 8. cit. von einem durch Weigerung des Erblassers schon begründeten, bez. neuen J. verstehen will, — wofür aber ein Anhalt mangelt.) Einen ver-

auf Restitution des Besitzes, eventuell Ersatz des durch dolus oder grobe Fahrlässigkeit verursachten Schadens. Die Einrede des fehlerhaften Besitzes findet nicht statt, allerdings aber die Einrede des Eigentums, sofern dem Precaristen seine Sache als fremde precario überlassen worden ist. (Receptum est, rei suae precarium non esse.)<sup>26</sup> Die Klage verjährt in dreißig Jahren und ist schon mit der Hingabe der Sache begründet.<sup>27</sup>

geblichen Vereinigungsversuch macht Witte, S. 86 u. nun Dankwardt, S. 309, Nr. 3. Letzterer meint, Paulus, V. 6. §. 12. habe nur sagen wollen, daß der Erbe nicht precario besitze, also das Interd. aus diesem Besitze nicht kompetire. Allein Ulpian gibt eben dieses Interdict. Uebrigens hat, wie Ubbelohde, S. 227, 240 andeutet, die Verweigerung des I. de Pr. gegen den Erben insofern nichts Auffälliges, als das Precarium (zwar nicht „rein tatsächlicher“ aber) höchst persönlicher Natur ist: beneficia non obtruduntur! Sobald erst der Vertragscharakter des Pr. anerkannt war, trat wohl dieses Moment in den Hintergrund.

26) Daß der Eigentümer den Besitz der eigenen Sache precario vom Pfandgläubiger rogiren kann, anerkennen L. 6. §. 4. u. L. 11. D. h. t. Daß ein precarium nicht besteht, wenn der Eigentümer irrtümlich seine eigene Sache als fremde rogirt, folgt aus demselben Grundsatz, kraft dessen in demselben Falle ein Commodat der eigenen Sache nicht anerkannt würde. Vgl. L. 15. D. depos. 16. 3. Es liegt hier ebenso gut rechtliche Unmöglichkeit der Leistung vor wie beim Kauf der eigenen Sache. L. 16. pr. L. 18. pr. D. de emtione 18. 1. u. L. 45. pr. D. de R. J. Neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest. Cfr. L. 6. §. 4. D. de prec., wo das precarium possessionis direct dem prec. proprietatis entgegengesetzt wird. Es kann schon aus diesem Umstande kein Argument gegen die possessioische Natur des interd. de precario entnommen werden. (Anderes Thering, Grund d. B. S. 90.) Die sog. „Einrede des Eigentums“ ist also vielmehr negative Litis Contestatio. Vgl. dazu auch Savigny, S. 302 u. 462. Windscheid, §. 160. Nr. 20. Dasselbe gilt, wenn das Precarium durch späteren Erwerb des Eigentums von Seiten des Precaristen erloschen ist.

27) Brinz, §. 184. Nr. 23 (2. U.) hält das J. für unverjährbar; allein die von B. berufene Analogie des Teilungsrechtes greift nicht Platz. Mit Recht bemerkt Windscheid, §. 160. Note 17 (vgl. auch Bangerow, §. 691. 2. und Dankwardt, S. 310, 313, anders Savigny, S. 460. Bruns, Besitzklagen S. 181. Brinz, §. 184. Nr. 27. v. Canstein, S. 136. Nr. 25), daß das Interdict nicht erst mit der Verweigerung begründet ist, sondern sofort mit der Hingabe. Vgl. L. 8. §. 7. D. h. t., welcher darüber kaum einem Zweifel Raum gibt. Mit dem Interdict de precario verhält es sich also nach röm. Recht (nicht nach österr. R.) anders als mit dem interd. de vi. Dieses hat seinen Grund im fehlerhaften Erwerb des Besitzes; jenes in einem an sich fehlerlosen Zustand (habere precario) L. 8. D. h. t. Mit der possess. Natur der Klage ist dies doch wohl vereinbar; a. U. Dankwardt a. D. Nr. 5. Uebrigens schützt allerdings dieses Interdict den Besitz auch gegen Vorenthaltung. So erklärt sich, daß die Quellen die p. precaria bald justa, bald injusta nennen: nämlich rücksichtlich des Gebers. — Die Behauptung Dankwardt's, S. 315, daß die später zugelassene a. praescriptis verbis erst

Da das interdictum de precario, dessen Entstehung und Gestaltung viel „Räthselhaftes“ an sich trägt,<sup>27a</sup> nur den ursprünglichen Mangel der Kontraktklage auf Restitution der precario hingegebenen Sache ersetzen sollte,<sup>28</sup> so ist dasselbe durch die spätere

mit der Revokation des Pr. nata ist, verkennt, daß der Anspruch auf Rückgabe (ohne irgend welche denkbare Einrede) schon mit der Hingabe entsteht. Vgl. übrigens auch e. 2. u. 3. C. de praescr. 7. 39.

27a) Dankwardt, S. 286 glaubt zwar alle „Sonderbarkeiten“ des Precariums als logische Folgen der richtigen Auffassung desselben aufweisen zu können; — allein m. E. nicht mit glücklichem Erfolge. So meint D., S. 312, das interd. de prec. sei „offenbar eingeführt, um die dem Concedenten zustehenden lästigen Eigentumsklagen zu ersetzen“. Indes mit nicht geringerem Rechte müßte dann dasselbe von der a. commodati, depositi. etc. behauptet werden können. Warum hier civilis actio, dort interd.?

28) §. 14. D. h. t. Paulus: Interd. de pr. merito introductum, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset. (Hier wird also die Einführung des J. mit dem früheren Mangel einer a. civ. motivirt.) Seinem Wesen nach ist das precarium frei ein Realertrag; der bloße Consens, eine Sache precario zu geben und zu nehmen, ist bei der unbedingten Widerruflichkeit der Konzeption vollständig wirkungslos. Erst mit dem Empfange der res beginnt die Obligation des Precaristen. Darum darf man jedoch nicht — wie Dankwardt, S. 292 — läugnen, daß die Restitutionspflicht des Precaristen eine vertragsmäßige sei. Denn die Empfangnahme unter Uebernahme dieser Verpflichtung beruht hier ebenso gut auf der Willensübereinstimmung der Parteien — also auf einem Vertrage, wie beim Commodat und anderen Realverträgen. — Andere fassen das P. als Innominatkontrakt, als pact. praet. legit., als Quasikontrakt auf. Vgl. darüber Dankwardt, S. 293 Nr. 1. Dieser definiert das P. als Rechtsgeschäft, mit welchem eine res zur Eigenthumsausübung oder eine Servitut zur Ausübung widerruflich concedirt wird. Neuestens sucht Ubbelohde a. D. S. 229 flg. 246 flg. in quellenmäßiger Weise den Schlüssel für die richtige Auffassung des Pr. einerseits (1) darin, daß sich das Interdict (nicht auf Vertrag v. Quasikontrakt) sondern auf den Zustand stützt: „daß der Precarist das Pr. hat und zwar ohne rechtlichen Grund hat“, andererseits (2) darin, daß der Empfänger die Sache nach der principalen Meinung der Parteien nicht zurückgeben, sondern behalten solle; die Rückforderung sei etwas Zufälliges (S. 246, 256, 258). Allein (1) der Precarist hat die Sache mit dem Willen des Gebers, also nicht ohne rechtlichen Grund; (— nicht identisch ist die richtigere Wendung S. 229, daß der Precarist das Pr. „zwar erlaubt, aber ohne allen Rechtsanspruch“ [sc. auf zeitliches Behalten] habe.) Auch L. 12 §. 1. D. h. t. wäre hiernach schwer erklärlich. Und ist nicht auch die Verpflichtung aus grundlosem Haben — eine quasikontraktliche? Daß jene Verpflichtung ihrem Wesen nach (logisch) mit einer Vertragsobligation nicht konkurriren könne, leuchtet nicht ein; man gedente z. B. des art. 83. D. Wechs. D., der durch eine unterliegende Kontraktoblig. gewiß nicht ausgeschlossen wird. Endlich beweisen L. 19. §. 2. L. 2. §. 2. D. h. t., L. 23. D. de R. J., Paul. R. S. V. 6. §. 10. daß später effektiv das J. oder die a. praescr. verb. gegeben wurde. Zwar sucht U. nachzuweisen, daß diese actio eine condictio possessionis sine causa gewesen sei. Allein einmal hat der Pr. die Sache eben nicht sine causa, sodann sprechen mehrere Stellen



Anwendung der *actio praescriptis verbis* auf das *Præcarium* im Grunde überflüssig geworden, und hat für das heutige Recht nur insofern eine selbstständige Bedeutung, als das Interdikt der Vortheile der summarischen Prozeßführung theilhaftig ist.<sup>29</sup> (Insbesondere führen die in R. 28. 29. angeführten Stellen zu dem Schlusse, daß das *Præcarium*, dessen Contractscharakter anfänglich geläugnet wird, allmählig als Vertragsverhältniß aufgefaßt wurde, so namentlich von Paul. R. S. V. 6. §. 10.: *et civilis actio . . . sicut commodati competit*; selbst Ulpian, der L. 14. §. 11. D. de furt. 47. 2. die ältere Ansicht vorträgt, zeigt in L. 8. §. 8. D. h. t. schon Spuren der jüngeren Auffassung). — Zwischen *Commodatum* und *Præcarium* besteht auch heute noch der wesentliche Unterschied, daß die Vergünstigung unbedingt widerruflich ist, selbst wenn eine Zeitbestimmung hinzugefügt worden wäre, da diese mit dem Vorbehalt des willkürlichen Widerrufs (*quamdiu ego velim, — quum sibi libuerit præcarium solvere*, Ulp. L. 1. §. 2., L. 2. §. 2. D. h. t.) logisch ganz unvereinbar ist,<sup>30</sup> sodann daß auf Seite des *præcario* dans gar

daß die Juristen die Kontraktlage im Sinne hatten, so Paulus S. R. V. 6. §. 11: *nam et civilis actio hujus rei, sicut commodati competit*. (Dies spricht auch gegen Brinz §. 184. der „nur eine einseitige und keine Vertragsoblig. annimmt“. Was (2) den zweiten Punkt betrifft, so widerspricht dem L. 1. §. 2. D. h. t. *qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui prec. concedit, sic dat, quasi recepturus, quum sibi libuerit pr. solvere*; dazu Paul. S. R. V. cit.; die Verpflichtung zur Rückgabe ist hier so selbstverständlich, daß sie der Bedingung ebenso wenig bedarf wie beim *Comm.* Daran ändert auch der Umstand Nichts, daß in gewissen Fällen an baldige Rückstellung nicht gedacht wird, wie U. C. 256, 258 genauer ausführt. Vgl. noch §. 7. c. Nr. 26.

29) Vgl. L. 2. §. 2. L. 19. §. 2. D. h. t. welche den obligatorischen Charakter und die *actio praescriptis verbis* ausdrücklich anerkennen. Dazu vgl. Bangerow, §. 691. ad III. 3. Windscheid, §. 160. Note 18. Koch, Forderungen III. §. 270. Weichselder, S. 468. Die Erhaltung des Interdikts bis auf unsere Zeit ist wohl hauptsächlich dem Trägheitsmoment des positiven Rechts zuzuschreiben!

30) Der *præcario* dans ist an eine solche Zeitbestimmung nicht gebunden. Vgl. L. 12. pr. D. h. t. *Cum præcario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias præcario possideat, numquid exceptione adjuvandum est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat*. Vgl. noch Ubbelohde S. 233. Ungenau fixirt Koch a. a. D. die Unterschiede zwischen *Præcarium* und *Commodat*. Neufens findet Dankwardt, S. 285, 299, daß Beide grundverschieden seien, so daß es eigentlich keiner Grenzregulirung bedürfe; es sei ein Fehler, Beide als „Leihe“ aufzufassen; dem *Commodatar* werde geliehen, dem *Præcaristen* ge-

keine Verpflichtung entstehen kann, daß sohin die Verbindlichkeit des *Præcaristen* stets eine streng einseitige ist. Hierzu kommt nach röm. Rechte der regelmäßige Uebergang der *possessio* auf den *Præcaristen* und die mildere Haftung für *culpa lata*.<sup>30a</sup> Die Behauptung, daß uns „an beweglichen Sachen der Unterschied zwischen *Commodat* und *Præcarium* fremd geblieben“ (Brinz, I. S. 87), kann daher nicht als richtig erkannt werden; vgl. dagegen §. 25. Note 10. d. Buchs.

Obwohl sich das *Præcarium* ursprünglich wohl auf Immobilien beschränkte und — wie es scheint — eine Art Lehenverhältniß zwischen dem Patron und Klienten in Ansehung der vom *ager publicus* überlassenen Bauerngüter gewesen war (s. Savigny, §. 42. S. 464 flg.), so wurde dasselbe später nicht nur auf Mobilien (L. 4. pr. D. h. t.), sondern auch auf dingliche Nutzungsrechte ausgedehnt.<sup>31</sup>

geben; zwischen Beiden finde gar keine Analogie statt. — Indes ist nur soviel richtig, daß hier historisch verschiedene Institute vorliegen und daß auch heute wesentliche Unterschiede fortbestehen. Indes trotz derselben ist die Ähnlichkeit zwischen Beiden aufsteigend und unbestreitbar; ja wenn wir von dem singulären Besitzesjuge des *Præcaristen* absehen, reducirt sich der durchgreifende Unterschied derselben auf die willkürliche Widerruflichkeit der Bittleihe. „Geliehen“ (im Gegensatz zur Veräußerung) wird hier wie dort; „gegeben“ (unter Restitutionspflicht) wird aber hier wie dort nur dann, wenn zugleich die Sache überlassen wird. Der Vergleich mit dem *Commodat* ist daher nicht verwirrend, jedenfalls liegt er näher als die von D. S. 311 herbeigezogene Analogie der *r. vindicatio* und *negatoria*. Vgl. Bangerow a. D. Daß das *Præcarium* ursprünglich Grundstücke, das *Commodat* Mobilien zum Gegenstande hatte, ist vielleicht richtig, (obwohl nicht unzweifelhaft, s. Ubbelohde S. 255) — jedenfalls aber heut z. T. irrelevant. Selbst daß das *præcarium rei* das *uti frui* gewährt, fällt nicht in's Gewicht, da auch das Recht des *Commodatars* denselben Inhalt haben kann. Vgl. L. 1. pr. §. 1. D. Loc. 12. 6.

30a) Warum bloß für *culpa lata*? Dies erklärt auch Dankwardt, S. 310. Nr. 2. nicht. Vielleicht hängt dies mit der älteren Auffassung des *Pr.* zusammen.

31) Die Ausdehnung des Begriffs des *Præcariums* auf Rechte wird zwar von Savigny und den meisten neueren Romanisten ignorirt (anders noch Lehser, Med. ad Pand. 3. p. 520 m. 1); ja Windscheid, §. 154. Ann. 4., erklärt meine Auffassung für's römische Recht für entschieden unrichtig. Allein die nachfolgenden Quellenstellen lassen wohl keinen Zweifel übrig, daß die fragliche Ausdehnung schon von Juristen der klassischen Zeit als selbstverständlich hingenommen wurde. Vgl. besonders Ulpian: L. 2. §. 3. und L. 3. h. t. und Pomponius L. 15. §. 2. D. h. t. L. 2. §. 3. D. und L. 3.: *Habere præcario videtur is, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere vel uti liceat; veluti si me præcario rogaveris vel per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas*. L. 15. Pomp. §. 2. *Præcario*

Das Interdict findet aber im letzteren Falle allerdings nur insofern statt, als dem Precaristen auch die Sache hingegeben wurde, da die Interdictsformel auf Restitution geht (L. 2. pr. D. de poss.); in anderen Fällen, wo der precario dans im Besitze der Sache verblieb, genügt das interdictum uti possidetis, welches schon auf die Einstellung der precaristischen Rechtsausübung, bez. auf Beseitigung der belastenden Vorrichtung (des Projektums u. s. w.) gerichtet war.<sup>31a</sup> Hiernach wird im Sinne der L. 2. §. 3. D. h. t.

habere etiam ea, quae in jure consistunt, possumus ut immissa vel projecta. Vgl. auch L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1., Brinz, S. 88 (§. 184. Nr. 10. 2. A.) und Bangerow, III. §. 691. ad IV.: „Es liegt, sagt B., ganz in der Natur der Sache, daß nicht bloß körperliche Sachen, sondern auch unkörperliche, namentlich Servituten, den Gegenstand eines Precariums ausmachen können; L. 15. §. 2. D. h. t.“ — Ebensovienig ist zu bezweifeln, daß nicht bloß der Eigentümer, sondern auch der Nutzungsberechtigte die Ausübung des ihm zustehenden Rechtes, soweit dieses seiner Natur nach eine Uebertragung zuläßt, precario einem Anderen überlassen kann. Vgl. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1.: Sed etsi (usufructuarius rem fruendam) alii precario concedat vel donet, puto eum uti atque ideo retineri usumfructum, et hoc Cassius et Pegasus responderunt et Pomponius libro quinto ex Sabino probat. In der That ist auch nicht abzusehen, warum nicht auch der Inhalt von Servituten, h. z. L. von Realasten, Realrechten, verkäuflichen Gewerberechtigkeiten, Jagd- und Fischereirechten precario zur Ausübung eingeräumt werden könnte? Vgl. noch §. 25. Note 10. d. Buchs, Sittenis, §. 111. Nr. 38., und bezüglich der Servituten auch Dankwardt, a. D. S. 295. Ob das Precarium die historische Grundlage der Emphyteuse bilde, wie letzterer a. D. S. 322 flg. nachzuweisen versucht, kann hier dahingestellt bleiben. Daß auch bloß der Besitz und die Detentio in precario verliehen werden könne, anerkennt auch D., S. 319. Vgl. L. 33. §. 6. D. 41. 3. Daß aber auch durch das i. de prec. „ein ganz neuer Begriff des Precariums entstanden“, wie D. S. 319 meint, ist unerfindlich. Das P. poss. vel detent. ist ein prec. rei mit beschränkter Befugniß des precaristischen Empfängers. — Die modernen Gesetzgebungen wenden den Begriff des Precariums durchwegs auch auf Rechte an. Vgl. §§. 96. 106. 146. I. 7. und §§. 231—233. I. 22. des preuß. C. R., §§. 345. 346. des österr. G. B., §§. 1181. 1186. des sächf. G. B., §§. 21. 43. III. des bayr. Entwurfs. — Das Züricher G. B. spricht zwar im §. 494. allgemein von Vertrauensmißbrauch; indeß §. 505. spricht wieder von Mißbrauch einer Vergünstigung und kann daher dieser Paragraph nicht wohl auf den Fall angewendet werden, wo ein Diensthote oder Miether sich Sache besitz aneignet. Anderer Ansicht aber Bluntzschli, Comm. III. S. 30.

31a) Dankwardt, a. D. 312, 314, behauptet ohne positiven Grund, daß das i. de prec. auch bei der precaristischen Konzeßion der Servituten überhaupt Anwendung fand. Unhaltbar ist ferner die Ansicht D.'s, §. 22. Nr. 3., daß die a. praescript. verbis undenkbar sei, wo der Inhalt einer Servitut precario eingeräumt werde, da die Klage auf Rückleistung gehe; vielmehr findet sie überall da statt, wo dem Precaristen auch nur die Detentio der Sache überlassen wurde; nur wo dies nicht der Fall ist, ist diese Klage unzulässig.

das precarium rei (resp. proprietatis) die beliebige Nutzung der Sache, das precarium juris die Ausübung des Inhalts eines bestimmten Servituts- oder sonstigen dinglichen Nutzungsrechtes zum Gegenstande haben. Nicht zu übersehen ist, daß das precarium rei im Wesen nur ein precarium usus oder ususfructus ist.

Während die herrschende Meinung nach dem Vorgange Savigny's das interdictum de precario als possessorisches Interdict behandelt, bestreiten neuestens Thering, Grund d. B. (zweite Auflage) S. 96, und Bruns, Besitzklagen §. 14. (und schon vordem Besitz S. 62) den possessorischen Charakter desselben.<sup>32</sup> Thering beruft sich darauf, daß die Quellen dies Interdict nicht als interd. recuperandae poss. bezeichnen und es vom interd. unde vi räumlich getrennt behandeln (s. auch Bruns, S. 183), daß es nicht nothwendig Besitz voraussetze (L. 18. D. h. t.) und daß die Einrede des „eigenen Eigenthums“ stattfinde. Indes das erste Moment ist bei dem geringen Gewicht, das die Quellen auf Systematik legen, gewiß nicht maßgebend. Die Unhaltbarkeit des dritten Grundes ist schon früher (Note 26) gezeigt worden. Was aber die L. 18. cit.<sup>33</sup> betrifft, welcher zufolge der nicht besitzende Eigenthümer eine Sache precario geben kann, so ist es zunächst fraglich, ob unter possessio nicht die bloße detentio gemeint sei; sodann ist zu erwägen, daß der Precarist durch Stellvertretung den etwa nicht besitzenden Eigenthümer zum Besitzer macht und dieser Erfolg gewiß dadurch nicht gehindert wird, daß der Precarist neben dem Concedenten (nur nicht gegen ihn) den Interdictenschutz genießt.<sup>34</sup> Daß dem so ist, ergibt sich aus L. 8. pr. §. 2., L. 22. D. h. t.<sup>35</sup> Bruns, S. 181, beruft sich ferner

32) So auch Dernburg, Pr. C. R. §. 157. Nr. 2. Dankwardt, S. 310. Meißner, S. 468. Pernice, Anzeig. in Zeitschr. f. G. R. 20. S. 636. Padelletti, in Serafini's Archivio giur. XV. S. 23. Ubbelohde S. 222, welcher auf einen Vorkämpfer Adolph Schmidt, Jen. Lit. Z. 1845. S. 1180 aufmerksam macht.

33) L. 18. D. h. t. Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat.

34) Vgl. auch Windscheid, §. 160. Note 17. Die Besonderheit des Doppelbesitzes bezieht sich doch bloß auf den Interdictenschutz. Für die possessorische Natur des Interdicts tritt nun auch Brinz, Jenae Lit. Z. 1874. Nr. 40., Band. I. S. 752 (2. A.) ein: „solange nicht dargethan wird, zu welcher Interdictsgattung sonst (L. 1. 2. D. 43. 1.) unser J. gehört.“

35) Ebenso wenig als aus L. 8. pr. D.: ei competere interd., a quo quis precario rogavit, non eujus res est, deducit werden kann, daß der Eigen-

darauf, daß vom Kläger nirgends der Beweis des juristischen Besitzes gefordert werde, sohin auch der leihende Detentor das interd. de precario habe. Allein abgesehen davon, daß einzelne Quellenstellen jenes Erforderniß mindestens andeuten,<sup>36</sup> eignet sich der Detentor, sofern er nicht lediglich die Detention precario überläßt, durch die Concession des Precariums den Besitz an.<sup>37</sup> Der Regel nach war es also der Besitzer, welcher durch dieses Interdict geschützt war. Dazu kommt, daß auch das interd. uti possidetis in seiner recuperatorischen Wirkung gegen den precaristischen Besitzer mit Erfolg angestellt werden kann, da bekanntlich der Besitz des Concedenten gegenüber dem Precaristen als relativ fortdauernd angesehen wird.<sup>38</sup> Ja das interd. de precario kann geradezu als das abgekürzte interd. uti possidetis mit anticipirter exceptio vitii precariae possessionis bezeichnet werden. Auch ganz abgesehen von der immerhin wünschenswerthen symmetrischen Zusammenfassung der Besitzklagen nach Art der in Einer Formel verbundenen Einreden der Fehlerhaftigkeit des Besitzes (vi, clam, precario)<sup>39</sup> — dürfte es daher durch die obigen Er-

thümer nicht das interd. de precario habe, so wenig aus L. 18. D., daß der Nichtbesitzer nicht precario leihen könne. Auch Danwardt, S. 319, bemerkt, daß „zum Wesen des späteren Precariums gehört, daß der Concedent oder Rogatus juristischer Besitzer ist.“

36) Arg. L. 7. D. h. t. Si eam rem, ejus possessionem per i. uti possidetis retinere possim, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto. Vgl. L. 21. §. 3. D. de poss. Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conducit, possessio ad dominum revertitur. Vgl. auch Brinz a. a. D.

37) Vgl. die in Note 33. und 36. citirten Stellen und Windscheid a. D. Damit soll nicht geläugnet werden, daß ausnahmsweise dem Detentor das Interdict zustand, wenn er das morari in possessione precaristisch gestattete. Der Regel nach war aber das Interdict für den Besitzer berechnet. Der Ausschluß der Einreden aus fehlerhaftem Besitz (Brunß, S. 183, Ubbelohde S. 222) spricht ebensowenig hier als beim interd. de vi gegen den possessoriischen Charakter.

38) Vgl. auch Brunß, S. 184. Hier wird aus dem relativ fortdauernden Besitze geklagt.

39) Mit Recht bemerkt Brunß, S. 184, daß Savigny wohl durch die Verbindung des vi, clam, precario in Gestalt der Einrede gegen die Interdicte dazu geführt wurde, das int. de precario den possessoriischen Interdicten anzuschließen. Wenn es nun auch richtig ist, daß dieser Grund an sich hierfür nicht ausreichend ist, da der Schluß von der Einrede auf die Klage nicht zwingend ist, so kann er immerhin maßgebend sein für die äußere Anordnung des (wie oben gezeigt) in innerem Zusammenhange stehenden Stoffes. Dies mag auch für die Systematik der modernen Gesetzbücher ausschlaggebend gewesen sein; sie behandeln das interd. de prec. nach Analogie des interd. de vi.

wägungen gerechtfertigt erscheinen, wenn die herrschende Doctrin das interdictum de precario den possessoriischen Rechtsmitteln und insbesondere dem recuperatorischen interd. unde vi anschließt.<sup>40</sup> Nur soviel muß zugegeben werden, daß dieses Interdict nicht unter das Grundprinzip aller Besitzklagen: Verletzung des Besitzes wider Willen des Besitzers — falle, weil die Verweigerung der Rückgabe nicht den Besitz — der ja freiwillig hergegeben wurde — verletzt.<sup>41</sup>

Die modernen Gesetzbücher behandeln das interdictum de precario als possessoriisches recuperatorisches Interdict und stellen dasselbe dem interdictum de vi zur Seite. So das preuß. L. R. §. 147. I. 7., das österr. G. B. §. 346 flg., das sächs. G. B. §§. 190. 206., das Züricher. G. B. §§. 494. 505. (über dieses siehe noch Note 31), der bayr. Entwurf art. 21. 33. — Das italien. C. G. B. art. 695. erwähnt nur den Schutz des Besitzers, chi è stato violentemente o occultamente spogliato di possesso — spricht aber nicht von der verweigerten Rückgabe von Seite des Precaristen. Auch die italienische Jurisprudenz zieht diesen Fall nicht in den Kreis der possessoriischen Klagen, so sehr auch die Judikatur den Begriff der violenza auf alle Fälle der eigenmächtigen Besitzentziehung ausdehnt. Vgl. Scotti, Questioni etc. im Archivio giurid. XV. S. 143 flg. — Das franz. Recht (art. 23 flg. des C. de proc.) gibt in übel angewandter Generalisirung der älteren Besitzstörungs- und Entsetzungsklage (complainte, réintégrande) nur Eine Besitzstandsklage gegen Störung (Entsetzung), ohne die näheren Voraussetzungen zu präzisiren. Vgl. Frey, I. §§. 186. 189. Zacharia, I. §. 186. Rivier, Holzendorff's Rechtslex. S. 201, Heusler, Gewere §. 28. Rauter, Krit. Ztschr. f. R. 12. S. 134 flg.

Was das problematische interdictum de clandestina possessione betrifft, für dessen Existenz nur ein einziges, dazu noch be-

40) Bis auf Savigny, §. 42. wurde das i. de precario den recuperatorischen Interdicten nicht beigezählt. Auch die Quellen stellen es nicht unter die possessoriischen Interdicte. Dies betont Thering, S. 101, und Brunß, S. 183.

41) Vgl. Brunß, S. 183. Eine noch auffälligere Anomalie liegt hierin nach der (hier vertretenen) Auffassung, der zufolge das Interdict schon mit der Hingabe begründet ist. Legislatorisch läßt sich diese Ausnahme wohl rechtfertigen. Vgl. §. 7c. Keine Anomalie läge vor nach Auffassung des Pomp. L. 15. §. 4. D. h. t., welcher den Besitz des Gebers fortbauern läßt.

denkliches Quellenzeugniß (L. 7. §. 5. D. comm. div.) besteht, so hat dieses jedenfalls für das neuere römische Recht alle Bedeutung verloren. Denn an Immobilien geht bekanntlich der Besitz durch heimliche Occupation nicht verloren. (Vgl. §. 22. N. 34). Bezüglich der Mobilien kann zwar der Besitz clam verloren gehen; indeß half hier bis Justinian das I. utrubi, und seitdem helfen — außer der actio furti und cond. furtiva — zur Noth die gegen die Selbsthilfe erlassenen Gesetze oder die Erweiterung des Begriffes der vis. Die durch die Beseitigung des I. utrubi geschaffene Lücke ist jedenfalls fühlbar geblieben. Vgl. über dies Interdict Savigny, §. 41. Witte, S. 45. Jhering, a. a. D. S. 101. Bruns, S. 118 flg. Ueber die neueren Legislationen vergl. §. 7b. II.

Wesentlich sind die Aenderungen, welche die Besitzentziehungsklage im kanonischen Rechte und durch die mittelalterliche Praxis in Italien und Deutschland erfuhr. Durch jenes wurde die Klage auf alle Besitzgegenstände und selbst gegen jeden Dritten ausgedehnt, der zur Zeit des Besitzerwerbes von der gewaltsamen Besitzentziehung Kenntniß hatte (c. 18. X. de rest. spol. 2. 13. Unde sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit, contra possessorem et hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur); ebenso wurde dem eigenmächtig aus dem Besitz Verdrängten das Recht eingeräumt, mit der exceptio spoli (c. 1. de rest. spol. in VI<sup>o</sup>. 2. 5.) jeden Anspruch des Spolianten bis zur erfolgten Wiederherstellung des vorigen Zustandes zurückzuweisen.<sup>42</sup>

Die mittelalterliche Theorie und Praxis erweiterte und modifizierte die Besitzklage auf Grund des canon Redintegrandi c. 3. C. 3. qu. 1.,<sup>43</sup> obgleich weit über die Grenzen zulässiger Auslegung dahin:

42) Vgl. Savigny, §. 50., besonders Bruns, Besitz S. 177 flg., Besitzklagen §. 20. Windscheid, §. 162. Stobbe, §. 77. 5. Das Spolium mußte aber binnen 15 Tagen bewiesen werden.

43) C. 3. cit. Redintegrandi sunt omnia expoliatis et dejectis episcopis — et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacunquē conditione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia majorum aut per quas cunquē injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscantur [ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum]. Dieser Canon des Gratian'schen Dekrets entstammt den Pseudoisidorischen Dekretalen und diente also ursprünglich nur zum Schutz spolirter Bischöfe gegen Ankläger und gewalthätige Gegner. Daß die Klage auch gegen

1) daß sie die Klage nicht nur dem Besitzer, sondern jedem Detentor gab, 2) daß sie dieselbe auf alle Fälle unfreiwilligen Besitzverlustes, auch durch Zwang, Betrug, Verlieren u. s. w. erstreckte, wobei häufig präsumirt wurde, daß der Verlust durch Spoliation oder doch wider Willen erfolgte, 3) daß der Anspruch in gleicher Weise bei beweglichen und unbeweglichen Sachen und beim Rechtsbesitze anerkannt wurde, 4) daß sie die Klage erst in dreißig Jahren verjähren läßt<sup>43a</sup> Streitig war endlich die Möglichkeit der Verbindung des Possessoriums und Petitoriums, sowie die Zulässigkeit petitorischer Einreden im Possessorium. Ueber den im sog. possessorium ordinarium gewährten Besitzeschutz vgl. oben S. 128.

Diese maßlose Erweiterung und prinziplose Gestaltung des Besitzes, beziehungsweise des Detentionschutzes wurde besonders seit dem 17. Jahrhundert lebhaft bekämpft. Doch erst im 18. Jahrhundert erlag die Theorie dem läuternden Einflusse J. H. Böhmers, welchem in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts Savigny mit dem vollen Gewichte seiner Autorität beitrug; — mindestens erscheint dieselbe auf dem Gebiete der Theorie verdrängt, während sich die Praxis nur langsam von derselben trennte und bis auf unsere Zeit Spuren der älteren Auffassung aufweist.<sup>44</sup> Als gescheitert muß auch der neuerliche Versuch Delbrück's, Die dingliche Klage des deutschen Rechts (1857), angesehen werden, der Spolienklage in der oben geschilderten Ausdehnung eine deutschrechtliche Grundlage (Klage aus dem älteren Besitze und Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen)

dritte Besitzer gehe, sagt zwar der Canon nicht ausdrücklich, es ergibt sich aber aus dem Zwecke desselben und seinem Zusammenhang mit anderen Quellenstellen c. 18. X. de rest. spol. 2. 13. Vgl. Bruns, Besitz S. 144—185, Besitzkl. S. 221 flg. Windscheid l. c. Stobbe, §. 77. 5. Der Name actio spoli ist erst seit dem 17. Jahrhundert üblich.

43a) Vgl. noch Höpfner's Komm. zu den Heinicci'schen Instit. §§. 1221. 1222.

44) Vgl. hierüber Savigny, §. 50. Bruns, Bes. S. 389—405, 418, 419—422., Besitzklagen S. 221, 227 flg. Windscheid, §. 162. Letzterer findet in der Ausdehnung des Besitzeschutzes auf jeden Fall unfreiwilligen Besitzverlustes bei beweglichen und unbeweglichen Sachen die Ausfüllung einer Lücke des röm. R., billigt auch die Ausschließung der einjährigen Verjährung und die Haftung dritter unredlicher Besitzer, verwirft jedoch im Uebrigen die oben geschilderte Ausdehnung der Spolienklage. Aehnlich Bruns, S. 251, und Stobbe, §. 77. Keineswegs sollte bestritten werden, daß die Ausdehnung der Spolienklage auf den Rechtsbesitz eine große Lücke des röm. R. ausfüllt!

zu vindiziren und deren gemeinrechtliche Geltung nachzuweisen.<sup>45</sup> Mit Recht faßt Bruns, Besitzklagen S. 223, das Ergebnis wiederholter Forschung bündig dahin: „Die Spolienklage war in ihrem Ursprunge bei Pseudo-Isidor rein possessoriisch und diesen Charakter hat sie auch in ihrer ersten Gestaltung in der kanonischen Theorie behalten; später wurden zwar petitorische Elemente hereingezogen, aber in unklarer und stets schwankender Weise, und zuletzt sind diese wieder ausgestoßen und die Klage ist wieder auf das possessoriische Gebiet beschränkt.“

In der westlichen Reichshälfte Oesterreichs, insbes. in den

45) Nur Seimbach in Weiske's Rechtslex. 13. S. 105 hat sich unbedingt (für's preuß. Recht mit Einschränkung Förster, §. 164. Dernburg, §. 158.) der Theorie D.'s angeschlossen. Doch auch Ziebart, die Realexecution und die Obligation, gelangt in sehr eigenthümlicher Begründung im Wesen zu denselben Resultaten, wie Delbrück. Beide stimmen darin überein, daß alle Quellenstellen, welche nicht das reine römische Recht wiedergeben, auf die dingliche Klage des deutschen Rechts zu beziehen sind, und daß für's heutige Recht anzunehmen ist: eine Klage aus früherem redlichen Besitz und eine Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen; Ziebart weicht nur darin ab, daß er die Klage aus titulirtem Besitz verwirft. Indes mit seltener Einstimmigkeit haben sich Romanisten und Germanisten gegen die neue Theorie geehrt, die nicht weniger als die mittelalterliche Doktrin auf trostloser Verschommenheit petitorischer und possessoriischer Rechtsmittel beruht. Die neuerliche Vertheidigung Delbrück's in Fhering's Jahrbüchern X. S. 110—176 — die letzte literarische Arbeit dieses fleißigen Forschers — wird wohl auch der Schwannengefang der alten Lehre im neuen Gewande gewesen sein. Daß übrigens die deutschrechtlichen Grundsätze über die petitorische Klage aus unfreiwilligem Besitzverlust die Entwicklung der älteren Theorie der Spolienklage beeinflusst haben dürften, ist wahrscheinlich. Vgl. Stobbe, §. 77. S. 42. Heußler, §. 24., auch Meißner, §§. 28—35., welcher in der mittelalterlichen Gestaltung des Besitzschutzes nicht bloße Irrthümer, sondern den Durchbruch der germanischen Idee: Schutz der äußeren Erscheinung (?) des Rechtes — erblicken und die Tendenz Delbrück's nur insofern bekämpfen will, als dieser gewisse Resultate jener Rechtsentwicklung als geltendes Recht hinstellt. — Gegen die prinzipielle Auffassung Delbrück's vgl. Bruns, Jahrb. d. gem. d. R. IV. 1. u. Besitzklagen, S. 213 fg. Maassen, ebend. III. S. 227 fg. Pagenstecher, Eigenth. III. S. 209 fg. Bangerow, §. 335. Bluntzschli, Krit. Uebersch. VI. S. 190 fg. Windscheid, §. 162. R. 11, namentlich auch Heußler, S. 305. Stobbe, §. 77. R. 43; über die Natur der deutschen Mobilarklage Laband, die vermögensrechtl. Klagen nach sächs. Rechtsq. S. 112 fg., 182 fg. Heußler, Gewere §§. 16—20., bes. S. 230 fg. Stobbe, §. 77. S. 42 fg., und Bruns, Besitzkl. S. 228 fg., welcher Letztere zu dem m. E. richtigen Resultate gelangt, daß die deutsche Mobilarklage, welche keine gemeinrechtliche Geltung erlangte, eine petitorische Klage nicht aus unfreiwilligem Besitzverlust, sondern aus materiell widerrechtlicher Aneignung der Sache sei, daß sie jedem Detentor zustehe, und die Einrede des Eigenthums zulasse. Vgl. S. 117, R. 11.

böhmischen Ländern nahm die Entwicklung des Institutes des Besitzes, soweit mir bekannt ist, wesentlich denselben Gang wie in Deutschland. Das ältere böhmisch-mährische (überhaupt das slavische) Recht kennt ebensowenig als das germanische (s. S. 34) einen selbstständigen Schutz des Besitzes.<sup>45a</sup> Denn daß Eigenmacht verboten und gewaltsame Defektion sogar bestraft wurde, ist noch kein Beleg dafür, daß es einen selbstständigen Besitzeschutz gab.<sup>45b</sup> Von da bis zur vollständigen Entwicklung eines Klagerechtes ist noch ein großer Schritt.

Die selbstständige Entwicklung des heimischen Rechtes wurde auch hierlands durch das rasche Eindringen des römischen und kanonischen Rechtes gehemmt und zurückgedrängt. Ueber die allmähliche Reception des fremden Rechts, insbesondere durch den weit reichenden Einfluß der geistlichen Gerichtsbarkeit und der königl. Curie, dann der Prager Universität, der gelehrten Richter und Gerichtsschreiber u. s. w. gibt nun das an Quellenbelegen äußerst reichhaltige Werk: G. Ott's Reception des röm. kan. Prozesses u. s. w. werthvollen Aufschluß. Seit dem Schlusse des dreizehnten Jahrhunderts ist der Einfluß des letzteren nicht mehr zu verkennen.<sup>46</sup> Zwar das Landrecht erhielt sich bis in das

45a) Das bedeutende Rechtsbuch Vict. Cornelii von Vsehrd aus der 2. Hälfte des 15. Jahrhunderts erwähnt III. 23. der Kontroverse der Rechtshandigen, ob Gewalt zur Abwehr rechtswidriger Angriffe gestattet sei oder nicht. Vgl. die Ausgabe Herm. Jireček's mit Zusätzen, Prag 1874. S. 150 fg. Doch entscheidet sich C. v. Vsehrd für die Bejahung der Frage. Auch das russ. R. kennt ursprünglich nur ein weitgehendes R. der Selbstvertheidigung. S. §. 7. R. 12.

45b) Solcher Verbote könnten in großer Zahl angeführt werden. Vgl. z. B. Cor. Vsehrd, a. D. Vladislavische Landesordnung von 1500. L. 41. Marmil. R. D. zřízení král. česk. 1564 L. 40—42. Die böhmischen Stadtrechte v. Jahre 1579. R. 18. 23. 24. 25. D. 1. und die Landesordnung Ferdinand II. von 1627. S. 15. W. 1. u. 2. bezwecken wohl schon Besitzeschutz. S. §. 24. R. 32 und 33.

46) Das röm. Recht schlug in Böhmen augenscheinlich früher Wurzeln als in Deutschland. Abgesehen von dem geringeren Widerstande, welcher demselben hierlands entgegengesetzt wurde, trug hierzu besonders der Umstand bei, daß die böhmischen Könige, namentlich Wenzel II. (1283—1305.) das römische Recht ausnehmend begünstigten, und wiederholt Anläufe nahmen, das Landesrecht durch romanistisch gebildete italienische Juristen zu kodifiziren. In der That ließ Wenzel II., nachdem der Codifikationsversuch des Landesrechtes gescheitert war, wenigstens das Bergrecht durch den Legisten Gozzi (Urbevetanus, de Urbe vetere juris canonici et civilis professor) 1294 abfassen und 1300 publiciren. Der Einfluß des röm. Rechts auf dieses Werk: Jus regale montanorum oder Constitutiones juris metallici ist ein offener; selbst die Eintheilung in vier Bücher ist den Institutionen nachgebildet. (Abgedruckt ist dasselbe im: Codex juris Bohemici I.

16. bez. 17. Jahrh. (s. Dtt, S. 263, 271 flg.) von dem Einflusse des röm. R. ziemlich frei; allein soweit der Wirkungskreis der geistlichen Gerichte und ihr mächtiger Einfluß reichte, und soweit Berg- u. Stadtrechte zur Anwendung kamen, tritt uns die allmälige Reception des röm.-canonischen Rechts seit dem 14. Jahrhundert auf Schritt und Tritt in oft überraschender Weise entgegen. Die Unterscheidung des Possessoriums und Petitoriums ist schon aus der Sentenz v. 1320 ersichtlich und wird in der Urf. v. 1358 (Dtt, S. 131 N. 18, S. 133 u. 310) scharf betont; frühzeitig wird die operis n. nutiatio praktiziert (Urf. v. 1387, Dtt a. D.). In dem Zehntprozeß v. 1313—1334 werden die poss. civ. und die detentatio, die poss. juris percipiendi decimas etc. als anerkannte geläufige Institute behandelt. Dtt, S. 303, 305); der Landtagschluß v. 1575 recipiert bereits das poss. summarissimum im Sinn der gemeinr. Praxis und mit den Koldin'schen Stadtrechten (1579) und der verneuertem Landesord. v. 1627 (1628) ist der Receptionsprozeß vollendet. (Dtt, S. 203, 263, 271 u. f. w.)<sup>48</sup> (S. noch §. 7. d. B. N. 56.) Mit dem gelehrten Rechte fand sohin auch der selbstständige Schutz des Besitzes in der Praxis Eingang und Anwendung.<sup>47</sup> Gesetz-

S. 266 flg. ed. Hermenegild Jireček, Pragae 1867). Dazu kam die Verbreitung des römischen und kanonischen Rechts durch die an der Universität Prag (gegr. 1348) lehrenden Canonisten und Legisten. Das älteste Zeugniß eines Vortrags über röm. Recht ist die Ankündigung des Ubertus de Lampione 1380 u. Heinrich v. Schüttenhofen 1390). Auch der über Auftrag Carl IV. abgefaßte Codex Majestas Carolina (1346), dessen Einführung an dem Widerstande der Städte scheiterte, zeigt Spuren des Einflusses des röm. Rechts. (Abgedruckt, ebend. II. 2. S. 100 flg.). Abgesehen vom Bergrechte macht sich die Einwirkung des röm. Rechts zunächst in den Stadtrechten geltend; dem Landrecht blieb dasselbe bis in's 16. Jahrhundert fremd. Ueber das ältere Landesrecht vgl. noch Herm. Jireček, das Recht in Böhmen und Mähren (1866) S. 146 flg. S. Muther, Zur Geschichte d. Rechtswiss. 1876. S. 106, und neuestens die treffliche Darstellung von Dtt, Reception S. 51 flg., 129 flg., 169 flg., 203 flg., 262 flg.

47) Die in Böhmen zu Anfang des 18. Jahrhunderts vorgetragene Doktrin sehen wir bef. aus Neumann von Buchholz: (Nitt. v. Dobrzenski's) Commune etc. seu de abusib. prax. Boh. (1731) S. 125 flg. In Ermangelung spezieller Landesgesetze wird aus dem röm.-can. R. geschöpft; dabei ohne ersichtlichen Grund für den Besitzeschutz an Immobilien ein- bez. zweijähriger ruhiger Besitz, bei Rechten drei- und sechsjährige Ausübung gefordert, etwa: quia genus pacificum incolarum Bohem. non ferat tam stricte actibus vicini invigilare (?) (S. 146). Manches erklärt der Einfluß d. sächf. Pr. D. v. 1724. S. Dtt, S. 275, N. 16.

48) Vgl. Christ. Kyblin a Wassenburg, Tract. novus de differentiis juris communis et bohemicis, Pragae 1663. VII. diff. 7.; Proschkowský,

gebung, Gerichtsgebrauch und Doktrin der böhmisch-deutschen Erblande stehen im sichtbaren Zusammenhange und in einflussreicher Wechselwirkung mit jener des gemeinen Rechtes bis an den Anfang dieses Jahrhunderts, wo die Kodifikation verbunden mit einem einseitigen Studienplane eine der Rechtswissenschaft wenig vortheilhafte Absonderung hervorrief, welche glücklicher Weise seit den fünfziger Jahren wieder gewichen ist.

Auf Grund des hier dargestellten historischen Entwicklungsganges der römischen Besitzklagen schreiten wir nun zur Darlegung derselben nach dem gegenwärtigen österreichischen Rechte.

### §. 7b. Die Besitzstörungsklagen (§§. 339—347. G. B.).

Das Gesetzbuch gewährt, wie bereits früher dargethan wurde, zum Schutz des Besitzes von Sachen und Rechten zwei Klagen: die Klage wegen Störung im engeren Sinne, und die Klage wegen rechtswidriger Entziehung des Besitzes. Sohin wird hier zunächst von der Besitzstörungs- und dann von der Besitzentziehungsklage, und zum Schlusse von den gemeinsamen Bestimmungen beider gehandelt werden.

Zu den Besitzklagen gehört selbstverständlich nicht die im §. 343. B. G. B. gewährte Klage des Besitzers einer Sache oder eines dinglichen Rechtes auf Sicherstellung des durch eine mangelhafte fremde Anlage drohenden Schadens (die cautio damni infecti), da nicht der Besitz an sich und dessen Verletzung den alleinigen

Diokesis (1664), bekämpft in dieser Frage Kyblin nicht; ferner Neumann v. Buchholz, Dissert. de abusib. prax. Boh. exp. E. de Dobrzensky (1731) p. 146—154), (dazu Dtt, S. 272 flg.), desselben Actio et exact. (1729) S. 36 flg., 131, 153; insbesondere Joh. B. Suttinger: Vern. Observationes pract. Nürnberg 1669, observ. IV., in welchen zahlreiche gerichtliche Entscheidungen aus der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts angeführt werden, in welchen mit theilweiser Berufung auf das römische und kanonische Recht das possessorium in bewußtem Gegensatz zum petitorium behandelt wird. Vgl. auch die Consuetudines Austriae J. B. Suttinger mit Adnotationen von Dr. Walther, Nürnberg 1718, S. 616 sub v. Possessio. — Ebenso die Adnotationes ad Westenbergii Princ. juris, usib. Bohem. acc. (Pragae 1778) II. 43. 1. ad §. 1—29. Der Tractatus de juribus incorporalibus vom Jahre 1679 hat im II. Theil 17. Titel §. 16. deutlich die römische Besitztheorie vor Augen. Schon der böhm. Landtagschluß v. 1575 (s. Dtt, S. 263) und die Restripte von 1693 und 1694 für Mähren, 1712 für Böhmen reguliren das P. Summar.

Klagegrund bildet, sondern der Besitz und die Gefahr eines Schadens.<sup>1</sup> Sohin bezweckt die Klage nicht den Schutz des Besitzes gegen Beeinträchtigung, sondern Sicherstellung des Erfolges für einen künftigen, drohenden Schaden; sie setzt keine Störung des Besitzes voraus, sondern ist vielmehr bei einem durch Störung bereits verursachten Schaden geradezu ausgeschlossen. (§. 343.)<sup>1a</sup> Es war da-

1) Ebensovienig als dieselbe nach R. R. eine Eigenthumsklage ist, obwohl sie zunächst für den Eigenthümer berechnet ist. S. Brinz, §. 172. (2. U.). Dagegen zählt sie Fr. v. Canstein, VI. S. 123 flg. zu den Besitzklagen „des (nicht widerrechtlich) bedrohten Besitzes“. Allein nicht Bedrohung — sondern die Gefahr des Schadens ist hier maßgebend. Auch wäre die „nicht widerrechtliche Bedrohung“ ebensovienig klagbar, als die „nicht widerrechtliche“ Störung oder Entsetzung. Vgl. R. 31—35. Der §. 343. setzt überhaupt keine Bedrohung des Besitzes, sondern die Gefahr eines Schadens voraus und ist somit eine an den Besitz geknüpfte Sicherstellungsklage. Daraus ergibt sich auch, daß der §. 343. G. B. wohl nur unkonsequent im §. 15. der k. Vdg. v. 1849 citirt ist, wie die Vergleichung mit den §§. 2. u. 5. („einzig“) ders. Vdg. zeigt. — Die Aufhebung des Kautionsbandes kann nicht im Wege der Aufforderungsklage begehrt werden, wie C. S. 126 meint, sondern nur durch klagweisen Nachweis, daß die Voraussetzungen des Kautionsanspruches hinfällig geworden sind. (Vgl. dazu §§. 6. 7. der Mandatsverf. v. 18. Juli 1839. §. 130.)

1a) Vgl. L. 7. pr. §. 1. D. h. t. 39. 2. Bangerow, §. 678. Windscheid, §. 460. Burckhard, Cautio damni infecti S. 126 flg. Brinz, §. 172. (2. U.). Das Gesetz gewährt im §. 343. in Anlehnung an die röm. Cautio damni infecti das Recht auf Sicherstellung eines eventuellen Schadens durch Einsturz eines Opus und knüpft lediglich die aktive Seite dieses Rechtsanspruches an den bloßen Besitz des bedrohten Objekts (Sache, Recht), während das röm. Recht die Aktivlegitimation nur dem Eigenthümer, dem redlichen Besitzer und gewissen dinglich berechtigten (Nuznießer, Pfandgläubiger, Superficiar, Emphyteuta) zuerkennt. (L. 9. §. 4. 5. L. 10. 11. 13. D. h. t. 39. 2. Dazu Arndts, §. 328. Windscheid, §. 458—460., neuest. Burckhard a. D. S. 270—300. Brinz, S. 677.) Wichtiger noch ist die folgende Abweichung vom röm. Rechte. Während nämlich nach diesem der Schadenersatz ex vitio aedium, loci, operis nur dann verlangt werden kann, wenn die Kautio gefordert wurde, dann aber selbst bei mangelndem Verschulden des Nachbarn (L. 18. §. 4. D. h. t.): richtet sich nach österr. Rechte die Verpflichtung zum Erfolge auch hier nach der allgemeinen Regel (§. 1295. B. G. B.), tritt also nur bei Verschulden des Eigenthümers des gefährdrohenden Opus ein, alsdann aber ohne Rücksicht darauf, ob vorher Kautio beansprucht wurde, oder nicht. Eben darum hat aber auch das Institut der Cautio damni infecti nach österr. Rechte praktisch keine nennenswerthe Bedeutung. In der Sammlung Gl.-u.-W. findet sich nicht ein Fall der Cautio d. inf. (der im Index citirte Rechtsfall Nr. 1535 betrifft eine Besitzstörung nach §. 340. G. B.). Auch mir ist aus der Praxis kein hieher gehöriger Fall bekannt geworden. Vgl. übrigens noch Stubenrauch, I. S. 456. Kirchstetter, S. 165. Magas, G. Zeit. 1871. Nr. 12, mein Eigenthum, §. 6. a. C., neuestens v. Canstein, VI. S. 124 flg., dazu Arndts und Windscheid a. D. und Burckhard, S. 166. 193 flg. Heffe, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 60 flg. u. Brinz, §. 172. Unsicher äußert sich Winwarter, II. S. 76.

her ein Verstoß gegen die Consequenz, daß der §. 343. G. B. im §. 15. der kais. Vdg. vom 27. Oktober 1849 angeführt wurde; die richtige Auffassung erhielt in dem von den Besitzklagen handelnden §. 2. ders. kais. Vdg. klaren und bestimmten Ausdruck. Trotzdem ist selbstredend de lege lata das possessoriische Verfahren auch auf die Kautionsklage des §. 343. anzuwenden.<sup>1b</sup> Zur Klage legitimirt erscheint nur der Besitzer (s. R. 1); kautionspflichtig ist der Eigenthümer, der Usufructuar (§. 513 flg.), der Superficiar (§§. 1125. 1130. 1147.), auch wohl der bloße Besitzer (§. 343. „fremder Bau“, cfr. §§. 326. 333. 372.) — nicht auch der an der Sache bloß dinglich Berechtigte z. B. ein Servitutensbesitzer oder Hypothekargläubiger.<sup>1c</sup>

I. Die Besitzstörungsklage im engeren Sinn (§. 339—342. G. B.) setzt einmal Besitz, sodann Störung desselben voraus. Beide Momente sind näher zu beleuchten.

1. Vorausgesetzt wird zunächst Besitz der Sache oder des Rechtes unmittelbar vor der Störung, wobei es gleichgiltig ist, ob der Besitz redlich oder unredlich, rechtmäßig oder unrechtmäßig, echt oder unecht (fehlerhaft) ist (§. 339.)<sup>2</sup> Daß nur der Besitz — aber auch jedweder Besitz ohne Rücksicht auf die hier erwähnte Beschaffenheit gerichtlich geschützt werde, ist schon früher (S. 107 flg. 117 flg.) ausführlich dargezogen worden.<sup>2a</sup>

Was insbesondere den Rechtsbesitz betrifft, so genießt, nach

1b) Daß die Citation des §. 343. nicht (wie ich früher vermuthete) auf einem Redaktionsversehen beruht, zeigen die Berichte v. Canstein's, S. 195. 198 über die Entstehung der cit. kais. Vdg. Uebrigens bemerkt selbst Pratobevera, daß „die Sache gewöhnlich wohl nicht so dringend sei“, um dieses Verfahren anzuwenden, „daß aber die Anwendung doch unbedenklich“ sei.

1c) Nach röm. R. ist auch der Nuznießer und Pfandgläubiger — jedoch nicht der bloße Besitzer kautionspflichtig. Vgl. L. 9. §. 10. L. 10. L. 19. pr. h. t., dazu Windscheid, §. 459. 2. Burckhard, S. 341 flg.; für's österr. Recht will auch Canstein, VI. S. 146 die Klage gegen den Eigenthümer und Besitzer zulassen. „Fremd“ bedeutet meist den Gegensatz zum Eigenthum und Besitz.

2) Es ist bereits früher (§. 7. R. 12) bemerkt worden, daß nach franz. und ital. Recht (art. 23. Cod. de proc., art. 694. Codice ital.) nur der Annualbesitz gegen Störungen geschützt wird. Vgl. Zachariä, franz. G. R. §. 187., bes. §. 188. Markardé (Pfaff), Civ. R. III. S. 390. Frey, fr. G. R. §§. 185—188. Forlani, Sul fond. p. 243 flg. Cosack, §. 4. Heusler, Gewere S. 391 flg.

2a) Damit ist nicht geläugnet, daß auch das Recht gegen Eigenmacht geschützt wird; mißverstanden hat mich Kindel, 22. S. 200 flg.

der allgemeinen Fassung des §. 339. G. B. nicht bloß der Besitzer von affirmativen oder negativen Servituten (§. 313. Satz 2. u. 3.), sondern auch der Besitzer einer Reallast (§. 313. Satz 1.) den possessoriischen Schutz und reicht der Letztere überhaupt soweit, als Besitz an Rechten anerkannt ist (§. 311. G. B. dazu §. 24. dies. Buchs). Bezüglich der Servituten (Personal- und Realdienstbarkeiten) hat nie ein Zweifel bestanden, ebensowenig in Ansehung jener eine wiederholte Ausübung zulassenden Rechte, welche an ein unbewegliches Gut in der Art geknüpft sind, daß der jeweilige Eigenthümer desselben als der Berechtigte erscheint, nämlich der sogen. Realrechte, zu welchen außer den Realdienstbarkeiten das Realpatronat, radicirte Gewerbrechte (insbes. Realschankgewerbe), häufig Jagd- und Fischereirechte gehören.<sup>3</sup>

Und da die Realeigenschaft die juristische Natur des Rechtes nicht ändert,<sup>4</sup> so liegt auf der Hand, daß Rechte dieses Inhalts, auch wenn sie nicht gebunden erscheinen, als Gegenstand des Besitzes und Besitzschutzes behandelt werden müssen.<sup>5</sup> (Vgl. dazu §. 24. zu

3) Vgl. nachstehende Entscheidungen der Sammlung Gl.-u.-W. Nr. 300. 787. (negative Servituten), 795. (Bannrecht), 916. (Nussfrucht), 1675. (Fahrweg), 2107. (Wohnungsrecht), 3252. (Synagogensitze, dazu Ger. Zeit. 1875. Nr. 84. in Anseh. der Kirchendänke), 2267. (Viehtrieb), 2301. (Propinationsrecht), 2761. 2778. 3030. (Servituten), 3135. (Gewerberecht oder bloß Servitut der Gasleitung?), 3383. 3406. 3561. (Mietrecht mit eigenem Hauschlüssel), 3462. 3561. (Benützung einer Wiese als Entgelt für Erhaltung eines Zuchttiers), 3755. und Entscheidung vom 1. Oktober 1873. Z. 8908. (G. Z. 1874. Nr. 60: Besitz des Fischereirechtes), 5276. (Recht der Leitung einer Theaterunternehmung), G. Z. 1878. Nr. 62 (Schankgerechtigkeit). — Während noch das bayr. L. R. die Anwendbarkeit des Poss. ord. bei Grunddienstbarkeiten ausschloß, hat die preuß. Gesetzgebung gleich der österr. den Schutz auf alle Fälle des Rechtsbesitzes ausgedehnt, und diese Ausdehnung ist auch in Bayern neuestens durch die neue Civ. P. D. art. 584. erfolgt. Vgl. Stobbe, §. 76. Roth, G. R. §. 134. Nr. 23. 58, dazu §. 130. 2, welcher für das bayr. L. R. II. 5. 2. mit Bezug auf Kreittmayr den Besitzschutz nicht bloß bei den aktiv oder passiv mit dem Besitz eines Immobiliens verbundenen Rechten, wie Servituten, Reallasten, Pfandrecht, Fischereirecht, sondern auch beim Patronat, bei Pacht und Miethen, Kommodat, Forderungen an Kapitalkzinsen, dem Firmenrecht und Familienrechten für zulässig erkennt.

4) Vgl. Wächter, Hdb. II. S. 324 flg. Unger, I. S. 574. Krainz, Ger. Zeit. 1868. Nr. 95 flg. Die Besonderheit derselben besteht eben nur darin, daß die Berechtigung an das Eigenthum eines bestimmten Reales geknüpft wird. Allerdings ist dies der Natur der Sache nach nur bei dauernden Rechten der Fall und darin liegt die Beziehung zum Besitz. S. Schiffner, D. G. R. §. 27.

5) S. z. B. das persönliche Patronat, die sog. verkäuflichen Gewerbrechte, selbstständige Jagd- und Fischereirechte.

Note 23—33. d. B.). Bedenken könnte nur der possessoriische Schutz der auf wiederkehrende Leistungen gerichteten Rechte erwecken, mögen nun diese nach ihrer aktiven oder passiven Seite an den Besitz eines Reales geknüpft sein oder nicht.<sup>6</sup> Gegen den possessoriischen Schutz dieser Kategorie von Rechten, welche der 1. Satz des §. 313. G. B. vor Augen hat, und die man (im Gegensatz zu den Benützungs- und Untersagungsrechten) affirmative Rechte zu nennen pflegt, wurde nämlich mitunter eingewendet, daß in der bloßen Unterlassung der Leistung keine Besitzstörung liege und daß durch Zulassung des Possessoriums die Kontraktklage völlig überflüssig gemacht werde.<sup>7</sup>

6) Dahin gehören vor Allem die Reallasten (Zehntrechte, Ausgedinge, Grundentlastungsrenten, oft auch Rentenbezüge), bei welchen der jeweilige Besitzer des belasteten Grundes zur Leistung verpflichtet ist (vgl. §. 24. R. 37). Häufig ist auch die Berechtigung an ein Reale geknüpft, z. B. bei Grundentlastungsrenten. Aber auch ohne Verknüpfung mit einem Reale kommen dergleichen wiederkehrende Leistungen vor, bei welchen (anders als bei Kapitalkzinsen) die einzelne Abgabe als Ausfluß eines auf eben diese periodischen Leistungen gerichteten Hauptrechtes (Bezugrechtes) erscheint, z. B. Appanagen, Unterhaltsgelder, Leibrenten (vgl. §. 18. des Grundbuchges. im Gegensatz zu §. 17. desselben Ges.). Die ehemaligen obrigkeitlichen Rechte auf Hand- und Spanndienste der ehem. Unterthanen gehörten zu den Reallasten.

7) So Koch, Besitz S. 235 flg., für's preuß. Recht mit besonderem Bezug auf die §§. 146—148. I. 7., welche angeblich eine Störung vi. clam, precario fordern. Indes abgesehen davon, daß die Ausdehnung der Fehler der Besitzentziehung (d. i. des vitiosen Besitzwerbes) trotz §. 150. I. 7. auf die bloße Störung durchaus unpassend und logisch unhaltbar erscheint, so liegt zwar nicht schon in der Nichtleistung (anders Stobbe, §. 77. R. 45), wohl aber in der Verweigerung der Leistung unzweifelhaft eine Störung des Besitzzustandes, wie auch Koch selbst (S. 111, vergl. S. 236) anerkennt, welcher sogar von vitioser Besitzstörung beim Besitz von Reallasten und Zehnten spricht! Auf die reale Gebundenheit des Rechts kann in diesem Punkte Nichts ankommen, wie denn Koch, S. 112, ohne Anstand Besitzschutz an Jagdgerechtigkeiten, Jurisdiktions- und Bannrechten für sachgemäß erklärt. Mit Recht bekämpften Joh. Korte, Gruchot's Beiträge V. S. 145 flg. und Förster, III. §. 162. R. 69 die prinziplose Unterscheidung Koch's und die dafelbst angeführte Entscheidung des preuß. Obertribunals vom Jahre 1814, welche Letzteres bei affirmativen Rechten Besitzschutz versagte, weil Unterlassen der Erfüllung keine Störung sei und die bloße Veruhigung des Gestörten hinreiche, ihn des Besitzes zu entsetzen (!). Die ältere preuß. Literatur (selbst Bornemann, I. S. 296 flg. bezüglich jener Rechte, die „eine geschichtliche Basis“ haben) war für die Anerkennung des possessoriischen Schutzes und zwar in Ausdehnung auf alle persönlichen Rechte. Förster, III. S. 88 beschränkt ihn unter Ausscheidung der Obligationen auf diejenigen affirmativen Rechte, „welche unlösbar insbesondere mit Grund und Boden verbunden sind, und dadurch einen dinglichen Charakter erhalten, die deutschen radicirten Rechte, die Reallasten.“ Nur an diesen Rechten will nämlich Förster, S. 29, Besitz als möglich anerkennen. Ähnlich Stobbe, d. P. R.



Allerdings liegt in der bloßen Unterlassung der Leistung keine Störung — wohl aber in der Verweigerung derselben, wie dies das Gesetzbuch selbst (§. 351. „nicht mehr leisten zu wollen erklärt“) bestimmt anerkennt.<sup>8</sup> Beruhigt sich der Besitzer dabei, so führt die Weigerung

§. 76. Vgl. indeß dagegen §. 24. R. 40 u. 40 a. d. B. Weder die Unlösbarkeit noch die Radicirung können als wesentliche Voraussetzung der Besitzfähigkeit angesehen werden, sofern dies nicht positivrechtlich bestimmt ist. Gewerbs-, Fischer-, Jagdrechte sind ebenso gut besitzfähig als etwa das zeitlich begrenzte Realausgedinge (Leibzucht).

8) Das kanonische Recht und die mittelalterliche Praxis hat an affirmativen Rechten im weitesten Umfange Besitz und Besitzeschutz anerkannt (vgl. §. 24. R. 51) und in der Verweigerung der Leistung stets eine Besitzstörung gesehen. Die Meinungen gingen nur darüber auseinander, ob dieselbe bloß Turbation oder Besitzentsetzung sei. Die herrschende, bis heute überwiegende Meinung folgte der späteren italienischen Doktrin, welche bei Weigerung des Pflichtigen die Wahl gibt, sich bloß als turbirt, oder als spoliirt anzusehen, und darnach mit dem I. retin. oder recup. p. zu klagen. Vgl. Brunß, Besitz i. M. S. 279 u. fg. und 408 a. G., Besitzklagen S. 252 fg. Stobbe, §. 77. 6. und die Erkenntnisse in S e u f f e r t ' s Arch. III. 99. XII. 27. XIII. 32. XVI. 174. 175. XXII. 233. XXIII. 32. Vereinzelt stehen die Erkenntnisse XII. 241. XXIX. 7., welche in der Verweigerung keine „Angriffshandlung“ erblicken. Bei Verflüchtigung des Begriffs der vis in der Spolienklage erscheint es allerdings zulässig und zutreffend, die Verweigerung nach gemeinem Rechte als S p o l i a t i o n aufzufassen, da dadurch die Möglichkeit der Rechtsausübung aufhört, wie auch Brunß, Besitz S. 213, und Besitzklagen S. 253 anerkennt. (Vgl. auch Stobbe, §. 77. R. 46 und die von diesem citirten Belege; ferner Heußler, Gewere S. 311 fg., 367, welcher darauf hinweist, daß die ital. Doktrin selbst beim Sachbesitz Störung und Dejection nicht scharf unterschied; ebenso wenig das normannische und ältere französ. Recht.) Aber bezweifeln möchte ich, daß „es sich von selber versteht, daß der Besitzer solche Weigerungen auch als Störungen seines Besitzes auffassen, und insofern mit dem I. U. P. klagen könne.“ Denn so sehr auch die Begriffe der Turbation und Dejection beim Rechtsbesitze vermischt zu werden pflegten, so ist doch die sinngemäße Anwendung derselben auf den Letzteren juristisch möglich, ja geboten, und sohin die Unterscheidung oder Vermischung Beider nicht dem Belieben der Parteien anheimzugeben. (Anderer Ansicht auch Stobbe a. D., R. 47.) — Für das österr. Recht ist die Verweigerung nach §. 351. G. B. (vgl. §. 34. Note 47 d. Buchs) bei rechtzeitig angebrachter Klage als bloße Störung, außerdem als Entsetzung anzusehen, eine Bestimmung, welche historisch ein interessantes Vorbild schon in einer römischen Decision von 1604 hat: *si denegatur solutio, potest possessor animo retinere civ. possessionem, et petere, ut manuteneatur in quasi possessione sua* — ein Satz, der später ziemlich allgemein angenommen wurde, vgl. Brunß, Besitz S. 281. v. C a n s t e i n, VI. S. 133. — Auch für das preuß. Recht scheint mir mit Rücksicht auf §. 126. I. 7. dieselbe Auffassung gerechtfertigt zu sein. Vgl. Note a. D. S. 125. 149, und Stobbe, §. 77. R. 48. — Das sächs. G. B. (§. 512.) erklärt den Begriff des Rechtsbesitzes auf Reallasten überhaupt für unanwendbar. Vgl. S c h m i d t, Botlej. I. S. 309. G e r b e r, §. 171. — Das Züricher G. B. §. 529. läßt Besitz und Besitzrechtsklagen auch bei Reallasten zu. S. B l u n t s c h l i, II. S. 50. Ebenso der bayr. Entwurf art. 52—54. Das bayr. R. R. gibt die Spolienklage für alle besitzfähigen Rechte im weitesten Umfang, f. R o t h, §. 124. 12. 58. — Das

den Besitzverlust herbei (§. 351. G. B.).<sup>9</sup> Was aber die behauptete Absorption des Petitoriums durch das Possessorium betrifft, so liegt dieselbe ebensowenig hier, als in den anderen Fällen des Sach- und Rechtsbesitzes vor, wobei indeß nicht geläugnet werden soll, daß sich de lege ferenda gegen die Ausdehnung des Besitzeschutzes auf affirmative Rechte, soweit derselbe hier sachgemäß die Verurtheilung des Störers zur Leistung zur Folge hat, mancherlei Bedenken erheben lassen. Die österr. Spruchpraxis entbehrt, wie die wenigen veröffentlichten Fälle zeigen,<sup>10</sup> — soweit es sich um Schutz des Besitzes affirmativer besitzfähiger Rechte im Prozeßwege handelt — jeder prinzipiellen Grundlage. So wurde insbesondere in dem Rechtsfall Nr. 1316 der Samml. Gl. u. W. (Entsch. v. 2. Mai 1861) der Beklagte auf Grund der Thatsache der fortgesetzten Entrichtung eines Grundzinses possessorisch zu Leistung desselben verurtheilt (— der eingeflodtene Grund, „daß auch nicht erwiesen sei, daß die Leistung indebite erfolgte,“ gehört offenbar nicht zur Sache). Dagegen wies der oberste G.-Hof mit Erf. v. 19. Juli 1870 J. 8770. (Právník 1871 S. 837) die Besitzklage des Eigenthümers eines bräuberechtigten Hauses gegen die bräuberechtigte Bürgerschaft auf Zahlung des verweigerten jährlichen Bräunugens „als offenbar verfehlt“ (?) aus dem Grunde ab, weil das auf Leistung gerichtete Klagspetit die im §. 5. der k. Verordn. v. 27. October 1849 J. 12. R. G. Bl. gesetzten Grenzen überschreite, und weil in der Verweigerung der Leistung keine Störung liege, indem der Geltendmachung des Anspruchs im Rechtswege kein Hinderniß entgegenstehe. Beide Gründe sind auf liegend unzutreffend. Zunächst

franz. und ital. G. B. bestimmen Nichts Besonderes. Von der herrschenden Lehre wird für das franz. R. lediglich den Servituten der Besitzeschutz zugewendet. Vgl. Z a c h a r i ä, I. §. 188.

9) Vgl. §. 35. bes. zu Note 47 d. B. u. vorige Note über den Zusammenhang dieser Bestimmung mit der älteren Theorie.

10) Durch die Verurtheilung in possessorio wird namentlich der ohne Rechtsgrund leistende unvermeidlich nicht nur zur petitorischen Negatoria, sondern auch zur Anstellung der *condictio sine causa* (§. 1431—1437. B. G. B.) gedrängt. Bedenken dieser Art dürften die sächs. Gesetzgebung veranlaßt haben, den Besitz an Reallasten einfach zu negiren. Vgl. §. 512. G. B. und Note 8. Heutzutage hat die Frage so wenig praktische Bedeutung, daß die durch die Bestimmung des §. 512. des sächs. G. B. im Besitzeschutze entstandene Lücke unbedenklich erscheint, ja sie empfiehlt sich dadurch, daß sie mißverständliche Ausdehnung des Besitzeschutzes durch eine prinziplose Praxis hintanzuhalten wohl geeignet ist.

schließt die Möglichkeit des petitorischen Schutzes den possessoriischen Schutz und die Thatsache der Besitzstörung gewiß nicht aus (vgl. Note 10.). Was aber den §. 5. der cit. k. Verordnung betrifft, so bestimmt derselbe im Gegentheil: daß sich das Erkenntniß im Besitzstreite „auf den Schutz und Wiederherstellung des gestörten Besitzes“ zu erstrecken und allerdings auch zu beschränken habe. Der Besitz eines affirmativen Rechtes ist aber offenbar nicht wiederhergestellt, wenn nicht der Leistungspflichtige zur Leistung, die er verweigerte, gehalten wird.<sup>11</sup>

Beim Rechtsbesitz ist zu beachten, daß derselbe nicht nur vom „Gegentheil“ (§. 351.), d. i. von demjenigen gestört werden kann, der sich im Besitz des dienstbaren Grundstückes befindet, beziehentlich demjenigen, der als Besitzer des belasteten Grundstückes zur Leistung verbunden ist,<sup>12</sup> sondern auch von dritten Personen. Dies gilt insbesondere in Ansehung der Reallasten, deren Besitz Dritte durch eigenmächtige Einziehung der Leistung, durch Verbot der Prästation derselben an den Besitzer und ähnliche Eingriffe in die faktische Rechtsausübung des Letzteren turbiren können.<sup>13</sup> Hierbei stoßen wir auf

11) Nicht hieher gehören die Fälle Nr. 495 u. 604. der Samml. Gl.-u.-W. Vgl. §. 24. Nr. 16. In einem Falle (Právník 1875. S. 358) wurde der Besitz des Rechts auf Erhebung eines Standgeldes von Marktfahrern geschützt. In dem Falle Nr. 795 der Samml. Gl.-u.-W. wurde Rechtsbesitz am Zinsrechte für Ausübung des Bräurechtes als möglich anerkannt, jedoch angenommen, daß der Besitz erloschen gewesen sei. — Die italienische, kanonistische und gemeinrechtliche Praxis bis auf die Gegenwart hat niemals Anstand genommen, bei affirmativen Rechten auch in possessorio zur Leistung zu verurtheilen. Vgl. oben Nr. 8, auch §. 24. Nr. 23. C. 19. X. de rest. spol.: nec afflictuum et pensionum possessio poterat tibi restitui, quia non fuerat per Pisanos spoliatus; c. 24. X. de elect.: quia pensio . . . fuit annuatim per multa tempora persoluta, sed de novo subtracta nos in statum percipiendi pensionem ecclesiam vestram decernimus reducendam; c. 2. de rest. spol. in VI<sup>o</sup>: ad decimas quas . . . possedissee et eis spoliatos fuisse, debent restitui. Hierbei muß man vor Augen haben, daß es zur Spoliation keiner vis atrox bedarf. Vgl. Brunß, Besitz im M. §. 26. bes. §. 210 flg. Ueber die auf das can. Recht und den Einfluß der geistlichen Gerichtsbarkeit sich stützende Entwicklung des Rechtsbesitzes in Böhmen s. neuest. Dtt, Reception zc. S. 131 flg., 303, 305, 316. Schon der höchst interessante Zehntprozeß v. J. 1312—1334 erwähnt die poss. juris percipiendi decimas, der Prozeß von 1320 die possessio vel quasi juris patronatus etc., die Urkunde v. 1320 den Besitz des Fischereirechtes. — Ueber das preuß. Recht vgl. Note 7. — Unsere Schriftsteller äußern sich über die Frage nicht näher.

12) Das Gesetzbuch bezeichnet diese Personen als den „Gegentheil“ (§. 351.).

13) Dies ist auch die kanonische und gemeinrechtliche Auffassung; dieselbe betrachtet die Reallast als „Rechtsobjekt“, das wie eine Sache auf rechtliche oder un-

die Frage, ob die Scheidung der Begriffe der „Störung“ und „Entsetzung“ auch auf die Verletzung des Rechtsbesitzes — insbesondere durch Dritte — anwendbar sei? Gewiß ist dies an sich nicht zu bestreiten, auch nicht in Ansehung der Reallasten, bei welchen z. B. der Versuch des Dritten, die Leistung an den Besitzer zu verhindern, oder sich dieselbe zu verschaffen — als Störung, die wirkliche Einziehung — als Entsetzung angesehen werden muß.<sup>14</sup> Nach österr. Rechte wird indeß der Fall, wenn die Rechtsausübung durch Handlungen oder Anstalten des „Gegentheils“ unmöglich gemacht worden ist, als bloße Störung angesehen, wenn der Rechtsbesitzer „die Erhaltung des Besitzes“ rechtzeitig „einklagt“ (§. 351. G. B. vgl. §. 35. Note 46. 47. 50.). Die Unterscheidung zwischen Störung und Entsetzung ist daher auf die Störung des Rechtsbesitzes durch Dritte beschränkt. Noch ist zu erinnern, daß der Besitz von Mieth- und Pächterrechten nach Analogie des Besitzes der Servitut der Fruchtnießung, daher nach dem 2. Absätze der §§. 313. u. 351. G. B. zu behandeln ist.

Es bedarf kaum der Bemerkung, daß der Sachbesitzer auch dann zur Besitzstörungsklage legitimirt erscheint, wenn der Miether oder Pächter in der Benützung der Sache beeinträchtigt wird, da jener den Besitz behält und durch die Letzteren ausübt.<sup>15</sup> Gleichgiltig ist, ob

rechtliche Weise aus einer Hand in die andere gehen kann. Brunß, Besitz S. 215. Stolbe, §. 77. Nr. 45 und Seuffert 16. Nr. 45. Vgl. c. 22. X. de off. jud. c. 2. de rest. spol. in VI<sup>o</sup>; c. 19. X. de rest. spol.: nec afflictuum et pensionum poterat tibi restitui, quia non fuerat per Pisanos spoliatus. Falls sich daher der Dritte durch Gewalt die Zahlung verschafft, so ist nach kanon. Auffassung (anders als nach röm. R.) die Obligation auch gegenüber dem Besitzer als erfüllt anzusehen, und erübrigt diesem nur petitorium oder possessorium gegenüber dem Spolianten. Vgl. c. 2. cit. Brunß a. D. Dtt, S. 292. Bei anderen Rechten, insbesondere Servituten ist die Möglichkeit der Störung durch Dritte auflegend.

14) Vgl. auch Brunß, Besitz i. M. S. 217.

15) Unerfindlicher Weise entschied der D. G. S. mit Erf. v. 17. Dez. 1874. Z. 1404. (Právník 1874. p. 422), daß in solchen Fällen nur der Pächter, nicht der Verpächter gegen den die Früchte des verpachteten Grundstückes usurpirenden Dritten als Kläger auftreten könne, weil (?) jenem die Früchte gebühren. (Richtig hatte die I. Instanz entschieden.) Als ob nicht in der Betretung und Benützung des fremden Grundstückes wider Willen des Besitzers eine Störung des Sachbesitzes läge! Richtig wurde indeß derselbe Fall neuestens mit dem Erf. des D. G. S. v. 26. Mai 1875. Z. 5219, ebenda 1875 S. 622 entschieden. — Unrichtig ist auch die Entsch. des D. G. S. Nr. 1565 der Samml. Gl.-u.-W., welche in dem Umstande, daß der Sachbesitzer (Eigentümer) B nach dem Tode des Usufruktuars den Besitz der Wirtschaft wieder ergriff, eine Besitzstörung erblickte, da „nach §. 547. A. b. G. B. entweder die (Usufruktuarin) A ungeachtet ihres Ablebens noch fortan (!) oder der Kläger als

außerdem dem Detentor als Rechtsbesitzer ein selbstständiger possessoriischer Schutz zukommt oder nicht.

Es kann ferner nicht bezweifelt werden, daß auch der Mitbesitzer, soweit er in seinem Mitbesitze durch dritte Personen gestört wird, die Besitzklage anstellen könne. Allein auch gegen den Mitbesitzer kann derselbe wegen Besitzstörung klagen, wenn dieser entweder einseitig Handlungen vornimmt, welche den bisherigen tatsächlichen Zustand ändern und zu welchen somit die Uebereinstimmung der Mitbesitzer erforderlich ist, oder wenn ein Mitbesitzer dem Anderen Benützungshandlungen verwehrt, welche nach der eigenthümlichen Beschaffenheit des Besitzobjectes oder nach der bisherigen Uebung jeder Mitbesitzer für sich vorzunehmen befugt ist.<sup>16</sup> So liegt z. B. eine Störung in der einseitigen Ausmarkung (vgl. Nr. 260 der Samml. Gl.-u.-W.), in der einseitigen Abtragung eines Hauses (Nr. 4035) oder Fällung eines Waldes (Nr. 5250 ders. S.), in der einseitigen Verpachtung des gemeinsamen Grundes (Nr. 3716.),<sup>17</sup> in dem einseitigen Aufackern eines gemeinsamen Grenzraumes (§. 854.)<sup>17a</sup> — nicht aber in einer Begehung des Letzteren, in der Benützung des gemeinschaftlichen Hofes zum Wagenfahren u. d., im einseitigen Fischen und Jagen, wenn nur der Ertrag getheilt wird.

Da der Besitz so lange fort dauert, bis derselbe durch eine neue Thatsache aufgehoben wird (vgl. §. 21. d. B.), so genügt der Be-

deren Alleinerbe als in diesem Besitze befindlich angesehen werden müsse“ (?). Die tatsächlichen Verhältnisse sind allerdings unklar angegeben. Zu erwägen war jedoch jedenfalls, daß die Usufructuarin den Sachbesitz für den Eigenthümer B ausübte, und daß der Erbe nicht ipso jure Besitz erwirbt.

16) So auch das Röm. R. L. 3. §. 2. D. de operis n. nunt. 39. 1. u. L. 12. D. comm. div. 10. 3., dazu §. 17. Nr. 16. 17. dieses B. u. Witte, S. 108. Die merkwürdig motivirte Entsch. Nr. 2086 Samml. Gl.-u.-W. scheint in der Verstörung eines Häuschens Seitens des angeblichen Mitbesizers nur darum keine Störung des Besitzes zu finden, weil Kläger den Alleinbesitz nicht bewies und die Rechtsfrage nicht liquid war. Beide Gründe sind unzureichend. Richtig Nr. 4035 u. 5250. — Daß das preuß. Recht dem Mitbesitzer gegen den Mitbesitzer die possessoriischen Rechtsmittel versage, behauptet Förster, §. 162. Nr. 50 (nicht so die preuß. Praxis s. §. 16. Nr. 17); wie aber die berufenen §§. 4. u. 25. I. 17. diese Behauptung beweisen sollen, ist unerfindlich. Richtig Dernburg, I. S. 318.

17) Ob auch in der einseitigen Hebung und Zurückversetzung eines Grenzsteins? Dies läugnet die Entsch. d. D. O. §. v. 6. Febr. 1872. 3. 345. Ger. Zeit. 1872. Nr. 63; ferner die Entsch. des österr. obersten Gerichtsh. v. 14. September 1874. 3. 24020 (Právník 1875. p. 273), mit welcher der Besitzer einer Wegservitut mit der Besitzstörungsklage gegen den Grundbesitzer, welcher die Fahrt über das angebaute Feld verhinderte, abgewiesen wurde, da er bisher das Wegerecht immer nur nach einheimischer Ernte, bezieh. über das brachliegende Feld ausgeübt hatte. Mit Recht wurde bemerkt, daß außerdem die Gefahr der Erweiterung der Servitut im Wege der Erziehung eintreten würde. (Vgl. auch §. 484. B. G.) — Dagegen wurde in dem

17a) Darin liegt zugleich Feldfrevl. S. §. 4. d. böhm. Feldsch. G. vom 12. Oktober 1875. 3. 76.

weis des Erwerbes des Besitzes durch den Kläger, soweit nicht aus den Umständen hervorgeht, daß derselbe animo oder corpore verloren ging. Dieser Beweis ist selbstverständlich auch dem Beklagten vorbehalten. Die Natur des Verhältnisses bringt es mit sich, daß dem Richter insbesondere in Ansehung des Besitzwillens freie Beweiswürdigung gewahrt werden muß.<sup>17b</sup> Uebrigens wird der Besitz nur innerhalb der Grenzen der nachgewiesenen faktischen Herrschaft geschützt, insbesondere der Rechtsbesitz nur in dem Maße und in der Ausdehnung, in welcher das Recht ausgeübt wurde.<sup>18</sup>

17b) Vgl. Roth, V. G. R. §. 134. 27. Savigny, S. 389, der indess läugnet, daß beim Besitz in ähnlicher Weise wie beim Eigenthum aus dem Erwerb auf die Fortdauer des Besitzes geschlossen werden könne, und dadurch mit seiner eigenen Meinung (§. 29.) in Konflikt geräth. Allein, da durch das positive Recht die Voraussetzungen des Besitzverlustes festgestellt sind, so muß bis dahin der Besitz eben so gut als fort dauernd angesehen werden, wie das Eigenthum bis zum Eintritt der gesetzlichen Erlösungsgründe. Vgl. auch Förster, §. 162. Nr. 28. v. Canstein, Grünh. 3. V. S. 738. Nr. 5. VI. S. 188, dessen Ausführungen S. 188 ich aber nicht billige, f. §. 7 d. Nr. 33. — A. U. allerdings Jhering, Grund d. B. S. 178, welcher zur Fortdauer des Besitzes ein solches Verhalten und eine solche Diligenz des Besitzers verlangt, wie solche vom Eigenthümer angewendet zu werden pflegt (S. 210), und daher dem Richter die Untersuchung dieser Verhältnisse auferlegt. Vgl. darüber §. 21. dieses Buchs. Da indess auch nach unserer Ansicht der Richter aus den im Prozesse angeführten Thatsachen zu beurtheilen hat, ob dieselben (insbesondere in Ansehung des animus) nicht einen Erlösungsgrund des Besitzes enthalten (z. B. durch Negligenz), so wird die praktische Differenz zwischen der Ansicht J.'s und der bisher herrschenden Theorie keine wesentliche sein. Eine ältere, bis an die Oefosse reichende Ansicht, nimmt eine Präsuntion für die Fortdauer des Besitzes an (vgl. Savigny, S. 390), was allerdings nicht richtig ist. — Mit Recht erkannte das preuß. D. Trib. mit Plenarbeschl. v. 6. Juni 1848 (Gruchof, V. S. 489): Es findet die Vermuthung der Fortdauer des früher erlangten Besitzes bis zum Beweise der geschehenen Aufhebung desselben zwar nicht als eine gesetzliche, den Richter unter allen Umständen bindende, wohl aber als eine sog. faktische, der freien Würdigung des Richters . . . unterliegende Präsuntion (?) statt. Aehnlich das Dresdner Erkenntniß bei Seuffert, 18. B., S. 114.

18) So entschied auch der oberste Gerichtshof Nr. 3536 der Samml. Gl.-u.-W. (Gr. v. 13. Okt. 1869), daß der faktische Besitz des Durchgangrechtes durch Verschließen des Hausthors nicht gestört wurde, da den Durchgangsberechtigten der Schlüssel zum Hausthor übergeben worden war. Vgl. auch Nr. 2267 (Wegrecht, Fahrrecht) und die Entsch. d. D. O. §. v. 6. Febr. 1872. 3. 345. Ger. Zeit. 1872. Nr. 63; ferner die Entsch. des österr. obersten Gerichtsh. v. 14. September 1874. 3. 24020 (Právník 1875. p. 273), mit welcher der Besitzer einer Wegservitut mit der Besitzstörungsklage gegen den Grundbesitzer, welcher die Fahrt über das angebaute Feld verhinderte, abgewiesen wurde, da er bisher das Wegerecht immer nur nach einheimischer Ernte, bezieh. über das brachliegende Feld ausgeübt hatte. Mit Recht wurde bemerkt, daß außerdem die Gefahr der Erweiterung der Servitut im Wege der Erziehung eintreten würde. (Vgl. auch §. 484. B. G.) — Dagegen wurde in dem Falle 2817 der Samml. Gl.-u.-W. die Besitzklage abgewiesen, obgleich anscheinend

Die Besitzstörungsklage setzt außer dem Besitz des Klägers voraus:

2. eine Störung des Besitzes (§. 339.). Unter Störung im Sinne des Gesetzes ist jede *thatsächliche* Beeinträchtigung<sup>19</sup> der faktischen Herrschaft, welche die Letztere nicht aufhebt, anzusehen,<sup>19a</sup> also nicht bloß gewaltsame Verletzung,<sup>20</sup> sondern einerseits jede Handlung, worin eine Benützung der Sache des Anderen liegt, andererseits jede Verhinderung der freien Verfügung des Besitzers über seine Sache;<sup>21</sup> beim Rechtsbesitz jede Verhinderung oder

nachgewiesen war, daß der Beklagte auf Grund der Wasserleitungsdienstbarkeit früher nur zwei, nicht vier Eimer täglich füllte. Der Abweisungsgrund: daß über den Umfang der Dienstbarkeit in *possessorio* nicht gestritten werden könne, ist entschieden falsch. Anderer Ansicht ist Förster, §. 162. Note 75. — Kann derjenige, der Sachbesitz behauptet, als Rechtsbesitzer geschützt werden? Die Frage ist zu verneinen, da dadurch der Richter die Grenzen des Klagepetits überschreitet. Kein Gewicht auf den Titel (ob Eigentums- oder Rechtsbesitz) will legen die Entscheidung Nr. 3755 Gl.-u.-W. Allerdings steht aber der neuen Klage des abgewiesenen Sachbesitzers wegen gestörten Rechtsbesitzes Nichts entgegen. In beiden Punkten ist and. Ansicht Förster, §. 162. Nr. 30 und die daselbst citirte Entscheidung.

19) Der §. 2. der f. Berordn. v. 27. Oktober 1849. §. 12 gebraucht sogar den Ausdruck: „beeinträchtigen“.

19a) Eigentümlicher Weise findet Fr. v. Canstein, VI. S. 127. N. 23 u. S. 131, daß nach österr. R., im Gegensatz zum röm. R., nicht die Besitzstörungsklage, sondern die Besitzentziehungsklage (§. 346. G. B.) anzustellen sei, wenn sich ein Dritter einen Rechtsbesitz anmaßte. Zu dieser Ansicht wurde C. durch die irrige Annahme verleitet, daß der Sachbesitzer durch jene Anmaßung „theilweise (intensiv) seines Besitzes entsezt werde“; auch könne durch die Besitzstörungsklage (weil diese einseitig sei — nicht j. duplex) die „Restitution des unecht erworbenen Rechtsbesitzes nicht erwirkt werden“. Allein von einer wenn auch nur theilweisen Entsezung (Dejection) des Sachbesitzers kann hier so wenig die Rede sein als von theilweisem Eigentumsverlust bei Bestellung von Servituten. Wie hier das Eigentum (bez. dessen Ausübung), so wird dort der Besitz bloß beschränkt, nicht aufgehoben. Nach österr. R. verhält sich die Sache gerade so wie nach röm. R. Die Duplicität des Interdicts hat damit Nichts zu schaffen.

20) Wie Savigny, §. 37. S. 400 selbst für das röm. R. annimmt; dagegen besonders Brunß, Besitzklagen §§. 4. 7. 8. bes. S. 51 flg., 59—81, 270. Neuestens will Jhering, Grund d. B. S. 92 flg. für I. U. P. von dem Erforderniß der vis sogar ganz Umgang nehmen, indem er in dem Interdict bloß eine Präjudizialklage über den Besitz erblickt. Dagegen vgl. Brunß, S. 27 flg. Die vis bildet in der That den „formellen Mittelpunkt des Prozesses“ und darum wird auch die Veranlassung des Interdicts stets auf die vis reducirt. Vgl. L. 2. §. 2—4. D. U. P.; L. 8. §. 5. D. 8. 5.: Interd. U. P. poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo uti, dazu L. 20. §. 1. D. quod vi 43. 24.: Prohibitus intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere vel manum apponentis lappillumve jactantis prohibendi causa.

21) Vgl. die in der vor. Note citirten Stellen, dazu L. 11. D. de vi 43. 16.,

faktische Erschwerung der Ausübung desselben, und insbesondere bei Realkasten jede Verweigerung der Leistung von Seite des Schuldners, sowie jede Zueignung einzelner Leistungen von Seite Dritter.<sup>22</sup> Selbstverständlich kommt bei der Störung im engeren Sinne nichts darauf an, ob dieselbe gerade fehlerhafter Weise (insbesondere durch vis [atrox], oder clam) erfolgte oder nicht — genug, daß sie eigenmächtig ins Werk gesetzt wurde. Ueberhaupt beziehen sich die Besitzfehler (die Vitiosität des Besitzes) nicht auf die Störung, sondern auf die Besitzentziehung.<sup>23</sup> Jedweder Eingriff in die fremde Besitzsphäre, möge dieselbe in was immer für einer Form — jene Rechtsens ausgenommen — vor sich gehen, erscheint als Turbation.<sup>24</sup>

welche offenbar in den Titel U. P. gehört. (Pomp.) Vim facit qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid inaedificando sive quod omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non reliquit. Vgl. Brunß, §. 4. Witte, S. 99 flg.

22) Vgl. §. 339. im Gegensatz zu §. 346. des G. B. Die Verweigerung der Leistung, die an sich den Verlust des Rechtsbesitzes herbeiführen müßte, ist, wie dort bemerkt, bei rechtzeitig angefertigter Klage als Störung anzusehen. Bezüglich der Störung durch Dritte vgl. §. 35. N. 14.

23) Vgl. §. 339. im Gegensatz zu §. 346. des G. B. Die preuß. Schriftsteller, vgl. Koch, Besitz S. 260. Förster, §. 162. N. 36, erläutern mit Bezug auf §. 146. die Störung „solchergestalt zu Ungebühr“ (§. 150. I. 7.) dahin, daß dieselbe vi, clam, precario erfolgen müsse, wozu nach dem preuß. R. (§. 146. cit.) auch noch der Besitzfehler der „List“ (des Betruges) hinzukomme. Dagegen nun nicht zu läugnen ist, daß die Beeinträchtigung des Besitzes (ohne Entsezung) nicht nur durch Gewalt, sondern auch heimlich und sogar durch Mißbrauch des Prefariums (Mora des Prefaristen, Ausdehnung des prefaristischen Rechtsbesitzes) erfolgen könne (s. auch Korte a. D. S. 168 und Förster, §. 162. N. 39), so darf doch zweierlei nicht übersehen werden: einmal daß unter der vis beim Interd. U. Poss. nicht bloß Gewalt, sondern jedwede Beeinträchtigung der thatsächlichen Herrschaft zu verstehen ist (vgl. oben Note 19. 20.), sodann daß Gewalt (sc. vis atrox des I. U. Vi), Heimlichkeit und Vertrauensmißbrauch nicht die einzigen Formen der Störung des Besitzes sind, vielmehr die Beeinträchtigung des Besitzes — auch nach preuß. Rechte — auch in anderer Weise möglich ist, z. B. durch Immission von Rauch, Staub etc., durch bedrohliches Verbot der Ausübung, durch Verweigerung der Leistung. Die Uebertragung der Fehler des Besitzes (resp. der Besitzentsezung) auf die Besitzstörung durch §. 150. des preuß. R. ist daher ebenso sachwidrig als praktisch irrelevant und scheint in der That nur darauf zu beruhen, daß die Redaktoren „die Ausdrücke nicht so genau genommen haben“ (Koch, S. 150) oder übersahen, daß vis beim I. U. P. und I. U. V. nicht identische Begriffe sind. (S. auch die Entsch. des Obertrib. bei Förster a. D. N. 40.) — Das österr. G. B. §. 339. hat diesen Fehler vermieden, desgleichen die neueren G. B. Vgl. §. 205. des sächs. G. B., art. 31. 32. h. a. r. Entw. Eigentümlich beschränkt das Züricher G. B. §. 501. den Schutz des Besitzes. Vgl. §. 6. N. 12 d. B.

24) Vgl. Witte, S. 139. Brunß, S. 51 flg. Es versteht sich sohin, daß

Als solche ist insbesondere anzusehen:

I. Einerseits: Verhinderung der Bestzausübung als: Verweigerung des Zutritts des Sachbestzers zum Grundstücke von Seite des Pächters (Nr. 1146. u. 1723. Samml. Gl.-U.-W.),<sup>24a</sup> Beinträchtigung des Pächters oder Miethers in der Benützung der Sache durch den Verpächter (Nr. 1523. 1723. 3462. 3528. 4714 ders. S.); bei Servituten: Sperrung des Wegs durch Schlagbäume (Nr. 1040)<sup>25</sup>, Abtragung der vom Nachbar zum Aufzug von Schlingpflanzen benützten Mauer (Nr. 3691.) u. dgl.; bei Wasserrechten: Verschließung des Brunnens oder Aenderung des Schlosses ohne Uebergabe der passenden Schlüssel (Nr. 3406. ders. Samml.), Erhöhung der Schüge einer Schleufe, durch welche der Mühlbetrieb gehindert wird (Förster, §. 162. Note 43.).

II. Andererseits erscheint als Besitzstörung:

Die Ausübung von Benützungsrechten an fremdem Grunde als da durch Begehen, Betreten, Befahren (z. B. selbst eines See's Nr. 253. der Samml. Gl.-U.-W.), Legen von Wasser- oder Gasröhren (Nr. 3135. ebend.), Vorrückung des Grenzsteins,<sup>26</sup> einseitige Setzung von Marksteinen (Nr. 5069), Bau eines Gebäudes (Nr. 3755, Stö-

von einer Besitzstörung nicht die Rede sein kann, wenn der Besitzer lediglich innerhalb der Grenzen seines Besitzes handelt, beispielsweise wenn derselbe auf seinem Grunde einen Brunnen gräbt, und in Folge dessen des Nachbarn Brunnen verstopft. (Vgl. §. 1305. A. b. G. B.)

24<sup>a</sup>) Vgl. L. 3. §. 3. D. uti poss. Cum inquilinus dominum aedes refficere volentem prohiberet, aequè competere interdict. u. p. placuit., testarique dominum, non prohibere inquilinum ne habitaret, sed ne possideret. Es ist daher selbst die Tradition des veräußerten Miethobjekts durch Gegenwart der Kontrahenten recht wohl möglich und die Verhinderung derselben von Seite des Miethers eine Besitzstörung. So wohl auch *Uuflrat*, in *Jhering's Jahrb.* 14. S. 371; dazu *Stölzel*, O. N. N. S. 450. Inwiefern in diesem Falle das *Constitut. Possess.* Platz greifen könne, darüber vgl. §. 20. Nr. 20<sup>a</sup> flg.

25) Dagegen erkannte der D. G. S. (Nr. 3536), daß keine Störung des stets offenen Zuganges (Durchganges) vorliege, wenn der Hauseigentümer das Hausthor zur Nachtzeit sperren und dem Durchgangsberechtigten den Hauschlüssel übergeben läßt (§. 484. G. B.). Ähnlich die *Entsch.* Nr. 1040, welche in der Herstellung eines versperrten Schrankens bei Uebergabe des Schlüssels an den Wegberechtigten keine Störung der Wegservitut erblickt.

26) Ob auch in dem bloßen Aufheben und Wiedereinsetzen eines Grenzsteines an derselben Stelle? Dies läugnet die *Entsch.* Nr. 1905. Daß das Entwenden des Grases auch eine Besitzstörung sei, liegt auf der Hand. Anders aber die Entscheidung Nr. 1771, die wohl einen lapsus calami enthält?

rung des Wegrechtes),<sup>26a</sup> Anbringung eines Fensters mit Flügeln, die in des Nachbarn Hofraum sich öffnen (anders Nr. 3517.),<sup>27</sup> Anschlagen (oder Abnehmen) eines Aushängeschildes (*Jurist. Bl.* 1873. Nr. 4. Erf. v. 25. 4. 1871. Z. 5065.)<sup>27a</sup>, Anstreichen der fremden Mauer (Nr. 3952. trotz der Verschönerung!), Erschwerung der Rechtsausübung (durch Begießen mit Wasser u. s. w., *Entsch.* v. 7. Febr. 1872. Z. 116. G. Z. 1872. Nr. 63), Ausdehnung des Rechtsbesitzes über das konstatierte Maß des bisherigen Besitzes (Nr. 2267. 3556 u. 3689 [Wegerecht auf Düngerfuhrn nicht auszudehnen]),<sup>28</sup> gewaltsame Abverlangung der Schlüssel zum Keller des Besitzers (Nr. 4001), einseitige Verpachtung des Grundstücks durch den Nichtbesitzer oder Mitbesitzer (Nr. 3295 u. 2301. Samml.),<sup>29</sup> Ziehen eines unterirdischen Stollens (Nr. 3030. ebenda), Aufackern von Wasserfurchen (Nr. 4034.), Pfändung von Vieh auf streitigem Grunde (Nr. 3991), Be-

26<sup>a</sup>) Mit *Erf.* v. 20. August 1864 Z. 2811 (ungedruckt) fand der D. G. S. eine Besitzstörungsklage wegen Betretung und Benützung des nachbarlichen Hofes behufs Reparatur der Mauer des Beklagten abzuweisen, weil wie der Bau so die Reparatur nur vom nachbarlichen Hofe aus möglich war. Diese Entscheidung ist nicht zu billigen, da dem österr. Recht das sog. *Hammer Schlag-* oder *Leiterringrecht* (Reparaturrecht vom Nachbargrund aus) ganz unbekannt ist. Anders nach *preuß. Recht* 8. I. §. 155., *sächf. G. B.* §. 350. u. *Zürcher. R.* §. 613—616., dazu *Stobbe*, II. S. 91.

27) In dieser Entscheidung Nr. 3517 erkannte der D. G. S. (gegen das D. L. G.) in der Anbringung von solchen Fensterflügeln nur darum keine Besitzstörung, weil nicht vorliegt, daß A (Hofbesitzer) von diesem Luftstraum zumal bis zur Höhe des Fensters in irgend einer Weise je Gebrauch gemacht hat.“ (!) Wie fand sich Referent mit den §§. 297. 354. 1459. G. B. ab? Vgl. dagegen Nr. 3618 eod. Unhaltbar ist m. E. auch das *Erf.* d. D. G. S. v. 28. Juni 1876 G. Z. 1876 Nr. 91, welches in dem Öffnen der Fenster nach Außen die Ausübung eines „*illusorischen Rechtes*“ erblickt, da dies nur (?) so lange zweckdienlich erscheine, als der Nachbar nicht seine Mauer erhöhe. Ist doch bisweilen der kleinste Nachhof von großem Werthe! Richtig entschied das *tir. D. L. G.* Ueber abweichende deutschrechtliche Partikularrechte vgl. *Stobbe*, §. 86. 1., auch *preuß. L. R. I.* 8. §§. 142 flg. S. auch *Stölzel*, *Civ. Arch.* 52. S. 232 flg.

27<sup>a</sup>) In dem Falle Nr. 4203 wird in der Entfernung einer vom Miether angebrachten Ankündigungstafel nur darum keine Störung erblickt, weil das Aushängen derselben „nicht in Ausübung eines vermeintlichen Rechtes“ erfolgte.

28) Die *Entsch.* des Falls 3689 ist allerdings bedenklich, da doch erwiesen vorlag, daß Kläger mit *Wirthschaftsfuhrn* das Wegerecht ausübte; richtig entschied das D. L. G. Prag.

29) Dagegen will die *Entsch.* Nr. 2257 der Samml. in der Verpachtung an sich keine Störung erblicken; diese sei erst vorhanden, wenn Pächter den Besitz ergreife. Ähnlich die *Entsch.* v. 30. März 1876 Z. 3270 (*Právník* 1877 S. 343). Allein auch in der Verpachtung liegt *Bestizannahmung* und drohende Störung.

nützung eines Synagogensitzes (Nr. 3252. ebend.), Fischen in fremden Gewässern (G. Z. 1874. Nr. 60.). Selbstverständlich wird — wie der Sachbesitzer gegen den Rechtsbesitzer — so der Letztere gegen den Ersteren (jeder innerhalb der Grenzen seines Besitzes) gegen Störung geschützt. Vgl. Entsch. Nr. 3322 (Störung durch eigenmächtiges Abreißen des Schlosses) u. 3462. ebenda (Störung im Genuße der Bestandsache durch den Bestandgeber), Nr. 1914. (Störung des Weidberechtigten durch das Mitweiden des Grundbesitzers) u. f. w.<sup>30</sup>

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß von einer Besitzstörung nicht die Rede sein kann, wenn die als solche qualifizierte Handlung mit Einwilligung des Besitzers vorgenommen wurde,<sup>31</sup> oder wenn sich die angebliche Störung als Ausfluß der Machtbefugnis des Besitzers darstellt, dieser also innerhalb der Grenzen seines Besitzes gehandelt hat,<sup>32</sup> oder wenn das Gesetz ausnahmsweise auch den Nichtbesitzer

30) Sonderbarer Weise wurde in dem Rechtsfall Nr. 608 der Samml. Gl.-u.-W. die Besitzstörungsklage des Pächters gegen die Guts herrschaft, welche die verpachteten Wiesen düngte, aus dem Grunde abgewiesen, weil hierin keine Beeinträchtigung des Pachtbesitzes (der Benützung der Wiese) liege. Es scheint, daß der Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Melioration den juristischen der beliebigen pachtweisen Benützung überwog. Allein mit ersterem hat der Richter Nichts zu schaffen. Man denke nur an die Konsequenzen bei der Miethe. — Mit Unrecht wurde mit dem Erk. Nr. 1146 (Samml. Gl.-u.-W.) der Eigenthümer mit der Besitzklage gegen den Pächter eines ländlichen Grundstücks, welcher (gegen die bisherige wirtschaftliche Benützungsweise) Kalk zu brechen begann, abgewiesen, angeblich, weil über den Umfang des Pachtrechtes nicht in possessor. erkannt werden könne. (Die II. Instanz hatte der Klage stattgegeben.)

31) So wies d. D. G. S. mit Erk. v. 21. Nov. 1871 (G. Halle 1871. Nr. 99) die Klage wegen eigenmächtiger Hausdurchsuchung ab, weil in der Nichtverweigerung der erbetenen Erlaubniß eine stillschweigende Gestattung erblickt werden müsse. Vgl. auch Gruchot, V. S. 495 ffg.

32) Keine Besitzstörung ist also vorhanden, wenn der Besitzer in seiner Wand ein Fenster öffnet, dessen Flügel nicht in den nachbarlichen Luftraum hineinragen (Entsch. Nr. 3517 Samml., welche aber letztere Beschränkung mit Unrecht ignorirt. vgl. Note 27) — oder wenn derselbe auf seinem Grunde einen Brunnen gräbt, der jenem des Nachbarn das Wasser entzieht (Nr. 253 und 4981 Samml. Gl.-u.-W.; falsch hingegen Entsch. G. Z. 1878 Nr. 46; — über Beschränkungen deutscher Partikularrechte s. Stobbe, II. S. 103), oder wenn derselbe auf seinem Grunde, wenn auch nicht an Nachbarns Grunde Pflanzungen herrichtet (Nr. 3618 ders. Samml.), oder wenn der Hauseigenthümer die zur Restauration des Hauses nöthigen Gerüste, wodurch die Benützung der vermieteten inneren Räumlichkeiten nicht gehindert wird, aufstellen läßt (Nr. 3529 ders. Samml.). In allen diesen Fällen ist die Bestimmung des §. 1305. G. B. analog anwendbar. — In dem in Nr. 5605 Samml. Gl.-u.-W. (Ger. Ztg. 1875 Nr. 10) erwähnten interessanten Falle klagte der Hausherr den Miether wegen Abreißung des Kochherdes, welchen sich dieser selbst und auf eigene Kosten hatte herstellen lassen, wegen Besitzstörung. Die 1. Instanz gab der Klage

zur einseitigen Ergreifung des Besitzes ermächtigt — kurz in allen Fällen eines formell berechtigten Eingriffs in die fremde Besitzsphäre. In allen diesen Fällen liegt kein (widerrechtlich) „eigenmächtiger“ Eingriff<sup>32a</sup> in den fremden Besitz vor (§. 339. G. B.). Zur einseitigen Besitzergreifung ermächtigt das Gesetz nicht nur in allen Fällen ordnungsmäßiger gerichtlicher oder administrativer Hilfsvollstreckung (Exekution, vgl. Nr. 4415. Samml. Gl.-u.-W.), sondern insbesondere auch in mehreren Fällen, von denen hier die wichtigsten angeführt werden mögen:

a) Eisenbahnunternehmungen dürfen nach erfolgtem Erwerb des Eigenthums des expropriirten Grundes (d. i. nach Zahlung oder Erlag der Entschädigungssumme) an der Besitzergreifung desselben nicht gehindert werden (§. 9. lit. c. des Minist. Erl. v. 14. September 1854. Z. 238. u. §§. 35. 46. des Gef. v. 18. Februar 1878. Nr. 30. Vgl. Nr. 3582, dazu 5016. Samml. Gl.-u.-W.)<sup>33</sup> Uebri-

statt; die 2. und 3. Instanz (Erk. vom 19. Januar 1875 Z. 597) wies den Kläger ab, weil derselbe nicht im faktischen Besitze gewesen, da ihm der Heerd nicht übergeben worden sei. Dieser Grund ist allerdings falsch, da der Hausbesitzer nothwendig auch Besitzer aller Theile des Hauses ist (vgl. §. 18. d. Buchs); allein der Miether handelte innerhalb der Grenzen seines Rechtes und seines Miethbesitzes (§§. 1098. 1109. 1305. G. B.), ja er hätte sogar (§. 1109. G. B.) auf Begränzung des Heerdes geklagt werden können. — Ähnlich muß der Fall entschieden werden, wenn ein Pächter für seinen Gebrauch einen Schuppen herrichtet und vor Ablauf des Pachtess wieder abreißt. Vgl. auch die Entsch. Nr. 772 Samml. Gl.-u.-W. — So ohne Zweifel auch nach röm. R., so lange der Miether das jus tollendi hat. Vgl. L. 19. §. 4. D. loc. cond. 19. 2.: Si inquilinus ostium . . . aedificio adjeerit, quae actio locum habeat? Et est verius, quod Labeo scripsit, competere ei ex conducto actionem, ut ei tollereliceat . . . So wenig als dem Vermiether die a. quod vi a. clam wegen solcher Wegnahmen zusteht, so wenig das I. U. P. Es gilt hier dasselbe, was Stölzel, O. N. N. S. 452, von jener actio bemerkt: „es wäre ungereimt, zu sagen, der Detentor darf eigenmächtig handeln, — handelt er aber eigenmächtig, so setzt er sich einer Klage auf Wiederherstellung aus“.

32a) „Eigenmacht“ im Sinn des Sprachgebrauchs und des Gesetzbuchs (§ 339.) enthält den Beisatz der objektiven Widerrechtlichkeit. Sofern indes unter „Eigenmacht“ eben nur einseitiges Handeln verstanden wird, kann dieselbe eine rechtliche oder widerrechtliche sein. — Subjektive Widerrechtlichkeit (Verschulden) ist nicht Voraussetzung der Eigenmacht. (Dies verkennt die Entsch. Nr. 4424 Samml.)

33) Eigenmächtige Selbsthilfe des Exproprianten könnte nur nach §. 19. A. b. G. B. behandelt werden. Der Vollzug der Enteignung wird selbst dadurch nicht gehindert, daß das Objekt von dem Exproprianten an einen Dritten übergang, oder daß gegen das Entschädigungserkenntniß mittelst Rekurses angefochten wurde. (§. 35. d. Gef. v. 1878.) Der cit. Rechtsatz des §. 9c. ist nicht aufgehoben. Arg. §§. 34. (Abf. 2. 3.) 46. desselben Gesetzes.

gens gehört dieser Fall ausschließlich zur Competenz der politischen Behörde (§. 35. des cit. Ges. v. 1878) und hat die Bezirkshauptmannschaft den Exproprianten in den Besitz einzuführen und zwar durch Gestattung der Occupation, welche nöthigenfalls durch Beistellung der erforderlichen Assistenten zur Geltung zu bringen ist. (Vdg. v. 5. September 1854. Z. 119 R. G. Bl.) Das gerichtliche Verfahren ist in diesen Fällen ausgeschlossen.<sup>34</sup> Ebenso ist in allen Fällen, wo nur das sog. Nothrecht in den gesetzlichen Schranken ausgeübt wird, die Besitzstörungsklage unstatthaft. (Einen Hauptfall regelt die böhm. Feuerwehrrord. v. 25. Mai 1876 Nr. 45. L. G. Bl. §. 51.)<sup>34a</sup>

b) Nach §. 422. G. B. kann jeder Grundeigentümer die Wurzeln eines fremden Baums aus seinem Boden reißen und die über seinem Luftraum hängenden Aeste abschneiden, oder sonst benützen (vgl. dazu §. 297. G. B.).<sup>35</sup> Ueßt er dies Recht aus, so kann

34) Vgl. die Entsch. Nr. 3582 der Samml. Gl.-u.-W. — Selbstverständlich findet die Klage statt, wenn die Eisenbahnunternehmung vor erfolgter Expropriation eigenmächtig von fremdem Grunde Besitz ergreift, und wird die Besitzstörung nicht durch die nachgefollte Expropriation sanirt. Vgl. die Entsch. d. D. G. S. Nr. 3667 Samml. Gl.-u.-W. u. Kiffling, Reichsgericht z. S. 21. Ist die Störung durch einen Bauführer (Parteiührer) ohne Auftrag der G.-Verwaltung erfolgt, so ist die Klage nur gegen Ersteren zulässig. S. Nr. 5430 Samml. Gl.-u.-W. — Dagegen ist derjenige, der in petit. oder poss. obsiegt, nicht berechtigt, sich durch eigenmächtige Selbsthilfe in Besitz der ihm entzogenen Sache zu setzen, auch nicht — wenn er bereits den Exekutionseffect erwirkt hätte. Zur Exekution ist nur das Gerichtorgan befugt. Sonderbarer Weise verkennt dies die Entscheidung Nr. 2722 der Samml. Gl.-u.-W. Vgl. dagegen Nr. 3634 ders. Samml.

34a) Nach §. 51. cit. dürfen Eingriffe in den Privatbesitz behufs Feuerlöschens z. B. durch Niederreißen zc. nur im äußersten Nothfalle und nur über Auftrag des Gemeindevorstandes oder des autorisirten Leiters der Feuerwehr (§. 39.) erfolgen. — Aus diesem Grunde kann in der Benützung eines dem Beklagten von der polit. Behörde eingeräumten Nothwege keine (widerrechtliche) Eigenmacht erblickt werden. S. Nr. 4424 Samml. Gl.-u.-W.

35) Die Bestimmung des §. 422. über das Ueberhangsrecht verschmilzt die diesfälligen Rechtsfälle des deutschen Rechts mit jenen des römischen (interd. de arboribus caedendis). Nach letzterem muß der Grundbesitzer erst den Grundnachbar angehen, die überragenden Aeste und Wurzeln abzuschneiden, und erst wenn dieser dem Begehren nicht nachkommt, darf er dies selbst thun. Vgl. L. 1. 2. 8. D. de arb. caed. 43. 27., dazu c. 1. C. 8. 1. (ähnlich §. 590. Züricher. G. B. und art. 198. bair. Entw.) und Pagenstecher, Eigth. I. S. 135. Bangerow, §. 297. Windscheid, §. 196. R. 10. Stözel, O. N. N. S. 432 flg. Auch nach röm. Rechte liegt keine Besitzstörung vor, wenn der Grundbesitzer die in seinen Grund ragenden Wurzeln oder Aeste nach vorgängiger Aufforderung des Nachbarn abschneidet. Im Gegentheil kann er das I. U. P. anstellen, wenn ihn der Nachbar daran hindern wollte. Dies folgt aus L. 3. §. 4. D. U. P. 43. 17.,

dieserhalb gegen ihn die Besitzstörungsklage nicht erhoben werden. So entschied mit Recht wiederholt der oberste Gerichtshof. Vergl. Nr. 600. und 3527. der Samml. Gl.-u.-W.<sup>35a</sup> Ähnlich verhält es sich mit der Ausübung des dem Miteigentümer einer gemeinschaftlichen Mauer zustehenden Rechtes, dieselbe auf seiner Seite bis zur Hälfte zu benützen (§. 855.).

c) Hieher gehört auch der Fall der Privatpfändung nach §. 1321. G. B. Sofern die Voraussetzungen derselben vorliegen, erscheint dieselbe als erlaubte Eigenmacht. (Vgl. Nr. 3991. Samml. Gl.-u.-W.) Darum findet auch das Erf. Nr. 4714. ders. S. in der Verhinderung der Wegführung von Möbeln aus dem Miethlokale am Tage der eingebrachten Klage und des Gesuchs um pfandweise Beschreibung keine Besitzstörung (1101 B. G. B.).

d) Hieher gehören ferner die Fälle, in welchen der Bergbau-berechtigte auf Grund der behördlichen Bewilligung den Grundeigentümer beeinträchtigt. (Vgl. z. B. §§. 26 flg. §§. 98 flg. Bergg.)<sup>35b</sup>

welche zwar von dem entgegengesetzten Falle handelt, nämlich wenn der Grundeigentümer selbst die Wurzeln der hinüberraagenden Neben abschneidet, deren Princip aber gewiß auch hier zutrifft: vim tibi facere videtur, quominus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur inquit Pomponius. Vgl. Witte, S. 106. Bruns, Besitzfl. S. 79 flg. — Ueber das deutsche Recht Kraut, D. Pr. R. §. 77. Beseler, Pr. R. §. 72. Gerber, Pr. R. §. 91. Stobbe, II. S. 95—100. — Das preuß. Recht §§. 287—297. I. 9. u. sächsl. G. B. §. 362. stimmt mit dem österr. R. überein. Vgl. Förster, §. 174. R. 7. Irrig behauptet Kirchstetter, S. 210, daß die überragenden Aeste und Wurzeln dem Nachbar gehören, und ebenso irrig begründet das Erf. Nr. 3527 der Samml. Gl.-u.-W. die Klagsabweisung des Eigentümers des Baumes damit, daß er gar nicht in Besitze der überragenden Zweige sei. Vgl. L. 6. §. 2. D. de arb. furt. caes.: Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit; ebenso §. 421. A. b. G. B. — Selbst nach deutschem Rechte werden dieselben nicht als Eigenthum des Nachbarn angesehen. Vgl. Stobbe, §. 85. R. 22 gegen die dort angef. Schriftsteller und Judikate.

35a) Vgl. auch Paul. Sent. V. 6. 13. Arbor quae in alienas aedes vel in vicini agrum imminet . . . a vicino luxuries ramorum compescatur; idque qualiscumque dominus facere non prohibetur. — In dem Falle 4483 Samml. Gl.-u.-W. fand der D. G. S. keine Besitzstörung in dem Abschneiden der in den nachbarlichen Raum hinüberraagenden Stüßbalken, weil der Nachbar im Besitze des Luftraums (?) über seinem Garten gewesen und dieser Besitz beeinträchtigt sei. M. G. war hier aber das entgegengesetzte Urtheil der ersten Instanz begründet; denn das Abschneiden der Balken ist jedenfalls ein Eingriff in den fremden Mobilienbesitz: von einer analogen Anwendung des §. 422. G. B. kann nicht die Rede sein.

35b) Vgl. die oberstg. Entsch. vom 20. Juni 1876 Z. 3006, Jur. Bl. 1876

Bisher wurde das Wesen der Besitzstörung im Allgemeinen bestimmt. Es ergibt sich jedoch eine Reihe von Detailfragen, deren Beantwortung erst der Begriff der Besitzstörung genügend klar gestellt wird. Wir behandeln dieselben in folgender Ordnung:

- A. Ist die Absicht, Besitz zu stören, erforderlich?
- B. Sind Drohungen und Verbote Besitzstörungen?
- C. Sind Präjudizialbesitzklagen zulässig?
- D. Besitzstörungen durch Bauten und Wasserwerke?
- E. Besitzstörungen durch bloße Unterlassungen — durch Einwirkung der Naturkräfte?
- F. Darf die Analogie der Negatorienklage herangezogen werden?
- G. Zum Schlusse soll von dem Spezialverfahren bei Besitzstörungen durch Bauführungen eingehend gehandelt werden.

A. Zunächst wirft sich die Frage auf, ob zum Begriff der Besitzstörung die hierauf gerichtete Absicht, oder die Bestreitung fremden oder die Behauptung eigenen Besitzes erforderlich ist? Das letzteres Moment ganz irrelevant sei, kann nach österr. Rechte, welches gerade vom Schutze gegen einseitige Störung ausgeht, nicht bezweifelt werden.<sup>36</sup> Aber auch die Absicht, den Besitz zu stören, die fremde tatsächliche Herrschaft zu verletzen, ist nicht erforderlich, da der Besitz an sich gegen Beeinträchtigung geschützt wird und die Integrität desselben die Abweisung jedes Eingriffs ohne Rücksicht auf die Tendenz des Handelnden postuliert. Die entgegengesetzte auf dem De-

Nr. 45; für Preußen s. neuest. Klostermann, Rastow's Beitr. I. S. 245 flg. — Auch im Falle des §. 384. B. G. B. (Bienenverfolgung) würde die Besitzstörungs-klage ausgeschlossen sein.

36) Vgl. §. 339. B. G. B. Der §. 346. B. G. B. spricht wohl von der Klage gegen den „unechten Besitzer“, hat indeß dabei nur den gewöhnlichen Fall vor Augen und empfängt seine Korrektur durch die allgemeine Regel des §. 339. Die Erkenntnisse Nr. 985 und 2542 der Samml. Gl.-u.-W., welche in der Unterbringung von Vieh und der Aufarbeitung von Holz auf fremdem Grunde keine Besitzstörung sehen, weil die Absicht nicht auf die Ausübung eines Rechtsbesitzes gerichtet war (s. Note 38), stehen vereinzelt da. — Für das röm. Recht ist die Frage streitig. Namentlich verlangen Behauptung eigenen Besitzes: Wiederhold, Interd. S. 2 flg. Sintonis, §. 46. Nr. 6. Brinz, §. 181. Wenigstens Bestreitung des klägerischen Besitzes fordert Wangerow, I. §. 336. Nr. 2. 3. Dagegen vgl. Witte, I. U. P. S. 100. Fitting, a. D. S. 334, 349. Windscheid, §. 159. Nr. 5, neuestens besonders Brunß, Beschl. S. 70 flg., Besitz S. 40 flg., und für das bayr. Recht auch Roth, §. 134. Nr. 32. Vgl. L. 3. §§. 2—4., U. P., L. 52. §. 1. D. de poss. L. 11. D. de vi, dazu §. 7a. Note 2.

likts standpunkte fußende Ansicht erscheint für das österr. (wie für das röm.) Recht schon darum unhaltbar, weil Delikte dolus oder culpa voraussetzen (§. 1295. B. G. B.), eine Besitzstörung (Entsetzung) aber ohne Zweifel auch dann vorliegt und durch possessoriische Rechtsmittel wieder unschädlich gemacht werden kann, wenn der Störende in gutem Glauben gehandelt hat.<sup>37</sup> Eben darum kommt auch nichts darauf an, ob durch die Besitzstörung ein Schaden verursacht wurde oder nicht. Die österr. Praxis schwankt in dieser Frage.<sup>38</sup> — Allerdings

37) Dies geht aus der allgemeinen Regel des §. 339. B. G. B. und aus dem §. 5. Abf. 2. der kais. Verord. v. 27. Oktober 1849 hervor: „Wer einen Besitz erst erwerben oder ein stärkeres Recht zum Besitze geltend machen will, muß den ordentlichen Rechtsweg ergreifen, auf welchen auch die Fragen über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes zu verweisen sind.“ Dasselbe ergibt sich aus der Vergleichung der §§. 320. 339. 340. 551. B. G. B. Es liegt ohne Zweifel eine Besitzstörung vor, wenn der Nachbar b. f. eine Servitut auszuüben vermeint, oder mit seinem Gebäude in unsern Grund vorrückt, oder, um den Weg zu fügen oder den beschwerlichen öffentlichen Weg zu vermeiden, in der Voraussetzung freundnachbarlicher Duldung über unser Feld fährt, oder wenn Jemand in unsern Besitz eindringt, um überfallende Früchte (§. 422.) zu holen. Vgl. Brunß, Beschl. S. 77, 78 u. flg.. Nr. Förster, §. 162. Nr. 31 verlangt verschuldete Störung. Die preuß. Praxis nimmt allerdings an, daß die Absicht auf Besitzstörung gerichtet sein müsse. So nahm das Obertribunal keine Besitzstörung in dem Falle an, wo Jemand wegen schlechten Weges über das fremde Feld fuhr, sich aber nachher entschuldigte. Vgl. die bei Brunß a. D. S. 70, und Förster a. D. citirten Entscheidungen. Dagegen sieht Dernburg, I. S. 319 m. E. mit Recht auch für das preuß. R. vom Deliktstandpunkte ab, „da es sich nicht um Schadenersatz, sondern um Besitzregulierung handle.“

38) In den zahlreichen, früher (Note 25—34) angeführten Fällen der Besitzstörung begnügte sich die Spruchpraxis stets mit dem Beweis der Störung, ohne auf die Tendenz derselben näher einzugehen; in dem Fall Nr. 253 der Samml. Gl.-u.-W. erklärte der D. G. S. die Verteidigung des Beklagten, „daß er den Weg des Klägers nicht befahren habe, um einen Besitz zu üben oder einen Besitz zu stören, sondern zu Zwecken der Jagd“, für irrelevant. Ebenso erkannte der D. G. S. mit Erf. v. 7. Februar 1872 S. 1116 (Ger. Zig. 1872. Nr. 62), daß der animus, den Besitz zu stören, nicht erfordert werde, daß übrigens schon aus dem Benehmen des Beklagten (welcher den Kläger bei Ausübung des Wegerechtes mit schmutzigem Wasser begoß und beschimpfte) die Absicht hervorgehe, die Benützung des Weges zu verhindern oder doch zu verleißen. In dem Rechtsfalle Ger. Halle 1873. Nr. 2 gab der D. G. S. der Klage gegen das Militärärar statt, obgleich dessen Organe den Eigentümer an der Betretung seines Grundstückes mit Rücksicht auf die nahen Schießübungen verhinderten. — Dagegen wollte der D. G. S. in einem Falle (Nr. 2542 Samml. Gl.-u.-W.), wo ein Waldbesitzer den auf fremden Grund herabgerollten Baumstamm daselbst aufarbeiten ließ, um ihn fortzuschaffen, keine Besitzstörung erblicken, weil die Absicht desselben nicht auf Ausübung eines Rechtsbesitzes gerichtet war. Und ebenso fand der D. G. S. (Nr. 985 dtes. Samml.) keine Besitzstörung darin, daß ein Bauer seine Kühe in der fremden Scheune unterbrachte, um



muß aber die Störung das Besitzverhältniß als solches treffen und willkürlich vorgenommen worden sein. Unwillkürliche Handlungen schließen überhaupt jede civilrechtliche Verantwortung aus.<sup>39</sup> Akte hingegen, welche gegen die Person ohne deren Beziehung auf den Sach- oder Rechtsbesitz gerichtet sind, können wohl in anderer Beziehung als Rechtsverletzungen erscheinen, können z. B. die Injurienklage veranlassen (§. 496. Str. G.), sich sogar als Verbrechen qualifiziren (§. 93. Str. G.); aber die Besitzstörungsklage begründen sie nicht, weil eben die Handlung das Besitzverhältniß weder berührt noch zu berühren bestimmt ist.<sup>40</sup> Daß die Wiederholung der Störung zu befürchten sein müsse, kann nicht behauptet werden.<sup>41</sup>

inzwischen sein Ochsengepann über den Bach zu befördern, weil in dieser vorübergehenden Benützung keine Thatsache liege, welche das bestehende Besitzverhältniß gefährde oder zu ändern drohe, dieselbe ohne die Absicht einer Besitzannahmung unternommen und nach keiner Seite präjudizierend sei. (Aehnlich argumentirt die Entsch. Nr. 3049 ders. Samml.) Ebenso wies ferner der D. O. G. mit Erkenntn. vom 3. Januar 1872. Nr. 15509 (G. Halle 1872. Nr. 45) die Besitzklage aus dem Grunde ab, weil Geklagter auf Grund des nicht rechtskräftigen Administrativ-erkenntnisses „im guten Glauben“ einen Nothweg benützte. S. noch Nr. 34a. — Unrichtig ist die Entsch. d. D. O. G. v. 21. Febr. 1871. 3. 1858 (G. 3. 1871. Nr. 56), mit welcher die Fahrt über des Klägers Grundstück nach der Ernte darum für keine Besitzstörung erklärt wurde, weil diese angeblich ihrem Begriffe nach „einen wirklichen oder doch möglichen Schaden voraussetze“. Besitz- und Schadenersatzklage sind grundverschiedene Klagen! Nicht anders steht die Sache bei der Negatorienklage, was Mageß, Ger. Zeit. 1871. S. 52 flg. mit Unrecht bestreitet. Monti, S. 225 flg. neigt sich der hier bekämpften Ansicht zu.

39) Wenn ich z. B. auf meinem scheuenden Pferde über fremde Grundstücke dahinjage, oder in meinem Ballon über fremden Grund geschleift werde, so kann von Störung so wenig die Rede sein, als wenn ein Nachtwandler trotz Verbot auf dem Dache meines Hauses lustwandelt. Zu weit geht Windscheid, §. 159. Nr. 5a., wenn er sogar Handlungen, „welche der Störende nicht einmal weiß“, als Turbationen ansehen will. Vgl. dazu §. 7a. Note 6 d. B.

40) Vgl. Witte, S. 100. Fitting, Civ. Arch. 55. S. 335, 351 u. Bruns, Besitzfl. S. 77 und das oben in Ansehung des röm. R. Bemerkte. Das Erforderniß der Richtung der Turbation gegen das Besitzverhältniß deuten jene Stellen an, welche von einer controversia possessionis sprechen. Vgl. L. 3. §§. 2. 4. D. U. Poss. — Es wird daher in der Regel keine Besitzstörung vorliegen, wenn die berüchtigten Theatralischen Spektakulanten an unsere Thüren und Fenster klopfen oder wenn uns Jemand in unserem Hause einschließt oder mißhandelt, wenn uns ein zudringlicher Mensch, dem wir das Haus verboten, immer wieder belästigt. Allerdings kann aber in diesen Akten eine Besitzstörung liegen, sofern diese Handlungen unseren Besitz beunruhigen sollen. S. Bruns a. D. Daß dies der Fall ist, hat natürlich der Kläger zu beweisen. — Als rein persönliche Belästigungen erscheinen auch Lärm und Getöse, mit welchem uns der Nachbar belästigt. Vgl. Mageß, Ger. Ztg. 1871. Nr. 18.

41) Anders Bruns a. D. S. 64, 78, was bei dessen Standpunkt begreiflich

Die Absicht des Störenden muß also allerdings auf Vornahme der den Besitz verletzenden Handlung gerichtet gewesen sein, nur wird nicht erfordert, daß derselbe wisse, daß er fremden Besitz verlege, m. a. W. nur die Deliktqualität des Besitzstörungsaktes wird nicht erfordert.<sup>42</sup> Die Klage aus dem §. 339. ist eben nur eine Besitzstörungs-, eine negatorische Besitz-, — aber keine Deliktssklage!<sup>43</sup> Auch in diesem Punkte zeigt sich der Parallelismus zwischen der prohibitorischen Besitz- und Eigenthumsklage (negatoria).

B. Es entsteht weiter die Frage, ob auch Drohungen, bezieh. bloße Verbote von Besitzhandlungen als Besitzstörung angesehen werden können? — Zunächst sollte nicht bezweifelt werden, daß angedrohte Störung des Besitzes als thatsächlicher Eingriff in die fremde Besitzsphäre anzusehen ist. Dies entspricht nicht nur der historischen Entwicklung der Besitzklagen<sup>44</sup> und dem praktischen Bedürfnis,

ist, aber auch Dernburg, I. 320. und Förster, §. 162. Nr. 32. 33, welcher letztere sogar behauptet, daß die Störung eine beabsichtigte und verschuldete sein und die Verletzung überdies fortdauern, oder ihre Fortdauer oder Wiederholung wenigstens zu befürchten sein müsse. Dies geht sogar über den Deliktstandpunkt hinaus.

42) Vgl. Windscheid, §. 159. Nr. 5a. Brinz, §. 181. 2. A., dazu oben Note 37. Die oben Note 38 erwähnte Entscheidung Nr. 985 Samml. Gl.-u.-W. erkennt zwar richtig, daß die Handlung das Besitzverhältniß der Person zur Sache verletzen müsse, geht aber insofern zu weit, als sie auch Gefährdung oder drohende Aenderung desselben als Erforderniß der Turbation hinstellt.

43) Vgl. Nr. 3030 der Samml. Gl.-u.-W. So auch nach röm. R. Vgl. L. 1. pr. D. U. P. 43. 17., c. un. C. U. P. 8. 6., dazu Bruns, Besitzfl. S. 55. Gegen die irrige weitverbreitete Ansicht Savigny's, S. 62 flg., daß die Interdikte Deliktssklagen seien, kehrt sich neuest. besonders Fhering, Grund d. B. S. 7 flg., S. 17 flg., S. 94 und Bruns, Besitzfl. §. 7. bef., S. 49 flg., 57. Eine Deliktssklage, sagt B., ist die Besitzklage nicht, weil man ein Delikt annehmen müßte, das ohne dolus und culpa, ohne Ahnung des Unrechts optima fide begangen werden kann. S. auch v. Canstein, VI. S. 129. (Von and. A. scheint die übrigens richtige Entsch. Nr. 4424 Samml. auszugehen.) Nicht anders nach preuß. R. §§. 150—151. I. 7., dem sächs. G. B. §. 205., dem italien. G. B. art. 694. (mit Beschränkung auf den Annualbesitz) und dem bayr. Entw. art. 32. Dagegen hält das Züricher. G. B. §. 501. den Deliktstandpunkt fest: der Besitz wird nur gegen unbefugte Gewalt oder eine Beeinträchtigung, die ein Vergehen ist, geschützt. Mit Recht erklärt sich übrigens Bruns a. D. auch gegen die Auffassung des I. U. P. als Präjudizialklage.

44) Vgl. L. 3. §. 2. D. u. L. 8. §. 5. D. Si serv.: Interdictum uti poss. poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti. L. 20. §. 1. D. quod vi: Prohibitum intelligitur quolibet prohibentis actu i. e. vel dicentis prohibere. L. 11. D. eod. Vim facit qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo. Vgl. Bruns, Besitzklagen S. 59,

sondern auch dem Wortlaut der k. Verordn. vom 27. Oktober 1849 Z. 12. R. G. Bl., deren Eingang den Erlass derselben mit den Worten motivirt: „um bei Besitzstörungen jeder Art . . . jene Rechtsmittel und richterlichen Verfügungen, welche das A. b. G. B. . . . zum Schutze des bedrohten oder zur Wiederherstellung des gestörten Besitzes angeordnet hat, . . . in Wirksamkeit zu setzen“ u. s. f. Nicht thätliche, sondern tatsächliche Eingriffe verlangt also das Gesetz zur Substanziierung der Klage. In der That wäre es mehr als naiv, der Gesetzgebung die entgegengesetzte Auffassung zuzumuthen und den Besitzer zu zwingen, die Realisirung der Drohung abzuwarten oder dieselbe zu provoziren.<sup>45</sup> Aus den hier angeführten Gründen muß aber auch schon das ernstliche Verbot, Besitzhandlungen vorzunehmen, auch wenn es nicht von Drohungen begleitet ist, als Besitzstörung bezeichnet werden, ganz abgesehen von der schwerwiegenden Erwägung, daß das Verbot, wenn sich der Besitzer bei demselben beruhigt, nach Umständen zum Verlust oder doch zur Einschränkung des Besitzes, beziehungsweise zum Erwerb eines Rechtsbesitzes für den Verbotenden führen kann. (§§. 313. 351. 1482. G. B.)<sup>46</sup>

61, 62, welcher darauf hinweist, daß die Widersprüche und Inkonssequenzen, welche sich aus der herrschenden Auffassung über die Natur der Besitzklagen ergeben, verschwinden, wenn man dieselbe als *actio, quae tuetur possessionem, ne amittatur, ne inquietatur, ne vis fiat possidenti*, also als Klage auf Schutz des Besitzes gegen (drohende) Störung auffaßt. Aehnlich Brinz, §. 181. (2. A.): Es genüge die Gefahr, daß es besitzeshalber zur Gewalt kommen könne; *cf. L. 13. §. 3. D. usufr. 7. 1. und cur . . . ad arma et rixam procedere patiatur Praetor?* Doch bedarf es m. E. nicht einmal dieser Korrektur der herrschenden Meinung (vgl. §. 7 a. Note 10), um mit Rücksicht auf die genannten Quellenstellen in Drohungen und Verboten eine *vis* zu erblicken. Vgl. Witte, S. 99, 138, 139. Windscheid, §. 159. R. 4. Auch ist zu erwägen, daß gewiß auch die *vis post edictum facta* Störungen durch Verbot und Drohungen umfaßt, wie die *cit. Stellen* beweisen, und daß auch die *vis post edictum bona f.* erfolgen kann.

45) Vgl. Brun s, Besitzkl. S. 51 und Brinz a. a. D. S. auch Flobick y, *Provis. §. 6.*, welcher mit Bezug auf §. 340. G. B. die Besitzklage schon bei Gefährdung des Besitzes zuläßt, und v. Canstein, VI. S. 130. Wenn Brun s, S. 61, für die modernen Gesetzbücher anzunehmen scheint, daß drohende Störungen die Besitzklagen nicht begründen, weil dieselben bloß von Störung reden, so ist zu erwägen, daß es mit Rücksicht auf anderweitige Bestimmungen Sache der Auslegung ist, ob nicht auch Drohungen als Störungen anzusehen sind. So namentlich für's österr. und preuß. Recht. S. folg. Note.

46) So z. B. wird, den entsprechenden *animus* vorausgesetzt, der Besitz der negativen Servitut erworben, „wenn auf fremdes Verbot ein Andern das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt“ — und der Besitz affirmativer Servituten verloren,

Mit Recht hat somit die neuere Spruchpraxis Verbot und unmittelbare Drohung zur Begründung der Besitzklage für hinreichend erachtet. Vgl. Nr. 3514. (Befehl an die Tagelöhner des Besitzers, das Feld zu räumen), Nr. 3561. (Verbot der Wiesenbenützung), Nr. 3656. (Drohung mit Züchtigung bei künftiger Ausübung des Wasser schöpferrechts), Nr. 4001. (Besitzstörung durch Abforderung von Schlüsseln unter Androhung von Gewalt), sämtlich in der Samml. Gl.-U.-W.<sup>47</sup> Daß auch der Mitbesitz durch Handlungen eines Mitbesizers gestört werden könne, ist bereits früher (S. 158) nachgewiesen worden.

C. Dagegen kann die bloße Behauptung eigenen Besitzes oder die Leugnung fremden Besitzes als Besitzstörung nicht angesehen werden.<sup>47a</sup> Eine andere Frage ist es aber, ob dieselben geeignet sind, die Besitzklage als Präjudizialklage zu veranlassen?<sup>48</sup> Nach den

wenn „der Gegentheil . . . die Ausübung des Rechtes eines Anderen nicht mehr duldet . . . und der Besitzer es dabei bewenden läßt“. (§§. 313. 351.) Zu bemerken ist, daß zur Erhaltung des Rechtsbesitzes (§. 351.) nur die Besitzklage für genügend zu erachten ist. Auch Brinz, §. 181. R. 6. bemerkt, daß schon der Besitzstreit zum J. genüge, weil ihm Gewalt leicht nachfolge. — Aus denselben Gründen sind auch nach preuß. Rechte Drohungen und Verbote als Besitzstörungen zu behandeln. Vgl. §§. 151. 152 I. 7., auch §. 1. I. 31. A. G. D., welcher das Possessorium demjenigen gewährt, der in seinem Besitz beunruhigt wurde. Vgl. auch Förster, §. 162. Nr. 45. (Drohungen, die sofort verwirklicht werden können), Dernburg, I. S. 319 und Koch, Besitz S. 266, der auch die Analogie der *negatoria* geltend macht. — Aehnlich das italien. G. B. art. 694: *chi viene molestato*. Die franz. Jurisprudenz fordert allerdings thätliche Störung (*par voies de fait*). S. Zachariä, I. §. 189. Für das bayr. R. vertritt diesen Standpunkt Roth, Civ. R. §. 134. R. 36.

47) So auch die Entsch. d. D. G. §. Nr. 5811 Samml. Gl.-U.-W., G. Z. 1875. Nr. 105), in welcher es heißt: „daß zur Begründung des Störungsfaktums es durchweg nicht erforderlich war, daß Kläger erst einen gewaltthätigen Widerstand hätte hervorrufen sollen, da schon in dem wiederholten Verbot (der Betretung eines Fußsteiges) die Manifestirung des Willens, die Benützung des Steiges nicht zuzulassen, gelegen sei.“ So auch die Entsch. v. 6. November 1878 Z. 12398 (G. Z. 1878 Nr. 88). — Eine ältere Entsch. Nr. 2761 *ders. Samml.* (vgl. auch die Entsch. v. 30. Dezember 1873. Z. 12648, Právník 1874. p. 63) hält allerdings das Verbot für nicht genügend und will dieshalb bloß die Aufforderungsklage zulassen.

47a) Anderer Ansicht ist v. Canstein, VI. S. 130. Der §. 292. G. Ord. hat mit dieser Frage Nichts gemein.

48) Dieser Gesichtspunkt ist für Fälle, in welchen eine *vis* nicht vorliegt, zur Begründung der Besitzstörungenklage von Bangerow, §. 336. Windscheid, §. 159. a. G. Eck, doppelt. Kl. S. 60—65 flg. und besonders von Jhering, S. 93 flg. geltend gemacht worden. Mit letzterem stimme ich insofern überein, als

Grundsätzen des österr. Prozeßrechtes waltet m. E. gegen die Zulässigkeit von Präjudizialklagen überhaupt und insbesondere der präjudiziellen Besitzklage kein Anstand ob. Nicht nur, daß keine gesetzliche Bestimmung der Anstellung der reinen d. i. der bloß auf Anerkennung des Rechts (ohne Condemnation des Beklagten) gestellten actio im Wege steht, erkennt die österr. Gesetzgebung in einer ganzen Reihe von Fällen die Zulässigkeit der bloßen Anerkennungsklage bei dinglichen und obligatorischen Rechten, sowie bei dem Erbrechte an. Ja in zwei Fällen wird die präjudizielle Besitzklage im Gesetze selbst als zulässig anerkannt: einmal nämlich im §. 348., so- dann in den §§. 851—853. b. G. B.

Nach §. 348. G. B. kann der Detentor, der keinen Vormann

ich in der bloßen „Pretension des eigenen Besitzes“ eine Störung des Besitzes nicht erblicken kann. Mit Recht bemerkt aber Brun s, Besitzkl. S. 61, daß der Versuch, die Störung für ganz unwesentlich zu erklären, um von dem Erfordernisse der vis loszukommen, eine unglückliche Aushilfe sei. Denn abgesehen von der unzulässigen Einschränkung des Ausdrucks *controversia possessionis* auf den Fall des zweifelhaften Besitzstandes würde damit die Besitzklage auf den kleinen Kreis von Fällen beschränkt, wo beide Theile Besitzer zu sein behaupten, alle rein einseitigen Besitzstörungen jeder Art wären ausgeschlossen, was sowohl für das römische als für das heutige gemeine Recht unrichtig ist. — Wichtig bemerkt Windscheid a. D. S. 485 (vgl. auch Brun s, S. 69), daß, wenn Parteien über den Besitz streiten, ohne sich gegenseitig Störung vorzuwerfen oder Verbot fünfziger Störung zu verlangen, eine gewöhnliche Präjudizialklage und keine Klage auf Schutz im Besitze da ist. Die summarische Kognition beruht ja nur darauf, daß es sich um den Besitz handelt. Allerdings wurde dieselbe nach röm. R. durch das I. U. P. erledigt, wobei — um dem Erforderniß der vis formell nachzukommen — eine symbolische *vis ex conventu* stattfand. S. Gaius, IV. 130. Krüger, Krit. Versuche S. 83 flg. Brun s, Besitzkl. S. 31 flg. Das Interdict kam aber höchstens für den ersten Ursprung die Bestimmung gehabt haben, zu entscheiden, *uter possessor sit*. (Gaius, IV. 148. und §. 4. J. interd. 4. 15.), ja es scheint (trotz der legislativ jedenfalls einseitigen Motivirung eines Gaius und Ulpian), daß die Regulirung der Partierollen für den Eigenthumsstreit nur den ersten Anlaß zur Aufstellung der *interd. retin. poss.* gab, daß sie aber sofort eine allgemeine Klage zum Schutze des Besitzes gegen Störungen jeder Art, (auch einseitige) bildeten, selbst wenn sie in keiner Beziehung zur *Vindicatio* standen. Vgl. bes. Brun s, §§. 2—6., auch Windscheid, §. 159. Nr. 11 (4. A.). Brinz, §. 181. S. 739 (2. A.). Arndts, in Grünhut's Zeitschr. I. S. 770 flg.: „Daß das I. U. P. des klaff. Rechts, sowie es in den Quellen vorliegt, in unmittelbarer Beziehung zur Regulirung der Partierollen gestanden habe und gar zu diesem Zwecke erfunden worden sei, kann ich mir kaum denken. Da wäre es wohl praktischer gewesen, den Jubej dahin zu instruiren, daß er prüfe, *uter possideat*, und nach dem Resultat der Prüfung die Bestimmung der Beweislast ihm zu überlassen.“ Dagegen bezeichnen jene Funktion als die ursprünglich wesentliche: Witté, S. 111 flg. Krüger, 77 flg., auch Bekker, Aktionen II. S. 61. und noch Brinz, Jenae Lit. Bl. 1874. S. 617.

anzugeben vermag, in dessen Namen er besitzt, durch Deposition der Sache zu Gericht die drohende Eigenthums- oder Besitzklage hintanhaltend, worauf die mehreren Besitzwerber unter sich einen Präjudizialstreit über das Eigenthum oder den Besitz abzuführen haben.<sup>48a</sup>

Was ferner die §§. 851—853. des A. b. G. B. betrifft, so lassen dieselben ausdrücklich die Grenzscheidungsklage bei zweifelhaftem oder streitigem Besitzstande zu und gerade diese Klage ist ihrem Wesen nach eine Präjudizialklage, da sie auf Anerkennung des Eigenthums, eventuell des Besitzes innerhalb gewisser behaupteter Grenzen gerichtet ist und eine Condemnation des Grundnachbarn nicht nothwendig intendirt.<sup>49</sup> In Ansehung der in Theorie und Praxis sehr bestrittenen

48a) Vgl. über diesen Fall §. 7 d. II.

49) In Ansehung der Vermögensrechte (von den Familienstatusklagen abgesehen) hat Unger, II. §. 115. S. 372 flg. eine ganze Reihe von Präjudizialklagen für das österr. Recht namhaft gemacht, welche zum Theil demselben eigenthümlich sind. Erwähnt sei z. B. die präjudizielle Erbrechtsklage bei kollidirenden Erbsklärungen (§. 125. des Pat. vom 9. August 1854), die Pränotationsrechtfertigungsklage (auf Liquidität der Forderung und Existenz des Pfandrechts, resp. des Eigenthums, der Servitut §§. 438. 439. 445. G. B., dazu §§. 40—51. des Grundbuchgesetzes v. 25. Juli 1871), die Nichtigkeitssklagen, die Klagen der §§. 348. 1366. 1498. 1499. A. b. G. B. §. 61. des Gr. B. G. Daraus ziehen wir mit Unger a. E. Note 21 für das österr. R. den allgemeinen Schluß: daß eine Klage auf Anerkennung und Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses in allen Fällen zulässig sei, in welchen der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat. (Der letztere Beisatz soll und kann m. E. wohl nur den Anlaß der Klagerhebung, nicht eine Voraussetzung der Klage bezeichnen.) Unger bezieht aber weder den §. 1498. noch den §. 851. G. B., obwohl gerade der letztgenannte Paragraph eine entschiedene Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung enthält und insbesondere den Grundsatz zur Geltung bringt, daß bei zweifelhaftem oder streitigem Besitzstande die präjudizielle Besitzklage stattfindet. Die österr. Spruchpraxis erkennt in der That die Präjudizialklage in der hier vertheidigten Ausdehnung als zulässig an. Vgl. Nr. 46. des Spruchrepertoriums (Entsch. v. 3. April 1873. J. 3030. Ger. Zeit. 1873. Nr. 35: Das Recht zur Klagerhebung ist nicht durch eine vorausgegangene Rechtsverletzung bedingt und es kann auch bei lediglich drohendem Streite die urtheilsmäßige Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses verlangt werden). — Für das röm. R. faßt Jhering a. a. D. das *Interd. U. P.* überhaupt als Präjudizialklage auf. Brun s a. D. §. 1. 5. erklärt mit Recht die diesfällige Frage für eine Prozeßfrage, läugnet die präjudizielle Besitzklage für's römische Recht, bestrittet aber nicht ihre Zulässigkeit (wohl aber ihre praktische Bedeutung) für das heutige Recht (S. 28). Die von Jhering, S. 78 flg. angeführten Fälle begründen m. E. wahre Präjudizialklagen. (Ander's Brun s, S. 28) Vom Standpunkte Brun s' (§. 8.), welcher auch h. z. T. in der Besitzstörungsklage (m. E. mit Unrecht) lediglich ein Anrufen der richterlichen Hilfe gegen drohende Störungen (*ne vis fiat, ne*

Grenzberichtigungsfrage (§§. 850—853. G. B.) sei hier näher bemerkt, daß nach österr. (wie nach preussischem) Rechte zwei Stadien der Grenzberichtigung strenge zu scheiden sind, nämlich:

a) Der Fall des §. 850., welcher unstreitige (unzweifelhafte) Grenzen voraussetzt und in welchem das G. B. aus Anlaß „verletzter“ Grenzzeichen, um zu verhüten, daß die letzteren „ganz unkenntlich“ werden, jedem Theilhaber das Recht ertheilt, eine gemeinschaftliche Erneuerung der Grenzen zu verlangen. Dieses Grenzernueuerungsverfahren, zu welchem die Nachbarn vorzuladen sind, ist ein nichtstreitiges (offiziöses) Verfahren und findet also weder Klage noch Urtheil statt. (Vgl. nun auch die Entsch. Nr. 4249. 4857. 4966. 5317. 5573. Samml. Gl.-U.-W., dazu Note 50 a. G.). Das Ergebniss des Verfahrens ist lediglich protokollarisch sicher zu stellen und den Parteien in Form eines Bescheides mitzutheilen. (Die Verweigerung der Protokolls-Unterschrift einer Partei nach Schluß der Verhandlung benimmt an sich dem Ergebnisse derselben die rechtliche Kraft nicht. Arg. §. 193. Ger. Instr.) Darüber läßt die Vergleichung des A. b. G. B. mit dem preussischen Landrecht (§§. 383. flg. I. 17.) keinem Zweifel Raum.<sup>50</sup>

inquietatur poss.) finden will, stellt sich allerdings die präjudizielle Besitzklage als ziemlich unpraktisch dar, — nicht aber nach der hier vertretenen Begriffsbestimmung der Störung (vis). Für die allgemeine Zulässigkeit der Präjudizialklagen im heutigen röm. R. erklärt sich mit Recht Wächter II. S. 421 u. Windscheid I. §. 45. Nr. 3., Arndts, §. 97. Note 5, Bähr, Anerkennung S. 315 flg. — Nach §. 231. d. deutsch. C. Pr. O. (s. auch §. 276. österr. Entw.) kann an der Zulässigkeit der Besitzanerkennungsklage nicht gezweifelt werden.

50) Das preuß. L. R. handelt im Abschnitt von Grenzscheidungen zunächst in den §§. 372—382. I. 17. von der „Ausmittelung Wiederherstellung streitiger und ungewisser Grenzen“ (der röm. actio finium regundorum), und sodann in den §§. 383—388. I. 17. von der „Grenzernueuerung“, um die Verdunklung der Grenzen zu verhüten. Den letzteren Fall regelt das österr. G. B. in Einem Paragraphen (§. 850.), dessen Marginalrubrik bezeichnend „Erneuerung der Grenzen“ lautet. Den ersteren Fall regeln die §§. 851—853. Die preussische Literatur und Praxis anerkennt im Allgemeinen richtig, daß eine Klage (die a. fin. regund., Grenzscheidungsklage) nur in dem Fall statthaft, aber auch nothwendig ist, wenn die Grenzen streitig oder ungewiss sind, nicht aber dann, wenn (um künftige Verdunklung zu verhüten) lediglich um die „Grenzernueuerung ange sucht“ wird. Vgl. bes. Förster, §. 183. a. G., wohl auch Bernhard in Gruchot's Beiträgen V. S. 238 flg. 271, Koch, Ford. III. §. 313. (Amd. Ansicht aber Daniels, Syst. d. pr. Ciwilr. 1866. §. 228.) — Dem römischen u. sächsischen Rechte ist ein nichtstreitiges Grenzernueuerungsverfahren, um künftigen Grenzirrun gen vorzubeugen, unbekannt; stets wird bei der actio fin. regund. eine contro-

Entsteht aber im Laufe des Grenzernueuerungsverfahrens ein Streit über die Berichtigung der Marken oder sind die Grenzen ganz unkenntlich geworden, so hat das Gericht (auch ohne vorhergehende Klage<sup>50a</sup>) den letzten Besitzstand zu schützen und den Parteien die petititorischen Rechtsmittel insbesondere die Grenzscheidungsklage vorzubehalten (§. 851.). Darum bezieht sich der §. 2. der k. B. v. 27. Oktober 1849 Z. 12. ausdrücklich neben den §§. 339 flg. auch auf den §. 851. G. B. Nur diesen Sinn kann die (im preussischen Landrechte nicht enthaltene) Bestimmung des §. 851. haben: daß das Gericht (in diesen Fällen) „vor allem den letzten Besitzstand schützt“. (So nun auch die Entsch. d. O. G. H. v. 3. Oktober 1877 Z. 11680 [Prävnik 1877 S. 820], „weil sonst, wenn bei jedem Widerspruch des Gegners der Gesuchsteller auf den Prozeßweg ge-

versia de finibus (jurgium) vorausgesetzt (L. 1. D. h. t. 10. 1.), vgl. Bangerow III. §. 658. ad 3. (and. Anf. Wiederhold, Giegn. Zeitschrift 13. S. 35 u. Bernhard a. D.), Windscheid, §. 450., Arndts, §. 321. — Nehulich wie nach d. preuß. L. R. ist nach österr. Rechte das Verfahren im Falle des §. 850. ein außerstreitiges, im Falle des §. 851. ein Streitiges. In dieser Weise sind die in Theorie u. Praxis über den Sinn der §§. 850—853. herrschenden Zweifel zu lösen. Die Protokolle der Compilationskommission geben keine Auskunft, wie sich dieselbe das Verhältniß beider Fälle dachte (Sitz. v. 5. u. 8. August 1805). Unklar sind die Aeußerungen Zeiller's I. S. 912, welcher für beide Fälle von einer Klage spricht, desgleichen Kirchstetter S. 415. der das preuß. R. ebenso mißversteht wie das österr. Dagegen spricht Stubenrauch I. (2. A.) S. 1127 flg. zwar richtig nur im Fall des §. 851. von der Grenzscheidungsklage, meint aber sonderbarer Weise, daß die Erneuerung der Grenzen (§. 850.) auch ohne Intervention des Gerichts vorgenommen werden kann. Ueberhaupt zeigt die Interpretation der §§. 850 flg. eine ganz merkwürdige Zerfahrenheit der Ansichten. Monti §. 61. tritt meiner A. bei. — Die Praxis schwankt. Die Entsch. Nr. 1827. 3344. 4857. der Samml. Gl.-U.-W. gehen von der Ansicht aus, daß auch im Falle des §. 851. (bei streitigen Grenzen) ohne Klage ein offiziöses Grenzregulierungsverfahren stattfinden. Dagegen unterscheidet die Entsch. Nr. 2563. ders. S. richtig zwischen dem nicht streitigen Verfahren des §. 850., und dem Prozeßverfahren der §§. 851. flg. u. ebenso erkennen die Entsch. d. O. G. H. Nr. 4857. (G. Z. 1874. Nr. 49.) 5317. u. 5573. Samml. Gl.-U.-W., daß über das Grenzernueuerungs gesuch (§. 850.) im Fall der Weigerung des anderen Theils im officiösen Wege nicht vorgegangen werden könne. (Doch ist m. G. Nr. 5573 insofern nicht gerechtfertigt, als der Widerspruch des Nachbarn erst nach Schluß des Verfahrens [durch Verweigerung der Unterschrift] erfolgte; richtig erkannten die Untergerichte). Das G. Nr. 4857 will den Unterschied zwischen §. 850. u. 851. einzig (?) darin finden, daß dort nichtstreitige, hier streitige oder undeutliche Grenzen vorliegen.

50a) Canstein, VI. S. 200 deduzirt zwar aus den §§. 2. 3. der k. B. v. 1849. und den Redaktionsprotokollen, daß auch hier die Klage unerläßlich sei. Allein diese und jene haben doch nur die gewöhnlichen Fälle (§§. 339 flg.) vor Augen, ja §. 2. sagt allgemein: „Ansuchen“, „Begehren“.

wiesen werden müßte, der §. 851 nie zur Anwendung käme und die §§. 850 u. 851. nahezu bedeutungslos wären.<sup>51)</sup> Denn daß das Gesetz hier nicht etwa die im §. 853. erwähnte Vertheilung des streitigen Besitzes nach Maß des bisherigen ruhigen Besitzstandes im Grenzscheidungsprozesse vor Augen haben kann,<sup>52</sup> geht nicht nur daraus hervor, daß die Grenzscheidungsklage eine petitorische Klage ist, sondern ergibt sich ganz unzweifelhaft aus dem Umstande, daß die §§. 852. u. 853. der Natur dieser Klage entsprechend in erster Reihe das Recht zur Sache schützen und daß daher der Richter erst dann, „wenn keine Partei ein ausschließliches Besitz- oder Eigenthumsrecht“ zu beweisen vermag, den streitigen Raum nach Maß des bisherigen ruhigen Besitzstandes, und wenn auch dieser zweifelhaft ist, nach Verhältnis des Grundbesitzes, von welchem der Anspruch ausgeht, zu eigen zu vertheilen hat.<sup>53</sup> Kommt daher im Laufe des

51) So auch die 1. Instanz, während das Prager D. G. auf Widerspruch des Gegners das ganze Verfahren (einschließlich der Besitzregulirung) aufhob. U. A. auch Canstein S. 179.

52) Wie Stubenrauch, S. 1158, meint, der weiter S. 1159 doch wieder ein separates possessorisches Verfahren zulassen will! Nicht klarer andere Commentare.

53) In diesem Falle hat das Judikat die Natur einer Adjudicatio; der streitige Grund wird als res communis angesehen und physisch getheilt (§. 845. G. B.). Bei der ersten Lesung des Entwurfs (Sitzung v. 5. August 1805) beantragte sogar Zeiller zu §. 663. II. den überflüssigen Zusatz, daß in diesem Falle eine „vermuthete Gemeinschaft“ stattfinde; derselbe wurde auch angenommen, aber in der Folge wieder gestrichen. Insofern kann also die Grenzscheidungsklage zugleich als Theilungsklage erscheinen. Auch nach römischem Recht wird im Falle, als die früheren Grenzen so verdunkelt sind, daß sie gar nicht mehr aufgefunden werden können, der streitige Grund als gleichsam gemeinsam angesehen und wird sogar dem Richter ganz freies Ermessen in Ansehung der Grenzbestimmung belassen. L. 2. §. 1. D. h. t.: *Judici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat.* Vgl. Vangerow, §. 658. Dieses Ermessen schien den Verfassern des preuß. und österr. G. B.'s bedenklich und daher wurde dem Richter eine bestimmte Directiv gegeben. Das österr. Recht (§. 853.) unterscheidet sich vom preuß. L. R. (§§. 381. 382. I. 17) nur dadurch, daß Ersteres die unpraktische landrechtliche Vorschrift der Ziehung einer geraden Linie zwischen den letzten unstreitigen Punkten (vgl. noch §. 666. II. des österr. Entwurfs) fahren ließ und über Antrag des Präsidenten (Sitzung v. 8. 8. 1865) die einfachere und billigere — im Schlusssatz des §. 853. enthaltene Richtschnur an deren Stelle setzte. (Unter „Besitz“ in diesem Schlusssatz ist der rechtliche Theil der angrenzenden Grundstücke zu verstehen.) Vgl. dazu Koch, S. 678, Förster a. a. D. Zu bemerken ist noch, daß sich die §§. 850 flg. nur auf Grundstücke (städtische oder ländliche), nicht aber auf Häuser beziehen. (Nicht anders nach röm.

nichtstreitigen Grenzerneuerungsverfahrens hervor, daß die Grenzen ganz unkenntlich sind, oder entsteht über die Grenzmarkung ein Streit, so hat das Gericht das nichtstreitige Verfahren einzustellen und überdies auf Ansuchen einer Partei den letzten Besitzstand sicher zu stellen und den Streit über den Besitz durch Erkenntnißbescheid zu entscheiden.<sup>54</sup> Insofern jede Partei das bezügliche Begehren im Laufe der Verhandlung stellen kann, liegt hier ein *judicium duplex* vor. Hier haben wir also einen hervorragenden Fall, wo die Besitzklage wegen bloßer Behauptung des eigenen oder Befreiung des fremden Besitzes als reine Präjudizalklage anerkannt wird.<sup>55</sup>

b) Die Grenzscheidungsklage der §§. 851—853. G. B. bezweckt Ausmittlung und Wiederherstellung der unkenntlich gewordenen oder bestrittenen Grenzen.<sup>56</sup> Der Beweis geht auf das Recht (§. 852. u. §. 853.); wird dieses dargethan, so tritt der Besitz in den Hinter-

u. preuß. Recht! s. Vangerow a. D., Windscheid, §. 460. u. Förster a. D. S. 107, der dies für's röm. Recht verkennt.) — In der Hauptsache stimmt der §. 365. des sächs. G. B. mit dem §. 853. unß. G. B.'s überein.

54) In diesem letzteren Punkt liegt eine wichtige Abweichung vom preuß. L. R. Unsere Schriftsteller verkennen die Bedeutung der Worte des §. 851.: „so schützt das Gericht vor Allem den letzten Besitzstand“, so namentlich Stubenrauch, S. 1159. Daß der Richter nicht etwa auch den possessorischen Streit auf ein separates Verfahren verweisen darf, geht aus dem Gegensatz des ersten und zweiten Satzes des §. 851. hervor. (Vgl. auch den korrespondirenden §. 664. des Entwurfs, dessen zweiter Satz im Eingange noch deutlicher bestimmte: „Hernach kann jeder, der sich (!) verletzt zu sein glaubt u. s. w.) Dies scheint auch Zeiller, S. 913 zu meinen: „Im Falle, daß die Grenzen bereits unkenntlich geworden, oder daß gegen eine bloße Erneuerung (§. 850.) wichtige Einwendungen (?) erhoben worden sind, wird vom Gerichte . . . immittelst der letzte echte Besitzstand geschützt“. (Die *exceptio vitiosae possess.* ist hier allerdings am Platze, da Nachbarn im Streite liegen. Dies übersteht Stubenrauch, I. S. 1158 gegen Rippel, V. S. 298). Keine Aenderung trat hierin ein durch die kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849. §. 12, welche im §. 2. ausdrücklich den §. 851. bezieht; denn nach der Besonderheit des Falls kann hier „das Begehren“ ohne Klage im Laufe des Verfahrens gestellt werden. Ungern vermiffen wir in dem Aufsatze von Magas über Nachbarrecht, Ger. Zeit. 1871. Nr. 6—18 die dahin gehörige Erklärung der §§. 851 flg. S. R. 50 a.

55) Die Markung der Grenze wird nicht in Folge des possessorischen Streites, sondern in Folge des Grenzerneuerungsverfahrens vorgenommen. Diese Sachlage ändert sich nicht, wenn man etwa mit Rücksicht auf den §. 2. der kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849 eine Spezialklage für geboten hält. Vgl. vor. Note.

56) Richtig erkannte der D. G. S. mit Entsch. vom 8. Mai 1873. Z. 1216. Nr. 4966 Samml. Gl.-u.-W. (Ger. Zeit. 1873. Nr. 87), daß die Klage nicht stattfindet, wenn die Grenzen früher nie bestanden. Ebenso nach röm. und preuß. Recht. Vgl. Vangerow a. D.

grund — er weicht dem Rechte (vergl. oben). Der Antrag des Klägers geht auf Herstellung der früheren Grenze nach dem von ihm in der Klage angegebenen, beziehungsweise im Laufe des Prozesses nach Maßgabe der Erhebungen änderungsweise fixirten Grenzzuge.<sup>57</sup> Hiernach ergibt sich nach der besonderen Natur der Klage von selbst die Duplicität des Grenzscheidungsprozesses; jeder Theil wird als Kläger und Beklagter angesehen, was sowohl für die Beweislast als für das Urtheil zu berücksichtigen kommt.<sup>58</sup>

Nach dieser Abschweifung, welche durch die Wichtigkeit des Falls und die Unsicherheit unserer Theorie und Praxis gerechtfertigt sein dürfte, kehren wir nun zur Erörterung des Besitzstörungsaktes zurück.

D. Es kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß die Besitzstörungsklage auch gegen Beeinträchtigungen des Besitzes durch

57) Insofern ist sie also auf Wiederherstellung gestörter oder bedrohter Eigenthumsverhältnisse gerichtet und sagt daher Paulus L. 1. D. h. t.: *fin. reg. actio in personam est, licet pro vindicatione est*. Insofern kann sie auch Herausgabe eines vom Nachbar besessenen Stückes zur Folge haben. (In diesem Punkte ist a. N. Förster, §. 183. N. 7, dagegen Bernhard a. D. S. 242, N. 8.)

58) Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß die Negation des geklagten Nachbarn zugleich Behauptung des eigenen Rechtes (Eigenthums am Grundstück in einem bestimmten Ausmaße) ist; daß Zuspruch des Richters an den Kläger zugleich Abweisung des (latenten) Anspruchs des Beklagten und umgekehrt, daß die Abweisung des Klägers zugleich Zuspruch an den Beklagten bedeutet. Dies zeigt sich insbesondere, wenn die a. fin. regund. zur Theilung führt (§. 853.). Die Duplicität dieses Judiziums, für welche auch das offiziöse Verfahren des §. 850. eine Analogie bietet, ist daher keine Spezialität des röm. Rechts (L. 10. D. h. t.); sie findet sich ebenso im preuß. R. (vgl. Koch, III. S. 683. Förster, §. 183. N. 108) u. im sächf. G. B. (§. 365.). Was Kirchstetter, S. 415, Note 3 bemerkt, beruht auf arger Verkennung der Sachlage. Darum kommt auch Nichts darauf an, ob Kläger oder Beklagter sich im Besitz des streitigen Grundstückes befindet; doch behält der Besitzer, was er hat, sofern der Gegentheil nicht sein Recht auf das betreffende Stück beweist. Von der Vindikation unterscheidet sich die Scheidungsklage durch das Ziel (Wiederherstellung der Grenzen), sohin durch das Objekt (*finis*, nicht *fundus*), durch den Klagegrund (Unsicherheit der Ausdehnung des Grundstückes des Klägers bei unbestrittenem Eigenthum [Usukapionsbesitz] des Grundstückes, von dem der Anspruch ausgeht §. 853.), folgerichtig auch durch die Beweismittel (§. 852) und die Duplicität des Verfahrens. Vgl. dazu Hoffmann, Civ. Arch. 31. S. 493 und Bernhard a. D. Der mit der *Vindicatio* abgewiesene Kläger kann natürlich dasselbe Stück Landes nicht mit der Grenzscheidungsklage begehren, im Uebrigen steht der letzteren *res jud.* nicht entgegen. Vgl. Leonhard, S. 248 und Förster a. D. N. 114. — Nutzungsberechtigte sind nach österr. R. zu dieser Klage nicht berechtigt. — Auf die Schwerefalligkeit unseres bloß einseitigen Verfahrens, welche sich bes. bei Grenzberichtigungen geltend macht, weist mit Recht Menger, C. Pr. 1. S. 25, N. 9 hin.

Bauführungen, Herstellung von Wasserwerken und anderen dauernden Einrichtungen Platz greift. Das A. b. G. B. selbst erwähnt diesen Fall in den (später ausführlicher zu behandelnden) §§. 340—342. und die Marginalrubrik der §§. 339. und 340.: „Rechtsmittel des Besitzers bei einer Störung seines Besitzes besonders durch eine Bauführung“ bestätigen die Richtigkeit dieser Auffassung.<sup>59</sup>

Selbstverständlich wird hier wie in allen übrigen Fällen vorausgesetzt, daß nicht etwa durch Verjährung der Besitzklage oder in anderer Weise ein ruhiger Besitz entstanden, dem sodann nach der allgemeinen Regel (ohne Rücksicht auf die Entstehungsart) ebenso gut der allgemeine Besitzschutz zu Gute kommt, wie vorher dem Besitze des Gestörten.<sup>60</sup> Begreiflicher Weise kann dieser Fall nur insoweit eintreten, als die Besitzstörung durch einen Akt begangen wurde, der sich zugleich als Besitzerverbsaft darstellt. Dies trifft insbesondere in dem Falle zu, wenn der Besitzer eines Hauses in den nachbarlichen Luftraum einen Erker oder ein Vordach baut, oder über die Grenzen seines Grundbesitzes hinaus (allenfalls über des Nachbarn Grundstück) Wasserleitungsröhren legt, von seinem Hause aus im fremden Grunde Keller baut u. So lange die Besitzstörungsklage nicht durch Verjährung oder auf andere Art erloschen ist, kann die Wiederherstellung des früheren Zustandes im possessorisches Wege verlangt werden; nachher aber kann die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes nur durch petitorische Rechtsmittel erzielt werden.<sup>61</sup> Daß bei Störungen, welche

59) Die ungenaue Fassung des §. 340. G. B. kann offenbar nicht heiren.

60) Ob die *exceptio vitiosae poss. ab adversario* statthabe, ist eine andere Frage, die für das österr. Recht anders als nach röm. R. zu beantworten ist. Darüber später. Nach jenem Verfahren diese Einreden gleich den Klagen; nach röm. R. ist diese *exceptio* — *perpetua*. Vgl. §. 7a. Note 9. Uebrigens muß die Störung nicht nothwendig in vitioser Form erfolgt sein.

61) Nicht anders steht m. G. die Frage nach heutigem röm. R. Die Zweifel über den Sinn L. 3. §. 5. u. 6. D. U. P. 43. 17. sind wohl hauptsächlich darum entstanden, weil man für das ältere Recht verkannte, daß der Prätor nur wegen einer erst zu befürchtenden (künftigen) *vis* das Interdict ertheilt, hievon aber bei einer bereits bestehenden Anstalt (Projekt) keine Rede sein kann; und weil man ferner für das Justinianische Recht über sah, daß das interd. U. P. binnen Jahresfrist verjährt. L. 3. §. 5. 6. D.: *Idem videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interd. U. P. sit utile alteri adversus alterum? Et est apud Cassium relatum, utriusque esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem*. Die Entscheidung paßt zunächst für das klassische

in unterbrochenen (wiederkehrenden) Benützigungen der fremden Sache bestehen, dasselbe Ergebniss thatsächlich seltener eintritt, beruht lediglich darauf, daß der Störungsakt seltener animo possidendi vorgenommen und minder auffällig zum Rechtsbesitze führt; — prinzipiell stehen sich beide Fälle gleich.<sup>62</sup>

Recht unbedingt, und für das Justin. Recht unter der Voraussetzung, daß die Klage verjährt ist. Vgl. schon W i t t e , §. 102: „Das vim fieri veto untersagte nur eine positive Handlungsweise . . . Die einmal vollendete Anstalt konnte nur mit der a. negatoria beseitigt werden.“ So auch B r u n s , Besitzklagen S. 79 flg., welcher §. 82 mit Recht hervorhebt: „Daß gegen die erste Anlage des Projectus der Bodenbesitzer das I. U. P. anstellen kann, ist natürlich außer Zweifel, nur die Beseitigung einer bestehenden (durch den Vorbesitzer oder vor der Verjährungszeit angelegten) Einrichtung durch das Interdikt ist verworfen.“ (Doch muß m. E. der Beginn der Verjährung von der Bauserstellung gerechnet werden und kann aus dem im Texte angeführten Grunde nicht behauptet werden, daß die V e i b e h a l t u n g des projectus eine fortwährende Störung sei und insofern die Klage (perpetuirlich) begründe; die Ausübung des einmal erworbenen Besitzes ist keine Störung; der in diesem Punkte abweichenden Ansicht W i t t e ' s , §. 125 und B r u n s ' , §. 80 a. kann ich nicht beistimmen.) Hiernach ist es ebenso unnöthig als unzulässig, mit Cujac und Mommsen in L. 3. §. 5. cit. statt inutile — utile zu lesen (da bliebe alles beim Alten) oder mit R u d o r f f , Zusatz Nr. 170 einen Widerspruch zwischen Labeo und Cassius anzunehmen und Letzteren durch Ersteren widerlegen zu lassen. Vgl. B r u n s , §. 82, welcher sich gleich F h e r i n g , §. 125, 135 flg., mit Recht gegen die sonderliche Auslegung S a v i g n y ' s , §. 401 erklärt. Aus den angeführten Gründen ist die Behauptung: „Beschränkungen des Besitzstandes, die selber bereits durch einmal bestehende dauernde Einrichtungen begründet sind, können nicht auf Grund des bloßen Besitzes beseitigt werden“ (B r u n s , §. 83) wohl einzuschränken, da ja die Klage gegen die erste Anlage fortbauern kann. K i n d e l , I. (21) §. 720, 731 sucht die L. 3. §. 5. D. U. P. damit zu erklären, daß das I. U. P. nicht statthat, wenn der Gegner ein eigenes Interdikt (wie hier das I. de superfl.) habe. Indeß dieses wird ihm nicht gegeben, wenn der (erste) Ausübungsakt bloß eine Störung des Sachbesitzes enthält.

62) W i t t e , §. 105, behauptet zwar, daß es sich anders verhalte bei Bauwerken der oben angeführten Art, quae in superficie consistunt (projectus), und anders bei Vorkehrungen anderer Art z. B. Wasserleitungen, und beruft sich auf L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2., welche aber von der Schadenersatzklage und nicht von der Besitzklage spricht. In der That ist nicht abzusehen, warum z. B. eine steinerne Wasserleitung nicht ebenso possessoris geschützt werden sollte wie der projectus. Die Verschiedenheit der Entscheidung in Ansehung des Schadenersatzes könnte etwa dadurch erklärt werden, daß ein Abschneiden des projectus ohne Verletzung des Hauses selbst nicht wohl möglich ist. Auch B r u n s a. D. §. 78, 80, 81 scheint Bauwerke anders zu behandeln als sonstige Beschränkungen des nachbarlichen Besitzes. Der österr. D. G. §. hat mit Entsch. vom 20. Februar 1872. §. 1573 (Ger. Zeit. 1872, Nr. 72) darin keine Besitzstörung gefunden, daß der Grundbesitzer die in seinen Luftraum hineinragenden Gerüstbalken durchsägte (in suo fecit), m. E. mit Unrecht, denn die ausnahmsweise Bestimmung des §. 422. G. B. kann auf andere Fälle nicht analog ausgebeht werden. §. R. 35 a.

E. Immer wird jedoch zur Besitzstörung eine Handlung des Störenden erfordert. Dies liegt nicht nur im Begriff der „eigenmächtigen Störung“, des „Eingriffs“ (§. 339. A. b. G. B.), sondern stimmt auch mit dem Charakter des richterlichen Erkenntnisses überein, welches auf „Verbot“ oder „Untersagung“ gerichtet ist (§. 339., §. 15. der k. B. v. 27. Oktober 1849). In bloßen Unterlassungen kann selbst dann, wenn die Verpflichtung zu einem Thun (z. B. nach den Bauvorschriften zur Reparatur des haufälligen Hauses) vorläge, eine Besitzstörung nicht erblickt werden.<sup>63</sup> (Darum spricht auch §. 342. G. B. nur von Besitzstörung „durch Niederreißung eines alten Gebäudes oder Werkes.“) Nur petititorische Rechtsmittel können hier Abhilfe schaffen. (Vgl. §. 1295., dazu §. 343. G. B.)

Noch weniger kann eine Besitzstörung in solchen Fällen erkannt werden, wo Sachen, die wir besitzen, lediglich durch Naturkräfte ohne

63) Selbst bei Reallasten wird erst die Verweigerung der Leistung als Störung angesehen. — Nach röm. Rechte ist dies zweifelhaft. B r u n s , Besitzklagen S. 71, hält Unterlassungen dann für Besitzstörungen, „wenn man Handlungen vornimmt, deren Folgen in den fremden Besitz störend eingreifen und wo man daher zur Verhinderung dieser Folgen verpflichtet ist.“ Es soll nicht geläugnet werden, daß in solchen Akten eine Besitzstörung liegen kann, sofern nämlich jene Folgen unmittelbar und nothwendig eintreten müssen, ja nach röm. R. (L. 8. §. 5. bis 7. si serv. vind. 8. 5., L. 17. §. 2. D. eod. cfr. L. 18. pr. D. 8. 2.) selbst dann, wenn die Folgen zwar nur mittelbar und nicht nothwendig eintreten, jedoch durch außer gewöhnliche Benützung des Nachbargrundes in schädlicher oder lästiger Weise auf unseren Besitz eingewirkt wird. (Vgl. hierüber neuestens B u r c h a r d , Cautio damni inf. §. 193—231.) Allein alsdann liegt in der That ein positives störendes Handeln vor, dessen Folgen der Handelnde zu verantworten hat. Dagegen kann in dem bloßen Unterlassen z. B. der Nichtreparatur eines haufällig gewordenen Gebäudes, in nachlässigem Verwahren (Süten) von Thieren, die sohin auf fremde Gründe laufen, keine Besitzstörung gesehen werden. Aber auch die Interdiktsformel mit ihrem streng prohibitorischen Charakter paßt auf diese Fälle nicht; sie geht ja auf das vim fieri veto, auf Verbot, Verhinderung einer drohenden Störung, ein, prohibere, das gegenüber bloßen Omissionen gegenstandslos ist. — Neuestens behauptet Fr. v. C a n s t e i n , VI. §. 128 flg., daß auch durch bloße Unterlassungen Besitzstörungen verübt werden können, z. B. durch Unterlassung der Vergitterung der Fenster beim sog. Fensterrecht (§. 488.), der Schneewegräumung bei der Servitut der Dachtraufe (§. 489.), u. s. w. im §. 340. G. B., wo (angeblich) die Unterlassung der Einholung der Baukonzession eine Besitzstörung bilde, weil das Bauen mit Bewilligung . . . noch keine Besitzstörung sei.“ Mit Nichten — diese Unterlassung ist noch keine Störung. Wie einerseits selbst der nichtkonzessionirte Bau an sich die Besitzklage nicht begründet, so kann andererseits selbst der konzessionirte Bau eine solche veranlassen. Vgl. Note 75, 90, 92.

unser positives Zutun auf des Nachbars Grund gerathen und dessen Besitz beeinträchtigen, z. B. wenn von unserem haufälligen Hause oder von unserem schlecht gebauten Damme Steine auf des Nachbars Grund rollen, Sand, Kalkstaub, Rauch von unserem Grunde durch den Wind auf fremden Besitz getrieben wird. Denn unter den Begriff der „Störung“, des „Eingriffs“ können nur Handlungen subsumirt werden, welche selbst oder deren Folgen nothwendig und unmittelbar (ohne Vermittlung äußerer zufälliger Umstände) in die Besitzsphäre eines anderen eingreifen.<sup>64</sup>

64) Man pflegt hier von mittelbaren (indirekten) Immissionen (Eingriffen) in fremden Besitz zu sprechen, obgleich im Einzelnen die Meinungen auseinander gehen. (Vgl. bef. Jhering, Jahrb. f. Dogm. VI. S. 81 flg., 107 einerseits und Hesse, ebenda VI. S. 426 flg., VIII. S. 96 flg., dann Burckhard, Caut. d. i. S. 207 flg. andererseits.) M. E. gehören dahin solche Handlungen und Anlagen in suo, deren nächste Wirkung innerhalb der eigenen Grenzen eintritt und welche nur in Folge zufälliger anderer Ursachen in den fremden Besitz störend eingreifen. (S. Burckhard, S. 208.) Gegen solche Immissionen gewährt das röm. Recht Interdiktschutz (ganz analog und parallel der Negatoria) dann — aber auch nur dann, wenn die Immission schädlich und lästig ist und durch ungewöhnliche Benützung des Nachbargrundes bewirkt würde. (Vgl. L. 8. §. 5. D. si serv. l. 5.: sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, z. B. gegen das lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant.) — Nach österr. Rechte, welches eine der citirt. L. 8. §. 5—7. D. ähnliche Bestimmung nicht kennt, findet nach dem Grundsatz des §. 1305. G. B. gegen dergleichen „mittelbare“ Immissionen weder die A. negatoria, noch die Besitzstörungsklage, sondern nur — wenn die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen — die Schadenersatzklage statt. Vgl. Schuster, Baurecht S. 63 flg. (Anderer A. ist Magez, Ger. J. 1871. Nr. 6—18; dagegen s. Note 67.) Beschränkungen der freien Benützung des Eigenthums insbesondere bei Bauten, Gewerbeanlagen finden nur aus polizeilichen Rücksichten statt. Hiernach liegt also (nach österr. Rechte) keine Besitzstörung in solchen Handlungen, welche nicht unmittelbar und nothwendig, sondern in Folge zufällig hinzukommender Ereignisse Beeinträchtigungen fremden Besitzes zur Folge haben, wie z. B. in dem Aufführen von Sandmassen auf eigenem Grunde, welche durch den Wind über die Grenze auf des Nachbars Gut geführt werden, in der Herstellung eines mangelhaften Dammes, von welchem die Steine auf nachbarlichen Grund rollen, im Pflanzen von Epheu, dessen Ranken des Nachbars Fenster (Zimmentafeln) bedecken. In allen diesen Fällen will Bruns, Besitzkl. S. 71, 72, nach „dem objektiven Störungsprinzip des gemeinen Rechtes“ das I. U. Possidetis für begründet erachten. — M. E. läßt sich dies nicht rechtfertigen. Die Quellen enthalten, wie auch Bruns, S. 73, anerkennt, kein Beispiel der Anwendung des Interdikts auf solche Fälle (ausgenommen die oben angeführten außergewöhnlichen Immissionen), sondern erwähnen nur die a. negatoria und cautio damni infecti. (Ueber letztere vgl. nun das eingehende Werk Burckhard's, Cautio d. i. S. 126 bis 269.) In dem oben angeführten Falle der Sandablagerung hat das Berliner Obertrib. Störung erblickt; im Fall der Dammrutschung hat dagegen das Lübecker D. G. die Besitzklage abgewiesen (bestimmend Gruchot, V. S. 484) und ähnlich

Nur auf solche Handlungen paßt das vom Richter auszusprechende Verbot „wiederholter Eingriffe“ (§. 339. G. B. u. §§. 9. u. 15. der cit. Verordn.).<sup>65</sup> Es findet daher in den oben angeführten

entschied das Berliner D. T. in dem Epheuprozeße (vgl. Bruns a. D.). Bon österr. Erkenntnissen hat jenes des D. G. S. v. 30. Januar 1872. J. 481 (Prävnik 1872. p. 282) eine Besitzstörung in dem Falle anerkannt, wo in Folge des Sprengens von Felsen Steine auf des Nachbars Haus niederfielen, — was m. E. für's österr. R. in diesem Falle darum gerechtfertigt war, weil diese Immission von Steinen eine nothwendige Folge des Sprengens war. Richtig wurde auch mit der Entsch. Nr. 5646 Samml. Gl.-u.-W. die Besitzklage des A., dessen Hausmauer durch die aus des Nachbars B. Stall eindringende Misthauche (Viehvermehrung) infiltrirt wurde, abgewiesen, weil er nicht den Besitz eines Verbotrechtes nachwies (§§. 313. 362. 1459.). Zweifelhafter ist nachstehender Fall, in welchem der D. G. S. mit Erk. vom 3. November 1875. J. 11849. Nr. 5898 Samml. Gl.-u.-W. (Prävnik 1876. S. 13) der Besitzklage gegen die Ansicht der beiden unteren Instanzen stattgab: Ein Wiesenbesitzer grub seinen Grund zwei Fuß tief hart an der Grenze des höher gelegenen nachbarlichen Feldes in der Art ab, daß dieses an jenem seine natürliche Stütze (Wass) verlor, und die Gefahr der Abschwemmung der Ackerkrume und eines theilweisen Erdsturzes eintrat. Die I. und II. Instanz sah hierin weder Störung des Sach- noch des Rechtsbesitzes (Verbotrechtes), da der bisherige Zustand ein rein zufälliger war. Der D. G. S. fand jedoch den Grundbesitz gestört, weil bei benachbarten Grundstücken die Benützung nur soweit gestattet sei, als dabei auch der nachbarliche Besitz bestehen kann (§§. 364. 1305.) und durch die Abgrabung die bisherige Ausübungsweise des Besitzes beeinträchtigt werde. Allein diese Argumentation beweist zu viel; alsdann dürfte man auf eigenem Grunde gar keine dem Nachbar nachtheilige Veränderung vornehmen. Nach dem obigen Grundsatz liegt ein „Eingriff“ in des Nachbars Rechtsphäre in Rücksicht des Erdsturzes wohl vor. S. dagegen aber Nr. 573 ders. Samml.

65) Der §. 9. spricht sogar wörtlich von der Unterfügung von „Handlungen dieser Art“ (sc. Beschädigungen, Störungen cfr. §§. 339. 340.). Vgl. auch Magez, G. Zeit. 1871. S. 58 ad b., Gruchot, V. S. 484 für das preuß. Recht. Nicht anders nach röm. Recht, allerdings mit der vorhin angegebenen Modifikation. Das vim facere setzt offenbar eine willkürliche Thätigkeit voraus. Vgl. L. 11. D. de vi. L. 3. §. 2. 3. D. U. P. L. 8. §. 5. D. si serv.; eine vis liegt nur vor: si quis non sinit uti, si prohibeat, si prohibeatur etc. Darauf gehen auch die Expositionen der Parteien: quod adversus edictum vis facta esset. Vgl. auch Roth, Bayr. C. R. §. 134. R. 33. Mit Recht hat daher das Lübecker D. G. in dem in der vorigen Note citirten Falle (Beschädigung durch Dammrutschung) die Besitzklage zurückgewiesen, „da Bestandtheile einer Anlage nicht unmittelbar durch menschliche Handlungen, sondern von selbst und vermöge der Naturgesetze, wenngleich in Folge fehlerhafter Beschaffenheit der Anlage auf das Grundstück des Nachbars herabfielen.“ (Seuff. Arch. 9. Nr. 34.) Gegen Savigny, S. 400, welcher schon in der Thatfache der überhängenden Mauer eine Gewalt erblicken will, weil der Besitzer das Gebäude auf diese mich beschwerende Weise besitze, vgl. Jhering, S. 92 flg., auch Bruns, S. 73, welcher aber in der Sache S. beiträgt und gleich Rudorff, Zusatz Nr. 133, die Beeinträchtigung auf eine Dmissivhandlung des Besitzers der Mauer zurückführen will. Vgl. dagegen die vorige Note. Und wo soll die vis liegen, wenn dies Ueberhängen der Mauer eine Folge der Negligenz des Vor-



Fällen ebenso wenig eine Besitzklage statt als in dem Falle, wenn die Aeste oder Wurzeln der an der Grenze gepflanzten Bäume in des Nachbarns Luftraum oder Grund hinübertagen. Doch hat der Nachbar in allen diesen Fällen das Recht, die Beeinträchtigung seines Besitzstandes wieder zu beseitigen (durch Rücktransport der Steine, Abschneiden der Aeste, Wurzeln, §. 422.) und nach Umständen bei verschuldeter Beschädigung auch Schadenersatz zu fordern (§. 1295.). Vgl. S. 166. Note 35. Die Entscheidung des D. O. H. Nr. 2542. der Samml. Gl.-U.-W. hat daher mit Recht darin keine Besitzstörung gefunden, daß der von dem Besitzer des höher gelegenen Waldes gefällte Baumstamm zufällig auf den weiter unten gelegenen Grund des Nachbarns herabrollte, obwohl dies bei außerordentlichen Vorkehrungen hätte vermieden werden können. Ja sogar in der später erfolgten Aufarbeitung des Stammes auf dem fremden Boden wurde (freilich mit

manns oder des Baumeisters ist und trotz aller Reparaturversuche des gegenwärtigen Besitzers eintritt? Vim facere und non jure habere sind nicht identisch. — Aus diesem Grunde ist das I. U. P. wohl auch dann nicht zulässig, wenn in Folge der fehlerhaften Anlage eines Brunnens zufällig Wasser in des Nachbarns Keller eindringt. Vgl. Seuff. Arch. II. 136. Da indes L. 19. pr. D. 8. 2. u. L. 17. §. 2. D. si serv. 8. 5. in einem ähnlichen Falle die Negatoria zulassen, so könnte mit Bezug auf L. 8. §. 5—7. D. 8. 5. für das röm. R. das Interd. U. P. immerhin begründet werden (and. A. Kindel, I. S. 728), — nicht aber für das österr. Recht. S. Nr. 5646 Samml. (R. 64). Dennoch hat der österr. D. O. H. in einem solchen Falle die Besitzstörungsklage zugelassen, weil durch das Unbrauchbarwerden des Kellers ein „Eingriff in das Recht des Klägers auf ungestörten Besitz“ geschehe (Entscheidung vom 9. April 1873. Z. 3482. Jurist. Blätter 1873. Nr. 17). Diese Entscheidung könnte nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn die Anlage eine solche war, daß sie zum Erguß des Wassers in fremden Grund führen mußte, m. a. W., wenn wirkliche Immission vorhanden gewesen wäre. — Mit Recht hat hingegen der k. k. D. O. H. die Besitzstörungsklage des Besitzers eines Gasthofs gegen die Prager Stadtgemeinde wegen Abladung von Kehricht auf deren benachbartem Grunde zurückgewiesen, und die Beschwerde des Klägers, daß seine Gäste durch die sich entwickelnden Mückenschwärme belästigt würden, mit Rücksicht auf die Unbeschränktheit des Eigenthumsbesitzes (§. 1305.) für unbegründet erklärt. (Die Entsch. ist m. W. bisher nicht abgedruckt.) Einen anderen Fall (Ehren von Felsen) s. in der vorigen Note und in Nr. 3618 Samml. Gl.-U.-W. (Anpflanzung von Schlinggewächsen auf eigenem Boden, welche den nachbarlichen Grund beschatten, begründet keine Klage.) Dagegen wurde mit der Entsch. v. 20. Mai 1875. Z. 5387 (Prävnik 1875. S. 649) der Klage des A gegen B stattgegeben, welcher seine Kellerwand durchbrochen und dadurch den Zugang zu des Nachbarns A Keller geöffnet hatte, m. E. mit Unrecht, da der Besitz der Mitbenützung der Scheidemauer mit dem Besitzwillen nicht nachgewiesen erschien. (So auch die Untergerichte.) Die §§. 364. 858. könnten nur eine petitorische Klage rechtfertigen. Vgl. dagegen Nr. 5771 Samml. Gl.-U.-W. (f. §. 27. zu Note 12).

Unrecht und gegen die Ansicht des Obergerichtes) keine Besitzstörung erblickt.

F. Es liegt nahe, hier auf die korrespondirende Seite der actio negatoria einzugehen, zumal um die Differenz zwischen dem österr. und röm. Rechte hervorzuheben.<sup>65a</sup> Nach letzterem (L. 8. §. 5. 6. D. 8. 5. L. 13. 14. §. 1. L. 17. §. 2. eod. L. 19. pr. D. 8. 2.) ist der Eigenthümer eines Grundstückes in der Benützung desselben namentlich insofern beschränkt, als er auf demselben nicht solche außergewöhnliche Handlungen vornehmen, bez. solche außergewöhnliche Anstalten (opera) herstellen darf, welche die Nachbarn auch nur indirekt (mittelbar) namentlich durch Rauch, Staub, Uebelgeruch u. s. w. belästigen oder schädigen.<sup>66</sup> Er darf insbesondere nur

65a) Daß die A. Neg. und das I. U. P. nach mehr als einer Seite auseinanderfallen, ist schon (R. 64) bemerkt worden; s. auch Kindel, I. S. 722 flg., der aber zu weit geht, wenn er gegen den schon von Savigny, S. 400 hervorgehobenen Parallellismus beider Klagen eifert.

66) So die herrschende Ansicht, vgl. Spangenberg, Archiv f. C. Pr. IX. S. 271. flg., Thering, Jahrb. f. Dogm. VI. S. 92 flg., Bekker, Jahrb. f. gem. R., V. Nr. 10., Hoffmann, Arch. f. prakt. R. N. F. I. S. 241. flg., Bangerow, §. 297—300., Pagenstecher, Eigenth. I. S. 120 flg., Windscheid I. §. 169. Note 7. 19. 20., Dernburg I. §. 220., Wages, a. a. D., neuestens Burckhard, Damni i. c. S. 193 flg. Im Gegensatz hierzu stellt Hesse, Jahrb. f. Dogm. VI. S. 423 flg., VIII. S. 96 flg. die Ansicht auf, daß der Nachbar nur gegen solche Anlagen Einsprache erheben dürfe, in Folge deren feste oder flüssige Körper nothwendig und unmittelbar in das Nachbargebiet hinüber getrieben oder geleitet werden (S. 118.). — Obgleich für die Ansicht scheinbar der Grundsatz der L. 8. §. 5. D. cit. spricht: in suo hactenus licet, quatenus nihil in alienum immittat, so ist dieselbe doch mit andern bestimmten Quellenzugnissen ganz unvereinbar, namentlich mit L. 8. §. 5. L. 14., L. 17. §. 2. D. 8. 5.: licere fumum non gravem, puto ex foco in suo facere. Vgl. dagegen auch Burckhard, S. 202 flg. Letzterer formulirt seine Auffassung dahin: Mittelbare Immissionen, d. s. solche Handlungen, welche ihre nächste Wirkung an und für sich nur innerhalb der Grenzen des eigenen Gebietes äußern und lediglich durch Vermittlung anderer Ursachen eine Grenzüberschreitung zur Folge haben, müssen geduldet werden, wenn sie zwar schädlich und lästig, aber durch die gewöhnliche (allgemein notwendige und unentbehrliche) Benützung des Grundstücks geboten sind (S. 226. Der eingeklammerte beschränkende Zusatz ist gewiß unhaltbar). Für's österr. Recht trifft übrigens Hesse's Ansicht im Allgemeinen zu. — Das sächs. G. B. (§. 358.) adoptirte die herrschende gemeinrechtliche Lehre: Dem Eigenthümer ist nicht erlaubt, . . . auf seinem Grundstücke Vorrichtungen anzubringen, durch welche dem benachbarten Grundstücke zu dessen Nachtheil Dampf, Dunst, Rauch, Ruß, Kalk- oder Kohlenstaub in ungewöhnlicher Weise zugeführt wird. — Viel zu unbestimmt, ja geradezu bedenklich ist die Vorschrift des art. 193. bayr. Entw., der dem Grundeigenthümer verbietet, Vorrichtungen zu haben, oder

fumum non gravem puta ex foco, nicht aber fumum ex taberna casearia in superiora aedificia immittere (L. 8. §. 5. 6. D. cit.); darf nicht Badeanstalten oder Düngerstätten halten, welche des Nachbarns Haus ständig feucht machen (Nerat. dicit: si talis sit usus tepidarii, ut assiduum humorem habeat, et id noceat vicino, posse prohibere eum. Paul. L. 19. pr. D. u. L. 17. §. 2. D. cit.), darf nicht Steine in der Weise brechen (hauen), daß die Splitter auf frem-

etwas vorzunehmen, wodurch dem benachbarten Grundstücke in einer für dieses oder dessen Bewohner nachtheiligen belästigenden (!) oder gefährdenden Weise Dampf, Dunst, Rauch, Ruß, Feuerfunken, Kalt- und Kohlenstaub und dgl. zugeführt werden. Dadurch würde der Betrieb vieler Gewerbe und Fabriken von der Gnade der zufälligen Nachbarn abhängig gemacht und ein kaum lebensfähiges Grundeigenthum geschaffen! — Biel zu casuistisch und mitunter doch zu unbestimmt lauten die §§. 573—619. des Züricher. G. B., z. B. §§. 601. 602. 612. 618. 619., welche (wie Schneider, Z. f. Schweiz. R. II. §. 98. bestätigt) zu vielen Prozessen Anlaß geben. — Das franz. u. ital. Recht (Code civ. 674., Codice it. 574.) lassen dergleichen belästigende Anlagen nur in einer solchen durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmten Entfernung von der Grenze zu, welche Schädigung des Nachbarn ausschließt. Vgl. Accolas, Droit franç. I. S. 700, u. Sareda im Archivio giuridico III. S. 31 flg. — Die preuß. Gesetzgebung steht wesentlich auf demselben Standpunkte wie die österreichische. Die Ansicht Förster's III. §. 189. und des preuß. Obertribunals (Jud. v. 7. Juni 1852), welche für's preuß. Recht die herrschende gemeinrechtliche Theorie acceptiren, dürfte positiv schwerlich zu begründen sein. — Noch bemerke ich, daß die freie unbeschränkte Benützung des Grundstücks den grundsätzlichen Ausgangspunkt für die Darstellung der bezüglichen Verhältnisse zu bilden hat, während die Sache mitunter so aufgefaßt wird, als ob die Beschränktheit zu Gunsten des Nachbarn den Grundsatz bildete, so daß sich der Eigenthümer jeder Thätigkeit enthalten müßte, welche auch nur indirekt in des Nachbarns Luftraum hinüberwirkt. (So bes. Bekker a. D. S. 165 flg., Windscheid, §. 169. Note 7., Thering, S. 105. 107, 120 flg., Magas a. D. Nr. 8—10. 16., Burchard S. 195 flg.). Darnach würde der Eigenthümer weder mittelbar noch unmittelbar des Nachbarns Sphäre tangiren dürfen; nur ausnahmsweise würde ihm dies rücksichtlich mancher Handlungen erlaubt sein und gewisse „mittelbare Immissionen“ würden als Realserwituten erscheinen. Diese Auffassung widerspricht jedoch dem Wesen des Eigenthums, das begrifflich unbeschränkt ist. Vgl. dag. auch Dernburg, §. 220. Note 15. und Buns, Holzend. Encycl. S. 362. Dadurch würde in der That ein wegen unberechenbarer Beschränkungen lebensfähiges Eigenthum geschaffen werden! Allerdings werden für das Maß dieser Einschränkungen gewisse „allgemeine Grundsätze“ aufgestellt — (vgl. auch Magas, S. 58), im Wesen laufen dieselben aber auf die Regel hinaus: daß die gewöhnliche Benützung des Eigenthums, ja selbst die ungewöhnliche Benützung, sofern sie keine andere als die mit dem gewöhnlichen Gebrauch verbundene Belästigung mit sich führt, vom Nachbar geduldet werden müsse. Dieser Grundsatz fällt aber im Grunde mit der von uns oben aufgestellten Regel über die Beschränkung der freien Eigenthumsausübung zusammen (vgl. Nr. 64.) und eine praktische Differenz der beiden Standpunkte ist überall nicht ersichtlich.

den Grund fallen (L. 8. §. 5. cit.)<sup>66a</sup> — Nach österr. Rechte, das keine derartigen Bestimmungen enthält, steht dem Nachbar — außer dem Fall einer Servitut — ein derartiges Verbotrecht gegen solche ihm ungewöhnlich belästigende oder schädigende Benützungsarten eines Grundstücks aus privatrechtlichen Titeln durchaus nicht zu.<sup>66b</sup> Denn so lange der Eigenthümer auf seinem Grunde und innerhalb der für die Ausübung des Eigenthums aus öffentlichen Rücksichten überhaupt gezogenen Grenzen von seinem Eigenthumsrechte Gebrauch macht, ist er für den dritten Personen hieraus erwachsenden Schaden in keiner Weise verantwortlich (§§. 354. 362—364. 1305, G. B.).

Allerdings kann ihm der Nachbar jede Anlage verbieten, in Folge deren feste, flüssige oder gasförmige (insbesondere belästigende oder schädigende) Stoffe nothwendig und unmittelbar auf seinen (Nachbarns) Grund (Luftraum §. 297. G. B.) geleitet oder gerieben werden, da hierin offenbar eine Verletzung des nachbarlichen Eigenthums, ein materieller (vorzugsweise räumlicher) Eingriff in seine Rechtsphäre gelegen ist. Weiter jedoch erstreckt sich das nachbarliche Verbotrecht auf Grund des Privatrechts nicht. Allerdings aber ist es den Verwaltungsbehörden vorbehalten, aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt, namentlich aus Rücksichten der Sanitäts-, Bau- und Feuerpolizei die Bedingungen und Beschränkungen festzusetzen, unter welchen Bauten und gewerbliche Anlagen überhaupt und insbesondere mit Rücksicht auf die Nachbarn errichtet werden können. So bestimmen insbesondere die Bauordnungen die Minimal- und Maximalhöhen (Stoßwerke) von Wohngebäuden, die Größe der Luft- und Lichthöfe, die Richtung der Ausmündung der Rauchröhren, die Höhe der Schornsteine und Feuermauern, die Lage und wasserdichte Verwahrung der Senkgruben und Kanäle u. s. f. (vgl. z. B. §§. 36. 37. 44. 54. 60. 61. der Bauordn. v. 11. Mai 1864 für Böhmen); ebenso ist nach der Gewerbeordnung v. 29. Dezember 1859 (§§. 31—38.) die gewerbebehörd-

<sup>66a</sup>) Die G. Seuff. Arch. 33. Nr. 5. (R. F. 3.) findet die A. N. sogar begründet, wenn des Nachbarns Taubenschwarm (ca. 30 St.) auf Klägers Haus sich niederlassen, Möriel picken, Ziegel lockern u. s. w.

<sup>66b</sup>) Vgl. Erf. v. 4. 1. 1878 Z. 411. (G. Z. 1878 Nr. 12): Eine lärmende Beschäftigung des Nachbarns begründet an sich nicht die Besitzstörungsklage.

liche Genehmigung der Betriebsanlagen bei allen Gewerben nothwendig, welche mit Feuerstätten, Dampfmaschinen oder Wasserwerken betrieben werden oder welche durch gesundheits-schädliche Einflüsse, durch die Sicherheit bedrohende Betriebsarten, durch üblen Geruch oder durch ungewöhnliches Geräusch die Nachbarschaft zu gefährden oder zu belästigen geeignet sind. Hieraus ist zu ersehen, daß die aus dem sogenannten Nachbarrecht fließenden Beschränkungen des Grundeigenthümers, soweit sie sogenannte indirekte Eingriffe (mittelbare Immissionen) betreffen, nach österr. Rechte nicht auf Grund des Privatrechts vom Richter, sondern aus Rücksichten des Gemeinwohls von der Administrativbehörde festzustellen sind. Im Gegensatz zum röm. Rechte erscheint daher der privatrechtliche Gesichtspunkt durch den öffentlichrechtlichen in den Hintergrund gestellt.<sup>67</sup>

Ueber die Person des Beklagten vgl. 7d.

G. Besitzstörung durch Bauführungen insbesondere. Besondere Beachtung verdient der Fall, wenn der Besitz einer

67) Ueber das Nachbarrecht nach österr. R. vgl. Schuster, Baurecht S. 63 bis 113, Mage's, Ger. Zeit. 1871. Nr. 1 flg. Während Schuster von der hier vertretenen Auffassung ausgeht, sucht Mage's in seinem sonst lehrreichen Aufsatze den Grundsatz des gemeinen Rechts (s. Note 66.) auch für das österr. Recht zur Geltung zu bringen. Indes gegenüber dem klaren Wortlaute der §§. 354. 362. 364. cfr. 297. 475. 476. 1305. A. b. G. B. und den §§. 31—38. der Gewerbeordnung erscheint dieser Versuch, die gemeinrechtlichen Grundsätze „auf heimischen Boden zu verpflanzen“ (Mage's S. 71), als undurchführbar. Dies hat schon Schuster richtig erkannt und seine Ausführungen S. 104 flg. sind von Mage's nicht widerlegt worden. Nicht der §. 1305. allein dient unserer Ansicht zur Grundlage; vielmehr ist die in den citirten §§. sich spiegelnde Grundauffassung der österr. Legislation eine andere als die des gemeinen Rechts. Nicht privatrechtliche Gesichtspunkte, sondern Rücksichten öffentlichrechtlicher Natur sind für das Maß der Beschränkungen der freien Ausübung des Eigenthums grundlegend. — Ueber das preuß. R. vgl. Dernburg I. §§. 217—220. u. Förster III. §. 169—171. Nach franz. u. italien. Recht ist die richterliche Kompetenz festgehalten. Vgl. vor. Note. Die neue deutsche Gewerbeordn. v. 29. Mai 1869. (§. 26.) verordnet übrigens, daß niemals auf Einstellung des schadenbringenden Betriebs einer obrigkeitlich genehmigten Gewerbeanlage, sondern nur auf Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen, oder, wo dies unthunlich ist, auf Schadloshaltung geklagt werden könne. Eine ähnliche Bestimmung wäre auch für Oesterreich zu empfehlen. Vgl. dazu Mandry, Civ. Arch. 60. S. 63 flg. — Die Entsch. d. D. O. G. Ger. Halle 1872. Nr. 8, mit welcher der Eigenthümer einer Cementfabrik zum Ersatz des Schadens verurtheilt wurde, welcher an der nachbarlichen Wiefe durch Verwehung des Kalkstaubs verursacht ward, läßt sich nach dem derzeitigen Stande der österr. Gesetzgebung nicht rechtfertigen.

unbeweglichen Sache oder eines dinglichen oder persönlichen Rechtes<sup>68</sup> an einer unbeweglichen Sache durch Führung eines Baues, Wasserwerkes oder einer ähnlichen dauernden Anstalt, zu deren Herstellung die baupolizeiliche Bewilligung erforderlich ist, — oder durch Nieder-

68) Zur Besitzklage nach §§. 340—342. G. B. sind daher außer dem Sachbesitzer auch Besitzer von Servituts- und Superficiarrechten — nicht aber (wie Rippel, III. S. 159 und Winwarter, II. S. 73 meinen) Pfandgläubiger berechtigt, da diese keinen Besitz haben. Vgl. Mage's, G. Zeit. 1871. Nr. 11. — Das G. B. erwähnt zwar im §. 340. nur des Besitzes von dinglichen Rechten; da indes der §. 340. lediglich einen speziellen Fall der Besitzstörung in Konsequenz der Regel des §. 339. G. B. normirt, so ist gegen die Ausdehnung dieser Bestimmung auf den Besitz von Rechten an Immobilien überhaupt wohl Nichts einzuwenden. Oder sollte z. B. der Pächter eben nur gegen derartige Verletzungen seines Pachtbesitzes possessoriisch nicht geschützt werden? Die Praxis schwankt. Die Entscheidung Nr. 1535 der Samml. Gl.-u.-W. räumt das Klagerrecht nach §§. 339—343. G. B. auch dem Miether ein. Dagegen gehen die Entsch. Nr. 3528 u. 3331 derf. Samml. von der entgegengesetzten Ansicht aus, obgleich sie übrigens die Zulässigkeit der Besitzstörungsklage des Miethers gegen Bauführungen nach Maßgabe der allgemeinen Vorschrift des §. 339. G. B. und des §. 2. der kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849 ausdrücklich anerkennen. Unter dieser Voraussetzung ist aber wahrlich nicht einzusehen, was mit der Verweigerung des Verfahrens nach Vorschrift der §§. 340—342. erreicht werden soll? Das Bauverbot wird dann zwar nicht nach §. 340 flg. — wohl aber nach §. 9. der k. Verordn. v. 27. Oktober 1849 erlassen! Für den Bauführer entstände aber hiernach die große Gefahr, daß er sich gegen eventuelle Einwendungen der Pächter und Miether nicht nach Maßgabe der Bauordnungen und der Allg. Ger. Ordn. (§. 72.) schützen könnte, vielmehr trotz Baukonsens allen Eventualitäten des Prozeßverfahrens ausgesetzt wäre. Durch eine solche Auslegung des Gesetzes würde lediglich der Besitz persönlicher Rechte mit einem ebenso unverdienten als grundlosen Vorrecht gekrönt. Vgl. Note 75. Unsere Schriftsteller erwähnen meist nur den gesetzlich vorgesehenen Fall. S. Winwarter, II. S. 73. Stubenrauch, I. S. 452. Kirchstetter, S. 174; erstere versagen die Klage dem Bestandnehmer, weil sich dieser angeblich an den Bestandgeber halten müsse (?). — Die Protokolle der Kompilationskommission (Sigung v. 25. April 1803) konstatiren zwar, daß die Wiener Fakultät zu §. 343., welcher von der cautio damni infecti handelt, den Antrag gestellt habe, neben dem dinglichen Rechte auch das persönliche Recht zu erwähnen, um das Rechtsmittel auch dem Besitzer des Mietherrechts zu verschaffen, und daß dieser Antrag über Zeiler's Einwendung, daß auch nach röm. Rechte nur der dinglich Berechtigte die cautio d. i. fordern könne, abgelehnt wurde. Indes ist der Schluß von der cautio damni inf. auf den Fall des §. 340. nicht zwingend, und fordert die Konsequenz des §. 339. G. B. eine anderweitige Entscheidung. Zu bemerken ist, daß das röm. Recht das interdictum quod vi a. clam (nicht auch die O. N. N.) auch dem Miether und Pächter gewährt. L. 12. 13. D. h. t. 43. 24. Vgl. Windscheid, §. 466. Nr. 6. Daß Miether und Pächter zur Baukommission nicht vorgeladen werden, beweist nichts gegen unsere Ansicht. Auch der Usufructuar wird nicht geladen und doch kann er das Rechtsmittel des §. 340. G. B. in Anspruch nehmen. S. Note 75.

reißung eines solchen Werkes gestört wird. Vgl. §§. 340—342. G. B. 69

69) Die angeführten Bestimmungen des österr. Civilrechts, welche sich im Wesentlichen das italienische G. B. (art. 698.) angeeignet hat, bilden allerdings ein Analogon der römischen Prohibitionen: Interdictum quod vi aut clam und Operis novi nuntiatio. Denn nicht nur letztere, — auch ersteres geht gegen Errichtung oder Abbrechen von Bauten und auf interimistische Suspension derselben (L. 7. §. 2. 9. L. 8. 9. D. q. v. a. cl. 43. 24.); nur stellt die O. N. N. spezifisch römisches, durch das Edikt des praetor urbanus geregeltes Stadtrecht dar, während das i. q. v. a. cl. römisches Reichsrecht bildet. Vgl. Unterholzner (Huschke), Schuldverh. II. §§. 391—400., M. Stölzel, die Lehre v. d. Operis novi nuntiatio und v. d. interd. quod vi aut clam (1865) §§. 20. 65., Windscheid, §§. 465. 466., Arndts, §§. 329. 330. Doch sind die Voraussetzungen, Formen und Wirkungen der Prohibitionen des österr. Rechtes von jenen der genannten röm. Rechtsmittel so verschieden, daß die Letzteren für die Interpretation der Ersteren nicht mit Erfolg zu verwerthen sind, ganz abgesehen davon, daß wichtige Einzelheiten der gedachten röm. Rechtsmittel kontrovers, ja deren heutige Anwendbarkeit überhaupt bestritten ist. (Vnd. A. ist Magas a. D. Nr. 11., der ebendarnum irre geht.) Vgl. für das röm. Recht vor Allem die citirte Monographie Stölzel's, dann Carlowa, Beiträge z. Gesch. d. röm. Civilproz. S. 65 flg. (1865), Hesse, das Einspruchsrecht gegen die Bauunternehmungen u. s. w. (1866) und Windscheid II. §§. 465. u. 466. — Nur so viel sei hier bemerkt, daß die genannten Rechtsmittel des röm. R. nicht Besitz des Prohibenten, sondern ein rechtliches Interesse desselben voraussetzen, also Nachweis eines Rechtsverhältnisses, insbes. das interd. q. vi a. clam: Eigenthum oder sonstige dingliche, selbst obligatorische Rechte (s. Stölzel, §§. 6—11., Windscheid, §. 465. Note 6.), — die O. novi non nuntiatio: Eigenthum oder jura in re aliena (s. Stölzel, §§. 54. 63., Windscheid, §. 466. Note 4—7.), während nach österr. R. Alles auf den Besitz gestellt und in den engsten Zusammenhang mit den baupolizeilichen Vorschriften gebracht ist. Ob der Beflagte beim interd. quod vi a. clam mit Erfolg geltend machen kann, daß er im Besitze des jus faciendi sei, wie Stölzel §. 56. S. 415. efr. S. 473. nachzuweisen sucht, ist allerdings zweifelhaft; — dagegen bes. Windscheid, §. 465. No. 9., Hesse, Einspruch S. 59 flg.; doch läßt sich nicht läugnen, daß durch Stölzel's Interpretation (§. 65.) das vielfach absonderliche Interdictum q. vi a. clam dem heutigen Verständnisse näher gebracht würde. — Auch das praej. Recht kennt die röm. O. N. Nuntiatio u. das röm. Interd. q. vi a. clam nicht mehr. Vgl. Koch, R. der Ford. III. §. 221., Förster, §. 90. Note 3. — Der Entwurf des A. b. G. B. §§. 59—63. II. stimmt im Wesen mit dem A. b. G. B. überein. Wie sich die Redactoren das Verhältniß der bezüglichen Bestimmungen zum röm. Rechte dachten, darüber geben die Protokolle der Hofkommission keine Auskunft. Die diesfälligen eigenthümlichen Bestimmungen des österr. Rechtes namentlich über die Verpflichtung der Anrainer, bei der baupolizeilichen Lokalkommission auch die privatrechtlichen Einsprüche unter Präjudiz geltend machen, datiren erst aus der zweiten Hälfte des vor. Jahrhunderts. Vgl. die Feuerlöschordn. v. 7. September 1782. für Oesterr., das Hofd. v. 5. März 1787. §. 641., dazu Schuster, Baurecht S. 46 flg. (Das Bauverfahren war übrigens einigermassen schon durch die böhm. Stadtr. [K. 32. flg.] geregelt; interessant ist, daß schon Prof. Neumann's Entw. einer Civ. Pr. D. v. 1725., wie Ott, Recept. S. 283, R. 19.

Auch hier ist es der Besitz — nicht das Recht —, welchem der gesetzliche Schutz gegen eigenmächtige Verletzung durch Ausführung oder Niederreißung eines Gebäudes zu Theil wird, und zwar über das bei oder nach Anstellung der Besitzstörungsklage gestellte Ansuchen des Besitzers (§. 340. G. B. und §. 8. der kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849. §. 12. R. G. Bl.).<sup>70</sup> — Daß nur der Besitz und dessen Störung maßgebend ist, zeigt nicht nur der Wortlaut des §. 340. („wird der Besitzer . . . gefährdet“ . . .), sondern auch die Stellung der §§. 340—342. im Kapitel vom Besitz im Anschluß an den von der Besitzstörungsklage handelnden §. 339. und besonders die Marginalrubrik der §§. 340—342., welche in Fortsetzung der Rubrik des §. 339.: „Rechtsmittel des Besitzers bei einer Störung seines Besitzes“ lautet: „besonders durch eine Ausführung“. Diese Auffassung bestätigt auch die den Besitzstörungsprozess regulirende kais. Verordnung vom 27. Oktober 1849, welche im §. 8. ausdrücklich auch die Fälle der §§. 340—342. B. G. B. gleich anderen Besitzstörungsfällen prozessualisch näher normirt. Diese Auffassung unterstützt endlich der Entwurf des A. b. G. B., insbesondere der §. 62.: „Leistet kein Theil hinlängliche Sicherheit, so kann im Zweifel die natürliche Freiheit nicht beschränkt werden und jeder Theil bleibt in den ungestörten Rechten seines Besitzes.“ Zwar wurde dieser Paragraph des Entwurfs über Antrag des Referenten (Zeller) von der Kompilationskommission gestrichen, jedoch hauptsächlich aus dem Grunde, weil derselbe für überflüssig gehalten wurde. Die

berichtet, einen bes. Titel über causae poss. mom., Baufachen u. o. n. nunt. enthielt.“ — Die bisher übliche Verbindung der polizeilichen und privatrechtlichen Verhandlung aus Anlaß von Ausführungen ist m. E. empfehlenswerth. Die Trennung derselben, die wohl kaum im Sinne des §. 562. des 1. Entwurfs der G. Proz. D. liegt, würde zu überflüssigem Verzug, Kosten- und Zeitaufwand führen! Vnd. Ansicht ist Magas a. D. Nr. 11., welcher dem ungeregelten, h. z. L. ungenügenden Rechtsverfahren des röm. R. unverdiente Sympathien entgegenbringt. Inbezug führt §. 660. des neuen Entwurfs (1876) die Trennung vollständig durch.

70) Nur auf solche Herstellungen oder Niederreißungen, zu deren Bornahme nach Maßgabe der baupolizeilichen Vorschriften die behördliche Bewilligung erforderlich ist, beziehen sich augenscheinlich die Spezialbestimmungen der §§. 340—342. Hiernach ist der Begriff: „Gebäude, Wasserwerk oder anderes Werk“ (§§. 340. 342.) zunächst nach Maßgabe der Landes-Bau- und Wassergesetze zu bestimmen. (Mit Unrecht bezieht die Entsch. Nr. 2057 Samml. Gl.-u.-W. allerdings nur nebenbei den §. 340. auch auf den Fall, wenn Wasserabzugsräben hergestellt werden.) Vgl. Note 73.

Kommission war nämlich der Ansicht, daß die vorhergehenden Paragraphen (welche den §§. 340—342. G. B. entsprechen) die Frage, ob der Bau einzustellen sei, erschöpfend behandeln.<sup>71</sup>

Die Singularität und eigenthümliche Bedeutung der Bestimmung der §§. 340—342. G. B. besteht aber zunächst darin, daß, wenn sich der Bauführer nach Vorschrift der Gerichtsordnung benommen und der durch den Bau beeinträchtigte, zur Baukommission geladene Besitzer seine Einwendungen gegen den beabsichtigten Bau nicht bei der Baukommission geltend gemacht hat, das durch die planmäßige Ausführung verletzte Recht weder possessorisch noch petitorisch geschützt wird. (Vgl. d. Folg. zu 1. a.) Außerdem besteht die Besonderheit der diesfälligen Anordnungen der §§. 340—342. heutzutage mit Rücksicht auf die §§. 9. und 10. der citirten kais. Verordn. fast nur mehr in dem Umstande, daß das Gericht die Einstellung des Baues, beziehungsweise der Niederreißung eines Bauwerks (außer den im zweiten Satz des §. 341. G. B. bestimmten Fällen) über Begehren des Klägers sofort verfügen muß (§. 340. G. B. und §. 8. der cit. Verordnung), während es in anderen Fällen dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, ob und unter welchen Bedingungen er dem Beklagten alle Veränderungen mit dem Gegenstande des Streites zu unterlagen für gut findet. (§§. 9. u. 10. der cit. kais. Verordn.)

Bei dem engen Zusammenhange, in welchem die Bestimmungen der §§. 340—342. G. B. mit der Gerichtsordnung und den Bau-

71) Auch die Entsch. des D. O. G. Nr. 3835 der Samml. Gl.-u.-W. anerkennt ausdrücklich, daß der §. 340. lediglich als Konsequenz des §. 339. aufzufassen ist. So im Grunde auch die Kommentatoren, vgl. Zeiller, II. S. 87. Rippel, III. S. 154. Stubenrauch, I. 2. A. S. 453. Kirchstetter, S. 174, auch Magas a. D. Mitunter wird dies aber insofern verkannt, als die Verletzung von Rechten, oder doch die Gefahr eines Schadens als Erforderniß der Klage hingestellt wird. (Arg. §. 340. „in seinen Rechten gefährdet“, cfr. §. 341.) So namentlich Prockner, Jurist 14. S. 111. Stubenrauch, I. S. 454 und selbst Magas a. D. N. 11, welcher meint, der klagende Besitzer müsse „den bevorstehenden Schaden nachweisen.“ Nicht genau Schuster, Baurecht S. 75, sofern er von Rechten spricht. Dies ist irrig. Auf den Besitz ist der Nachdruck zu legen; der Schaden ist nebensächlich, muß sogar über Einspruch auf den ord. Rechtsweg gewiesen werden. (§. 5. der cit. k. Verordn.) Auch Zeiller, S. 89, Nr. 1 u. S. 90, N. 3 a. E. spricht ungenau von „Rechten“; verfehlt ist dessen Bemerkung S. 90 a. E. Daß unter den „Rechten“ die Besitzrechte verstanden sind, zeigt der Zusammenhang des §. 340. und des §. 62. II. des Entw. Darum ist derselbe auf Hypothekrechte

vorschriften stehen, erscheint es geboten, das bezügliche Verfahren näher darzulegen.

Wer einen Bau (Neu-, Zu-, Umbau) vorhat, oder eine solche wesentliche Umänderung, insbesondere Einreißung eines bestehenden Gebäudes vorzunehmen beabsichtigt, durch welche auf die Festigkeit oder Feuersicherheit des Gebäudes oder auf die Rechte der Anrainer (Nachbarn) Einfluß geübt, oder die Fagade („das äußere Ansehen“) oder der allgemeine Bauzustand überhaupt verändert wird, hat nach Vorschrift der bestehenden Bauordnungen die behördliche Bewilligung zur Ausführung unter Vorlegung des Bauplanes (in doppelter Ausfertigung) anzusuchen.<sup>72</sup> Andere (nicht wesentliche) Ausbesserungen oder Abänderungen sind der Baubehörde ohne Einholung einer Baubewilligung bloß anzuzeigen, bevor sie in Angriff genommen werden.<sup>73</sup> Die kompetente Baubehörde erster Instanz ist

unanwendbar. — Es mag daran erinnert werden, welsch große Sorgfalt der Abfassung der Marginalrubriken gewidmet wurde. S. Pfaff, Material. S. 29.

72) Vgl. die §§. 1. 2. 8. der Bauordnung für Böhmen v. 11. Mai 1864. 3. 20, mit welcher die anderen Bauordnungen, besonders für Mähren v. 20. Dezember 1869. 3. 1, für Schlesien v. 23. März 1867. 3. 16, für Nieder-Oesterreich v. 28. März 1866. 3. 14, für Ober-Oesterreich v. 25. März 1874. 3. 9, für Wien v. 2. Dezember 1868. 3. 24, für Steiermark v. 9. Februar 1857, für Innsbruck v. 17. November 1864, für Istrien v. 18. März 1874, für Kärnten v. 13. März 1866, für Krain v. 4. Dezember 1866, für Bukovina v. 7. Dezember 1869, für Triest v. 13. Juli 1854, für Boraarlberg v. 27. Februar 1874, für Lemberg v. 10. Januar 1855, für Salzburg v. 28. Januar 1873, für Czernowitz v. 7. Dezember 1869 — sowie die älteren Bauvorschriften (vgl. Stubenrauch, I. [2. A.] S. 453, Nr. 2), bes. das Hofdekret vom 5. März 1787. 3. 641 J. G. S. in dieser Frage wesentlich übereinstimmen. Daß auch Niederreißungen (§. 342. G. B.) zu den Umänderungen gehören, zu welchen nach der oben angeführten Regel der Baugesetze die polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, geht klar aus dem §. 16. der böhm. B. O. hervor. Die Bauordnungen, welche v. 2. Dezember 1848 bis Ende Juni 1875 in den österr. Ländern erschienen, sind abgedruckt im 14. Bande der Manz'schen Taschenausgabe der österr. Gesetze. — Mehrere Bauordnungen (für Wien §. 4., Salzburg §. 10. u. a.) verlangen auch Nachweis des Eigentums des Bauführers am Baugrunde. — Das gemeine deutsche Pr. R. kennt die Provokation zur Sicherung eines Baues nicht. S. Mengert, §. 20. N. 8.

73) Vgl. §. 3. der böhm. Bauordn. Im Zweifel entscheidet die Baubehörde über die Nothwendigkeit eines förmlichen Baukonsenses. — Mit Unrecht behauptet Magas a. a. D. N. 11, daß das in den §§. 340—342. G. B. geregelte Spezialverfahren auch dann stattfinde, wenn die politische Baubewilligung nicht erforderlich ist. Damit ist natürlich die allgemeine Besitzklage (§. 339.) nicht neigt. Beides verwechselt die Entsch. Nr. 2057 der Samml. Gl.-u.-W.

in der Regel das Gemeinbeamt (Art. 5. des Reichsgemeindegesez. vom 5. März 1862. Z. 18., vgl. §. 82. der böhm. B. D.).<sup>73a</sup>

Ebenso ist im Allgemeinen zu jeder Wasseranlage (Wasserwerk) die Bewilligung der kompetenten Wasserbaubehörde (in der Regel der politischen Bezirksbehörde) erforderlich.<sup>74</sup> Vgl. die §§. 75—99. der Landeswassergeseze, bes. des böhm. W. G. v. 28. August 1870. Z. 71. L. G., dazu die Abh. Ger. Z. 1877. Nr. 21. und meine Monographie: Beitr. z. österr. Wasserrechte (2. Aufl. 1878 S. 27 flg. 31. flg. 49. 55.).

Die Baubehörde hat zur Prüfung der Zulässigkeit des Baues

73a) Nach dem tirol. Gemeindegeseze (§. 27. q.) gehören Bauangelegenheiten in zweiter Instanz zur Kompetenz des Landesaussschusses. Vgl. Entsch. Nr. 69 der „Samml. der Erkennt. des Reichsgerichtes“, herausg. v. A. Pyc, Freih. v. Glunef. Dasselbe scheint nach den übrigen Gemeindegesezen angenommen werden zu müssen, da die Baupolizei nicht zu dem „übertragenen“ Wirkungskreife der Gemeinde gehört. Art. 18 des Reichsgesez. v. 5. März 1862. Z. 18 N. G. Bl., dazu §§. 82. 88. mähr., §. 93. niederösterr., §. 51. oberösterr., §§. 87. 88. böhm. B. D., — unbeschadet des Verbotungsrechtes der polit. Behörden im Falle der Verlegung der Baugeseze. (§. 91. österr. B. D. u. Erf. des Reichsger. Nr. 22, dazu art. 16. Reichsgesez. v. 5. März 1862.)

74) Abgesehen vom Gemeingebrauch der öffentlichen Gewässer ist zur Errichtung oder Aenderung jeder anderen zur Benutzung, Leitung und Abwehr derselben dienenden Vorrichtung oder Anlage, welche auf die Beschaffenheit, den Lauf oder die Höhe des Wassers Einfluß nimmt oder die Ufer gefährdet, die Bewilligung der politischen Behörde erforderlich. Dieselbe ist auch bei Privatgewässern erforderlich, wenn durch deren Benutzung auf fremde Rechte oder auf die Beschaffenheit, den Lauf, oder die Höhe des Wassers in öffentlichen Gewässern eine Einwirkung entsteht. Zu solchen Wasserwerken gehören insbesondere Triebwerke und Stauanlagen, Schutz- und Regulierungswasserbauten (§§. 17. 18. 47. 78. des böhm. L. Wassergesez. v. 28. August 1870). Auch zu Wasserzuleitungen jeder Art aus öffentlichen Gewässern wird diese Bewilligung erfordert (§. 27. eod.). Selbst zu Anlagen, durch welche der natürliche Abfluß der über ein Grundstück fließenden Gewässer zum Nachtheil des unteren Grundstückes oder der Abfluß solcher Gewässer zum Nachtheil des oberen Grundstückes geändert wird, ist die behördliche Genehmigung nöthig (§. 11. W. G.) und gehören die bezüglichen Angelegenheiten, soweit es sich nicht um die Geltendmachung von Privatrechtstiteln handelt, ausschließlich in den Wirkungskreis der Administrativbehörden. (§. 75.: Alle Angelegenheiten, welche sich auf die Benutzung, Leitung und Abwehr der Gewässer nach diesem [Wasser-] Geseze beziehen, gehören in den Wirkungskreis der politischen Behörden.) Nicht ganz richtig ist daher die bei Rißling, Reichsgericht zc. (1875) Nr. 118 citirte Entscheidung des obersten Reichshofes v. 23. Dezember 1873. Nr. 11964, daß eine Besitzstörungsklage überall zulässig sei, wo die Aenderung des Wasserlaufs kein öffentliches Interesse in Frage stellt. Die Grenzen der Kompetenz der Gerichts- und Administrativbehörden im konkreten Falle festzustellen, ist h. z. eine höchst schwierige Aufgabe! Klarheit ist leider unseren neueren Gesezen nicht nachzurühmen. Näheres im §. 7 d. Note 56 b. c. d. B.

eine Kommission an Ort und Stelle unter Beiziehung eines Sachverständigen anzuordnen und zu denselben den Bauherrn, den Bauführer und die baubetheiligten Anrainer (Nachbarn) und auf ausdrückliches Begehren des Bauführers auch sonstige Interessenten, gegen deren Widerspruch er sich sicherzustellen wünscht (§. 72. A. G. D.), vorzuladen.<sup>75</sup> Auffällige Einwendungen gegen den

75) Vgl. Hofd. v. 5. März 1877. Z. 691, dazu §. 13. der böhm. Bauordn. Andere Personen, deren rechtliches Interesse möglicher Weise durch den Bau berührt wird, sind zwar nicht von Amtswegen, wohl aber über Begehren des Bauführers, sofern sich dieser gegen deren Einwendungen schützen will (§. 72.), zur Kommission vorzuladen. Dies bestimmt ausdrücklich der §. 9. der mährischen Bauordn. vom 20. Dezember 1869. Manche Bauordn. (vgl. jene für die Vorarlberg §. 9., Böhmen §. 5.) verordnen sogar imperativ die Vorladung aller Interessenten, indeß andere (vgl. Bauordn. für Wien §. 9., für Ober-Österreich §. 5., Schlesien §. 9., Salzburg §. 12., Steiermark §. 144.) für Ober-Österreich §. 5., nur der „Nachbarn“ erwähnen. — Ohne Zweifel müßten die Einwendungen solcher Interessenten gegen den Bau selbst dann zu Protokoll genommen werden, wenn dieselben ohne Vorladung bei der Lokalkommission erscheinen würden. (Vgl. §. 6. der nieder-österr. Bauordn.) Denn der Zweck des offiziellen Vorverfahrens geht eben dahin, den Bau gegen alle möglichen Einwendungen im Voraus sicherzustellen — sei es durch gütlichen Ausgleich, sei es durch Entscheidung derselben im Prozeßwege. Zu dieser Klasse der nicht von Amtswegen zu ladenden Interessenten gehören namentlich Ufstruktare, Superfiziare, Pächter, Miether, Wasserleitungs-, Weg-, Aufsichtservituten zustehen. (Vgl. auch §§. 78 flg. des böhm. L. Wass. G.: „sonstige Interessenten, deren Rechte . . . berührt werden.“) Daß die Mehrzahl der Bauordnungen die Vorladung auf die Anrainer (Nachbarn) beschränkt, beruht darauf, daß in der Regel nur diese Personen ein Interesse an dergleichen Bauten zu haben pflegen. Dem Bauführer muß es überlassen bleiben, auch die Vorladung anderer Personen zu beantragen, um sich auch gegen deren „Widersprüche“ (Einwendungen) nach Vorschrift der G. D. (§. 72.) noch vor Beginn des Baues schützen und dadurch vor Schaden bewahren zu können. Auch wird nur der Bauführer — nicht die Baubehörde — von der Existenz solcher Interessenten Kenntniß haben. Mit Grund spricht daher die G. D. (§. 72.) ganz allgemein von „denjenigen, gegen deren Widersprüche er (Bauführer) sich sicherzustellen gedenkt“; die Bauordnungen, die im Sinne der G. D. zu interpretiren sind. Auch der 1. Entwurf der G. Proj. Ord. §. 562. gestattet die Aufforderung ganz allgemein: „Wer einen Bau, Anlage einer Wasserleitung oder ein ähnliches Werk auszuführen beabsichtigt und sich gegen einen auf privatrechtlichen Gründen beruhenden Widerspruch einer Person, die im Bau schützen will, befugt, diese Person . . . aufzufordern.“ — Mit Recht bestimmt daher neuestens die mähr. Bauordn. v. 20. Dezember 1869 (§. 9.), daß außer den von Amtswegen zu citirenden Anrainern über Begehren des Bauführers auch andere Personen, deren Interesse durch den Bau berührt wird, zur Kommission vorzuladen sind. Hat es der Bauführer unterlassen, alle Interessenten zu

Bau soll die Behörde bei der kommissionellen Verhandlung soviel als thunlich im gütlichen Wege beizulegen suchen. Kommt ein Uebereinkommen nicht zu Stande und beziehen sich die Einwendungen auf Privatrechte, so hat die Behörde den Streit auf den Rechtsweg zu verweisen.<sup>76</sup> Ueber alle anderen Einwendungen hat die Baubehörde zu entscheiden und jedenfalls zu erkennen, ob und in wiefern der Bau in öffentlicher Beziehung zulässig sei. Die privatrechtlichen Einwendungen, deren Austragung dem Civilrechtsweg vorbehalten wird, sind in der Erledigung immer speziell anzuführen.<sup>77</sup>

Ähnlich bei Wasserbauten. Es hat nämlich die Behörde das sog. „Aufgebotsverfahren“ einzuleiten, und zwar in der Regel das ordentliche, ausnahmsweise — wenn ersteres von der Partei nicht verlangt wird und das Unternehmen von geringerer Wichtigkeit ist — das sog. „abgekürzte Verfahren“. (Böh. §§. 78ffg. bes. §. 83., N. D. §. 74 flg., Steierm. §. 72. flg. L. Waff. G.) Im ord. „Aufgebots- (Ediktal-) Verfahren“ ist die Unternehmung durch Anschlag in den betreffenden und angrenzenden Gemeinden und durch Einschaltung in die Landesblätter mit dem Beisatze kundzumachen, daß alle Einwendungen bei der Verhandlung vorzubringen sind, widrigens die Beteiligten der Unternehmung und der dazu nöthigen Abtretung oder Belastung von Grundeigenthum als zustimmend angesehen würden.

nennen, so hat er die Folgen der Unachtsamkeit zu tragen. Vgl. N. 68. Der §. 659. des neuen Entw. d. C. Pr. D. (1876) stimmt wesentlich mit dem §. 562. cit. überein.

<sup>76</sup>) Sofern die Intervention der Gerichte überhaupt nicht Statt hat, können selbstverständlich die Privatrechtsansprüche auch in diesem Falle nicht auf den Rechtsweg verwiesen werden. Vgl. den Fall Nr. 713 der Samml. Gl.-u.-W., in welchem der D. G. S. und das Staatsministerium mit Bezug auf die Mühlordnung v. 1. Dezember 1814 den Streit über Benützung der Wasserkraft zum Mühlbau der Administrativbehörde zur Entscheidung zuwies. Vgl. auch §. 75. L. W. G., B. v. 7. 1860. Z. 172. Ebenso wurde in dem Rechtsfall Nr. 2476 der Samml. der Besitzstreit über die Verengerung eines Flußbettes durch eine Dammaufführung dem Wirkungskreise der Administrativbehörde zugewiesen.

<sup>77</sup>) Vgl. die §. 14. der böhm., §. 10. der mähr., §. 10. der nieder-östr. und fämt., §. 9. der Wiener und schles., §. 5. der Vorarlb. Bauordnung, welche diese Spezialfirung mit Recht verordnen. Allgemeine Protestationen ohne spezielle Angabe des Privatrechts, auf welches der Einspruch gestützt wird, sind sehn wirkungslos. (Vgl. §. 10. der mähr. B. D.) In der That würde sonst nur der Chicane Vorschub geleistet! Eines Beweises des behaupteten Privatrechts bei der Lokalkommission bedarf es natürlich nicht. — Die Bauordnungen fügen hinzu: daß das Gericht nach §. 340. 341. G. B. darüber zu entscheiden habe, ob und unter welcher Beschränkung mit einem Baue begonnen werden könne, der vom öffentlichen Standpunkte als zulässig erkannt wurde.

Die bekannten Interessenten sind überdies besonders zu verständigen; doch macht die unterlassene Zustellung das Verfahren nicht ungiltig. (§. 82.) Im „abgekürzten Verfahren“ unterbleibt die öffentliche Kundmachung in den Landesblättern (§. 83). Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Verfahren besteht nun darin, daß im „abgekürzten Verfahren“ die unterlassene rechtzeitige Anmeldung der Einwendungen bloß die Folge hat, daß diejenigen Beteiligten, welche zur Verhandlung entweder gar nicht oder nicht mindestens acht Tage vorher geladen wurden und bei derselben nicht erschienen sind, ihre Einwendungen, insbes. ihre Privatrechte später noch im Rechtsweg geltend machen können (§. 83. Das mähr. L. W. G. verordnet die Anbringung in einer nachträglich zu bestimmenden 14 tägigen Frist). Wird gegen das Unternehmen, gegen welches in öffentlicher Beziehung kein Anstand obwaltet, ein privatrechtlicher Einspruch erhoben, über welchen die polit. Behörde nicht zu entscheiden hat, ist nach fruchtlosem Vergleichsversuche die Entscheidung zu fällen, daß das Unternehmen in öffentlicher Beziehung zulässig sei. Für die privatrechtlichen Einwendungen bleibt der Rechtsweg vorbehalten. (Böhm. §§. 88. und 89., N. D. §. 84. Steierm. 81.)

In diesem Falle kann nun der Bauführer gemäß §. 72. der A. G. Ordn. (§. 73. gal. G. D.) bei der Realinstanz des Baugrundes gegen diejenigen, welche gegen den Bau Einspruch erhoben haben, die Aufforderungsklage anstellen, und in derselben bitten, daß denselben aufgetragen werde, ihre Rechte gegen den Bau so gewiß auszuführen, als ihnen sonst in Ansehung derselben das ewige Stillstehen aufgetragen und dem Aufforderer nach dem eingelegten Baurisse zu bauen gestattet würde. Doch findet die Aufforderungsklage nach der allgemeinen Regel des §. 323. A. b. G. B. nicht statt, wenn der Aufgeforderte beweist, daß er im Besitze desjenigen Rechtes ist, auf welches er seinen Einspruch stütze. (Vgl. §. 6. Nr. 6. dies. B.) Die Meinung, daß in diesem Falle des Aufforderungsprozesses die Beantwortung im Wege der Einrede ausgeschlossen und nur die aufgeforderte Klage zulässig sei, ist durch den ganz allgemeinen Wortlaut des §. 72. G. D. („ihre Rechte dawider auszuführen“) gewiß nicht zu rechtfertigen und verstößt gegen einen Kardinalgrundsatz des materiellen Rechts (§§. 323. 324. G. B.); sie ist auch durch die Spruchpraxis des obersten Gerichtshofs mit Recht

stets verworfen worden.<sup>78</sup> In solchen Fällen erübrigt dem Bauführer der allgemeinen Regel gemäß nur die allerdings beschwerlichere Negatorienklage (§. 523. G. B. und dazu §. 6. C. 93. d. B.).

Wurde die aufgeforderte Klage in der bestimmten Frist eingebracht, so wird der Prozeß ordnungsmäßig durchgeführt und durch Urtheil entschieden, ob der Bau nach Maßgabe des Bauriffes statthaft sei oder nicht.

Ist jedoch die aufgeforderte Klage in der bestimmten Frist nicht eingebracht worden, so wird dem Aufgeforderten über Begehren des Bauführers mittelst Urtheils in Ansehung des Rechts, auf welches er seinen Einspruch gegen den Bau gründete, das „ewige Stillschweigen“ auferlegt (§§. 71. 72. G. D.) und kann sohin der Bauführer nach dem eingelegten Risse den Bau führen.

Im Einzelnen sind sohin folgende Eventualitäten in Betracht zu ziehen:

1. Der Bauführer hat sich nach Vorschrift der Gerichtsordnung benommen.

Hier können folgende Fälle eintreten:

a) Der geladene Besitzer des durch die Bauführung gefährdeten Rechtes hat bei der Lokalkommission keine Einwendungen erhoben. Ohne Zweifel verwirkt er damit den possessorigen und petitorischen Schutz desselben insoweit, als es mit dem beabsichtigten und behördlich genehmigten Bau nicht verträglich erscheint. (§. 340. G. B. a. contr. u. Hofd. vom 5. März 1787.)<sup>79</sup>

<sup>78</sup>) Vgl. die Entsch. Nr. 110. 205. 958. 981. 2332. 3071. 3357. 3614 der Samml. Gl.-u.-W., die letzte gegen die gleichförmigen Entf. der Untergerichte; ferner das Judikat des D. G. §. Nr. 1 (Ger. Zeit. 1872. Nr. 70) und die Entsch. vom 30. April 1872. Z. 871 (Ger. Zeit. 1872. Nr. 100). (In diesem Falle berief sich der Geklagte auf den Besitz eines Kellers, der sich unter dem Baugrunde des Bauführers befand). Die Motivirung des D. G. §. geht dahin: daß zwar §. 72. G. D. diese Einwendung nicht im Auge habe, allein auch §. 68. G. D. spreche nur von der Beantwortung der angeschuldeten Verüthmung und nicht auch von der Einwendung des Besitzers, und doch sei diese Einwendung gegen die Aufforderung wegen Verüthmung unzweifelhaft zulässig. Nur die Beantwortung der Verüthmung falle hier hinweg, da diese durch das Ergebnis der Baukommission bereits konstatiert sei. — Wird die Aufforderungsklage mit der Einrede des Besitzes beantwortet, so hat das Urtheil nicht über das Recht zur Bauführung selbst, sondern nur darüber zu entscheiden, ob die Aufforderung Statt hat oder nicht. Vgl. den Rechtsfall Nr. 548 der Samml. Gl.-u.-W.

<sup>79</sup>) Vgl. Nr. 1867 und 4721 der Samml. Gl.-u.-W., woselbst die Besitzstörungsklagen aus dem Grunde abgewiesen wurden, weil der Geklagte ordnungsmäßig

b) Derselbe Erfolg tritt nothwendig auch dann ein, wenn der vorgeladene Besitzer des gefährdeten Rechtes bei der Lokalkommission nicht erscheint.<sup>80</sup> Denn die Tendenz der zugleich im öffentlichen Interesse getroffenen Bestimmungen (§. 340 flg., §. 72. G. D., Hofd. vom 5. März 1787. Z. 641., Hofd. vom 25. März 1841. Z. 8303.) geht offenbar dahin, den Bauführer bei Beobachtung des — zur Wahrung berechtigter Interessen vorgeschriebenen — Verfahrens gegen jede Einsprache (sei diese nun öffentlich- oder privatrechtlicher Natur) sicherzustellen und ist darum den Interessenten die Form der Geltendmachung ihrer Rechte imperativ vorgeschrieben.<sup>81</sup> Nichtbeobachtung der bezüglichen Vorschriften, welche den Charakter des öffentlichen Rechts an sich tragen, hat daher die Verwirkung des Einspruchsrechts zur Folge.<sup>82</sup>

den polizeilichen Baukonsens nachgesucht und der Kläger bei der Baukommission keine Einwendung erhoben hatte. S. auch Nr. 3835, 4806 (Nr. 32 Spruchrepert.) und 4969 ders. Samml. insbes. bezüglich der Wasserbauten. Zu bemerken ist, daß nur der Rechtspruch gegen die bestimmte konzessionirte Bauführung verloren geht. Er lebt daher wieder auf, wenn die Konzession zur Bauführung durch die Entscheidung der Oberbehörden behoben wird, oder durch Zeitaufbrauch (von 2 bezieh. 3 Jahren s. §. 15. mährische, §. 17. Wiener, §. 28. nieder-östr., §. 21. böhm. Bauordn.) erlischt. Man könnte versucht sein, diese Rechtsfolge auf einen stillschweigenden Verzicht (§. 863. G. B.) zurückzuführen; doch reicht dieser Gesichtspunkt keinesfalls aus. Die Ersatzklage bleibt nach allgemeinen Grundfätzen vorbehalten z. B. beim Vorbau auf fremden Grund (vgl. §. 418. B. G. B.). Vgl. auch Schuster, Baurecht Nr. 91, 92, S. 196 flg., welcher indeß immer nur den gemeinen Werth ersetzt wissen will, und Magas, Ger. Zeit. 1871. Nr. 11. Beide anerkennen, daß auf Restitution des früheren Zustandes nicht geklagt werden könne.

<sup>80</sup>) Da die Administrativbehörde hier ein privatrechtliches Verfahren leitet, so unterliegt die Anwendung des Grundsatzes des §. 29. G. D. keinem Zweifel. Die mähr. B. D. entscheidet den Fall ausdrücklich in diesem Sinne (§. 10. 3.); die anderen B. D. erwähnen ihn nicht. Die Landeswassergesetze (§§. 82., R. D. 78., Steiern. 75.) lassen darüber bezüglich der Wasserbauten keinem Zweifel Raum. S. oben S. 198.

<sup>81</sup>) Schon das Hofd. v. 5. März 1787 verordnet: daß die Obrigkeit „auch vor Ertheilung des Baukonsens die Nachbarn und Anrainer zu vernehmen und, wenn zwischen denselben Irrungen entstehen, diese im gütlichen Wege auseinanderzusetzen, sonst aber die Streitenden . . . an den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen hat“. Wehlich alle neueren Bauordnungen, so §. 14. böhm. B. D., §. 9. der Wiener, nieder-östr., schles., kämt. B. D., §. 10. der mähr. B. D. u. a.

<sup>82</sup>) So entschied auch der D. G. §. in dem Rechtsfall Nr. 348 der Samml. Gl.-u.-W. Ein Anrainer, welcher bei der Baukommission Einsprache erhoben hatte,



c) Der vorgeladene Besitzer hat gegen den Bau bei der Lokalkommission privatrechtliche Einwendungen erhoben. Kommt der von der Baubehörde anzustrebende gültliche Ausgleich nicht zu Stande, so hat dieselbe die Parteien auf den Rechtsweg zu verweisen. Von diesem Fall war bereits die Rede.

2. Der Bauführer hat sich nicht nach Vorschrift der G. D. benommen und sohin den Bau begonnen, ohne die erforderliche baupolizeiliche Bewilligung erwirkt zu haben, beziehungsweise — wenn diese nur mit Vorbehalt des Rechtsweges erteilt wurde — ohne eine ihm günstige richterliche Entscheidung über die auf den Rechtsweg gewiesenen Einwendungen seiner Gegner abzuwarten. In diesem Falle können die Letzteren, soweit ihr Besitz (Sach- oder Rechtsbesitz — auch Mitbesitz<sup>83</sup>) durch den Bau gestört wird, den Bauführer nach Maßgabe der §§. 340—342. G. B. mit der Besitzstörungsklage belangen<sup>84</sup> und entweder schon in der Klage oder in der Folge um die sofortige Erlassung des Bauverbotes ansuchen. (§. 8. der k. Bdg. vom 27. Oktober 1849.)<sup>85</sup> Bis zur Entscheidung dieses Besitzstreites ist die Fortsetzung des Baues nicht zu gestatten, es sei denn

a) daß durch die Einstellung desselben eine Gefahr für den Bauführer entstehen würde,<sup>86</sup> oder

brachte gegen den Bauführer nach bereits hergestelltem Bau die Negatorienklage ein, welche aus dem Grunde zurückgewiesen wurde, „weil die vorgeschriebene Bauverhandlung den Zweck habe, den Bauführer gegen jede spätere Einsprache sicher zu stellen, wie dies §. 340. G. B. klar (?) ausspreche.“ Vgl. auch Stubenrauch, I. S. 454 (2. A.).

83) Nach röm. Recht steht die O. N. N. allerdings den Mitbesitzern gegen einander nicht zu. L. 3. §. 1. 2. D. h. t. Doch ist, wie früher bemerkt, der prinzipielle Gesichtspunkt der O. N. N. ein anderer als jener, den das G. B. in den §§. 340 flg. festhält.

84) Daß eine Klage notwendig ist, zeigt nicht bloß der Zusammenhang der §§. 340 flg. mit dem §. 339., sondern auch der Wortlaut des §. 8. der k. Verordn. v. 27. Oktober 1849. Zu eng ist die Behauptung von Mage's a. D. Nr. 11, daß der Geklagte „unechter Besitzer“ sein müsse. Jede Besitzstörung begründet die Klage. Vgl. Nr. 3835 Samml. Gl.-u.-W.

85) Daß auch die Polizeibehörde den ohne behördliche Bewilligung begonnenen Bau einstellen kann, kommt hier nicht in Betracht. Vgl. Schuster, Baurecht S. 208. Die Ansicht Cansteins, VI. S. 186, daß hier das Verbot, nicht wie §. 8. bestimmt, sogleich in Erledigung der Klage, sondern erst „nach Einvernehmung der Parteien“ erlassen werden dürfe, findet in dem berufenen §. 341. G. B. keine Stütze; abgesehen davon enthält der §. 8. das neuere Recht.

86) So insbes. bei unvollendeten Wölbungen, bei drohender Unterwaschung

b) daß der Bauführer Kautions (für Restitution und Ersatz) leisten, der Verbotsleger dagegen keine ähnliche Sicherstellung für die Folgen seines Verbots geben würde.<sup>87</sup>

Wird also von keiner Seite oder wird vom Verbotsleger Kautions geleistet, so ist die Fortsetzung des Baues nicht zu gestatten. Das Ermessen des Richters ist in diesem Falle (§. 341.) durch die bestimmte Fassung des Gesetzes ausgeschlossen.<sup>88</sup>

Bei der endlichen Entscheidung der nach der k. Verordn. vom 27. Oktober 1849 summarisch zu verhandelnden Streitsache hat sich jedoch der Richter vor Augen zu halten, daß es nach dem A. b. G. B. (§§. 339. 340.) der Besitz ist, der durch das im §§. 340—342. gebotene Rechtsmittel gegen Störung durch Bauführungen geschützt werden soll. Soweit daher Kläger nicht Besitzer ist oder nach allgemeinen Grundsätzen eine Besitzstörung nicht vorliegt oder possessorisch nicht mehr verfolgt werden kann,<sup>89</sup> kann die Klage trotz polizeiwidriger Bauführung nicht mit Erfolg angestellt werden.<sup>90</sup> Allerdings steht

der Fundamente eines Gebäudes u. s. f. Die Protokolle denken (ebenso Zeiller) hauptsächlich an einen Bau zur Abwehr eines drohenden Schadens, ebenso der Entwurf II. §. 60.

87) Vgl. Nr. 4572 Samml. Gl.-u.-W. In der Sitzung der Revisionskommission v. 13. November 1809 zergliederte Pfleger ausführlich die einzelnen Ausnahmefälle, wie überhaupt gerade dieser Detailfrage die unverdiente Ehre einer eingehenden Debatte zu Theil wurde, in welcher das Streben sichtbar ist, das richterliche Ermessen thunlichst einzuschränken. Aus diesem Grunde wurde schon in der Sitzung vom 13. Juli 1807 im §. 61. Entw. (§. 341. G. B.) über Zeiller's Antrag statt des Wortes: „kann“ der Imperativ: „ist“ der Bau einzustellen, gesetzt.

88) Anders in anderen Besitzstörungsfällen nach §. 9. der k. B. v. 27. Oktober 1849. Vgl. vorige Note. Bemerkenswerth ist, daß alle Bauordnungen in dieser Frage auf die §§. 340 flg. B. G. verweisen. — Von den Kommissionsmitgliedern war nur Michen der Ansicht, daß im Falle der Sicherheitsleistung des Bauführers diesem der Vorzug zu geben sei, da der Verbotsleger durch die Kautions gedeckt sei (Sitzung v. 23. November 1809). Dagegen hatte Zeiller schon in der Sitzung v. 13. Juli 1807 die im Gesetze recipirte Meinung namentlich mit der Rechtsregel: in pari causa melior conditio possidentis vertreten; Bauführer müsse sich auch die Folgen zuschreiben, wenn er sich nicht nach der G. D. benommen habe. — Dieser Gedanke liegt wohl auch den Entsch. Nr. 1626 und 3528 Samml. Gl.-u.-W. zu Grunde.

89) J. B. wegen Ablauf der dreißigtägigen Klagefrist vom Zeitpunkt der erlangten Wissenschaft (§. 2. der k. B. v. 27. Oktober 1849).

90) Dies wird mitunter verkannt, so von Winivarter, II. S. 74. Nicht schon das Bauen ohne Baukonfens, sondern die Verlegung des Besitzes oder Rechtes durch die Bauführung macht civilrechtlich verantwortlich. Vgl. Mage's a. D. Nr. 11 und den Fall Nr. 3540 Samml. Gl.-u.-W., in welchem die Be-

aber den verletzten Interessenten frei, die Einstellung des Baues bei der Baubehörde zu beantragen oder zum Schutze ihres Rechtes die Zivilklage anzustellen.<sup>91</sup>

Ist also derjenige, dessen Rechtsphäre durch den behördlich nicht bewilligten Bau beeinträchtigt wird, nicht Besitzer des gefährdeten Rechtes, so steht ihm zur Wahrung seines Rechtes nur die petitio-ri-sche Klage (namentlich die negatoria) zu.<sup>91a</sup>

Es erübrigt nur die Frage, wie es sich in dem Falle verhält, wenn der Interessent (Anrainer oder Nichtanrainer), dessen Besitz durch die Bauführung beeinträchtigt ist, zur Lokalbaukommission gar nicht vorgeladen wurde und daher nicht Gelegenheit hatte, seine Interessen ordnungsmäßig zu wahren?<sup>92</sup> In Ansehung der Wasserbauten ist auf den oben (S. 198) hervorgehobenen Unterschied zwischen dem o. „Aufgebots“- und dem „gekürzten“ Verfahren zu verweisen. In Ansehung anderer Bauten dürfte es wohl nicht zu bezweifeln sein, daß jene Interessenten hierdurch ihrer Rechte nicht verlustig gehen. Vielmehr muß zugestanden werden, daß die Anrainer bei der Baubehörde die Abhaltung einer neuerlichen Baukommission (allenfalls im Rekurswege) verlangen und daß überdies alle Interessenten, deren Besitz durch die Bauführung gestört wird, nach Maßgabe der §§. 340—342.

siklage des nichtbesitzenden Eigenthümers auf Grund des §. 340. in allen Instanzen zurückgewiesen wurde, obgleich der Bau ohne Beobachtung des §. 72. G. D. geführt wurde. S. auch die Entsch. Nr. 3835 ders. Samml. (S. Note 84.) Verletzung des Rechtes kann nur die petitio-ri-sche Klage insbes. die a. negatoria begründen. — Anders nach röm. Recht bei der O. N. N., wenn der Nuntiat trotz des Privatverbots des Nuntianten das Werk beginnt oder fortsetzt. Hier kann der Letztere mit dem interdictum de opere restituendo (sog. interd. demolitorium) Herstellung des früheren Zustandes verlangen, ohne daß nach dem Rechte gefragt wird. Vgl. L. 20. pr. §. 1—8. L. 22. 23. D. O. N. N. 39. 1., dazu Windscheid, §. 466. Nr. 13. Arndts, §. 330. Stölzel, §. 38. S. 229 flg.

91) Diese Klage wird oft nicht nöthig sein, da die Baubehörde den Bau nach den Baugesetzen einzustellen und, wenn die Baubewilligung nicht nachträglich ertheilt wird, niederreißen zu lassen hat (§§ 16. 92. b. B. D.). Wegen bloß privatrechtlicher Ansprüche darf von derselben die Niederreißung nicht verfügt werden. S. Entf. d. Berwalt. G. S. vom 4. Januar 1878 in Samitsch's Zeitsch. 1878. S. 68 flg.

91a) So kann z. B. der Hypothekargläubiger sein durch Abtragung des Gebäudes gefährdetes Recht petitio-ri-sch schützen.

92) Dieser Fall kann insbesondere bei Usuaren, Fruktuaren, nicht angrenzenden servitutberechtigten Grundbesitzern, Pächtern und Mietnern eintreffen. Auch kann es geschehen, daß selbst Anrainer zur Kommission nicht geladen werden; Versähen und Absicht können hierbei eine Rolle spielen.

G. B. die Besitzstörungsklage auf Einstellung des Baues erheben können. Denn den von der Baukommission nicht verständigten Interessenten gegenüber ist der Bau als nicht konfessionirt anzusehen. Der Bauführer kann sich hierdurch nicht beschwert erachten, da es ihm freistand, die Vorladung aller „derjenigen, gegen deren Widersprüche er sich sicherzustellen“ hatte, zur Lokalkommission zu verlangen und dadurch das im §. 72. G. D. und dem Hofd. vom 5. März 1787 vorgeschriebene regelmäßige Verfahren zur Anwendung zu bringen. (Vgl. Note 75.) Für diese Auslegung spricht auch die bereits erwähnte gesetzliche Sanktion im „abgekürzten“ Wasserbauverfahren. (§§. Böhm. 83. N. D. §. 79. Steierm. §. 76.)

### §. 7c. Die Besitzentziehungsklagen (§§. 346. 347. A. b. G. B.).

Wer des Besitzes einer Sache oder eines Rechtes eigenmächtig (widerrechtlich) entsetzt worden ist, kann gegen denjenigen, der ihm den Besitz in dieser Weise entzogen hat, die Klage auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes (insbesondere Restitution der Sache) und auf Schadenersatz erheben (§. 346. G. B.). Der Begriff der eigenmächtigen oder widerrechtlichen Besitzentziehung ist hier näher zu erörtern und zu begründen.

Das bürgerliche Gesetzbuch (§. 346.) bestimmt allerdings zunächst nur, daß die Klage statfinde gegen den „unechten Besitzer“, d. i. gegen „denjenigen, welcher sich in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht“.

Offenbar definiert hier das Gesetzbuch den vitiosen (fehlerhaften) Besitz (injusta poss.) des römischen Rechts und gibt die Besitzklage gegen denjenigen, der dem Kläger den Besitz vitioser Weise (vi, clam, precario) entzogen hat.<sup>1</sup> Das Gesetzbuch vereinigt und generalisirt

1) Unter justa possessio begreifen die Römer (vgl. Savigny, §. 8.) zuweilen den Besitz, zu dem man berechtigt ist, und in diesem weiteren Sinne ist j. p. der rechtmäßige Besitz des A. b. G. B. (§. 316.). Meist aber bezeichnen sie mit der j. p. den Gegensatz zum vitiosen Besitz (dem vi, clam, precario erworbenen) und nennen daher j. p. jeden Besitz, der ohne Gewalt, ohne Verheimlichung und ohne Gewährung des precarium angefangen hat. L. 1. §. 9. und L. 2. D. Ut poss.

daher die *interdicta recuperandae possessionis* des röm. Rechts und gibt dem generellen einheitlichen rekuperatorischen Besitzrechtsmittel durch die allgemeine Fassung der bezüglichen Paragraphen (339. 346.) in Ansehung des Gegenstandes die allerweiteste Ausdehnung.<sup>2</sup> Der Besitz wird ohne Rücksicht auf sein

Dieser engeren Bedeutung der *injusta poss.* entspricht der unechte Besitz des A. b. G. B. S. aber noch N. 29. Während also j. p. im weiteren Sinne (rechtmäßiger Besitz) die Berechtigung zum Besitze bezeichnet, bezieht sich derselbe Ausdruck im engeren Sinne auf die Erwerbssart des Besitzes. — Das preuß. L. R. enthält in den §§. 146. 147. I. 7. wesentlich dieselbe Bestimmung wie der §. 346. b. G. B.: nur hat es — wenn anders die Fassung der *cit.* §§. keine pleonastische ist — zu den drei Fällen des fehlerhaften Besitzserwerbs noch einen vierten („Eist“) hinzugefügt. Vgl. Koch, S. 279. Förster, §. 162. N. 37. (Nach dem B. G. B. §. 346. soll der Besitz „durch Eist“ lediglich den heimlichen Besitzserwerb näher charakterisiren und ist die Fassung des §. 1464. nur ein Pleonasmus.) — Im sächf. b. G. B. §. 129. wird der echte Besitz richtiger als fehlerfreier bezeichnet. Das Züricher. G. B. §. 494. nennt den vitiosen Besitz „fehlerhaft und unehrlich“ — dehnt übrigens den Begriff auf alle Fälle des Mißbrauchs einer Vergünstigung aus. Der bayr. Entwurf III. art. 21. erklärt nicht nur den *vi. clam. precario*, sondern jeden ohne den Willen des bisherigen Besitzers widerrechtlich erworbenen Besitz für „fehlerhaft“ und zur Begründung der Besitzklage für genügend. (art. 32.) Zu den letzteren Fällen zählen die Motive die Fälle unberechtigter Retention der gemieteten oder gepachteten Sache (art. 432. 461.). Allein darin liegt nicht nothwendig Erwerb des Besitzes. Offenbar ist die Fassung nicht genau.

2) Der §. 346. bezeichnet nicht die Person des Klägers; offenbar hat jedoch das Gesetz den Besitzer vor Augen, wie die Konsequenz des ganz allgemein vom Besitzeschutze handelnden §. 339. G. B. ergibt. Dies sagt §. 2. der k. Verordn. v. 27. Oktober 1849 außer Zweifel. — Das preuß. L. R. (§§. 146. 147. 169. 170.) und das sächf. G. B. (§. 209.) weichen vom röm. und österr. Rechte darin ab, daß sie diese Klage auch dem Detentor einräumen. — Das Züricher. G. B. (§. 505.) beschränkt die rekuperatorische Besitzklage auf den redlichen Besitzer. S. Bluntschli, II. S. 30. Zu rechtfertigen ist diese Beschränkung nicht. S. dagegen Stobbe, §. 77. N. 28. — Das französische G. B. (art. 23. C. de pr.) schützt an Immobilien und Servituten nur den Annualbesitz, obgleich von einer großen Anzahl von Juristen behauptet wird, daß in Ansehung der Entsetzungsklage die Grundsätze der alten *Réintégrandes* noch heute gelten und daher von der Besitzdauer abzusehen sei. Dagegen s. Zacharia, §. 187. a. 188. Frey, §§. 186. 187. Bezüglich der Mobilien gilt der Satz (art. 2279.): *en fait de meubles la possession vaut titre*: der Besitz vertritt den Beweis des Eigenthums; nur bei gestohlenen und verlorenen Sachen wird ausnahmsweise vindikation in beschränkter Weise zugelassen. Vgl. Zacharia, §. 215 b. — Das ital. G. B. schützt gegen Störung nur den legitimen Annualbesitz (art. 694.), dagegen jeden Besitz, ohne Rücksicht auf dessen Dauer und Qualität, gegen Spoliation (art. 695.). Unter legitimen Besitz ist der Usukapionsbesitz gemeint. Vgl. Forlania. D. S. 242 und §. 7. N. 12 d. B. — Bei Grunddienstbarkeiten schützt übrigens auch das sächf. G. B. §. 560. nur den Annualbesitz. (Vgl. §. 26. N. 5. d. B.) — Das russ. Recht schützt in Anlehnung an das röm.-can. Recht den letzten selbst illegal erworbenen Be-

Objekt (Immobilien, Mobilien, Rechte) in gleicher Weise und durch dasselbe Rechtsmittel geschützt.<sup>3</sup> (Ueber die Besitzentsetzung beim Rechtsbesitz s. §. 7b. N. 8. d. B.)

Die Fassung des §. 346. könnte wohl auch den Schein erwecken, daß die Besitzklage gegen den Deficienten nur dann statt hat, wenn sich dieser den Besitz aneignet, und nur so lange, als sich dieser im Besitze der Sache befindet. Die Unrichtigkeit dieser Auslegung ergibt sich indeß nicht nur aus dem historischen Zusammenhange mit dem römischen Rechte, sondern auch aus dem Umstande, daß außerdem die Klage entgegen der offenbaren Absicht des Gesetzes gegen den der Sache sich bemächtigenden Detentor (z. B. den eigenmächtigen Pfandnehmer) gar nicht Platz greifen könnte.<sup>4</sup> Jeden Zweifel über die wahre Tendenz des Gesetzes beseitigt der §. 2. der k. Verordn. vom 27. Oktober 1849, welcher die Besitzklage ganz allgemein demjenigen gewährt, der „des Besitzes widerrechtlich entsetzt worden“, ohne zu unterscheiden, ob der Beklagte im Besitze ist oder nicht.<sup>5</sup>

sitz — nur nicht gegen denjenigen, von dem er *vi. clam. precario* erworben wurde; im Zweifel hat jedoch der ältere, bez. der titulirte Besitzer den Vorzug. Vgl. Lehr, Droit civ. russe S. 212.

3) In dieser Beziehung gleicht die Klage des §. 346. G. B. der gemeinrechtlichen *actio spoli*, (vgl. dazu Brun's, Besitzkl. §. 23.). Sie geht sogar durch die Einbeziehung der Besitzentziehungsfälle durch List und Mißbrauch des Prefariums noch über die *actio spoli* (in ihrer ursprünglichen Gestalt c. 3. C. 3. qu. 1.) hinaus, neben welcher immer noch mindestens das *interd. de precario* seine Selbstständigkeit bewahrte. So auch Monti, §. 58.

4) Selbst der Prefarist, der die Rückstellung verweigert, ist nicht nothwendig Besitzer; man setze nur den Fall, daß er Kommodatar zu sein vermeint; Besitz ohne Besitzwillen gibt es nicht. Unhaltbar ist insbes. die Ansicht v. Canstein's, VI. S. 134 flg. 143 einerseits, a) daß Besitzentsetzung nur dann anzunehmen sei, wenn sich der Deficient Sach- oder Rechtsbesitz unberechtigt anmaßt (s. folg. Note); andererseits b) daß eine (theilweise) Dejection des Sachbesitzers vorliege, wenn sich ein Dritter Rechtsbesitz an der Sache unberechtigt anmaßt, oder den Rechtsbesitz auch nach Ablauf der für die Dauer des Rechtes festgesetzten Frist fortsetzt. Denn in jenem Falle ist bloße Störung vorhanden, da ja der Sachbesitzer trotz der Ausübung eines beschränkten Rechtes den Sachbesitz behält (vgl. §. 7b. N. 19a. dazu L. 20. D. de poss.); im zweiten Falle liegt nicht einmal Störung vor, da die Ausübung in Fortsetzung eines bestehenden Rechtsbesitzes erfolgt. (Vgl. §. 7c. N. 33 und §. 32. N. 5a.) Die Ansicht C.'s hängt mit der irrigen Annahme desselben (S. 134) zusammen, daß dem Besitzer „gleichsam zugleich . . . ein Rechtsbesitz an der eigenen Sache“ zustehe, und daß der Rechtsbesitz schon durch Zeitablauf erlösche (S. 138). Dagegen s. §. 32. N. 5—7.

5) Vgl. L. 1. §. 13. 42. L. 7. 15. 16. D. de vi. L. 15.: *Si vi me dejectis, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus*

Unter „Besitzentzückung“ ist daher zunächst Detentionsentzückung zu verstehen. Mit a. R. es wird vorausgesetzt, daß dem Besitzer (in eigener Person oder in der seines Stellvertreters) die Detention entzückt wird. (§§. 345. 1464.) — Wo eine solche körperliche Entzückung, bezieh. Veränderung der Detention nicht Statt hat, kann von einer Dejektion, bezieh. Besitzklage nicht die Rede sein, mag auch sonst eine Widerrechtlichkeit unterlaufen. Nur die eigenmächtige physische (räumliche) Entzückung will das Gesetz hintanhaltend. Es liegt daher insbes. keine Dejektion vor, wenn der Commodatar oder Pächter die Rückstellung der Sache verweigert, wobei es keinen Unterschied macht, ob er den Besitz des Verleihers oder Verpächters noch anerkennt oder den Besitz für sich usurpirt. Der psychische Vorgang (der Besitzanmaßung) mag in seiner Bethätigung eine Rechtsverletzung involviren, aber eine (körperliche) Dejektion, eine

es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecesserit, quod omnino vi deieci. — Der Wortlaut des §. 346. G. B. hat bloß den gewöhnlichen Fall vor Augen. In der That wäre der Besitzerschus außerdem in einer großen Reihe von Fällen von unberechenbaren Zufälligkeiten abhängig. Mit der bloßen Schadenersatzklage wäre dem Dejectanten um so weniger gebietet, als der Beweis des Wertes des Besitzes — im Gegensatz zum Werthe der Sache (Eigentums) — äußerst schwierig und belästigend ist. Mehrere Kommentatoren setzen stillschweigend Besitz des Beklagten voraus, so Winivarier, II. S. 93. — Für das sächs. G. B., welches sich im §. 206. die ungenaue Fassung des §. 346. des österr. G. B. angeeignet hat, behauptet dagegen Schmidt, S. 171, die Einschränkung der Klage auf den besitzenden Dejectanten. Eben darum ist auch die Fassung des art. 33. des bayr. Entw. nicht unbedenklich. Richtiger formulirt der §. 505. Züricher. G. B. das Klagerecht. — Die Textirung der §§. 146. 147. I. 7. des preuß. L. R. scheint zu keinen Bedenken Anlaß gegeben zu haben; vgl. das Erf. des preuß. D. Trib. v. 12. Juli 1858 bei Gruchot, V. S. 479; nur Dernburg, I. S. 319 fordert zur passiven Klagelegitimation, daß „der Beklagte . . . im Besitze sei.“ Unbestimmt Koch, S. 281. — Für das röm. Recht ist es unzweifelhaft, daß das I. de vi auch gegen den nicht besitzenden Dejectanten geht, gleichviel, ob er den Besitz nie erlangt oder später wieder verloren hat. Vgl. L. 7. 15. 16. D. de vi, Savigny, S. 441. Windscheid, §. 260. R. 10.

5a) Vgl. L. 1. §. 29. D. de vi. Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere; darauf deutet auch die Bezugnahme auf die Leges Juliae in L. 1. §. 1. eod., sowie die Ausdrücke: erreptio, expulsio, invasio, violentia etc., dazu Savigny, §. 40. S. 431 (7.). Deicere bedeutet so viel wie detrudere — ex aliquo loco etc.; vgl. dazu L. 20. D. de poss. in Ansehung des Commodatars. Dies verkennt v. Canstein, VI. S. 139 flg., welcher behauptet, daß eine das Interdict begründende Besitzentzückung (Dejektion) auch dann vorhanden sei, wenn der Commodatar, Pächter etc. die Restitution der Sache nach Ablauf der Leih- oder Pachtzeit verweigere und sich den Sachbesitz anmaße, — ebenso daß eine das Interdict begründende Besitzstörung vorliege, wenn er ohne diese Anmaßung die

physische — das Interdict (de vi) begründende Eigenmacht liegt nicht vor. (Daraus erklärt sich, daß das röm. R. das Interdict U. Vi im Falle der Untreue des Repräsentanten davon abhängig macht, daß der Besitzer sofort nach hievon erlangter Kenntniß vorerst versucht, sich die Detention des Grundstücks wieder zu verschaffen, daß dieser Versuch der Selbsthilfe gescheitert sein — und daß somit eine wirkliche Dejektion stattgefunden haben muß. Vgl. §. 22. R. 34. u. §. 23. R. 10. 5a) Nur in Einem Falle wird ausnahmsweise ein possessorisches Interdict gegeben, obgleich eine physische Dejektion nicht vorhanden ist, nämlich beim Praefarium; darüber vgl. das Folgende. Mit Recht wies daher der D. G. H. (Nr. 4199 Samml. O.-U.-W.) die Besitzklage auf Restitution einer dem Leiter einer Affekuranzgesellschaft behufs Ergänzung übergebenen Poltze ab, weil dieselbe mit Einwilligung des Klägers in die Inhabung des Beklagten gekommen sei und dafür, daß sich derselbe durch List in den Besitz gesetzt habe, kein Beweis erbracht sei. In dem ähnlichen Falle Nr. 4107. ders. Samml. dagegen wurde wegen angeblich listiger Besitzbemächtigung der Klage stattgegeben. S. Note 21 a.

Daher ist auch für das österr. R. ganz im Einklange mit der richtigen Auffassung des Besitzerschusses — durch die Min. Vdg v. 17. März 1856 Z. 2126. (also lange vor Erlass des Verfahrens in Ausziehungtreitigkeiten v. 16. November 1858) erklärt worden, daß das Poss. Summar. auf die Kläumung oder Zurückstellung verpachteter Güter, die Pachtung möge wegen abgelaufener Pachtzeit oder aus anderen Gründen erloschen oder aufgehoben sein, keine Anwendung habe. Allerdings will v. Canstein S. 139, 141 gerade in diesem Falle, sofern sich der Bestandnehmer nach Ablauf der Bestandzeit den Rechtsbesitz (nicht auch wenn er sich wann immer den Sachbesitz) anmaßt, eine „positivrechtliche Ausnahme“ erblicken; indeß nirgends findet sich

Detention über jene Zeit hinaus fortsetzen. Ueber den letzteren Punkt vgl. Note 4. Was aber den ersteren Fall (Besitzanmaßung) betrifft, so tritt nach österr. Recht mit der an den Tag gelegten Willensänderung des Stellvertreters unzweifelhaft Besitzverlust ein, — aber eine Dejektion oder Besitzentzückung (eigenmächtiges Herausdrängen aus der Detention) liegt nicht vor und die Klage des §. 346. (I. de vi) ist somit nicht begründet. Für das röm. Recht beweist u. and. der im Text erwähnte Fall der Untreue des Vertreters und die c. 10. C. de vi S. 4., daß der Lokator das I. de vi gegen den widerhaarigen Konduktor nicht hatte, ja die verweigerte Restitution wird der Dejektion geradezu entgegengesetzt.

eine Spur, daß das Bestandverfahren v. J. 1858 den Bestandgeber und Bestandnehmer „ausnahmsweise“ der Vortheile des Possessoriums berauben wolle; im Gegentheil ist denselben nirgends versagt, auch den Besitzeschutz anzurufen, sofern derselbe nach den Bestimmungen des A. b. G. B. statthat. Man erwäge doch, daß das Bestandverfahren ein petitorisches, kein possessorisches ist. Allerdings geht aber aus den cit. Min. Vdgen. v. 1856 u. 1858 soviel mit Bestimmtheit hervor, daß man es weder vor noch nach Erlass des Bestandverf. v. J. 1858 für möglich erachtete, daß der Bestandnehmer wegen verweigerter Rückstellung des Pachtobjekts (mag der Grund der Weigerung welcher immer sein) mit der Besitzstörungen- oder Besitzentzückungsklage belangt werden könne und eben darum fand man sich veranlaßt, für den bezüglichen petitorischen Streit ein rasches, summarisches Verfahren einzuführen, in welchem es selbst an provis. Sicherstellungsmaßregeln nach dem Vorbild des Possessoriums nicht mangelt. (§. 14. d. B.)

Ueberhaupt kann von widerrechtlicher Besitzentziehung nicht die Rede sein, wenn Jemand den Besitz oder die Detention mit dem Willen des bisherigen Besitzers erwirbt, insbesondere durch Uebergabe, mag auch diese nichtig oder rescissibel sein, oder die Rückgabe rechtswidrig verweigert werden. Vgl. die Rechtsfälle Nr. 2163. 2204. (angeblich nur scherzweise Einwilligung zur Besitzergreifung), 2258. (stillschweigende Einwilligung) der Samml. Gl.-u.-W. Näheres auch beim Prefarium und am Schluß dies. Paragraphen.

Die Klage geht nur gegen den Deficienten und seine Universal-successoren — nicht gegen den dritten Besitzer, selbst wenn dieser bei dem Besitzerverbe von der Eigenmacht seines Vormannes Kenntniß gehabt haben sollte.<sup>6</sup>

Was nun die einzelnen Fälle „unechter Besitzergreifung“ betrifft, so ist nach dem Wortlaute der bezüglichen Paragraphen (§§. 345. u. 1464. G. B.) und der historischen Provenienz nicht zu bezweifeln, daß der Begriff der „Gewalt“ oder des „Sich Eindringens“,<sup>7</sup> des „heim-

6) So auch nach röm. Rechte — anders nach kanon. Rechte. C. c. 8. X. de restit. spol. 2. 13., welchem das sächs. G. B. §. 206., das Züricher. G. B. §§. 505. 507. und der bayr. Entwurf II. art. 35 folgt. Vgl. Stobbe, §. 77. Note 34.

7) „Sich Eindringen“ sagt der amtliche Text. Der §. 345. G. B. stimmt mit dem §. 65. II. Entw. überein; nur bezüglich des bittweisen Besitzes heißt es: „und

lichen Sich einschleichen in den Besitz durch List“ und des „bittweisen Besitzes“ („aus Gefälligkeit gestatten“) im Sinne des röm. Rechts und der gemeinrechtlichen Theorie zu Anfang dieses Jahrhunderts zu interpretiren sei.

I. Unter „Gewalt“ (§. 1464. vis) ist zunächst die durch Androhung eines unmittelbaren Uebels<sup>8</sup>, oder durch Beseitigung entgegenstehender äußerer Hindernisse bewirkte Besitzentzückung zu verstehen.<sup>9</sup> Wirkliche Gewalt, d. i. Bewältigung der Person des Besitzers wird also keinesfalls gefordert. Aber auch die bloße tatsächliche Ergreifung des fremden Besitzes ohne Rücksicht auf den wirklichen oder möglich gewesenen Widerstand des bisherigen Besitzers und ohne Hinwegräumung äußerer Hindernisse muß für genügend erklärt werden. Dafür spricht schon der Umstand, daß die gewaltsame Besitzentzückung auch beim Rechtsbesitz anerkannt wird und hier schon durch die Verweigerung der Leistung, durch die Erklärung, die Rechtsausübung eines Anderen nicht mehr zu dulden, oder durch Nichtbeachtung fremder Verbotsrechte erfolgt (§. 351. G. B. u. §. 2. der k. Verordn. von 1849.). Dazu kommt,

daß, was ihm aus Gefälligkeit gestattet wird, in ein Recht verwandeln will.“ Relativ richtiger als der §. 1464. G. B. lautete der Entwurf des G. B. §. 603. III. „Wenn (der Besitz) durch Gewalt erzwungen, bittweise erhalten, oder heimlich erschlichen worden ist.“ — der Nachsatz: „so ist er eben deswegen schon unredlich“ ist allerdings falsch und fiel über Antrag Zeiller's bei der ersten Lesung (Sitzung v. 13. Oktober 1806). Die Aenderung der Fassung erfolgte, so viel ich ersehe, lediglich aus redaktionellen Gründen.

8) So auch nach röm. Recht. L. 33. §. 2. D. de usurp. L. 1. §. 29. D. de vi: Ideo Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, (vi) videri dejectum. Vgl. L. 3. §. 7. D. de vi, dazu Fhering, Grund d. B. S. 132. Savigny, S. 428. Allerdings faßt dieser den Begriff der vis zu enge. Ist hingegen der bisherige Besitzer durch Drohungen zur Tradition der Sache bestimmt worden, so kann von einer Besitzentzückung (eigenmächtigen Besitzergreifung) nicht die Rede sein. Coacta voluntas etiam voluntas. Vgl. Unger, II. S. 47 flg. Hier findet nur die Klage auf „Aufhebung“ (Nichtigkeitserklärung) des Vertrags nach Maßgabe der §§. 870—876. A. b. G. B. statt. Ähnlich nach röm. Recht. Vgl. L. 5. D. de vi und L. 9. pr. quod metus c. Vgl. Savigny, S. 432. Brunß, Bes. i. M. S. 497. — Gleichgiltig ist es übrigens, ob der Besitzer aus seinem Besitze vertrieben oder von demjenigen, der in seiner Abwesenheit von dem Grundstück Besitz ergriffen, an der Rückkehr durch Gewalt oder Drohungen gehindert wird.

9) Diesem Falle steht gleich der Fall der L. 1. §. 47. D. de vi: Si non de jicium, sed vincitum opus facere cogam — das Unmöglichmachen von Besitzhandlungen. Brunß, Bes. i. M. S. 164.

daß auch die Consequenz des — jede Störung, jede Beeinträchtigung des Besitzes verbietenden §. 339. G. B. (§. 2. der k. Verordn. v. 1849) nothwendig zur Anerkennung der Besitzentzückungsklage auch in solchen Fällen führt, wo die Störung — ohne Hinwegräumung äußerer Hindernisse — zur völligen Beseitigung der faktischen Herrschaft des bisherigen Besitzers sich steigert.<sup>10</sup>

10) Da zur Störung wirkliche Gewalt nicht erforderlich ist, so ist es unmöglich, an diesem Erfordernisse da festzuhalten, wo es sich bloß um eine Gradation der Störung handelt. Das: *vim facit, qui non sinit possidentem* . . . *uti arbitrio suo der L. 11. D. de vi, welche aus dem Titel de vi in dem Titel U. Poss. verweisen wird, führt bei völliger Ausschließung der Einwirkung des bisherigen Besitzers zur Anerkennung der Zulässigkeit der Interd. de vi auch ohne Anwendung irgend welcher Gewalt. So darf es denn nicht überraschen, daß schon im röm. R. an dem Erfordernisse der vis (atrox) nicht streng festgehalten, ja daß dasselbe eigentlich „vollständig verflüchtigt ist“ (Bruns, Besitzt. S. 251). Nur dem Wortlaute, nicht der Sache nach ist das Prinzip der vis (atrox) beibehalten worden. (Vgl. Bruns a. D. §. 12., welcher trotz prinzipiell verschiedener Ausgangspunkte in diesem Ergebnisse mit Ihering, Grund d. B. S. 96 flg., bes. S. 138 fast zusammentrifft.) Logik und praktisches Bedürfnis mußten endlich „zum Schutze des Besitzes gegen jede unrechtmäßige Entziehung“ (Ihering a. D. S. 142) führen. In der Spolienklage ist das Erforderniß der Gewalt prinzipiell beseitigt und lediglich der Gesichtspunkt widerrechtlicher Besitzentzückung zur Geltung gekommen (can. Redint.: *Redintegranda sunt omnia expoliatis, . . . per quascunque injustas causas res . . . . perdidisse noscantur*). Bei der Ausdehnung der a. spolii auf den Quasibesitz war diese Umwandlung auch unabweisbar (vgl. dazu Bruns, Besitz im Mittelalter S. 207—214, Klagen §. 24., auch Ihering a. D. und Strobb, d. P. R. §. 77. S. 42). Die ältere und neuere gemeinrechtliche Praxis hat das Erforderniß der Gewalt fahren gelassen, wie schon die zahlreichen den Besitz der Realkasten und anderer Rechte schützenden Erkenntnisse darthun. (S. Bruns, Besitz im Mittelalter S. 395. Mathia, Kontrovers. Lexikon 3. v. Spolium, Präj. 1. und 6. (dagegen Präj. 2.). „Nach allen diesem wird man das Erforderniß der Gewalt als theoretisch und praktisch beseitigt ansehen dürfen.“ (Vgl. Windscheid, §. 16. R. 18 und Bruns, Besitzt. §. 24. bes. S. 253. Dazu Ceuff. Arch. 24. Bd. R. 212, 26. Bd. R. 10, 104, 110.) — Auch für das preuß. Recht wird von der Doktrin überwiegend jede eigenmächtige Besitzentziehung als „Gewalt“ angesehen, was mit Bezug auf §. 148. I. 7. vollständig zu billigen ist. Vgl. Förster, §. 162. zu R. 38. Dernburg, I. S. 319, R. 12. Bruns, Klagen S. 254 (anders noch Koch, S. 274, 279). Roth, §. 134. Note 72, welcher jedoch für das bayr. Recht mit Bezug auf L. R. II. 5. 11. an der strengeren Ansicht festhält. — Das Erforderniß der vis entfällt nach dem sächs. G. B. §. 209.: „Die Klage wegen Besitzentziehung kann Jeder anstellen, welcher aus seiner Innehabung mit Gewalt oder durch eine andere an sich widerrechtliche Handlung verdrängt worden ist.“ Vgl. Schmidt a. D. S. 172, welcher dies mit der bisherigen sächsischen Praxis rechtfertigt. — Der §. 505. des Züricher. G. B. spricht zwar noch von „Verdrängung aus dem Besitze auf widerrechtliche Weise: durch Gewalt, oder List oder Mißbrauch einer Vergünstigung,“ wobei Bluntschli, II. S. 30 die röm. vis erläuternd herbeizieht. Der §. 529. (Schutz des Rechtsbesitzes)*

Ausdrücklich beseitigt erscheint das Erforderniß wirklicher „Gewalt“ durch den §. 2. der k. Verordn. vom 27. Oktober 1849. §. 12.: „Wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt oder wenn er dieses Besitzes widerrechtlich entsetzt worden, hat derselbe . . . die richterliche Hilfe anzufuchen.“ . . . Als widerrechtliche Besitzentzückung erscheint i. d. Regel — wie die Vergleichung der im §. 2. ausdrücklich berufenen §§. 339. 345. 346. 347. 851. G. B. ergibt — im Sinne des §. 339. G. B. jede eigenmächtige Besitzentzückung. (Ausnahmen s. S. 165.) Eigenmacht im Sinne des G. B. bedeutet aber jeden mit Umgehung der Behörde und ohne den Willen des Betroffenen erfolgten Eingriff in die fremde Besitz- oder Rechtsphäre. Vgl. §§. 19. 204. 797. 978. 1038. 1191. 1440., besonders aber §§. 315. 320. u. 339. A. b. G. B. „Wer nur das Recht zum Besitze hat, darf sich im Verweigerungsfalle nicht eigenmächtig in den Besitz setzen; er muß ihn von dem ordentlichen Richter mit Anführung seines Titels im Wege Rechts fordern.“

Es liegt auf der Hand, daß die eigenmächtige Besitzergreifung (Dejektion) ebenso gut im redlichen als im bösen Glauben erfolgen kann. Ist beispielsweise der Occupant der Meinung, daß das occupirte Grundstück oder Mobile dereliquirt oder überhaupt herrenlos sei, weiß der Erbe, daß das von ihm in Besitz genommene Grundstück zur Verlassenschaft gehört und während der Verlassenschaft (hereditas jacens) ungebührlich von Dritten occupirt wurde, so hat er gewiß redlicher Weise Besitz ergriffen (§. 326. G. B.) — allein objectiv bleibt die Besitzergreifung — weil sie den bisherigen Besitzstand gegen den Willen des Besitzers verletzt, doch immer eigenmächtig, — widerrechtlich. Mala fides oder culpa, überhaupt subjective Widerrechtlichkeit (Verschulden des Deficienten) wird sohin zum Dasein der Besitzentzückung und zur Begründung der reque-

zwingt aber nothwendig zur Verflüchtigung des Erfordernisses der Gewalt. — Nicht anders ist es nach dem ital. G. B. art. 695., so sehr dasselbe auch von violentemente . . . spogliare spricht. Vgl. die Erkenntnisse des Turiner und Florentiner Kassationshofes bei Cotti, Questioni etc. Archivio giur. di Serafini. XV. p. 143, 147: basta, che la cosa siagli stata tolta contro sua volonta. A. A. Paballetti ebendas. XV. S. 16, R. 1. — Für das franz. Recht (s. art. 2060. Code) hält die Mehrzahl der Juristen das Erforderniß der Gewalt bei der Réintégration fest. Vgl. Zacharia, §. 191. R. 3. — Der bayr. Entw. (art. 21. 33.) gewährt die Klage gegen jeden „ohne (?) den Willen des bisherigen Besitzers widerrechtlich entzogenen Besitz.“

ratorischen Besitzklage im Sinne des §. 2. der kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849 nicht erfordert, kurz auch die Besitzentziehungsklage (interd. de vi) hat nicht nothwendig ein Delikt zur Voraussetzung, ist an sich keine Delikts-, sondern eben nur eine Besitzklage.<sup>11</sup>

11) Es gilt dies m. E. schon nach dem späteren römischen — gewiß nach kanonischem und heutigem gemeinen Rechte. Wohl schwankt noch Theorie und Praxis darüber, ob wirkliche Gewalt nöthig sei, doch hat man das Erforderniß derselben allmählich soweit abgeschwächt, daß mindestens nach heutigem gemeinen Rechte jede Besitzentziehung in der Willen die Besitzklage begründet. (Vgl. Note 10.) Ist dem aber so, ist also keine persönliche Bewältigung des Besitzers mehr erforderlich, dann entfällt der letzte Vorwand, von einem „Delikt“ der vis zu sprechen. Die Besitzentziehung kann gewiß ebenso wie die Störung „ohne dolus und culpa, ohne Ahnung des Unrechts, optima fide“ erfolgen. In solchen Fällen Delikt zu supponiren, welches doch Ver schulden des Thäters voraussetzt, ist unzulässig (Brunß, Besitzkl. §§. 12. u. 24.). Ihering, Grund d. B. S. 17, läugnet den Deliktcharakter aller possessorischn Interdicte, mit Ausnahme des i. de vi. Allein wenn auch die Mehrzahl der Quellenstellen offenbar die Deliktqualität der vis voraussetzen (vgl. bes. L. 15. D. de vi), so bezieht sich dies doch nur auf die vis atrox, und gerade von diesem Erfordernisse wurde allmählich Umgang genommen. (S. Brunß, §. 12., bes. S. 152, 160, 165, 251.) Ihering a. D. selbst hebt treffend hervor, daß das I. utrobi, das doch auch recuperatorisch wirkte, unzweifelhaft auch gegen den dritten rechtlichen Besitzer angestellt werden konnte. S. auch Windscheid, §. 159. N. 2. Daß die Besitzentziehung ein Delikt sein kann und häufig ist, macht natürlich das I. de vi nicht zur Deliktssklage. Die Quellen selbst führen beim int. de vi Fälle an, in welchen von einer culpa des Beklagten nicht die Rede sein kann. Vgl. L. 6. §. 1. D. de poss. L. 1. §§. 15. 16. 19. 20. D. de vi. Si filius familias vel mercenarius vi deiecit, utile interdictum competit (sc. gegen den Hausvater oder Konduktor). Dazu stimmt L. 4. 12. D. eod. und L. 1. §. 16., welche (gegen Savigny a. D. S. 443, N. 2) nach der auch von Mommsen und Rudorff, Anhang Nr. 153 gebilligten Florentina nachstehend zu lesen ist: In interdicto u. vi dicendum est, ut ejus causa quod ad patrem pervenit, ipse teneatur. Die Haftung geht hier also nur auf die Bereicherung. (Vgl. auch §. 7a. N. 16 d. B.) Wenn im L. 15. D. de vi die Condemnation in das Interesse des verlorenen Besitzes damit begründet wird: quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi deiecisti aut clam fecisti — so supponirt Paulus den Fall einer persönlich gewalthätigen und darum an sich kulpösen Dejection — eine vis atrox. L. 1. §. 3. D. de vi. Für das Justinianische Recht geht übrigens auch Ihering, S. 103 flg. über den Deliktstandpunkt hinaus, da er in der sog. a. momentaria auf Grund der c. 11. 12. C. de poss. 7. 32., e. 5. C. de vi 8. 4. die Ausdehnung des i. de vi auf alle Fälle der Besitzentziehung wider Willen des Besitzers behauptet. — Vgl. jedoch auch Windscheid, §. 160. N. 5, der an dem Erforderniß der vis atrox festhält. — Das preuß. Recht §§. 146. 148. I. 7. und Allg. G. D. I. 31. §. 14. scheint allerdings den Deliktcharakter der recuperatorischen Besitzklagen festzuhalten; §. 148. I. 7. verweist sogar auf Lit. 6. §. 28 flg.; auch die Redactoren des Landrechts (bes. Gosler) betonten die Deliktqualität (vgl. Koch, Besitz S. 284. Förster, §. 162. N. 32, 33); allein es ist doch schwerlich zu glauben, daß die letzten Konsequenzen dieses Standpunkts der Absicht der preuß. Legislation entsprechen, zumal die Entschädigungsansprüche vom

Es kann also auch Nichts darauf ankommen, ob der Besitz dem gegenwärtigen oder abwesenden Besitzer wider dessen Willen entzogen worden ist, und ob im letzteren Falle der des Besitzes Entsetzte nach erlangter Kenntniß von der Occupation des Dritten den vergeblichen Versuch macht, den verlorenen Besitz wieder zu erlangen, oder nicht.<sup>12</sup> Hieraus ergibt sich sofort, daß bei dieser Auffassung des Begriffs der „Gewalt“ („des Eindringens“) die separate Erwähnung der heimlichen Besitzergreifung als überflüssig erscheint und nur aus historischen Gründen zu erklären ist.

Die hier vertretene Auffassung spiegelt sich auch in der Spruchpraxis unserer Gerichte, welche gleich der gemeinrechtlichen Praxis sowohl bei der Besitzstörung als in den viel selteneren Fällen vollständiger Besitzentziehung bloß darauf Gewicht legen, daß die Störung oder Entziehung „eigenmächtig“ oder „widerrechtlich“ erfolgte. Vergl. Samml. G. U. W. Nr. 600. 1503. 1565. 2124. 2555. 2722. 3518. 3527. u. a. m.<sup>13</sup>

Der Besitz desjenigen, der — gewaltsam des Besitzes entsetzt —

Possessorium ausgeschlossen sind; die Redactoren hatten wohl nur den gewöhnlichen Fall der Dejection (durch Delikt) vor Augen. S. Bornemann, II. S. 533. Note 7. und Dernburg, I. S. 319. — Das sächs. G. B. (§. 209.) gibt die Klage Jedem, „der aus der Innehabung mit Gewalt oder durch eine andere an sich widerrechtliche Handlung verdrängt worden ist,“ — scheint also auf das Bewußtsein des Dejectanten kein Gewicht zu legen. Zweideutig ist die Fassung des §. 505. des Züricher. und des art. 695. des ital. G. B.

12) Vgl. über das röm. R. §. 7a. N. 19, §. 22. N. 34, §. 23. N. 7 d. B.  
13) Die österr. Schriftsteller: Zeiller, II. S. 97. Pachmann, S. 99. Winwarter, II. S. 67. Stubenrauch, I. S. 458. Kirchstetter, S. 176 sprechen durchwegs von „Gewalt.“ Nach dem Wortlaute der §§. 345. und 1464. G. B. könnte es allerdings scheinen, als ob die Besitzentziehungsklage nach österr. Rechte gerade so wie ursprünglich das I. de vi nach röm. Recht eine vis atrox (gewalthätiges Handeln) erfordere. Indes führt — wie bemerkt — schon die logische Consequenz des §. 339. G. B., der recuperatorische Schutz per Quasipossessio und der genetische Zusammenhang mit dem letzten Entwicklungsstadium des gemeinen Rechts zu demselben Ergebnisse, welches wir für das spätere römische und vollends für das heutige gemeine Recht zu konstatiren Gelegenheit hatten. (Siehe Note 11.) Die kais. B. v. 27. Oktbr. 1849 gab der wahren Sachlage nur richtigeren Ausdruck. Wie nach röm., so nach österr. Recht verflüchtigt sich das Erforderniß der „Gewalt“ derart, daß die vis beim interd. de vi und beim interd. uti possidetis im Wesen übereinkommen und sich lediglich durch den Erfolg des Eingriffs unterscheiden. Gewalt (vis) bedeutet hier wie dort jede gegen den Willen des Besitzers vorgenommene, also eigenmächtige Verletzung fremden Besitzes. In diesem Sinne sagt schon L. 1. D. de vi: vis enim habet mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati.

sich denselben sofort mit Gewalt wieder verschafft, ist nicht als unterbrochen anzusehen, da die beiden unmittelbar aufeinander folgenden Gewaltakte nur als Momente Einer ungetheilten Handlung: der Vertheidigung des Besitzes, erscheinen und die Wechselfälle eines derartigen Ringens um den Besitz keinen Besitzerwerb auf Seite des Angreifers begründen können.<sup>14</sup>

II. Unecht ist ferner der Besitz desjenigen, der „sich in denselben durch List heimlich einschleicht“ (§. 345.).<sup>15</sup> Damit wollte das Gesetz offenbar die clandestina possessio des römischen Rechtes bezeichnen und zwar in dem von Aeltern und Neueren, namentlich aber von Savigny, S. 349. 452., vertretenen Sinne, daß zum Begriff derselben Unredlichkeit des Erwerbers, absichtliche Verheimlichung des zum Besitzerwerbe führenden Aktes erforderlich sei.<sup>16</sup>

14) Ist doch der Besitz ein dauernder Zustand! Vgl. auch L. 17. D. de vi: Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus. Vgl. auch L. 3. §. 9 eod. Savigny, S. 432, 520. Bruns, Besitzfl. S. 153. Rippel, III. S. 133 und 143. Unger, II. S. 344. Note 20a).

15) Die Worte „oder Bitte“ (§. 345.) beziehen sich auf den dritten Fall des unechten Besitzes: den präkaristischen V., ebenso die Fortsetzung des §. 345.: „und das, was man ihm aus Gefälligkeit gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht.“ — Irrig faßt Pachmann, S. 99 den dritten Fall des §. 345. als eine besondere Art des heimlichen Besitzes auf.

16) Von dieser Anschauung geht eine Reihe von Quellenstellen aus. Vgl. L. 6. pr. D. de poss. 41. 2. i. f.: Itaque inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens, ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur. L. 3. §. 7. D. quod v. a. clam. 43. 24. Dagegen ist in einigen Hauptstellen: L. 25. §. 2. L. 44. 45. D. de poss. von doloser Okkupation keine Spur. Wenn nun auch die gutgläubige Besitznahme nicht als clandestina poss. im Sinne der L. 6. pr. erscheint, so wird sie doch in der Hauptfrage: ob der Besitz des bisherigen Besitzers bis zur erlangten Kenntniß von der Okkupation als fortdauernd zu betrachten und daher bei Verhinderung der Rückkehr des Letzteren, das interd. de vi begründet sei, — der dolosen clandestinen Apprehension völlig gleichgestellt. Vgl. Bruns, Besitzfl. S. 136 flg. Nicht auf die subjektiv geheime Besitznahme bezieht sich hier das Vitium. (Es existirt schon die von Ihering, Grund. d. B. S. 112. für den Fall der irrtümlichen Besitzergreifung im röm. R. vorausgesetzte Lücke nicht. Vgl. Bruns, S. 139. flg.) — Für das österr. G. B. (§. 345.) sowie für das preuß. R. (§§. 98. 99. 100. 147. 150. I. 7.) kann es jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß das Vitium der Klandestinität dolose, dem Besitzer absichtlich verheimlichte Apprehension voraussetzt. Dies liegt schon im Begriff der „Heimlichkeit“ und wird durch den Beisatz: „durch List“ (§. 345.) bestätigt. So auch nach sächsl. G. B. (§. 190.), dem Züricher. G. B. (§. 494. „Arglist“), dem bayr. Entw. (art. 21.) und dem

Dieser Besitzfehler bezieht sich wie die anderen zwei Fälle des unechten Besitzes auf die Erwerbungsart des Besitzes, also auf dessen Anfang, ohne Beziehung auf das Recht zum Besitze.<sup>17</sup> Er ist nur dann vorhanden, wenn die Besitzergreifung mit Verheimlichung des Apprehensionsaktes vor dem bisherigen Besitzer, dessen Widerspruch befürchtet wurde, erfolgte.<sup>18</sup> Es wird daher der heimlich erworbene Besitz dadurch nicht zum echten, wenn der Occupant später dem früheren Besitzer von der heimlichen Ergreifung Kenntniß gibt.<sup>19</sup> Ebenso wenig wird der fehlerfrei erworbene Besitz dadurch zum heimlichen, wenn der Besitzer ihn erst nach dem Erwerbe zu verheimlichen anfängt.<sup>20</sup>

Von heimlichem Besitzerwerb, welcher begrifflich Verletzung fremden Besitzes involvirt, kann nicht die Rede sein, wenn Jemand den Besitz nicht durch einseitige (clandestine) Besitzergreifung, sondern durch Tradition vom bisherigen Besitzer oder dessen Stellvertreter erworben hat, wenn auch die Tradition durch Irreführung des Besitzers oder listige Benützung seines bereits vorhandenen Irrthums bewirkt worden wäre.<sup>21</sup> Der Fall der Tradition ist — abge-

ital. G. B. (art. 695.) — In diesem Sinne interpretiren den §. 345. G. B. auch Pachmann, S. 99. Stubenrauch, I. S. 688 (1. Aufl.) unter Berufung auf L. 6. pr. D. de poss., ebenso verlangt Stubenrauch in der 2. Aufl. S. 458, Irreführung des Besitzers; vgl. auch Förster, §. 160. S. 61 flg. Kinkel I. (21.) S. 751, und Kirchstetter, S. 165. und in Ansehung des ital. G. B. Scotti, Archivio giurid. XV. p. 135. flg. 147. u. die daselbst cit. Erkenntnisse des Kassationshofes Florenz.

17) Die Singularität des röm. Rechtes, daß der Eigentümer der Sache niemals als klandestiner Besitzer angesehen wird (L. 40. §. 3. de poss., dazu Savigny, S. 453) kennt das österr. Recht nicht.

18) Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur et ne faceret timebat. L. 6. D. de acquir. poss. 41. 2.

19) L. 40. §. 2. de poss.: Cum clam possidere coepissem, postea certiore me fecerim non ideo desinere me clam possidere. Vgl. Savigny, S. 452 flg.

20) L. 6. pr. eod.: Is autem, qui cum possideret, non clam se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere, non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est.

21) Vgl. dazu Savigny, S. 453. Gegen betrügerische Entloekung wird nur durch petititorische Klagen (vgl. §§. 871. flg. G. B.) oder durch das Strafverfahren Schutz gewährt. Zu allgemein ist daher die Charakterisirung der Klandestinität bei Stubenrauch, I. S. 458. Der Fall der durch Betrug bewirkten Tradition ist nicht anders zu behandeln, als der Fall der durch Drohungen veranlaßten



sehen von dem historischen Zusammenhang mit dem röm. Rechte — schon durch den Wortlaut des Gesetzes (§. 345.: wenn sich Jemand in den Besitz eindrängt oder . . . heimlich einschleicht) ausgeschlossen.<sup>21a</sup> (Ueber die theilweise abweichende Ansicht v. Canstein's vgl. S. 208.) Der in Abwesenheit des Besitzers ergriffene Besitz ist zwar nicht nothwendig ein heimlicher, allein darum nicht weniger ein widerrechtlich (eigenmächtig) erworbener und fällt — wie bereits erwähnt — in die Kategorie des „durch Gewalt“ (§§. 345. 1464. G. B.) erworbenen Besitzes.<sup>22</sup>

Uebergabe. Vgl. L. 5. D. de vi; dazu Brunß, Besitz i. M. S. 497. Eine Eigenmacht, eine Verletzung des Besitzes, — Besitzerwerb wider Willen des bisherigen Besitzers — liegt hier wie dort nicht vor, da sich der Letztere selbst zur Uebergabe veranlaßt fühlt. Das Unrecht und dessen Sühne ist in einem anderen Punkte zu suchen; in der widerrechtlichen Beeinflussung des Willens. Vgl. dazu Unger, II. §. 81. — Das preuß. L. R. §§. 97. 147. I. 7. hat zu den drei Besitzfehlern des römischen Rechts scheinbar noch einen vierten: den Besitz-erwerb durch List oder Betrug hinzugefügt. (So bes. Förster, §. 160. R. 141. u. §. 162. R. 37.) Allein es scheint denn doch, daß die Fassung des §. 147. I. 7. nur eine ungenaue, pleonastische ist; denn es kann nicht wohl Absicht der Redactoren des L. R. gewesen sein, den im übrigen festgehaltenen Grundsatz, daß nur eine eigenmächtige Besitzannahme die Besitzklagen begründet (§. 146. I. 7. u. dessen Randglosse), als unhistorisch über den Haufen zu werfen. Auf den betrügerisch entlockten Besitz paßt auch nicht der Wortlaut der §§. 150. 151. I. 7.

21a) Vgl. Nr. 4199. Samml. Gl.-u.-B. Dagegen wurde in dem Falle Nr. 4107. ders. Samml. der Besitzklage des A gegen B, welcher sich einen Ring zum Kommissionsverkauf auf 24 Stunden erbat und sodann die Rückstellung unter dem Vorwande, daß er ihm früher entwendet worden sei, verweigerte — stattgegeben, weil in diesem Vorgange eine listige Besitzerschleichung liege“, indem er die Commission nur vorschützte, um den Besitz zu erlangen. Allein dann müßte bei jeder betrügerischen Besitzentlockung die Besitzklage gegen den Betrüger zugelassen werden. Und war dort der Besitzerwerb ein heimlicher? S. oben N. 5a. Ob das russ. Recht, welches sich sonst an das röm. Recht anlehnt, den Besitz auch gegen betrügerische Entlockung schützt, wie Moroschkin-Neuß, Krit. Ztschr. f. R. d. Ausl. 12. S. 194 annimmt, vermag ich nicht zu entscheiden; die Darstellung Lehr's, Droit civ. r. S. 212 flg. enthält davon Nichts. Vgl. noch §. 7. N. 12.

22) Vgl. den Rechtsfall Nr. 3030. der Samml. Gl.-u.-B., in welchem das Graben eines unterirdischen Stollens unter Klägers Felde trotz des guten Glaubens des Beklagten als Besitzföderung behandelt wurde. — Nach röm. Recht kann zwar derjenige, dessen Grundstück während seiner Abwesenheit von einem Dritten okkupirt wurde, das int. de vi anstellen, aber nach älterem Rechte erst dann, wenn er mindestens den Versuch gemacht hat, den Besitz zu behaupten. Vgl. L. 7. L. 12. 18. §. 3. 4. L. 25. §. 2. D. de poss. Der Besitz desselben wird bis zur erlangten Kenntniß als fortbauend fingirt. Erfolgt der Versuch nicht, so wird der Besitz als (animo) aufgegeben betrachtet. Vgl. Fhering, Grund S. 120 flg., Brunß, Besitzkl. S. 154 flg. Erst die c. 11. C. 8. 4. gewährt dem in seiner Abwesenheit Entsetzten das interd. de vi, auch ohne daß dieser den Versuch

Der hier entwickelte Begriff der Heimlichkeit des Besitzes gilt nicht nur in Rücksicht der Klage auf Restitution des dem Kläger heimlich entzogenen Besitzes, sondern auch in Rücksicht der Einwendung der Heimlichkeit des klägerischen Besitzes (exceptio clandestinae possessionis), da der Inhalt der letzteren nur der Bestimmung des §. 345. entnommen werden kann.<sup>23</sup>

Auch dieser Besitzfehler gilt in gleicher Weise bei Mobilien wie bei Immobilien.<sup>24</sup>

III. „Unrecht“ endlich ist der Besitz desjenigen, der das, „was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht“. (§. 345.) Damit bezeichnet das Gesetz den 3. Fall der injusta poss-

machen müßte, den Besitz zu behaupten. Darin liegt allerdings eine Subtilimung der vis und ein neuer Beleg für die allmähliche Preisgebung dieses im älteren Rechte festgehaltenen Erfordernisses der persönlichen Gewalt: Mit Recht rügt Fhering, S. 122 flg. in fast zu scharfer Weise die Inkonsequenz Savigny's (§. 35. S. 431. 470.), der einerseits an dem „Schulbegriff“ der vis festhält und andererseits „sehr klar“ findet, daß der Besitzer auch in dem Falle durch „Gewalt“ dejicirt sei, wenn der in seiner Abwesenheit ledige Besitz (vacua possessio) von Dritten okkupirt wird, auch wenn er nicht einmal den Versuch gemacht, den Besitz zu behaupten.

23) So auch nach richtiger Auffassung für das röm. Recht. Vgl. Savigny, S. 454, welcher die noch in der 5. Auflage vertheidigte Ansicht, daß die clandestina poss. bei der Exceptio eine andere sei als bei dem Interdict, in der sechsten Auflage als unhaltbar verwarf.

24) Nach römischen Rechte ist der technische Begriff der clandestina possessio auf Immobilien beschränkt. Zum Schutz des Besitzes an Mobilien gegen Besitzverlust jeder Art (also auch bei heimlicher Besitzentziehung) diente im älteren Rechte das Interd. utrubi. „Ist diese Ansicht aber richtig, so muß zugleich anerkannt werden, daß hier das Justinianische Recht (sc. nach der Gleichstellung des I. U. P. und Utrubi) bei beweglichen Sachen eine Lücke gelassen hat.“ Vgl. Savigny, S. 455, N. 1., Windscheid, §. 160. N. 2. u. neuestens Fhering, Grund d. B. S. 136, 139 flg., 141 flg., dessen legislative Erwägungen gewiß zu billigen sind, wenn auch bezweifelt werden muß, daß schon nach Justinianischem Rechte der Besitzer von Mobilien und Immobilien gegen jede Besitzentziehung wider seinen Willen geschützt ist. — Die neueren Legislationen, welche durchwegs die eben angeführte römisch-rechtliche Singularität nicht anerkennen, vielmehr auch bei Mobilien clandestinen Besitzverlust annehmen, mußten natürlich neben dem I. de vi auch die Besitzklage wegen heimlicher Besitzentziehung gewähren; sie machen diesfalls keinen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien. Vgl. §§. 98 flg., 147 flg. I. 7. des preuß. L. R., §. 346. österr. G. B., §. 494. 505. des Züricher G. B. §§. 190. 206. des sächf. G. B., ebenso art. 21. 33. des bayr. Entw., art. 895. des ital. Cod. und wohl auch art. 23. des franz. Code de Proc., und art. 2236. flg. C. civ. Vgl. Frey, a. a. D.!

sessio des römischen Rechts: den vitiosen Besitz des Präkaristen. Das Gesetzbuch nennt das precarium: Bittleihen (§. 974.). Das juristische Verhältnis, das dadurch entsteht, daß Jemand einem Anderen in dessen Interesse die Ausübung des Usus oder Ususfructus [precarium rei] oder eines anderen Rechtes [prec. juris] auf beliebigen Widerruf gestattet, heißt precarium (Bittleihen) §. 974 A. b. G. B. Daß übrigens nicht bloß Sachen (und zwar Mobilien und Immobilien,<sup>25</sup> sondern auch Rechte (Realservituten, Jagd-, Fischerei-, Patronatsrechte u. a.) den Gegenstand des Präkariums bilden können, wurde bereits früher (§. 7a Nr. 31.) dargethan. Es unterscheidet sich also das Bittleihen vom Leihvertrage wesentlich dadurch, daß dieser ein beide Theile bindender, auch das Recht des Kommodanten zeitlich beschränkender Kontrakt ist (§. 972. G. B.), während beim precarium für den Geber keinerlei Verpflichtung entsteht, die Vergünstigung vielmehr unbedingt widerruflich und sohin die Verbindlichkeit des Präkaristen eine streng einseitige ist. Darum darf aber noch nicht behauptet werden, daß das Präkarium „kein wahrer Vertrag“ sei (§. 974. G. B.). Denn jede auf die Begründung einer obligatorischen Verpflichtung gerichtete Willensübereinstimmung zweier Parteien ist ein obligatorischer Vertrag (Kontrakt) — und einen solchen den Nehmer des Präkariums verpflichtenden Willenskonsens finden wir beim Präkarium nicht minder als beim Kommodat. Der Unterschied zwischen beiden ist eben nur der, daß der Kommodant die geliehene Sache nicht vor Ablauf der ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Zeit zurückfordern kann (§§. 972. 973. G. B.), während beim Präkarium die Rückforderung vollständig dem Belieben des Gebers anheimgegeben ist.<sup>26</sup> Auch erlischt das Präkarium im Zweifel mit dem

25) Nach röm. Recht war das Precarium ursprünglich nur auf Immobilien berechnet und zwar, wie es scheint, speziell auf die Leihe des ager publicus. (Savigny, S. 463); erst später wurde es auch auf Mobilien ausgedehnt. Vgl. L. 4. pr. D. h. t. Windscheid, §. 376.

16) Die Fassung des §. 974. B. G. B. enthält eben nur eine rechtshistorische Reminiscenz. Nach röm. Recht gab es ursprünglich allerdings keine Kontraktklage aus dem Precarium, was bei dem Formalismus des alten Civilrechts erklärlich ist — nur die Stipulationsklage fand Statt. L. 15. §. 3. D. h. t.; zum Schutz des obligatorischen Rechts auf Restitution wurde eben hier wie in anderen Fällen ein Interdict gegeben. (Ueber die possessoriische Natur desselben vgl. §. 7a. S. 141.) Als später wohl gleichzeitig mit Anerkennung der Klagbarkeit der Innominationkontrakte dem Concedenten auch die actio praescriptis verbis auf Restitution gegeben wurde (L.

Lode des Präkaristen (§§. 915. 918. 974.). Es ist gleich dem Kommodat ein Realkontrakt, wenn eine körperliche Sache den Gegenstand desselben bildet.<sup>27</sup>

Derjenige, dem eine Sache zum Gebrauch bittweise überlassen worden ist, erhält dadurch nicht den Besitz der Sache (§§. 309. 971. 974.);<sup>28</sup> er ist bloßer Detentor. Dagegen erscheint derjenige, welcher

2. §. 2. L. 29. §. 2. D. h. t. dazu Paul. Sent. V. 6. §. 10.), ward damit stillschweigend die Vertragsnatur des Präkariums anerkannt und das Interdict zwar überflüssig, aber nicht unpraktisch geworden. Ausdrücklich wird die Vertragsnatur anerkannt in L. 23. D. de R. J. 50. 17.: Contractus quidam dolum tantum recipiunt . . . ; dolum tantum depositum et precarium, deren Gewicht Ubbelohde S. 228 vergeblich abzuschwächen sucht. Bei dieser veränderten Sachlage müssen daher diejenigen Stellen als antiquirt betrachtet werden, welche die Vertragsnatur des Präkariums zwar nicht direkt läugnen, aber (Mangels der actio civ.) doch als fraglich darstellen, insbesondere L. 14. §. 11. D. de furt. 47. 2. u. L. 14. D. de precario: magis ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat pr. condictio (Paulus). Es ist sohin schwer begreiflich, daß Savigny, S. 460, Nr. 2. die Vertragsnatur des Präkariums rundweg bestreitet. Richtig Windscheid, II. §. 376. Nr. 2. Vgl. auch §. 25. Note 13. d. B. Ueber andere Eigentümlichkeiten dieses Instituts vgl. Savigny, §. 42. neuest. Bruns, Beschl. §. 14. Fhering, Grund d. B. S. 96 flg. Ubbelohde S. 225 flg. Ohne haltbare Gründe bestreitet Danwardt, S. 292 die Vertragsnatur des Präkariums. Dagegen vgl. §. 7a. Note 28. d. B. Auch Ubbelohde S. 225 flg. sucht vergeblich nachzuweisen, daß das Pr. kein Kontrakt oder Quasikontrakt sei. Allerdings ist die Anomalie nicht zu verkennen, daß Pupillen aus dem Pr. haften (L. 22. §. 1. D. h. t.) und daß beim Präkarium aus zweiter Hand — nicht der erste Empfänger sondern der habens zu klagen ist. (L. 8. pr. D. h. t.) Allein diese Anomalien und die Unverträglichkeit des Pr. mit dem Verbalkontrakt erklären sich wohl aus der älteren Auffassung des Pr. Die passive Unvererblichkeit des Pr. (L. 12. §. 1. D. h. t.) wäre auch aus anderen Gründen begreiflich (s. §. 7a. Nr. 25.), die Haftung bloß für culpa lata hier ebenso eine Anomalie, wie beim Verträge über operae liberales. (L. 1. §. 1. L. 5. D. 11. 6.) Ueber die eigene Auffassung U.'s s. §. 7a. Nr. 28. — Das Präkarium des röm. Rechts haben auch die §§. 147. I. 7. des preuß. L. R. u. §. 190. des sächf. G. B. vor Augen. (Ueber das ital. G. B. s. §. 7a. S. 143.) Weiter scheint das Züricher G. B. zu gehen, welches im §. 494. von Besitzergreifung „durch Mißbrauch des Vertrauens“ spricht; darnach wäre jede Vorenthaltung einer anvertrauten Sache als fehlerhafter Besitz anzusehen. (Bluntzschli, II. S. 22.) Dagegen spricht wieder §. 505. vom Mißbrauch einer Vergünstigung.

27) Daß auch Immobilien und Rechte Gegenstand des Commodats sein können, ist nicht zu bezweifeln, obwohl der Wortlaut der Quellen (commodare) zunächst nur Mobilien u. der §. 971. gewiß nur körperliche Sachen vor Augen hat. Vgl. Sinentis, II. §. 111. Nr. 1., Windscheid, §. 374. Nr. 4; für das preuß. Recht Koch, Ford. III. §. 267. S. 421.

28) Vgl. Bachmann, §. 37. Nr. 7. Anders nach röm. Rechte, nach welchem, wenn nicht das Gegentheil verabredet wurde, der juristische Besitz der Sache auf den Präkaristen übergeht. L. 4. §. 1. de prec. Meminisse autem nos oportet, eum,

den Inhalt eines Rechts präkaristisch ausübt, als Rechtsbesitzer, welcher Dritten (nur nicht dem Concedenten) gegenüber possessorisch geschützt wird (vgl. §. 25. Note 12 d. B.). Wenn jedoch der Präkarist — die Begünstigung missbrauchend — die Sache, welche ihm bittweise verstattet wurde, wie seine eigene zu gebrauchen beginnt, — also den Besitz der Sache unter Misachtung des Präkariums sich anmaßt, bez. das Recht trotz Widerruf ausübt, so wird er zwar allerdings Sachbesitzer, bezieh. bleibt Rechtsbesitzer, — aber sein Besitz ist unecht (§§. 345. 346.).<sup>29</sup> Ob der Präkarist hiebei redlich oder unredlich handelt, ist gleichgiltig.<sup>30</sup> Die Verweigerung der Rückstellung der Sache (Vorenthaltung) ist zwar die zweifelloseste Offenbarung des eigenmächtigen Besitzwillens, aber gewiß nicht die einzige. Denn auch wenn z. B. der Präkarist im eigenen Namen auf

qui precario habet, etiam possidere. Vgl. Savigny und Bruns a. D. (Ueber die eigenthümliche Auffassung Ubbelohde's vgl. §. 1. Note 21 b.) Der Präkarist hat daher nach röm. Recht das I. de vi und U. P. gegen Dritte — nur nicht (wegen der exceptio vitii) gegen den Concedenten. Mit Gewalt darf jedoch dieser die Sache nicht an sich ziehen, da nach Justin. Rechte die except. vit. poss. gegen das I. de vi nicht Statt hat. — Die modernen Gesetzbücher behandeln den Präkaristen als bloßen Detentor. Vgl. §. 147. I. 7. R., dazu Förster, §. 162. S. 83, §. 186. sächs. G. B. Schmidt, S. 159; III. art. 1. bayr. Entw., art. 685. ital. G. B. Nach dem Züricher. G. B. §. 490. muß Bittleibbesitz (Sachbesitz) angenommen werden, da der Commodatar Leihbesitz hat.

29) Die Auffassung unserer Kommentatoren geht allerdings dahin, daß der Präkarist weder Sach- noch Rechtsbesitzer sei, — es vielmehr erst werde, wenn er sich das concedirte Recht zu eigen anmaßt. Vgl. Pachmann a. D. Stubenrauch, I. S. 637. Diese Auffassung ist, soweit sie den Rechtsbesitz betrifft, nicht richtig. Vgl. §. 25. Note 12—14 d. B. — Nach röm. Recht ist der Besitz des Präkaristen von Anfang an ein mangelhafter, wenn auch der Besitz formell tadellos erworben worden ist. Auch ohne Widerruf hat nämlich der Concedent das interd. de precario (L. 8. §. 7. D. h. t.) und kann das I. U. P. mit seiner recuperatorischen Wirkung gegen den Präkaristen mit Erfolg angestellt werden. Dem Concedenten gegenüber ist der Besitz des Präkaristen von Anfang her eine injusta possessio. Diese Beziehung haben die Quellen vor Augen, wenn sie von injusta p. des Präkaristen sprechen. L. 19. pr. de prec. Und Ansicht ist Savigny, S. 460, welcher die injusta p. erst von dem Zeitpunkte beginnen läßt, wo die Rückgabe verweigert wird. (Dagegen s. Albert, I. U. P. §§. 58—61., auch Windscheid, §. 160. R. 17.) — Für die modernen Legislationen ist aber die Meinung Savigny's mit der Modifikation richtig, daß der Präkarist vor der Verweigerung nur Detentor ist. (Vgl. bef. §. 190. des sächs. G. B., art. 21. bayr. Entw. u. §. 1. R. 24. d. B.)

30) Der Präkarist kann die Rückgabe bona fide verweigern z. B. in der Meinung, daß die Sache kommodirt sei. Vgl. Jhering, Grund S. 17. Ubbelohde, S. 223, welche mit Recht gegen Savigny, S. 31 die Delikttnatur des I. de precario läugnen.

die Sache Pfandrechte einräumt, Servituten bestellt, sie veräußert, ohne Vorbehalt vermietet, ist eine Besitzanmaßung nicht zu leugnen und findet in allen diesen Fällen die possessorische Klage auf Restitution des Besitzes statt.<sup>31</sup> Beim präkaristischen Rechtsbesitz äußert sich die Eigenmacht zumeist in der trotz Widerrufs fortgesetzten Rechtsausübung.

Auch der Eigenthümer kann zum unechten bittweisen Besitzer werden, nämlich dann, wenn ihm die Sache, rücksichtlich deren sein Besitz durch den Rechtsbesitz eines Anderen beschränkt ist, zum Gebrauche oder zur Detention von dem Berechtigten auf Widerruf übergeben worden ist. Nach österr. Recht kann hier nicht der Besitz, sondern nur die Detention den Gegenstand des Präkariums bilden. Soll jedoch der Concedent gegen den des Widerrufs nicht achtenden Eigenthümer die possessorische Klage auf Restitution der Sache haben, so muß derselbe im Besitz eines Rechtes sein (§. 346. G. B.).<sup>32</sup>

Daß dem Concedenten schon gegen den säumigen Präkaristen die Besitzklage auf Restitution des Besitzes, beziehentlich auf Einstellung der präkaristisch gestatteten Rechtsausübung gegeben wird, steht auch nach österr. Rechte nicht im Einklange mit dem allgemeinen Principe, daß der recuperatorische Besitzeschutz nur gegen eigenmächtige Entziehung des Besitzes (Verletzung desselben wider Willen des Besitzers) gewährt wird.<sup>32a</sup> Denn der Präkarist erhält die Detention

31) Der Wortlaut des §. 345. G. B. trifft alle diese Fälle der Zueignung fremden Besitzes. Das sächs. G. B. (§. 190.) und der bayr. Entw. (art. 21.) erwähnen nur den Fall verweigerter Rückstellung. Nach röm. R. ist die Klage überhaupt schon durch die Hingabe zum Präkarium begründet. — Auch hier kommt Nichts darauf an, ob der Beklagte noch im Besitze der Sache ist oder nicht. Vgl. Note 5.

32) Z. B. des usufructus. Der Pfandgläubiger, der dem Eigenthümer die Detention des Faustpfandes auf Widerruf überließ, hat daher nach österr. Recht kein possessorisches Rechtsmittel, da er überhaupt keinen Besitz hat. (Dies übersieht Winwarter, II. S. 68.) — Anders nach röm. R., nach welchem der Pfandgläubiger Besitzer ist; darum führen die Quellen L. 28. D. de poss. L. 6. §. 4. D. de prec. L. 29. 35. §. 1. D. de pign. a., L. 33. §. 6. de usurp. als precarium possessionis gerade den Fall an, wo der Pfandgläubiger dem Eigenthümer die eigene Sache precario überläßt. Vgl. Savigny, S. 303 f. Jus. 89. Ubbelohde, S. 259 f. Es versteht sich, daß das Präkarium so wenig als das Commodat rechtlich möglich ist, wenn der Eigenthümer die eigene Sache als fremde rogirte. Vgl. L. 6. §. 4. L. 11. D. h. t., dazu §. 7a. Note 26.

32a) Wie bereits früher (Note 5 a.) bemerkt wurde, intendirt der Besitzeschutz

der Sache (beziehentlich den bittweisen Rechtsbesitz) mit dem Willen des Concedenten. Konsequenter Weise sollte letzterem die Besitzklage aus demselben Grunde versagt sein, aus welchem dieselbe beispielsweise dem Kommodanten, Deponenten, Verpächter oder Vermiether in Fällen verweigert wird, wo der Kommodatar, Depositar, Pächter oder Miether mit der Rückstellung der ihm zum Gebrauch oder zur Verwahrung übergebenen Sache zögert. Denn in allen diesen Fällen hat der Besitzer die Sache freiwillig aus der Hand gegeben und kann nur mit der Kontraktklage die Erfüllung übernommener Pflicht zur Rückgabe erzwingen.<sup>32b</sup> Der possessorisches Schutz des Concedenten, der sich in allen deutschen Gesetzbüchern findet,<sup>33</sup> läßt sich sohin nur historisch erklären.

Abwehr der physischen Eigenmacht. Rechtswidrige Willensänderung, psychische Eigenmacht (Untreue) mag in ihrer Bethätigung zu petitorischen Klagen Anlaß geben, z. B. Anmaßung des Besitzes von Seite des Miethers, Pächters (vgl. c. 10. C. de vi §. 4.); allein deren possessorisches Abwehr liegt außerhalb des Rahmens u. Zweckes des Besitzschutzes. Dadurch beheben sich die Einwendungen Canstein's, VI. S. 139, der die physische und die bloße Willenseigenmacht gleichstellen will.

32b) Dagegen will v. Canstein VI. S. 138 fg. insbes. N. 30. grundsätzlich in allen diesen Fällen, wenn sich der Detentor Besitz anmaßt, die restitutorische Besitzklage zulassen, weil eine widerrechtliche „Besitzentzuges“ erfolgt sei. Der Trugschluß C.'s beruht auf dem Doppelsinn des Wortes „Besitz“ und „Besitzentzuges“. Allerdings liegt hier eine widerrechtliche Besitzaufhebung vor, allein nicht jede B. Aufhebung ist eine B. Entziehung im tech. Sinne — „ein Sich-Bemächtigen“ (§. 1164), eine Dejection d. i. eine eigenmächtige Entziehung der Detention. Wo eine solche Abnahme (Entziehung) der physischen (räumlichen) Herrschaft nicht vorliegt, da ist auch die Besitzklage nicht zulässig; die bloße rechtswidrige Willensbethätigung ohne reale (physische) Eigenmacht genügt hierzu keineswegs. „Besitzentzuges“ im §. 2. der cit. f. B. v. 1849 bedeutet ohne Zweifel so viel wie Eindringen in den Besitz (§. 345.), Sichbemächtigen (§. 1464), dejectio, abreptio, invasio possessionis d. i. Entziehung der faktischen Macht — der Detention; vgl. z. B. c. 9. 10. C. 8. 4. ita nec conductoribus et possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum . . . recuperare volentibus . . . duxerint resistendum etc.; über die poena vgl. Windscheid §. 263. N. 10. 15. Vgl. übrigens noch §. 208. N. 5a.

33) Vgl. §. 147. I. 7. preuß. L. R., §§. 190. 206. desächs. G. B., §§. 494. 505. des Züricher. G. B., art. 21. 33. bayr. Entw. Nur das ital. C. G. B. art. 695. ließ den possessorisches Schutz gegen den Prefaristen fallen; es erwähnt nämlich dieser Artikel nur die gewaltsame und heimliche Besitzentziehung: *Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso*. Sinegen will das Züricher. G. B. (§. 494.) den Besitzschutz auf alle Fälle des „Mißbrauchs des Vertrauens“ ausdehnen. (So wenigstens interpretirt dessen Redaktor Bluntschli, II. S. 22; dazu vgl. jedoch §. 505., welcher nur von „Mißbrauch einer Vergünstigung“ spricht.) Sohin wäre nach Züricher. Recht die Besitzklage auch gegen den Depositar, Kommodatar, gegen Dienstleute, selbst Miether und Pächter zulässig.

In legislativ-politischer Hinsicht kann man geltend machen, daß bei der unbedingten Widerruflichkeit des Prefariums in der Verweigerung der Restitution eine durchaus unzulässige Bestanmaßung liegt, welche durch möglichst summarische Prozedur zu beseitigen ist. Der Prefarist kann gar keinen rechtlichen Vorwand haben, die Rückgabe zu verweigern. Anders beim Miether, Kommodatar und selbst beim Depositar. §. 967.) Gegenüber der (durchaus nicht unzulässigen) Kontraktklage (§. 974.) gewährt die Besitzklage aus dem Prefarium den Vortheil summarischer Verhandlung (poss. summarissimum).

Ueber das Klagsbegehren s. §. 7d.

Ziehen wir nun das Ergebnis der bisherigen Darstellung, so finden wir: daß das österr. Recht den Besitzschutz — abgesehen von dem Falle des Prefariums, in welchem derselbe in historischer Kontinuität über seine natürlichen Grenzen ausgedehnt wird — einerseits gegen jede eigenmächtige, d. i. gegen den Willen des Besitzers erfolgte Beeinträchtigung und Entziehung des Besitzes — andererseits aber auch nur gegen derartige Besitzverletzungen gewährt. Der gleiche Besitzschutz kommt jedem Besitze zu Statten ohne Rücksicht auf das Objekt (Mobilien, Immobilien, Rechte), beschränkt sich nicht auf bestimmte Formen der Verletzung (namentlich persönliche Bewältigung, hinterlistige Besitzergreifung) und setzt nicht nothwendig ein Verschulden (Delikt) des Störers voraus. Insbesondere ist unter „Eindringen“ in den Besitz (Gewalt, vis) — wie früher gezeigt wurde — jedwede wie immer geartete eigenmächtige Besitzergreifung zu verstehen.<sup>34</sup> Die Widerrechtlichkeit der Störung ist — ähnlich wie bei der Eigenthumsverletzung — rein objektiv, nicht subjektiv zu denken. Selbstverständlich kann von widerrechtlicher Besitzentziehung nicht die Rede sein, wenn Jemand die Detention mit Willen des Besitzers — namentlich durch Uebergabe erwirbt, mag auch letztere absolut nichtig, relativ ungiltig oder rescis-

Konsequenter ist m. E. allerdings das Vorgehen der ital. und der Züricher. Gesetzgebung; dem Zwecke des Besitzschutzes entsprechender, praktischer und billiger erscheint mir die Bestimmung des röm. Rechtes.

34) Die dagegen etwa aus der Fassung der §§. 345. 346. 1464. G. B. entspringenden Zweifel sind gegenüber der allgemeinen Lectur des §. 2. der kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849 hinfällig. S. auch v. Canstein, VI. S. 137.

fiabel sein. Darum steht die Besitzstörungsklage weder demjenigen zu, der durch Furcht oder Betrug zur Uebergabe veranlaßt wurde (§§. 870—876.), noch auch dem Eigenthumsbesitzer, welchem der Kommodatar, Miether, Pächter, Depositär oder Pfandgläubiger die Restitution der zum Gebrauch, zur Verwahrung oder Sicherstellung hingegebenen Sache selbst nach Erlöschung des Gebrauchs- oder Sicherstellungsrechtes unter was immer für einem Vorwande verweigerte. Kurz — der Besitzschutz wird (den Fall des Prefariums ausgenommen) nur gegen Besitzverletzung (Besitzentziehung wider Willen des Besitzers) gewährt.<sup>35</sup> Eben darum kann der Besitzschutz demjenigen, der den Besitz einer Sache verloren hat, gegen den Finder derselben nicht gewährt werden, da dieser keinen Besitz entzieht.<sup>36</sup>

35) And. N. v. Canstein, f. N. 4 u. 5 a. — Nach preuß. Rechte §§. 144. 145. I. 7. kann der Eigenthumsbesitzer denjenigen, der in seinem Namen besitzt, eigenmächtig depoffestioniren, insbesondere der Verpächter den Pächter, so weit dies ohne Störung der öffentlichen Ruhe und ohne Verletzung der „anderweitigen Gerechtigkeiten“ des Inhabers thunlich ist (also den Pächter nur nach Ablauf der Pachtzeit). So wohl auch nach röm. Recht, vgl. c. 7. C. de vi, dazu Savigny, S. 441, 442. Ihering, Geist des röm. R. I. S. 152, Note 67. Unger, II. S. 340. N. 7. Windscheid, §. 123. N. 1. (4. U.). Thon, Rechtsnorm c. (1878) S. 315 fg. wenigstens für das Justin. Recht, mit Beziehung auf c. 3. C. de loc. 4. 65., während er für das ältere Recht das I. U. Vi gegen den Pächter sogar noch vor Ablauf der Pachtzeit einräumen will. Vgl. noch §. 20. N. 19 c. u. 19 d. Nach österr. Rechte ist dieser Akt der Selbsthilfe nicht gestattet (§§. 19. u. 339. G. B.). Vgl. auch die Rechtsfälle Nr. 206 u. 3135 Samml. Gl.-U.-W., in welchen der Eigenthümer wegen Störung des Rechtsbesitzes des Pächters, bez. Servitutberechtigten ungeachtet der Erlöschung des Rechts desselben verurtheilt wurde. (Vgl. dazu §. 33. Note 5 a. d. B.) S. auch Unger a. D. Anders und unrichtig entschied aber der D. G. S. mit Erf. v. 29. November 1876, G. Z. 1877 Nr. 67, weil angeblich der Miether unzulässiger Weise ein Retentionsrecht (?) geltend mache (?). Doch gewährt das Bestandverfahren v. 16. November 1858, Z. 213 R. G. dem Verpächter und Vermiether die Möglichkeit rascher gerichtlicher Proccedur bei kontraktswidriger Verweigerung der Rückstellung. — In einem Falle erhielt der Käufer A, welcher die Lieferung von 300 Aktien einer Bank anzunehmen verweigerte, eben dieselben durch einen Mandatar des Verkäufers B, der sie freilich nur gegen Zahlung abgeliefert wissen wollte, ohne Vorbehalt zugestellt. Selbstverständlich wurde die Besitzklage gegen ihn zurückgewiesen, da er durch den Willen des Mandatars, der allerdings den Auftrag mißverstand, in den Besitz der Papiere gelangte.

36) Vgl. Bruns, Klagen S. 256. „Der Verlierer hat zwar den Besitz wider Willen verloren, aber der Finder hat ihm denselben nicht entzogen.“ Hält man den possessoriſchen Charakter der Spolienklage fest, so ist die von Delbrück, dingl. Klage S. 313, vertretene Ausdehnung derselben gegen den Finder offenbar unzulässig. Auch v. Canstein, VI. S. 138, N. 28 steht in der Aneignung des Besitzes

So sehen wir denn, daß das österr. Recht den Besitzschutz (vom Prefarium abgesehen) in jener Form und Vollständigkeit gewährt, welche von der heutigen Jurisprudenz als Postulat der juristischen Konsequenz und des praktischen Bedürfnisses hingestellt wird<sup>37</sup> „Der Besitz, der als ein rechtliches Verhältniß einmal anerkannt wird, — sagt Ihering, Grund d. B. S. 131., sehr richtig — verlangt nicht halben, sondern ganzen Schutz; für das Interesse und das Recht des Besitzes muß es gleichgiltig sein, in welcher Weise derselbe verletzt wird, ob durch Gewalt oder auf andere Weise, und dieselbe Allgemeinheit des Besitzschutzes, die in der Richtung auf Anerkennung und Aufrechterhaltung des Besitzes in den interd. retin. poss. verwirklicht ist, muß ebenso für die interd. recup. poss. postulirt werden. Nur dadurch gewinnt der ganze Besitz einen harmonischen Abschluß.“<sup>38</sup>

Zum Schluß einige Bemerkungen über die Fassung des §. 345. G. B. Derselbe sagt, daß der unrechtmäßige und unredliche Besitz durch vittöse Besitzergreifung „noch überdies unecht“ wird.

Es ist nun allerdings richtig, daß der unechte Besitz niemals rechtmäßig sein kann, also stets unrechtmäßig sein muß. Denn rechtmäßig ist der Besitz nur, wenn der Akt, durch welchen der (letzte) Besitz erworben wird (worauf er „beruht“ §. 316., „sich grün-

von Seiten des Finders einen Eingriff in das „Besitzrecht“ des Verlierenden. Allein war denn dieser zur Zeit des Fundes noch Besitzer? Und ist nicht das „Besitzrecht“ an die Thatsache des B. geknüpft? — Von den neueren Legislationen gewährt keine die Besitzklage gegen den Finder. Dasselbe gilt vom bayr. Entwurf. Eine andere Frage ist es: ob der Finder possessoriſch zu schützen ist? Vgl. §. 7. N. 12. Maßgebende Gründe für die Gewährung der Klage sind unerfindlich. Von seinem Standpunkte aus (dem petitorischen Gesichtspunkte) gibt Delbrück a. D. die Klage auch in Fällen, wo Thiere wegelaufen, oder Sachen weggeschwemmt wurden. Hier genügt die — Publiciana.

37) Vgl. neuestens Ihering, Grund S. 131, 135, 142. Bruns, Klagen §. 24. S. 251 fg. und §. 26. Windscheid, §. 162 a. (4. Aufl.).

38) Eine andere Frage ist es, ob dieser harmonische Abschluß — den Ihering a. D. in der sog. actio momentaria der Kaiserzeit erblickt — schon im römischen Rechte zu finden ist. Wie bereits früher bemerkt, ist dies zu bestreiten. Erst das kanonische Recht ergänzte die Lücken des römischen Besitzschutzes durch Ausdehnung der später sog. Spolienklage auf alle Fälle des Quasibesitzes und gegen alle Formen der widerrechtlichen Störung (c. 3. C. 3. q. 1. Redintegranda etc.). Vgl. dazu Bruns, Klagen §. 11. und 24. Stobbe, D. R. §. 77. Z. 5, auch Roth, Bayr. G. R. §. 134. N. 72, der indeß für Bayern auf Grund R. II. 5. §. 11. die Klage nur bei „unrechtmäßiger Gewalt“ zugestehen will.

der" §. 1461.), an sich als ein hinlänglicher Erwerbgrund des Eigenthums erscheint, wie z. B. die traditio justa causa, die Occupation der herrenlosen Sache. Das Dasein eines Titels (Rechtsgrundes), auf Grund dessen die Besitzabtretung verlangt werden kann (§. 320.), macht also den Besitz erst dann zum „rechtmäßigen“, wenn der correlate Rechtserwerbssakt (Tradition) hinzutrat, z. B. wenn dem Käufer die Sache vom Verkäufer auch übergeben wurde — nicht aber in dem Falle, wenn der Besitz in anderer Weise erworben wurde, etwa wenn der Käufer dem Verkäufer die Sache mit Gewalt entreißt oder stiehlt.<sup>39</sup> Es ist schon überflüssig, wenn das A. b. G. B. neben der Rechtmäßigkeit (§. 1461.) auch noch die Echtheit des Besitzes (§. 1464.) als Erforderniß der Usukapion anführt. (Aehnlich das sächs. G. B. §. 272.)

Dagegen ist die Fassung des §. 345. G. B. insofern verfehlt, als derselbe voraussetzt, daß der unechte Besitz stets auch unredlich sein müsse. Das Gesetzbuch selbst deutet im §. 326. die Möglichkeit des Gegentheils an.<sup>40</sup> Der Eigenthümer einer Sache z. B., der die

39) Irrig ist es also, wenn Stubenrauch, I. S. 458 (2. A.), in diesem Falle vom rechtmäßigen Besitz spricht. Für das röm. Recht kann die Richtigkeit dieser Auffassung nicht wohl bezweifelt werden. Denn unter der justa causa poss. ist nicht bloß das obligatorische Rechtsgeschäft zu verstehen, welches der Tradition vorauszu-gehen pflegt, z. B. der Kauf, sondern der ganze Komplex von Thatfachen, welcher zur Erwerbung des Eigenthums erforderlich ist, also nicht nur der sog. titulus, sondern auch der modus acquirendi. Spricht man also vom titulus ex emto vendito, so ist darunter die traditio venditionis causa zu verstehen. Vgl. L. 1. D. 41. 6., dazu Unterholzner, Verjährung I. §. 108. Windscheid, §. 179. Brinz, I. S. 208. Arndts, §. 159. Fitting, C. Arch. 52. S. 392 flg. So auch die älteren Praktiker und Zeitgenossen der Kompilatoren, bes. Thibaut, §. 1013. Verhält sich die Sache aber so, dann ist es selbstverständlich, daß der justo titulo erworbene Besitz auch fehlerlos (echt) ist. Richtig erkennt dies das Züricher. G. B. §. 495. — Anderer Ansicht ist Winwart, II. S. 67. Stubenrauch, I. S. 458. Pachmann, Verjähr. S. 101. Gapp, Wagner's Zeitschr. 1828. II. S. 320 flg. und neuestens Prodlowski, Untersuchungen aus dem österr. Civilr. S. 33 flg., welche behaupten, daß der unechte Besitz auch rechtmäßig sein könne, wenn nämlich nur ein Titel zum Besitze vorliegt. Dagegen Randa, Krit. Viertelj. Schr. XV. S. 464 flg. und Kirchstetter, S. 634. Zu weit geht wieder Rippel, II. S. 145 flg., der jeden unechten Besitz sogar für unredlich erklärt.

40) Arg. §. 326. „Aus Irrthum in Thatfachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger (§. 316.) und doch redlicher Besitzer sein.“ Auch der umgekehrte Fall kann eintreten. Z. B. wer eine gestohlene Sache von dem Diebe kauft, und den Sachverhalt kennt, ist rechtmäßiger und doch unredlicher Besitzer. Vgl. Winwart, II. §. 33. S. 56.

ihm gestohlene Sache einem Dritten entreißt, ist unechter, aber doch redlicher Besitzer. (§§. 316. 345.)

Die Fassung des §. 345. läßt also in jeder Beziehung viel zu wünschen übrig und gab den Anlaß zu nicht geringen Mißverständnissen.<sup>41</sup>

### §. 7d. Gemeinsame Bestimmungen der Besitzstörungen- und Besitzentzückungsklagen.

#### I. Besitzklage der hereditas jacens? Aktiver und passiver Nebengang des Klagenanspruches auf die Erben.

Es liegt auf der Hand, daß der Erbe, bezieh. die ruhende Erbschaft wegen solcher Besitzstörungen klagen könne, durch welche der Besitz des Erblassers bei Lebzeiten desselben verletzt wurde, da der diesfällige (aktive) Klagenanspruch gegen den Störer (Deficienten) gleich anderen Ansprüchen auf den Erben übergeht.<sup>1</sup> Fällt aber die

41) Schon Winwart, Materialien VII. §. 16. und Kommentar II. §. 37. hat auf die unrichtige Fassung des §. 345. aufmerksam gemacht. Vgl. auch Gapp in Wag. Zeitschr. 1828. II. S. 320. Stubenrauch, §. 343. I. S. 458. Pachmann, §. 38. S. 101. Diese Schriftsteller irren nur insofern, als sie behaupten, daß der unechte Besitz rechtmäßig sein könne. Dagegen vgl. die vorige Note. Unzulässig ist die alternative Erklärung Pachmann's a. D. „oder es ist der Begrif der Redlichkeit in etwas geänderter Bedeutung zu nehmen, insofern jeder unredlich handelt, der die klare Norm des bekannten Gesetzes nicht achtet.“ Dies bestimmte allerdings §. 603. III. des Entw. Ebenso sonderbar als unrichtig ist Orda's Auslegung (Wagner's Zeitschr. 1830. I. S. 127 und 1833. I. S. 232). — Wenn dagegen Rippel, III. S. 145 flg., welchem Monti, §. 18. beitrifft, am Wortlaute des §. 345. festhaltend behauptet, daß derjenige, der sich vi. clam, precario in den Besitz einer Sache setzt, schon darum allein auch unredlicher Besitzer sei, und sich aus diesen Gründen gegen Winwart erklärt, so geräth er offenbar mit dem §. 326. in Konflikt und verzichtet dem Wortlaute zu lieb auf jede vernünftige Kritik des Geseßestextes.

1) Vgl. Heerwart, Zeitschr. f. C. R. 21. S. 210. Witte, S. 84. Unger, Erbr. VI. §. 40. R. 6. Roth, B. C. R. §. 134. R. 29, dagegen Albert, Interd. U. P. §. 158. in Ansehung der interd. retin. p. — Ausdrücklich bestimmt dies das preuß. R. §. 149. I. 7., §. 2289. sächs. G. f. Förster, §. 162. R. 53 und Gruchot, V. S. 481. Albert a. D. S. 203 fügt seine gegentheilige Ansicht darauf, daß der Besitz zur Zeit der Klage (?) vorhanden sein solle, der Erbe aber den Besitz erst erwerben müsse, und wenn er ihn erworben habe, doch nur wegen Störung seines Besitzes klagen könnte. Allein A. übersteht, daß der durch die Störung des Besitzes erwachsende Anspruch wie jeder andere vermögensrechtliche auf den Erben übergeht. Es ist daher auch nicht nöthig, mit Holzschuher, Theorie u. P. II. 2. S. 53, auf die angebliche Bedrohung des eigenen Besitzes des Erben zu reflektiren. Vgl. auch Köppen, Erbr. S. 188, R. 46.

Störung (Dejektion) in den Zeitraum vom Tode des Erblassers bis zur Besitzergreifung des Nachlasses von Seite des Erben, beziehungsweise bis zum Besitzwerb für die Erbschaft (her. jacens) durch Nachlasskuratoren, Testamentsvollzieher oder gerichtliche Nachlassverwalter (§§. 43. 46. 145. 146. des Pat. v. 9. August 1854. Z. 208. und §§. 812. 816. G. B.), so findet wegen Abgang eines Besitzers possessoriischer Schutz nicht statt und kann die Verletzung nur mit petitorischen Rechtsmitteln verfolgt werden. Denn der Besitz übergeht nicht schon Kraft des Gesetzes auf die ruhende Erbschaft oder den Erben, sondern muß von diesen nach der allgemeinen Regel erworben werden (§. 320. A. b. G. B., dazu §. 15. dies. B.).<sup>2</sup> — Ueber die sogen. possessoriische Funktion der Erbschaftsklagen vgl. §. 1. N. 10. c.

Der Singularbesitzsuccessor kann selbstverständlich nur wegen solcher Störungen klagen, welche während der Dauer seines Besitzes vorfielen, nicht auch wegen Turbation des Besitzstandes seines Vormannes.<sup>3</sup>

2) Dies ist auch im röm. Rechte anerkannt, vgl. §. 15. Note 9 fig.; neuerlich *Ihering*, Grund d. B. S. 86 flg. der lediglich behauptet, daß die hered. petitio die Funktion der possessoriischen Klage verrete. Weiter geht allerdings *Zrodlow'ski*, Untersuchungen S. 67 flg. und v. *Canstein*, VI. S. 146. Vgl. aber dagegen die Bemerkungen §. 15. zu N. 10 flg. Daß für das österr. Recht auch nicht aus dem Wortlaute des §. 547. B. G. B. die Fortdauer des Besitzes mindestens für die Erbschaft gefolgert werden könne, darüber s. §. 15. N. 6, das. N. 11—12, auch die ausländische Legislation. Nach röm. Recht war der Mangel possessoriischen Schutzes minder fühlbar als nach österr. Recht, da dieses Besitzergreifung des Nachlasses durch den Erben nur unter Intervention des Gerichtes zuläßt (§. 797. G. B.); vgl. dazu noch §. 15. N. 5). Gegen die Meinung *Rudorff's*, Anhang N. 15, daß die Aufhebung der Differenz zwischen dem Rechtszustand des Erblassers und des Erben durch das I. quor. bon. u. legat. zu erzielen sei, ist zu bemerken, daß dies petitorische Rechtsmittel sind, daher Bescheinigung des Erbrechts verlangen. Vgl. §. 1. Note 10 c. Die Ansicht *Ihering's*, Grund d. B. S. 85 flg., 158, daß durch die her. pet. dem Bedürfnisse nach Schutz des Nachlassbesitzes Rechnung getragen sei, ist unhaltbar. Vgl. §. 15 d. B. Neuestens empfiehlt *Mommsen*, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht (1876) §. 249., wegen des praktischen Bedürfnisses die Modifikation: „daß der Erbe nicht einer besonderen Besitzergreifung in Betreff einzelner Sachen und Rechte bedürfe“, daß es vielmehr für genügend anzusehen sei, wenn er „die Erbschaft im Ganzen an sich genommen habe“ (S. 298). Soll damit gesagt sein, daß der Besitz schon durch Antretung erworben werde, so geht die Tenenz über den Wortlaut hinaus und widerspricht der eigenen Auffassung M.'s; außerdem ist jene Erklärung überflüssig und irreführend. — Nach dem ital. G. B. art. 693. setzt der Erbe von Rechtswegen den Besitz des Erblassers fort und darf daher wohl der Erbe wegen Besitzstörungen der her. jacens klagen. Für das franz. Recht ist die Frage streitig. Vgl. §. 15. N. 13.

3) Denn eine Succession in den Besitz findet nicht in gleicher Weise wie bei

Beklagter ist der Störer, beziehungsweise der Dejicient, sowie deren Universalsuccessoren, da diese in die durch die Störung (Entziehung) entstandene Obligation passiv eintreten. Dies gilt insbesondere im Falle der Besitzentsetzung, indem der Erbe, welcher den Erblasser repräsentirt, in die vitia possessionis (§. 345.) eintritt, wie das A. b. G. B. (§. 1464.) ausdrücklich anerkennt.<sup>4</sup> Daß das

Rechten Statt. (Vgl. §. 15. d. B., auch *Förster*, §. 162. N. 59.) Siernach ist das verurtheilende Erkenntniß des österr. obersten G. S. v. 23. Juni 1869, Z. 6899 (Právník 1874. S. 344) nicht zu billigen. A hatte nämlich dem B precario das Recht der Wasserleitung auf seinem Grunde eingeräumt. Nach dem Tode des B wurde über dessen Nachlaß der Konkurs eröffnet, und das herrschende Grundstück wurde über dessen Nachlaß der Konkurs eröffnet, und das herrschende Grundstück verkauft. Am Tage vor der Feilbietung entfernte Concedent A die Leitungsröhren aus seinem Grunde. Der Käufer C klagte nun den A wegen Besitzstörung. Mit Recht wies ihn die I. Instanz ab, die II. Instanz und die III. Instanz gaben jedoch der Klage statt; das Obergericht: weil der Besitz auch nach dem Tode fortzuauere, die Frage der Unechtheit auf den Rechtsweg gehöre; der D. G. S. darum: weil hier unzweifelhaft (?) eine Besitzstörung vorliege, wegen welcher der Vertreter der Konkursmasse, und nunmehr der Rechtsnachfolger desselben klagen könne! — Anders wäre es gewesen, wenn der Singularsuccessor des B vor der Störung von der Wasserleitung ruhigen Besitz ergriffen hätte. Da hätte sein Besitz gegen Entziehung geschützt werden müssen. Das vitium precarii trifft nämlich den Singularnachfolger des Precaristen gewiß nicht, sofern dieser nicht stillschweigend selbst precario rogirt. Vgl. auch den bei *Rudorff*, Anhang Nr. 158, angeführten Rechtsfall, in welchem das Obergericht (irrig) die precaria poss. als vitium rei cohaerens behandelte. Dagegen *Rudorff a. D.* Es versteht sich übrigens, daß A gegen die Besitzergreifung der Wasserleitung Seitens des Käufers wegen Besitzstörung klagen könnte, da der Besitz des Precaristen durch den Tod desselben erlosch. Gegen den Erben des Precaristen gibt das röm. R. das Interdict. de prec. ausdrücklich. Vgl. L. 8. §. 8. D. h. t., dazu §. 7a. N. 25. Dasselbe müßte nach österr. R. angenommen werden, da der Besitzergreifende Erbe in das vitium des Erblassers eintritt. (§. 1464. G. B.) S. folg. Note, auch *Seuff. Arch.* 28. N. 165.

4) §. 1463. „Ist der Besitz unecht, so kann weder er (sc. Erwerber), noch können seine Erben dieselbe (Sache) verfahren“. Vgl. auch L. 11. D. de div. temp. pr. 44. 3. Cum haeres in omne jus defuncti succedit, ignorantia sua vitia non excludit. Vgl. *Witte*, S. 86. Nach röm. Recht hatten die Erben des Dejicienten immer nur für die Bereicherung: quod ad eos pervenit. L. 1. D. de vi. Diese Beschränkung kennt das österr. G. B. nicht; die Bestimmung der L. 9. pr. D. de vi findet sohin für dasselbe nicht Anwendung. — Ueber das I. de prec. in seiner Richtung auf den Erben vgl. L. 8. §. 8. D. de prec. und §. 7a. N. 25. auch vor. Note a. C. — Wenn *Alber*, Interd. U. P. S. 207 flg. läugnet, daß das I. U. P. gegen den Erben des Störers statfinde, weil das vim fieri veto nicht gegen den Erben ausgesprochen war, so ignorirt er das Wesen der Universalsuccession; übrigens läßt auch A. gegen den Erben eine besondere Klage in id, quod ad eum pervenit zu. Dies bestimmt indeß der §. 2289. d. sächs. G. B. — Auch *Förster*, §. 162. N. 64, dem *Roth*, §. 134. N. 64 beitrifft, will die Klage gegen den Erben nur insofern zulassen, als dieser „die Störung oder Entziehung . . . fortsetzt;“ in diesem Sinne formulirt neuestens *Mommsen a. a. D.* §. 250. den Entwurf des Erbr.

gegen den Besitzstörer ergangene Erkenntnis auch gegen dessen Erben vollstreckt werden könne, unterliegt keinem Bedenken.<sup>5</sup> Gegen den Singularsuccessor des Störers oder Deficienten ist die Besitzklage nicht zulässig (§§. 339. 346. G. B.). Insbesondere hat das österr. G. B. die Ausdehnung der Spolienklage des kanonischen Rechts auf dritte Besitzer, welche von der gewaltsamen Besitzentsetzung zur Zeit des Besitzerwerbes Kenntniss hatten, nicht angenommen.<sup>6</sup>

Der Störer oder Deficient wird dadurch von der Klage nicht frei, daß er die Sache vor angestellter Klage fahren läßt, oder des Besitzes anderweitig verlustig geht.<sup>7</sup> Hat er den Besitz nicht mehr, so hat er den Werth desselben zu ersetzen. (Ueber diesen Fall s. §. 7c. Note 5.)

## II. Zuständigkeit der Klage im Falle mandirter Besitzstörung.

Von großer praktischer Tragweite ist die Frage, gegen wen die Besitzklage in dem Falle zu richten ist, wenn die Störung (Defektion) vom Störer im Auftrage eines Anderen, oder mit dessen wenn auch nur stillschweigender Genehmigung vorgenommen wurde.<sup>8</sup>

Sie alle übersehen hierbei die Konsequenzen der Universalsuccession, die hier für das preuß. Recht in keiner Weise modificirt sind. Auch entstände hiernach die Gefahr, daß nach Verjährung der erblasserischen Klage die fortgesetzte Störung nur als Ausübung des durch die erste Störung erworbenen Besitzes erscheinen könnte. Auf die „Befreiung“ des Besitzes endlich kommt überhaupt Nichts an.

5) Vgl. Gruchot, Gloss. XV. S. 478.

6) Vgl. hierüber S. 144 d. B. und Roth, Bayr. C. R. §. 134. S. 140. Das G. B. steht in diesen Punkten auf dem Boden des röm. Rechts, L. 3. §. 10. D. U. P. L. 7. D. de vi: Quum a te vi dejectus sim, et Titius vi eandem rem possidere cooperit, non possum cum alio quam tecum interdicto experiri. Vgl. Heerwart, Z. f. G. B. XII. S. 211. — So auch das preuß. L. R. Vgl. Förster, §. 162. Note 61; anders aber das sächf. G. B. (§. 206.), Zülicher G. B. (§. 507.) und bayr. L. R. II. 5. 11., welches, wie auch der bayr. Entw. III. a. 35., die Klage gegen wissenden Dritten zuläßt. Vgl. Roth, §. 134. N. 68. Schmidt, S. 171 und Stobbe, §. 77. N. 34.

7) Vgl. L. 1. §§. 13. 42. L. 7. 15. 16. D. de vi (vor. Note). L. 4. §. 22. L. 22. §. 2. D. de usurp. 41. 3. Windscheid, §. 160. Note 10. Savigny, S. 443. Es könnte nach §. 346. A. b. G. B. den Anschein haben, als ob die Besitzklage nur gegen den besitzenden Deficienten stattfinden. Die hier vertretene Ansicht wird jedoch durch die historische Provenienz der Klage, und vollends durch den Wortlaut des §. 2. der kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849 außer Zweifel gestellt. Vgl. §. 7c. Note 5.

8) Daß die Klage gegen alle Personen stattfinden, welche sich gemeinschaftlich an der Störung thatsächlich betheiligt haben, liegt auf der Hand. Vgl. Note 3871 der Samml. Gl.-U.-W. — Die Entsch. des Berl. O. Trib. Nr. 209. B. 7

Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß nach den allgemeinen Grundsätzen über das Mandat der Auftraggeber für die civilrechtlichen Folgen der gemäß seinem Auftrage (Genehmigung) vollzogenen Handlung haftet (§§. 1016. 1018. 1301. 1302. G. B.) und daher mit der Besitzklage belangt werden kann, gleichviel ob der Störungsakt zugleich als Delikt erscheint oder nicht. Allein auch gegen denjenigen, der die Störung (Defektion) über fremden Auftrag vollzog, findet die Klage statt, da jeder eigenmächtige Eingriff in die Besitzsphäre eines Anderen objektiv rechtswidrig und durch das Gesetz (§. 339.) verboten ist, und das Dasein der Störung durch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlung nicht bedingt ist.<sup>9</sup> Es versteht sich sohin, daß der Gestörte nach Wahl den Mandanten oder Mandatar oder beide mit der Klage belangen kann. Es ist daher sowohl der Störer als derjenige, über dessen Auftrag die Störung vorgenommen wurde, passiv zur Sache legitimirt. Der Mandatar kann sich der Klage auch dadurch nicht erwehren, daß er den Mandanten namhaft macht.<sup>10</sup> Denn selbst die Wirkung der direkten Stellvertre-

der Rechtsgrundsätze desselben v. Striethorst nimmt mit Bezug auf art. 227. 230. G. B. mit Recht Haftung der Aktiengesellschaft für besitzstörende Handlungen des Vorstandes an.

9) Auch hier ist zu betonen, daß die Besitzstörung zwar stets eine objektive Verletzung der Rechtsordnung, aber darum nicht nothwendig ein Delikt ist, welches begrifflich ein Verschulden des Handelnden voraussetzt. Die Sache steht hier nicht anders als bei Eingriffen in die fremde Eigenthumsphäre, welche ebenfogat bona als mala fide erfolgen können (§§. 329—336. B. G. B.). Mit Unrecht behauptet somit Förster, III. §. 162. N. 62 u. 93, daß sich der Störer durch Nomination des Auftraggebers von der Besitzstörungsklage befreien könne, und daß in diesem Falle die Klage nur gegen den Auftraggeber erhoben werden könne; unzutreffend und unklar sind die Motive des daselbst citirten Plen.-Beschlusses vom 2. April 1849 (bei Striethorst, V. R. 119). — Dernburg, I. S. 320 will unterscheiden, ob Jemandem die einzelne Handlung aufgetragen worden ist, oder ob er eine allgemeine Vollmacht habe, wie z. B. der Gutsinspektor, und sohin in der Lage sei, die Störung zu wiederholen. Allein auch im ersteren Falle ist ja eine Wiederholung möglich, und eskulpirt das Mandat überhaupt nicht.

10) Der verurtheilte Mandatar mag sich an dem Mandanten Schadens erholen. — Daß es vortheilhafter und wirksamer ist, den Mandanten zu belangen, kann nicht geläugnet werden. Indesß nicht immer ist das Mandatsverhältnis auch nach außen erkennbar und erweislich. — Nach dem sächf. G. B. §. 324 kann derjenige, der im fremden Namen Eigenthum stört, die Negatorienklage von sich abwenden, wenn er den Auftrag nennt und dieser den Streit übernimmt. Nur soweit ihn ein Verschulden trifft, bleibt er verhaftet. Die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Besitzklage ist wohl unbedenklich.



tung des modernen Rechts (§. 1017. A. b. G. B., art. 298. S. G. B.) tritt nur bei Rechtsgeschäften und auch hier überhaupt nur dann ein, wenn sich der Handelnde dem Dritten gegenüber als Mandatar zu erkennen gegeben hat.<sup>11</sup> Das Gesagte gilt insbesondere im Falle der Dejection; namentlich kann dann, wenn diese (wie regelmäßig) in einem Delikt besteht, die Verantwortlichkeit dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß sie über Befehl oder Anstiftung eines Andern verübt wurden (§§. 1301. 1302. A. b. G. B.).<sup>12</sup> — Die

11) Ueber die *Nominatio auctoris* später. Eine scheinbare Ausnahme findet nur dann statt, wenn die angebliche Besitzstörung in einer Amtshandlung besteht, die der Executor gemäß amtlichen Auftrags der vorgesetzten Behörde vollzog, da hier überhaupt keine civilrechtlich verfolgbare Besitzstörung vorliegt. Vgl. Nr. III. — Allerdings steht es aber dem wegen Besitzstörung geklagten Mandatar frei, dem Mandanten den Streit zu verkündigen und dessen Vertretung zu begehren, da der Letztere dem Exstiter eventuell regresspflichtig ist. Die Vertretungsleistung im Besitzstörungsverfahren ist anerkannt in der Entsch. Nr. 3871 der Samml. Gl.-u.-W. Tritt schon der Mandant dem Streite bei, so ist er wie in jedem anderen Prozesse als Streitgenosse zu behandeln. Vgl. §§. 58—60. A. G. D. und Hofd. v. 21. Oktober 1793, 3. 130 J. G. S. und über die accessorische Intervention überhaupt: Wegel, Syst. d. Civilproz. §. 7. Ullmann, Mittheil. d. deutsch. Jur. V. Prag 1872, S. 81 flg. Die Zulässigkeit der L. *denuntiatio* im gemeinen possessoriischen Prozeß kann füglich nicht bezweifelt werden. Zwar bestreitet dies Wieding, der Justin. Libellprozeß (1865) S. 433—503, weil c. 4. C. de interd. 8. 1. aus der die Denuntiation ausschließenden c. 6. C. Th. de denunt. entnommen sei. Allein die c. 4. C. enthält keine Spur davon; die Worte: *ruptis veteribus ambagibus* beziehen sich offenbar auf die Beseitigung des alten Interdiktverfahrens; vgl. §. 8. I. 4. 15., auch Hüpfner, Besitzrechtsmittel (1841) S. 164. In Ansehung des I. *quod vi a. clam* vgl. L. 5. §. 12. D. 43. 24., woselbst nur der Mandant als legitimirt erklärt wird. — Da der Regresspflichtige nur in soweit ein Interesse an dem Siege des regressberechtigten Geklagten hat, als dadurch der Rückgriff gegen ihn ausgeschlossen ist, so reicht dieses Interesse eben nur aus, ihn gegenüber dem Kläger zur Intervention (Vertretungsleistung) zu legitimiren (§. 58. G. D.), berechtigt ihn aber nicht, sich dem Beklagten als Rechtsbeistand gegen dessen Willen aufzudringen. Anders die Entsch. Nr. 2182 Samml. Gl.-u.-W.) Wird ihm nicht *lis denunciata*, so wird er ohnedies nach Maßgabe des §. 931. B. G. B. von der Regresspflicht frei. S. Ullmann a. D. S. 85. Der Interveniens ist nicht Prozeßpartei, nicht Geklagter, selbst dann nicht, wenn derselbe die Führung des Prozesses allein übernimmt (§. 59. G. D.), er ist eben nur *Streitgenosse* (Vertretungsleister), der neben und statt der Partei — und gleich dieser — Prozeßhandlungen vornehmen kann; Herr des Prozesses bleibt der Vertretungswerber. S. auch v. Canstein, G. Z. 1876, Nr. 31 flg.

12) Für das I. *de vi* ist es durch L. 1. §. 12. D. h. t. 43. 16. ausdrücklich anerkannt, daß die Klage sowohl gegen den Mandanten als den Mandatar (Dejectanten) zulässig ist: *non enim excusatus est, qui jussu alicujus deiecit*. Ja das röm. R. gibt dieses Interdikt gegen den Hausvater sogar wegen solcher von dessen Sklaven, Hauskindern, Tagelöhnern (*mercenarii*) verübten Dejectionen, zu welchen

öfterr. Spruchpraxis schwankt; unbestritten ist zwar, daß die Klage gegen den Mandanten zulässig ist (vgl. Nr. 26. 81. 289. 586. 818. 1818. 1829. 2190. 2282. 3049. der Samml. Gl.-u.-W.). Allein einzelne Erkenntnisse gehen von der Anschauung aus, daß die Klage gegen den Mandatar unzulässig sei. So wurde namentlich mit der Entsch. Nr. 26. 81. 586. ders. Samml. (vgl. dazu Nr. 1829. und 2282.) die Besitzstörungsklage gegen die von Grundbesitzern beauftragten Dienstleute (Tagelöhner, Heger) u. in dem Falle Nr. 5943. ders. S. gegen den Bahndirektor darum zurückgewiesen, weil als wirklicher Störer nur (?) der Urheber derselben angesehen werden könne, weil ferner die Absicht der Thäter nicht auf Störung fremden Besitzes gerichtet, und weil endlich nach §. 1017. G. B. die aus der (jeder?) Handlung des Mandatars entspringenden Rechte und Pflichten nicht ihm zukämen, vielmehr die Klage gegen jenen zu richten sei, von welchem mit Erfolg die Wiederherstellung des früheren Zustandes gefordert werden könne.<sup>12a</sup> Die ersten drei Gründe sind, wie früher gezeigt wurde, unrichtig; der vierte Grund beweist eben nur, daß es in Fällen, wo diese Voraussetzung zutrifft, das eigene praktische Interesse des Klägers fordere, die Klage auch oder bloß gegen den Mandanten zu richten.<sup>13</sup> Andere Entscheidungen endlich (Nr. 289. 1818. 1829. 2000. 3103. 4293. 5430. ders. Samml.)<sup>13a</sup> gehen von der hier vertretenen Ansicht

derselbe keinen Auftrag gegeben. Vgl. L. 1. §§. 15. 16. 20. D. h. t. und oben §. 7a. Note 16. — Auch das Erf. Seu ff. Arch. XXV. 6. läßt die Einrede fehlender Legitimation wegen mandirter Störung nicht zu, indem es zugleich auf die bedenklichen Verwicklungen hinweist, zu denen die entgegengesetzte Ansicht führen müßte.

12a) Mit Erf. vom 30. Oktober 1877, 3. 12930 (G. Z. 1878, Nr. 9) ließen alle drei Instanzen die Besitzklage gegen den Grundbesitzer wegen der von dessen Knechte verübten Störung zu, „weil das Fahren in seinem Interesse geschehen, daher (?) auch nur (?) ihm zugerechnet werden kann und ein Dienstherr die von seinen Dienstleuten in Ausübung ihres Dienstes begangenen Besitzstörungen auch dann zu vertreten habe, wenn er hiezu den Auftrag nicht gegeben habe.“

13) Nichts ist dagegen einzuwenden, daß der oberste G. S. (Nr. 1829) das Gericht mit Bezug auf den §. 5. des f. B. v. 27. Oktober 1849 anwies, den Kläger aufmerksam zu machen, ob er die Klage nicht auch auf die Gutsherrschaft ausdehnen wolle, über deren Auftrag der Heger dem Kläger den Fahrweg verlegt hatte. Die Zurückweisung a. limine im Falle Nr. 26. 586. tadelt auch Hüpfner, Zeitschr. f. B. und öffentl. R. I. S. 140.

13a) So auch Ger. Zeit. 1878. Nr. 40, ebenso die Entsch. d. D. G. S. vom 30. Januar 1877, 3. 923 (Prävnlk 1877. S. 440 flg.), mit welcher der Bürgermeister und der Gemeindepächter wegen der Abmähung einer Wiese verurtheilt wurden, obwohl sie Namens der Gemeinde handelten. (Art. 12. Gem. G. vom 5. März 1862, 3. 18, §. 51. böhm. G. G.)

aus und lassen die Klage auch gegen den im fremden Auftrage und Interesse handelnden Störer zu, besonders entschieden die Entsch. Nr. 2000., in welcher die Einwendung des geklagten Gemeindevorstandes, daß er die Störung (durch Wegtrieb des Viehs von der Weide und Pfändung eines Stückes) im Auftrage des Gemeindevorstandes vorgenommen habe, mit Bezug auf den §. 339. G. B. als völlig irrelevant zurückgewiesen wird.<sup>14</sup>

Eine andere Frage ist es, ob sich der mit der Besitzentsetzungsklage Belangte (Detentor der Sache) durch *nominatio* (laudatio) auctoris gegen die Folgen des Prozesses schützen könne? Bekanntlich besteht das Wesen der letzteren darin, daß der mit der Eigentumsklage belangte Detentor, der im fremden Namen besitzt, seinen Auktor (Vormann) namhaft macht und „sich darüber ausweist“ (§. 375. G. B.). Die Pflicht zur Restitution involvirt nämlich für den Detentor — dem Repräsentirten gegenüber — mittelbar die Verpflichtung, den Besitz für den Auktor im Prozesse zu vertheidigen, was nach Lage der Sache am besten dadurch geschieht, daß er dem Vormann den Streit verkündet und ihn um die Uebernahme der Vertheidigung angeht. Hierzu ermächtigt bezieh. verpflichtet ihn auch das Gesetz (§. 375. G. B.) mit gutem Grunde, da sonst der Auktor durch die unvollständige Sachkenntnis und mangelhafte Vertheidigung des Detentors leicht Schaden leiden könnte. (Vgl. auch §. 931. B. G. B.)<sup>14a</sup> Durch die Nominatio und Litisdenuntiation überwälzt der beklagte Inhaber die Last der Vertheidigung auf den Auktor, ohne indes aufzu hören, Prozeßsubjekt zu sein, zumal bloß er die *facultas restituendi* hat

14) Diese Ansicht vertritt auch v. Canstein, VI. S. 147, ebenso D. G. Rath Silbrich, Ger. Halle 1869, Nr. 3 mit Bezug auf die häufig vorkommenden Verletzungen durch Arbeiter der Eisenbahnunternehmungen und ihrer Organe (sog. Parteiführer). — Die Unsicherheit der Praxis spiegelt sich in einer Debatte des deutschen Juristenvereins in Prag (Mittheil. desselb. 1874. S. 64 flg.); einzelne hielten nur den Mandanten für passiv legitimirt, weil die Besitzstörung angeblich *controversiam poss.* voraussetze. (§. 5. der k. B. v. 1849 beweist dies nicht — vielmehr das Gegentheil.) Andere sahen in dem beauftragten Störer und mit Bezug auf §. 5. des St. G. (?) auch in dem Mandanten den rechten Beklagten. Daß die Deliktstheorie — konsequent entwickelt — in dieser Frage theilweise zu anderen Ergebnissen führe als die Theorie der objektiven Verletzung der Besitzsphäre, liegt auf der Hand.

14a) Wichtig bemerkt Bangerow, I. §. 332. Anm. 3, daß die *laud. a.* gegenüber dem Auktor eine Verbindlichkeit, gegenüber dem Kläger ein Recht ist, — eine Unterscheidung, welche häufig verkannt wird.

und die Exekution des Urtheils nur gegen ihn mit Erfolg geführt werden kann (§. 369. B. G. B., §. 305. A. G. D.)<sup>14b</sup>

Es kann nun m. E. keinem Bedenken unterliegen, die *nominatio auctoris* dem Detentor auch im Besitzprozesse zu gestatten; denn nicht nur treffen die oben angeführten maßgebenden Gesichtspunkte analog auch in dem Falle zu, wenn es sich nicht um das Eigenthum, sondern um den Besitz handelt, sondern das Gesetz selbst bietet im §. 348. einen Anhaltspunkt für die Anwendbarkeit der *laudatio a.* im Besitzprozesse.<sup>15</sup> Dieser Paragraph, welcher gleichfalls von der Nominatio

14b) Die hier vorgetragene Ansicht, welche die Einheitlichkeit des Rechtsgedankens bei der Lit. Denunt. und der Nom. auct. betont, hat neuestens einen gewandten Vertreter gefunden in Kannegießer, die prozeßbind. Einrede, Beitrag zur Nomin. auct. (1875) S. 11 flg., der gegen die übliche Auffassung darauf hinweist, daß die Nomin. auct. eine Anwendungsform der Streitverkündigung, das Produkt der historischen Entwicklung des Denuntiationsprinzips sei und hieraus die Unveränderlichkeit der Parteisubjekte folgere. Jedenfalls faßt das neuere Recht (auch die neue deutsche C. Pr. D. §. 73.) die Nomin. auct. als Abschluß jenes Prinzips auf. And. Ansicht ist dagegen v. Canstein, VI. S. 149, welcher die Lit. Denunt. und die Nomin. auct. als scharfe Gegensätze behandelt und (gleich Osterloh, C. Pr. §. 175.) nicht den Detentor, sondern den Besitzer im Eigentumsprozesse für passiv legitimirt erachtet. Allein der rechte Beklagte ist nach §. 369. G. B. nur der Detentor (*qui restituendi habet facultatem*, L. 9. D. 6. 1.); es kommt daher einfach §. 369. — nicht §. 377. G. B. zur Anwendung, wenn der Inhaber die Nominatio unterläßt. Die Nomin. auct. ist dem Detentor (gegenüber dem Kläger) nur aus Billigkeitsgründen gewährt — eine wahre Rechtswohlthat (Bangerow, §. 332. 3.); von einer Pflicht zur Nomin. auct. kann in Rücksicht des Klägers nicht gesprochen werden. Als Detentor bleibt daher der Beklagte trotz des Beitrittes des Auktors der rechte Beklagte; nur gegen ihn führt die Exekution (durch Abnahme der Sache) zum Zwecke. (Vgl. Wegell, §. 7. Nr. 40—45. (N. N. v. Canstein, VI. S. 149, der ihn aus dem Rechtsstreite ausschneiden läßt.)

15) Das Verfahren bei der *Nominatio auctoris* ist nach röm. Recht durch die c. 2. C. ubi in rem a. 3. 19. v. Constantini genau geregelt. Der Auktor wird nämlich über die *laudatio auctoris* vom Gericht ohne Gehör des Klägers citirt und unter Androhung der gewöhnlichen Rechtsnachtheile zur Prozesseinlassung angehalten. Tritt er in den Prozeß ein, wird derselbe mit ihm abgeführt; der Nominant bleibt aber (wenigstens formell) Partei. (S. Kannegießer S. 14, 88 gegen die herrsch. Ansicht, s. bes. Bangerow §. 332. 3.) Erscheint er nicht, so wird nach c. 2. der Besitz auf den Kläger übertragen (was freilich Wegell, §. 7. Nr. 44. für d. heut. R. bestreitet, dagegen Volgiano, Gesammelte Abhand. I. *Nominatio auctoris*, 1869. S. 7. flg., mit Osterloh §. 175. Renaud, Civ. Pr. §. 51. 10. wohl mit Recht behauptet); läugnet er, daß der Beklagte für ihn besitze, wird die Rechtsache gegen jenen ausgetragen. S. Briegleb, C. Pr. §. 64. Anders Wieding, Justin. Libellproz. §. 29., welcher c. 2. C. auf *servi, coloni etc.* bezieht und ihr lediglich historische Bedeutung zugestehet.) Die allg. österr. G. D. enthält keine näheren Bestimmungen über die Form der Geltendmachung der *laudatio auctoris*. Derselbe ist somit nach der Regel des §. 42. A. G. D. in der Einrede geltend

des Vormannes spricht, findet sich nämlich in dem Hauptstück „vom Besitze“ am Schlusse der von den Besitzklagen handelnden §§. 339—347. G. B. <sup>15a</sup> — Es versteht sich jedoch nach dem früher Gesagten,

zu machen, dem Auktor ist lis zu denunziren und, wenn derselbe nicht als Streitgenosse beitrith, der Prozeß in der Hauptsache gegen den Geflagten, der sich durch die Denunziation von der Verantwortlichkeit befreite, ordnungsmäßig abzuführen. Dasselbe findet statt, wenn der Nominirte läugnet, Besitzer zu sein; eines Beweises hierzu von Seite des Detentors, bedarf es nicht, da die N. a. seinerseits ein Geständniß (§. 369. G. B.) involvirt; das Wort „ausweisen“ im §. 375. G. B. will nur auf die notwendige Verständigung des Nominirten deuten. Zweckmäßige Bestimmungen über das diesfällige Verfahren enthält der 1. Entwurf der österr. C. Prozeßordnung §§. 74—76., von denen indeß §. 74. Abs. 2 und §. 76. nicht zu billigen sind. Besser sind die §§. 97. 98. des 2. Entw. Ueber die neueren Gesetzgebungen, welche den Standpunkt Wangerow's theilen, s. Kannegiesser, §. 7.

15a) §. 348. „Wenn der bloße Inhaber von mehreren Besitzwerbem zugleich um die Uebergabe der Sache angegangen wird, und sich einer darunter befindet, in dessen Namen die Sache aufbewahrt wurde, so wird sie vorzüglich diesem übergeben, und die Uebergabe den Uebrigen bekannt gemacht. Kommt dieser Umstand Keinem zu Statte, so wird die Sache der Gewahrsame des Richters oder eines Dritten anvertraut. Der Richter hat die Rechtsgründe der Besitzwerber zu prüfen, und darüber zu entscheiden.“ Der Sinn des §. (vgl. §. 69. II. des Entwurfs) ist wohl folgender: Wird der Detentor von mehreren Personen zunächst im nichtstreitigen Verfahren um die Herausgabe einer Sache belangt, so hat er dieselbe vor Allen demjenigen unter ihnen auszuliefern, in dessen Namen er besitzt, und die übrigen an diesen zu verweisen. Ist unter den Besitzwerbem Niemand, in dessen Namen er besitzt, so hat er denselben bloß seinen Auktor zu benennen und sie an diesen zu weisen, er kann dies also ohne Zweifel auch thun, wenn er auf die Herausgabe der Sache geklagt wird, mit a. W.: er kann sich der Verantwortung durch laudatio a. erwehren. Falls er jedoch (wie der Finder) einen Auktor nicht anzugeben vermöchte, so kann er die Verantwortung für den Ausgang des Prozesses dadurch abwälzen, daß er die Sache bei Gericht deponirt, bez. sequestrirt läßt. (Diese Vorschrift findet ihr Vorbild im Sachsensp. III. 15. §. 3.; — anders entscheidet das röm. Recht L. 57. D. de R. V. 6. 1. L. 57. D. de H. P. 5. 3.) In diesem Falle können sôhin die Prätendenten einen Präjudizialstreit darüber führen, wem der Besitz der Sache gebühre. (Vgl. §. 69. II. Entwurf u. §. 348. a. G.: „Der Richter . . . hat die Rechtsgründe zu prüfen;“ dazu Unger, II. §. 115. 19.) Daß dies der Sinn des §. 348. sei, geht namentlich aus der Vergleichung desselben mit den §§. 75. 76. 164—168. I. 7. des preuß. R. hervor. Allerdings haben die diesfälligen Bestimmungen zunächst petitorische Klagen vor Augen (vgl. den Schlusssatz des §. 348. u. die Marginalrubrik zum §. 164. I. 7.). Allein auch possessoriische Klagen sind denkbar und die Natur der Sache, sowie die Stellung des §. 348. am Schlusse der Besitzklagen rechtfertigen wohl die im Texte gegebene Auslegung. Die Besitzklage wäre insbes. anwendbar, wenn ein Besitzwerber vermeinte, daß ihm der Besitz widerrechtlich vom Deponenten oder einem anderen Besitzwerber entzogen wurde, während jener die Sache gefunden zu haben behauptet. Durch Deposition befreit sich übrigens Dejectant von der Besitzklage nicht. Dagegen kann die Eigentumsklage nur gegen den Besitzer angestellt werden und müßte dieselbe im Falle der Deposition einem Curator ad actum [Rippel, III. §. 160,

daß der Detentor durch die Nomination des Auktors und selbst durch den Beitritt des Letzteren nicht aufhört, Prozeßpartei zu sein, und daß das Erkenntniß gegen ihn zu fällen ist. <sup>16</sup>

Außer dem Falle des Auftrags oder der Genehmigung kann jedoch derjenige, in dessen Namen oder Interesse eine Besitzstörung verübt worden ist, mit der Besitzklage nicht belangt werden; insbesondere nicht der Wirthschaftsbesitzer, Fabriksherr oder sonstige Arbeitgeber wegen Besitzstörungen, welche ohne seinen Auftrag von seinen Dienstleuten oder Tagelöhnern verübt wurden. <sup>17</sup> Nicht wohl zu rechtfertigen ist daher für das österr. Recht die Entsch. des D. O. H. Nr. 2190. der Samml. Gl. II. W., mit welcher der Besitzklage gegen einen Grundbesitzer, dessen Leute einen für den Viehtrieb bestimmten Weg verlegten, im außerordentlichen Revisionswege stattgegeben wurde. Die Motive bemerken, daß zwar der Auftrag oder die Genehmigung des Geflagten nicht erwiesen sei, nichts desto weniger müßte (?) aber

(Stubenrauch, I. S. 462] zugestellt werden). Für das preuß. R. vgl. §§. 74. bis 76. I. 7. Unbestimmt Gruchot, V. S. 499. — Förster, III. §. 162. Note 62. u. 93., läßt die Nomination nach einem Plenarbeschlusse des Ob.-Trib. zu, geht aber darin zu weit, daß er darum die Klage gegen den Mandatar für unzulässig erklärt. Dennoch soll nach Förster, R. 93., die Klage zu nächst gegen Letzteren gerichtet werden, da hier nur eine Einrede vorliege. Der fragliche Plenarbeschluss ist ganz unklar. — Wegell, a. D. S. 45. (2. Aufl.) scheint die Ausdehnung der laud. a. auf den Besitzprozeß für zulässig zu halten: „Unbedenklich ist es, laudatio auct. . . . auf alle Klagen auszudehnen, welche wie gegen den juristischen Besitzer als solchen, so auch gegen den Detentor gehen.“ Bestimmter Dsterloh §. 175. Ähnlich der 1. Entw. der C. P. D. §. 74., bez. §. 97. d. 2. Entw. und der §. 73. der deutsch. C. Pr. D. „Wer als Besitzer einer Sache geklagt wird, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet“ u. s. w. Auch Höpffner, Besitzrechtsmittel S. 167. Roth, B. G. R. §. 134. 3. u. Brunns, Besitzkl. S. 49. setzen die nom. auct. als statthaft voraus. Im übrigen ist die gemeinrechtliche Sprechpraxis schwankend; für die Unzulässigkeit Seuff. 12. B. 85., 14. B. 236., 16. B. 222: behauptend dagegen T. B. 155., 25. B. 6., woselbst prinzipiell die Zulässigkeit der laud. auct. anerkannt wird.

16) Dies verkennt Förster, a. a. D. und das von ihm citirte Erkenntniß des D.-Trib. Nichtig Heyßler, a. D. II. S. 84. And. Anf. v. Canstein a. a. D.

17) Vgl. auch Förster a. D. — Anders nach röm. R. (L. 1. §. 15. 16. 20. D. de vi), welches das I. u. vi gegen den Hausvater auch wegen solcher Dejectionen ertheilt, welche seine Sklaven, Hausfinder und Mercenarii (qui operas suas mercede constituta locant, Brissonius, D. V. S.) ohne seinen Auftrag in seinem Interesse verüben, eine Bestimmung, die schon aus praktischen Gründen Vieles für sich hat. Praktiker wissen, wie schwer oft Person und Namen von Tagelöhnern zu eruiren und der Beweis des Mandats zu erbringen ist! Man vgl. den im Texte erwähnten Fall, welcher zugleich darthut, daß es vorsichtig ist, bei zweifelhafter Sachlage Mandanten und Mandatare zu klagen.

die Störung als von ihm ausgegangen angesehen werden, weil seine Leute nur in seinem Interesse und innerhalb des Kreises (?) ihrer Dienstverrichtungen gehandelt haben und die Herstellung des früheren Zustandes nur (?) ihm wirksam aufgetragen werden könne. (Bei freier Beweiswürdigung wäre allerdings nach Lage des Falls die Annahme eines Mandats vollständig gegründet gewesen.) S. auch N. 12 a.

### III. Findet die Besitzklage gegen Störungen statt, die über behördlichen Auftrag vorgenommen werden?

Zu großen Meinungsverschiedenheiten gab die Beantwortung der Frage Anlaß, ob eine klagbare Besitzstörung vorliege, wenn die den Besitz beeinträchtigende Handlung in Folge behördlichen Auftrags vorgenommen wurde!

Zunächst ist nicht zu bezweifeln, daß von einer Besitzstörung nicht die Rede sein kann, wenn der betreffende Akt auf Grund eines hierzu ermächtigenden rechtskräftigen richterlichen oder administrativen Exekutionsbescheides der kompetenten Behörde vollzogen worden ist. Ja selbst gegen den Vollzug eines nicht rechtskräftigen Exekutionsbefehles können nur prozessualische Rechtsmittel geltend gemacht werden.<sup>18</sup> — Anders jedoch, wenn die behördliche Verfügung nicht zur exekutiven Vornahme des bezüglichen Eingriffs in die fremde Besitzsphäre ermächtigt, oder nicht gegen die Person des Besitzers gerichtet oder wegen Inkompetenz der errequirenden Behörde oder aus anderen Gründen nichtig ist. In diesen Fällen kann zwar nach österr. Rechte — anders nach röm. Rechte<sup>19</sup> — von einer Besitzstörungsklage gegen die

<sup>18</sup> Die bezüglichen Vorschriften verweisen durchwegs lediglich auf den Instanzenzug. Vgl. dazu Brunß, Besßkl. S. 258.

<sup>19</sup> Nach röm. Recht kann es nach Analogie der L. 3. §. 1. D. q. metus c. nicht zweifelhaft sein, daß gegen gewaltsame rechtswidrige Exekutionen der Behörde das I. U. P. stattfinde. Vgl. Brunß, Besß im M. S. 72., Jhering, Grund d. B. S. 117 flg., welcher darauf aufmerksam macht, daß nach c. 2. C. 8. 5. auch Exekutionen in Abwesenheit des Besitzers, und zufolge c. 3. C. qui legit. 3. 6. erschlichene Exekutionen als Turbationen anzusehen sind. Auch das kanonische Recht hat die Besitzklage wegen rechtswidriger Exekutionen der kirchlichen Behörden in zahlreichen Stellen anstandslos zugelassen. Vgl. c. 7. X. de inst. 3. 7., c. 22. X. de off. jud., u. die von Brunß, a. D. S. 208, 209 angeführten Stellen. Die ältere und neuere Theorie und Praxis des gemeinen Rechts nimmt denselben Standpunkt ein, vgl. Brunß, Besß i. M. S. 395. N. 4. u. Besßkl. S. 258. Cuffert, 7. B. 317., 19. B. 46. (Störung durch rechtswidrige Besßlagnahme eines Schiffs durch die Finanzbehörde.) — Förster, §. 162. N. 93. a. C. verneint

errequirende Behörde oder das ihren Befehl errequirende Organ derselben nicht die Rede sein. Dagegen kann im Allgemeinen gegen die Zulässigkeit der Besitzstörungsklage gegen den Urheber der Störung, insbesondere gegen die Partei, über deren Ansuchen die behördliche Verfügung erging, nichts Triftiges eingewendet werden.<sup>20</sup> Die Partei nämlich, welche den rechtswidrigen Exekutionsakt provozirte oder sich an demselben betheiligte, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über

die Frage: „ob die Besitzklage gegen eine in Ausübung des Amtes vorgenommene Handlung“ gerichtet werden könne; wie es scheint, meint aber Förster nur die Klage gegen den unmittelbaren (mandirten) Exekutor, da sonst dessen Bezugnahme auf die gemeinrechtliche Praxis unrichtig wäre. Doch verwirft er die Klage überhaupt im §. 162. N. 65.

<sup>20</sup> Gegen die Behörde selbst findet nach österr. R. die Besitzklage nicht Statt. Nicht nur, daß die Behörde als solche keine juristische Person — kein Rechtssubjekt ist — auch die Befehlsgebung bietet uns nicht die entfernteste Handhabe für den possessoriischen Schutz gegen die Behörden als solche, soweit sie nämlich öffentliche Funktionen üben. Die Jurisdiktionsnorm kennt auch kein Forum der Behörde. Hier können nur anderweitige Rechtsmittel insbes. (abgesehen vom Strafverfahren) Rekurse, Nichtigkeitsbeschwerden, Excindirungsklagen (Hofb. v. 29. Mai 1845. 3. 889), Syndikatsklagen (Ges. v. 12. Juni 1872. N. 112. R. G. B.), Klagen beim Verwaltungsgerichtshof (art. 15. G. v. 21. Dezember 1867. 3. 144. G. v. 22. August 1875. 3. 36.) Abhilfe gegen rechtswidrige Eingriffe schaffen. (Dazu Menger, C. Pr. S. 17.) Mir ist auch kein Fall bekannt, wo eine Behörde possessoriisch verurtheilt worden wäre. Vielmehr hat der D. G. S. in mehreren Fällen (Nr. 735. 2555. 2557. 3042. 3834. 3872. 4003. der Samml. Gl.-u.-W.) die gegen den Gemeindevorstand, bez. die Gemeindevertretung angestellte Besitzstörungsklage zurückgewiesen, weil der betreffende Eingriff in Ausübung der Amtsgewalt — aus Rücksichten der Bau-, Straßen- oder Sanitätspolizei — vorgenommen worden ist. — Anders freilich, wenn die betreffende Behörde den Fiskus als Privatperson vorstellt, z. B. die Forstbehörde das Forstärar, die Finanzbehörde das Finanzärar, oder wenn die Landes-, Bezirks- oder Gemeindevertretung das Landes-, Bezirks- oder Gemeindevorstand (§. 288. G. B.) vertritt oder wenn sich der Staat oder die Gemeinde doch indirekt das Eigenthum eines Grundstücks zuschreibt, z. B. durch Anlegung einer Straße auf Privatgrund ohne vorhergehende Expropriation. Vgl. Nr. 3038 und 4892 Samml. Gl.-u.-W., dazu bes. Menger, C. Pr. S. 217. N. 7. — Es versteht sich hiernach, daß die Besitzklage in den früher erwähnten Fällen auch nicht gegen das ausführende Organ stattfindet, sofern dieses lediglich den formell ordnungsmäßigen Befehl erquirte. Vgl. auch Brunß, Besßkl. S. 259. und das Lübecker Erf. bei Cuffert, V. 26., bei Gruhot, V. S. 469, welches mit Recht betont, daß das errequirende Organ die Rechtmäßigkeit des formell ordnungsmäßigen Befehles nicht zu prüfen hat und noch weniger den Befehl der vorgesetzten Exekutivgewalt als vis ansehen kann. Vgl. auch das Erf. d. D. N. G. Rostock v. 23. März 1854 ebenda. — Hat jedoch der Exekutor die Grenzen seines Auftrages überschritten, so findet allerdings die Klage gegen ihn statt. In diesem Sinne entschied der österr. D. G. S. den Fall Nr. 24. des Spruchrepertoriums (Nr. 4760. Samml. Gl.-u.-W., G. 3. 1872. Nr. 95.), in welchem der Gerichtsdienner den Besitzer, welcher nicht der Exekutor war, aus dem Grundstück vertrieb.

die Urheberchaft und Mitwirkung (vgl. S. 233) der Besitzstörung schuldig und wird dadurch nicht von der Verantwortung frei, daß die Klage gegen die Behörde nicht Platz greift.<sup>21</sup> Vgl. Nr. 4760. (Nr. 24. Spruchrep.) und 4933. Samml. Gl.-u.-W. Allerdings wird hierbei vorausgesetzt, daß dem Privatrechte der gerichtliche Schutz in dem betreffenden Falle nicht gänzlich entzogen ist.<sup>22</sup> Aus diesem Grunde ist insbesondere die Besitzklage zulässig, wenn der Ersteiger einer Realität — und wäre ihm selbst die gerichtliche Einantwortungsurkunde bereits eingehändigt worden — oder wenn der obliegende Bindikant eigenmächtig den Besitz des bezüglichen Gutes ergreifen wollte (§. 320. G. B.).<sup>23</sup> Ebenso müßte possessoriischer Schutz gewährt

21) Nach röm. Rechte ist es nicht zweifelhaft, daß die Besitzstörungsklage gegen die extrahirende Partei (als Quasimandanten) angestellt werden kann. Vgl. Brunö, Besitzkl. S. 259. Nach österr. Recht darf der Umstand nicht beirren, daß die Behörde (als Thäter) aus subjektiven Gründen vor dem Zivilrichter nicht belangt werden kann. S. auch v. Canstein VI. S. 132 flg. Die österr. Praxis schwankt. Das in der Note 20. citirte Erkenntniß: Nr. 4760 (Spruchrepert. Nr. 24.) geht von dem hier vertretenen Standpunkte aus. Dagegen wurde der dritte Besitzer, dessen Besitz durch die gerichtliche Immission des Käufers einer exekutiv feilgebotenen Realität gestört wurde, in den Fällen Nr. 1503. 2124. und 4008. der Samml. Gl.-u.-W. mit der Besitzstörungsklage gegen den Inmittirten (Exequenten) abgewiesen, obgleich der Besitzer nicht Exekut war: „weil in der gerichtlichen Einführung keine eigenmächtige Störung erblickt werden könne, bez. weil das Gesetz bloß die Repression eigenmächtiger Eingriffe von Privaten in fremden Besitz zur Hintanhaltung der möglicherweise daraus entstehenden Störungen der öffentlichen Ordnung bezweckt“. Der letztere Grund ist ausliegend falsch; der Besitz wird prinzipiell als Privatinteresse geschützt; außerdem genügt der polizeiliche Schutz! Was den ersteren Grund betrifft, so ist unter eigenmächtiger Störung eben jeder rechtswidrige Eingriff zu verstehen — und rechtswidrig ist die Exekution gegen einen Besitzer, der nicht der Exekut ist (§. 298. G. D.). Vgl. noch Note 25.

22) Die gerichtliche Intervention ist gänzlich ausgeschlossen in gewissen Wasserrechtsangelegenheiten. Vgl. §. 7d Nr. 56 b. c.

23) Nicht einmal der im possessoriischen Prozeß Obliegende darf sich eigenmächtig in den Besitz der ihm vom derzeitigen Besitzer widerrechtlich entzogenen Sache (bez. des Rechtes) setzen! Mit Recht wurde in dem Rechtsfall Nr. 3634. ausgesprochen, daß sich der Deficirte (außer dem Falle des §. 344. G. B.) auch nicht innerhalb der dreißigtägigen Verjährungsfrist durch Selbsthilfe den Besitz wieder verschaffen darf. Dagegen erkannte der D. G. H. (Nr. 2722. der Samml. Gl.-u.-W.), daß der Besitzer eines Wegerechtes durch das Niederreißen des Zauns, durch dessen Errichtung ihm der Nachbar die Ausübung des Wegerechtes unmöglich gemacht hatte, keine Besitzstörung begehe, da er einen Exekutionsbescheid in possessorio summar. für sich habe, hiermit seine Handlung nicht (?) als eigenmächtige angesehen werden könne. Indes ist zu bemerken, daß doch nicht die Partei zur Exekution des Bescheides ermächtigt ist! Nur dann, wenn (was nicht der Fall war) die Hinwegräumung des Zaunes sofort nach der Errichtung (in continenti §. 344.) erfolgt wäre, ließe sich diese Entscheidung rechtfertigen. Vgl. Nr. 33.

werden, wenn beispielsweise der von der höheren Instanz mit der Veräußerung einer Gemeindeparzelle beauftragte Bezirks- oder Gemeindevorstand den derzeitigen dritten Besitzer verdrängen wollte,<sup>24</sup> oder wenn das Gericht die exekutive Besitz Einführung des Ersteigers einer zwangsweise veräußerten Realität gegen den von der Person des Exekutiven verschiedenen Besitzer versügen und vollziehen<sup>25</sup> oder wenn die

24) So nun auch d. Erf. v. 26. Januar 1876. J. 210. (G. J. 1876. Nr. 93) in einem Falle, wo der Beklagte das Verbot des Gemeindevorstands provokirt hatte, weil es „keinen Unterschied mache, ob das Verbot von dem Störenden selbst ausgegangen oder ob er sich einer Mittelsperson bedient habe.“ Mit Ungund hat daher das Erf. des D. G. H. v. 14. Juli 1868. J. 20899. (Právník, 1869. S. 62.) die Besitzstörungsklage des Besitzers eines Gemeindegrundstückes gegen den Vorstand der Bezirksvertretung zurückgewiesen, weil die als Störung bezeichnete Verpachtung des Grundstückes von der kompetenten Behörde (der Bezirksvertretung und dem Landesauschusse) beschlossen, und die competente Entscheidung der Administrativbehörde nicht Gegenstand eines Rechtsstreites sein könne! Allein nicht die Verpachtung oder das Recht hierzu ist die Frage, sondern der Besitz eines unbetheiligten Dritten. Lautete doch der Administrativbeschluss nicht auf Deposition des Letzteren und konnte auch nicht darauf lauten. Nichtig hatte die erste Instanz entschieden. Die Bezirksvertretung vertrat in diesem Falle nur das Privatvermögen der Bezirksgemeinde.

25) Der Bescheid ist nichtig! Denn die Exekution findet nach der allgemeinen Regel (§. 298. G. D.) nur gegen den Condemnirten Statt — nicht gegen Dritte, soweit nicht ausnahmsweise die Exequirbarkeit über diese Grenze erweitert ist. Dies Prinzip erkennt auch das oben cit. Erf. Nr. 24. d. Spruchrep. an: „Auch die vom Richter bewilligte Besitz Einführung berechtigt den von derselben nicht berührten Dritten, welcher durch den Vollzug desselben im Besitz beeinträchtigt worden ist, zur possessoriischen Klage.“ In diesem Falle hatte nämlich der Gerichtsvollzieher die Exekution rechtswidrig gegen den Dritten vorgenommen. Hätte das Gericht die Exekution gegen den unbetheiligten Dritten verordnet, so würde die Besitzklage zwar nicht gegen das Gericht, wohl aber gegen den Exequenten, welcher die Besitzstörung veranlaßte, zulässig gewesen sein. Diesen Gesichtspunkt hält fest die Entsch. d. D. G. H. v. 31. Januar 1872. J. 765. (G. J. 1872, Nr. 72. und d. Erf. Nr. 4933. Samml. Gl.-u.-W., dazu Menger, G. Pr. S. 17. Nr. 7. Ohne Grund erklärt daher der D. G. H. mit der Entsch. v. 30. November 1870. J. 14039. (G. J. 1873. Nr. 67.) in einem ähnlichen Falle die Besitzklage des die Sache besitzenden Dritten, der durch die gerichtliche Besitz Einführung verdrängt wurde, gegen den Exequenten für unzulässig, indem er den Deficirten lediglich auf die Exekutionsklage, (nach Maßgabe des Hofd. v. 29. Mai 1845. J. 889.) verweist. Daß auch diese mindestens bei Mobilien stattfindende (— über die Ausdehnung auf Immobilien s. Nr. 1513. und 3645. Samml. Gl.-u.-W. —), ist zwar nicht zu bezweifeln; aber durch die Konkurrenz der petitorischen Klage wird die possessoriische hier wie überall nicht ausgeschlossen, ja es ist zweifelhaft, ob nicht das cit. Hofdekret gerade die Besitzklage im Sinne hat, wenn es vom „verlegten Besitz“ spricht. Keinesfalls kann die petitorische Exekutionsklage nach diesem Hofdekrete in dem Falle für einzig zulässig erklärt werden, wenn der Besitzer der Sache (und namentlich des Immobilien) eine vom Exekutiven verschiedene Person ist, da hier die Exekution gegen ihn schon formell

Administrativbehörde ohne das vorgeschriebene Expropriationserkenntnis für Bahn- oder Straßenbauten Privatgrund in Anspruch nehmen und in Privatbesitz Eingriffe sich erlauben würde.<sup>26</sup> In allen hier genannten Fällen findet aber die Besitzklage, wie bemerkt, nicht gegen die Behörde als Organ der Rechtspflege oder Administration statt, sondern gegen die Partei, welche den behördlichen Eingriff durch Gesuch veranlasste. Wegen Amtsübergresses der Behörde kann nur vor dem Verwaltungsgerichtshofe (art. 15. des St. Gr. G. vom 21. Dez. 1867. Nr. 144.) Klage erhoben werden.<sup>27</sup> Vielfach dürfte schon im Berufungswege oder durch die gegen den einzelnen Beamten eingeleitete Straf- oder Disziplinaruntersuchung oder durch die gegen

ganz unstatthaft und die etwa vorgenommene Vollstreckung im Rekurswege aufzuheben ist. Vgl. §. 1. des cit. Hofd., welches die Exekution nur bezüglich jener Vermögensstücke gestattet, die im Besitze des Schuldners sind. So auch d. oberstg. Erf. v. 19. Juli 1876. Z. 5614. (G. Z. 1876. Nr. 80.) welches gegen die Ansicht des Unterrichters nicht den Beweis des Eigenthums fordert, sondern den Besitz für genügend erachtet.

<sup>26</sup> Denn nur nach durchgeführtem Expropriationserkenntnis und Bezahlung oder Erlag des Schätzungswertes darf sich der Expropriant einseitig in den Besitz des expropriirten Grundes setzen. M. B. v. 14. Sept. 1854. Z. 238. R. G. Bl.; dazu die M. B. v. 5. September 1874. Z. 119. R. G. Bl., vgl. S. 165 und mein Eigenthum S. 77. — Mit Unrecht wies ferner der D. G. S. mit Entsch. v. 3. Juni 1874. Z. 5513. (Ger. Halle. 1874. Nr. 99.) unter Abänderung der beiden unterrichtlichen Erkenntnisse die Besitzklage gegen einen Gemeindevorsteher ab, welcher bei der Reparatur eines Gemeindegeweges des Klägers Feld untergraben, hatte, „weil darüber, ob der Gemeindevorsteher die Grenzen seines Wirkungskreises überschritten habe, nicht die Gerichte abzusprechen, daher die Klage an die autonomen Organe zu richten sei.“ Als ob nicht auch Gemeindegeweg zum Vermögen der Gemeinde gehörten (S. §. 10. d. B.) und die Administrativbehörde über Besitz und Eigenthum abzusprechen hätte! Diese Scheu, Recht zu sprechen, wo immer die Administration ihre Hand ausgestreckt hat (vgl. z. B. Nr. 3863. der Samml. Gl.-U.-W.), charakterisirt die Judikatur unserer Gerichte in sehr auffälliger Weise gegenüber der deutschen und französischen Rechtspflege. In geradezu bedenklicher Weise holen sich unsere Obergerichte Rechtsgutachten von „autonomen Landesauschüssen“, wenn die Rechtsache auch nur entfernt die Administrative freist! Richtig entschied dagegen der D. G. S. mit Erf. v. 24. Juni 1871. Z. 8565. (Zeitsch. für Verwalt. 1871. Nr. 37. Kiffling, a. D. S. 19.): die Gemeinde könne wegen Besitzstörung belangt werden, wenn befuß Herstellung einer Gemeindefraße auf fremdem Boden Tracirungsarbeiten vorgenommen werden. Vgl. auch Nr. 3392. der Samml. Gl.-U.-W. und Zachariä, Fr. C. R. §. 190 b. R. 1.

<sup>27</sup> Hierüber Ulrich: Deff. Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1875.) S. 76 fig. und Kiffling: Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof (1875). Für Preußen ist nun die Kreisordnung v. 31. Dezember 1872 zu berücksichtigen. Der Kreisauschuß entscheidet nach §. 79. über Klagen gegen Anordnungen, welche die Amtsvorstände in Ausübung der Polizeigewalt treffen.

den Richter erhobene Syndikatsklage Abhilfe zu schaffen sein. Ueber Uebergriffe des Exekutors, der den behördlichen Exekutionsbefehl überschreitet, vgl. Note 20. a. E.

Anders, wenn die Behörde als Vertreter des Staats-, Landes-, Bezirks- oder Gemeindevermögens (§§. 287. 288. G. B.), kurz als Vertreter der privatrechtlichen Persönlichkeit dieser Korporationen aufträte (vgl. Note 20.) Hier hat allerdings die Besitzklage statt! Sie ist aber nicht gegen die Behörde, sondern gegen den Fiskus (vertreten durch die Finanzprokurator),<sup>28</sup> gegen das Landesärar (vertreten durch den Landesauschuß), gegen die Gemeinde (vertreten durch den Gemeindevorstand) zu richten. Vergl. Nr. 289. u. 3135. (celebrer Prager Gasprozeß) der Samml. Gl.-U.-W.<sup>29</sup> Die hier genannten Fälle werden in der Praxis nicht immer scharf auseinander gehalten und daher zumeist erklären sich die widersprechenden gerichtlichen Erkenntnisse.

## VI. Einreden im Besitzprozeß.

Was die Einreden im Besitzprozeß betrifft, so ist hervorzuheben, daß nur solche Einreden (im weiteren Sinne) zulässig sind, welche sich auf den Besitz und dessen Störungen beziehen, hingegen alle peti-

<sup>28</sup> Vgl. die Entsch. d. D. G. S. Nr. 2282. Samml. Gl.-U.-W., mit welcher die Beiziehung der Finanzprokurator in Vertretung des Militärärars in der gegen einen Genieoffizier wegen Grenzverrückung angestellten Besitzstörungsklage, sogar von Amtswegen (nach §. 5. der kais. B. v. 27. Okt. 1849.) verordnet wurde. Die nachträgliche Klagezustellung lediglich an die Finanzprokurator war m. E. unzulässig; nur der Eintritt derselben als Streitgehilfin wäre gerechtfertigt gewesen.

<sup>29</sup> Mit Unrecht hob der D. G. S. in dem Falle Nr. 586. der Sammlung Gl.-U.-W. die Erkenntnisse der Untergerichte auf, mit welchen mehrere Tagelöhner, welche über Auftrag der Gemeinde zum Bau einer Gemeindefraße vom fremden Grunde Erde holten, wegen Besitzstörung verurtheilt wurden. Die Motive betonen, daß nicht klar sei, ob der Straßenbau das Privatinteresse der Gemeinde oder ein öffentliches Interesse berühre. Indeß ist unerfindlich, wieso dieser Umstand entscheidend sein könnte. Rechtswidrige Verletzungen fremden Eigenthums dürfen doch weder im Privat-, noch im öffentlichen Interesse vorgenommen werden? Auch sind Tagelöhner keine Amtsorgane. Mit Recht entschied dagegen der D. G. S. in dem Falle Nr. 3392. der Samml. Gl.-U.-W., daß Besitzstörungen, verübt durch den vom Landesauschuß aus Anlaß eines Straßenbaues bestellten Bauunternehmer zur Kompetenz der Gerichte gehören. Wie sehr die Judikate unserer Gerichte in Kompetenzfragen differiren, zeigt auch die Zusammenstellung Kiffling's a. D. S. 18 fig.

torischen, insbesondere alle auf das Recht zum Besitze gegründeten Einwendungen gänzlich ausgeschlossen sind (§. 346. zweiter Satz, §. 347. letzter Satz G. B. und §. 5. der k. Vdg. vom 27. Oktober 1849).<sup>30</sup> Abgesehen von der Befreiung des Besitzes oder der Störung — sind im Besitzprozeß folgende Einreden zulässig:

1) Die Einwendung, daß Kläger den Besitz vom Beklagten fehlerhaft (unechter Weise §. 345. G. B.) erworben habe (exceptio vitiosae possess. ab adversario). Ueber diese Einwendung wurde bereits früher §. 7. a. E. gesprochen und nachgewiesen, daß zwar überhaupt auch der unechte Besitzer geschützt wird — jedoch nicht im Verhältnisse zu demjenigen, dem er den Besitz unechter Weise entzogen hat (§. 347. G. B.).<sup>31</sup> Diese Einrede kann insbe-

30) §. 5. „Der Richter hat von Amtswegen sich gegenwärtig zu halten, . . . daß es einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes und der erfolgten Störung ankomme . . . Wer einen Besitz erst erwerben oder ein stärkeres Recht zum Besitze geltend machen will, muß den ordentlichen Rechtsweg betreten, in welchem auch die Fragen über Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes und die Entschädigungsansprüche zu behandeln sind, wenn diese letzteren nicht freiwillig anerkannt werden. (§§. 320. 335. 339. 372. 373. und 374. N. k. G. B.)“ Ebenso §. 15. ders. k. Verordn. — So auch nach römischem und gewiß auch nach heutigem gemeinen Rechte, da die Spolienklage nur als Erweiterung des I. u. vi anzusehen ist; die Praxis ist in dieser Frage einig. Vgl. Brunß, Besitzklagen S. 259 flg. — Auch nach preuß., sächs. und bayr. Rechte sind petitorische Einreden unzulässig. Vgl. Förster, §. 162. N. 85. Roth, Bayr. G. B. §. 134. N. 37. Schmidt, Sächs. P. R. §. 49. Ebenso nach dem Züricher G. B. (§. 506.), dem franz. Recht (art. 25. C. de P.) und dem ital. G. B. (art. 696.), dazu Zachariä, §. 191.; ebenso wohl auch nach Züricher G. B. §. 506., wogegen aber Schneider, Schw. Zeitschr. II. S. 597 bemerkt, daß die Praxis liquide petit. Einreden berücksichtige.

31) Diese Einwendung findet nach röm. Rechte nur bei den interd. retinendae poss. und regelmäßig bei den zum Schuß des Rechtsbesitzes dienenden Spezialinterditten statt — nicht aber bei dem interd. unde vi und de precario, vgl. §. 5. 6. I. de interd. 4. 15., auch nicht bei der Spolienklage (spoliatus ante omnia restituendus); vgl. Brunß, Besitzklagen S. 172, 260. Windscheid, §. 160. N. 15. Der Ausschluß dieser Einrede beim I. U. Vi. welche Justinian, §. 6. J. cit. im Gegensatz zum älteren Recht (s. Gajus, IV. 155, Paulus, S. R. V. 6. §. 7.) als bekannt voraussetzt, erklärt sich wohl daraus, daß man den Selbsthilfeverboten gemäß, den Defektus zwingen wollte — mit Unterlassung jeder Selbsthilfe — einzig die richterliche Intervention anzufuchen. (Nehlich Savigny, S. 448.) Konsequenz hätte man auch beim I. U. P. so verfahren müssen. — Dagegen lassen sie neuere Gesetzbücher, insbesondere das preuß. L. R. §§. 96—98. I. 7. G. D. I. 31. §. 14. (dazu Förster, §. 162. N. 86—92), das sächs. G. B. §. 207. (Schmidt a. a. D.), ebenso das österr. G. B. bei allen Besitzklagen

sondere erheben der gegenwärtige Sachbesitzer, der von dem Deficienten auf Restitution des Besitzes (§. 346.) oder von dem unechten Rechtsbesitzer wegen Störung der Rechtsausübung (§. 339.) belangt wird; ebenso der gegenwärtige Rechtsbesitzer (z. B. Zehntbesitzer) gegen den früheren Rechtsbesitzer, der ihn des Besitzes entsetzte; endlich wohl auch der Rechtsbesitzer (z. B. der Servitutbesitzer) gegen den Sachbesitzer, sofern sich dieser durch Entsetzung des Ersteren fehlerhafter Weise den Freiheitsbesitz, hingegen Ersterer durch Beseitigung des Hindernisses wieder den Rechtsbesitz verschafft hat. (Vgl. §. 35. N. 31 u. 60.)<sup>31a</sup> Es versteht sich, daß statt der Einrede<sup>31b</sup> überall die Widerklage erhoben werden kann, was um so rätlicher erscheint als jene Einwendung in derselben Weise verjährt wie die Besitzklage, nämlich binnen dreißig Tagen vom Zeitpunkte der erlangten Kenntniß von der Besitzstörung (Dejektion). Denn es ist eine allgemeine Regel des österr. Civilrechts, daß durch die Verjährung der vermögensrechtliche Anspruch selbst (nicht bloß dessen Klagbarkeit) erlischt und daß sohin nicht nur die Klage, sondern auch die zur Realisirung des Anspruches dienende Einrede mit dem Ablauf der Verjährungszeit untergeht.<sup>32</sup> Es kann

zu. Das franz. und ital. G. B. (art. 695.) scheinen sich an das röm. Recht anzuschließen. S. Zachariä, §. 191.

31a) Der letztgedachte Fall ist nicht unzweifelhaft; and. Ansicht besonders Albert, §. 122.

31b) Vgl. v. Canstein, S. 167, dessen Einwand, N. 42, aber nach der obigen Erläuterung nicht begründet erscheint; denn der Beklagte ist hier überall im Besitze, fordert also nur Abweisung der Klage. — Die österr. Pr. O. unterscheiden die „eigentliche“ und „uneigentliche“ Widerklage, je nachdem (mit Einwilligung des Gegners) über Vor- und Widerklage in demselben, oder (über dessen Widerspruch) in besonderen Prozessen verhandelt wird.

32) Vgl. bes. Unger, II. §. 122. und §. 125. S. 510 flg. (Eine Ausnahme enthält art. 349. §. G. B.) Sofern nämlich Klage und Einrede denselben Anspruch geltend machen, hiermit als Mittel zur Erreichung desselben Zweckes dienen, ist ihre gleichzeitige Erlöschung mit dem Untergang des Anspruchs nothwendig gegeben. Daß der Rechtsanspruch selbst (nicht bloß die Klage) erlischt, zeigen die §§. 1449. 1479. 1483. 1491. 1499. G. B. in unzweifelhafter Weise. Vgl. Jud. 36. Unger a. a. D. Kirchstetter, S. 697, und Erf. Nr. 1597 der Samml. Gl.-u.-W. Die Verjährung findet auf die Einrede nach der Natur der Sache nur dann nicht Anwendung, wenn der Anspruch lediglich in Form der Einrede geltend gemacht werden kann, hiermit dessen Geltendmachung nicht von dem Exceptionsberechtigten abhängt. Vgl. L. 5. §. 6. D. de doli exc. 44. v. cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur; dazu §. 1478. „Nichtgebrauch

sohin die Einwendung des vitiosen Besitzes des Klägers vom Beklagten nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der für den Beklagten aus der Dejection entstandene Restitutionsanspruch im Momente der erhobenen Einwendung bereits durch Verjährung erloschen war.<sup>33</sup>

## 2) Die Einwendung der Verjährung. Diese bezieht sich, wie

eines Rechtes, das an sich (d. i. ohne rechtliches Hinderniß) schon hätte ausgeübt werden können.“ Da der obligatorische Anspruch wegen Dejection auf Restitution des Besitzes sowohl im Wege der Klage als im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann, so verjähren Klage und Einrede gleichzeitig. Ausdrücklich bestimmt die bayr. Entwurf (art. 36.). Ueber die Verjährung der Einrede nach röm. Recht s. Windscheid, §. 112. a. G. Wächter, §. 119. — U. A. Hasenöhr, Dbl. §. 2.

33) So ausdrücklich das Erf. des D. O. G. v. 31. Oktober 1871, Z. 13257 (Prävnsk 1871, p. 840) und im Prinzip das Erf. 1. u. 2. Instanz Nr. 3634 der Samml. Gl.-U.-B. Für das österr. Recht ist daher jene Ansicht die richtige, welche für das röm. Recht namentlich von Bangerow (s. unten) vertheidigt wird. In dem Rechtsfall Nr. 3634 wird zunächst die Frage, ob die vom Entsetzten innerhalb der Verjährungsfrist eigenmächtig vorgenommene Dejection des ersten Dejectanten die Klage des Letzteren ausschliesse, von der 3. Instanz verneint und der except. vit. p. a. a. nicht stattgegeben. In der zweiten Dejection liegt eben nur eigenmächtige Selbsthilfe, nicht Selbstvertheidigung (§. 344. G. B.). S. 87, N. 8 d. B. Selbsthilfe stellt sich aber ungewiss als Besitzstörung dar. (§§. 19. 320. G. B., §. 5. f. B. v. 27. Oktober 1849, vgl. c. 7. C. de vi, — dazu Savigny, S. 432. Unger, II. S. 340, N. 7. Brinz, §. 82. [2. U.] — zum Theil abweichend §§. 144. 145. I. 7. R. N.) Nur dann, wenn der Dejectante in continenti sich wieder in den Besitz der Sache setzt, kann Dejection und Wiederdejection als Eine Handlung angesehen und Letztere als Akt der Selbstvertheidigung angesehen werden. Vgl. L. 17. D. de vi, f. §. 6. N. 8, §. 7. a. G. und §. 35. a. G. d. B. Trotzdem muß aber, da die except. vit. p. ab adv. zulässig ist, die Klage abgewiesen werden, wenn diese Einrede rechtzeitig erhoben wird. In dem cit. Falle Nr. 3634 war dieselbe bereits zur Zeit der Klageüberreichung verjährt, daher die Entsch. der 3. Instanz richtig, obwohl dieselbe jene Einrede ignorirt. Aus dem Gesagten ergibt sich die Unrichtigkeit der Ansicht v. Canstein's, VI. S. 189, daß der Entsetzte sich (selbst nach Ablauf der 30 tägigen Frist) eigenmächtig in Besitz setzen dürfe und alsdann im Besitzprozesse gegen den klagenden Dejectus obliegen, „weil er im Verhältnisse zum Kläger (früheren Dejectanten) zuletzt echt besaß“; denn das Vitium wird eben durch Zeitablauf geheilt. S. auch v. Canstein selbst, S. 131, N. 25a, der übrigens S. 167 von einer 3- u. 30 jährigen Verjährung der Besitzklage spricht. Anders nach röm. Recht; nach diesem verjährt die except. vitiosae poss. ab adversario (soweit sie zulässig ist) s. R. 31) nicht. Vgl. §. 7a. R. 9; L. 1. §. 5. D. U. P. 43. 17. Witte, S. 87 flg. Windscheid, §. 159. N. 7. Brun's, Besitzklagen S. 172, 173. Die Behauptung Puchta's, §. 133 g. und Bangerow's, §. 336. II. 6., daß auch die exceptio v. p. binnen Jahresfrist verjähre, ist Angesichts der Interdiktformel und L. 1. §. 5. D. cit. schwerlich zu rechtfertigen. Abgesehen jedoch von diesem positiven Grunde läßt sich gegen die Schlußigkeit der Argumentation B.'s nichts einwenden. Die gleiche Stellung beider Theile und die Verfolgbarkeit des Anspruchs durch Klage spricht für die Verjährbarkeit der Einrede.

soeben ausgeführt wurde, auf den aus der Störung oder Besitzentziehung resultirenden obligatorischen Anspruch des Gestörten oder Entsetzten auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes (§§. 339. 346. G. B. §. 5. f. Bdg. vom 27. Oktober 1849.), gleichviel ob derselbe klage- oder einredeweise geltend gemacht wird. Binnen welcher Zeit verjährt aber die Besitzstörungs- (Entzückungs-) Klage? Diese auch im heutigen römischen und preussischen Rechte nicht unbestrittene Frage<sup>34</sup> könnte bei ausschließlicher Berücksichtigung des A. b. G. B.'s nur dahin beantwortet werden, daß hier (insbesondere im Falle des §. 351. G. B.) die allgemeine dreißigjährige Verjährungsfrist (§. 1479.) Anwendung habe und lediglich der Schadenersatzanspruch nach Umständen in der kürzeren dreijährigen Frist (§. 1489. G. B.)

34) Daß das I. uti p. binnen eines annus utilis und das I. de precario in dreißig Jahren verjähre, ist zwar unbestritten. (Ueber die Einrede s. vorige Note.) Allein streitig sind mehrere Fragen, welche die Verjährung des I. unde vi und der Spolienklage betreffen, obgleich im Allgemeinen so viel feststeht, daß erstere Interdikt innerhalb eines Jahres auf Restitution des Besitzes und vollen Schadenersatz, nach Ablauf desselben auf Bereicherung geht. Vgl. L. 1. pr. D. de vi: de eo tantummodo intra annum iudicium dabo . . . post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit (dasselbe muß also von der Spolienklage gelten, s. Brun's, Besitzkl. S. 261; — anders Herwart, a. D. S. 301). Aus L. 1. pr. cit. schließt Savigny, S. 450, daß die einjährige Verjährung nicht Statt hat, so lange der Dejectant die Sache besitzt, wogegen jedoch neuestens Brun's, Besitzklagen S. 260 bemerkt, daß unter dem id, quod pervenit hier wie anderwärts namentlich bei der a. q. metus c. nur die Bereicherung verstanden werden könne. „Allein der Besitz gehört, so lange er noch in den Händen des Dejectanten ist, sicherlich zu dem, quod ad eum pervenit“ (Witte, S. 91), und besteht die Bereicherung wohl eben darin, daß der Dejectant den Besitz und dessen Vortheile hat. Vgl. L. 134. §. 1. D. de R. I. 50. 17. Im Uebrigen muß man Brun's a. D. namentlich dessen Tadel über die unverhältnißmäßige Länge der dreißigjährigen Verjährungszeit beistimmen. — Nach bayr. Recht II. 5. 11, N. 9 verjährt die Klage erst in dreißig Jahren, s. Roth, §. 134. N. 77. — Nach preuß. Recht geht die herrschende Meinung mit Rücksicht auf I. 31. §. 1. Ger. Ord. (woselbst „neuerliche“ Störung vorausgesetzt wird) dahin: daß die Klage nur wegen solcher Störungen und Entzückungen zulässig sei, welche innerhalb einer kurzen, nach den Umständen zu berechnenden Zeitfrist, von der Klage zurückgerechnet, vorgefallen sind. Vgl. Dernburg, I. S. 320. Förster, §. 162. N. 97—101. Dagegen ist freilich zu bemerken, daß die Redaktoren (bes. Suarez) eine kürzere Verjährungsfrist gar nicht wollten. (S. Förster selbst, a. D. Nr. 97—101.) Anders Koch, S. 285. — Nach dem jähf. G. B. verjähren die Besitzklagen (und Einreden) in einem Jahre, die Ersatzklagen in drei Jahren (§. 210.). Das Züricher G. B. (§. 508.) bestimmt für die Besitzklage eine sechsmonatliche, das italien. G. B. (art. 695.) und der bayr. Entw. (art. 38.) eine einjährige Verjährungsfrist; so auch art. 23. C. de Pr., welchem aber Zacharia, B. §. 189. N. 7a eine Fallfrist unterlegt. — Ueber die Verjährung der a. spol. gegen Singularsuccessoren vgl. Roth, Lehre v. d. Genoff. S. 133 flg.



verjähre. In diesem Sinne äußerte sich auch Zeiller bei der ersten Lesung des Entwurfes in der Sitzung v. 25. April 1803.<sup>35</sup> Mit Rücksicht auf den §. 2. der f. Vdg. v. 27. Oktober 1849. §. 12. R. G. Bl. muß jedoch die Frage heute dahin beantwortet werden, daß die Besitzstörungs- und Entziehungsklage binnen „dreißig Tagen von der erlangten Wissenschaft der Störung“ verjähre.<sup>36</sup> Daß es sich hier um eine Verjährungs- und nicht um eine Präklusivfrist handelt, geht nicht nur aus den in der Note 35. angeführten Verhandlungen der Kompilationskommission zu §. 351. G. B. hervor, sondern entspricht der Tendenz des Gesetzbuches und dem historischen Zug des Rechts, welches für Besitzklagen stets kürzere Verjährungsfristen festsetzte, entspricht endlich dem Wortlaut des §. 2. cit., welcher den Verlust des Anspruchs auf die „richterliche Hilfe“ an die Nichtanrufung derselben („Ansuchen“, „Begehren“, „Klage“ §§. 2. u. 3. cit.) während des daselbst festgesetzten Zeitraumes knüpft.<sup>37</sup> Ist aber die Frist eine Verjährungs-

35) Die Wiener Fakultät und das D. Galiz. U. Gericht hatten nämlich zu §. 72. Entw. (§. 351. G. B.) vorgeschlagen, es solle eine Zeit etwa von drei Monaten bestimmt werden, „binnen welcher das Recht eingeklagt werden müsse.“ Zeiller beantragte indes die Ablehnung dieses Antrags, da der Berechtigte in diesen Fällen (des §. 351. nämlich) nicht einmal aus dem Besitze komme und den Besitz „bis zur Verjährungszeit“ einlagen könne, welche im III. Theile festgesetzt werde. Offenbar hatte also Zeiller gerade wie Suarez (f. Förster, §. 162. R. 97) die allgemeine Verjährungszeit vor Augen.

36) Für Dalmatien und Tirol mit Vorarlberg vgl. die im Ganzen conformen a. h. Entschl. v. 2. März 1830, §. 2487 f. G. E. u. v. 29. November 1836 (Tr. Pr. G. E. 24, S. 219 u. f. G. E. 1837, §. 174.).

37) Die Frage ist nicht unzweifelhaft, zumal die Worte des §. 2.: „mit Einfluß der Ferialtage“ auf eine Fallfrist hinzuweisen scheinen. Vielleicht sollte mit diesem überflüssigen Zusatz die Regation des röm. *annus utilis* ausgedrückt werden. Daß die Frist (ähnlich wie im §. 1489. B. G. B.) vom Zeitpunkte der erlangten Kenntniß gezählt wird, ist für die Entscheidung dieser Frage irrelevant. Vgl. dazu Unger, II. S. 424. R. 17. Die Entscheidungen der Gerichte lassen schwer erkennen, ob dieselben eine Verjährungs- oder Fallfrist annehmen. Nur die Entsch. Nr. 139, 601, 3470 der Samml. Gl.-u.-W. setzen offenbar eine Fallfrist voraus; dagegen aber f. Nr. 1771, 3030, 3634 und Entsch. vom 6. Oktober 1874, §. 9998, Ger. Zeit. 1874, Nr. 94. — Auch Menger, G. Z. 1876, Nr. 99 und v. Canstein, VI. S. 156 flg. nehmen hier eine Fallfrist an und letzterer läßt die Verjährung erst in 3 (?), 30 und 40 Jahren (§§. 1479. 1480. 1489.) ablaufen. v. Canstein führt dafür folgende Gründe an: 1) die Verjährung beginne nach der Regel des §. 1478. mit der Entstehung des Klagenanspruchs — nicht erst vom Zeitpunkt der Wissenschaft. (Dies hindert aber nicht, daß das Gesetz anspruchswise [f. §§. 158. 1489. u. a.] den letzteren Moment für maßgebend erklärt.) 2) daß bei nicht erlangter Wissenschaft dennoch die 30 (40) Verjährung Platz greife. (Enthält nichts Auffälliges, vgl. §. 1489.) 3) daß die Zulassung der Hemmungsgründe (z. B.

frist, dann hat der Richter die Verspätung der Klage nur über Einwendung des Beklagten zu berücksichtigen (§. 1500. G. B.) und hat dieser den Ablauf der Verjährungsfrist, insbesondere der behaupteten früheren Wissenschaft des Klägers von der Störung zu beweisen.<sup>38</sup> Uebrigens ist die Frist selbstredend nicht erst vom Zeitpunkt der Ermittlung des Störers (Thäters), sondern von dem der Kenntniß der Störung zu berechnen. (Vgl. Nr. 4917. Samml. Gl.-u.-W.) Im Fall der Vertretung des Besitzers durch Bedienstete ist der Beginn der Verjährung vom Zeitpunkte der Kenntniß des Besitzers (nicht seines Vertreters) zu zählen, es sei denn, daß die Vertreter nach Inhalt der Vollmacht (§. 1008. G. B.) auch zur Klagenstellung für legitimirt zu erachten wären. Vgl. neuest. das Erf. Nr. 5219. Samml. Gl.-u.-W.<sup>38a</sup> Der Beweis der Wissenschaft kann auch aus Indizien geführt werden (f. Note 39. a. G.). — Die dreißigtägige Verjährungsfrist gilt selbstredend auch für die Widerklage, mit

des §. 1494.) nicht in der Intention des Gesetzes liegen könne. (Aber §. 1494. schließt nicht aus, daß die kürzere Frist auch hier von der Kenntnißnahme gezählt wird; übrigens ist es Sache der Legislative, die befürchtete Verschleppung unmöglich zu machen.) 4) daß die f. Vdg. lediglich das prozessualische Recht regelt (f. aber §§. 5. 9. 10. 15. d. f. Vdg.). 5) die Fristberechnungsart (f. oben). 6) das Wort „verweisen“ (§. 2. a. contr. §. 15.) deute darauf hin, daß die verspätete Klage sofort ohne weitere Verhandlung *ex officio* abzuweisen sei. (Aber diese technische Bedeutung wäre erst zu beweisen; die Praxis ist m. R. and. Ansicht.) 7) daß mehrere Redaktoren (Pratobevera, Zeiller) die Frist als Fallfrist auffaßten, behauptet zwar v. Canstein, S. 199; da indes die bezüglichen Äußerungen nicht angeführt sind, bleibt dies dahingestellt. (Der lomb.-venet. Senat, S. 195, scheint unsere Ansicht getheilt zu haben.) Faßt man die Frist als Fallfrist, so würde die *exc. vit. p. ab advers.* erst in 30 (40) Jahren verjähren; vgl. Nr. 33.

38) So entschied wiederholt der D. G. H.; vgl. besonders Nr. 1771, 2289, 3030, 3634 Samml. Gl.-u.-W. — Geht man hingegen von der Ansicht aus, daß die Frist des §. 2. cit. eine Fallfrist sei, so hätte der Richter von Amts wegen die Verspätung zu untersuchen und zu berücksichtigen, und wäre es jedenfalls Sache des Klägers, die Rechtzeitigkeit der Klagenstellung zu beweisen. Von der letzteren Ansicht geht in der That ein vereinzelt (auch sonst in der Motivirung vergriffenes) Erkenntniß des D. G. H. (Nr. 139 d. f. Samml.) aus. — Konsequent sind allerdings auch Hemmungs- und Unterbrechungsgründe (Klagenstellung, Anerkennung) auf diesen Verjährungsfall für anwendbar zu erklären.

38a) S. auch v. Canstein VI. S. 146. Das letztere Moment wird in der Praxis gewöhnlich nicht beachtet und schwankt denn dieselbe haltlos zwischen den beiden entgegengesetzten Ansichten. Die Entscheidung des Falls Nr. 601. Samml. Gl.-u.-W. geht von der Ansicht aus, daß es lediglich auf die Kenntniß des Vertreters (Gutsverwalters) ankomme; dagegen legt die Entsch. Nr. 1771. d. f. Samml. alles Gewicht auf die Kenntniß der ärarischen Forstbehörde und nicht auf die des

welcher der Beklagte bei demjenigen Gerichte, bei welchem die Vorlage anhängig ist, seinen aus des Vorklägers Besitzverletzung entstandenen Anspruch selbstständig in Klageform (nicht bloß abwehrend in Einredeform) geltend machen und sohin die Condemnation des Vorklägers erwirken kann. (§. 33. Jur. Norm, §. 62. A. Ger. Ord.)<sup>39</sup>

Wegen wiederholter Störung kann selbstverständlich auch dann geklagt werden, wenn der Klagsanspruch aus einer früheren Störung durch Verjährung erloschen wäre — es sei denn, daß die nicht gerügte (nicht eingeklagte) Besitzstörung für den Gegner den Erwerb eines Besitzes (insbesondere Rechtsbesitzes) herbeigeführt haben sollte und sohin der folgende Eingriff lediglich als Ausübung des erworbenen Besitzes erscheinen würde.<sup>40</sup> Denn da bei dem Besitzerwerbs-

Walbaufsichtspersonals. (Der Fall Nr. 2002. gehört nicht hieher, da die Nichtausübung eine freiwillige war.) Erstere Ansicht übersieht, daß der §. 2. der k. B. v. 1849 die Frist von der Wissenschaft des Besitzers zählt und daß nach der entgegen- gesetzten Meinung bei mangelnder Prozeßlegitimation des Vertreters dem abwesenden Besitzer die Besitzklage regelmäßig abgeschnitten wird. Unverhältnismäßiger Verzug ist bei der Kürze der Frist nicht zu befürchten, zumal der Richter ohne Zweifel auch aus den Umständen zu schließen befugt ist, ob Kläger in einem bestimmten Zeitpunkte bereits von der Störung Kenntnis gehabt habe oder nicht. Von dieser freien Beweiswürdigung hat auch der D. G. S. hier (wie überall, wo es sich um innere Seelenvorgänge handelt) reichlich Gebrauch gemacht. Vgl. Nr. 2336. Samml. Gl.- u.-W. und die das. sub v. Indizienbeweis angeführten Erkenntnisse. Auch das Erf. Nr. 4918. zählt die Frist von der Wissenschaft des Pächters, weil „dieser Stellvertreter des Verpächters sei“; allein ist der Pächter zu dergleichen Prozeßen für den Besitzer legitimirt? S. noch §. 28. N. 19.

39) Man unterscheidet die eigentliche und uneigentliche Widerklage, je nachdem über die Vor- und Widerklage in demselben oder in besonderen Prozeßen entschieden wird. Ersteres kann nur mit Zustimmung des Gegners erfolgen. In jenem Falle haben wir also eine Art duplex judicium. Vgl. v. Canstein, VI. S. 168 (Hofd. v. 27. September 1792, S. 54). Daß einredeweise nicht die Condemnation des Klägers erlangt werden kann, versteht sich.

40) Diese beiden verschieden zu behandelnden Fälle werden in der Praxis mitunter zusammengeworfen; namentlich wird nicht gebührend darauf gesehen, ob der erste Störungsakt, welcher möglicherweise das corpus einer Rechtsausübung darstellen kann, auch *animo possidendi* ausgeübt wird! Diese Verschommenheit der Auffassung zeigt sich namentlich in dem Rechtsfall Nr. 2145. und 2889. der Samml. Gl.-u.-W. Beklagter hatte im letzteren Falle in Klägers Walde Holz geschlagen und später das Holz weggeführt. Die Klage wegen des ersten Störungsaktes war verjährt, — nicht auch die wegen des zweiten (Sammlung und Wegführung). Die erste und dritte Instanz wiesen jedoch die Klage ab, weil die Klage aus der ersten Störung verspätet eingebracht worden war, ohne die Qualität des ersten Störungsaktes näher zu untersuchen. Diese Ansicht führt zu förmlichem

akte Nichts darauf ankommt, ob derselbe mit Recht oder Unrecht vorgenommen worden ist, so kann auch der Akt, der an sich eine Besitzstörung (Entziehung) enthält, — den erforderlichen Besitzwillen vorausgesetzt — zum Besitzerwerbe führen, wonach es sich von selbst versteht, daß alle weiteren in Ausübung des bereits erworbenen Besitzes unternommenen Handlungen nicht mehr als Besitzstörungen erscheinen. Es kann daher der Gestörte in diesem Falle nur die erste Besitzstörung (die zugleich als Apprehensionsakt erscheint) mit der Besitzklage verfolgen; ist jedoch der Klagsanspruch aus derselben verjährt, so erübrigt ihm zur Abwehr des Eingriffs lediglich die petitorische (namentlich negatorische) Klage.<sup>41</sup>

Mit Rücksicht auf die allgemeine kategorische Bestimmung der

possessorischen Schutz von — Störungen! Sie führt zur richterlichen Preisgebung des Besitzes, wenn auch nur eine einzige frühere Störung possessorisch nicht gerügt wurde! Die Sache sieht aber hier nicht anders als beim Eigenthum. Verjährung der Klage wegen eines Störungsaktes bewirkt nicht den Verlust des Klagerrechtes wegen eines zweiten oder dritten wiederholten Eingriffs. Und wie die Erzigung des beanstandeten beschränkenden Rechtes gegen die Negatoria schützt, so schützt der Besitz desselben gegen die possessorische Klage. (Vgl. dazu Witte, S. 143. 146 flg.) Nichtig dagegen die Entsch. Nr. 5701: A. belangt im April 1874 den B wegen wiederholt versuchter, zuletzt im April 1874 erfolgter Zuackerung einer Parzelle. B. wendet die Verspätung der Klage ein, da die erste Zuackerung schon im Herbst 1873 stattgefunden habe. Kläger replizierte, daß er selbst seinen Besitz gegen diese früheren Störungen geschützt habe, indem er die von B eingeackerte Parzelle sich immer wieder zuackerte. Die 2. Instanz wies die Klage als verspätet zurück, da die Ausübung des jedem Besitzer zustehenden Rechtes der Abwehr (§. 344. G. B.) an der Frist, binnen der die Klage anzubringen ist, nichts ändere. Dagegen gab der D. G. S. der Klage statt, da sich Kläger durch die Rückzuackerung in dem Besitze der Parzelle erhalten und erst im April 1874 neuerlich gestört wurde. (Ob gerade nur das Recht des §. 344. G. B. ausgeübt wurde, läßt sich nicht entnehmen, ist übrigens unwesentlich.) Vgl. auch Nr. 4300 ders. Samml., welche in der Zusendung des Störungsprozesses keine Anerkennung des gegnerischen Besitzes von Seite des Klägers erblickt. S. noch §. 27. Nr. 18 d. B.

41) Vgl. den Rechtsfall Nr. 2892 Samml. Gl.-u.-W., in welchem der wegen Streurechens belangte Beklagte nachwies, daß er seit fünf Jahren im Besitze des Rechtes zum Streurechen sei, während Kläger von den früheren Besitzhandlungen keine Kenntnis zu haben behauptete. Mit Recht wurde die Klage abgewiesen, da es sich um den Akt des letzten Streurechens handelte, welcher sich nur als Ausübung bereits erworbenen Besitzes darstellte. Allerdings blieb es in diesem Falle dem Kläger vorbehalten, die Besitzklage wegen des ersten Aktes anzustellen. Es fällt hierbei sofort auf, daß die Besitzklage bei nicht nachgewiesener Wissenschaft vom Störungsakte auch noch im 30. resp. 40. Jahre nach erfolgter Störung angestellt werden könnte, was allerdings vom praktischen Gesichtspunkte als Ungeheuerlichkeit erscheint. S. auch Monti, S. 148. Zu empfehlen ist daher *de lege ferenda*, den Beginn der Verjährung vom Störungsakte zu berechnen. S. vor. u. folg. Note.

§§. 1479. 1485. G. B. muß aber wohl zugegeben werden, daß die Besitzklage jedenfalls und ohne Rücksicht auf das Wissen des Gestörten längstens binnen dreißig (beziehentlich vierzig) Jahren erlösche, da die kurze Verjährungsfrist des §. 2. cit. doch nur die möglichst rasche Verjährung der Störungsklagen bezweckt.<sup>42</sup>

3) Die aus der mangelnden Legitimation des Klägers oder Beklagten entnommenen Einreden, soweit sie überhaupt von Erfolg begleitet sind, gehören ebenso wie die Behauptung des eigenen Besitzstandes zur negativen Vertheidigung des Beklagten (vergl. S. 235 flg.).<sup>43</sup>

4) Die Einwendung der entschiedenen Streitsache (*exc. rei judicatae, finitae*) ist nach der Natur der Sache in Besitzprozessen nicht wohl anwendbar, da es immer nur auf die Thatsache des letzten Besitzstandes ankommt und dieser jeden Augenblick wechseln kann; das vorausgehende Erkenntniß kann nur als Beleg dafür angeführt werden, daß der Sieger in dem betreffenden früheren Zeitpunkt Besitzer war. Vgl. auch das Erf. Nr. 4213. Samml. Gl. U.-W.

Die *exceptio spoli*, vermöge welcher der Spolirte bis zur erfolgten Restitution jeden Anspruch der Spolianten abwehren kann

42) Vgl. in Ansehung des ähnlichen Falles des §. 1489. auch Stubenrauch, II. S. 609 (2. A.) u. §. 626. III. des Entw. Die 30 jährige Verjährung ist gewiß unzweckmäßig. Zu kurz ist wieder die dreimonatliche Frist, welche der §. 526. des 1. Entw. der österr. G. B. D. bestimmt: „die Besitzstörungenklage kann nur binnen drei Monaten nach eingetretener Störung und einem Monat, nachdem der Kläger von derselben Kenntniß erlangt hat, erhoben werden.“ Zweckmäßig erscheint die römische Annualfrist, welche auch das sächs., ital. G. B. und der bayr. Entwurf annahmen. Das Züricher G. B. (§. 508.) bestimmt eine sechsmonatliche Verjährungsfrist, nach deren Ablauf es bloß die Bereicherungsklage gewährt. — Nach russ. R. verjährt die Besitzklage in sechs Monaten. S. Lehr, Droit e. russe p. 213. Auch der österr. 2. Entw. §. 621. setzt eine sechsmonatliche Frist fest. — v. Canstein, S. 156, 167, spricht von einer 3-, 30-, 40 jährigen Verjährung; die dreijährige Verjährung (§. 1489.) wäre aber auf die Besitzklage — die eben keine Deliktklage ist — keineswegs anwendbar. Vgl. noch R. 37.

43) Ebenso die Einrede, daß der angebliche Eingriff mit dem Willen des Gestörten oder kraft rechtlicher Ermächtigung dazu vorgenommen worden, — sohin gar keine Besitzstörung sei. Vgl. S. 164. Dagegen zählt Förster, §. 162. lit. e. diese Bestreitung des Klagsfundamentes zu den Einreden im technischen Sinne; ebenso v. Canstein, S. 159, Nr. 39 die Behauptung des Beklagten, daß er Besitzer sei. Allein bei der Unmöglichkeit des solidarischen Mitbesitzes liegt in dieser Vertheidigung mittelbar eine Läugnung des Klagegrundes — eine qualifizierte Negation (*exc. non sic sed aliter gestae*), welche zunächst dem Kläger die Beweislast für seine Behauptung auferlegt. S. v. Canstein, S. 163 selbst.

(S. 144), ist dem österr. Recht ebenso unbekannt, wie dem preussischen und den übrigen modernen Gesetzbüchern.<sup>44</sup>

#### V. Das Begehren. Der Schadenersatzanspruch.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich, daß die beiden Arten der Besitzklagen nach österr. Rechte ihrem Wesen nach übereinstimmen und daß sich nur das Klagebegehren ändert je nach der Art, wie der Besitz gestört wurde.

Der Anspruch, beziehentlich das Begehren geht bei der Besitzstörungenklage (§. 339.):

1) auf Wiederherstellung des durch die Störung veränderten Besitzstandes (Beseitigung der Störung), als da z. B. durch Verschüttung des durch den Fahrweg gezogenen Grabens, Beseitigung der das Fahren hindernden Steine, Deffnung des geschlossenen Durchganges, Wiederaufbau der eingerissenen Grenzmauer u. s. w. (Arg. §§. 339. 1323. G. B. und §. 5. der k. Vdg. v. 27. Oktober 1849. Z. 12. R. G., welcher bestimmt, daß „das Erkenntniß auf den Schutz und die Wiederherstellung des gestörten Besitzes beschränkt sei.“) Bei dem in wiederkehrenden Leistungen bestehenden Rechtsbestiz (§§. 313. 1. und 351. 1. G. B.) erfordert die Wiederherstellung des Besitzes auch die Verurtheilung des Beklagten zur Leistung. (Das Nähere s. S. 153 d. B.)

2) auf richterliches Verbot (Untersagung) des als Störung bezeichneten Eingriffs (§. 339. G. B.).<sup>45</sup> Bei dem in wiederkehren-

44) Das bayr. Recht hat dieselbe aber noch aufgenommen. S. Roth, §. 134. a. G. Grundlos ist m. G. Zachariä's Ansicht §. 191. a. G.

45) Aus begrifflichen Gründen und logisch konsequent wird in der Praxis das Verbot der Wiederherstellung des früheren Zustandes und jedann auf Verbot der Störung für die Zukunft gestellt. Ohne Wiederherstellung des früheren Zustandes wird das praktische Interesse nicht befriedigt. Dies ist gewiß auch nach heutigem römischem Recht sachlich das Richtige. Anders freilich nach dem altrömischen Interdiktenprozeße, nach welchem der Anspruch des Besitzers nicht schon aus der ersten Beeinträchtigung, sondern erst aus der nach der Ertheilung des prätorischen Interdikts (*Uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.*) erfolgten Störung resultirte. Hier war allerdings das Verbot die Hauptsache. Vgl. §. 7a. d. B. Dazu Bruns, Klagen §§. 1—10. Witte, S. 99, 117 flg. Windscheid, §. 159. Nr. 2. Dagegen geht Bruns, S. 46 flg. darin entscheiden zu weit, wenn er alles Gewicht auf das Verbot legt. Das Letztere versteht sich seit dem Wegfalle des alten Interdiktenverfahrens recht eigentlich von selbst; es enthält nur die richterliche Applikation des gesetzlichen Verbots auf den einzelnen

den Prästationen bestehenden Rechtsbesitz übergeht das Verbot in das Gebot, künftig zu leisten.

3) im Falle eines Verschuldens auch auf Ersatz des durch die Störung verursachten Schadens (§. 339. G. B.).

Doch soll der Kläger nach der k. Wdg. v. 27. Oktober 1849. (§. 5.) mit dem Entschädigungsanspruch auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen werden, wenn derselbe vom Beklagten nicht anerkannt wird.<sup>46</sup>

Bei der Präjudizialbesitzklage beschränkt sich das Petitum selbstverständlich auf richterliche Anerkennung des vom Kläger behaupteten Besitzstandes. Eben dieses Begehren und das entsprechende Erkenntnis ist natürlich auch bei der Besitzstörungsklage

Fall und hat hauptsächlich für die Exekution (Versfall der Strafe für den Fall der Uebertretung desselben) praktische Bedeutung. Vgl. gegen diese Seite der Brunns'schen Theorie auch Windscheid, §. 159. R. 3 b. und oben §. 7a. R. 10. — Auf die Uebertretung des Verbots können nach dem J. R. U. §. 162. Geldstrafen angedroht werden. So auch nach preuß. R. R. §. 151. I. 7., ebenso nach dem sächs. G. B. (§. 205.), dem Züricher. G. B. (§. 504.) und dem bayr. Entw. (art. 32.); nach dem österr. Recht ist die Androhung von Geldstrafen nicht gerade unzulässig (vgl. Analogie d. §. 9. der k. W. v. 1849.), jedenfalls aber überflüssig, da der Exekutionsrichter das Verbot für den Fall der Uebertretung nach der Ger. Ordn. zu exequiren hat. — Das Verbot wiederholter Störung entfällt, wenn gegen die Erben des Störers geklagt wird. Vgl. Förster, §. 162. R. 80.

46) Nach röm. Recht hat der Richter im Possessorium auch über den Schadenersatz zu erkennen. Vgl. L. 1. pr. L. 3. §. 11. D. Ut poss. Mit Recht betont Brunns, Besitzgfl. S. 56, daß beim I. uti poss. die Entscheidung über den Besitz die Hauptsache bilde — nicht die Frage nach dem Schadenersatz. Vgl. auch Dernburg, Pr. C. R. §§. 158. 159. Im Grunde verkennt dies auch Savigny, S. 408, durchaus nicht. Die Quellen befassen sich übrigens mit der Ersatzfrage eingehend. — Ohne ausreichende Gründe wird von Manchen bestritten, daß nach Justin. Rechte Ersatz gefordert werden könne. Dafür mit Recht Brunns a. D. und Windscheid, §. 159. R. 3a.; dagegen Kindel, Rassow's Beitr. II. (22) S. 230 flg. — Die zweckmäßige Bestimmung der österr. Novelle v. 27. Okt. 1849 scheint dem preuß. Rechte entlehnt zu sein, welches aber die Ersatzansprüche unbedingt vom Possessorium ausschließt. H. G. D. I. 31. §. 17.; dazu Förster, §. 162. Note 81. Dernburg, §. 159. S. 321. Mit Recht erklärt sich Letzterer gegen die Erkenntnisse bei Gruhot, V. S. 454. IX. S. 242, welche die Existenz einer Schadenersatzklage aus Besitzstörungen gänzlich läugnen; die Behauptung der Motive, daß der Ersatzanspruch ein Recht voraussetze, ist ebenso falsch, als die Annahme, daß der Besitz nicht zum Vermögen gehöre. Der §. 153. I. 7. R. R. spricht wörtlich vom Schadenersatz durch Besitzstörung. — Auch nach sächs. Rechte (§. 205.), dem Züricher. G. B. (§. 504.) und dem bayr. Entw. (art. 32.) kann (und zwar in possessorio) auf Schadenersatz geklagt werden. Das ital. G. B. (art. 695.) erwähnt des Schadenersatzes nicht.

nicht ausgeschlossen; setzt doch der richterliche Spruch über die letztere Klage nothwendig voraus, daß der Richter erst die Vorfrage löst, ob der Kläger im Besitze ist.

Kaution de amplius non turbando kann Kläger mit dieser Klage nicht fordern.<sup>47</sup> Wie bereits früher S. 157. bemerkt worden ist, wird der Rechtsbesitz, dessen Ausübung durch Handlungen des Gegentheils unmöglich geworden ist (§. 35. d. B.), nach der Auffassung des Gesetzbuchs (§. 351.) als fortdauernd betrachtet, wenn rechtzeitig die Klage auf Erhaltung des Besitzes angestellt worden ist. Die Entziehung wird hier lediglich als Störung behandelt. Bei präkaristischer Rechtsausübung dinglicher Rechte ohne Ueberlassung der Detention der Sache erscheint die trotz Widerrufs fortgesetzte Benützung der fremden Sache als Störung des Sachbesitzers und genügt daher zur Abwehr derselben schon die Besitzstörungsklage.<sup>48</sup>

Bei der Besitzentzückungsklage (§. 346.) stellt der Entsetzte den Anspruch:

1) auf Rückstellung des entzogenen Besitzes.<sup>49</sup> Ist der Ge-

47) Kein Gesetz gibt dem österr. Richter das Recht hierzu. Daß dasselbe aber schon in dem allgemeinen Rechte der Exekution gelegen sei — wie Savigny, S. 409 behauptet — muß bestritten werden; die Art der Exekution darf nicht der richterlichen Willkür überlassen bleiben. Vgl. 7a. R. 4. Die Bestimmung des §. 343. G. B. hat auf unseren Fall keine Anwendung. So auch nach sächs. Rechte. Vgl. Schmidt, S. 169. — Nach gemeinem Rechte wird das Recht des Richters, dem Beklagten auch Kautionbestellung de amplius non turbando aufzuerlegen, fast allgemein behauptet; vgl. Witte, S. 139. Roth, §. 137., auch Savigny a. D., der übrigens mit Recht die Berufung auf L. un. C. uti poss. für unpassend erklärt. — Das preuß. R. R. §§. 151—154. I. gibt das Recht auf Kaution, wenn schon einmal dem richterlichen Befehl entgegengehandelt oder wiederholte Störung zu befürchten ist. Vgl. Förster, §. 162. R. 79. — Ähnlich nach bayr. Recht (siehe Roth, §. 134. R. 49); das Züricher. G. B. (§. 504.) und der bayr. Entwurf (art. 32.) überläßt dies dem richterlichen Ermessen. Das sächs. und ital. G. B. enthalten keine Bestimmung darüber.

48) So z. B. bei dem Prefarium einer Weggerechtigkeit; die allfällige Einrede des Beklagten, daß er im Besitze des Rechtes sei, wird durch die Exceptio vitiosae poss. ab adversario entkräftet (§. 347. G. B.). Die recuperatorische Klage des §. 346. G. B. ist hier ausgeschlossen.

49) Vgl. L. 1. §. 13. 42. L. 15. 16. de vi. Savigny, S. 443. §. 146. 145. I. 7. preuß. R. R. Förster, §. 162. R. 76. §. 206. sächs. G. B. art. 695. ital. G. B. §. 505. Züricher. G. B. — Es macht, wie bereits früher (S. 207) nachgewiesen, keinen Unterschied, ob der Deficient noch im Besitze ist oder nicht, oder denselben gar nie erlangt hat. — Wie oben bemerkt wurde, reicht beim präkaristischen

klagte nicht im Besitze der Sache und fällt ihm ein Verschulden zur Last, so hat er dem Kläger den Besitzwerth zu ersetzen. Dieser ist nicht identisch mit dem Werthe der Sache oder des Rechts, um deren Besitz es sich handelt.<sup>50</sup> Ueber die Schätzung des Besitzwerthes, der praktisch regelmäßig dem Sachwerthe gleichkommen wird, vgl. §. 3. C. 55. d. B.

2) auf Ersatz des außerdem durch die Besitzentziehung *culpos* verursachten Schadens (§. 346. G. B.), insbesondere des Werthes der mit der Dejection in Verlust gerathenen Sachen oder entgangenen Früchte,<sup>51</sup> der Deterioration der Sache u. dgl.<sup>52</sup> Doch soll auch hier

Rechtsbesitz (ohne Sachdetention) schon die Besitzstörungsklage (§. 339.) zur Abwehr der trotz Widerrufes fortgesetzten Benützung der Sache aus. Stellt man die Klage auf Grund des §. 339. G. B. an, so geht das Begehren auf Einstellung der bittweisen Rechtsausübung. Die *reparatorische* Klage des §. 346. G. B. ist im Grunde nur bei der bittweisen Leihe einer Sache und beim *Præfarium* solcher Rechte am Plage, bei denen es keinen concedirenden Sachbesitzer gibt, z. B. bei der präfariatischen Ueberlassung des Patronats, des Jagd- und Fischereirechtes. Sachlich sind allerdings beide Klagen nicht verschieden.

50) Weiderlet Werthe werden häufig vermengt, so schon von der Glossen, auch vom bayr. R. II. 11. 5. Nr. 1. (s. Roth, §. 134. R. 81). Die Quellen sondern scharf Besitz- und Sachwerth. L. 15. D. de vi 43. 16. L. 1. §. 41. eod.: *Vivianus ait, in hoc int. omnia, quaecunque habiturus vel adsecutus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui, — . . . eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi dejectum non esse.* Vgl. L. 21. §. 2. quod metus c. 4. 2. L. 3. §. 11. D. U. P. (Ulpian) . . . *longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.* Für das preuß. Recht äquivalent *Dernburg*, §. 159. a. G. Besitz und Sachenwerth.

51) Nicht sowohl zum Besitzwerth der Sache, als zum Schadenersatz gehört der Werth der entzogenen Früchte vom Zeitpunkte der Dejection. *Savigny*, S. 441, und *Bruno*, Klagen §. 17., zählen ihn jedoch zu dem Besitzwerth. Vgl. übrigens L. 1. §. 40. D. de vi: *Ex die, quo dejectus est, fructuum ratio habetur.* Unrichtig zählt die Entsch. Nr. 4319 *Samml. Gl.-u.-W.* (Ber. Halle 1871. Nr. 104) den Ersatz des Werthes der Früchte (eines Obstgartens) zur Wiederherstellung des Besitzstandes. (Richtig hatte das *Prager D. R. G.* entschieden.) *And. Ansicht v. Canstein*, VI. S. 144. Dagegen bemerke man: entweder sind die *fructus* noch am Halme, dann ist die Frage gegenstandslos; oder sie sind vom Beklagten separirt worden, dann war Kläger nie im Besitze derselben (als selbstst. Sachen). Vgl. noch c. 4. C. 8. 4. u. Roth, B. d. Genossensch. S. 127 flg.

52) Vgl. L. 1. §§. 35. 40. 41. D. de vi, dazu *Savigny*, S. 444, 445. *Windscheid*, §. 160. Nr. 10. Roth, §. 134. C. 143. Der Betrag des Schadens kann nach gemeinem Recht durch *Eidesleistung* bestimmt werden. c. 9. Cod. 8. 4. (*Juram. Zenonianum*). *S. Savigny*, S. 446, R. 1. *Bangerow*, §. 171. R. 4. *Windscheid a. D.* — Nach österr. Recht sind im possessoriischen Verfahren *Parteieneide* ausgeschlossen. (§. 14. k. B. v. 27. Oktober 1849.) Bei der ordentlichen Schadenersatzklage ist natürlich der Schätzungsseid nicht ausgeschlossen.

der Kläger mit den Entschädigungsansprüchen auf den ordentlichen Rechtsweg gewiesen werden, wenn dieselben von dem Beklagten im Besitzstreite nicht anerkannt werden (§. 5. der k. Vdg. vom 27. Oktober 1849).<sup>53</sup>

Bisher wurde in Ansehung des Schadenersatzanspruches ausdrücklich vorausgesetzt, daß die Besitzstörung oder Entziehung *dolos* oder *culpos* vorgenommen wurde. Und in der That ist die Schadenersatzpflicht nur auf diesen Fall beschränkt, während die Verurtheilung in der Hauptsache, nämlich in der Besitzfrage, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Störers oder Entsetzers erfolgt. (Vgl. S. 171. 213.) Zwar könnte gegen diese Einschränkung der Ersatzpflicht der allgemeine Wortlaut der §§. 339. und 346. G. B. ins Treffen geführt werden. Indes ist denn doch zu erwägen, daß das Gesetzbuch im §. 1295. die allgemeine Regel aufstellt, daß nur der durch Verschulden zugefügte Schaden zu ersetzen ist, daß ferner der Umfang des Ersatzes stets nach dem Grade des Verschuldens zu bemessen ist (§§. 1323. 1324. 1331. G. B.), und daß eine Ausnahme von dieser Regel (§§. 1295. 1324.) beim Besitze um so weniger anzunehmen ist, als außerdem das bloß faktische Machtverhältniß gegenüber der rechtlichen Herrschaft in unbegreiflicher Weise begünstigt würde. Es wäre geradezu widersinnig, behaupten zu wollen, daß beispielsweise der gutgläubige Besitzer, der sich eigenmächtig in den Besitz der vermeintlich ihm gehörigen Sache gesetzt hat, über die Besitzklage (beziehentlich separate Ersatzklage) des Dejizirten zum Ersatz des Schadens, insbesondere des Besitzwerthes der nachher *bona fide* verzehrten oder durch Zufall zu Grunde gegangenen Sache unbedingt zu verurtheilen sei, während derselbe dem Eigenthümer gegenüber unter gleichen Verhältnissen von jeder Ersatzpflicht frei ist (§§. 329. 330. G. B.).<sup>54</sup>

Diese Auffassung wird unterstützt durch die analoge Behandlung der Schadenersatzansprüche bei der *actio negatoria* (§. 523. G. B.),

53) Auch nach preuß. Rechte findet nur eine gesonderte Ersatzklage statt. *S. Note 46.*

54) Für die separate Ersatzklage des preuß. Rechts ist diese Erwägung noch stringenter. Mit Recht beschränkt daher *Dernburg*, §. 159. diese Klage auf den Fall einer Verschuldung. Die österr. Schriftsteller unterscheiden nicht; dafür scheint die Entsch. des D. O. G. S. Nr. 3991 der *Samml. Gl.-u.-W.* von der im Texte ausgesprochenen Ansicht auszugehen.

bei welcher (in Ermangelung spezieller Vorschriften) die Ersappflicht gemäß der allgemeinen Regel (§§. 1323. 1324. 1331. G. B.) gewiß nur im Falle verschuldeten Eingriffs in die Rechtsphäre des Eigenthümers stattfindet. 55

Die Entschädigungsansprüche sind zwar zugleich mit der Besitzstörungsklage binnen 30 Tagen vom Tage der erhaltenen Wissenschaft geltend zu machen, jedoch nach §. 5. d. f. Bdg. vom 27. Oktober 1849. auf den ordentlichen Rechtsweg zu weisen, wenn sie vom Gegentheil nicht anerkannt werden. Dieselben verjähren alsdann nach der allgemeinen Regel der §§. 1489. und 1490. des G. B.

55) Dasselbe ist aus den im Text angeführten allgemein gültigen Gründen auch nach röm. R. sowohl für die Besitzklagen als für die Negatoria anzunehmen, — trotz der allgemeinen Fassung der Interdiktformel in L. 1. pr. D. U. P. (darüber Brun s, Klagen S. 56, 57), dann L. 1. §§. 35. 41. L. 15. 16. D. de vi, welche indeß theils ausdrücklich, theils stillschweigend ein Verschulden des Störers oder Deficienten voraussetzen. Bezüglich der Negatoria f. c. 5. C. de serv. 3. 34. Vgl. auch Windscheid, §. 159. R. 5a. §. 198. R. 5. (4. Aufl.), dazu auch Jhering, Geist des R. R. III. S. 31, R. 10, Schuldmoment im röm. Privatr. S. 26 flg. und Burckhard, Cautio damni inf. S. 238 flg., welsch letztere läugnen, daß Schadenersatz mit der Negatoria gefordert werden könne. (Dagegen s. Windscheid a. D.) Mit Recht bemerkt Windscheid, §. 198. R. 5: „Ersatz eines Schadens, auf dessen Ersatz ein Anspruch nach allgemeinen Grundsätzen nicht begründet ist, kann auch . . . auf Grund des bloßen Eigenthumsrechtes (wir setzen hinzu: des bloßen Besitzes) nicht begehrt werden.“ (Die c. un. C. U. P. 8. 6. erwähnt den Schadenersatz beim I. U. P. wohl nur darum nicht, weil derselbe nicht den Hauptgegenstand, sondern nur einen Nebenpunkt der Klage bildet. Vnd. Ansicht Kindel, Beitr. II. (22) S. 232 flg.). Brun s, a. D. S. 57 flg., hält dafür, daß sich die Frage, ob die Schadenersatzpflicht nur bei culpa oder auch bei unbefangener Störung eintritt, bei der Dürftigkeit der Quellen nicht sicher entscheiden lasse; die Praxis unterscheide nicht und er glaube auch nicht, daß die römische hier einen Unterschied gemacht habe, obgleich insofern über die gewöhnlichen Grundsätze von Ersatzpflicht hinausgegangen werde. Allein eine privilegierte Position des Besitzers ist in diesem Punkte um so weniger anzunehmen, als sich (wie Brun s a. D. nachweist) die Worte: neque pluris, quam quanti res est, in alten Edikten nur auf das *judicium secutorium* oder *Cascellianum* (Gaius IV. 166.) bezogen und erst in den Pandekten mit dem Besitzinterdikte selbst in Verbindung gesetzt wurden. — Savigny, S. 408 u. 443, nimmt wie die Meisten (vom Deliktsstandpunkte aus konsequent) die Ersatzpflicht als selbstverständlich hin. Darüber s. neuerl. Kindel, a. D. S. 217 flg. — Das sächs. G. B. (§§. 205. 206.), das Züricher G. B. (§§. 504. 505.) und der bayr. Entw. (art. 32. 33.) gestatten, wie der Wortlaut des österr. G. B. (§§. 339. 346.), ganz allgemein den Anspruch auf Schadenersatz; die beschränkende Auslegung dürfte bei sämtlichen Gesetzbüchern aus den oben angeführten Gründen Platz greifen.

## VI. Das Verfahren in Besitzstörungssachen.

Das Besitzstörungsverfahren,<sup>56</sup> auf welches hier nur flüchtig einzugehen ist, ist für Dalmatien mit der a. E. vom

56) Daß das röm. Interdiktverfahren keine summarische Kognition war, kann nicht bezweifelt werden; es war um nichts summarischer als der Aktionprozess (vgl. Savigny, §. 34. a. E. Meißner, S. 431 flg. v. Canstein, VI. S. 174. R. 44). Ueber die Theilung des mittelalterlichen und heutigen gemeinrechtlichen Besitzverfahrens in das Poss. ordinarium und summar. vgl. §. 7a. S. 128. Das österr. Summarissimum entspricht dem kombinierten gemeinrechtlichen ordentlichen Besitzstörungsverfahren (Interd. retin. et recup. poss.), beziehentlich dem gemeinrechtlichen Poss. ordinarium, d. i. also dem I. Uti Poss., welchem die mittelalterliche Doktrin — theils in Anlehnung an das röm. Recht (L. 3. §. 5. L. 19. pr. D. de poss. L. 3. pr. D. U. P. 43. 17.), theils unter dem Einflusse germanischer Rechtsanschauung (welche die Gewere bei unfreiwilligem Besitzverlust als fortdauernd ansah) — reparatorische Wirkung einräumte. (S. außer Savigny, §. 51. Brun s, Jahrb. f. gem. R. IV. S. 38 flg. Heusler, Gewere §. 24., bes. 305. 313. 321 flg. Windscheid, §. 162. R. 5.) Die gesetzliche Zeichnung des österr. Besitzverfahrens als „summarisches (in possessorio summarissimo)“ trifft durchaus nicht zusammen mit dem gemeinrechtlichen Begriffe des Summarverfahrens (summatim cognoscere), und zwar weder in dem Sinne, daß gemäß der ital. und deutsch. Praxis, sowie der R. G. D. v. 1555. II. 21. §. 1. 2. auf Grund bloßer Bescheinigung und unter Ausschluß nicht liquider Einreden (ex. vitiosae p.) der letzte Besitz geschützt wird, noch auch im Sinne der sog. „unbestimmt summarischen“ oder „regulär-summarischen“ Prozessart (Bayer, Summ. Proz. §§. 48. 49.), deren Eigenthümlichkeit im Grunde nur in der Beschleunigung des Verfahrens durch strenge Kürze der richterlichen Fristen und Termine beruhen soll. Nicht in dem ersteren Sinne, weil im österr. Summarissimum der Beweis (nicht bloße Bescheinigung) des Besitzes gefordert und alle in Besitzfreiheit materiellrechtlich zulässigen Einwendungen ohne Rücksicht auf deren Liquidität zugelassen werden müssen. (Anderß bekanntlich im gemeinrechtlichen Poss. summar., vgl. R. G. D. v. 1555. a. a. D., dazu Savigny, §. 51. Brun s, §§. 33. 44. 45. Wegell, Syst. §. 29. R. 18 und §. 30. R. 78. Menger, C. Pr. §. 7. R. 6. v. Canstein, VI. S. 180. R. 46; — das Resultat ist im Wesen nicht anders, wenn wir ausgehen von dem Briegleb'schen Begriff der Summarität: Einleitung in die Theorie d. summ. Proz. 1859. §§. 51 flg. 61 flg. 82 flg. 91. [nämlich des qualitativ vollkommenen Beweises des Klagegrundes unter Ausschluß aller nicht in continenti liquiden Einreden], wie am besten die eigenen Ausführungen B.'s, S. 512 darthun, da praktisch die minder vollständige [summarische] Kognition auf die Zulässigkeit bloßer Bescheinigung hinausläuft. [S. auch Wegell, §. 29. R. 2.] Aber auch in dem zweitgenannten Sinne kann unser Besitzprozess als Summarissimum nicht bezeichnet werden, weil es gemeinrechtlich eine eigenthümliche „summarische Prozessart“ der gedachten Art gar nicht gibt, da der Richter in allen Fällen die den konkreten Verhältnissen angemessene (also auch kürzere) Frist nach Ermessen bestimmen kann. (Vgl. Briegleb, a. D. §. 30 flg.) — Von einem „summarischen“ Verfahren, als welches sich die k. Verordn. v. 27. Oktober 1849 ausdrücklich bezeichnet, kann daher nur insofern die Rede sein, als das Verfahren ein besonders beschleunigtes Spezialverfahren ist,

2. März 1830. J. 2487. J. G. S.,<sup>56a</sup> für Tirol und Vorarlberg mit allerh. Entsch. v. 29. Nov. 1836. J. G. S. 174. (1837.), Pr. G. S. 24. S. 219. (dazu die f. Vdg. v. 27. Oktober 1849. J. 13.), für Krakau mit der f. Vdg. v. 23. März 1852. J. 78. und für die übrigen österr. Länder durch die f. Vdg. v. 27. Oktober 1849. J. 12. R. G. Bl. geregelt. (Ueber die Redaktionsgeschichte dieses Gesetzes vgl. v. Canstein VI. S. 194 flg.)

Kompetent ist ausschließlich dasjenige (auch das städt. delegirte) Bezirksgericht, in dessen Bezirk die Besitzstörung erfolgte und zwar selbst dann, wenn es sich um Bergbauobjekte handelt; in Ansehung beweglicher Sachen (sofern diese nicht Bergbauobjekte sind, §. 67. J. N.) konkurriert, solange die Sache nicht an einen Dritten Übergang, auch jenes (städt. del.) Bezirksgericht, in dessen Sprengel sich die

in welchem sachgemäß vom ordentlichen Verfahren gewisse Abweichungen getroffen sind, insbesondere durch stete Zuweisung an Einzelrichter, durch sog. mündliche (protokollarische) Verhandlung, kürzere Fristen und Termine (§§. 1—3. und §. 12.), durch freieres richterliches Ermessen in Ansehung der Zahl und Personen der Zeugen und Sachverständigen (§. 13.), durch Ausschließung der Parteidende (§. 14.), Kürzung der Berufungsfristen und Ausschluß aller Rechtsmittel mit Ausnahme des Recurses gegen den Endbescheid (§§. 16. 17.), durch Ausschluß des Suspensiveffectes der Berufung (§. 18.), durch rasche provisorische Sicherstellungsmittel während des Prozesses (§§. 9. 10.). — Die Bezeichnung des österr. Besitzprozesses als »Summarissimum« ist also nichts als eine gehaltlose Reminiscenz an das gemeinrechtliche Poss. summar., welches übrigens vor Erlaß der Allg. G. Ordn. v. 1. Mai 1781 auch in mehreren österr. Ländern durch landesherrliche Verordnungen eingeführt wurde, so z. B. mit Reskript v. 16. Februar 1693 und 7. Januar 1694 für Mähren, mit k. Beschl. v. 1575 (Dtt, Recept. S. 263) und Reskript v. 29. Januar 1712 für Böhmen (s. auch Reskript v. 27. Juni 1673 für Troppau). Die Reskripte bestimmten im Wesen: daß „die causae possessorii momentanei, sonderslich wo zu besorgen, daß die streitigen Parteien in weitere Gewaltthätigkeiten verfallen möchten, von den causis ordinariis separiret, summarie tractiret, commissionaliter (von der Landeshauptmannschaft) untersucht und salvo possessorio et petitorio schleunig entschieden werden sollen.“ Uebrigens verordnete schon die k. Kanzlei Kaiser Carl IV., Besitzstreitigkeiten „summarie ac de plano sine strepitu jud. zu entscheiden. (Dtt, Reception S. 148.) Ein beschleunigtes Verfahren normiren, wie v. Canstein, VI. S. 176 berichtet, auch schon die Tirol. L. D. v. 1532, die feier. L. D. v. 1533, die Extraordinarii- und Summarii-Verf. der österr. L. D. v. 1540, 1557 bez. 1535. S. noch Menger, §. 7. — Die neue deutsche C. Pr. D. kennt ein besonderes possessorisches Verfahren nicht. Ueber den österr. Entwurf einer C. Pr. D. s. Schluß des §. Irrig behauptet Menger, C. Pr. R. §. 7. Nr. 6, daß das österr. Summariss. dem gemeinrechtlichen entspreche. S. Note 56e.

<sup>56a</sup> Ursprünglich mit allerh. Entsch. vom 22. Juni 1825 für das lombard.-venetianische Königreich erlassen. Vordem schon Hofd. vom 5. Dezember 1812. J. 1017 für Galizien.

Sache befindet (§§. 55. 67. J. N.). Prorogation durch Uebereinkunft der Parteien findet nicht statt; doch wird auch hier das subjektiv unständige Gericht durch Unterlassung der Inkompetenzrede kompetent (§§. 47. 48. J. N.).<sup>56b</sup>

Auch wenn es sich um streitige, auf privatrechtlichen Titeln beruhende („erworbene“) Wasserbenützungsrechte handelt, sind, wie im petitorischen, so im possessorisches Verfahren in der Regel die Gerichte zuständig (§§. 83. 88. 89. 94. 102. cfr. §. 75. böhm. L. W. G.). Ausnahmeweise gehören nachstehende Besitzstreitigkeiten zur Kompetenz der Administrativbehörden:

- a) Gemäß der Min. Verordn. v. 7. Juli 1860. J. 172. R. G. Bl. alle Klagen wegen gestörten Betriebs von Wasserwerken durch Aenderungen des Gerinnes der hierzu nothwendigen Gewässer, insofern es sich nur um die Wiederherstellung des factischen Besitzstandes handelt. Denn durch den §. 103. (bez. art. I.) L. W. G. sind die älteren Gesetze nur soweit aufgehoben, als sie mit den L. Wassergesetzen im Widerspruche stehen.<sup>56c</sup> Sofern aber das Gericht kompetent ist, kann die Con-

<sup>56b</sup> Der §. 5. der cit. Verordn. v. 1849 steht dem nicht entgegen, da er die objektive Inkompetenz (z. B. in gewissen Wasserstreitigkeiten) vor Augen hat. Vgl. auch v. Canstein, S. 173. — Daß ein auswärtiger Staat in Besitzstreitigkeiten, die in Oesterreich verübt wurden, den österr. Gerichten ebenso gut unterstehe wie der österr. Fiskus, sollte zwar nicht bezweifelt werden; aber anders entschied der D. O. G. in dem Falle Nr. 32 Jur. Bl. 1878. Worin läge der Freibrief zu Rechtsverletzungen?

<sup>56c</sup> Ueber die äußerst streitige Kompetenzfrage in Wasserangelegenheiten vgl. Näheres bei Randa, Beitr. z. österr. Wasserrechte (2. Aufl. 1878) S. 47 flg. Für die im Texte vertretene Ansicht vgl. §. 71. des nieder-österr. L. W. Ges., dann Judikat Nr. 86, sowie d. Erf. des Reichsgerichtes v. 27. Oktober 1876. J. 235, 236 (Sammlung d. Erf. d. Reichsger. III. Nr. 121), Jud. d. D. O. G. v. 10. April 1874. J. 2258 (Osterr. Zeitschr. f. Verwalt. 1874. Nr. 27) und vom 16. Februar 1875. J. 893 (Ger. Zeit. 1878. Nr. 69); ähnlich Kifling, G. Halle 1876. Nr. 100, 101. — Abweichend der Auffass. G. Zeit. 1877. Nr. 19, demzufolge der Richter in possess. dann angerufen werden kann, wenn die Wiederherstellung nicht den politischen Vorschriften widerspricht; dagegen s. mein Wasserr., S. 50, Nr. 1. v. Canstein, Grünh. Zeitschr. VI. S. 168 flg. Letzterer tritt zwar meiner Ansicht bei, so weit es sich um petitorische Klagen handelt; allein die possessorisches Streitigkeiten weist er durch die Bank den politischen Behörden zu. Allein aus dem berufenen §. 17. (16) des L. W. G. folgt die Kompetenz der Letzteren in possess. noch nicht; auch ist unter den „Rechten“ gewiß auch der Besitz zu verstehen (§. 308. B. G. B.). — In Kompetenzkonflikten würde das Reichsgericht zu entscheiden haben. (§. 2. St. Gr. G. v. 21. Dezember 1867. J. 143 und §. 12. Ges. vom 18. April 1869. J. 44).

demnation doch nur mit dem (stillschweigenden) Vorbehalte geschehen, daß die durch die Wassergesetze für die Ausübung der privatrechtlichen W. Benützungrechte gezogenen Schranken beobachtet werden müssen. Vgl. §. 7b. N. 74.

- b) Streitigkeiten, welche über die Ausübungsart an sich unbestrittener Einforderungen bei Feststellung des Wirthschaftsplans durch die politische Behörde entstehen, hat diese zu entscheiden. §. 9. des Forstges. v. 3. Dezbr. 1852. Z. 250.<sup>56d</sup>

Das Verfahren kennzeichnet sich im Gegensatz zum ordentlichen durch die formelle Beschleunigung und die Vereinfachung der Prozeßformlichkeiten (sog. Summarität) sowie durch das Vorherrschen der Offizialmaxime; von anderen summarischen Prozeßarten unterscheidet es sich insbes. durch den Ausschluß der petitorischen Einreden und der Parteieide, sowie durch die Exquirbarkeit des nicht rechtskräftigen Enderkenntnisses. (S. dazu Canstein's VI. S. 179 flg. eingehende Charakteristik des possess. Verfahrens.) Besitzstreitigkeiten können nur in diesem Verfahren zum Austrage gebracht werden. Ist daher die 30tägige Klagefrist versäumt (s. S. 249 flg.) oder das Enderkenntnis geschöpft, so kann der bezügliche possess. Anspruch nicht etwa noch im ordentlichen Verfahren zur Geltung gebracht werden (§§. 2. 5. 15 ders. Vdg. u. die das. cit. §§. 372 flg. G. V.). So auch das Erf. Nr. 3470. Samml. Gl.-U.-W. und neuest. das diese Streitfrage ex prof. entscheidende Jud. v. 3. April 1878 Z. 11652. (G. H. 1879 Nr. 4.), welches (sachlich mit der oberger. G. übereinstimmend) erklärt: „Im sog. ordentlichen Verfahren hat der Kläger nicht lediglich — wie im summar. Besitzprozeß — den faktischen Besitz, sondern vielmehr sein Recht zum Besitze darzuthun.“<sup>56e</sup>

56d) v. Canstein, VI. S. 171 zählt hierher noch Besitzstreitigkeiten über Wald- und Weidewerkituten, die nach dem Ges. v. 5. Juli 1853. Z. 130 N. G. VI. zur Ablösung bestimmt sind. Allein dagegen spricht m. G. der Abs. 3 der Min. V. v. 3. September 1855. Z. 161. Praktisch ist die Frage kaum mehr.

56e) Nach der entgegengesetzten Ansicht hätten wir zwei poss. summarissima, da ja die provisorischen Maßregeln gemäß §§. 9. 10. der cit. Verordn. schon ein Summarissimum darstellen. Wichtig auch Monti, §. 47. und v. Canstein, VI. S. 173 flg., 191, N. 50; der entgegengesetzten Ansicht ist Menger, G. Pr. §. 7. N. 6. Vollends befähigen die von C., S. 196 flg. gegebenen Auszüge aus den Protokollen der Justizgesetz-Kommission, laut deren Protokoll (1823) bemerkt, daß die Frage über das stärkere Recht zu besitzen (jus possidendi im Gegensatz zum Besitze als bloßen Thatsache) und alle damit verknüpften Folgen

Schon auf der Klage ist von Außen „dringend wegen gestörten Besitzes“ zu bemerken. Sie bedarf nicht der Fertigung eines Advokaten. Das Verfahren ist mündlich, indes die Verhandlung zu protokollieren, da nur der Inhalt der Akten berücksichtigt werden kann; es ist äußerst schleunig und durchbricht im Interesse der raschen Entscheidung der Streitsache vielfach die Regeln des ordentlichen Verfahrens (§§. 3. 5.).<sup>57</sup> Der Richter hat sich gegenwärtig zu halten und die Parteien dahin zu leiten, daß es einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzstandes und der erfolgten Störung ankomme. Petitorische Einreden sind ausgeschlossen (§. 5.). Auch die Entschädigungsansprüche sind auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen, wenn sie nicht freiwillig anerkannt werden (§. 5.). Der Richter hat beide Theile auf möglichst kurze Zeit mit dem Beisatze vorzuladen, daß sie alle Urkunden und Zeugen, auf die sie sich berufen wollen, mitzubringen haben; auch kann der Richter, wenn schon nach Inhalt der Klage ein gerichtlicher Augenschein geboten erscheint, sogleich die erste Tagung an Ort und Stelle vornehmen und Kunstverständige dazu vorladen (§§. 6. u. 7.).<sup>58, 59</sup> —

(§§. 320. 322. 335. 372. 373. 374. G. V.) „in das poss. ordinarium zur ordentlichen Besitzklage“ gehöre. Hierbei citirt Prat. Zeiller's Komm. zu §. 372., welcher übrigens zu §. 346. dieselbe Ansicht mit den Worten „poss. ordinarium a u. petitorium“ deutlich genug ausspricht. Der a. u. Vortrag v. 30. Okt. 1823 (v. Canstein, S. 199) kehrt sich in dieser Frage nicht gegen Prat., sondern verwehrt sich nur gegen die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen p. summ. und ordinarium. Vgl. auch §. 7. N. 9.

57) Daß in der Regel eine Klage erforderlich ist, ergibt sich aus dem §. 3. der cit. Verordn. Eine Ausnahme tritt nur im Falle des Grenzenerneuerungsverfahrens ein. §. 851. G. V. Vgl. oben S. 177.

58) Nach §. 7. cit. steht die Vorladung von Sachverständigen im Ermessen des Richters. Vielsach ist ein Augenschein und die Vernehmung der Zeugen an Ort und Stelle dringend nothwendig, um Klarheit in die Sachlage zu bringen, ohne daß es nothwendig ist, Kunstverständige beizuziehen. So verfährt auch die Praxis.

59) Aehnlich wie bei den Römern die Interdikte der Prätores, hat sich — wie Bluntzli, II. S. 32 mittheilt — in Zürich für Besitzstreitigkeiten ein eigenenthümliches und durchaus summarisches Befehlsverfahren der Gerichtspräsidenten ausgebildet, ganz im Gegensatz zu dem ordentlichen Prozeßverfahren und zu den unvermeidlichen Weitläufigkeiten desselben. Weitans die meisten Anstände werden auf die mündliche Beschwerde des Besitzers hin in der Audienz des Gerichtspräsidenten einfach durch einen Befehl (Gebot oder Verbot) unverzüglich erledigt und es kann der Befehl auch bedingt erlassen werden, je nach den Umständen. Hält sich der Beklagte nicht für verpflichtet, dem Befehle zu gehorchen, oder den Gerichtspräsidenten nicht für hinreichend unterrichtet, so kann er wieder, indem er sich unmittelbar an denselben wendet, eine Aufhebung oder Veränderung des Befehls zu erwirken suchen und



In allen Fällen einer dringenden Gefahr widerrechtlicher Beschädigung (insbesondere bei Bauführungen) kann dem Beklagten sofort über das in der Klage gestellte Begehren unbedingt oder gegen Sicherstellung aufgetragen werden, sich bis zum Ausgange der Sache aller Handlungen dieser Art oder aller Veränderungen mit dem Gegenstande des Streitiges bei Vermeidung angemessener Geld- und Arreststrafen zu enthalten (§. 9.). Selbst während des Laufes der Verhandlung können einstweilige richterliche Verfügungen zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten oder zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens begehrt und erlassen werden, insbesondere wenn es streitig ist, wer von beiden Theilen sich im echten Besitze befindet. Zu diesem Ende hat der Richter (dem §. 347. b. G. B. gemäß) eine Sequestration anzuordnen oder beiden Theilen alle Besitzhandlungen zu untersagen oder den streitigen Gegenstand derjenigen Partei anzuvertrauen, welche dem Gegner Sicherheit leistet oder in anderen Rücksichten auf den Schutz des Gerichtes nach Erwägung aller Umstände größeren Anspruch hat (§. 10.). Die hier genannten, nach Maßgabe des §. 347. G. B. und der §§. 9. u. 10. der k. B. v. 27. Oktober 1849 für die Dauer des Besitzprozesses zu treffenden Anordnungen, welche vorzugsweise dem richterlichen Ermessen anheimgegeben sind, und gegen die ein absonderter Rekurs nicht statt hat (§§. 16. 18. d. Verf. Vdg.), bestehen also theils in einer interimsistischen Besitzregulirung (§. 10. cit.), theils in der Sequestration, theils in der intakten Aufrechterhaltung des letzten Zustandes des Streitobjekts.<sup>60</sup> Sie vertreten nach

nöthigenfalls gegen die Verfügung den schriftlichen Rekurs an das Obergericht nehmen, der ebenfalls ganz rasch, sei es, indem auch die Gegenpartei schriftlich vernommen wird, sei es ohne weitere Vernehmung, durch einfachen definitiven Bescheid abgethan wird. Nur schwierige und zweifelhafte Fälle werden dem gewohnten Prozessverfahren mit Parteiverhandlung vor gefessenen Gerichte zugewiesen. Dieses Befehlsverfahren soll sich vortreflich bewährt haben und ist dem deutschen sogenannten summarischen Prozess gewiß vorzuziehen. Die energische Raschheit desselben setzt aber voraus, daß der Besitzstreit auch ohne Verzug erledigt werden kann, so lange noch die Eindrücke der Besitzstörung frisch sind, und diese sowohl leicht nachzuweisen als auch ohne viel Umstände zu heben sind.

<sup>60</sup> Vgl. v. Canstein, S. 186. Der §. 347. G. B. scheint an die §§. 155 bis 160. I. 7. des l. R. anzuknüpfen; doch haben die bezüglichen rechtlichen Vorschriften nach §. 347. eine prinzipiell andere Bedeutung als nach §. 155. I. 7. des preuß. Rechts, da nach letzterem die richterliche Entscheidung den Besitzprozeß definitiv erledigt und lediglich die Rechtsfrage vorbehalten (§. 155. „Recht zum Besitze“). Da die Absicht der preuß. Kompilatoren nicht vielmehr auf ein Besitzprovisorium ging, scheint mir fraglich. Vgl. dazu Förster, §. 162. v. C.

öfter r. Rechte in zweckmäßiger Weise das un Zweckmäßige, den Besitzstreit oft endlos verschleppende *possessorium summarissimum* des gemeinen Rechts. (Dartüber vgl. §. 7. R. 9. §. 7a. R. 11. u. 7b. R. 85.<sup>61</sup>) Ueber streitige Thatumstände sind Zeugen und Kunstverständige nöthigenfalls von Amtswegen zu vernehmen;<sup>61a</sup> das Fragerecht der Parteien (§§. 20—22. 27. Proz. Nov.) findet auch hier statt. Parteieneide sind gänzlich ausgeschlossen (§§. 13. 14. d. Vdg.).<sup>61b</sup> Auf den Erkenntnißbescheid der ersten Instanz ist dem obliegenden Theile, selbst wenn derselbe noch nicht rechtskräftig ist, die Exekution sogleich zu bewilligen (§. 18. d. Vdg.). Gegen den Erkenntnißbescheid findet binnen acht Tagen lediglich der Rekurs statt (§. 17.) Gegen Verfügungen, welche im Zuge des Verfahrens getroffen wurden, kann die Beschwerde nur zugleich mit dem Rekurse gegen den Endbescheid, der binnen acht Tagen bei der ersten Instanz zu überreichen ist, ergriffen werden. (§§. 16. 17.) Daher ist

<sup>61</sup> S. auch v. Canstein, S. 184. Auch die neue bayr. Civilproz. Ordn. art. 584. beseitigt das *Possessorium summ.* (s. Roth, §. 134. R. 23). Dem sächs. und dem bairischen G. B. (§§. 502. 516.) ist dasselbe gleichfalls unbekannt, obgleich übrigens dem Richter nicht verwehrt ist, provisorische Anordnungen zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten während des Besitzprozesses zu treffen. Vgl. Schmidt, I. S. 173. Stobbe, §. 77. R. 12. Auch das preuß. Recht nimmt wesentlich denselben Standpunkt ein. Vgl. Förster, §. 162. R. 21; indeß auch Dernburg, §. 158., welcher das (echte) Besitzverfahren als *poss. summarissimum* bezeichnet und im *poss. ordin.* die petitorische Besitzklage der älteren gemeinrechtlichen Praxis finden will.

<sup>61a</sup> In Ansehung der Zahl derselben und der Beweiswürdigung hat der Richter freies Ermessen. Vgl. d. oberstg. Erf. v. 12. Dezember 1877. Z. 13503 (Ger. Ztg. 1878. Nr. 74). Dagegen bestreitet v. Canstein, S. 181 dem Richter die freie Beweiswürdigung; allein dann hätte der §. 13. keinen rechten Sinn.

<sup>61b</sup> M. C. auch im Vergleichswege. (And. Anf. aber d. Erf. Jur. Bl. 1876. Nr. 21.) — Der Ausschluß der Parteieneide ist keine bloß historische Singularität des sächs. Prozesses und etwa von dort nach Oesterreich gelangt. (So Menger, Oesterr. G. Z. 1876. Nr. 99 flg.) Vielmehr beruht der Ausschluß der Parteieneide in allen summarischen Prozessen in den böhm. Ländern auf sehr altem Herkommen, welches wohl mit der ital. Doktrin (s. Brunns, S. 264) zusammenhängt. Während des possessorischen und petitorischen Prozesses hatte nämlich die Statthalterei (Landeshauptmannschaft) auf Grund bloßer Bescheinigung den Besitzstand zu bewahren. So schon d. böhm. Landt. Besch. v. 1575, Refr. f. Schlessen v. 1673, f. Troppau v. 1674 u. 1712 (Weingarten, Cod. Nr. 277, 284, 702). Während die sächs. P. D. v. 1724 nur den Haupteid in poss. summ. ausschließt, sind nach böhm. Landrechte alle Zeugen- und Parteieneide unstatthaft. (Vgl. Dekr. v. 29. Januar 1712) und diese Ausschließung erhielt sich sogar noch im B. Verf. für Dalmatien v. 1830 und für Tirol v. 1836. Näheres G. Z. 1877. Nr. 15.

selbst die Oppositionsklage auf Erlöschung des Exekutionsrechtes aus einer gemäß §§. 8. u. 9. erlassenen provisorischen Verfügung abgeschlossen.<sup>61c</sup> Das Erkenntniß in Besitzstörungenfachen kann nach österr. Rechte — sofern der Beklagte nicht verurtheilt wird — nach der allgemeinen Regel der G. D. (Resol. v. 14. Juni 1784. N. 306. lit. c.) den Kläger nur abweisen, — es kann aber nicht den Kläger (selbst nicht über Antrag des Beklagten) in der Hauptsache verurtheilen; es ist daher das Besitzstörungsverfahren (anders als nach röm. Rechte) kein *judicium duplex*, in welchem jeder Theil zugleich als Kläger und Beklagter erscheint und sohin auch der Kläger in der Hauptsache verurtheilt werden kann.<sup>62</sup> Durch das Strafverfahren wird es nicht gehemmt (§. 19.).

61c) Vgl. Erk. d. D. G. S. v. 14. Dezember 1875. J. 13511. Ger. Zeit. 1877. Nr. 27. — Vgl. noch Nr. 5252 Samml. Gl.-u.-W.: Aufschub der Entscheidung über wechselseitige Besitzklagen bis zum Schlusse beider Verhandlungen; Unzulässigkeit eines Rekurses dagegen.

62) *Uterque actor est, et rei actoris partes sustinet.* Vgl. darüber §. 5. 7, I. 4. 6., Savigny, VI. §. 289., Arndts, §. 99., Unger, §. 131., N. 26. fg., Windscheid, §. 127., insbes. Anmerkung 2., welcher die Frage, ob außer dem Falle der Theilungsklage ein Antrag des Beklagten erfordert werde, mit Recht bejaht. Vgl. neuerlich die eingehende Schrift von Eck, doppelseit. Klagen (1870), welcher §§. 2. 7. die Duplizität der Interd. ret. poss. für das klassische und Justinianische Recht gänzlich läugnet, ferner Göppert, Krit. V. J. Schr. 14. B. S. 532. 544. fg., welcher dieselben mit Bezug auf Krüger, Krit. Versuche S. 88 fg., nur für das klassische Recht annimmt, jedoch für das justin. u. heut. Recht (m. G. ohne ausreichenden Grund) befreitet. (Daß die Compileren, indem sie das klassische Prädikat *duplex* beibehielten, an die Aenderungen des formellen Rechtes nicht gedacht haben sollten, ist schwer glaublich. Nothwendig war der Wegfall der Duplizität keinesfalls.) Die Vertheilung der Partierollen beim *judicium duplex* ist nur eine rein äußerliche. Nach der Natur der Sache sind die Theilungsklagen *judicia duplicia*, da Theilung nicht möglich ist, ohne beiden Theilen Rechte zuzuerkennen, nach Umständen Verbindlichkeiten aufzuerlegen. Vgl. §§. 841—842. 851 fg. b. G. B., dazu §. 20. I. de act. 4. 6., Unger, II. S. 612 und oben S. 180. Nach röm. R. sind auch die *Interdicta retinendae poss.* — *judicia duplicia*. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. §§. 5. 7. I. 4. 15. Hierbei ist allerdings über die heutige Bedeutung und den Umfang der Duplizität viel Streit. Vgl. über diese für das österr. Recht irrelevante Controverse außer Savigny, S. 403, besond. S. Eck, a. a. D. S. 50 fg., Schmidt, Interd. S. 112 fg., Witte, S. 60 fg., Arndts, §. 172. N. 2., Windscheid, §. 159. N. 10. — Auch das sächs. G. B. (§. 207.) anerkennt die Duplizität der Besitzklagen: „Der Beklagte kann sich gegen die Klage wegen Besitzstörung durch die Einnahme schützen, daß der Kläger im Verhältnis zu ihm fehlerhaft besitze, und Verurtheilung des Klägers in demselben Rechtsstreite verlangen.“ Vgl. Schmidt, I. S. 170. — Nach österr. wie nach preuß. Rechte hingegen sind die Besitzklagen der allgemeinen Regel nach einseitig. Nur Widerklagen sind statt-

Von jener allgemeinen Regel des Prozeßrechtes anerkennt das österreichische Recht im Besitzstörungsverfahren keine Ausnahme. Insbesondere hat sich das Erkenntniß sowohl bei zweifelhaftem Besitzstande als bei relativ unechtem Besitze des Klägers auf die Abweisung desselben zu beschränken. (Vgl. vorig. Note) Nur im offiziösen Grenzerneuerungsverfahren, in welchem nach §. 851. G. B. — falls die Grenzen unkenntlich sind oder bestritten werden — über Ansuchen einer Partei der letzte Besitzstand sicherzustellen ist, besteht insofern eine gewisse Duplizität, als beide Theile das bezügliche Begehren (ohne förmliche Klage) stellen können. Vgl. über diesen Punkt S. 177 d. B. Die einseitige Natur der Besitzklagen anerkennt — wenn auch in nicht genauer Fassung — der §. 15. der k. Wdg. v. 27. Oktober 1849.<sup>63</sup>

haft. Für das preuß. Recht ist eine gewisse Doppelseitigkeit anerkannt, wenn der letzte ruhige Besitzstand zweifelhaft ist, da in diesem Falle der Richter nach Ermessen bestimmen soll, wie es mit der streitigen Sache bis zur Entscheidung des Rechtes zum Besitze gehalten werden solle (§. 155—169. I. 7., welche Theilung und Sequestration vor Augen haben; dazu Eck, S. 86., Förster, S. 162. a. G., Roth, §. 134. S. 138). Es scheint, daß dieses Verfahren seine geschichtliche Anknüpfung im gemeinrechtlichen Summarissimum hat. S. Förster, a. D. — Weiter geht Dernburg, I. S. 320, welcher behauptet, daß auch in dem Falle, wenn der Verklagte den letzten ruhigen Besitz beweist, der Richter auf dessen Antrag dies anzuerkennen habe. Allein dies widerspricht dem Grundsatz, daß sich das Erkenntniß (in der Regel) auf die Abweisung des Klägers zu beschränken hat; auch das Präjudizialerkenntniß macht hierin keine Ausnahme. — Das österr. Recht entscheidet den Fall des zweifelhaften Besizes anders. Abgesehen nämlich von den Provisorien während der Dauer des Besitzprozesses (§. 347. G. B. und §§. 9. und 10. der cit. k. W.) ist der Richter nicht befugt, die streitige Sache bei zweifelhaftem Besitzstande im possessoriischen Verfahren durch Erkenntniß zu theilen oder zu sequestriren; vielmehr ist der Kläger, welcher seinen Besitz nicht beweisen hat, einfach abzuweisen. — Die neuen Prozeßentwürfe kennen die Duplizität der Besitzklagen nicht mehr. Vgl. Eck, a. D.

63) Der §. 15. lautet: „Die Entscheidung gilt bloß als einstweilige (?) Norm für den letzten faktischen Besitzstand oder (?) sie spricht provisorisch nach dem Gesetze für den letzten tatsächlichen Besitzstand oder (?) sie spricht provisorisch nach dem Gesetze ( §§. 340—343. A. b. G. B.) eine Unterfagung oder Sicherstellung aus.“ Zunächst ist das Erkenntniß für die Besitzstandsregulirung eine definitive und keine provisorische Entscheidung. (Vgl. §. 7. N. 9.) Sodann erscheint die „Unterfagung“ des Eingriffs (§§. 340—342.) lediglich als Corrolat der Entscheidung über den Besitzstand bei bloßer Störung desselben. Endlich ist die Einfügung der Worte „oder Sicherstellung“ und die Citirung des korrespondirenden §. 343. b. G. B., welcher von der *Cautio damni infecti* handelt, ungeschödig; denn die Klage auf Sicherstellung wegen drohenden Schadens (§. 343. G. B.) ist keine Besitzklage. Vgl. S. 149. v. Canstein, S. 189, N. 50, spricht den Wunsch nach Einfügung der Duplicität aus; gegen seine Prämissen vgl. aber N. 31 a, b, 33.

Zum Schlusse sei es gestattet, einen Blick zu werfen auf die Reform des Besitzstörungsverfahrens, welche durch den neuesten — dem Abgeordnetenhaufe vorgelegten, im Ganzen sehr schätzenswerthen — „Entwurf einer Civilprozeßordn.“ f. d. österr. Länder (§§. 621—626.) angebahnt werden soll. N. E. enthält derselbe höchst bedenkliche Bestimmungen. Ungerechtfertigt sind nämlich die darin so recht nebenbei getroffenen Aenderungen des materiellen Besitzklagenrechtes. Die Fassung des §. 621 legt die Meinung nahe, daß sich der Besitzeschutz „auf unbewegliche oder nach dem Gesetze als unbeweglich anzusehende Sachen, ferner auf Baulichkeiten, Schiffe, Flöße und Wasserrechte,“ sowie auf „dingliche Rechte an einem solchen Gegenstande“ beschränken sollte. Demnach wäre in Zukunft der Besitzeschutz ver sagt: bei Mobilien (Schiffe ausgenommen), bei Pacht- und Miethrechten und ähnlichen obligatorischen Nutzungsrechten an Immobilien, selbst an Reallasten (welche doch selbst nach §. 9. G. B. G. zu den dinglichen Rechten nicht gehören)? Warum in diesen Fällen entgegen dem anerkannten praktischen Bedürfnisse des Lebens der possessoriische Schutz verweigert würde, wäre unerfindlich.<sup>64</sup> — Ob ferner für Fälle drohender Gewaltthatigkeiten die Verweisung des §. 623. auf die „gesetzlichen Sicherstellungsmittel“ genügt, bleibt dahingestellt.<sup>65</sup> — Zweideutig und irreführend ist die in das materielle Recht einschlagende Bestimmung des §. 624. Satz 2., da auf das „Recht zum Besitz“ in possessorio niemals und unter keinen Umständen eingegangen werden darf. — Ungerechtfertigt ist der 2. Abs. des §. 624., betr. den unbedingten Ausschluß der Entschädigungsansprüche aus dem possessoriischen Verfahren, da doch gegen die Zuerkennung liquider Ansprüche kein Anstand obwaltet. — Aus legislativ-politischen Gründen erscheint endlich bedenklich die bisher ausgeschlossene Beeidigung der Parteien im Besitzprozesse, da sich die Parteien bekanntlich in keinem Streite so leicht zu übereilen, ja leidenschaftlichen Schritten hinreißen lassen, wie

64) Dagegen meint Menger, G. Z. 1876. Nr. 99—101, daß Besitzklagen, welche Mobilien betreffen, nach dem Entw. im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden können, und dasselbe soll der Fall sein, wenn der Gestörte außerdem die sechs- bez. einmonatliche Frist des §. 621. Entw. zur Einleit. des summarischen Verfahrens unbenützt verstreichen ließ. (S. 20. 1. §§. 49. 51. Entw.) Meine Gegenüberführung s. G. Z. 1877. Nr. 14. 15. Jedenfalls ist der Entwurf, wie auch die von Menger a. D. gemachten Ausstellungen zeigen, sehr reformbedürftig!

65) And. Ans. Menger, §. 7. Nr. 7.

gerade in dem der That auf frischer Spur folgenden Possessorium, namentlich, wenn es sich um Grundstücke handelt.<sup>66</sup> Hoffen wir, daß diese Mängel s. Z. beseitigt werden.

### §. 8. Grund des Besitzschutzes.

Ist der Besitz kein Recht, sondern ein tatsächlicher Zustand, — so fragt es sich, warum denn der Besitz geschützt werde?<sup>1</sup> Diese Frage ist seit Savigny Gegenstand eines lebhaften, bis jetzt noch nicht geschlossenen Streites, welcher neuerlich durch Ihering's geistvolle Ausführungen wieder frisch angefaßt wurde. In vorhinein sei die Bemerkung gestattet, daß weder die römischen Juristen, noch auch — wie wohl begreiflich — die positiven Rechte über diese legislativ-politische Frage einen direkten Aufschluß geben, daß hiermit der Combination der weiteste Spielraum gewährt ist. Nicht zu übersehen ist

66) Vgl. auch N. 61 b. und v. Canstein, S. 181 gegen Menger, Nr. 99, der den Parteieneid für unverfänglich hält.

1) Ueber diese Frage ist nun vor Allem zu vergleichen die Monographie Ihering's, Grund des Besitzschutzes (Jena, 2. Aufl. 1869.), dazu Reinb. Schmid, Krit. B. J. Schr. 13. S. 70 flg.; desgl. Brunß, Besitzkl. §§. 26. 27. Rudorff, Anhang N. 19. Meißner, Besitz und Besitzeschutz (1875) §§. 7 bis 15. 22. 28. 36—38. und Windscheid, §. 148. N. 6 (4. Aufl.). Eine Uebersicht der Ansichten bei v. Canstein, V. S. 722 flg. Bekker, Krit. B. J. Schr. 18. S. 22 flg., will in der Frage, warum der Besitz, bezieh. mit B. zu sprechen „das Besitzrecht“ geschützt werde, eine Anomalie erblicken, da sich der Rechtsschutz beim Rechte von selbst verstehe: nicht gewisse Thatfachen, welche man Besitz zu nennen pflege, seien vom Rechte geschützt, sondern das „Besitzrecht“, welches dieselben erzeugen. Damit hat aber B. eben nur die Fragestellung geändert. Denn nun tritt an ihn die Frage heran: warum erzeugt der Besitz, also gewisse Fakta, die sonst an sich kein Recht schaffen, ja mitunter einen Rechtsbruch enthalten, gerade das sog. „Besitzrecht“? Und besteht nicht das sog. „Besitzrecht“ doch nur in dem Anspruch auf gerichtlichen Schutz gegen eigenmächtige Störung und Entziehung? (Vgl. §. 3. Note 4, 5 u. 6 d. B.) Die Frage könnte vom Standpunkte des positiven Rechtes überflüssig erscheinen. Genug, daß dieses den Besitz überhaupt schützt! Abgesehen jedoch von der Wichtigkeit des legislativ-politischen Motivs für die Erklärung des Gesetzes, steht die Beantwortung jener Frage mit der Anschauung über das rechtliche Wesen des Besitzes und seiner Stellung im Rechte in einem so engen Zusammenhange, daß von derselben füglich nicht Umgang genommen werden kann. (Dies betont neuesten mit Recht Ihering, a. D. S. 3, 4.) Da endlich die rechtliche Wirkung des Besitzes in dessen Schutze gipfelt, so ist die Antwort auf jene Frage auch maßgebend für die Lösung einer anderen, nämlich der: ob die Anerkennung des Institutes des Besitzes auch noch für unsere heutigen Gesetzgebungen eine Forderung der Nothwendigkeit oder Nützlichkeit sei?

ferner, daß diese Frage für verschiedene Gesetzgebungen, ja für verschiedene Phasen desselben positiven Rechtes möglicherweise verschieden zu beantworten sein wird; daß alsdann bei der zumeist unbewußt vor sich gehenden Entwicklung des Rechtes im Volke das konsequente Festhalten eines bestimmten Grundsatzes nicht erwartet werden kann, vielmehr mannigfaltige Modifikationen und Unregelmäßigkeiten nach den jeweiligen zeitlichen und örtlichen Anschauungen und Bedürfnissen unvermeidlich erscheinen; daß endlich nicht immer bloß Eine Idee die allein maßgebende und treibende gewesen sein muß. Die folgenden Bemerkungen gelten für das österreichische und heutige gemeine Recht, sowie für die modernen deutschen Gesetzbücher; sie gelten auch in der Hauptsache für das römische Recht.<sup>1a</sup>

Nach dem Vorgange Ihering's gruppieren wir die Ansichten nach Art der Strafrechtstheorien in relative und absolute Theorien. Jene suchen den Grund, warum der Besitz geschützt wird, außerhalb desselben, diese in dem Wesen des Besitzes selbst.

Zu jener Kategorie gehört die Begründung des Besitzschutzes:

- a) mit dem Verbot der Gewalt, — mit der Deliktsgualität der Besitzstörung (Savigny, Rudorff, Brinz §. 180. 2. Aufl.<sup>1b</sup>)
- b) mit Zweckmäßigkeitsrückichten: Erhaltung der öffentlichen Ordnung und Ruhe (österreichische Kommentatoren, Meunier, Cosak),
- c) mit dem Eigenthum, sei es mit der Präsuntion desselben (ältere Ansicht) oder mit dem „anfangenden“ (möglichen) Eigenthum (Gans, Trendelenburg), sei es mit der nothwendigen Ergänzung des Eigenthumschutzes (Ihering, Hauser). Hieran schließt sich die Begründung

<sup>1a</sup>) Der Interdiktionsschutz des sog. abgeleiteten Besitzes (§. 1. R. 24) bleibt unter allen Umständen eine Anomalie; ebenso der possessoriische Schutz bei Gewährung des Praefariums. Anders bei Besitzanmaßung nach Widerruf desselben.

<sup>1b</sup>) „Die Gewalt ist ein Ding, das um seiner selbst willen zu verfolgen war; . . . wie wäre man sonst dazu gekommen, die Gewalt selbst da zu verfolgen, wo ihr das Recht zur Seite steht — als Selbsthilfe nämlich.“ Darin liegt viel — aber nicht die volle Wahrheit. Denn alsdann wäre nicht verständlich, warum nicht auch die Detention geschützt wird? So gelangt denn auch Brinz, S. 730 zu der Folgerung: „Der Besitz steht unter dem Schutz der Interdikte, weil er der Gewalt ausgesetzt ist.“ . . .

mit dem unvollkommenen Rechtsschutz des älteren röm. Rechts (Meißcheider).

Zu den absoluten Theorien zählt:

- a) die Begründung des Schutzes aus dem im Besitze verkörperten Willen (Gans, Puchta, [ehed. Bruns], Windscheid, und meine Motivirung),
- b) die Erklärung desselben aus der allgemeinen Bestimmung des Vermögens, der menschlichen Befriedigung zu dienen, aus dem ökonomischen Interesse des Besitzes (Stahl, Dernburg, §. 156. 2. A.) oder aus dem rechtlichen Interesse desselben (Büchel)<sup>1c</sup>.

Savigny (§. 6. S. 40. Zuf. zur 6. Aufl., vgl. S. 56 der 7. Aufl.) begründet den Besitzschutz folgendermaßen: Die Person soll sicher sein gegen Gewalt; geschieht ihr Gewalt, so ist dies immer ein Unrecht. . . . Wird durch die zugefügte Gewalt zugleich ein Besitz gestört oder entzogen, so ist in dem Zustande der Person etwas zu ihrem Nachtheile geändert, und soll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liegt, in seinen Folgen gänzlich getilgt werden, so kann dies nur geschehen durch die Herstellung oder Beschützung jenes faktischen Zustandes, der durch die Gewalt alterirt wurde. . . der Besitz muß also als Interesse der an der Person verübten Gewalt geschützt werden (S. 43). Ebenso in der 7. Aufl. S. 56, 58.<sup>2</sup> Vgl. auch ebenda S. 30 flg.

<sup>1c</sup>) Mitunter werden auch mehrere Erklärungsgründe kombiniert, z. B. von Gans, Windscheid (Wille und ökonomisches Interesse); von manchen wird die Erfindlichkeit des Grundes geradezu geläugnet (s. neuestens v. Bekker, Aktionen. II. S. 329); lediglich referirend: Baron, §. 112.

<sup>2</sup>) Wesentlich von demselben Gesichtspunkte wie Savigny geht Kierulff, S. 350, 351 aus: Der Besitz werde nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern nur dann, wenn zu demselben noch ein vermittelndes Faktum hinzutritt. Dies sei die Gewalt; diese erkläre das positive Recht für ein Delikt; dieses sei der juristische Grund der Interdikte. — Die Frage, warum Gewalt (eigenmächtiger Widerstreit gegen den faktischen Willen eines Anderen) Delikt sei, lehnt Kierulff ausdrücklich ab; die nähere Begründung behielt er dem Obligationenrechte vor. Die Ansicht Rudorff's, Zeitschr. f. gesch. R. W. VII. S. 90 flg., weicht nur darin von der Ansicht Savigny's ab, daß er die Selbsthilfe zur Grundlage des Besitzschutzes macht, — was schon aus dem Grunde unzureichend ist, weil die Störung und Entsetzung durchaus nicht zum Zwecke der Selbsthilfe vorgenommen zu werden braucht, des Praefariums gar nicht zu gedenken. (Vgl. dagegen Savigny, S. 63, Zuf. z. 6. Aufl., und Ihering, a. D. S. 7, 8.) Rudorff selbst macht in dem Zuf. R. 13, S. 575 nicht einmal den Versuch, seine Meinung zu behaupten, scheint

Allein ist lediglich die Gewalt der Grund des Besitzschuzes, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch die bloße Detention geschützt wird,<sup>3</sup> und warum nicht bloß bei gewaltsamer, sondern auch bei heimlicher Besitzentziehung (clandestina p.) und Vorenthaltung des Besitzes (precaria p.) Rechtsmittel gewährt werden?<sup>4</sup> Ueberdies ist jene Schlussfolgerung logisch nicht richtig. Die Aufhebung des Unrechtes der Gewalt kann nicht weiter gehen, als auf Entfernung des gegen die Person geübten rechtswidrigen Zwanges, sie erstreckt sich also nicht auf die Restitution des gewaltsam entzogenen Besitzes. Zu dem Schlusse, daß der gewaltsam erworbene Besitz restituirt werden müsse, gelangt S. nur durch die unvermerkte Einschlebung der offenbar unrichtigen Prämisse, daß durch gewaltsame Besitzentziehung etwas in dem Zustande der Person des Entsetzten verändert wird. Endlich wäre zu beweisen, daß die gewaltsame Besitzentziehung an sich rechtswidrig sei. An sich könnte

sie vielmehr aufgegeben und Brun's Ansicht adoptirt zu haben (S. 581). Sollte indeß — wie R. Schmid a. D. nachzuweisen versucht — Rudorff gesagt haben wollen, daß keine Eigenmacht im bürgerlichen Leben herrschen dürfe, dann würde dessen Ansicht der Wahrheit viel näher kommen.

3) Was Savigny, S. 59, gegen diesen Einwurf anführt: „Der Stellvertreter brauche keinen eigenen Schuz, wenn er in Uebereinstimmung mit dem Besitzer handle; — er dürfe ihn nicht haben, wenn er im Widerstreite zu ihm stehe, weil er dadurch in das obligatorische Verhältniß eingreifen würde, dem er selbst seine Detention verdankt“ — ist offenbar unhaltbar. Es ist zunächst nicht einzusehen, worin denn jener Eingriff in das obligatorische Verhältniß bestehen soll, wenn der Detentor die Klage gegen Dritte anstellt? Sodann fragt es sich, wieso denn Rechtsfragen da von Einfluß sein können, wo es sich um Schuz gegen die absolut verpönte Gewalt handelt? Daß endlich der Detentor die Interdikte nicht brauche, ist nicht immer richtig; man denke nur, daß der Besitzer selbst abwesend ist und daher nicht klagen kann. Vgl. §. 7. d. B. Note 5, Bornemann, I. S. 448. Meißfelder, S. 49, und bes. Jhering, S. 9 flg., welcher mit Recht darauf aufmerksam macht, daß — wenn die Person geschützt werde — der den Besitzer vertretende Detentor zunächst und unmittelbar gegen die Gewalt zu schützen sei. So werde es bei dem interd. quod vi aut clam gehalten; berühre das Opus gleichmäßig das Interesse des Pächters und Verpächters, so haben Beide das Interdikt (L. 12. D. quod vi 43. 24.). „Erwäge man, daß dieses Interdikt auf dem Gesichtspunkte des Delikts beruht, so wird man nicht zweifelhaft sein, wie die römischen Juristen hätten entscheiden müssen, wenn sie die possessoriischen Interdikte ebenfalls unter diesem Gesichtspunkte gefaßt hätten.“ S. noch Jhering, S. 15 u. 16.

4) Die Ausdehnung der Schlussfolgerung von der „Gewalt“ auf die heimliche und precaristische Besitzentziehung ist bei Savigny unerklärlich. Ebenjowenig nach Brinz's Auffassung; s. Note 1 b. Vorsichtig setzt schon Kierulff, S. 351, dem Begriffe der Gewalt weitere Grenzen. S. Note 2. Vgl. auch Zitelonaki, Besitz S. 44 flg.

Gewalt nur soweit als rechtswidrig erscheinen, als ein Recht verletzt wird. Denn wo kein Recht verletzt, sondern nur ein faktischer Zustand (nämlich das Besitzverhältniß) geändert worden ist, da kann von einer Tilgung des Unrechtes der Gewalt und seiner Folgen keine Rede sein.<sup>5</sup>

Immer mehr bricht sich in neuerer Zeit die Anschauung Bahn, daß die eben bekämpfte Auffassung der Besitzstörungen als Delikte (Savigny, S. 30 flg.) unhaltbar sei. Insbesondere haben Jhering a. a. D. S. 6—21, und Brun's, Besitzklagen §. 7. S. 49 flg., dazu §. 24. S. 251, 270, 272, dieselbe mit Erfolg bestritten. Während jedoch Ersterer noch an der Deliktsqualität des interd. de vi festhält, führt Letzterer mit Recht aus, daß bereits im römischen Rechte in der späteren Entwicklung das Erforderniß der Gewalt vollständig verflüchtigt und in der Spolienklage prinzipiell aufgehoben wurde.<sup>5a</sup> Für das österr. Recht ist der Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung bereits erbracht worden (vgl. §§. 7b. Note 37., 7c. S. 213). Der Besitzschuz bildet das vollkommene Gegenstück des Eigenthumschuzes; dieser und jener wird prohibitorisch (negatorisch) gegen Störung und recuperatorisch gegen Entziehung gewährt, ohne Rücksicht auf das Schuldbewußtsein des Verletzenden, auf die mala oder bonafides desselben. Das letztere Moment ist auch beim Besitzschuz lediglich für die Frage, ob und in wiefern die Schadenersatzpflicht eintritt, von maßgebender Bedeutung (s. §. 7d. S. 259 d. B.). Indem wir hiermit den Deliktsstandpunkt bekämpfen, läugnen wir natürlich nicht die objektive formelle Verletzung der subjektiven rechtlichen Sphäre, welche ebenso gut in jeder Besitzstörung

5) Vgl. Brun's, a. a. D. S. 488. Jhering, S. 8, R. 8. Die Einwendung Gans': Der Besitz, obgleich ein Factum, wirke nach Savigny durch Eigenmacht ein Recht, ist daher nicht ungegründet.

5a) Vgl. indeß auch Jhering selbst S. 108 flg., S. 124, wo derselbe konstatirt, daß später über das Erforderniß der vis hinausgegangen wurde. Doch findet Jhering, S. 126, die Entwicklung nicht sowohl in dem Absehen von der Deliktsqualität, als vielmehr in dem Uebergang von der auf die bloße vis beschränkten Form des Unrechtes zu dem Gedanken des Unrechtes schlechthin. — Allgemeiner bemerkt Brun's, S. 272 (vgl. S. 49): „auch der Besitz (wird) negatorisch und recuperatorisch gegen Störung und Entziehung geschützt und beides nicht bloß bei bewußter absichtlicher Gewalt (mala fides), sondern auch bei bona fide geschehenen Handlungen“ . . . Vgl. auch Meißfelder, §. 8., und Bekker, Krit. B. Schr. 18. S. 18—20.

wie in jeder Rechtsverletzung gelegen ist. Durch die Einreihung des Besitzschuzes in die Rechtsordnung wird nämlich jede Verletzung desselben an sich Unrecht.

Von Anderen wird der Grund des Besitzschuzes in Utilitätsgründen, oder auch in seiner Eigenschaft als Recht gesucht, zu welchem ihn die Gesetzgebung aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, nämlich um Gewaltthätigkeiten zu verhüten, erhoben habe.<sup>6</sup> Allein der Besitz ist kein Recht, weder nach römischem Rechte, noch selbst nach den neueren Kodifikationen (vgl. §. 3. d. B.). Ein Schutz aus bloßen Utilitätsgründen aber müßte offenbar auch der Detention, ja nach dem nächsten Zwecke: Thätlichkeiten zu verhindern, nur der Detention zu Statten kommen.

Und da dieser Schutz auf polizeilichen Gesichtspunkten beruhte, so könnte und müßte derselbe — gewiß mit rascherem und entscheidenderem Erfolge — durch die Polizeibehörde gewährt werden! Unerklärt bliebe endlich die reparatorische Seite des Interdiktionsschuzes.<sup>6a</sup>

Nicht stichhaltiger ist die Berufung auf eine angebliche Vermuthung des Rechtes, die der Besitzer für sich habe,<sup>7</sup> oder auf

6) So, neben älteren Civilisten, auch die meisten österr. Kommentatoren unter gleichzeitiger Berufung auf die angeblich mit dem Besitze verbundene Vermuthung des Rechtes. S. Zeiller, II. S. 96. Winivarter, II. S. 105. Minasiewicz, Tab. Bes. S. 116, und neuerlich Helm, Destr. Viertelj. 13. Bd. S. 275 flg.: „Um die Ruhe zu erhalten oder herzustellen, . . . wird der Besitz geschützt.“ — Auch die Mehrzahl der franz. Schriftsteller, bes. Troplong (vgl. die Uebersicht bei Monti, S. 26 flg.), bringt den Besitzschuz mit der Präsumtion des Eigenthums in Zusammenhang. Aehnlich Romagnosi, Wasserleit. II., übersetzt von Niebuhr, III. §. 5.

6a) Am schärfsten tritt diese mit dem Wesen und der geschichtlichen Entwicklung des Besitzschuzes ganz unvereinbare Auffassung neuerlich bei Reuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 135 flg. auf. Die Form, in welcher der Prätor den Schuz ertheilt, kann offenbar den polizeilichen Charakter nicht begründen. Die Beschränkung des Schuzes auf den Besitzer sucht Reuner vergeblich zu erklären. Vgl. dagegen Meißfelder, S. 48.

7) In diesem Sinne äußerte sich auch die Hofcommission in Justizgesetz. in einem von Schenk (Summar. Proz. S. 76) mitgetheilten Aktenstück: „Bei dem Besitzer findet der provisorische Schuz darin seinen Grund, daß für den faktischen Besitzer zunächst die Vermuthung der Rechtmäßigkeit spricht.“ . . . So nebst älteren Civilisten und den österr. Kommentatoren (N. 6) noch Savigny, bis zur 5. Ausgabe, und noch Unger, im Entw. S. 105. Dagegen Savigny selbst S. 42 der 6. Ausg. und S. 56 der 7. Ausg., auch Brunß, S. 488. Ihering, S. 25, 26. Bekker, Aktionen II. S. 330 flg.

die „Möglichkeit des Rechtes“, die im Besitze zu schützen sei.<sup>8</sup> Denn eine Präsumtion für das Recht, wie solche mit dem Besitze verbunden sein soll, besteht nicht, weder nach römischem Rechte (vgl. Savigny, S. 57 der 7. Ausg.), noch nach österreichischem und preussischem, so sehr auch der Wortlaut des §. 323. G. B. und §. 179. I. 7. dafür zu sprechen scheinen (vgl. §. 6. d. B.). Daß aber auf „die Möglichkeit des Rechtes“ Nichts ankomme, ergibt sich daraus, daß der Besitz unbestrittener Maßen auch dann geschützt wird, wenn die Nichteristenz jedweden Rechtes auf Seite des Besitzers nachgewiesen oder geradezu eingestanden wird.

Nicht besser steht es mit einem anderen Grunde, nämlich dem: daß der Besitz darum zu schützen sei, weil das Faktische dem bloß faktisch Gewollten nicht zu weichen brauche. Wohl kaum mehr sagt Paulus in L. 2. D. Uti poss.: *possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet quam ille, qui non possidet*; eine Stelle, in welcher Brunß, Besitztgl., die Lösung unserer Frage erblicken will. (Vgl. Note 11<sup>a</sup>.) Dieser Grund enthält bloß eine Anwendung des Prinzips der Nothwehr, welches wohl dann ausreicht, wenn es sich um bloße Vertheidigung gegen rechtswidrige Angriffe handelt, welches uns aber verläßt, wo es sich um die Restitution des verlorenen Besitzes handelt.

8) So noch Puchta, P. §. 122. u. Vorl. S. 243: „Die Persönlichkeit fordert, daß der Besitz geschützt wird, bis ein Recht an der Sache nachgewiesen wird.“ Sind doch petitorische Einreden im Besitzprozesse unbedingt ausgeschlossen. (Vgl. §. 5. der f. B. v. 27. Oktober 1849.) — Aehnlich Bornemann, I. S. 450: „Jedermann könne begehren, daß sein Besitz weder durch unförmliche Eingriffe oder außerhalb des Rechtsweges, noch auch durch Jemanden entzogen, vorenthalten oder gestört werde, der nicht die stärkere Sanktion des Rechts oder ein besseres Recht zum Besitze hat.“ Hiernach wäre ja Selbsthilfe vollständig gerechtfertigt! — Eine andere Variation des Puchta'schen Grundes: „der Besitz wird geschützt als subjektive Möglichkeit des Rechtes“ (a. D. S. 244) unterscheidet sich wenig von einem von Gans, Civilt. S. 211 u. 214, angeführten Grunde: im Besitze werde durch die Interdikte das „anfängende Eigenthum“ geschützt, indem die Möglichkeit der Usufapion gegeben sei. — Dagegen bemerkt schon Savigny, a. D. S. 61, daß diese Erklärung nur dann befriedigend wäre, wenn nur der Usufapionsbesitz geschützt würde. Dagegen auch Ihering, S. 27. — Gans und Puchta führen jedoch noch einen anderen Grund des Interdiktionsschuzes an, jener: „daß der Wille schon an sich ein Substantielles, zu Schützendes sei“; dieser: „weil im Besitze die Persönlichkeit thätig geworden sei“. Beide Gründe beruhen auf einem richtigen Gedanken, geben demselben aber eine ungenaue und viel zu weite Fassung. Vgl. Note 10.

9) Vgl. Brunß selbst S. 488. Auf eine Erklärung verzichtet Thibaut,

Unter dem Gesichtspunkte des Eigenthumschuzes faßt den Interdiktschuz neuestens auf Ihering, a. D. S. 45 flg.: „Der Schuz des Besitzes als Thatsächlichkeit des Eigenthums ist eine nothwendige Bervollständigung und Ergänzung des Eigenthumschuzes, eine dem Eigenthümer zuge dachte Beweis erleichterung, die aber nothwendiger Weise auch dem Nichteigenthümer zu Gute kommt.“ Der Besitzschuz, deduzirt Ihering, ist nach dem römischen Eigenthumssystem zur Erhaltung des Eigenthums unentbehrlich. Um des Eigenthums willen sei der Besitzschuz eingeführt; der Besitz selbst sei nur eine Eigenthumsposition, ein Vorwerk des Eigenthums. Aber dem Eigenthümer könne er nicht zugewendet werden, ohne zugleich den Nichteigenthümer daran partizipiren zu lassen. Der Eigenthumsbeweis ermäßige sich hier nämlich zu dem Nachweise der bloßen Thatsächlichkeit des Eigenthums. Denselben Dienst, den der Besitz dem bestzenden Eigenthümer erweist, erzeige er auch dem bestzenden Nichteigenthümer und zwar selbst gegen den nichtbestzenden Eigenthümer. Dieses Verhältniß erscheine zwar als eine üble Zugabe, die man aber mit in den Kauf nehmen müsse: es sei eine leidige, aber unvermeidliche Konsequenz desselben. Die Erleichterung des Beweises sei also für den Eigenthümer berechnet, komme auch regelmäßig ihm zu Gute; dieser Erfolg würde aber vereitelt durch das Hereinziehen der Frage, ob Kläger Eigenthümer ist. (Vgl. die Zusammenstellung des Resultates S. 63. bis 65. ebenda.) Der Ansicht Ihering's trat bei Hauser, Stellvertretung im Besitz S. 7, 13 flg. (u. Zeitschr. f. Reichs- u. Landr. I. S. 38. flg.), sowie dessen Recensent: Keuling, Goldschmidt's Zeitschr. 17. B. S. 320, dann Forlani, Sul fundamento della protezione dell poss. (Uebersetzung der Schrift Ihering's) p.

Beitz §. 2., der den Besitzschuz einfach für eine legislative Nothwendigkeit erklärt. Vgl. indeß dessen System §. 204. (8. Aufl.), wo er den oben verworfenen Grund anführt. „Es sei, sagt Th., ein nach der Vernunft nothwendiger Grundsatz, daß Niemand einen anderen rechtlich überwinden kann, welcher nicht überwiegende Gründe seines Vorrechts hat; daher werde derjenige, welcher sich faktisch in der Ausübung eines Rechtes befinde, provisorisch in diesem Zustande belassen.“ Diese Begründung kommt — wenn auch in der Fassung einseitig — der im Text vertretenen Ansicht nahe und namentlich ist — wie Ihering, S. 21, richtig betont — ein Moment: das der Rechtsausübung, für die Besitztheorie fruchtbar zu verwerthen. Der Einwand F.'s, daß darnach auch der obligatorisch berechnigte Detentor geschützt werden müsse, ist für das moderne Recht nicht mehr zutreffend.

VII. flg.; in modifizirter Form sich annähernd an den Gedanken von Gans: Trendelenburg (B. ist anfangendes, potentielles Eigenthum), auch Scheu erl, Jenaer Lit. Z. 1876 Nr. 263: „Schuz des die Möglichkeit das Eigenthum in sich tragenden Besitzes“ und Scotti, La protezione del poss. (1877): juristische Möglichkeit des E.

Diese Auffassung ist m. E. prinzipiell unhaltbar, wenn es auch richtig ist, daß der Besitzschuz faktisch als eine sehr wichtige und trotz Buchsystem auch heute noch unentbehrliche Ergänzung und Erleichterung des Eigenthumschuzes, namentlich an Immobilien erscheint.<sup>9a</sup> Denn wäre der Besitz nur eine dem Eigenthümer zuge dachte Beweis erleichterung, dann dürfte er nimmer gegen den Eigenthümer ertheilt werden, mindestens dann nicht, wenn das Eigenthum des Beklagten liquide gestellt oder vom Kläger zugestanden wird. Nun drückt aber, wie Ihering, S. 53 richtig hervorhebt, gerade die prinzipielle Ausschließung der Eigenthumsfrage dem Besitze seinen eigenthümlichen Charakter auf. Gelangt einmal ein positives Recht zu jener Stufe der Entwicklung, wo der Besitz wegen seines hohen ökonomischen und rechtlichen Interesses an sich und selbstständig (ohne Rücksicht auf das Recht) geschützt wird, so erscheint der Umstand, daß der Bestzter auch gegen den Eigenthümer Schuz genießt, nicht nur nicht als „üble, leidige Zugabe“, sondern vielmehr als

<sup>9a</sup>) Daß übrigens der Umstand, ob in der That die Mehrzahl der Besitzklagen (wie auch ich dafür halte) von dem Eigenthümer angestellt wird, — das sog. „statistische Moment“ — nicht entscheidend sein kann, liegt auf der Hand. Vgl. Brun s, Klagen S. 277, 278, welcher richtig bemerkt, daß die Gesetzgebung den Rechtsschuz von solchen ganz unberechenbaren Zufällen nicht abhängig machen kann. Zu viel Gewicht legt jenem Momente bei Ihering, S. 62. — Anderer Ansicht über die Nothwendigkeit des possessoriischen Schuzes ist Meißneider, §. 38.; vgl. gegen diesen Note 14. Nur so viel sei hier sofort bemerkt, daß es schwer erklärlich ist, daß in Preußen possessoriische Prozesse so außerordentlich selten vorkommen, wie Meißneider, S. 192, behauptet. (Während dessen zehnjähriger Praxis, sagt Meißneider, seien ihm nur zwei Sachbesitzstreite vorgekommen.) Das gerade Gegentheil lehrt die Erfahrung in Oesterreich — trotz Grundbuchsystem. Ja in den letzten Dezennien nimmt die Zahl der possessoriischen Klagen in Ansehung der Immobilien außerordentlich zu, wie schon ein flüchtiger Einblick in die Sammlungen der Entscheidungen des O. G. G. von Gl.-u.-W. beweist. Dieser Zuwachs dürfte in der zunehmenden Erkenntniß der Vortheile des possessoriischen Verfahrens, dem steigenden Werthe des Grund und Bodens und der Freiheitlichkeit zu suchen sein. — Bezüglich Zürich's macht Schne ider, Zeitschrift für Schweiz. R. II. S. 597 die Bemerkung, daß daselbst in Folge der Zulassung liquider petitorischer Einreden wenig reine Besitzprozesse vorkommen.

eine selbstverständliche Folge und als werthvolle Errungenschaft. Wenn Ihering, S. 55, behauptet, daß der Schuz (auch des Nichteigenthümers gegen den Eigenthümer eine „unvermeidliche Konsequenz“, eine „nicht beabsichtigte, aber nicht abzuwehrende Wirkung der Institution“ sei, so ist dies wohl nicht richtig; denn konsequent hätte das positive Recht den Einwand des liquiden Eigenthums zulassen müssen und praktisch mindestens eben so leicht zulassen können, wie die Einrede der vitiosa possessio ab adversario. Anlaß dazu würde um so mehr vorgelegen haben, als der Schuz des Besitzers gegen ihn allein gewissermaßen als eine „Verkürzung seiner Befugnisse“ sich darstellt. Das Gegentheil anzunehmen, hieße den rechtbildenden Faktoren Impotenz zuzumuthen und dieser Vorwurf darf gegen das röm. Recht — zumal bei der bewußten Fortbildung des Besitzrechtes durch die Präctoren — gewiß nicht erhoben werden. Gegen die Ansicht Ihering's vgl. auch Schmid, a. D. S. 72 flg., Windscheid, §. 148. S. 441, 4. Aufl., Arndts, §. 135. Anm. 2., Dernburg, §. 156., Bekker, Aktionen II. S. 330 flg., und Krit. Viert. J. Sch. 18. B. S. 21 flg., Meißneider, S. 47, 188, Wendt, Jen. L. Z. 1877 Nr. 9., Cosack, S. 3, N. 2., Brinz, §. 180. (2. Aufl.), ausführlich Bruns, welcher die letzten §§. (26. 27.) seiner „Besitzklagen“ vorzugsweise der Abwehr der Ansicht Ihering's gewidmet hat. An Bruns schließt sich an Pernice, Zeitschr. f. Hand. R. 20. S. 634.) — In der That beruht, wie Bruns, S. 275, richtig bemerkt, die Ihering'sche Theorie doch nur auf der von ihm selbst verworfenen Präsumtion vom Besitz zum Eigenthum, wie denn auch Ihering selbst (S. 62) die Ansicht, welche den Besitz (soweit er für die Besitzklagen relevant ist) als präsumtives Eigenthum bezeichnet, für vollkommen zutreffend erklärt.<sup>9b</sup> Zwar wird

<sup>9b</sup>) Ihering, S. 55, beruft sich auch auf die Analogie der Inhaberpapiere; der Beweis der Gläubigerschaft werde erbracht durch die bloße Vorweisung der Urkunde, — eben dadurch aber auch der Dieb und Räuber geschützt. Dagegen ist aber zu bemerken, daß das Inhaberpapier nicht etwa (wie das Legitimationspapier) die Forderung des Gläubigers bloß beweist, sondern daß vielmehr die Forderung selbst an das Eigenthum des Papiers (art. 307. S. G. B.) oder, wie Andere wollen, an den (redlichen) Besitz geknüpft ist, daß das Recht mit dem Papiere entsteht, steht und fällt, und daß schon der Beweis des fehlenden Eigenthums, beziehentlich des Dolus nachgelassen wird. Diesen Beweis lassen auch Zene zu, welche (wie Thöl, §§. 54. 56 a.) von der Vermuthung der Gläubigerschaft ausgehen. Ueber diese vielbestrittene Frage s. Savigny, Oblig. R. II. S. 136 flg. Goldschmidt,

häufig im Besitz auch mittelbar das Eigenthum geschützt, in welchem ja das Recht zum Besitz begriffen ist; allein trotzdem „dürfte es sich als eine Verwechslung des post hoc mit dem propter hoc herausstellen, wenn der Eigenthumschutz als der Grund des Besitzschuzes bezeichnet wird“ (Brinz, a. a. D.). Dazu kommt, daß die Beweiserleichterung — wie Windscheid, §. 148. N. 6. andeutet — nicht dem Besitzer als solchem, sondern nur demjenigen zu Theil wird, dessen Besitz wider seinen Willen verletzt wurde, während die folgerichtige Durchführung der Ihering'schen Idee es postulirt haben würde, den Besitz gegen Verluste jeder Art zu schützen. Nicht zu übersehen ist endlich, daß für Ihering's Ansicht keine Quellenstelle spricht, während zahlreiche Stellen (wie die von Ihering selbst S. 46 angeführte L. 12. §. 1. D. de poss. 41. 2., L. 1. §. 2. U. P. 43. 17., L. 4. §. 26. D. de usurp. 41. 3.) den selbstständigen, vom Eigenthum völlig unabhängigen Werth und Schuz des Besitzes betonen. — Gegen den Vorwurf Ihering's, S. 62, als wollten die übrigen Theorien Diebe und Räuber schützen, ist schon von Bruns, S. 281, mit Recht hervorgehoben worden: Niemand denke daran, den Besitz darum zu schützen, damit auch Diebe und Räuber einen Schuz hätten; Jeder erkenne nur die Konsequenz an, daß, wenn der Besitz als solcher geschützt werde (was auch immer der Grund sein mag), er auch im Diebe oder Räuber geschützt werden muß. Uebrigens ist dieser Vorwurf Ihering's gerade gegenüber dem praktisch allerwichtigsten Falle: dem Immobilienbesitzschuz — völlig gegenstandslos, — der exceptio vit. poss. ab adversario nicht zu gedenken.<sup>9c</sup>

Zeitschr. f. H. R. IX. B. S. 62. Unger, Inhaberpap. §§. 8. 18. 21., meine Schrift: Fragen über das Genossenschaftsgesetz S. 14. Siegel, das Versprechen §. 12. — aber auch Kunze, Inhaberpapiere §§. 94. 137. Gerber, §. 161. — Eine andere Art der Widerlegung versucht Bruns, S. 278.

<sup>9c</sup>) Daß es außer den Dieben und Räubern eine ganze Reihe von Nichteigenthümern gibt, denen der Besitzschuz eben so gut wie dem Eigenthümer zugedacht ist, bedarf kaum der Erwähnung. — Für das franz. und ital. Recht könnte die Theorie Ihering's eher Anspruch auf Geltung machen, wenn nicht auch hier der Ausschluß petitorischer Einreden unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten würde. So bekämpft denn dieselbe auch neuestens Prof. Padelletti in der Anzeige der Bruns'schen Besitzklagen, im Archivio giurid. Serafini's, XV. S. 1 flg., 37, 40, während Prof. Buonamici, in seiner Anzeige des Ihering'schen Buchs (ebend. IX. S. 400 flg., 408) mit der herrschenden italien. Doktrin in der Eigenthums-



Auf einer Generalisirung der Theorie Fhering's beruht die Ansicht des neuesten Schriftstellers über den Grund des Besitzschutzes. Meißcheider, Besitz und Besitzschutz S. 51—71, 180 flg., sucht nachzuweisen, daß der Besitzschutz mindestens in seiner späteren Entwicklung eine Form des Schutzes des Rechts ist, welches sich im Besitze realisiert. Im röm. Rechte sei der Schutz des Rechtes an den Erwerb, im deutschen Rechte an die Erscheinung (nur?) des Rechtes geknüpft; in diesem Gegensatz sucht der Verfasser einen Grund dafür, daß der Besitzschutz im römischen Rechte nicht zur „gedankenmäßigen Vollendung“ kam. Damit bringt der Verfasser in Verbindung, daß die mittelalterliche Rechtsentwicklung eine strenge Scheidung des Possessoriums und Petitoriums nicht kennt und daß das *possessorium ordinarium* sich zu einem mehr petitorischen als possessorischen Rechtsmittel entfaltete. Den historischen Entstehungsgrund sucht M. in den Lücken, welche durch die römische Gestaltung des Eigenthumschutzes entstanden waren. Das *jus civile* habe das Eigenthum nur in gewissen Formen geschützt. *Precarium* und *possessio am ager publ.* seien als Rechte gar nicht anerkannt gewesen, das *pignus* in älterer Zeit ebenfalls nicht. Die Ausfüllung dieser Lücken, welche der Schutz der rechtlichen Interessen (Machtverhältnisse) im älteren Civilrechte aufweise, sei Zweck der possessorischen Interdikte gewesen. Das spätere Recht habe allerdings diese Lücken durch Gewährung ausreichender petitorischer Rechtsmittel zumest ausgefüllt; allein der Besitzschutz sei trotzdem stehen geblieben. — Ganz abgesehen davon, daß es nicht begreiflich wäre, wie sich der Interdiktenschutz hätte erhalten und fortbilden können, nachdem die Gründe, welche denselben hervorgerufen hatten, durchwegs fortgefallen waren, beruht die Supposition M.'s auf der Ignorirung der Unabhängigkeit des Besitzschutzes vom Rechtsschutz;<sup>9d</sup> sie stempelt das possessorische Klagenystem zum zu-

präsumtion den Grund des Besitzschutzes findet. — Meine Auffassung billigen die Anzeigen von Schneider, Zeitschr. f. Schweiz. R. II. S. 598, Prof. van Wetter, Nouv. Revue histor. de droit frang. et étrang. 1877. S. 282, Esmin in ders. Zeitschr. 1877. S. 498, während v. Canstein, V. S. 532, N. 1, eine vermittelnde Stellung einzunehmen sucht.

<sup>9d</sup> Ueber die historische Begründung Meißcheider's s. meine Anzeige: Krit. V. J. Schr. 18. S. 321 flg., ferner die Anzeigen in der Jenaer Lit. Z. 1876. Nr. 20 (Schauerl) u. in Goldschmidt's Zeitschr. 22. S. 415 flg. (Pernice). Die Gegenansführungen M.'s, Krit. V. J. Schr. 19. S. 213 flg. haben mich nicht

fülligen, dürftigen Nothnagel des petitorischen Schutzes und verflößt hierdurch sowie durch die zum Prinzip erhobene Vermischung des petitorischen und possessorischen Schutzes gegen das charakteristische Wesen und die geschichtliche Entwicklung des römischen Besitzes.<sup>9e</sup>

Den Uebergang von den relativen Theorien zu den absoluten bildet die Theorie Stahl's, Philosophie d. Rechts II. 1. S. 395. (3. Aufl.): Der Besitz diene wie das Eigenthum der Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse; diese Bestimmung verlange die Konservirung

überzeugt. Die Hypothese, daß die Interdikte schon vor der L. Aebut., also in der Zeit der Regisakt-Processen (welche der geschichtlichen Phantastie den weitesten Spielraum gewährt) entstanden sind, ist eine höchst schwankende. S. selbst Prinz, Jur. Kontravindikation zc. (1877) S. 131: „Daß die Interdikte überhaupt, weil honorarische Aktionen jünger seien als die *leg. act.*, wagen wir nicht zu behaupten. . . Die *I. retin. p.* dagegen sind von so künstlicher, man darf sagen raffinirter Anlage. . . daß wir sie schon um deswillen in dem ursprünglichen I.-System nicht begriffen denken.“ — Daß sich M.'s und Fhering's Ansichten über den Grund des Besitzschutzes „berühren“, gibt M. selbst zu; meines G. fallen sie in der Grundidee zusammen. Daß die I.'sche Ansicht „am röm. Recht gemessen die Probe nicht aushalte und sich erst bei den Glossatoren und Kommentatoren ausgeprägt findet,“ fällt um so weniger in's Gewicht, als M. selbst bemerkt, daß der Keim der nachröm. Entwicklung schon im röm. Recht liege. Daß durch die Annahme des Sages: *en fait de meubles la possession vaut titre* der Besitz Nichts von seiner Selbstständigkeit einbüße, sich vielmehr an die Stelle des Eigenthums einschlebe, hat schon Pernice, S. 430 richtig bemerkt; daß die Klage hierbei ihren possessorischen Charakter abstreift, hat Nichts zur Sache.

<sup>9e</sup> Nur so viel sei noch bemerkt, daß auf die Frage, warum der Prätor zum Schutze rechtlicher Interessen in einzelnen Fällen gerade Interdikte und nicht Aktionen gegeben habe, schon Schmidt, Interd. Verf. S. 304 flg., und Witte, S. 26 flg. die richtige, wenn auch wenig befriedigende Antwort gegeben haben: Ein allgemeines Prinzip, unter welches sich die Interdikte unterordnen lassen, läßt sich nicht auffinden. Einen Beweis für den Mangel jedes dogmatischen Gedankens, weshalb im einzelnen Falle gerade nur durch ein Interdikt, nicht aber durch eine *actio* habe geholfen werden können, liefert die Thatsache, daß das Interdiktenverfahren verschwinden konnte, ohne eine Lücke zurückzulassen. Die Form des Interdiktenchutzes kann also zur Erklärung des Wesens des Besitzes nicht dienen. — Für das heutige Recht gelangt M., S. 196 zu folgenden Resultaten:

1. Ein Besitzschutz ohne Beziehung auf das Recht ist ein juristisch nicht (?) konstruirbares Ding, dessen Dasein nur durch die mangelhafte Ausbildung d. röm. Rechtes erklärt werden kann (?). Dagegen s. das Folgende.
2. Sachbesitzschutz hat bei Immobilien keine Existenzberechtigung, sofern Mittel gewährt sind, um das Eigenthum sofort liquide zu machen.
3. Bei Mobilien wird Besitzschutz bei Verlust wider Willen oder Störung für begründet erkannt. Dem Rechtsbesitz will M. den Schutz versagen.
4. Unter den Voraussetzungen, unter welchen provisorische richterliche Verfügungen überhaupt zu erlassen sind, kann auch Besitzschutz vor Entscheidung des Rechtsstreites angeordnet werden. Ueber die Punkte 2—4 vgl. die Note 14.

des faktischen Zustandes gegen Aufhebung. Der Besitztshut bezweckt sohin provisorische oder subsidiäre Regulirung desselben Lebensverhältnisses, dessen definitive Regulirung das Eigenthum ist. Stahl legt hiermit das Hauptgewicht auf den wirtschaftlichen Werth des Besitzes. — Allein mit Recht bemerkt dagegen Thering, S. 43, daß das ökonomische Interesse an sich für die Gewährung des Besitztshutes nicht entscheidend sein kann; daß ferner — wenn dieses Moment maßgebend wäre — auch die Detention geschützt werden müßte, — und daß endlich nach der Natur des Provisoriums der Besitz keinesfalls gegen das Eigenthum geschützt werden kann, wie denn in der That Stahl selbst in der von einer forumpirten Praxis zugelassenen Einrede des liquiden Eigenthums keine Vervollkommnung des positiven Rechts erblickt.

Wir sahen, daß die Versuche, die Erklärung des Besitztshutes in Momenten zu finden, die außerhalb des Besitzes liegen, nicht zum Ziele führen. Es bleibt nur übrig, den Grund desselben im Besitz selbst und zwar — da die Detention an sich nicht geschützt wird — in dem Willen des Besitzers zu suchen.

Der Wille des Rechtssubjektes, wenn er vom objektiven Rechte anerkannt, also mit dem allgemeinen Willen im Einklange steht, ist das Recht im subjektiven Sinne. Dieser Wille ist der Ausgangspunkt alles Rechtes; sein Schutz, seine Durchführung in Harmonie mit dem allgemeinen Willen, in Unterordnung unter das höhere ethische Gebot ist der Zweck des ganzen Rechtsorganismus. Als berechtigter Wille (als konkretes Recht) genießt er den allgemeinen Klagenschutz zur Abwehr jeder Verletzung und Aufhebung geschehenen Unrechtes. Allein aus jener Aufgabe des Rechtssystems, die Bethätigung und Verwirklichung des individuellen Willens thunlichst zu gewährleisten, folgt auch: daß der in der faktischen Ausübung eines Rechtes sich bethätigende Wille auch dann, wenn er nicht als berechtigter, sondern bloß als thatsächlicher auftritt, gerichtlich geschützt werden solle, und zwar gegen jeden ihm angethanen wie immer gearteten Zwang, der nicht in Form Rechtes erfolgt; daher, soweit er sich in der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache, oder in der thatsächlichen Ausübung eines Rechtes, d. i. im Sach- oder Rechtsbesitze verkörpert, gegen jedwede Störung und Entziehung desselben.

Besitztshut erscheint daher als ein Ausfluß der Rechtsforderung, daß jedwede eigenmächtige, d. i. nicht in Form Rechtes (mittelfst berufener Organe) vor sich gehende Verletzung des bethätigten fremden Willens untersagt ist und Uebertretung dieses Verbotes civilrechtlich verantwortlich macht.<sup>9)</sup> Schutz der individuellen Freiheit gegen Eigenmacht ist also ein Postulat der Rechtsidee an das positive Recht.<sup>10)</sup> Dieser Schutz in spezieller Beziehung auf den

9) Besitztshut beruht also wesentlich auf demselben Prinzipie, auf welchem der Schutz der freien Bewegung und Bethätigung der Persönlichkeit überhaupt, insbesondere der Schutz gegen Injurie. Vgl. Windscheid, §. 148. Note 6: Der Wille des Einen gilt gerade so viel, als der jedes Andern; „Will ein anderer Einzelwille sich ihm gegenüber durchsetzen, so mag derselbe die Entscheidung der vom Staate geordneten Organe der Rechtsordnung anrufen.“

10) Im Prinzipie ist dies schon die Auffassung Kant's, Rechtsl. S. 63 flg.: „Der Grundsatz in Ansehung des empirischen Besitzes ist analytisch; denn er sagt nicht mehr, als was nach dem Satze des Widerspruches aus dem letzteren folgt, daß nämlich, wenn ich Inhaber einer Sache bin, derjenige, der sie wider meine Einwilligung affiziert, das innere Mein (meine Freiheit) affizire und schmälere.“ so wesentlich auch Gans, Civilr. S. 202, und Besitz S. 53: Der Wille sei an sich etwas Substantielles, zu Schützendes, und dieser besondere Wille habe nur dem höheren allgemeinen zu weichen, — doch trübt er selbst diese Auffassung durch die weitere Behauptung, daß der B. „als anfangendes Eigenthum“ geschützt werde; Puchta, §. 122. Unger, Entw. S. 105; besonders Bruns, Besitz i. M. S. 487—501. Böcking, §. 124. Windscheid, B. §. 148. (f. vor. Note). Schmid, a. D. S. 77 flg. Unbegründet ist der Einwurf Zielonack's, Besitz S. 50, daß die Konsequenz dieser Ansicht dahin führe, den Besitz als Recht aufzufassen. — Wenn Lenz, Besitz S. 86, gegen die Begründung Bruns' a. D.: daß der Besitz darum geschützt werde, weil er das faktische Dasein des Willens sei, bemerkt: „der Wille sei nie etwas Faktisches, sondern das allein und überall Rechtliche,“ so betritt er damit einen Boden, auf dem wir ihm nicht folgen können, ohne die ganze bisherige Rechtsanschauung über den Haufen zu werfen. Bei Puchta erscheint der Besitztshut speziell als Ausfluß des Rechtes auf die eigene Persönlichkeit (vgl. dagegen Savigny, Syst. I. S. 337. Unger, I. S. 506, N. 5). Dies thut jedoch der grundsätzlich richtigen Auffassung P's keinen Eintrag. Doch bleibt B. dem von ihm angenommenen Prinzipie nicht treu; er führt vielmehr überflüssiger Weise noch einen hievon ganz verschiedenen, gewiß unrichtigen Grundsatz ins Feld. Vgl. Note 8. — Die österr. Kommentatoren (vgl. Rippel, III. S. 117. Winwarter, II. S. 72. Stubenrauch, I. S. 678) berufen sich zwar gleichfalls bei Gelegenheit der §§. 339. u. 344. auf das im §. 19. des G. B. enthaltene Verbot der Eigenmacht, gelangen aber aus dem Grunde zu keiner genügenden Begründung des Besitztshutes, weil sie bloß das körperliche Moment des Besitzes vor Augen haben. Auch Monti, S. 28 flg. sucht das Fundament des Besitztshutes im §. 19. G. B., während er anderweitige Besitzvortheile (der b. f. und just. poss.) mit der Präsuntion des Rechtes begründet. — Von den preuß. Schriftstellern schließt sich Förster, §. 157., im Wesen der hier verteidigten Auffassung an. (Die spezielle Motivirung desselben S. 15: es müsse angenommen werden, daß der spezielle Wille

Besitz fordert jedoch nicht nur Verbot und Hintanhaltung jeder Störung der faktischen Herrschaft über eine Sache oder der thatsächlichen Uebung eines Rechtes, sondern auch Rückstellung des eigenmächtig Entzogenen; denn nur dann erscheint die gegen den Willen geübte Eigenmacht wieder aufgehoben und gesühnt, und ihre Folgen getilgt. Eigenmacht begreift hiermit jede einseitige Verletzung jenes thatsächlichen Zustandes gegen den Willen des Anderen. Eigenmacht liegt also nicht bloß in der gewalthätigen oder hinterlistigen, sondern in jeder gegen den Willen des Besitzers erfolgten Verletzung, Beeinträchtigung oder Entziehung des Besitzes.<sup>10a</sup> — Nicht ausgeschlossen ist, daß auch Utilitätsgründe mitgewirkt haben mochten, dem Besitz selbstständigen Schutz zu verschaffen, — so namentlich sein hohes ökonomisches Interesse; — allein maßgebend waren diese Gesichtspunkte für Gestaltung des Besitzschuzes im Allgemeinen nicht.

Den Grundsatz, daß Eigenmacht nicht gestattet ist, anerkennen nach dem Vorgange des römischen Rechtes alle neueren Kodifikationen; speziell das österr. b. G. B. im Prinzipie im §. 19., und in Anwendung desselben auf den Besitz insbesondere in den §§. 320. 339. und 346., und zwar nicht bloß dann, wenn die Eigenmacht auf rechtswidriger Willkür beruht, sondern selbst, wenn dieselbe zur Durchsetzung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechtes geübt wird (Selbsthilfe).<sup>11</sup> Und so ergibt sich denn, daß das, was wir oben als

im Einklang mit dem allgemeinen stehe, so lange nicht das Gegenteil nachgewiesen werde, — fällt jedoch wieder in die Rechtspräsumtionstheorie zurück.) — Dernburg, I. S. 313, 314, stimmt mit der Auffassung Stahl's überein: „die Unantastbarkeit unserer thatsächlichen Vermögensstellung ist eine der Bedingungen des geordneten Zusammenlebens im Staate“.

10a) Dagegen geht der possessorisches Schutz gegen Mißbrauch des Vertrauens durch den Prefaristen über die Grenzen des Besitzschuzes gegen Verletzung wider Willen des Besitzers hinaus. Vgl. §. 7c. S. 199, u. Bruns, Besitzfl. §. 15.

11) Vgl. A. b. G. B. §. 19. „Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch das Gesetz bestimmten Behörde einzubringen. Wer sich aber mit Hintansetzung derselben der eigenmächtigen Hilfe bedient (oder wer die Grenzen der Nothwehr überschreitet) ist dafür verantwortlich.“ Von einer Strafe oder Restitutionspflicht enthält dieser §. d. B. G. B. Nichts. Vgl. §§. 320. 344. d. G. B. Unger, II. S. 337. Noch weiter geht das röm. Recht, L. 7. D. ad leg. Jul. (48. 7.); vgl. dazu Vangerow, I. §. 133. Brinz, §. 82. (2. A.) u. Windscheid, §. 123. (4. A.), welcher übrigens mit Recht bemerkt, daß das Verbot der Selbsthilfe (von den mit Strafe bedrohten Fällen

Postulat an jeden Rechtsorganismus ausgesprochen haben, in der antiken und modernen Legislation (selbstverständlich im Einzelnen verschiedenartig) sich Geltung verschafft hat.

Gegen diese Theorie — welche auch von Windscheid, §. 148. Nr. 6., Rudorff, Anh. S. 581, Rüttimann, §. 6., Schmid, a. D., und bis auf die letzte Zeit vorzüglich auch von Bruns, B. i. Nr. §. 58. vertreten wird,<sup>11a</sup> — fehlt neuestens Jhering, S. 30 flg.

abgesehen) doch nur den Sinn habe, daß eine an sich unerlaubte Handlung nicht darum erlaubt werde, daß sie den Zweck der Selbsthilfe verfolgt. — Das preuß. l. R. Cml. §§. 84. 85. und das sächs. G. B. §. 179. gestatten die Selbsthilfe (eigenmächtige Rechtsdurchsetzung) ausdrücklich dann, wenn dem Berechtigten Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens droht und behördliche Hilfe zu spät käme. Das österr. Recht gestattet zwar die Selbsthilfe selbst in diesem Falle nicht ausdrücklich, allein da die Selbsthilfe an sich überhaupt straflos ist — denn es gibt kein Gesetz, das sie für strafbar erklären würde, vgl. Stubenrauch, I. S. 121 (62. d. 2. A.), Pelikan, Zeitschr. f. österr. Verwaltung 1856. Nr. 20, 1872. Nr. 36, die Entsch. des D. G. B. Nr. 3245 Samml. Gl.-u.-W. und Ger. Zeit. 1865. Nr. 47 — so steht derselben auch in diesem Falle Nichts im Wege, und wird selbst die in §. 19. b. G. B. statuierte Ersatzpflicht für den daraus entstandenen Schaden hinwegfallen, da ja vorausgesetzter Weise nur durchgesetzt wird, wogu ohnedies für den Gezwungenen eine Rechtspflicht bestand, — immer vorausgesetzt, daß nicht außerdem ein zum Ersatz verpflichtendes Moment hinzutritt. S. Nr. 3245 der Samml. Gl.-u.-W. (Auch das deutsche Reichsstrafgesetz bedroht die Selbsthilfe an sich nicht mit Strafe.) — Abweichender Meinung ist Unger, II. S. 343, der bei der Selbsthilfe jederzeit Restitutionspflicht behauptet (dagegen vgl. Note 15.) und jene Ausnahme des preussischen (sächsischen) Rechtes — als angeleglich in der Natur der Sache gegründet — auch für das österr. Recht annimmt. — Ob inzwischen Schutz des Besitzes gegen Eigenmacht ursprünglich der nächste Zweck der Einführung der Interdikte gewesen sei, mag dahingestellt sein. Das interd. retinend. p. dient vielleicht in der ersten Entwicklungsstufe zunächst zur Regelung der Parteivollen im Eigentumsprozesse. Vgl. L. 1. §. 2. 3. D. uti poss. 43. 17. Dagegen war direkt zum Schutze gegen Eigenmacht das wahrscheinlich ältere interd. unde vi bestimmt, und unzweifelhaft nahm auch das interd. uti possidetis allmählig den Charakter der rechtlichen Abwehr einer eigenmächtigen Störung mit in sich auf. Vgl. L. 1. pr. D. h. t. u. L. 8. §. 5. D. 8. 5. Vgl. Vangerow, I. §. 336. a. C. Arndts, P. §. 171. Bruns, S. 48, Schmid, Interd. S. 186 flg., besonders Witte. Das interd. uti poss., S. 28 flg., und neuestens außer Jhering, a. D. S. 72 flg., der zum Theil abweichender Ansicht ist, Bruns, Besitzlagen §§. 1—10., Windscheid, §. 159. und §. 7b. Nr. 48. dieses B. — Die ursprünglich von den Prätoren auf Umwegen in der Form der Interdikte zur praktischen Geltung gebrachten Grundsätze sind allmählig Theile der allgemeinen Rechtsordnung geworden; die Verletzung derselben begründet nach Beseitigung des Interdiktenverfahrens Klagen, die sich durch Nichts von den zum Schutze der Rechte gegebenen Aktionen unterscheiden. S. §. 8. I. de interd. 4. 15. Schmidt, Interd. Verf. S. 302. flg., Witte, S. 24.

11a) In seiner neuesten Schrift: Besitzlagen §. 27. hat Bruns seine ältere Auffassung nicht sowohl „selbst als unrichtig“ bezeichnet, als stillschweigend auf-

die volle Schärfe seiner Argumentation: die Willenstheorie treffe im letzten Grunde mit der Savigny'schen Ansicht zusammen, sie sei nur eine andere Ausdrucksform des Savigny'schen Gedankens des Verbots

gegeben, mindestens dieselbe mit einem heterogenen und höchst bedenklichen Momente versehen. Der Besitzschuz, sagt B. S. 290 flg., beruht auf der Anerkennung der Freiheit des Menschen in der Unterwerfung der unfreien Natur. Bei herrenloser Sache bewirke diese Unterwerfung Eigenthum. Daraus folge(?), daß, wenn die Sache nicht herrenlos, aber das fremde Recht unbekannt oder zweifelhaft sei, der Besitzer bis zu dessen Beweise im Besitze zu bleiben berechtigt sei, — er also auch ohne wirkliches Recht relativ einen Vorzug vor jedem Nichtbesitzer habe. Aus der relativen Berechtigung folge dann der relative Schuz bis zum Beweise des absoluten oder wenigstens besseren Rechtes von selbst. Und dies sei der Sinn der L. 2. D. U. P.: *possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet*. Mit dieser Begründung nähert sich Bruns unvermerkt der von ihm bekämpften Theorie Ihering's. S. auch R. S. 9. (An Bruns schließt sich an Pabellotti, Arch. Giur. XV. S. 40 flg. und v. Canstein V. S. 132. N. 1.; dagegen Esmin, N. Revue hist. 1878 p. 495.). — Abgesehen nun davon, daß die Frage, warum der Besitzer plus juris hat, nicht befriedigend beantwortet erscheint, da der Schluß von herrenlosen auf rechtlich beherrschte Sachen durchaus unzulässig ist, scheitert die neue Theorie B.'s an derselben Kltippe, an welcher die Theorie Ihering's — nämlich an der unbedingten Ausschließung aller petitirischen Einreden, insbesondere der Einrede des liquiden Eigenthums im Besitzprozesse. Vgl. auch Windscheid, §. 148. N. 6. a. G. Mit Recht macht ferner Brinz, Jen. Lit. Zeit. 1874. S. 621, darauf aufmerksam, daß die L. 2. cit. keinesfalls den reparatorischen Besitzschuz erklären könnte. Dazu vgl. Arndts, Grünhut's Zeitschr. I. S. 277. — M. G. thut Bruns der L. 2. D. cit. zu viel Ehre an, wenn er in derselben die Lösung der Frage nach dem Grunde des Besitzschuzes zu finden glaubt; dieselbe gibt auf die Frage, warum der possessor „mehr Recht“ habe, keine Antwort, ja genau genommen, führt sie zu der unannehmbaren Konsequenz, daß auch der Nichtbesitzer ein Recht habe! Jus pfelegt oft zu bedeuten entweder die Gesamtheit der ein Verhältnis beherrschenden Rechtsätze oder die Summe der mit einem Zustande verknüpften Befugnisse (ager jus alluvionis habet, L. 56. pr. D. de A. R. D.; jus agnationis, cognationis, successionis (s. Pernice, Zeitschrift f. S. R. 22. S. 421); in lesterem Sinne ist offenbar jus in L. 2. cit. gebraucht. Den „inneren philosophischen oder legislativen Grund“ kann man also in dieser Stelle keinesfalls finden, abgesehen davon, daß der „philosophische“ Grund, der doch allgemeine Geltung beanspruchen muß, von den konkreten, historischen „legislativen“ Gründen doch wohl zu unterscheiden ist. (Vgl. noch Bekker, Krit. V. Schr. 18. S. 24, auch Pernice, Zeitschr. f. S. R. 20. S. 635, 22. S. 421.) Als Hypothese über den historischen Entstehungsgrund des Besitzschuzes stellt Bekker, Aktion. S. 63 flg., 330 flg. die Ansicht auf, daß man wohl erst allmählig dahin kam, den Besitz und zwar zunächst an seinen Folgen zu würdigen, vorerst an dem Vortheil der Beklagtenrolle; alsdann wurde er geschützt „im Interesse besserer Wahrnehmung, dem Prätor sein Werk, die Entscheidung uter possideat zu erleichtern, manchmal zu ermöglichen.“ Daß der Schuz später auch ohne Rücksicht auf Bindizien gegeben wurde, sei kaum zu vermeiden gewesen. Dies Alles ist gewiß höchst wahrscheinlich, — aber beweist eben nur, was von vornherein vermuthet werden darf: daß die Rücksicht auf den juristischen

der Selbsthilfe (der Gewalt, sagt Savigny); sie überseze diesen objektiven Rechtsatz in die Form des subjektiven Rechts; es sei zweifelhaft, ob diese Verlegung des Unrechts aus der Sphäre der Rechtsordnung in jene des subjektiven Rechtes nicht vielmehr eine Verschlechterung der Ansicht Savigny's enthalte. Insbesondere sei unerklärlich, wieso die Persönlichkeit wie ein wunderthätiger Heiliger alles Schlechte reinigen und alle rechtswidrigen Verhältnisse mit dem weiten Mantel des eigenen Rechtsschuzes zudecken könnte. Man könne das Werk vernichten, ohne den Meister zu treffen. Die Einwendung, daß der Schlag gegen jenes auch diesen treffe, beruhe schon auf der Savigny'schen Idee, daß in jeder Besitzverletzung ein Unrecht enthalten sei. Dies müsse aber geläugnet werden. Nicht jeder Zwang sei Unrecht, z. B. nicht dann, wenn der Beraubte dem Räuber die Sache wieder entreiße oder wenn die Staatsbehörde Gewalt anwende. Der Wille sei daher nichts absolut Heiliges.

Allein wir behaupten nicht: daß der Wille etwas absolut Heiliges oder Unantastbares ist, sondern nur, daß es ein ethisches Postulat an die Rechtsordnung ist, daß der in der Ausübung eines Rechtsinhaltes sich bethätigende Wille nicht eigenmächtig angegriffen und verletzt, sondern nur im Wege Rechts behandelt werde. Die Bemerkung, daß hierdurch lediglich die Theorie Savigny's ins Subjektive umgestellt werde, verkennet, daß nach unserer Auffassung die Achtung des subjektiven Willens bloß ein legislatives Motiv, ein rechtsphilosophisches Postulat ist und daß erst durch die Aufnahme des postulirten Satzes in die positive Rechtsordnung die (sonst rechtlich indifferente) Störung des in der Rechtsausübung realisirten Willens als rechtswidrig und unerlaubt erscheint. Erst mit der Erhebung des Besitzes zu einem rechtlich geschützten Verhältnisse wird durch die Eigenmacht auch die

und ökonomischen Werth des Besitzes mit zu den einflußreichsten Motiven der Gewährung des Interdiktschuzes gehörte. Ueber den philosophischen Grund desselben erhalten wir keine Aufklärung, ja auch nicht darüber, warum der Schuz allmählig auch außer dem Falle der Bindizien „kaum zu vermeiden gewesen sei.“ Denn auch das deutsche Recht kennt behufs Feststellung der Partierollen eine Vorverhandlung über die Frage, wer den Besitz (die Gewere) habe. Während aber das deutsche Recht darüber nicht herausgegangen ist, schritt das römische Recht alsbald zu einem selbstständigen Besitzschuze. Vgl. dazu Heusler, Gewere §. 5. a. G. — Esmin a. O. lehnt S. 498 das im Text vertretene Prinzip nicht ab, findet es aber für die Entstehungszeit der Interdikte — trop elevée.

objektive Rechtsordnung verletzt und dadurch als formelles, objektives Unrecht charakterisirt, das — wie jedes andere Unrecht — gefühnt werden muß. Von einer Umstellung des objektiven Rechtsfages in die Form des subjektiven Rechts kann hier gerade so viel oder so wenig die Rede sein, als irgendwo bei der Anerkennung eines subjektiven Anspruches als Recht durch die fortschreitende Entwicklung der allgemeinen Rechtsordnung. Von der Savigny'schen Theorie unterscheidet sich aber unsere Auffassung — von anderen Punkten abgesehen — wesentlich darin, daß wir in der Besitzstörung wohl immer eine Verletzung des objektiven Rechtsfages und daher ein objektives Unrecht — aber nicht nothwendig ein Delikt erblicken und daß wir den Schutz des Besitzes nicht bloß auf Verletzung durch Gewalt beschränken, sondern auf jede Art Eigenmacht ausdehnen. Daß der Zwang in den oben angeführten Fällen der Wiederdejektion des Räubers und des staatlichen Einschreitens nicht rechtswidrig erscheint, bestärkt nur unsere Auffassung; in ersterem Falle wird scheinbares Unrecht durch die *exceptio vit. poss. ab advers. paralytirt* — im zweiten Falle wird die rechtliche Form gewahrt.<sup>11b)</sup>

Auch die vom Standpunkte des römischen Rechts erhobenen Einwendungen Ihering's lassen sich m. E. wohl entkräften. Daß der Besitzherr den in seinem Namen bestehenden Detentor deiciren dürfe (S. 34), ist zwar bis auf das Justinianische Recht richtig, — nicht aber für das heutige gemeine Recht, da jede dauernde Rechtsausübung (insbes. der Mieth- und Pachtbesitz) gegen Eigenmacht geschützt wird, diese mag woher immer kommen. (Für das österr. Recht gilt das Verbot der Eigenmacht ausnahmslos. §. 19. G. B.) Bezüglich der Detention ohne Rechtsausübung, also ohne Besitzwillen enthält die Befugniß des Besitzherrn zur Selbsthilfe Nichts, was mit unserem Prinzipie unvereinbar wäre.

11b) Wenn Ihering, S. 41 insbesondere gegen Windscheid bemerkt, daß es keinen zwingenden Grund gebe für das Anrufen der Staatsorgane, weil jeder Wille gerade so viel werth sei wie der andere, denn dann gebe, wie überall, wo Wille und Wille um den Preis ringen, das Uebergewicht der physischen Kraft den Ausschlag, so antworten wir, daß die Zulassung eines solchen Ringens der physischen Kräfte zur Durchsetzung des faktischen Willens den Umsturz aller Rechtsordnung bedeutet. Gewiß ist ferner der Wille des neuen Besitzers ebenso viel werth, wie der des früheren; allein daraus folgt — wie Windscheid a. D. richtig bemerkt — noch nicht, daß er durch die eigenmächtige Besitzentziehung nicht Unrecht verübt habe.

Daß nicht jeder Besitzer einer fremden Sache, nicht auch der Dieb gegen Entwendung und Beschädigung die entsprechenden Deliktssklagen hat (S. 35.), erklärt sich einerseits aus dem peititorischen Charakter derselben und anderseits daraus, daß die Besitzklagen eben keine Deliktssklagen sind. — Daß der Wille nicht auch dann geschützt wird, wenn er „in anderer Weise“ als im Besitz sich manifestirt, z. B. wenn Jemand ein Wild verfolgt, der andere es wegschießt (S. 37 flg.), hat darin seinen Grund: daß nur der realisirte und zwar in einer Rechtsausübung realisirte Wille Anspruch auf Schutz hat — nicht aber auch der bloße Wunsch. — Daß kein Besitz an eigenthumsunfähigen Sachen und eigenthumsunfähiger Personen anerkannt wird, beruht auf der Erwägung, daß da, wo nicht einmal der berechtigte Wille geschützt würde, um so weniger der bloß faktische geschützt werden darf. Daß endlich manche Detentoren, trotzdem sie ein Recht für sich ausüben, in diesem faktischen Nutzungsverhältnisse nicht geschützt werden (S. 39), ist wie bemerkt wohl für das römische — nicht aber für das kanonische und heutige gemeine Recht zutreffend und beweist nur, daß das erstere die Besitzidee noch nicht in ihrer ganzen Fülle und Consequenz zur Geltung brachte (Vgl. §. 2. R. 7. d. B.).<sup>11c)</sup>

Als Konsequenz aus den obigen Erörterungen ergibt sich:

- a) daß der Besitz an sich (ganz unabhängig von jedem Recht) geschützt werden muß;
- b) daß der Besitz nicht unbedingt, sondern nur gegen eigenmächtige Beeinträchtigungen, und zwar nur gegenüber Demjenigen, der sich der Eigenmacht schuldig gemacht hat (nicht aber gegenüber dritten Besitzern) geschützt werden soll — Konsequenzen, die, dem römischen Rechte folgend, die neueren Kodifikationen (aller-

11c) D. Wendt a. D. glaubt, daß meine Anschauung sich in einer gewissen Doppelseitigkeit bewege. Der Schutz der individuellen Freiheit gegen Eigenmacht bezeichne den öffentlich-polizeilichen, der Schutz des Willens den privatrechtlichen Gesichtspunkt. Allein mag immerhin der Schutz gegen Eigenmacht nach Umständen — nämlich wenn die öffentliche Ruhe gestört oder bedroht wird — zugleich dem öffentlichen Interesse dienlich sein, so wird damit der privatrechtliche Charakter des J.-Schutzes und der treibende Grund desselben: der im Besitz bethätigte Wille — nicht berührt. Auch der Eigenthumschutz büßt dadurch nicht seinen privatrechtlichen Charakter ein, daß derselbe auch ein Gebot der ökonomisch-sozialen Ordnung ist.

dinge mit Modifikationen) und insbesondere das österr. Recht aufgenommen haben;<sup>12</sup>

c) daß es im Wesen keinen Unterschied machen könne, ob es sich um den Besitz einer Sache oder eines Rechtes handle.<sup>13</sup> Denn hier wie dort ist es der bethätigte Wille, der Anerkennung fordert.

Nach den gegebenen Ausführungen kann es nicht zweifelhaft sein, daß das Institut des Besitzes auch von den Gesetzgebungen unserer Zeit nicht umgangen werden könne und dürfe, ganz abgesehen von mancherlei Utilitätsgründen, die für den Schutz des Besitzes sprechen.<sup>14</sup>

12) Vgl. §§. 339, 344, 346. des G. B. Wer z. B. durch betrügerische Vorspiegelungen dahin gebracht wird, seinen Besitz einem Anderen zu überlassen, der hat mit seinem Willen den Besitz aufgegeben; von einem Schutze des Besitzes (als bethätigten Willens) kann hier keine Rede sein. Dasselbe gilt z. B. in dem Falle, wenn Jemand den Besitz auf andere Weise als durch Eigenmacht verloren hat, mag auch ein Dritter sich schon der Sache bemächtigt haben, z. B. der unredliche Finder. Vgl. auch Bruns, S. 497. — Die Abweichung des kanon. Rechtes (dem das sächs. G. B. §. 206., das Züricher G. B. §. 507. u. der bayr. Entw. art. 35. folgen), welcher zu Folge die Besitzklagen auch gegen den dritten unredlichen Besitzer statthaben, ist dem österr. und franz. Rechte fremd. Das preuß. Recht gibt die Klage gegen den Entsetzenden und seine Theilnehmer (§. 148. I. 7.), wobei fraglich ist, ob hienit jene Abweichung des kanonischen Rechtes dem vollen Umfange nach aufgenommen ist? Bornemann, I. S. 531, Note, erklärt diese Bestimmung dahin: „wenn derselbe (dritte Inhaber) als Complice des verübten Spoliums anzusehen sei;“ — noch unbestimmter Koch, S. 281, „gegen Theilnehmer und Gehilfen (des Spoliators).“ Gegen die Ausdehnung der Klage auf die Singularsuccessoren des Störers vgl. Förster, §. 162. Note 61, Dernburg, §. 158. 2. — Nach franz. und ital. Rechte ist von der Klage gegen Dritte (insbes. Singularsuccessoren des Deficienten) nicht die Rede. Vgl. Zacharia, I. §. 190 a.

13) Daß das röm. Recht den Rechtsbesitz nicht allgemein und prinzipiell anerkennt und schützt, beweist eben nur, daß dasselbe den eben entwickelten Grundsatz praktisch nicht zur vollen Geltung gebracht hat.

14) Vergleichen Utilitätsgründe sind (ganz abgesehen von der Verhütung von Gewaltthätigkeiten), daß bei Mobilien, ja selbst bei Grundstücken der Beweis des Eigenthums und selbst des Usucapionsbesitzes oft höchst schwierig und der Besitzschutz die einzige Möglichkeit ist, den Besitzstand zu wahren. Dies gilt, wie jedem Praktiker bekannt, selbst in Ländern, wo öffentliche Bücher eingeführt sind. Denn abgesehen davon, daß sehr viele Grundstücke (namentlich Gemeinde-, Kirchen- und Stiftungsgüter) gar nicht verbüchert sind, daß ferner die Eintragungen des Grundbuches mit der Wirklichkeit oft nicht stimmen, zumal wenn, wie in Oesterreich, Grundbuch und Kataster nicht korrespondiren, sind es namentlich die praktisch wichtigsten Grenzstreitigkeiten, bei denen das uti possidetis oft der einzige Maßstab der gerichtlichen Entscheidung ist und bleiben wird. Vgl. auch Bornemann, I. S. 452, der jedoch wunderlicher Weise vom Besitze als „einem Erbstücke aus dem verdrängten Naturzustande“ spricht, den jedes positive Recht anerkennen müsse, und neuerdings bes.

Es erübrigt noch die Frage, ob und inwiefern nicht auch der Detention als solcher ein Rechtsschutz gegen Störung und Entziehung gebühre? — Soweit die Detention überhaupt den Willen des Detentors, die Sache zu haben, nicht nothwendig voraussetzt (vgl. §. 1. Note 11.), kann nach dem eben entwickelten Principe die Frage nach dem gerichtlichen Schutze desselben gar nicht entstehen. Soweit

Jhering, a. a. D. S. 45 flg. — Und. Ansicht Meischer, §. 38., welcher mit Rücksicht auf das preuß. Grundbuchrecht das Bedürfnis eines possessoriischen Schutzes für den Immobilienarbeitsbesitz rundweg läugnet. (Neblich Bekker, Reform d. Hypoth. S. 82.) Allein ganz abgesehen davon, daß der Besitzschutz vom Rechtsschutz prinzipiell unabhängig sein muß, wenn er der Natur des Besitzes und dem praktischen Bedürfnisse entsprechen soll, gibt es nach preuß. Rechte heute noch eine ganze Reihe von Fällen, in welchen der possessoriische Schutz so wenig entbehrt werden kann, als nach gemeinem Rechte. Gesteht doch Meischer (S. 193) selbst, daß nicht für alle Grundstücke die Eintragung vorgeschrieben sei (z. B. nicht für öffentliche Korporationen, Eisenbahnen), und daß selbst bei eingetragenen Grundstücken das Grundbuch nicht immer Auskunft über die Person des Berechtigten gebe, z. B. bei streitiger Erbschaft, oder wenn dem Eintrage des Berechtigten Hindernisse entgegenstehen, die erst im Prozeßwege beseitigt werden müssen! Die Behauptung, daß in solchen Fällen das Eigenthum regelmäßig in derselben Zeit liquid gestellt werden könne wie der Besitz, ist gewiß nicht richtig (man erwäge nur die Kürze des Possessoriums und die Ausschließung der petititorischen Einreden) — von dem Kostpunkte ganz abgesehen. Nur bezüglich der Mobilien erscheint der Besitzschutz weniger dringend, da nicht nur der Eigenthumserwerb durch das moderne Recht (art. 306—308. G. B.), §§. 367. 371. österr. G. B.) auf den redlichen titulirten Erwerb gestellt ist, sondern die Besitzklagen häufig durch den Strafprozeß absorbiert werden. Wenn schließlich M. meint, daß — wo überhaupt noch provisorischer Schutz des Besitzes nothwendig sei, die einstweiligen prozessualen Sicherstellungsmittel (Erhaltung des Status quo, Sequestration) ausreichen würden, so setzt er einmal richterliches Ermessen an die Stelle eines objektiven Rechtsschutzes und sodann übersieht er, daß die Letzteren jederzeit einen vorausgehenden oder nachfolgenden Rechtstreit zur Voraussetzung haben, während ein Haupturtheil des Besitzschutzes eben darin besteht, daß der oft schwierige, langwierige und kostspielige petititorische Prozeß regelmäßig erspart wird. Auch die Verfügungen zum Zweck der Regulirung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein Streit. Rechtsverhältnis nach dem Entwurf der deutsch. C. Pr. D. (jetzt §§. 805 flg. deutsch. C. Pr. D.), auf die sich M., Krit. V. Schr. 19. S. 217 beruft, haben den eben gedachten Charakter. Endlich verkennt M., daß bei den praktisch wichtigen Grenzstreitigkeiten das uti possidetis sehr oft die einzige Grundlage der richterlichen Entscheidung bilden wird. Die Freiheitlichkeit des Grundes wird nur dazu beitragen, das Possessorium unentbehrlich zu machen. Vgl. auch Stobbe, D. P. R. §. 77. Note 9, meine Anzeige, Krit. V. Schr. 18. S. 3, und auch Pernice, Zeitschr. f. S. R. 22. S. 432, welcher richtig bemerkt, daß die „ideale Buchführung“ eine Flurkarte voraussetzt, welche mit exakter Genauigkeit jeden Winkel, jede Schluppe verzeichnete — Nachweisungen, die — wenn überhaupt herstellbar — doch einer unabsehbaren Zukunft vorbehalten sind.

aber der Detentor für einen Anderen detiniren will, sei es mit oder ohne eigenes Interesse an der Detention, ist die Frage, ob auch dieser Wille des Inhabers (ohne Rücksicht auf einen gleichzeitigen Rechtsbesitz desselben) geschützt werden soll, u. G. eine für die Gesetzgebung offene, und wir sehen nicht ein, auf welchen Grund hin immer nur der Wille, für sich zu besitzen, geschützt werden sollte. In erster Reihe wird zwar durch Verletzung der Detention der Wille des Dritten, in dessen Namen detinirt wird, in zweiter Reihe aber auch der Wille des Inhabers angegriffen (anders Bruns, Besitz i. M. S. 493); dem Willen Beider wird hier Zwang angethan. (Nehulich auch D. Wendt, Jen. L. Z. 1877 Nr. 9. in der Anzeige dieses Buchs.) Hier können nur Utilitätsgründe den Ausschlag für die eine oder andere Entscheidung geben. De lege ferenda ist m. G. die Ausdehnung des Besitzschutzes (abgesehen vom Quasibesitz insbesondere des Miethers, Pächters und Commodatars) auf den Pfandgläubiger und Sequester, — kaum jedoch auf den Finder — wohl zu rechtfertigen.<sup>14a 14b</sup>

14a) Vgl. die im §. 7. Note 5 angeführten Fälle. Insbesondere ist es angezeigt, dem Sequester die Besitzklagen zu geben. Man denke nur an den Fall, daß dem im Falle des §. 347. des G. B. bestellten Sequester die Detention von einem Dritten entzogen wird. Hier bietet nur ein rascher Besitzschutz befriedigende Abhilfe. Gerade diesen Fall überfiehet der §. 208. des sächs. G. B. — Bei Abwesenheit des Besitzers genügt es, wenn man den stellvertretenden Detentor zur Prozeßführung für legitimirt erachtet. Auch das röm. Recht schützte nur den Besitz, dehnt jedoch den Interdiktenschutz auf den Pfandgläubiger, Sequester und Prefaristen aus, was aus historischen und Utilitätsgründen erklärlich ist. Darüber s. Savigny, §§. 9. 40. 50. 51. Bruns, Besitzklagen §. 21. Windscheid, §. 149. R. 7. §§. 160. 162. — Nur Annualbesitz schützt das franz. Recht. Code de p. art. 23. u. C. C. art. 2239., vgl. Planck, Besitz S. 95 flg. bes. Note 47. Zacharia, §§. 187 a. 188. Dem älteren franz. Recht schloß sich das ital. G. B. (art. 694. 695.) an. — Dagegen gibt das preuß. Recht den Interdiktenschutz jedem Detentor (ausgenommen demjenigen gegenüber, in dessen Namen er detinirt), vgl. §§. 141. 146—150. I. 7., ohne Rücksicht darauf, ob der Detentor überhaupt den Detentionswillen hat oder nicht (vgl. §. 1. Note 11 d. B.), ein System, welches m. G. jedes haltbaren Prinzips entbehrt. — Das sächs. G. B. schützt zunächst nur den Besitzer (§. 205.), gibt aber ausnahmsweise die Besitzklagen auch demjenigen, der eine Sache zur Benützung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat (§. 208.). Diese Ausdehnung des Besitzschutzes wird dadurch motivirt, daß sie dem praktischen Bedürfnisse entspreche und eine konsequente Fortbildung der Besitzlehre enthalte. Vgl. Comment. zum G. B. von Siebenhaar, (1864) S. 204. Der erste Grund ist für das sächs. Recht, welches nur an Servituten Besitz anerkennt, gewiß richtig; der zweite aber nur relativ wahr. Da übrigens §. 602. auch Rechtsbesitz an Personalservituten, welche Detention voraussetzen, anerkennt, so genießt der Usufruktuar und Usuar zum Ueber-

Das österr. Recht gewährt der bloßen Detention keinen civilgerichtlichen Schutz. Der Inhaber einer Sache kann zwar ohne Verantwortung innerhalb der Grenzen der Nothwehr jeden gewaltfamen Angriff auf die Sache abwehren (§. 2. lit. g. Strafsg., §§. 19. 344. A. b. G. B.). Allein er kann nicht die richterliche Hilfe zur Erhaltung oder gar zur Wiedererlangung der verlorenen Inhabung ansuchen; denn diesen gerichtlichen Schutz gewährt das Gesetz bloß dem Besitze.<sup>15</sup>

### §. 9. Subjekte des Besitzes.

Der Besitz ist die durch die That bewährte Möglichkeit der factischen Herrschaft über die Sache mit dem Eigenthumswillen. Hieraus ergibt sich, daß Personen, die überhaupt nicht willensfähig sind, auch keinen Besitz haben können.<sup>1</sup> Dahin gehören:

fluß einen doppelten Schutz: als Detentor (§. 208.) und als Rechtsbesitzer (§. 530.). Vgl. Schmidt, S. 337. (Sohin ist §. 602. 1. Abf. überflüssig; s. §. 647.) — Das Züricher. G. B. schützt jede Detention zu eigenem Interesse gegen Störungen, die ein Vergehen enthalten, ohne diese Voraussetzung nur den redlichen Besitz (§§. 490. 501—507.). — Der bayr. Entw. (art. 39. 40.) gibt die Klage dem Besitzer, dem Detentor zu eigenem Interesse, dem Sequester und Finder. Vgl. Näheres im §. 7. R. 12.

14b) Neuestens weist Bruns, Besitzklagen §. 21. treffend nach, daß nach gemeinem Recht die praktisch dringend notwendige Ausdehnung des Besitzschutzes über die im Justinian. Recht gezogenen Grenzen (insbes. auf den Pacht- und Miethbesitz) nicht vom Standpunkte der Detention zu eigenem Interesse, sondern lediglich unter dem Gesichtspunkte des Quasibesitzes zu erreichen sei. Vgl. noch §. 24. R. 1.

15) Vgl. §. 7. d. B. Und. Ansicht ist Unger, II. §. 111. Note 7, 14, 16, der auch dem entsetzten Inhaber die Klage auf Restitution der Sache geben will, unter Berufung auf §. 19. und 345. des G. B. Allein §. 19. erklärt denjenigen, der Selbsthilfe übt, nur für verantwortlich, d. i. zum Schadenersatz verpflichtet, von einer Restitutionspflicht ist keine Rede; §. 345. aber bezieht sich nur auf den Besitzer.

1) Vgl. Savigny, §. 21. Puchta, Pand. §. 127. und Rechtsleg. S. 58. Arndts, Pand. S. 138. Böcking, §. 124. 2. Förster, §. 158. Roth, Bayr. C. R. §. 150. — Die Grenzen der Möglichkeit des Eigenthums — oder genauer gesagt — des Rechts (in subjektiver und objektiver Beziehung) bilden, wie Jhering, Grund d. B. S. 144, richtig ausführt, auch die der Möglichkeit des Besitzes; Besitz und Recht gehen hier parallel. (M. A. Meißneider, §. 5.) Allein daraus folgt noch nicht, daß der Besitz eine Eigenthumsposition sei. Vgl. §. 1. R. 5, 8, 8a, und §. 10. Note 1. Die L. 44. §. 7. i. f. D. de usurp. 41. 3., welche Jhering, S. 149 gegen unsere Auffassung anführt, enthält allerdings insofern

juristische Personen, Wahnsinnige und Kinder, welche letztere das österr. Recht bis zum vollendeten 7. Lebensjahr den Willenlosen gleichstellt (§§. 21. 26. u. 865. des G. B.). Bei ihnen vermittelt aber das positive Recht die Möglichkeit des Besitzes durch den Rechtsatz: daß der Wille ihrer Stellvertreter als ihr Wille anzusehen ist (§§. 21. 26. 337. des G. B.).<sup>2</sup>

Da der Besitz dem Gebiete des Vermögensrechtes angehört, so erhält der Grundsatz, daß Jedermann, der willensfähig ist, auch besitzfähig ist, seine nähere Bestimmung dahin, daß, wer vermögensfähig — auch besitzfähig ist. Die §§. 18. u. 356. A. b. G. B. stellen die Regel auf, daß Jedermann, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen, befähigt ist, Rechte, insbesondere Eigenthum zu erwerben. Daraus folgt, daß in der Regel Jedermann besitzfähig ist, daß hingegen Personen, denen durch das Gesetz die Vermögensfähigkeit überhaupt, oder die Fähigkeit zum rechtlichen Haben gewisser Sachen entzogen ist, auch unfähig sind, Besitz überhaupt oder an gewissen Sachen zu haben. Der Rückschluß von dem rechtlichen Haben auf das faktische gründet sich auf die Erwägung, daß der Besitz als positives Rechtsinstitut der allgemeinen Rechtsregel, welche ein gewisses Verbot zwingend ausspricht, sich nicht entziehen kann. Der Charakter der Verbotsgesetze fordert eben Rechtsunwirksamkeit der denselben widersprechenden faktischen Zustände. Das Gesetz kann offenbar ohne inneren Widerspruch den faktischen Eigen-

eine Anomalie, als der Besitzerwerb des Haussohnes mit dem Momente des Todes des Vaters eintritt, hiemit ohne sein Wissen und Wollen. Allein diese Anomalie wird ja auch nach Thering'scher Auffassung nicht beseitigt, da doch Thering zum Besitzerwerb den animus sibi habendi verlangt. Uebrigens steht vielleicht diese Anomalie mit der fictio legis Corneliae im Zusammenhange.

2) L. 1. §§. 20. 22. L. 2. D. h. t. Hier kommt also eine für den Rechts-erwerb geltende Regel auch für das thatsächliche Verhältniß des Besitzes zur Anwendung; — der Besitz kehrt hier wieder seine juristische Seite heraus. Was Thering, S. 156, gegen die herrschende Theorie einwendet, ist nicht durchschlagend. Bei der sog. nothwendigen Stellvertretung kommt nämlich auf den Willen des Vertretenen, den Thering fordert, Nichts an; daß aber der furiosus den Besitz nicht verliert, ist (wie ich schon in der 1. Aufl. §. 21. N. 5 gegen Savigny nachwies und auch Thering, N. 159 c. anerkennt) eine Anomalie, die dem röm. Juristen (Papinian) nicht entging. Vgl. L. 44. §. 6. D. de usuc. 41. 3. Ist dem aber so, dann paßt diese Auffassung des Juristen gewiß nicht zu dem Thering'schen Satze: Besitz ist Thatsächlichkeit des Eigenthums; denn hiernach könnte hier von einer Singularität nicht die Rede sein.

thumswillen (in der Form des Besitzes) da nicht anerkennen, wo es selbst die Möglichkeit des Rechtes negirt. Hier „folgt also der Besitz seiner zweiten (rechtlichen) Natur“ (Brinz, I. §. 29.) und erhält durch die allgemeine durchgreifende Rechtsregel seine nähere juristische Bestimmung.<sup>3</sup>

Personen, die überhaupt vermögensunfähig wären, gibt es nach österr. Rechte nicht. Denn selbst unbefugte Auswanderer, Deserteur (der Linie und Reserve) und Ordensgeistliche, welche das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt haben, verlieren zwar die Fähigkeit, Vermögensrechte zu erwerben, aber das Vermögen, das sie bereits haben, verlieren sie nicht, sondern nur dessen Verwaltung. Vgl. §§. 10. u. 11. des Auswanderungspatents vom 24. März 1832, Milit. Str. G. B. §. 208. c., Gef. v. 23. Mai 1871 Z. 45. §. 1. und §. 182. des Gef. vom 9. August 1854 Z. 208.<sup>3a</sup>

3) Vgl. Savigny, §§. 5. u. 9. Arndts, Pand. §. 137. Puchta, Pand. §. 127. u. im Rechts-Lex. S. 46. Unger, I. S. 371. Stubenrauch, I. S. 633. Monti, §. 21. Um zu der im Texte festgehaltenen Konsequenz zu gelangen, bedarf es daher nicht erst des Hinweises, daß der Besitz im Sinne des G. B. ein Recht sei. — Ebensovienig bedarf es zur Erklärung der im Texte angeführten Rechtsätze der Annahme, daß der Besitz ein „Vorwerk des Eigenthums“, sein Schutz „nur für den Eigentümer berechnet“ sei (Thering, S. 38 flg.); doch zeigt sich auch in dieser Frage, wie enge sich die rechtliche Gestalt des Besitzes an jene des Eigenthums anschließt. — Auch Thibaut, Syst. §. 297., gelangt zu dem im Texte angeführten Ergebnisse, doch aus dem irrigen Grunde, weil der Besitz nur als interimistischer Vermuthungsgrund des Rechtes geschützt werde.

3a) Anders nach röm. R., nach welchem der Eintritt in ein Kloster für den Eintretenden den Verlust des Vermögens und dessen Uebergang auf das Kloster zur Folge haben soll, wenn er nicht vorher darüber verfügt hat. (Nur zu Gunsten der Descendenten kann er auch noch später verfügen.) Vgl. Nov. 5. cap. 5. und Nov. 123. cap. 38. So konnte denn auch c. 6. X. 3. 35. konsequent aussprechen: Ne quis monachorum proprium aliquo modo possideat. Dazu Schiffner, §. 56. N. 21, 22. Schulte, R. R. (2. A.) S. 474. — Nach österr. Recht wird daher auch nicht mit dem Eintritte in das Kloster, sondern erst mit dem Tode der Ordenspersonen die Erbfolge nach denselben eröffnet. Vgl. §§. 20. u. 182. des Gesetzes vom 9. August 1854. Nach preuß. Rechte sind aber alle Mönche — nach bayr. R. Mendikanten — besitzunfähig. R. R. II. 11. §. 1200., f. Förster, §. 158. N. 2. Roth, §. 130. — Streitig ist die Frage, ob das Auswanderungspatent v. 24. März 1832. Z. 2557 nicht durch den art. 4. des Staatsgrundgesetzes über die allg. Rechte der Staatsbürger v. 21. Dezember 1867. Z. 142 aufgehoben sei? Bejahend wurde dieselbe beantwortet von der Majorität der Kommission der jurist. Gesellschaft in Wien. (Vgl. die Schrift: Der Einfluß der Staatsgrundgesetze v. 1868 u. Monti, S. 81.) Die Minorität derselben erkannte „nur jene Bestimmungen des Patents für aufgehoben, welche nicht zu dem Zwecke anwendbar wären, um die Beschränkung des Auswanderungsrechtes durch die Wehrpflicht durchzuführen.“ Art. 4.



Dagegen sind vom Erwerbe und vom Haben gewisser Sachen und daher auch vom Besitze derselben ausgeschlossen: 4

a) In Folge der Reziprozität: Montenegriener vom Besitze unbeweglicher Güter in Oesterreich. J. Hofdekr. vom 11. Oktober 1845. J. 898. u. J. N. Erl. vom 5. August 1849. J. 348. R. G.<sup>5</sup>

b) Vom Besitze unbeweglicher Güter sind gemäß ihrer Ordnungsregel ausgeschlossen die Minoriten- und Capuzinerorden. Conc. Trib. Sess. 25. c. 3. und die Minist.-Vdg. vom 13. Juni 1858. J. 95.

c) Vom Besitze von Bauerngütern sind nach dem Hofdekr. v. 28. Febr. 1788. J. 790. J. G. S. ausgeschlossen: Ausländer, mit Ausnahme der Unterthanen der ehem. deutschen Bundesstaaten. (Hofd. v. 14. April 1825. P. G. S. 53. S. 79), dann der (den

lautet: „Die Freiheit der Auswanderung ist von Staatswegen nur durch die Wehrpflicht beschränkt.“ M. G. folgt daraus nur, daß alle Hindernisse der Auswanderung mit einziger Ausnahme der Wehrpflicht aufgehoben sind. Soweit aber Wehrpflichtige der Auswanderungsbewilligung bedürfen, treten für den Uebertretungsfall außer den im Wehrgeetze v. 5. Dezember 1868. J. 151 (§§. 42—47.) festgesetzten Folgen auch die im Pat. vom Jahre 1832 festgesetzten Nachteile (nur nicht der Verlust der Staatsbürgerschaft) ein, da außerdem ein Widerspruch zwischen dem alten und neuen Gesetze nicht besteht. Vgl. auch §. 42. des Wehrgesetzes, welcher „die weitere gesetzliche Behandlung“ vorbehält. (So auch Schiffner, S. 169.) Doch ist die Frage ziemlich unpraktisch, da die oben berührten Rechtsfolgen nur mit der Berufurtheilung wegen unbefugter Auswanderung eintreten und die hierzu erforderliche Klage heutzutage kaum ange stellt werden wird. Kirchstetter, S. 48, Note 14, mißbilligt zwar mit Recht die Ansicht, welche das Auswanderungspatent für aufgehoben erklärt, meint aber, daß den Auswanderer nur die Sanktion des Wehrgesetzes treffe, weil das jenem Patente zu Grunde liegende Prinzip, daß die Auswanderung ohne Bewilligung strafbar sei, durch das Staatsgrundgesetz aufgehoben sei. Indes unerlaubt und strafbar ist auch heute noch die Auswanderung Wehrpflichtiger ohne behördliche Bewilligung. Bei so schwankender Wage erklären sich Pfaff-Hofmann, II. S. 23 in mitius — für die Aufhebung des §. 10 c.

4) Vgl. Bachmann, S. 80. Hier sind also gewisse Sachen kein Gegenstand des Verzehres für gewisse Personen (res, quarum commercium quis non habet, wobei comm. im subjektiven Sinne genommen ist). Vgl. Unger, I. S. 370.

5) Türkische Unterthanen sind derzeit nach dem Grundsätze der Reziprozität zum Besitze unbeweglicher Güter fähig. Vgl. Protokoll vom 5. November 1868. Nr. 5. R. G. Bl. für 1869, ebenso Unterthanen der Donaufürstenthümer, Gesetz vom 28. Juni 1865. J. 46 R. G. — Die Behauptung Kirchstetter's, S. 182, Note 6, daß zufolge des mit der Türkei geschlossenen Vertrags v. 5. Nov. 1868 auch die Montenegriener besitzfähig geworden sind, beruht auf einer Verkennung der Unabhängigkeit der suzeränen Staaten in inneren Angelegenheiten. Beweis dessen das eben citirte Gesetz in Ansehung der Moldau-Walachei.

bestbegünstigten Nationen (gleichgestellten) Unterthanen Italien's, Holland's, Frankreich's, Spanien's. (Ges. v. 23. April 1867. J. 108., v. 26. März 1867. J. 102., v. 11. Dezember 1866. J. 168., v. 12. Dezember 1871. J. 139.)<sup>6</sup> Ausgeschlossen sind:

d) Personen, die nicht die Wehrpflicht mit dem Grundbesitze übernehmen, ohne besondere behördliche Bewilligung vom Besitze von Realitäten in der Militärgrenze. J. 12. 13. u. 14. des Patents vom 7. Mai 1850. J. 243. R. G. B.

e) Personen, die nicht die besondere behördliche Bewilligung dazu haben, vom Besitze verbotener Waffen und Munitionsgegenstände; dann Personen, denen die Bewilligung zum Waffenbesitze durch die Behörde entzogen wurde, vom Besitze von Waffen überhaupt. §§. 8. 12., dann 41. 42. des Waffenpatents vom 24. Oktober 1852. J. 223. R. G. B.<sup>7</sup>

Dagegen sind die geistlichen Korporationen, welche früher durch die sogen. Amortisationsgesetze vom Eigenthumserwerbe unbeweglicher Güter ohne l. f. Bewilligung regelmäßig ausgeschlossen waren (vgl. die diesfalls früher bestandenen Vorschriften ausführlich bei Stubenrauch, I. S. 713. [474. der 2. Aufl.]), seit dem Konkordate (art. XXIX.) zum Eigenthumserwerbe fähig. Vgl. auch die Minist.-Vdg. v. 13. Juni 1858. J. 95. R. G. B. — Durch den Art. 6. des Staatsgrundgesetzes v. 21. Dezember 1867. J. 142. ist zwar

6) Vgl. noch Stubenrauch, I. S. 474 der 2. Aufl. Unbegündet ist die Behauptung Kirchstetter's, S. 181, daß diese Beschränkung der Ausländer mindestens dort nicht gilt, wo die Untheilbarkeit der Bauerngüter wegfiel. Denn einmal hat diese Beschränkung mit der Theilbarkeit des Grundes Nichts zu thun, sodann gilt nicht ohne Weiteres der Satz: cessante ratione legis cessat lex ipsa.

7) Vgl. Winivarter, II. S. 39. Monti, S. 81. Das cit. Gesetz spricht überall nur vom Besitze dieser Gegenstände, der §. 3. der Vollzugsvorschrift vom 29. Januar 1853. J. 16. R. G. Bl. vom „Rechte zum Waffenbesitze.“ Unter „Besitz“ ist wohl Besitz im Sinne des §. 309. A. b. G. B. zu verstehen, da derselbe von der Bewahrung und dem Besitze im fremden Namen in den §§. 10. 11. 13. 16. des Waffenpatentes unterschieden wird. Vgl. den Aufsatz von Bladika, G. J. 1855. Nr. 119. Theilweise and. Ansicht ist Unger, I. S. 370, der in Ansehung der verbotenen Waffen mit unserer Ansicht übereinstimmt, R. 35, dagegen das Wort „Besitz“ in dem Falle, wenn gewissen Personen das Recht zum Waffenbesitze überhaupt behördlich entzogen wurde, als Detention verstanden wissen will. R. 36. Wir finden im Gesetze keinen Grund zu dieser Unterscheidung; beide Fälle werden gleich behandelt. — Der Detentor Namens eines Besizfähigen ist nicht straffällig (§. 16. cit.). Der Detentor Namens eines Besizunfähigen wird als Mitschuldiger bestraft.

diese Fähigkeit stillschweigend anerkannt, jedoch werden „für die todte Hand Beschränkungen des Rechtes, Liegenschaften zu erwerben und über sie zu verfügen, im Wege des Gesetzes aus Gründen des öffentlichen Wohles“ als zulässig vorbehalten.

Ebenso sind die Israeliten gegenwärtig in allen Theilen des Kaiserstaates unbeschränkt zum Besitze von unbeweglichen Gütern befähigt. (Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867. §. 142. art. 15.)<sup>8</sup>

## Gegenstand, Erwerb und Verlust des Sachbesitzes.

### §. 10. Objekte des Sachenbesitzes.

Der §. 311. des Gesetzbuches bezeichnet alle Sachen, „welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind“, als möglichen Gegenstand des Besitzes. Hieraus ergibt sich, daß Sachen, welche kein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind (*res extra commercium*), auch kein Objekt des Besitzes sein können.<sup>1</sup>

8) In einigen Kronländern waren die Israeliten vom Besitze von Realitäten ausgeschlossen. Dies war der Fall in Oesterreich ob der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnten, Krain, Tirol und Vorarlberg, wo die Israeliten zu jedem Grundbesitze unfähig waren; in Galizien, Bukowina und Krakau, wo nur diejenigen Israeliten, welche Untergymnasien, Unterrealschulen, Handelsschulen, landwirtschaftliche Lehranstalten, Forst-, Berg- und nautische Schulen absolvirten oder den Offizierscharakter bekleideten, zum Realitätenbesitze fähig waren. In Nieder-Oesterreich, Böhmen, Mähren, Schlesien, Czernowitz, Ungarn, der serbischen Wojwodschaf und dem temesw. Banate, Kroatien, Slavonien, Siebenbürgen, dem Küstenlande und Dalmatien sind sie seit den k. Verordn. v. 18. Februar 1860. §. 45 R. G. B., und 28. Februar 1864. §. 26 R. G. B. unbedingt besitzfähig. Vgl. dazu Stubenrauch, I. S. 709 der 1. und S. 468 der 2. Aufl.

1) L. 23. §§. 1. u. 2. D. h. t. 41. 2. L. 15. D. de usurp. 41. 3. L. 19. D. ex quib. caus. 4. 6., vgl. Puchta, Rechtsf. II. S. 46. Ihering, Grund d. V. S. 143 fig. stellt, konsequent seinem Prinzip, daß der Besitz nur um des Eigenthums willen geschügt werde, den Satz auf: Der Besitz reicht so weit wie das Eigenthum, er reicht aber nicht weiter als Letzteres, m. a. W.: „die Grenzen der Möglichkeit des Eigenthums bilden auch die des Besitzes.“ S. 144. Indes ist nur so viel richtig, daß der Besitz nicht weiter reicht, als das Eigenthum: er reicht aber nicht so weit, wie das Eigenthum. Beweis dessen: daß der als Sklave besessene Freie keinen Besitz hat. §. 4. I. 2. 9. Allein auch so weit der von J. mit gewohnter Prägnanz aufgestellte Satz unbefreitbar richtig ist, beweist derselbe Nichts für dessen Grundprinzip, weil die Erklärung auch vom Stand-

Die Ausschließung gewisser Sachen vom Verkehre gründet sich theils auf natürliche Ursachen, theils auf positive Rechtsvorschrift.

I. Aus natürlichen Ursachen stehen außer allem Verkehre alle Sachen, welche der physischen Herrschaft des Menschen gar nicht unterworfen werden können. Dahin gehören die Luft, die fließende Wasserwelle und das Meer in ihrer Totalität;<sup>2</sup> denn einzelne Theile des Fluß- oder Meerwassers und selbst der Luft können allerdings Gegenstand des Verkehrs sein, sobald sie der physischen Herrschaft unterworfen wurden, z. B. in Kanälen, Wasserfängen.<sup>3</sup>

punkte der herrschenden Lehre möglich, ja naheliegend ist. Zwar bekämpft Ihering, S. 146, mit Recht die allgemeinen Suppositionen Savigny's (S. 124, 126, 127), welcher sich damit begnügt, die Fälle der objektiven und subjektiven Besizunfähigkeit „natürlich“ zu finden. Allein haben nicht jene Rechtsnormen, welche die Vermögensfähigkeit in subjektiver und objektiver Hinsicht beschränken, zwingenden Charakter? Gehört nicht auch der Besitz zum Vermögen? Fordert nicht auch der Besitz einen vom Recht anerkannten Willen, und kann das Recht einen Willen anerkennen und schützen, welcher sich mit jenen zwingenden Rechtsnormen in Widerspruch setzt? Darum sagt der Jurist: *Plurimum ex jure mutuatur possessio!* Vgl. L. 23. §. 2. D. h. t. und §. 1. R. 5, 8. Daß das Recht in solchen Fällen den Schutz versagt, ist daher nach der Savigny'schen Auffassung kein „reines Räthsel“; vielmehr würde die entgegengesetzte Behandlung eine Anomalie in sich schließen. Daß derselbe Grundsatz auch beim Rechtsbesitz gilt, ist im §. 24. d. V. hervorgehoben. — Dasselbe gilt nach sächf. Rechte, wie die Vergleichung der §§. 58. und 186. G. B. ergibt. Das preuß. L. R. enthält dagegen keine Beschränkung des Besitzes auf Sachen, die im Verkehre sind. Vgl. auch Koch, S. 107. Trotzdem ist Besitz und Erziehung an ihnen ausgeschlossen. Förster, §. 159. R. 4. Vgl. auch art. 690. d. ital. C.

2) Man könnte, ohne fehzugreifen, noch nennen: die Erdoberfläche in ihrer Totalität; denn Grund und Boden ist nur in einzelnen Theilen, die erst durch Abgrenzung, Bearbeitung u. s. f. geschaffen werden müssen, Objekt von Rechtsverhältnissen. Vgl. §. 17. Note 6.

3) L. 2. D. de div. rer. 1. 8. *Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa aer, aqua profluens et mare, et per hoc litora maris.* Insbesondere ist die fließende Wasserwelle in ihrer Beweglichkeit kein Verkehrsgegenstand; anders, wenn das Flußwasser durch Stauung stehend gemacht wird. Vgl. Gerber, D. P. R. §. 61. Unger, I. S. 361. Stobbe, D. P. R. §. 64. — Vgl. nun das österr. Reichswassergesetz v. 30. Mai 1869. §. 93 R. G. und die auf Grund desselben erlassenen Landesgesetze. (Ueber die Literatur s. R. 8.) Nicht nur in öffentlichen, auch in Privatgewässern steht die fließende Welle Jedermann zum Gebrauche offen — selbstverständlich unter Benützung der dazu erlaubten Zugänge. (Vgl. §§. 15. und 16. der L. W. G.) Als Eigenthum des Grundbesizers sind dagegen erklärt: Quellen, atmosphärische Niederschläge, Brunnen, Teiche und ähnliche Wasserbehälter und die Abflüsse aus diesen Gewässern, solange sie das Eigenthum des Grundbesizers nicht verlassen und sich nicht in ein öffentliches Wasser ergossen haben. (§. 4. W. G.) — Der senkrechte Luftsraum über einem Grundstücke (zu unterscheiden von der darin

Luft, Welle und Meer stehen Allen zum Gebrauche offen; sie sind *res omnium communes* und mit Rücksicht auf die Unterwerfbarkeit der Theile *res nullius* im weiteren Sinne.

II. Durch positive Rechtsvorschrift sind vom Verkehre ausgeschlossen: <sup>4</sup>

a) Alerarische Monturstücke, indem diese, wo immer sie angetroffen werden, ohne alle Rücksicht in Beschlag zu nehmen sind. Hofkanzleidekret vom 15. Dezember 1800. (Vgl. d. bei Stubenrauch I. S. 703. [467. d. 2. Aufl.] cit. Verordnungen.) Nur durch Verfügung der kompetenten Behörde können dieselben in zerstücktem Zustande in Privatbesitz übergehen.

b) Ausländische Lotterieloose, deren Besitz durch die §§. 24. und 25. des Lottopatents vom 13. März 1813 und das Hofkmd. v. 7. Juni 1826., B. G. S. 54. B. S. 56. verboten ist. <sup>4a</sup> Dies gilt selbst von ausländischen Staatsloosen, sofern der Looseinsatz verloren geht. (F. M. E. vom 26. Januar 1852. Z. 13435.) Vgl. §§. 438 flg. G. Str. G.

c) Sachen, deren Einfuhr bei sonstiger Confiskation verboten ist, z. B. verbotene Bücher.

befindlichen Luft) gehört, so wie der darunter befindliche Grund in die Tiefe, insofern dem Eigenthümer des Grundes, als er die Benützung desselben durch Dritte, z. B. durch vorspringende Bauten, unterirdische Keller verbieten kann, §. 297. N. b. G. B. Vgl. Unger, I. S. 363. Förster, §. 159. N. 3. Erner, S. 23 flg. Dabei ist nicht zu verkennen, daß der „Luftstraum“ kein saßbares Objekt ist.

4) Während die sub I. angeführten Sachen in Niemandes Eigenthume sich befinden, können die sub II. angeführten Sachen allerdings im Eigenthume stehen, sei es des Staates, z. B. Monturstücke, Flüsse, Straßen, oder von Gemeinden, z. B. Gemeindegüter, oder von Personen, welche nicht dem Territorial-Rechte unterstehen, nämlich der mit Repräsentativcharakter bekleideten Abgeordneten fremder Staaten, z. B. ausländische Lotterielose. Vgl. noch Schiffner, §. 67.

4a) Vgl. Winigarter, II. S. 39. Rippel, III. S. 62. Dagegen behauptet zwar Unger, I. S. 366, N. 16, daß an solchen Lotterielosen Eigenthum und Besitz möglich, und daß nur deren entgeltliche Veräußerung verboten sei; aber wohl mit Unrecht, da das legitimirte Verbotsgesetz die sofortige Vernichtung oder Uebergabe dieser Loose an die Behörde verordnet, hiemit sie dem Verkehre absolut entzieht. Für den Fall einer unentgeltlichen Erwerbung von Ausländern, z. B. im Wege des Vermächtnisses, wäre die Bewilligung der Finanzbehörde zu erwirken, und im Verweigerungsfalle deren Veräußerung im Auslande zu bewirken. — Der F. M. E. v. 4. Februar 1860. Z. 33 ändert an jenem Verbote nichts. Vgl. auch Stubenrauch a. D. Schiffner, §. 67.

d) Menschliche Leichname, die lediglich unter dem Schutze der Sitte und des öffentlichen Rechts stehen. Vgl. §. 306. Strafges. <sup>4b</sup>

e) Alle öffentlichen (regelmäßig im Eigenthume des Staates oder der Gemeinde stehenden) Sachen, welche zum allgemeinen Gebrauche bestimmt sind (*res publicae, quae in communi usu habentur*). Die freie Benutzung derselben durch Jedermann <sup>5</sup> schließt den Erwerb von Privatrechten zwar nicht gänzlich, aber doch insofern aus, als die Ausübung derselben mit dem Gemeingebrauch an diesen Sachen unverträglich wäre. (Vgl. §. 287.) <sup>5a</sup> Dahin gehören:

4b) Der Verkauf derselben ist daher ungiltig. §. 878. B. G. B. Nur das menschliche Gerippe kann als Gegenstand des Verkehrs angesehen werden. Vgl. Wächter, Pr. R. II. S. 285. Wappaus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, S. 48 — abweichend Dernburg, §. 67. N. 1.

5) Der §. 287. u. 288. sagt zu enge: Sachen, welche allen Mitgliedern des Staates . . . ., einem jeden Mitgliede der Gemeinde zum Gebrauche dienen. Daß im §. 288. von *res communitatis, quae in communi usu* sind, die Rede ist, ergibt sich aus der Vergleichung der §§. 287. u. 288. So auch nach preuß. L. R., vgl. 14. II. §. 21., 11. II. §§. 160. 170. 183., dazu Dernburg, §§. 67. 252. Es gibt aber neben dem Gemeingute und dem Gemeinvermögen noch eine dritte Gattung von Gemeindsachen, welche im Eigenthume der Gemeinde als solcher stehen, und deren Genuß wirklich nur den Gemeindegliedern oder einzelnen Klassen derselben zusteht, z. B. Gemeindegüter, Gemeindegüter, die jeder Bauer oder Bürger, nicht aber Andere, z. B. Häusler oder gar Nichtgemeindeglieder für sich benützen dürfen. Auch Sachen dieser Gattung stehen im Eigenthume der Gemeinde (vgl. die in der Hauptsache auch in die neuen Landesgemeindegeseze [siehe z. B. §. 70. des böhm. L. G.] übergegangenen Bestimmungen der §§. 74. 75. des Gemeindegesez. v. J. 1849); den Einzelnen stehen nur gewisse Benützungrechte aus ihrer Qualität als Bürger, Bauern u. s. f. zu, und wird daher dieses Benützungrecht von der Gemeinde regulirt. (§. 74. cit.: „Der Gemeindegesez hat darauf zu sehen, daß kein Gemeindeglied aus dem Gemeingute einen größeren Nutzen zieht, als zur Deckung seines Bedarfs nothwendig ist.“) Diese Sachen mochten ursprünglich bei uns wie in Deutschland den einzelnen Markgenossen (Bauern) und nicht der Gemeinde als solcher zugestanden haben. In einzelnen Fällen läßt sich dies beweisen. Vgl. Stampfl, Zeitschr. f. Rot. 1875. N. 17, der indeß mit Unrecht auch heute noch Mitigenthum der Nutzungsberechtigten annimmt. Aber allmählig ist mit der Entwicklung des Begriffs der Gemeinde als politischer Korporation unmerklich diese selbst Eigenthümerin des Vermögens geworden. Vgl. über diesen Gergang Gerber, Privatr. §. 51. Renaud, Z. f. deutsch. R. IX. 1. Reyscher, ebend. XVI. S. 166 flg. Stobbe, §. 55.

5a) Darum heißt es im §. 287. im Gegensatz sowohl zu den herrenlosen als zu den im ausschließenden Privateigenthume des Staates befindlichen Sachen (*patrimonium civitatis*): „Sachen, die ihnen (den Mitgliedern des Staates) nur zum Gebrauche verstattet werden, als Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seebäfen und Meeresufer, heißen ein allgemeines oder öffentliches Gut“

1) öffentliche Gewässer. Als solche (somit als öffentliches Gut) erscheinen nach dem Reichswassergesetze vom 30. Mai 1869, §. 93. R. G. Bl. (SS. 2—7.) Flüsse und Ströme von der Stelle an, wo deren (wirkliche) Benutzung zur Fahrt mit Schiffen und Flößen beginnt;<sup>6</sup> außerdem aber auch die nicht befahrenen Strecken

(im Gegensatz zum Staatsvermögen). Nähnlich war es schon im röm. Rechte, §. 2. I. 2. 1. L. 5. pr. L. 6. §. 1. D. 1. 8., dazu Buchta, Pand. §. 35. Arndts, §. 49. Brinz, §. 50. Böcking, §. 71. und besonders Windscheid, §. 146., der sich mit Recht gegen die von Keller-Ihering in einem Gutachten bezüglich der Basler Festungswerke aufgestellte, von Ihering, Geist des R. R. III. S. 334 und Grund d. B. S. 150 flg. neuerlich motivirte Ansicht ausspricht, welche alle öffentlichen Sachen als eigenthumsunfähig erklärt und behauptet, daß dieselben nur dem Hoheitsrechte des Staates unterworfen sind. Ihering a. a. D. anerkennt nun zwar, daß sich gewisse unzweifelhaft privatrechtliche Befugnisse des Staates, wie der „Anfall“ des Eigenthums nach behobenem Gemeingebrauch, der Bezug von Neben- und dergl. nicht aus dem Hoheitsrechte des Staates (wie Keller meinte) erklären lassen; er läugnet nur, daß die res publicae, welche auch nach seiner Ansicht dem Staate „gehören“, Eigenthum desselben sind. Allein welcher Art soll denn das Privatrecht sein, das dem Staate gebührt? Es kann nur Eigenthum sein, und die von Ihering, S. 153, hervorgehobenen Besonderheiten (Ausschluß der Usufraction, der Servituten u.) erklären sich aus der öffentlich rechtlichen Bestimmung derselben, dem Gemeingebrauch zu dienen. Soweit diese Bestimmung nicht entgegensteht, können an solchen Sachen sogar Privatrechte erworben werden, z. B. Servituten, vgl. L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. Der usus jure civitatis in L. 2. §. 2. D. 43. 8. bedeutet: Gebrauch auf Grund des öffentlichen Rechts. Die Analogie der res sacrae et religiosae ist durchaus unanwendbar, da diese Sachen Niemandem (deo!) gehörten, dem Verfehr total entzogen waren (vgl. L. 30. §. 1. D. de poss. §§. 7—9. I. de R. D. 2. 1.), während sie heutzutage im Privateigenthum der Kirchen oder Gemeinden stehen. Vgl. auch Dernburg, P. P. R. §. 67. und Rechtsgutachten über den Streit bez. der Festungswerke Basel (1862). Windscheid, a. a. D. §§. 146. u. 147. Wappäus, a. a. D. S. 29 flg., 100 flg. Arndts, §. 49. Stobbe, D. P. R. §. 64. Roth, Bayr. C. R. §. 116. R. 15. Brinz, §§. 127. 128. (2. N.). Auch ist nicht zu übersehen, daß dem rechtlichen „Gehören“ ein vom Besitz verschiedenes faktisches „Gehören“ entsprechen müßte, und daß die res, quae publico usui destinatae sunt, ebenfugut Privatpersonen „gehören“ können, so namentlich Brücken, öffentliche Durchfahrten u. Das deutsche R. G. v. 25. Mai 1873 anerkennt Eigenthum des deutsch. Reichs an den dort genannten öff. Sachen. S. Mandry, C. Arch. 60. S. 8. — Das Keller'sche „Hoheitsrecht“ sucht in neuer Form — der des publizistischen Eigenthums, zu verteidigen G. Eisele, Rechtsverhältniß der res publ. etc.; dagegen Sölder, Krit. V. J. Schr. 16. S. 443. Windscheid, §. 146. R. 17. (Vgl. noch böhm. St. R. F. 37.) Anderer Ansicht ist Unger, I. S. 369, der die res publicae, quae in communi usu sunt, nicht zu den res extra comm. zählen will, und dadurch mit dem von ihm selbst S. 365 festgehaltenen Grundsatz in Widerspruch geräth. Unsere Kommentatoren begnügen sich mit der Widrigkeit des bloßen Gesetzes. Vgl. übrigens auch §§. 1456. u. 1457. G. B.

6) Das Gesetz legt nicht auf die Schiff- oder Flößbarkeit, sondern sonderbarer Weise auf die wirkliche Benutzung der Flüsse zur Fahrt mit Schiffen und

der Flüsse, sowie Bäche und Seen und andere fließende oder stehende Gewässer, soweit sie nicht in Folge gesetzlicher Bestimmung oder besonderer Privatrechtstitel Jemandem „zugehören.“<sup>6a</sup> Hiernach trifft die Beweislast, daß ein fließendes oder stehendes Gewässer Jemandem auf Grund eines Privatrechtstitels „zugehört“, denjenigen, der dies behauptet.<sup>6b</sup> Unter dem „Eigenthum“ an Gewässern — denn nichts Anderes bedeutet das „Zugehören“ — ist aber nicht ohne Weiteres Eigenthum im Sinne des §. 354. des G. B. zu verstehen, sondern nur Eigenthum am Flußbett und die Gesamtheit der Privatrechte, welche Jemandem in Ansehung der Benutzung der Gewässer und des Bezugs der Neben- und dergl. derselben (Fischerei u.) zustehen. Da diese Benutzung auch bei Privatflüssen jenen Beschränkungen unterliegt, welche durch die aus dem Zusammenhange und der Unentbehrlichkeit des Wassers hervorgehenden öffentlichen Rücksichten geboten sind (§. 10. W. G.), ja mit Rücksicht auf die derselben in den §§. 11. 12. 16. 17. 42. der Landeswassergesetze gezogenen Grenzen im Wesen auf eine dem öffentlichen Interesse und jenem der Anrainer unschädliche Wasserbenutzung und den Bezug der Neben- und dergl. zusammenschumpft, so gelangen wir auch für das österr. Wasserrecht in der Hauptsache zu einem Ergebnisse, das dem allein richtigen Standpunkt des römischen Rechts:

Flößen entscheidendes Gewicht und maßgebend ist diesfalls der Tag, an welchem das Reichsgesetz in Wirksamkeit trat, d. i. der 24. Juli 1869. Diese dem bayr. Wassergesetz entnommene Bestimmung ist um so auffälliger, als nach dem bisherigen Rechte alle schiff- und flößbaren Flüsse als öffentliches Gut behandelt wurden. Vgl. das Hofdekr. v. 14. Juni 1776. So kann denn der Fall eintreten, daß der Staat nach Jahrzehnten wird schiffbare Flußstrecken gegen schweres Entgelt expropriiren müssen, obwohl sie bis zum 24. Juli 1869 öffentliches Gut waren. (Vgl. §. 6. des W. G.) Das preuß. L. R. II. 14. §. 2. erklärt die von Natur schiffbaren Ströme u. für ein gemeines Eigenthum des Staates, der Code civ. art. 538. bezeichnet die schiffbaren und flößbaren für „dépendances du domaine public“; das bayr. W. G. von 1852 art. 2. zählt nur die zur Schifffahrt und Floßfahrt dienenden Flüsse zu den öffentlichen Gewässern. Vgl. Roth, bayr. Civ. R. §. 116. cfr. §. 110. Stobbe, D. P. R. §. 64. Dernburg, §. 252.

6a) Das Gesetz vermeidet zwar den noch in der ursprünglichen Regierungsvorlage vorkommenden Ausdruck „Eigenthümer“ des Gewässers und gebraucht die Redewendung: der, „dem das Gewässer zugehört“, aber in der Sache sollen offenbar beide Ausdrücke dasselbe bedeuten. Vgl. auch Lemayer's, Ger. Ztg. 1869. Nr. 41 flg. treffende Kritik des Entwurfs.

6b) Bei der Schwierigkeit des Beweises wird allerdings die Deffentlichkeit der fließenden Gewässer die Regel bilden. Bei befahrenen (schiffbaren) Gewässern (§. 2. des W. G.) kann der Privattitel nur auf einem Privilegium beruhen.

omnia flumina sunt publica (bis auf den Bezug der Neben-  
nutzungen) nahezu vollkommen entspricht. Will man die Summe  
der Jemandem an einem Gewässer zustehenden Rechte „Eigenthum“  
nennen, so ist dagegen Nichts einzuwenden, sofern man nur nicht  
den technischen Eigenthumsbegriff unterlegt. Wirkliches Eigenthum  
ist nur an Einer Klasse von Gewässern denkbar, nämlich an stehen-  
den, auf Grund und Boden des Besitzers eingeschlossenen Ge-  
wässern, als da: an Quellen, Brunnen, Teichen, Canälen, Cisternen,  
atmosphärischen Niederschlägen, von denen der §. 4. des W. G.  
spricht.

Dem Eigenthumsbegriff an Gewässern entspricht der Besitzbegriff,  
als die realisirte Möglichkeit der faktischen Ausübung der obenge-  
nannten Rechte. Das Flussbett öffentlicher Flüsse ist Eigenthum<sup>6c</sup>  
und kann auch im Besitze des Staates sein, soweit die strömende  
Welle die Ausübung der faktischen Herrschaft, wie solche bei der  
wirtschaftlichen Bedeutung desselben realisiert zu werden pflegt, nicht  
ausschließt. (Vgl. die in der Note 8. angeführten gerichtlichen Ent-  
scheidungen.)<sup>6d</sup> — Eigenthum und Besitz von Privaten ist jedoch  
(außer dem Falle eines Privilegiums) an öffentlichen, mit  
Schiffen oder Flößen befahrenen Flüssen nicht möglich. Vergl.  
§§. 287. u. 311. A. b. G. B.<sup>7</sup> Dagegen scheint es, daß im Sinne

6c) Vgl. auch Dernburg, §. 252. Roth, Bayr. P. R. §. 116. II. —  
während Viele für das R. R. Staatseigenthum am Flussbette mit Recht läugnen.  
Vgl. Hesse, S. 191. Wappäus, S. 20 flg. Stobbe, S. 439. Richtig scheidet  
Besitz am Flussbette und an der Wassermelle die Entsch. d. D. O. S. R. 742 der  
Samml. Gl.-u.-W.

6d) Zu allgemein lautet L. 3. §. 17. D. de poss.: Labeo et Nerva respon-  
derunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occu-  
paverit. Gewiß sehen die Respondenten größere Ströme voraus, da sie Fluss und  
Meer gleichstellen. Oder will man behaupten, daß die faktische Herrschaft über das  
Bett eines seichten, zeitweilig versiegenden Flusses unmöglich sei? Und wie bei sperr-  
baren Canälen, die denn nach L. 1. §. 8. D. de flum. 43. 12. doch auch publicae  
fossae sind? Bekanntlich benützen Staat und Private den Sommer hindurch nicht  
selten das Flussbett von Gebirgsflüssen oder Theile desselben. — Bezüglich des Boden-  
see's ist die Öffentlichkeit anerkannt in Seuff. Arch. 28. B. 7.

7) Wenn in der Entsch. d. böhm. D. L. G. v. 24. Februar 1857 (Ger. Ztg.  
1857. Nr. 83) Besitz der ehem. Herrschaft S. am Elbflusse angenommen und der  
Aufbau eines Wehres als Störung des Besitzes behandelt wird, so gründet sich dieses  
Erkenntnis auf den Umstand, daß der Herrschaft das Eigenthum an allen, das Ge-  
biet derselben durchströmenden Flüssen durch Privilegium des Landesfürsten er-  
theilt wurde. Der richtige Gesichtspunkt ist in der erstirhterlichen abweislichen Ent-  
scheidung ganz verfehlt.

des §. 3. des Wassergesetzes Besitz von Privaten an den der  
Schiffahrt nicht dienenden Flüssen anzuerkennen ist, auch wenn der  
Besitzer nicht nachzuweisen vermag, daß ihm das Gewässer zufolge be-  
sondern Privatrechtstitels „zugehört“.<sup>7a</sup> Umso mehr ist der Besitz von  
Privatpersonen an Flüssen der letztgenannten Gattung dann zu schützen,  
wenn dieselben zufolge gesetzlicher (ehedem auch gewohnheitsrechtlicher)  
Bestimmung oder zufolge spezieller Privatrechtstitel Jemanden „zu-  
gehören“ (§§. 3. u. 4. lit. d. W. G.), wobei selbstverständlich  
die Frage, ob der Besitzer auch Eigenthümer sei, nicht eingemengt  
werden darf.<sup>8</sup>

7a) Während nämlich §. 3. Absatz 1 des W. G. auch die nicht zur Fahrt mit  
Schiffen und Flößen dienenden Flüsse für öffentliches Gut erklärt, fügt der Absatz 2  
desselben §. hinzu: „Die den Besitz schützenden Vorschriften des allg. bürgerl. Rechtes  
werden hierdurch nicht berührt.“ Dieser Beisatz enthält insofern eine Anomalie,  
als dadurch Besitz an Objecten geschützt werden soll, welche nach §. 311. A. b. G.  
B. gar nicht Gegenstand des Besitzes sind, da doch nach §. 3. des W. G.  
die Vermuthung dafür spricht, daß alle Gewässer „öffentliches Gut“ (§. 287. G. B.)  
sind. Nach der Absicht der Gesetzgebung hat dieser vom Herrnhaufe eingeschaltete  
Vorbehalt den Zweck, den Besitz selbst dann zu schützen, wenn die privatrechtliche  
Eigenschaft des Gewässers nicht nachgewiesen ist. Gerade das Gegentheil behauptet  
Monti, S. 105. Näheres in meiner Schrift: Wasserrecht S. 19. Nr. 2 und  
S. 47. Nr. 1. Unklar ist der Spruch Nr. 32 Spruchrep. (Nr. 4806 Samml. Gl.-  
u.-W.): „Der 2. Abf. des §. 3. R. W. G. will nur (?) die im 1. Absatz beigefügte  
Ausnahme auch auf den nach dem bürgerl. Recht zu schützenden Besitz ausdehnen.“  
Vgl. noch Judikat Nr. 86 u. §. 7d. Note 56 h.

8) Die Frage über das sog. Eigenthum an Flüssen ist eine schwierige. Ueber  
das gemeine Recht vgl. Schwab, Arch. 30. Beilage, bes. Börner, Arch. 38.  
S. 148—185, 359—379, welcher alle fließenden Gewässer für öffentliche erklärt  
(nach röm. wie nach deutsch. R.), ein Eigenthum des Staates am Flussbette läugnet,  
da hieraus der Anfall der entstandenen Insel an den Staat gefolgert werden müßte,  
und für alle öffentlichen Flüsse den Gemeingebrauch „vom Wasser aus“ bestimmt.  
Vgl. ferner Bluntzschli, §. 75. Gerber, D. P. §. 63. Windscheid, §. 146.  
Note 9. Walter, D. P. §§. 171. 172. Holzschuber-Kunke, Gem. Civr.  
II. §. 92. Staß, Wasserrechtl. Gesetzb. (1856). Hesse, in Jhering's Jahrb.  
VII. S. 179 flg. Rappeler, Rechtsbegriff d. öff. Wasserlaufs. Stein, Verwalt.  
R. II. S. 153. Köstler, Verwalt. R. §. 214. Pözl, Krit. V. Schr. 1859. I.  
S. 23 flg. Stobbe, P. R. §. 64. Roth, §. 282 flg. — und für das österr. Recht  
bes. Lemayer, Ger. Ztg. 1869. Nr. 41—47, u. Jieinöky, Vodní právo (Wasser-  
recht 1870), neueß. Randa, Beitr. z. österr. Wasserrechte (2. A. 1878), Schiffer,  
§. 67., von Aelteren: Kaleffa, Jurist. XVI. S. 32. Weiske, Hain. Magazin  
VI. S. 36 flg. Rhota, Ger. Zeit. 1857. Nr. 82. 83. 131. Pelikan, Ger. Z.  
1857. Nr. 115. Stubenrauch, S. 702 und 789. Das R. Wassergesetz vom  
30. Mai 1869 und die auf Grund desselben erlassenen Landeswasserseze erklären  
bloß die mit Schiffen und Flößen befahrenen Flussstrecken für öffentliches Gut,  
andere Flussstrecken, Flüsse und Bäche nur alsdann, wenn dieselben nicht zu Folge

Sobald das Flußwasser gefriert, hört der Grund auf, welcher die fließende Wasserwelle dem rechtlichen Verkehr entzieht. Das Eis

gesetzlicher Bestimmung oder besonderer Privatrechtstitel Jedem zugehören (§§. 2. und 3.). Als dem Grundbesitzer zugehörig werden erklärt: die auf dessen Grund findlichen Quellen, atmosphärischen Niederschläge, Brunnen, Teiche und die Abflüsse derselben, so lange sie nicht das Eigenthum desselben verlassen haben (§. 4.). Privatflüsse sind, soweit nichts Anderes nachgewiesen wird, als Zugehör derjenigen Grundstücke zu betrachten, über welche oder zwischen welchen sie fließen. (§. 5. Diese Vermuthung setzt aber offenbar voraus, daß die Qualität des Privatcharakters des Gewässers bereits erwiesen vorliegt.) Im Uebrigen sind also die in den einzelnen Ländern bisher geltenden Privatrechte an fließenden Gewässern, insbesondere soweit sich dieselben auf die Landesverfassung gründen, aufrecht erhalten. In manchen Fällen kann der Nachweis des Privateigenthums aus den öffentlichen Büchern (in Böhmen namentlich aus der Landtafel) geführt werden; auch die Erziehung wird manchmal ihren Dienst nicht versagen. Aber abgesehen von diesen Fällen wird der diesfällige Rechtszustand ein höchst schwankender und selten sicherzustellender sein. Vgl. auch Lemayer, a. a. D. Nr. 43. — Unsere Schriftsteller stellen darüber die widersprechendsten Ansichten auf. Stubenrauch, a. a. D., hält nicht öffentliche Flüsse für Eigenthum der Urrainer, was aber unmöglich ist, weil sonst diese nicht erst die entstehende Insel offupiren müßten, um das Eigenthum derselben zu erwerben, §. 407. des G. B. (Anderes allerdings nach röm. R., nach welchem das Bett von öffentlichen Flüssen diesfalls als Fortsetzung des Ufergrundes betrachtet wird. Vgl. Puchta, §. 165. Windscheid, §. 146. Note 11. Börner, a. D. S. 180.) Die Berufung Stubenrauch's auf die §§. 477. 496. A. b. G. B. bietet offenbar keinen Beleg; sie können sich ebenso gut auf Quellen beziehen; der §. 854. aber anerkennt bloß die Möglichkeit eines Privateigenthums der Urrainer an nicht schiffbaren Gewässern; enthält aber keine Entscheidung über die Frage, ob alle Privatflüsse von Rechtswegen den Ufereigenthümern gehören. — Vota bezeichnet die Wasserrechte vor 1848 als Regal der ehem. Obrigkeiten und glaubt, daß das Eigenthum an fließenden Gewässern seitdem an die Gemeinden überging, — was rein aus der Luft gegriffen ist. Wildner, Dester. Fabrikar. S. 316. Lemayer, Nr. 43. Jičinský, S. 65 flg. erklärten alle fließende Gewässer für öffentliche (§. 287. G. B.); allein das h. G. B. wollte doch erworbene Rechte (§. 5.) nicht aufheben? — Meine Ansicht ist: Schiffbare Flüsse (vorm regal) sind seit Erlaß des A. b. G. B. öffentliches Gut (§. 287.). Nicht schiffbare Flüsse sind wohl in den meisten sog. deutschen Erblanden Regal der ehem. Obrigkeiten, deren Gebiet sie durchströmen, und hieran wurde durch die Entlastungsvorschriften nichts geändert. Jenes Regal enthält nicht sowohl das Eigenthum am Flußbette, als vielmehr gewisse Benützungrechte, namentlich das Fischereirecht. Die nähere Begründung s. in meinem Wasserrecht S. 9 flg. In diesem Sinne lauten auch die rechtlichen Gutachten der böhmischen Finanzprokurator vom 28. Mai 1855 und 23. Dezember 1858, welche sich auf die historische Entwicklung des Grundeigenthums der Unterthanen, die Steuerrollen, die Observanz und §. 2. des Landtafelpatentes stützen. So auch die noch nicht veröffentlichte Entsch. des obersten G. S. vom 21. November 1861 §. 7350 Böhmen betreff. In Galizien ist mit Verordn. vom 21. März 1771 die wilde Fischerei in den öffentlichen Flüssen als obrigkeitliches Recht erklärt und dasselbe bis heute in Geltung. Vgl. Erf. d. D. G. S. v. 1. Oktober 1873. Ger. Zeit. 1874. Nr. 60. Ueber ähnliche Gestaltungen des deutschen Rechts vgl. Stobbe,

in öffentlichen Flüssen ist jedoch ebenjogut Gegenstand des Gemeingebrauchs und insbesondere der Jedermann (unter Beobachtung der Polizeivorschriften) freistehenden Zueignung, wie vor dem das Schöpfen des Wassers, die Gewinnung von Pflanzen, Schlamm, Sand, Jedermann freistand. (Vgl. §. 15. der L. W. G.) Es gibt daher keinen den Gemeingebrauch ausschließenden Privatbesitz am Eise öffentlicher, der Schifffahrt dienender Flüsse und ebensowenig einen Besitz des Privatrechts, das Eis solcher Flüsse ausschließlich zu benutzen oder sich zuzueignen, den Fall eines Privilegiums ausgenommen.<sup>9</sup> (Ein solches Privilegium hat z. B. die Stadt Prag rücksichtlich der Moldau im Weichbilde der Stadt.) — Den die gleiche Benutzung durch Jedermann nicht ausschließenden Gebrauch regelt gemäß der öffentlichen Natur des Gemeingebrauchs nicht das Gericht, sondern die Polizeibehörde.

Dagegen kann die Eis- und anderweitige Nutzung der nicht der Schifffahrt (Flößerei) dienenden Flüsse nach §. 3. W. G. allerdings Gegenstand des Privatbesizes sein (vgl. Note 7<sup>a</sup>), und ist alsdann der Gemeingebrauch dem entsprechend eingeschränkt. Nur der Gebrauch des fließenden Wassers zum Baden, Waschen, Schöpfen, Tränken etc., soweit derselbe mit Benutzung der erlaubten Zugänge stattfinden kann, ist auch bei Privatflüssen Jedermann gestattet. (§. 16. der L. W. G.)

2) Öffentliche Wege und Plätze, denen die zum allgemeinen Gebrauche bestimmten Gemeindewege und Plätze, Gassengründe und Trottoire, Spazieranlagen, Brunnen u. d. rechtlich

§. 64. Bluntzschli, §. 75. 3.) Auch der Entwurf des Fischereigesetzes anerkennt die nach älterem Recht erworbenen Fischereirechte. In einem Fall (Právník 1876. S. 10 flg.) entschieden alle drei politischen Instanzen für die Öffentlichkeit eines Baches; m. G. wird dadurch der Entscheidung der Gerichte nicht präjudicirt. S. Nr. 10e.

9) Vgl. die Entsch. im Právník 1862. S. 323, mit welcher das Wjchekbrader Kapitel mit der Klage auf Schutz im Besitze des ausschließlichen Rechtes zum Eisbauen im Moldauflusse abgewiesen wurde. U. R. war das böhm. D. L. G., welches das abändernde Erkenntnis in folgender Weise motivirte: „Obgleich der Moldaufluß nach §§. 287. u. 311. A. b. G. B. nicht Gegenstand des Privatbesizes sein kann, so ist damit doch nicht (?) ausgeschlossen, daß ein Theil desselben im factischen Besitze sein könnte.“ — Daß in Ansehung öffentlicher Flüsse dergleichen private Benützungrechte, bes. Privatfischereirechte auf Grund von Privilegien, Konzessionen etc. bestehen können und possessortich zu schützen sind, wird natürlich nicht geläugnet. Vgl. Seuff. Arch. 28. B. 164.

gleichgestellt sind. §. 287. 288. A. b. G. B.<sup>10</sup> Sachen dieser Art sind in der Regel im Eigenthum des Staates, Landes, Bezirks oder der Gemeinde und das Eigenthum daran ist lediglich durch deren Bestimmung, dem Gemeingebrauch zu dienen, beschränkt.<sup>10a</sup> Art und Maß des Letzteren richtet sich nach der Zweckbestimmung und wird derselbe durch das Jedermann zustehende gleiche Benutzungsrecht näher bestimmt. Selbstverständlich können die näheren Voraussetzungen des Gemeingebrauchs polizeilich festgestellt werden.<sup>10b</sup> Ja selbst Privatgrundstücke können dem Gemeingebrauch dienen, z. B. Privatbrücken (Aktienbrücken!), Durchhäuser.<sup>10c</sup> Es bedarf

10) Vgl. schon d. böhm. Stadtrechte (1597) F. XXXVII. §. 1.: „Straßen, Fußsteige, Durchgänge durch Häuser, Durchfahrten, Landwege und derlei Sachen, welche dem allgemeinen Gebrauche von Altersher zugeeignet gewesen, soll Niemand sich zueignen.“ — Wächter, II. §. 44. Unger, I. S. 365, R. 13 und S. 369, R. 31, zählen zwar die öffentlichen Wege nicht unter die dem Verkehr entzogenen Sachen, weil dieselben veräußert werden können. Allein die Veräußerung ist auch rückfichtlich öffentlicher Flüsse möglich, welche doch von beiden unter die dem Verkehr entzogenen Sachen gerechnet werden. Die Möglichkeit dieser Veräußerung ist aber erst dann vorhanden, nachdem diese Sachen durch den Spruch der kompetenten Behörde, ihrer Bestimmung zum allgemeinen Gebrauche zu dienen, entzogen worden sind. So lange dies nicht der Fall ist, ist die Erwerbung von Privatrechten daran mit dem Begriffe einer res publica regelmäßig unvereinbar. Vgl. auch Puchta, im R. Ler. S. 46. Pachmann, a. a. O. S. 80. Arndts, §. 49. Böcking, P. §. 71. Sintenis, §. 40. R. 4. Seuffert, §. 57. und neuerlich besonders Windscheid, §. 146. S. auch Schiffner, §. 67.

10a) Dies folgt aus den §§. 286—288., welche wie die §§. 7. 8. II. des Entwurfs den Unterschied zwischen Staats (Gemeinde)-Gut und Staats (Gemeinde)-Vermögen lediglich in jener Bestimmung erblicken, folgt weiter aus dem §. 290. G. B. und für Böhmen überdies aus der Landesverfassung (Stadt R. F. 37. und Bl. Landesord. art. 552.), auf welche der §. 288. G. B. verweist; folgt endlich aus dem §. 74. des Gemeindegef. v. 1849 (ähnlich die neueren G. D.). Vgl. Jäckel, die Streitfrage über die Benutzung der Prager Gassengründe durch die K. Gasanstalt (1869), ferner Brunß, in Holzendorff's Encycl. II. S. 339. Roth, §. 116. und oben Note 5a. Pfandrechte an öffentlichen Wegen anerkennt die Entsch. Seuff. Arch. 31. Nr. 108.

10b) In Ansehung des Gassengrundes beschränkt sich daher der Gemeingebrauch auf die Benutzung zum Fahren und Gehen, und kann nicht etwa auf die Benützigungen zu Privatwasserleitungen, zur Anlage von Gasröhren und dgl. ausgedehnt werden, wie irrig die böhm. Statthalterei mit Erlaß v. 24. Oktober 1867 im Streite der Karolinenthaler Gasanstalt mit der Stadtgemeinde Prag annahm. Mit Recht verwies das Staatsministerium den Servitutsanspruch der Ersteren auf den Rechtsweg.

10c) Vgl. schon L. 2. §§. 21—23. D. 43. 8.; dazu Wappäus, S. 27, f. auch §. 26. des Forstgef., §. 8. des Wassergef. Schon die böhm. Stadtrechte F. 37. führen öffentliche Hausdurchfahrten neben den Straßen an. Ein Theil des Waldsteinplatzes in Prag ist Privateigenthum der W.'schen Familie; die neue Donau-

keiner Erwähnung, daß der Gemeingebrauch nicht unter den Begriff der Servitut oder irgend welchen Privatrechtes fällt, sowie, daß die Ausübung des Gemeingebrauchs nicht durch die Gerichte, sondern durch die Administrativbehörde zu schützen ist.<sup>10d</sup>

Darüber, ob der Weg ein öffentlicher sei, hat im Falle, als Jemand denselben als Privatgrund beansprucht, der ordentliche Richter zu entscheiden.<sup>10e</sup>

Dagegen können die Eisenbahnstrecken nicht als öffentliches Gut angesehen werden. Dieselben sind vielmehr zweifellos im Privateigenthume und Besitze des Bahneigenthümers, möge dieser nun der Staat oder eine Gesellschaft oder eine Einzelperson sein.<sup>10f</sup> Ebenso

brücke bei Wien gehört dem Donauregulirungsfond u. s. f. Irrig behauptet Baron, §. 115., daß Privatbesitz mit dem Gemeingebrauch ganz unverträglich sei.

10d) Dieser Gesichtspunkt ist festgehalten in dem Erf. des österr. obersten Gerichtshofes in Nr. 573 der Samml. Gl.-u.-W. und dem Erf. des D. A. G. München vom 28. Dezember 1842 (Mathiae, I. S. 449, Präj. 2.: „Die Absperrung eines öffentlichen Weges begründet keine Privatklage, sondern die Vorsehung für den Fortbestand derselben ist Sache der Administrativbehörde.“ Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 28. Nr. 14, die Entsch. des D. App. G. Kassel vom 5. Dezember 1874, in Jenner's Entsch. d. v. preuß. G. S. VI. S. 12, und die Entsch. des böhm. D. L. Ger. vom 2. Dezember 1859. J. 15822. (A. A. war in einem Falle das Dresdner D. A. G., vgl. Mathiae, I. S. 122: Es fehle, heißt es in den Motiven, an jedem Grunde (?), die Zulässigkeit eines Privatbesitzes an einem öffentlichen Wege . . . zu bezweifeln. In demselben Sinne spricht sich auch Holzschuher, II. §. 87. aus.) S. Note 11.

10e) Vgl. das Erf. des Verwalt. Gerichtshofes v. 10. Januar 1877. J. 517 (anni 1876), Právník 1877, S. 174, die Entsch. d. Minist. des Innern v. 21. November 1867. Zeitschr. f. Verwalt. 1868. Nr. 43. bei Kiefling, Reichsgericht u. B. G. S. Nr. 124. und Min. Erl. v. 15. August 1871. J. 10945. Zeitschr. f. B. 1873. Nr. 3. cfr. Nr. 1. 2. 16. desselben Jahres.

10f) Die Hofdekr. v. 15. September 1845. J. 904 und v. 18. Februar 1847. J. 1036 erklärten zwar die für Staats- und Privateisenbahnen expropriirten Grundstücke für öffentliches Gut, indeß wurde dieser entschieden irrige Gesichtspunkt bereits mit dem Gesetz v. 14. September 1854. J. 238. (§. 9.) in Ansehung der von Privateisenbahngesellschaften expropriirten Grundstücke völlig aufgegeben. (Irrig auch Grünhut, Jur. Blätter 1874. Nr. 34.) Neuestens verordnet das Gesetz v. 19. Mai 1874. J. 70 die Anlegung von Eisenbahnbüchern, in welche alle im Besitze (Eigenthum) der dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahnunternehmungen stehenden Grundstücke einzutragen sind. Damit ist der richtige Gesichtspunkt endlich wahrgenommen, und im Interesse des Realkredits der Eisenbahnen, sowie zur Sicherheit der Bahnprioritätenbesitzer durch Einführung öffentlicher Grundbuchsblätter zur praktischen Ausführung gelangt. — Unerfindlicher Weise zählt Wappäus, S. 105 und 115 die Bahnstrecken zu den res publicae, weil dieselben Jedermann zur Benutzung offen stehen. Dies beruht aber auf einem Mißverständnis. Die öffentlichen Eisenbahnen müssen nur mit Jedermann Verträge über Beförderung von Personen und Waaren abschließen (Art. 422. S. G. B.). Darum wird aber der Bahnkörper

sind Sachen, die im ausschließlichen Privateigenthume der Gemeinden oder des Staates stehen, im rechtlichen Verkehr, und können daher Objekte des Besitzes sein. Dasselbe gilt auch von denjenigen Gemeindefachen, welche nur gewissen Gemeindegewohnen zur Benutzung freistehen, z. B. Gemeindegewässer (Almenden). Die Erwerbung des Besitzes an denselben richtet sich nach dem A. b. G. B. (§. 289.) und sind daher zur Entscheidung hierüber die Gerichtsbehörden kompetent.<sup>11</sup>

An der äußersten Grenze des öffentlichen Guts stehen: der allgemeinen Benutzung gewidmete öffentliche Anlagen (Gärten u.), Bibliotheken und Gemäldegalerien, Gemeindefriedhöfe, öffentliche (Staats-, Gemeinde-) Schulgebäude. Insbesondere ist auch bei Letzteren die freie Verfügung des Eigenthümers solange ausgeschlossen, als nicht die öffentliche Bestimmung derselben durch einen Beschluß der kompetenten Behörde behoben worden ist.<sup>11a</sup>

so wenig öffentliches Gut, als etwa der Waggon (oder das Dampfschiff), oder der Draht einer der öff. Benutzung gewidmeten Privattelegraphenanstalt. Zum Begriff der r. publ. gehört eben, daß die Sache unmittelbar vom Publikum benutzt werden kann. A. A. Schiffner, §. 67. Nr. 14 u. Monti, S. 96 flg., welcher die Eisenbahnen für r. publ. hält, weil sie dem öffentlichen Verkehr dienen und weil ihnen das Enteignungsrecht zusteht. — Derr. Gut ist auch nicht Objekt des Grundbuchs. §. 2. G. A. G.

11) Vgl. Mayerhöfer, Handb. der Verwaltung (1. Aufl.) S. 926, Anm. 2. Wird dagegen die Benutzung einer Sache auf Grund des öffentlichen Rechtes in Anspruch genommen, so sind einzig die Verwaltungsbehörden zur Entscheidung berufen, z. B. Benutzung eines Weges, den Kläger als öffentlich bezeichnet; einer Weide, auf der er als Gemeindegewohnen Benutzungrechte in Anspruch nimmt. Vgl. die Minist. Entsch. v. 27. März 1857 bei Mayerhöfer a. D. und die Entsch. des obersten Ger. Hofes v. 29. September 1858. Z. 10940. im Právník, 1864. S. 446; dann die Entsch. des Stuttgarter O. Trib. Nr. 3 in der Samml. ausländischer Civilrechtsprüche v. Tafel V. 1. Heft.

11a) Ein doppelter Gesichtspunkt ist möglich. Die Schulgebäude können entweder als Eigenthum der Schule als juristische Person oder als Eigenthum des Staates (der Gemeinde) erscheinen. Gewiß trifft vielfach der erstere Gesichtspunkt zu; die Regel bildet aber in den österr. Ländern der letztere Fall. Vgl. §. 377. der pol. Sch. Drg. u. des St. G. C. Destr. v. 25. Januar 1838. Z. 410 („sonst sind Schulhäuser als Gemeindegut anzusehen“); dazu d. St. G. C. D. v. 5. Nov. 1829. Z. 3666. Die neuen Schulgesetze enthalten über diese Frage keine Bestimmung. Einseitige Verfügung der Gemeinde über Schulgebäude ist daher unstatthaft. Zu allgemein erklärt der Erl. d. böhm. Land. Schulrathes v. 27. Dezember 1877 (abweichend von dem sachgemäßen Erl. v. 28. Juni 1876. Z. 12287): daß, wo nicht spezielle Umstände eine besondere Ausnahme begründen, die öffentl. „Volksschule“ selbst als juristische Person, daher als Eigenthümer der Schulgebäude anzusehen sei.

Dagegen sind Reliquien allerdings Gegenstand des rechtlichen Verkehrs und daher auch des Besitzes, da nur die entgeltliche Veräußerung derselben verboten ist (Hofdekr. vom 25. Mai 1816. Z. 2234.).<sup>11b</sup> Auch verbotene Waffen und Munitionsgegenstände sind Gegenstand des Verkehrs, und es ist nur deren Erzeugung und Besitz in subjektiver Hinsicht an besondere Beschränkungen gebunden.<sup>12</sup>

Die zum Gottesdienste geweihten Sachen (res sacrae) stehen im Eigenthume der betreffenden kirchlichen Institute und sind dem Verkehr ebensowenig entzogen,<sup>13</sup> als die im Privateigenthume des Staates stehenden Sachen (res publicae im engeren Sinne) und die dem Landesfürsten privatrechtlich eigenthümlichen Güter.<sup>14</sup>

11b) Irriger Weise werden dieselben von Rippel, III. S. 63 u. Stubenrauch, S. 704, zu den res extra commercium gezählt. Vgl. dagegen Unger, I. S. 366. Schiffner, §. 67. S. 19.

12) Irrig zählen Rippel a. D. u. Stubenrauch, I. S. 703, auch diese zu außer Verkehr stehenden Sachen. Vgl. §§. 2. 3. 8. und 12. des Waffenpatentes vom 24. Oktober 1852. Z. 223 R. G. B. „Der Besitz verbotener Waffen ist nur Demjenigen gestattet, welcher eine besondere schriftliche Bewilligung dazu erhalten hat“ (§. 8. cit.). Darin liegt offenbar das Verbot jedweden Verkehrs mit denselben nicht. S. nun auch Schiffner, S. 18.

13) Vgl. Wächter, II. S. 283, Unger, I. S. 367, Monti, §. 27., Bering, R. R. §. 164. — Das Gegentheil behauptet Pachmann, S. 80. Bei ihnen ist jedoch wie bei den übrigen kirchlichen Gütern die Erstigungszeit eine längere (§. 1472. G. B.). — Nach röm. Rechte waren sie dem Verkehr gänzlich entzogen. Vgl. L. 30. §. 1. D. de acq. poss. 41. 2. (Vgl. Böcking, §. 69., Pernice, R. A. Labo, S. 258. Dies behaupten auch oft Kanonisten, vgl. Helfert, Kirchenr. §. 415., Richter, Kirchenr. §. 286., Schulte, Kirchenr. (2. Aufl.) S. 504.) Während sie jedoch nach röm. R. eigenthumsunfähig waren, kann dies nach heutigem R. gewiß nicht mehr behauptet werden, vgl. Windscheid, R. §. 147., Note 4. A. A. aber Wap p a u s, S. 62 flg. Wenn das kanonische Recht (c. 12. X. 3. 1. cfr. c. 3. X. 3. 49.) an solchen Sachen den usus profanus verbietet, so ist dagegen zu bemerken, daß dasselbe für das Gebiet des bürgerlichen Rechts keine Geltung hat. (Art. 4. 7. Kumb. Pat.) — Kirchenstühle sind selbstverständlich Gegenstände des Verkehrs. Vgl. die oberstger. Entsch. vom 19. April 1859. (Ger. Halle 1859., Nr. 21.; Samml. Gl.-u.-W. 4982. u. 771.). Uebrigens ist an ihnen nicht Sachbesitz, sondern Besitz des Benutzungsrechtes anzunehmen. So auch Holzschuber (Kunze), II. S. 26. und die oberstger. Entsch. Nr. 3252. 5861. der Samml. Gl.-u.-W.

14) Das Staatseigenthum (wie das Eigenthum der Gemeinde) unterliegt der außerordentlichen Erstigung, §. 1472. — Die Privatgüter des Landesfürsten sind Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs, daher des Besitzes und der (ordentlichen) Erstigung (§. 289. im Gegensatz zu §§. 287. und 1478. A. b. G. B.), und ist es durchaus nicht einzusehen, was für faktische Gründe es sein sollen, aus denen



Selbstverständlich sind Sachen, deren Veräußerung im Ganzen oder in Theilen an die Bewilligung der Behörde oder des Landesfürsten gebunden ist, darum doch immer Gegenstand des Verkehrs und des Besitzes.<sup>15</sup>

## Erwerb des Sachenbesitzes.

### §. 11. Die Besitzergreifung.

Durch den Begriff des Besitzes als thatsächlicher Beherrschung einer Sache mit dem Eigenthumswillen sind bereits die Erfordernisse des Besitzwerbes gegeben. Wie der Besitz, so sind auch die Erwerbhandlungen desselben faktischer Natur. Das eine Moment des Besitzes, der Eigenthumswille, fordert einen Willensentschluß dieses Inhalts; das andere Moment, die thatsächliche Macht über die Sache erheischt einen körperlichen Akt, der diese Macht gewährt, — eine Besitzergreifung, Apprehension. Beide Erfordernisse aber sind nöthig; fehlt Eines, so ist kein Besitz erworben.<sup>1</sup> Auf das zeitliche Zusam-

unger, I. S. 366, dieselben den res extra commercium gleichstellen will. Vgl. Stubenrauch, III. S. 699. 3.

15) Dahin gehören Mündelgüter (§§. 232. 233. A. b. G. B.), Fideikommissgüter (§. 633. ff. A. b. G. B.), Güter der katholischen Kirche, ehemals landtäfliche Güter u. bestiftete Gründe eines untrennbaren Bauerngutes. Irrig war daher die Motivirung der Entscheidung des Ministeriums des Innern vom 9. Oktober 1857. Zeitschrift für österr. Verwalt. 1858. Nr. 45, worin die letzteren Güter „als außer Verkehr stehende“ Sachen bezeichnet wurden. Vgl. dagegen die Entsch. des oberst. Ger. Hofes, Samml. Gl.-u.-W. II. N. 882.: Daß ein zu einem landtäflichen Gute gehöriges Grundstück im Sinne des §. 878. G. B. dem Verkehre nicht unbedingt entzogen sei, und daß der Abverkauf eines solchen nicht geradezu unmöglich oder unerlaubt sei, geht schon aus dem Pat. v. 1. September 1798. 3. 432. hervor.“

1) L. 3. §. 1. h. t. »Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.« L. 30. §. 5. h. t. Vgl. Brinz, §. 137. „mit Leib u. Seele“, Rippel, III. S. 71. Neuerlich versuchte Lenz, S. 99, 168, zu beweisen, daß die Apprehension nur ein Moment des Willens sei. Der Wille, der sich der Sache nicht bemächtigt hat, ist nach Lenz noch reiner Gedanke, ohnmächtiger Wunsch; die Verkörperung desselben nur seine Erfüllung, ein zweites Moment seines eigenen Wesens. Dagegen bemerken wir: Verwirklichung des Willens ist nicht ein Moment seines eigenen Wesens, sondern ein von demselben verschiedenes, Wille ist Geist, Verwirklichung aber ist Materie. Vgl. auch Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 47 flg. und Erner, Trad. S. 87. N. 2.

menfallen oder die Aufeinanderfolge derselben kommt Nichts an.<sup>2</sup> Das positive Recht fordert nicht mehr, als die juristische Konsequenz aus dem Begriffe ergibt. Dies zeigt die Vergleichung der §§. 309. u. 312. A. b. G. B.<sup>3</sup>

Was zunächst das zum Besitze erforderliche Willensmoment betrifft, so erwähnt zwar der §. 312. desselben nicht ausdrücklich;<sup>4</sup> aber der §. 309. läßt keinen Zweifel übrig, in welcher Willensrichtung die Apprehension vorgenommen werden müsse. Von dem Inhalte des zum Besitzwerbe erforderlichen Willens wird im §. 12. d. B. ausführlich gehandelt. Hier befassen wir uns zunächst mit dem physischen Ergreifungsakte.

Der Besitz setzt dem §. 309. zufolge nebst dem Besitzwillen physische Macht über die Sache voraus, d. i. thatsächlich bewährte Möglichkeit unmittelbarer und ausschließlicher körperlicher Verfügung über dieselbe. Zum Dasein des Besitzes ist also eine Handlung erforderlich, welche jene Macht über die Sache verschafft.

2) Der Wille muß aber geoffenbart werden, sich also äußerlich erkennbar darstellen, da nur der geoffenbarte Wille im Rechte Berücksichtigung finden kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß dieser Wille neben der Apprehensionshandlung stets einen besonderen Ausdruck finden müßte; der Wille kann auch aus Umständen, konkludenten Handlungen erschlossen werden, z. B. wenn die Sache eigenmächtig okkupirt, gestohlen u. s. w. wird, während in anderen Fällen, wo auf Grund von Verträgen u. s. w. Besitz ergriffen wird, Wort und That gewöhnlich auseinander fallen. Vgl. Brinz, §. 137.

3) §. 309.: „Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.“ §. 312.: „Körperliche bewegliche Sachen werden durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung; unbewegliche aber durch Betretung, Berrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz genommen.“

4) Der §. 30. II. des westgal. G. B. sagte ausdrücklich: „Ohne Macht, einer Sache habhaft zu werden, und ohne Willen, sich dieselbe eigen zu machen, besteht keine Besitznehmung.“ Das preuß. Landrecht fordert ausdrücklich im §. 43. I. 7. den Willensentschluß und im §. 48. I. 7. die Besitzergreifung. So auch das sächsische G. B. im §. 194.: „Der Besitz wird erworben, wenn Jemand durch eine einseitige Handlung oder Uebergabe in ein solches Verhältniß zur Sache tritt, daß er beliebig auf dieselbe einwirken kann, und wenn der Wille, Eigenthum an ihr auszuüben, hinzukommt.“ Ähnlich der bayr. Entw. III. art. 2.: „Der Besitz wird erworben durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt . . . mit dem Willen, dieselbe wie ein Eigenthümer für sich zu haben.“ — Der §. 488. des Züricher G. B. verlangt: a. Aeußerung der körperlichen Macht (geoffenbarte Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken. §. 489.), b) den Willen, dieselbe in eigenem Interesse auszuüben. Vgl. art. 2228. Cod. civ. u. 685. ital. G. B.

Die so beschaffene Handlung nennt der juridische Sprachgebrauch: Besitzergreifung, Apprehension. Das Wesen derselben besteht also in der Bewirkung der ausschließenden physischen Herrschaft über eine Sache. Die Möglichkeit der Begründung der Letzteren setzt aber der Natur der Sache zufolge regelmäßig unmittelbare Gegenwart bei dieser voraus. Unter Umständen kann schon diese allein jene tatsächliche Macht verschaffen; unter Umständen sind aber außerdem noch andere Thatfachen hiezu erforderlich. So namentlich, wenn die Sache in der Macht eines Anderen sich befindet; denn hier muß offenbar erst der bisherige Besitzer seine Macht entweder gutwillig aufgeben oder derselben entsetzt werden, wenn die Sache fortan der Macht eines Andern unterworfen sein soll. Ebenso wird bei Sachen mit willkürlicher Bewegung (Thieren) irgend welche Vorkehrung getroffen werden müssen, welche die in denselben wirkende, der Unterwerfung unter menschliche Gewalt widerstrebende Naturkraft bändigt oder sonst unserem Willen dienstbar macht. Vollständige Bewältigung (Fesselung, Einspernung) oder Zähmung bedingen daher die Begründung faktischer Herrschaft über dieselben. Oft wird nicht einmal Gegenwart bei der Sache erforderlich sein, so namentlich nicht in dem Falle, wenn die zur Begründung der faktischen Macht getroffene Vorkehrung von der Art ist, daß sie uns auch in unserer Abwesenheit die Herrschaft verschafft, z. B. Fallgruben, Fangeisen, Schlingen, welche wir in unserem eingefriedeten Raume (Garten, Thierpark) aufgestellt und in denen sich Thiere so gefangen haben, daß ihr Entkommen nicht möglich ist.<sup>4a)</sup>

4a) Nach Umständen ist selbst die Einfriedung unwesentlich, z. B. wenn ich die Hasenschlinge in meinem Wald an nicht besuchten Orten lege. Daß hier Alles auf den konkreten Fall ankommt, — Alles Thatfrage ist, habe ich bereits in der 1. Aufl. betont. (Vgl. Note 29.) Dies ist augenscheinlich auch die Ansicht des Juristen L. 55. D. 41. 1. Laqueum videamus, ne intersit, in publico aut privato posuerim, et si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et si in alieno, utrum permissu ejus, cujus fundus est, an non permissu ejus posuerim, praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc esse puto, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus est. Proculus deutet also kasuistisch gewisse Momente an, von denen die Entscheidung abhängt, — allein er selbst entscheidet die einzelnen Fälle nicht, und zwar in der Erwägung: daß doch Alles darauf ankomme, ob im konkreten Fall die faktische Macht begründet worden sei. Mit Unrecht behauptet daher Ihering, S. 163, 166, daß diese Entscheidung mit der herrschenden Lehre nicht vereinbar sei; richtig ist nur, daß hier nicht Gegenwart, bez. Möglichkeit der gegenwärtigen physischen

So gestaltet sich denn die Apprehensionshandlung nach Verschiedenheit der Gegenstände und Verhältnisse verschiedenartig; sie stuft sich darnach ab vom Ergreifen mit der Hand oder dem Betreten mit den Füßen bis zur bloßen Gegenwart und Zählung. Es ist wesentlich eine Thatfrage, welche Handlung im einzelnen Falle zur ausschließenden Herrschaft über die Sache, sohin zum Besitze führt,<sup>5)</sup> allerdings insofern auch eine Rechtsfrage, als der

Einwirkung erforderlich sei. Die Einwendung trifft also nur die Savigny'sche Formulierung des Apprehensionsaktes (S. 238). Ihering überseht übrigens, daß der Jurist allerdings relativen Werth darauf legt, wo die Fellen aufgestellt sind. Würde etwa der Jurist Besitzwerb annehmen, wenn sich dieselbe am Walde im Abzugsgraben der öffentlichen Verkehrsstraße oder gar im Garten des nicht consentirenden Grundbesitzers befände? Gewiß nicht, so lange nicht durch Gegenwart apprehendirt wurde.

5) Vgl. Savigny, §. 14. Brinz, P. S. 62. Böcking, §. 124. N. 3., Windscheid, §. 153. N. 7. Förster, §. 160. N. 38., Exner, Trad. S. 86 flg., Goldschmidt, §. N. II. §. 67., Meiseider, §. 46. Der im Text ausgesprochene Grundgedanke wird von diesen Schriftstellern verschieden formulirt. Windscheid, §. 153. a. G., und Exner, Trad. S. 89, verweisen an der Möglichkeit einer allgemeinen Formel, wonach im konkreten Fall gemessen festgestellt werden könnte, ob Detention vorliege oder nicht. Doch ist nur so viel richtig, daß die Anwendung der Formel im Einzelnen wegen der unendlichen Verschiedenheit der Fälle und Verhältnisse schwierig sein kann; schließlich wird das vernünftige arbiträre Ermessen des Richters wie in allen Fällen, wo es sich um eine quaestio facti handelt, maßgebend sein. Die von Exner, a. D., verum eine quaestio facti handelt, maßgebend sein. Die von Exner, a. D., versuchte Formulierung: „Der Detentor müsse so zur Sache stehen, daß man sagen könne, er habe sie, nicht bloß er kann oder wird sie bekommen“ — umgeht die Lösung. — Goldschmidt, a. D. S. 1233., definiert mit Rücksicht auf Ihering's Einwurfe die Apprehension: als die ideale (nicht aktuelle) gegenwärtige Möglichkeit der beliebigen und ausschließlichen Einwirkung, „d. i. eine solche, welche nach vernünftiger Lebenssitten als eine gegenwärtige betrachtet wird, sollten auch der Realisirung ungewöhnliche, daher nicht vorauszufehende Hindernisse entgegenstehen.“ Diese Erläuterung negirt das Postulat der gegenwärtigen Möglichkeit, welches Goldschmidt in die Definition aufnimmt; auch ist die eben beschriebene Möglichkeit der Einwirkung keine ideale, sondern eine wirkliche. Dennoch kann man Goldschmidt darin beistimmen, daß bei Beurtheilung jener Möglichkeit die vernünftige Lebensanschauung maßgebend ist. — Meiseider, a. D. verlangt Herstellung eines „Verhältnisses“, welches für die Person das Bewußtsein der aktuellen Macht über die Sache möglich macht.“ Allein das Bewußtsein kann auf irrigen Voraussetzungen beruhen; trotz desselben kann jene Macht fehlen. Es scheint, daß wir in der Formulierung des Apprehensionsaktes den Römern nicht so weit vor sind, als man gewöhnlich annimmt. Daß dieselben gar „mit den Begriffen animus et corpus in unsicherer Weise argumentiren“, ist eine ungerechtfertigte Behauptung Meiseider's S. 244. Vgl. noch Keller, W. S. 118. Liebe, S. 19 flg. will an die Stelle der Formulierung Es. die folgende setzen: B. ist „ein geistiger Zustand, die Vorstellung (?), daß die Ortbestimmung einer Sache meine

Richter hierbei die vom Gesetze in dieser Richtung für besondere Fälle gegebene Richtschnur im Auge behalten muß.<sup>5a</sup>

Während das preussische Landrecht (§§. 50, 51. I. 7.) und das sächsische<sup>5b</sup> b. G. B. (§. 194.) die Besitzergreifungshandlung definiert, hat dies das österr. Gesetzbuch nicht gethan, so wenig, als dies die römischen Juristen thaten, — ohne damit eine fühlbare Lücke gelassen zu haben. Denn das Wesen derselben ergibt sich, wie gezeigt, von selbst aus dem Begriffe des Besitzes als physischen Machtverhältnisses zu einer Sache mit dem entsprechenden Willen. Das Gesetzbuch hat bloß beispieelsweise einige Ergreifungsarten genannt. Denn

That ist und fürderhin sein soll. Dieser geistige Zustand entsteht und schwindet mit dem Machtverhältnisse. . . Macht bezeichnet ein Verhältniß von Kraft zu Kraft und zwar ausschließlich einer einem Willen zu Gebote stehenden Kraft zu „Gegenkräften“, u. s. w. Die so definierte „Macht“ soll nun „die von allem Problematischen gereinigte physische Möglichkeit Savigny's sein.“ Neu ist in dieser präterdirten Korrektur S's. die Behauptung, daß der B. eine „Vorstellung“ sei, — ganz unerfindlich aber ist, wie so die Ortsbestimmung auch bei Immobilien „unsere That“ sein könne. — Cosack, Borr. u. §. 1., versucht es, um den Erbbesitz (ohne Apprehensionsakt) unter den Besitzbegriff zu bringen, den Letzteren so weit zu fassen, daß es zum Dasein des B. der Apprehension oder eines anderen Erwerbactes nicht bedürfte. Zu diesem Behufe eliminiert er nicht bloß das Erforderniß des Bewußtseins (Willens), sondern definiert allgemein S. 21: „Besitz ist das thatsächliche Verhältniß zu einer bestimmten Sache, kraft dessen diese ihrer Herrschaft unterworfen werden kann.“ Nicht die Reproduzibilität, sondern schon die Produzibilität (Möglichkeit) der Macht genügt ihm also — wie für das röm., so für das preuß. R. S. 33, u. 101). Den Einwand: „daß schon fast Jederman im Besitz einer jeden Sache wäre“ gibt er durchaus zu und bemerkt nur, „daß natürlich (?) nicht jeder Besitz, sondern nur der rechtlich so und so qualifizierte — Schutz bekomme“ (S. 20. R. 18). Allein dann fragt es sich: welche Qualifikation muß jene nichtsagende Möglichkeit der Herrschaft haben, um geschützt, d. i. um als Besitz anerkannt zu werden? Auf diese Frage gibt uns C. keine Antwort; denn die theilweise richtige Kritik der Auffassung Savigny's enthält eine solche nicht — und auch die ihm mehr zusagende Theorie Thering's befriedigt ihn (laut Vorrede) nicht, ja C. bestreitet deren Richtigkeit für's röm. R. (S. 18). So stehen wir denn vor der bloßen Negative, die um so unhaltbarer ist, als nach R. R. das Dasein des B. durch einen Begründungsakt (corp. et anim.) bedingt erscheint. (S. auch Brinz, Krit. V. Schr. 20. S. 156.) So kommt es denn, daß C. die Apprehension nur als einen „zum Besitz äußerlich hinzutretenden Umstand“ ansieht. Vgl. noch §. 15. R. 10a.

<sup>5a</sup>) Vgl. Krasnopol'ski, Mitth. d. d. J. Vereins 1878 S. 44.

<sup>5b</sup>) Die §§. 50, 51. I. 7. des R. R. lauten: „Die äußere Handlung, wodurch eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, wird . . . Besitzergreifung genannt. Dazu ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen.“ Vgl. §. 194. des sächs. b. G. B. (Note 4). Das franz. u. ital. Recht hat keine derartige Bestimmung. Vgl. noch Note 4.

wenn es im §. 312. des G. B. heißt: „Körperliche bewegliche Sachen werden durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung, unbewegliche aber durch Betretung, Verräumung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz genommen,“ so sind damit die Besitzergreifungsakte offenbar nicht erschöpft, sondern eben nur die wichtigsten und gewöhnlichsten angeführt.<sup>6</sup> Ist es doch offenbar, daß die Möglichkeit ausschließlicher physischer Herrschaft bei beweglichen Sachen auch ohne Berührung u. s. f., bei unbeweglichen auch ohne Betretung u. s. f. gegeben sein kann,<sup>7</sup> so wie andererseits in vielen Fällen das bloße Berühren und Betreten diese Möglichkeit nicht verschafft.<sup>8</sup> Es wird daher wohl im ersteren, nicht aber im letzteren Falle Besitz erworben sein.<sup>9</sup> Nur die konstatierte Möglichkeit der ausschließlichen<sup>10</sup> Einwirkung auf die Sache ist es also, welche das Wesen der Apprehensionshandlung bildet.<sup>11</sup> Berührung und Betretung sind hiefür weder wesentlich — noch hiezu immer geeignet.

<sup>6</sup>) Vgl. auch Pachmann, S. 72a. Stubenrauch, I. 636. 2. Schon die Textirung des §. 312. weist auf eine bloß demonstrative Anführung hin.

<sup>7</sup>) Deutlich spricht dies aus L. 1. §. 21. D. de poss.: Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.

<sup>8</sup>) Wer z. B. die Schlüssel einer verschlossenen Kiste oder eines Schupfens besitzt, hat gewiß ohne alle Berührung die ausschließliche Gewalt über darin verschlossene Sachen. (Vgl. L. 9. §. 6. D. de adq. rer. dom.). Wer hingegen ein Grundstück betritt, das in eines Dritten Besitze ist, hat dadurch allein offenbar den Besitz noch nicht erworben, — hiezu bedarf es sicherlich erst der Vertreibung oder Einwilligung des bisherigen Besitzers. — Bei einem wilden Thiere ist die Möglichkeit der Herrschaft nur bei Fesselung oder Einschließung, bei einem Pferde schon mit der Ergreifung des Zügels gegeben u. s. f.

<sup>9</sup>) Vgl. Brinz, I. S. 61. Böcking, P. §. 124. Note 3. Goldschmidt, §. 67.

<sup>10</sup>) Förster, §. 160. Das Merkmal „ausschließlich“ scheint Windscheid, §. 153. R. 4. Exner, S. 89. R. 7, und Meischeder, S. 230, nicht erforderlich zu sein; wir halten es für unerläßlich für den Begriff der Apprehension, übrigens gibt Windscheid selbst in der Note 4 a. C. die nöthige Korrektur. Auf die mögliche Uebermacht Dritter kommt allerdings Nichts an; wichtig aber ist, daß sie dieselbe nicht geltend machen. — Exner, a. D. R. 6, erklärt den in der 1. Aufl. gebrauchten Beisatz: sofortige (Möglichkeit) für überflüssig, Thering, S. 163 — und zwar mit Recht — für unzutreffend. — Bekker, Aktionen II. S. 332, bezeichnet als Besitz „ein Verhalten zu der Sache, das in dem vernünftigen Menschen die Ueberzeugung wecken müsse, beliebig physisch auf sie einwirken zu können.“ Auf diese Ueberzeugung, welche auch Savigny, S. 238 betont, darf das Schwergewicht nicht gelegt werden. Vgl. Note 5.

<sup>11</sup>) Vgl. Savigny, §. 14., dem die Meisten folgen (siehe Note 5). Dagegen

Neuestens hat R. von Jhering, Grund d. B. S. 160 flg., ausgehend von dem Satze: daß der Besitz um des Eigenthums Willen geschützt werde, der Savigny'schen Theorie als Grundirrtum vorgeworfen, daß sie den Besitzbegriff mit der faktischen Herrschaft über die Sache identifizire. Diesem Gesichtspunkte komme nur eine relativ beschränkte Wahrheit zu; Savigny spanne den Herrschaftsbegriff in einer Weise, daß derselbe alle und jede Wahrheit verliere und in eine Carikatur seiner selbst ausarte. Um dies zu beweisen, führt Jhering, S. 161—167, namentlich nachstehende Hauptfälle des Besitzerverbes ins Gesicht und zwar:

- 1) an dem in unserem Hause eingemauerten Schatz (f. Note 27. 28. dies. §.),
- 2) an den in unserer Wohnung in unserer Abwesenheit niedergelegten Sachen (f. Note 23. dies. §.),
- 3) an dem in Schlingen gefangenen Wilde (f. Note 4<sup>a</sup> u. 36. dies. §.): endlich den

wirft neuerlich Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 52 flg., der Savigny'schen Theorie vor, daß sie keine bestimmten Prinzipien für den Besitzerverb an Mobilien enthalte; der im Texte enthaltene Grundsatz sei vag und entbehre jedes scharf begrenzten Gedankens. — Wir halten diesen Vorwurf für unbegründet. Soweit es überhaupt möglich ist, die Apprehensionshandlung zu definiren, hat dies Savigny in jenem Grundsatz gethan. Eine schärfere Begriffsbestimmung kann bei der unendlichen Verschiedenheit der einzelnen Fälle nicht wohl gegeben werden. Die Anwendung jenes Grundsatzes muß, wie Windscheid, §. 153. R. 7., bemerkt, im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen anheingelassen werden. Fragen wir aber, welche Prinzipien Baron für die Apprehension aufgestellt habe, so erhalten wir die Antwort: Zum Besitzerverb von Mobilien wird immer custodia erfordert. (S. 87). Diese besteht entweder in persönlicher Bewachung (subjektive c.), oder darin, daß sich die Sache über der Erde auf einem für ihren Besitzer befriedeten Raume befindet, d. i. auf einem Grundstücke, das er selbst detinirt, oder auf welchem er sie mit Erlaubniß des Inhabers niedergelegt, so lange die Erlaubniß dauert (S. 112). Bei Sachen unter der Erde besteht sie im Begraben ohne Rücksicht auf den Willen des Grundbesizers (S. 114). Nur bei Thieren mit consuetudo revertendi bestehen abweichende Grundsätze (S. 119—124). — Wir finden dieses Prinzip, soweit es Neues bietet, in den Quellen nicht begründet; dessen Konsequenzen geradezu quellenwidrig. — Wenn custodia wirklich ein so ausgehnter Begriff wäre, warum hätten ihn nicht die Juristen, insbesondere Paulus an die Spitze ihrer Erörterungen über den Besitzerverb gestellt, statt desselben nur in einigen wenigen Fällen zu erwähnen? Custodia bedeutet entweder persönliche Bewachung (L. 39. 44. 51. D. de poss.), oder besondere absichtliche Verwahrung oder Absperrung an einem bestimmten Orte (L. 3. §. 3. 13. 15. D. de poss. und L. 3. §. 2. D. de acq. dom.), oder die Zählung (L. 3. §. 15. D. de poss.), — also überhaupt eine

- 4) Nichterwerb des Besitzes an Honigscheiben, welche Bienen an unserem Baume ansetzen.<sup>11a</sup>

absichtliche spezielle Vorkehrung, den Besitz zu erwerben und zu erhalten. Weiter reicht aber der Begriff derselben nicht. Insbesondere ist unrichtig, daß Sachen, die auf dem offenen Felde des Grundbesizers oder mit seiner Erlaubniß daselbst sich befinden, in custodia sind. Nicht eine Quellenstelle sagt dies, auch nicht L. 3. §. 13. D. de poss., noch L. 35. D. de acquir. dom. Nur durch Herbeiziehung des dem röm. Rechte fremden Begriffes des „befriedeten Raumes“ (S. 107), der „Wehre“ (S. 112), gelangte B. zu diesem Schlusse. Die Konsequenzen zeigen die Irrigkeit des Grundsatzes B.'s. — Besitz an zahmen Thieren müßte verloren gehen, sobald sie ohne Erlaubniß des Grundbesizers auf fremden Grund kommen (so S. 101), und wäre dies in des Besitzers nächster Nähe. Ja, wenn mein Vieh ohne Hüter auf öffentlicher Straße von der Weide heimkehrt, müßte ich den Besitz verloren haben (S. 66, 101, 121), ebenso den Besitz des Pfluges, den ich über Mittag auf des Nachbars oder auf Gemeindegrunde ohne Erlaubniß des Detentors stehen ließ. Andererseits hätte ich den Besitz nicht verloren, wenn mein Kind in meinem meilenweiten Walde in eine Schlucht gefallen und nicht zu finden ist (S. 99, 101). Dagegen spricht klar und ohne Unterscheidung L. 3. §. 13. und L. 28. D. de poss., welche letztere Stelle freilich Baron mit der Bemerkung beseitigt, sie sei so unbestimmt, daß sie keinen Werth habe (Note 105). Custodia ist also weder allgemeine Bedingung des Erwerbes, noch der Erhaltung des Besitzes. Zwar behauptet dies außer Baron auch Lenz, S. 184 flg.; allein da Lenz, S. 198, ausdrücklich bemerkt, daß sich über die der custodia wegen nöthigen Vorkehrungen bei der Verschiedenheit der Fälle keine allgemeine Regel aufstellen lasse, so besteht seine Abweichung von der herrschenden Anschauung nur in Definition der custodia. Gegen Baron siehe auch Rudorff, Anh. R. 71. Gyner, S. 109 flg. Jhering, S. 186. Meißner, §. 49.

11a) Jhering, S. 163, will abwarten, ob insbes. nachfolgende Stelle mit der herrschenden Auffassung in Einklang zu bringen sei: L. 5. §. 3. D. de a. r. d. 41. 1.: Fauos quoque, si quos hae (sc. apes) fecerint, sine furto quilibet possidere potest. Honigscheiben also, welche ein herrnloser Bienenschwarm (f. §. 1. eod. apium quoque natura fera est) auf meinem Baume gemacht hat, kann ein Dritter sine furto nehmen, also okkupiren; sie sind also nicht im Besitz des Grundeigenthümers. — Ganz natürlich! Sind doch auch die Honigwaben herrnlos. Der Umstand, daß Honigscheiben, Eier, Nester u. dgl. auf meinem Grunde sich befinden, genügt nämlich an sich noch nicht, mir den Besitz zu verschaffen; dazu gehört vor Allem der Besitzwille und dann ein Akt, welcher die Herrschaft darüber begründet. (Letzterer Akt entfällt nur, wenn sich die Sache in unserem geschlossenen Raume, z. B. am Boden, im Stalle befindet.) Des Vorhandenseins dieser Momente erwähnt der Jurist in L. 5. §. 3. cit. mit keinem Worte; er setzt vielmehr — wie der Vergleich mit §. 14. Inst. de a. r. d. 2. 1. beweist — herrnlose Bienen und Waben voraus. So gut als Jemand (nach röm. Recht) auch auf fremdem Boden Wild okkupiren kann (in alieno venari licet: §§. 12. 14. I. 2. 1.), so gut kann er auf unserem Grunde (Baume) herrnlose Nester, Vögel, Eier, Honigwaben weg- oder ausnehmen und so durch Okkupation Eigenthum erwerben. Allerdings kann ihm aber der Grundeigenthümer den Zutritt versagen — und darum fährt der Jurist fort: Sed quis in alienum fundum ingreditur, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ut non ingrederetur. (Vgl. auch §. 14. I. 2. 1.). — Anders würde der Jurist entscheiden, wenn des Nachbars Henne auf

Hier sei doch überall die Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache ganz irrelevant.

Es ist nun m. E. allerdings richtig, daß die Savigny'sche Definition der Apprehension: als unmittelbarer gegenwärtiger Möglichkeit der willkürlichen Einwirkung auf die Sache (§. 18.) viel zu enge ist und sich daher in den angeführten Fällen nicht bewährt; allein nicht entkräftet ist darum der Grundgedanke der Savigny'schen Auffassung: daß das Wesen der Apprehension in einem Akte besteht, der die physische Herrschaft über die Sache verschafft. In der That gesteht auch Thering selbst, S. 166, daß in den Fällen 1. 2. 3. der Gesichtspunkt der physischen Herrschaft den Besitzerwerb ganz wohl erkläre; Thering begreift nur nicht, warum hiernach nicht schon Besitz erworben sei im Falle 4. (Honigwaben), sodann 5. an dem in meinem Grundstücke verborgenen Schatz, endlich 6. am Waarenspeicher oder Hause durch Tradition des Schlüssels. — Indes der Fall 4. erklärt sich einfach dadurch, daß der Jurist von herrlosen Honigwaben spricht und von einem Apprehensionsakte keine Erwähnung macht (s. Note 11<sup>a</sup>). Im Falle 5. kann von einer Herrschaft des Grundbesizers über den in seinem

unserem Grunde Eier legen oder dessen Bienen auf unserem Baume Honigwaben ansetzen würden; hier könnte der Eigentümer die Herausgabe der gedachten Erzeugnisse seiner Biene verlangen. Arg. L. 5. §. 2. 3. L. 9. §. 1. D. ad Exhib. 10. 14. Das Abholen kann nicht versagt werden. Die Okkupation durch Dritte wäre furtum. — Anders wäre es endlich, wenn es sich um den Zuwachs (um Theile) des Grundstücks (Baumes) handeln würde; hier bedürfte es selbstverständlich keiner Apprehension des Grundbesizers. Nicht zustimmen kann ich Olimmert hal, Arch. f. civ. Pr. 52. S. 525 flg. und 55. S. 134, sofern dieser die Honigwaben durch Finden erwerben lassen will, da die Okkupation angeblich widerstandsfähige Wesen voraussetze. — Thering, S. 198, kann den Nichtbesitz des Grundbesizers an den Waben nur damit erklären, daß derselbe unterlassen habe, was er, wenn er Werth auf sie gelegt hätte, nicht unterlassen haben würde, nämlich sie zu fischen nehmen. Allein erfüllen denn Waben ihren ökonomischen Zweck nur, wenn wir sie abnehmen? Vielleicht beginnen die Bienen eben erst Honig anzusetzen? Vielleicht gebietet die ökonomische Vorsicht, sie längere Zeit am Orte zu belassen, um die Bienen nicht zu verschrecken? „Raubbau“ ist in jeder Wirthschaftsform zu vermeiden. — Possidère in §. 3. cit. bedeutet: okkupiren. Schon Forcellini und neuerlich Böcking bemerkt, daß possidère im Gegensatz zu possidère soviel wie in Besitz nehmen bedeute; vgl. auch Schneider, Zeitschr. f. Schweiz. R. II. S. 600 unter Berufung auf die Prosa der Dichter. Zustimmung auch v. Wetter's Anzeige dies. B. N. Revue 1877. pag. 284. Unhaltbar ist die Auslegung Olimmert's, S. 134.

offenen Felde vergrabenenen Schatz vor Hebung desselben füglich nicht die Rede sein (s. Note 28.). Im Falle 6. endlich kommt — gleichviel ob Thering den Waarenspeicher oder die in demselben verschlossenen Waaren meint — Alles auf den konkreten Fall an (siehe Note 26<sup>a</sup>); Alles hängt nämlich davon ab, ob die Uebergabe der Schlüssel nach Lage der Dinge die faktische Macht begründet oder nicht. Ist z. B. das Haus unbewohnt und verschlossen, genügt die Schlüsselübergabe sowohl in Ansehung des Hauses als in Ansehung der daselbst verschlossenen Mobilien, wobei auf eine mäßige Entfernung vom Orte Nichts ankommt.

Ich kann mich daher von der prinzipiellen Unrichtigkeit der herrschenden (Savigny'schen) Theorie um so weniger überzeugen, als die römischen Juristen selbst alles Gewicht auf die faktische Herrschaft legen, und zwar vorzüglich auf die Machtbegründung durch Gegenwart, persönliche oder sachliche Obhut (custodia) und durch Uebergabe.<sup>11b</sup> Zu warnen ist nur vor der engherzigen und quellenwidrigen Auffassung der physischen Herrschaft (potestas L. 5. §. 1. D. de acquir. r. d. 41. 1.) als bloßer körperlicher Inhabung (Thering, S. 181, dageg. Brinz, §. 137. S. 504, 2. A.); denn alsdann gäbe es in der That nur Besitz an Sachen, die wir ununterbrochen in unserer unmittelbaren, gegenwärtigen Macht haben, — ein Verhältniß, das nur bei Mobilien vorzukommen pflegt, bei Immobilien aber kaum je realisirbar ist. Eine solche Auffassung würde nicht nur den Quellen (vgl. z. B. L. 5. §. 1. D. cit., L. 1. §. 21. L. 3. §. 1. L. 25. D. h. t.), sondern auch dem gemeinüblichen Begriff der Herrschaft widersprechen.<sup>11c</sup> Ob physische Herrschaft d. i. Möglichkeit faktischer Verfügung vorhanden sei, ist eine Thatfrage, die sich nach Verschiedenheit des Gegenstandes und der Verhältnisse in verschiedener Weise beantwortet (vgl. S. 316). Halten wir uns dies

11b) Vgl. L. 1. pr. §. 1. §. 3. D. h. t. (licet maxime corpore suo rem contingant), §. 21. (in praesentia consenserint), L. 51. D. h. t. (custodiam ponere), L. 34. D. eod. (in fundum ire). In L. 1. §. 1. D. h. t. legt der Jurist allen Nachdruck auf die naturalen Erwerbarten durch Okkupation. L. 79. D. eod., L. 31. §. 1. D. de donat., L. 9. §. 3. D. de jure dot., L. 55. L. 5. §. 1. D. de acqu. r. dom.: Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit etc.

11c) Thering selbst nimmt S. 199, Absatz 2, die körperliche Inhabung an Mobilien und Häusern durchaus nicht im wörtlichen Sinne.

vor Augen, so können wir von unserer Theorie dasselbe sagen, was Ihering, S. 189, von der seinen: Das Dasein des Besitzes ist eine einfache Erfahrungsthatsache, eine Frage des täglichen Lebens, die jeder Bürger und Bauer beantworten kann, soweit nicht positivrechtliche Singularitäten ins Spiel kommen. Wenn Ihering, S. 181, bemerkt daß die Herrschaft an Grundstücken, auf oder bei denen wir uns nicht befinden, ohne physische Realität, — ein theoretisches Schattenspiel an der Wand sei, so antworten wir darauf mit Ihering's eigenen treffenden Worten, S. 180: „die Sicherheit des Besitzes (wir sagen: der physischen Herrschaft) beruht keineswegs bloß auf dem physischen Moment, d. i. auf den zu seinem Schutz getroffenen Sicherungsmaßregeln, sondern eben so sehr auf dem moralischen und rechtlichen Moment, d. h. auf der Scheu . . . vor der Verletzung der fremden Rechtssphäre.“<sup>114</sup> Unsere Herrschaft reicht so weit, als man unseren Willen respektirt.

Noch minder zutreffend erscheint die Theorie Ihering's für die neueren Legislationen, welche im Sinne der um die Wende des Jahrhunderts herrschenden Theorie durchwegs die Detention als die natürliche und regelmäßige Voraussetzung des Besitzes betrachten. (Siehe Note 3. 4.)

Allerdings ist aber die Polemik Ihering's gegen Savigny insofern begründet, als es sich um die Formulirung des an sich richtigen Grundgedankens handelt, und kaum irgendwo dürften die Worte Ihering's, Geist des Röm. R. II. §. 41. S. 364. (3. Aufl.), besser am Plage sein als gerade hier: „Die Anschauung des Begriffs kann eine durchaus richtige sein, während die Formulirung, die Definition mißlungen ist. So operiren die röm. Juristen mit ihren Begriffen mit größter Sicherheit, nichts desto weniger aber sind ihre Definitionen, wie sie selbst zugestehen (I. 202. D. de R. I.), nicht selten durchaus ungenügend.“ Nicht in der Grundanschauung — nur in der Fassung bedarf die Savigny'sche Theorie der Korrektur.

<sup>114</sup>) Ihering fragt S. 182: „Worin äußert sich dieselbe (so. die physische Herrschaft)? In gar Nichts. Es ist eine physische Herrschaft, der die Hasen, die auf meinem Felde von meinem Kohl fressen, und die Kinder, die in meinem Gehege spielen, spotten.“ Vor Hasen und Kindern würde uns aber kaum immer bewaffnete Gegenwart schützen.

Sehen wir nun, was Ihering an die Stelle des Savigny'schen Grundgedankens setzt. Mit einer Schärfe und Klarheit, die Nichts zu wünschen übrig läßt, formulirt Ihering seine Auffassung folgender Maßen: Der Besitz ist Thatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigenthums (S. 144). Die Art, wie der Eigenthümer thatsächlich sein Eigenthum ausübt, muß den Maßstab für das Dasein des Besitzes enthalten (S. 160). Unter der Thatsächlichkeit des Eigenthums versteht aber Ihering nicht etwa bloß das thatsächliche Gegenstück des Eigenthums, sondern den normalen äußeren Zustand der Sache, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfüllt, dem Menschen zu dienen (S. 179, 189). Der Besitz muß da sein und fortdauern, wo die Sache in diesem normalen Zustande ist; er muß aufhören, wo dieser aufhört. Dieser Zustand und sohin Besitz und Nichtbesitz sind äußerlich sichtbar und die Sichtbarkeit ist für die Sicherheit des Besitzes, welche nicht bloß auf physischen, sondern auch auf rechtlichen und moralischen Momenten beruht, von alleräußerster Wichtigkeit (S. 180, 187). Ist die Lage der Sache eine normale, so ist Dritten Besitz erkennbar; ist die Lage eine abnormale, so ersteht Jeder, daß der Besitz erledigt ist (S. 189). Auf die Sichtbarkeit des Besitzes sei die ganze Lehre vom Besitzerwerbe zurückzuführen. Der Eigenthümer soll sichtbar sein. Zur Fortdauer des Besitzes sei insbesondere die *diligentia* des Eigenthümers ein unentbehrliches Erforderniß (S. 210). Die äußere Form der Thatsächlichkeit des Eigenthums bestimmt sich nach Verschiedenheit der Sachen (S. 187), immer ist jedoch die normale Form, in welcher der Eigenthümer das Eigenthum ausübt, maßgebend für den Besitz. Das Dasein desselben beantwortet sich einfach darnach, wie es der Eigenthümer mit der betreffenden Sache zu halten pflege (S. 189). Die Bestätigung seiner Ansicht findet Ihering in den gewöhnlich citirten Quellenstellen und die „quellenmäßige Formulirung“ seiner ganzen Besitztheorie in der c. 2. C. de poss. 7. 32. . . cum ipse proponas, te diu in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse.

Allein was zunächst die letztgenannte Stelle betrifft, so sagt dieselbe nur, daß der Käufer, der das Grundstück durch einen Mandatar kaufte, sohin davon mit Wissen des Verkäufers Besitz ergriff und auf demselben lange wie ein Eigenthümer geschaltet hat, ohne

Zweifel als Besitzer anzusehen sei; man dürfe ihm nicht ausstellen, daß er nicht vom Verkäufer in den Besitz eingeführt worden sei: licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio (cfr. non sis inductus), ita tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti. Dieses Reskript, in welchem Ihering wiederholt eine eminente Bestätigung seiner Theorie findet, sagt also einfach nur, daß Käufer Besitzer sei, weil er das Grundstück mit Vorwissen des Verkäufers (nicht heimlich) in Besitz genommen und ohne dessen Widerspruch lange (diu) darin verblieben sei, — ganz natürlich: da die regelntätigen Voraussetzungen des Besitzerverbes augenscheinlich realisiert wurden. Die kaiserliche Entscheidung bietet höchstens insofern Interesse, als sie beweist, daß unter dem animus possidendi der faktische Eigenthums-wille zu verstehen sei.<sup>11da</sup>

Im Uebrigen ist gegen die Theorie Ihering's vor Allem einzuwenden, daß es prinzipiell unzulässig erscheint, die Eigenthumsfrage in solcher Weise für die Besitzfrage präjudizirlich zu machen. Abgesehen davon, daß (wie früher S. 279 gezeigt wurde) gerade die grundsätzliche Ausschließung der Eigenthumsfrage dem Besitze seine selbstständige Bedeutung verleiht und seinen eigenthümlichen Charakter ausdrückt, — abgesehen ferner davon, daß der Besitzschutz vom Eigenthumschutz durchaus unabhängig ist: suchen wir in den Quellen vergeblich Spuren jener Auffassung. Im Gegentheil warnen die Juristen bekanntlich wiederholt vor der Verquickung beider Fragen. (L. 1. §. 3. L. 12. §. 1. D. h. t. u. a. m.)

Allerdings wird die Art, wie es der Eigenthümer mit seiner Sache zu halten pflegt, sehr häufig ein willkommenes Kennzeichen für das Dasein des Besitzes und insbesondere des Besitzwillens darbieten — und insofern wird das Ihering'sche Prinzip in tausend konkreten Fällen ganz zu derselben Entscheidung führen, wie der von uns festgehaltene Grundsatz, namentlich wenn man (wie Windscheid, §. 153. N. 5. gut bemerkt) der Theorie Ihering's die Fassung gibt, daß nicht die Ausübung des Eigenthums, sondern die

<sup>11da</sup>) Vgl. auch van Wetter, S. 283, welcher bemerkt, daß das Motiv schon darum keine technische Bedeutung habe, weil daraus folgen würde, daß zum Besitzerverbes längere Detention (diu) erforderlich sei.

Art und Weise desjenigen, der sich die Sache aneignen will, maßgebend sein soll. Allein in zahlreichen Fällen wird das (Ergebnis der beiden Standpunkte divergiren. Vielfach werden wir Besitz läugnen müssen, obwohl sich die Sache äußerlich sichtbar in der „normalen Lage“ befindet, z. B. an Mobilien und Grundstücken während der Dauer der hereditas jacens, an Wäldern, Weiden u. nach erfolgter Dereliction,<sup>11e</sup> an Mobilien und Immobilien bei Besitzunfähigkeit gewisser Klassen der Bevölkerung, z. B. der Mönche u. s. w. Vielfach hinwieder wird Besitz vorliegen, obwohl sich die Sache nicht in der normalen Lage befindet. So z. B. geht der Besitz gewiß nicht verloren, wenn der Eigenthümer seine ausgespannten Ackergäule über Mittag ohne Bewachung auf einer Wiese weiden oder — um einem Unwetter zu entgehen — Wagen, Ladung und Gespann auf offener Straße unbewacht stehen läßt oder bei drohender Feuersbrunst seine Sachen auf offenem Markte niederlegt, sein Vieh ins Freie treibt u. s. f. Auch der Besitz der Jagdtasche geht nicht (wie Ihering, S. 214 meint) schon dadurch verloren, daß sie der Jäger an einem bestimmten Orte absichtlich oder unabsichtlich liegen läßt. Der Besitz geht in allen diesen Fällen nicht verloren, weil und so lange der Besitzer die physische Herrschaft über die Sache trotz ihrer anomalen Lage behält, wobei, wie bemerkt, der Begriff der Herrschaft nicht sachwidrig auf die bloße Detention eingeschränkt werden darf. Sehr richtig heißt es diesfalls in L. 3. §. 13. D. de poss.: Nerva filius res mobiles . . . quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri; idem (id est?) quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possumus.<sup>11f</sup> — Vollends unverträglich

<sup>11e</sup>) L. 3. §. 6. D. h. t. si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem.

<sup>11f</sup>) Ob nun die Lesart der Florentina: id est (Rudorff, Anh. N. 104, und Ihering, Note 188) oder die anderer Handschriften: idem (Savigny, S. 342) beliebt wird, immer ruht das Hauptgewicht auf dem Gedanken: daß der Besitz fortbauere, so lange wir die unmittelbare faktische Macht (Detention) erneuern können. Für die Lesart: idem spricht einmal, daß auf die in der custodia befindlichen Sachen der Ausdruck nancisci doch nicht immer paßt, sodann daß sich außerdem Nerva in L. 3. §. 13. cit. u. L. 47. D. h. t. widersprechen würde. Denn L. 47. sagt doch, daß der Besitz an Sklaven und Thieren, welche zurückzuführen pflegen (a contrario der res, quae ratione vel anima carent) nicht schon durch Außerachtlassung der custodia verloren gehe, während nach L. 3. §. 13. D. der Besitz an Mobilien excepto homine immer schon mit dem Verlust der custo-

ist die Theorie Ihering's mit L. 25. D. h. t., nach welcher sogar das Verlieren nur dann den Besitzverlust zur Folge hat, wenn wir nicht wissen, wo die Sache ist. Si id, quod possidemus, ita perdidimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere. (Vgl. §. 22. N. 24.)

Es scheint mir, daß Ihering's Theorie an seinen eigenen Musterfällen zu widerlegen ist. Der Besitz des Pflugs, des Wagens, des Saatgetreides, welches der Landmann über Mittag — und sagen wir selbst über Nacht — auf dem Felde stehen läßt, der Besitz des Heuhaufens, des Getreideschobers, der auf offenem Felde wochenlang der Einführung harret, geht nicht verloren (Ihering, S. 179 fig.), — auch nicht der Besitz von Geld und Werthsachen, welche wir unnötiger Weise im Walde vergraben (L. 44. D. de poss.), noch der Besitz an den in seichtes Wasser gefallenem Sachen (Ihering, S. 219 und L. 13. pr. D. h. t.).<sup>118</sup> Sind dies aber die normalen Lagen der betreffenden Sachen, wie Ihering a. a. D. voraussetzt? Gewiß nicht! Vom Versinken der Sachen im Flusse ganz abzusehen, pflegen Ackergeräthe, soweit sie nicht wirklich benützt (detinuit) werden, im Schuppen oder Hofraum verwahrt zu werden, desgleichen wird Saatkorn in Säcken, Getreide und Heu hierlands normaler Weise unter Dach und Fach gebracht, Geld und Werthsachen werden normal in Wohnungen verwahrt. Auf die größere oder geringere Diligenz des Eigenthümers kommt hierbei Nichts an. Der Getreideschober und die vergrabenen Schätze z. B. bleiben in unserem Besitze, auch wenn wir uns nicht so benehmen, wie ein sorgsamer Eigenthümer gehandelt hätte, und unnötiger Weise das Getreide im Freien, den Schatz im Walde belassen. (Anderer Ansicht Ihering, S. 210.) Desgleichen hört der Besitz des Feldes, dessen „normaler Zustand“ in der Bebauung desselben besteht, gewiß nicht auf, wenn der Eigenthümer dasselbe trotz des herrschenden Fruchtwechselsystems etwa ein, zwei Jahre brach liegen läßt, sei es aus ökonomischer Un-

dia eintreten müßte. Jedenfalls ist der Begriff der custodia ein relativer und nach der Besart der Florentina „recht farblos und gestaltlos“ (Meißner, S. 341 bis 343).

<sup>118</sup> M. E. sieht übrigens L. 13. pr. h. t. den Besitz an den in den Tiber gefallenen Steinen sofort als verloren an: „post tempus“ bedeutet nur, daß die Steine wegen der Schwierigkeit der Hebung nicht so gleich heraufgeholt werden konnten. Vgl. §. 22. Note 22a.

wissenheit, aus Vorurtheil oder Bequemlichkeit, wegen Gefahr der Bestellung (c. 4. C. 7. 32.) u. s. w. Anders muß Ihering, S. 210 fig., entscheiden, der die Sorgfalt des Eigenthümers für ein unentbehrliches Erforderniß der Fortdauer des Besitzes hält. — Daß übrigens in manchen der von Ihering a. a. D. angeführten Fälle der extremsten Verwahrlosung der Sache Besitz verloren geht, läugne auch ich nicht, da in solcher Negligenz ein Aufgeben des ernstlichen Bestehens liegt. (Vergl. §. 21. und §. 22. Note 15.) — Uebrigens reicht die Diligenz doch nicht aus, wo die Macht über die Sache fehlt, z. B. wenn trotz sofortiger fleißiger Suche das verirrte Vieh nicht zu finden ist. Vgl. L. 3. §. 13. D. h. t., welche nicht unterscheidet, ob der Besitzer sofort Nachforschungen anstellt oder nicht; ferner L. 5. D. de acquir. r. d. 41. 1., welche nicht auf die Diligenz, sondern auf die Schwierigkeit der Reproduktion der Inhabung alles Gewicht legt: ut difficilis sit ejus persecutio.

Ihering setzt überdies voraus, daß der „normale“ Zustand der Sache und derjenige, in welchem sie ihre ökonomische Bestimmung erfüllt, identisch sind. Nicht immer! Gewöhnlich ruht der größere Theil unseres Kleidervorraths, unseres Schmucks u. s. f. im Kasten. In diesem Zustande erfüllen doch diese Sachen ihre ökonomische Bestimmung nicht? Und wie, wenn ein Grundstück brach liegen muß? Was hat überhaupt die Dekonomie im Rechte zu schaffen?

Endlich fällt gegen Ihering ins Gewicht, daß sich die Ihering'schen Besitzmerkmale: „normale Lage der Sache“ und „Sichtbarkeit des Eigenthums“, deren Congruenz Ihering voraussetzt (S. 180), durchaus nicht immer decken. Können wir denn an Weiden, Haiden, Steppen, Seen, Sümpfen, Bergabhängen, Schluchten, selbst an Wald, Wiesen und Bächen stets erkennen, ob sie im Eigenthum stehen oder nicht? Man denke nur an Gegenden und Zeiten, in welchen Grund und Boden nur geringen Werth haben oder wo die Bewirthschaftung (wegen Kriegsnöthen, mangelnder Arbeitskraft u. s. w.) schwierig oder unmöglich ist! Und ist das Eigenthum an Sachen sichtbar, die wir im Walde vergraben haben? Und doch soll die Sichtbarkeit des Besitzes von allergrößter Wichtigkeit sein (Ihering, S. 180). M. E. ist es oft gerade die Unsichtbarkeit des Eigenthums und Besitzes, welche diesen am besten schützt.



Als ein Hauptmangel der Ihering'schen Theorie erscheint aber der Umstand, daß sie uns vielleicht darüber Auskunft gibt, ob eine Sache im Besitze ist — aber meist keinen Anhaltspunkt dafür, wer im Besitze ist? Bei den meisten Sachen fällt zwar, wie Ihering (S. 199) selbst bemerkt, der normale Zustand mit der Inhabung (im weiteren Sinne wohl?) zusammen. Hier besteht also zwischen beiden Theorien keine praktische Differenz (s. Note 11<sup>c</sup>). Wie aber bei Grundstücken? Der „normale Zustand“ der Felder besteht darin, daß sie bebaut werden; Weiden, Wälder, Wiesen bedürfen in der Regel keiner derartigen Kultivierung. Was soll nun der Käufer, Erbe u. s. w. thun, um Besitz zu erwerben? „Derjenige wird Besitzer, sagt Ihering, S. 199, der die Sache in diejenige Lage gebracht hat, die dem Eigenthum korrespondirt und ihn daher als Eigenthümer ankündigt.“ Soll nun etwa der Käufer oder Erbe bis zum Zeitpunkt der nächsten Ernte, Heumahd, Weide oder des nächsten forstmäßigen Holzschlags warten? Darüber können Monate und Jahre vergehen! Die macht begründende Gegenwart, von der die Quellen sprechen (L. 3. §. 1. L. 18. §. 2. D. de poss., L. 77. D. de R. V.), hält Ihering, S. 201 flg., für eine überflüssige Formalität, für einen zwecklosen „Spaziergang“. Was soll also geschehen? Hier steht sich Ihering selbst (S. 199, 200) genöthigt, seine Theorie von der „normalen Lage“ aufzugeben und ihr eine andere, neue zu substituieren. Bei gewissen Sachen, bei denen die Inhabung nicht möglich ist, äußere sich das Eigenthum nicht im Zustande der Sache, sondern in einzelnen Handlungen (Bewirthschaftungsakten) des Besitzers (S. 200). „Eigentlich müßte also hier, sagt Ihering, eine wiederholte ungestörte Vornahme jener Handlungen verlangt werden. Wenn nun das Recht (?) von diesen Erfordernissen abstrahirt und hier der realen Begründung des Besitzes eine andere, lediglich auf die Manifestation der rechtlichen Absicht gerichtete substituirt, so . . . dürfen wir die eigentümliche Bewandniß, die es hier mit dem Besitzwerb hat, nicht übersehen.“ So gelangt denn Ihering zu dem Ergebnisse, daß die Apprehension (insbesondere die Gegenwart) bei Grundstücken ein rein formeller Akt sei, der nur den Besitzwillen dokumentiren solle (S. 200 bis 206).

Wir sehen, daß Ihering seine eigene Theorie in Ansehung der in praktischer Beziehung wichtigsten Kategorie von Sachen (näm-

lich der Grundstücke) für unanwendbar erklärt und hier kraft Rechtsvorschrift den Besitz- (bei Tradition Eigenthums-) Erwerb durch bloße Willenserklärung sich vollziehen läßt.<sup>11b</sup> Die Art, wie sich der Wille manifestirt, muß hiernach Ihering für ganz irrelevant erklären; in der That findet Ihering keinen Unterschied, ob der Wille vor dem Notar oder vor Zeugen oder durch einen Gang zum Grundstück manifestirt wird (S. 200). — Ich will nun nicht bestreiten, daß diese Auffassung de lege ferenda Manches für sich haben mag. Auch kann die Möglichkeit faktischer Verfügung über Grundstücke in Traditionsfällen (Lokalkenntniß und Ortsnähe vorausgesetzt) mitunter<sup>11c</sup> auch ohne den Gang zum Grundstücke vorhanden sein. — Allein in ihrer Allgemeinheit ist die Theorie Ihering's mit dem römischen Rechte m. E. schlechterdings unvereinbar. Die Quellen sehen in der Gegenwart nicht Konstatirung des Besitzwillens, sondern Konstatirung der Macht über die Sache. Zahlreiche Stellen beweisen dies. (Vgl. z. B. L. 1. §. 21., L. 3. §. 1. 3. D. h. t., vgl. Note 11<sup>b</sup>.) Nicht den animus, sondern das corpus finden die Juristen in der praesentia realisirt. Unerklärlich bliebe auch, warum die Quellen bei Grundstücken immer nur die Präsenz als Apprehensionsakt erwähnen, warum nicht anderweitige — vielleicht viel unzweideutigere — Manifestationen des Besitzwillens, z. B. die Erklärung vor Gericht, vor Zeugen u. s. f. In der That hat jene Auffassung der Quellen die Natur der Sache für sich; denn bis zur Konstatirung der realen Macht an Ort und Stelle kann sich selbst in Traditionsfällen das Machtverhältniß verschieben und die im Moment der Traditionserklärung vorhandene Möglichkeit der Herrschaft bis dahin längst geschwunden sein. Wäre die Auffassung Ihering's richtig, so müßte die Gegenwart auch bei Mobilien lediglich die Bedeutung der Manifestation des Besitzwillens haben, was entschieden unrichtig ist. Die Quellen wissen Nichts von einer verschiedenen Bedeutung der Präsenz bei Mobilien und Immobilien. Vgl. L. 1.

11<sup>b</sup>) Die Frage, wie sich der Besitzwerb beim Erbgang vollzieht, berührt Ihering nicht. — Uebereinstimmend v. Wetter, a. D. S. 233.

11<sup>c</sup>) Aber weitaus nicht immer! Man denke, daß etwa die Gemeindecassan verabreden, den mißliebigen Käufer nicht zuzulassen. Außer Zweifel gestellt wird die Herrschaft regelmäßig erst durch die evidente Möglichkeit realer Verfügung, wie solche durch die Gegenwart konstatirt wird.

§. 21. columnae, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt . . . L. 3. §. 1. L. 18. §. 2. D. h. t. u. a. m. Annummi, columnae, fundi wird gleichmäßig durch praesentia Besitz erworben und der Willenskonsens als selbstständiges Erforderniß erwähnt. (. . . in praesenti consenserint L. 1. §. 21. D. h. t.)<sup>11k</sup>

Zum Schlusse darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß das Prinzip Ihering's: das Eigenthumsinteresse bestimmt den Besitzeschutz und damit den „Besitzbegriff“ (S. 185, vgl. S. 145), — zur äußersten Konsequenz verfolgt — zu dem Ergebnisse führen müßte, daß der Besitz jederzeit mit dem Eigenthum zugleich erworben und verloren werde. Nun kann das Eigenthumsinteresse a usnahmsweise eine derartige Bestimmung des positiven Rechts wohl rechtfertigen, z. B. heutigen Tags beim Besitzwerb von Waaren durch Konnolementsübertragung, nach röm. Recht im Falle der Fortdauer des Besitzes am servus fugitivus; allein man darf nicht übersehen, daß solche positive Rechtsfäße — doch nur Singularitäten, Eingriffe in die selbstständige Existenz des Besitzes sind, welche keinen Schluß auf die Grundprinzipien des Instituts gestatten.<sup>11</sup>

<sup>11k</sup> Aus §. 12. I. de inutil. stip. 3. 19. sucht Ihering, S. 206, zu deduziren, daß „dem praktischen Erfolge nach das Erforderniß der Anwesenheit bei der Sache in allen Fällen, wo die erfolgte Tradition durch Urkunden bezugt wird, umgangen sei, und zwar begreiflicher (?) Weise ohne Unterschied, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche war.“ Indes ist diese Auslegung unzutreffend. Der §. 12. I. dispensirt nicht von der Gegenwart der Parteien bei Stipulationen, sondern erschwert nur den Beweis der Abwesenheit: *disposuimus, tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo credendas, nisi ipse . . . approbaverit . . . ipso toto die . . . in aliis locis fuisse.* Direkt gegen Ihering spricht L. 48. D. de poss., wo trotz der *declaratio literis* Besitzwerb am Grundstück nicht angenommen wird.

<sup>11l</sup> Der Theorie Ihering's haben sich grundsätzlich angeschlossen: Dernburg, Preuß. P. R. §§. 152. 153., obwohl derselbe §. 151. doch wieder alles Gewicht auf die Gewalt legt und nur die Beantwortung der Frage, ob diese vorhanden sei, auf das Verkehrsleben zurückführen will; ferner Baron, Pand. §§. 116. 118. (2. Aufl.). Hauser, Stellvert. S. 13 flg. Kirchstetter, Komm. S. 161 (2. Aufl.). Reuling, Zeitschr. f. Handelsr. 17. S. 320 flg. Forlant, Sul fondamento del poss. (1872) VII. flg. S. 176 flg.; auch Arndts, Pand. §. 139. Note 2 (7. Aufl.) neigt zu Ihering's Auffassung: Besitz sei erworben, „wenn die Sache mit dem Willen des Erwerbers in eine solche Lage gebracht ist, wie sich die tatsächliche Eigenthums Herrschaft über dieselbe äußerlich erkennen macht.“ — Gegen Ihering haben sich grundsätzlich ausgesprochen: Schmid, Krit. W. Schr. 13. S. 70 flg. Windscheid, §. 153. R. 7. §. 156. R. 7. (4. Aufl.).

In der bereits früher gegebenen Begriffsentwicklung der Apprehension werden wir durch die Vergleichung des von der Okkupation handelnden §. 381. A. b. G. B. bekräftigt. Dieser fordert nämlich zur Zueignung eine Handlung, wodurch man sich einer freistehenden Sache „bemächtigt“; Besitz- und Eigenthumswerb fallen aber, soweit es sich bei der Okkupation um die Apprehension handelt, zusammen. Das Gesetz legt also nur auf das realisirte faktische Machtverhältniß Gewicht. Es wird daher der Besitz an beweglichen Sachen nicht bloß durch Ergreifung, Wegführung, Verwahrung, — an unbeweglichen durch Betretung, Berrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung, sondern durch jedweden Akt erworben, der die Möglichkeit der ausschließlichen Einwirkung auf die Sache verschafft, daher insbesondere auch durch die im §. 427. A. b. G. B. angeführten, sogenannten<sup>12</sup> symbolischen Uebergabsakte, sofern sie diese Möglichkeit gewähren (z. B. Uebergabe der Schlüssel bei verschlossenen Sachen), übrigens aber selbst durch die im §. 312. angeführten Akte nur insofern, als im Augenblicke ihrer Vornahme diese Möglichkeit vorhanden ist. Der so gefundene Grundsatz soll nun im Einzelnen durchgeführt und zur praktischen Geltung gebracht werden. Zwei Bemerkungen müssen hiebei vorausgeschickt werden:

Einmal nämlich werden wir uns bei Begründung der einzelnen Fälle nicht bloß auf die im Kapitel vom Besitze, sondern auch auf die im Kapitel vom Eigenthumsverbe vorkommenden gesetzlichen Bestimmungen berufen, sofern, wie namentlich bei Okkupation und Tra-

Goldschmidt, Handelsr. S. 1233. Meißneider, S. 227, R. 1. S. 462 (dieser ohne Versuch einer Widerlegung). Brinz (2. A.) S. 496. Brunß, in Holzendorff's Enchyl. S. 358. Förster, §. 157. R. 3. Monti, S. 111, wobei indes die zwei Erstgenannten die Ungenauigkeit der Formulirung der herrschenden Lehre in ähnlicher Weise zugeben, wie dies auch ich (entgegen der ersten Auflage) bereitwilligst zugebe. Auch v. Wetter in f. Anzeige S. 282 tritt meiner Argumentation bei, ebenso Schneider, a. D. S. 599, theilweise auch Rindl, 21. (I.) S. 417 flg.

<sup>12</sup> Daß dies in der That keine symbolischen Akte sind, wird später gezeigt werden. Begriffswidrig ist es, Handlungen, welche die physische Macht über die Sache begründen, bloß darum symbolische zu nennen, weil die Uebergabe nicht von Hand zu Hand erfolgt. Wenn das B. G. B. (§§. 312. 426—428.) zunächst physische Ergreifungsfälle als Apprehensionsakte hinstellt, so erklärt sich dies aus der älteren Doktrin, welche das Wesen der Apprehension mit Unrecht in der körperlichen Berührung erblickte. Vgl. auch Cyner, S. 94. Um so weniger ist es zu rechtfertigen, wenn neuerlich Dernburg, I. §§. 151. 152., die kaum überwundene Lehre in neuer Form wieder zur Geltung zu bringen sucht.

dition, Besitzwerb und Eigentumserwerb äußerlich zusammenfallen.<sup>13</sup> Sodann sollen auch jene gesetzlichen Bestimmungen hier verwertbar werden, welche von der Uebergabe „durch Zeichen“ sprechen (§§. 315. u. 427.), da dieselben, wie sich ergeben wird — Einen Fall ausgenommen — eine bloß symbolische Uebergabe (im Gegensatz zur wirklichen) nicht enthalten.<sup>14</sup>

Aus der Anwendung des früher erwähnten allgemeinen Grundsatzes ergibt sich, daß folgende Handlungen als Besitzergreifungsakte erscheinen:

#### A. Rückfichtlich der Mobilien und Immobilien:

Die bloße unmittelbare Gegenwart mit dem Besitzergreifungswillen, vorausgesetzt, daß der sofortigen physischen Ergreifung

13) So auch Savigny, S. 208, und bezüglich der Okkupation die D. G. Entsch. Nr. 1014 der Samml. Gl.-U.-W. Dagegen erklärt sich Pachmann (§. 29. Note 12), weil der §. 427. bloß von der Erwerbung des Eigentumes durch Uebergabe handelt; „daß dadurch auch Besitz erworben werde, sei weder im Hauptstücke vom Besitze, wie doch zu erwarten wäre, noch sonst wo gesagt.“ — Pachmann überzieht, daß in den Fällen der Tradition der Besitzwerb den Eigentumserwerb begriffsmäßig bedingt. Vgl. gegen Pachmann schon Weinwarter, II. S. 43, Note, und Stubenrauch, I. S. 636 u. 638. Erwähnt doch das Gesetz der traditio brevi manu auch nur im Hauptstücke vom Eigentumserwerbe (§. 428.), und wer würde hier Besitzwerb läugnen?

14) Auch dagegen erklärt sich Pachmann (§. 29. N. 12): Das österr. Recht wisse Nichts von einem Besitzwerbe „durch Ausdrücken von Siegeln, Niederlegung in die Hausgewahrsame, Uebergabe der Schlüssel, Anweisung in der Nähe der mit den Augen erreichbaren Sache, — denn dies seien singuläre und daher nicht ausdehnbare Erwerbsarten des Eigentumes durch Zeichen.“ Abgesehen davon, daß, wie in der vorigen Note bemerkt wurde, im Falle der Uebergabe Besitz- und Eigentumserwerb nicht weniger zusammenfällt, als im Falle der Okkupation, unterläuft bei Pachmann noch ein zweiter Irrthum: daß nämlich die im §. 427. genannten Erwerbsarten sämtlich symbolische sind, was nicht der Fall ist. Auch Gyner, Trad. S. 173, ist der Ansicht, daß durch die symbolischen Traditionsarten des §. 427. nur Eigentum — nicht aber Besitz übergehe. Indeß nach den eigenen Prämissen Gyner's muß vielmehr die entgegengesetzte Meinung als die der Absicht der Gesetzgebung allein entsprechende erklärt werden. Denn es ist kein Zweifel, daß die ältere Doktrin, welche Gyner im §. 427. treu wiedergegeben findet, in der symbolischen Tradition ein vollgiltiges Surrogat der wahren Tradition erblickte und annahm, daß auch durch trad. symb. zunächst immer Besitz und vermittelt desselben Eigentum übergehe. Vgl. Gyner selbst S. 161. Auch liegt darin kein „unlösbarer Widerspruch“, daß das Gesetz von den natürlichen Erfordernissen des Besitzwerbs in einzelnen Fällen Umgang nimmt. Vgl. auch Kirckstetter, S. 163, Note 11. Dernburg, I. S. 300, und meine Anzeige, Ger. Zeit. 1867. Nr. 102.

nichts im Wege steht.<sup>15</sup> Dies tritt ein z. B. bei herrenlosen Sachen, oder bei solchen, welche der bisherige Besitzer<sup>16</sup> dem neuen Erwerber übergeben will. Die Absicht, Besitz von einer Sache zu ergreifen, muß selbstverständlich entweder ausdrücklich, z. B. durch Worte erklärt werden, oder es muß die Gegenwart unter Umständen oder in einer Art erfolgen, welche über die Richtung und den Inhalt des Willens keinen vernünftigen Zweifel zulassen (§. 863.). Denn die bloße Gegenwart gestattet noch keinen sicheren Schluß auf die Absicht, sich die ausschließliche faktische Gewalt über die Sache zu verschaffen. Welche Umstände es sein müssen, die einen solchen Schluß rechtfertigen, ist eine Thatfrage. So wird bei der Besitzergreifung im Wege der Tradition schon die bloße Gegenwart immer den Charakter einer Apprehensionshandlung haben.<sup>17</sup>

15) L. 79. D. de sol. 46. 3.: Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut . . . mea esse incipiat. . . et quodam modo longa manu tradita existimanda est. Denselben Fall normirt der §. 199. des sächs. b. G. B.: „wenn der bisherige Besitzer die Sache vor dem Erwerber mit dessen Einwilligung hinterlegt“. Vgl. auch L. 1. §. 21. de poss. L. 31. §. 1. de donation. inter v. et u. 24. 1.: Species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas, filiae, quae praesens fuit, donatas, et ab ea viro traditas videri respondit. L. 51. de poss. Ueber die schwierige c. 1. C. de donat. vgl. Savigny, S. 220. Koch, S. 130. Brinz, S. 61 (1. N.). Böding, §. 124. S. 462. Bemerkst zu werden verdient, daß die von Böding, §. 124. Note 25, betonte Unterscheidung von possidère (Besitz ergreifen) und possidere (besitzen) auf die Erklärung mancher Stelle, z. B. L. 2. D. de poss. ein neues Licht zu werfen geeignet ist. S. N. 11 a.

16) Hieraus ergibt sich, daß wir mit der herrschenden Ansicht die Gegenwart insofern als Apprehensionsart ansehen, als sie geeignet ist, die tatsächliche Herrschaft über die Sache zu vermitteln. N. N. ist Lenz, S. 180, welcher sie bei Grundstücken und nur bei diesen darum zum Besitzwerbe für hinreichend erklärt, weil nur der Erwerber aus eigener Anschauung wisse, was er will, insbesondere Lage und Grenzen des Grundstückes. Als ob bei Grundstücken schon das bloße Wollen verbunden mit der Kenntniß des Objectes aus eigener Anschauung zum Besitzwerbe genüge? Konsequenter müßte Lenz zugeben, daß bei Grundstücken, die man aus früherer Anschauung kennt, auch nicht einmal Gegenwart nothwendig sei, sondern bloßer Besitzwille. Vgl. dagegen auch Baron, Jahrb. VII. S. 45—50, der Lenz mit Recht „Unterhöhlung des Besitzbegriffs“ vorwirft. Was Meißcheider, §. 46. a. G., nach dem Vorgange Jhering's, S. 161 fg., gegen Savigny vorbringt, betrifft nicht den Erwerb, sondern die Erhaltung und Sicherung des Besitzes. Meißcheider selbst bemerkt, daß die bezüglichen Vorkehrungen „nur uneigentlich Beziehung zum Besitzwerbe haben“. Besitzwerb und Vorkehrung, den Besitz zu sichern, fallen allerdings oftmals zusammen, z. B. im Falle der L. 51. D. de poss.: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor me tollere jusserit, simulatque custodiam possuissem.

17) L. 77. de rei vind. L. 3. §. 1. de poss.: Sufficit, quamlibet partem

Sind daher zwei Personen bei demselben Grundstücke gegenwärtig, von denen Eine bereits Besitz hat, so vollzieht sich der Besitzwechsel mit der Aeußerung ihres hierauf gerichteten Willens.<sup>18</sup> Denn will der bisherige Besitzer die Herrschaft über die Sache dem anderen überlassen, so ist das einzige Hinderniß der Durchführung des Besitzwillens des Letzteren behoben; es ist ihm gegenüber der Besitz „ledig“ — *vacua possessio*. Beim Widerstreite der Willen entscheidet der thatsächliche Erfolg.<sup>18a</sup>

Der durch Gegenwart (oder in anderer Weise) begründeten Herrschaft wird häufig behufs Konstatirung der Identität des Objekts oder um der Publizität Willen Ausdruck gegeben durch *Bezeichnung der Sache*, z. B. der gefälltten Baumstämme im Walde.<sup>19</sup> Rückfichtlich

*fundi introire*. L. 18. §. 2. de poss.: si vicinum fundum mihi mercatum venditor in mea turre demonstrat, vacuumque se tradere possessionem dicat: non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem — eine Stelle, die noch heute von vielen namhaften Juristen (z. B. Böcking, §. 124. S. 461. Brinz, §. 27. 1. A.) als Fall der Uebergabe durch Erklärung oder Zeichen aufgefaßt wird. Nur dann, wenn das Grundstück unweit des Gebäudes liegend gedacht wird, fällt der Fall der L. 18. §. 2. cit. unter die Regel des Besitzwerbes durch die unmittelbare Gegenwart. — Das sächsl. G. B. sagt ganz richtig im §. 198.: „Die Uebergabe einer unbeweglichen Sache geschieht dadurch, daß der bisherige Besitzer... ihm (dem Erwerber) die Sache in deren Nähe zeigt.“

18) Ganz richtig ist daher die Entscheidung des D. G. S. in Nr. 60 und 61 Ger. Zeitg. v. J. 1852, welche Besitz-, beziehungsweise Eigenthumsverwerb durch Tradition in dem Falle annahm, wo dem Uebernehmer die Frachtbriefe mit Hinweisung auf die in dem anstoßenden Magazine befindlichen Kisten eingehändigt werden. Dagegen Unger, Entwurf S. 190. Nur darf darin keine symbolische Uebergabe gesehen werden, wie dies verkehrter Weise geschehen ist. — Anweisung des verkauften Thiers beim Schaffer ist noch nicht Tradition. Nr. 4428 Samml. Gl.-u.-W.

18a) „Es ist eine gewisse Abspannung, zum Theil Vergeistigung der Körperlichkeit im Gefolge der Tradition.“ Brinz, §. 137.

19) L. 14. §. 1. D. de peric. et comm. 18. 6. *Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset*. Vgl. Gyner, S. 96. Nicht widersprechend ist L. 1. §. 2. eod., in welcher *Labeo* gegen *Trebatius* die bloße Bezeichnung der Fässer nicht als Uebergabe auffaßt; der Grund liegt aber in der zweifelhaften Willensrichtung des Käufers: *magis enim ne submutetur signari solere, quam ut traditum videatur*. Vgl. Savigny a. a. D. Böcking, §. 124. Nr. 31. Brinz, Pand. §. 27. (S. 137. 2. A.). Vorausgesetzt wird natürlich, daß die bezeichneten Sachen selbstständige Sachen sind. Ist daher das Holz am Stamme, so kann die Signirung (Anschlag mit dem Hammer) keinen Besitz (noch Eigenthum) übertragen. Dies übersieht mit älteren Theoretikern (gegen welche Holzschuhler (Kunze), II. §. 84. zu vergleichen ist) Bornemann, I. S. 510. Koch, S. 143; auch Dernburg, §. 151. Nr. 9 stimmt dem diesbezüglichen Präjudiz des D. L. Nr. 1570. Entsch. 11. B. bei. Dagegen bemerkt Förster, §. 160. Nr. 32, mit Recht, daß die Motivirung des D. L. das Wesen der symbol. Tradition

der Immobilien führt der §. 312. des G. B. die Bezeichnung ausdrücklich als Besitzergreifungsakt an, in Ansehung der Mobilien ergibt dies der §. 427. des G. B.<sup>20</sup> Vorausgesetzt wird natürlich, daß, abgesehen von der Bezeichnung, die Möglichkeit ausschließlicher Macht über die Sache gegeben ist. Denn ohne diese kein Besitz.<sup>21</sup> Die Be-

im Sinne des §. 64. I. 7. verkenne. Die von Bornemann berufenen §§. 585. 586. enthalten kein Wort davon: der weiter cit. §. 221. I. 9. spricht allerdings vom *Eigentume* unabhöngender Früchte, aber nicht vom Besitze derselben, und Nichts berechtigt, diese naturwidrige Bestimmung auf diesen auszudehnen. Will doch Bornemann selbst, S. 512, trotz §. 98. I. 9. keinen Sonderbesitz an verschiedenen Stockwerken eines Hauses zulassen. (Gekünstelt ist m. E. Förster's Erklärung a. D.)

20) Vgl. Winivarter, II. S. 43. Stubenrauch, I. S. 636. Dagegen Pachmann (§. 29. Note 12), der die Anwendbarkeit des §. 427. auf die Besitzlehre läugnet und in dem Besitzwerbe durch Ausdrücken der Siegel einen singulären (symbolischen) Apprehensionsakt erblickt, welcher angeblich nach österr. Rechte nicht zum Besitzwerbe genügt. Allein liegt denn eine symbolische und nicht vielmehr eine natürliche Apprehension vor? — Im Mittelalter pflegten Handelsleute ihr eigenthümliches Handelszeichen zu führen und damit die ihnen gehörige Waare zu signiren. Die Präsumtion vom Zeichen auf die Zugehörigkeit der Waare scheint ehedem stark verbreitet gewesen zu sein. Vgl. Goldschmidt, §. 68. Nr. 5. Homeyer, Haus- und Hofmarken S. 172 flg., 266 flg., 322. Heute hat die Signirung diese Bedeutung nicht mehr: „das Zeichen an sich ist nicht Tradition, weder wirkliche noch symbolische“. Vgl. Nr. 53. Im Signiren verkaufter Waaren durch den Käufer findet Homeyer a. D. die Präsumtion der Tradition; m. E. ist diese Präsumtion werthlos, da schon die bloße Gegenwart dieselbe Präsumtion (*hominis*) gestattet. Siehe folgende Note und Thöl, §. 267.

21) Vgl. §§. 55. 56. I. 7. des preuß. L. R. Förster, §. 160. und die Entscheidung des D. G. S. Nr. 106 der Samml. Gl.-u.-W.: „Die Stellung der Markbäume kann... keinen Besitz beweisen (bez. begründen).“ Denn die Bezeichnung an sich kann offenbar keine Gewalt über die Sache geben, auch nicht z. B. bei einem Baumklotz oder Steinblocke, den ich auf einer Haide finde. — Nach Handelsrecht gilt nichts Abwehrendes. Denn das G. B. enthält über diese Frage keine Bestimmung. Es kann daher insbesondere die Aufsehung des „kaufmännischen Zeichens“ nicht als Besitzübertragung angesehen werden, sofern nicht entweder die Bedingungen der Tradition durch Gegenwart oder das *constitutum possessorium* (§. 428.) vorliegen. Gegen die Behauptung Mancher, daß ein positiver Handelsbrauch der kaufmännischen Bezeichnung die Wirkung der Tradition beilege, vgl. besonders Thöl, Handelsr. §. 79. und die von ihm Nr. 5 a. citirten Entscheidungen der D. A. G. der v. f. Städte; dann die Entscheidung des Lübecker D. A. G. bei Mathiae, Kontrov.-Lex. I. S. 118. Auch keine präsumtive Apprehension, wie Kunze zu Holzschuhler, II. S. 20 Anm. meint, enthält die Signirung. — In dem schon von Leyser, Spec. 439. med. 2. und von Pagenstecher, Pand. Prakt. S. 140, angeführten Falle hat u. E. der Fischer, der den todtten Wallfisch an der Elbemündung fand, dessen Besitz mit dem bloßen Ausschneiden der Rippen noch nicht erlangt. Vgl. Bornemann, I. S. 495, und Dernburg, I. §. 151. Note 5.

zeichnung erscheint daher nur als der Ausdruck, als die Verwirklichung jener Macht.

B. Rückfichtlich der beweglichen Sachen. Im Allgemeinen wird zum Besitzerverwerb von Mobilien, sofern wir sie nicht bei uns tragen wollen, in der Regel eine gewisse Verwahrung nothwendig sein, welche uns die Möglichkeit gewähren muß, Andere von der willkürlichen Einwirkung auszuschließen, z. B. Versperren, Verstecken u. s. f.<sup>21a</sup> Die römischen Quellen nennen die besondere, eigens zur Verwahrung (zur Gewahrsame) getroffene Veranstaltung »custodia«. Eine solche besondere Verwahrung ist aber zum Erwerb des Besitzes an Mobilien nicht durchwegs nothwendig; ja bei Sachen gewisser Art — lebenden und leblosen, — ist sie nach der Natur der Verhältnisse gar nicht durchführbar, zumeist auch überflüssig, da die faktische Macht über die Sache auch in anderer Weise hergestellt werden kann. So z. B. würde bei zahmen Thieren eine beständige Verwahrung ebenso zweckwidrig als unnöthig sein, und Gleiches gilt von Säulen, Statuen, Steinblöcken u. s.<sup>21b</sup> Nach Verschiedenheit des Objectes und der Art der Verwahrung erscheinen als Besitzerverbsakte namentlich nachstehende Handlungen:

- 1) Persönliche Bewachung (sog. subjektive custodia), sei es durch den Erwerber selbst oder seinen Mandatar.<sup>22</sup>
- 2) Die Hinterlegung in der Wohnung oder in einem sonstigen, Dritten ohne unsere Erlaubniß unzugänglichen Orte, z. B. im Keller, in der Scheune, im Magazine.<sup>23</sup> Auf das Eigenthum am

21<sup>a</sup>) Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit. L. 22. D. de poss. Vgl. dazu auch Brinz, §. 135. S. 494 und §. 137. (2. A.).

21<sup>b</sup>) Richtig bemerkt Brinz, §. 137. S. 505 (2. A.), daß die schwer beweglichen Mobilien den Immobilien (im Allgemeinen) gleich behandelt werden.

22) Von Fällen dieser Art spricht namentlich L. 51. D. de poss.: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat.

23) So auch Winwartter, II. S. 43. Stubenrauch, I. S. 636. Gyner, S. 104. L. 18. §. 2. de poss.: Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me, certum est, quamquam id nemo dum attigerit (d. i. auch wenn meine Leute die Sachen noch nicht berührt, — nicht wie Jhering, S. 162, meint: wahrgenommen haben). L. 9. §. 3. D. de jure dot.: quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur. Dagegen Paschmann, a. a. D. aus den bereits Note 13 widerlegten Gründen. Nicht widersprechend ist L. 30. pr. de poss.: qui universas aedes possidet, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedissee, da dem

Gebäude kann nichts ankommen; denn Wohnungen und ähnliche Vertlichkeiten sind durch unsere Anwesenheit, oder die unserer Leute, oder durch Versperrung Jedermann (auch dem Eigenthümer des Gebäudes) ohne unsere Gestattung unzugänglich.<sup>24</sup>

Aber nicht nur Niederlegung im Hause oder Hofraume, auch Abladung im Garten, auf dem Felde oder im Walde kann dem Grundbesitzer die faktische Macht und daher den Besitz verschaffen, sofern es sich nämlich um solche Sachen handelt, die daselbst aufbewahrt oder verwendet zu werden pflegen und bei welchen daher nach Beschaffenheit und Werth des Objectes besondere Sicherungsvorkehrungen weder nothwendig noch üblich sind. Auch hier kommt Nichts auf das Eigenthum — Alles auf die faktische Macht über das Grundstück an. Darum erwirbt der Besitzer oder Pächter des Grundes Besitz am Dünger, am Baumaterial, welches der Verkäufer mit dessen Willen auf dessen Felde oder Bauplatz abgelagert hat.<sup>24a</sup>

Besitzer der animus possidendi rückfichtlich der singulae res fehlen kann, z. B. solchen, die ohne sein Wissen hineingebracht wurden. Vgl. L. 9. §. 3. cit. u. Savigny, §. 17., welcher — wie Jhering, S. 162 fg., bemerkt — allerdings insofern fehlt, als er die Entscheidung der L. 18. §. 2. cit. auf Häuser (Wohnungen) beschränkt und von einer „eigenen custodia“ bei Häusern spricht (S. 226, 230).

24) Wenn Baron, a. D. S. 81, gegen Savigny einwendet, daß, was vom Hause, nicht auch vom Speicher gelte, weil die Sicherheit des Verschusses „nicht von allzu hohem Werthe“ ist, so wird Niemandem entgehen, daß dieselbe Einwendung auch auf Häuser (Sommerwohnungen) zutrifft. Nicht auf die größere oder geringere Widerstandsfähigkeit gegen Einbruch, sondern auf die Unwahrscheinlichkeit erfolgreicher Eingriffe kommt es also an. Selbst der Verschluß wird dort irrelevant sein, wo derselbe nach der Beschaffenheit des Objectes oder nach Landesitte nicht nöthig und üblich ist, z. B. bei Ställen oder Alpenhütten. Sehr richtig bemerkt Jhering, S. 183, daß nicht die Mauern und Schlösser allein es sind, welchen wir die Sicherheit unserer beweglichen Sachen verdanken, daß sich vielmehr zu diesen äußeren Hindernissen fremder Begehrlichkeit noch die unsichtbaren Schranken gesellen, mit denen das Recht unser Eigenthum (und Besitz) umgibt. Daß übrigens auch hier Alles Erfahrungssache ist, liegt auf der Hand. Einführung von Vieh, Stroh, Heu in den unversperrten Stall, Niederlegung von Waarenballen im Hofraum, in der Hauseinfahrt ist zum Besitzerverwerb ebenso genügend, als andererseits Deposition von Werthsachen im Hofraum, ja selbst im offenen Vorhause (Treppenhause u.) ohne spezielle Bewachung gewiß nicht zum Besitzerverwerb hinreicht. Vgl. Jhering, S. 163.

24<sup>a</sup>) Es ist das Verdienst Jhering's, S. 164, 198, hierauf gegenüber der zu engen Auffassung Savigny's, §. 17., aufmerksam gemacht zu haben. S. nun auch Brinz, §. 137. (2. A.). Auch hier kommt übrigens Alles auf den konkreten Fall an; die Frage, ob durch derartige Abladungen die faktische Macht hinlänglich gesichert sei, muß nach verständiger Lebensanschauung beurtheilt werden. Für

Bisweilen dient die zur Gewahrsame getroffene Vorkehrung (custodia) bloß zur Erhaltung oder Sicherung des Besitzes, so insbesondere nach Umständen das Vergraben in Grund und Boden oder im Gemäuer, gleichviel ob im eigenen oder fremden, sofern nämlich nur der Vergrabende das Versteck kennt.<sup>25</sup>

3) Die Uebergabe der Schlüssel erscheint als Ergreifungsakt in Ansehung der verschlossenen Sachen, vorausgesetzt, daß mit jener Uebergabe die Möglichkeit der ungehinderten physischen Disposition gegeben ist. Darum heißt es im §. 427. A. b. G. B.: daß Sachen übergeben werden, „wenn der Eigenthümer die Werkzeuge übergibt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, abschließend den Besitz der Sache zu ergreifen.“<sup>26</sup> Es ist eine Thatsache, ob Gegenwart bei der verschlossenen Sache erforderlich ist oder nicht.<sup>26a</sup>

die prinzipielle Auffassung Ihering's („Thatsächlichkeit des Eigenthums“) folgt hieraus Nichts. Das Kriterium Ihering's: wie es der Eigenthümer zu halten pflegt (normale Lage der Sache), trifft auch hier nicht immer zu. So z. B. wird gewiß auch durch Abladen von Waarenballen auf öffentlicher Straße vor dem Hause oder im Garten, oder am nahen Felde des Käufers u. Besitz erworben, obwohl diese Lage keine normale ist. Vgl. L. 1. §. 21. D. h. t.

25) L. 44. D. de poss.: Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat . . . Et nihil interest, pecunia in meo an in alieno condidisset, . . . itaque nec alius locus meam aufert possessionem, quum supra terram an infra terram possideam, nihil intersit. Baron, S. 114, kann den Besitz an vergrabenen Sachen nicht anders begründen, als indem er dem Grundinhaber jedwede Macht über den unterirdischen Grund rundweg abspricht: „sein Wille gehe nicht auf die Sache selbst, sondern auf die mathematischen Grenzen derselben; sonst wäre er Besitzer.“ — Also gegenüber dem Grundbesitzer wäre der Vergrabende nicht gewahrt? Geißt es doch in meo vel alieno? Und wie, wenn ich in einer Mauer etwas verberge? Es ist offenbar, daß die Theorie Baron's von der custodia an Sachen unter der Erde eben so sach- und quellenwidrig ist, als jene von der custodia an Sachen über der Erde. Vgl. Note 11.

26) Daraus ergibt sich, wie ungerechtfertigt es ist, die Uebergabe der Schlüssel als symbolische Erwerbssart aufzufassen, wie dies unsere Kommentatoren thun. Auch hier läugnen Bachmann, §. 29. 12, und Erner, S. 175 Besitzerverb, da nach §. 427. bloß Eigenthum übergehe. Dagegen schon Winawarter, II. S. 43, und Stubenrauch, I. S. 638. Unger, zum sächs. Entwurf, S. 79. Vgl. L. 9. §. 6. D. de aeq. rer. dom. L. 74. D. de contr. emt. L. 1. §. 21. de poss.: „et vina tradita videri, eum claves cellae vinariae traditae fuerint.“ S. über diesen Erwerbssfall Näheres am Schlusse dieses §. Vgl. auch die Entscheidung des D. A. G. Dresden v. 7. März 1849 bei Mathiae, I. S. 118, Präj. 3, wo die Uebergabe von Jahrmaktsbuden durch Uebergabe der Schlüssel des Schuppens, in dem sie aufbewahrt wurden, angenommen wird, und den ähnlichen Rechtsfall Ritter's, G. Halle 1861. Nr. 48.

26a) Vgl. auch bayr. Entw. III. §. 4. Goldschmidt, S. R. II. §. 67.

4) Schwieriger ist die Frage, worin der Apprehensionsakt bezüglich eines Schatzes (§. 398.) besteht.<sup>27</sup> Nach österreichischem Rechte dürfte wohl die Behauptung, daß der Besitz des Schatzes und überhaupt vergrabener Sachen erst mit dem Ausgraben (Heben) derselben erworben werde, keinem begründeten Zweifel unterliegen. Bezüglich des Nichtgrundbesitzers kann hierüber kein Streit sein. Aber auch der Besitzer des Grundes, in welchem der Schatz verborgen liegt, erwirbt den Besitz nicht schon, sobald er von demselben erfährt und den Besitzwillen faßt, da ja (abgesehen davon, daß die Existenz des Schatzes vor der wirklichen Ausgrabung meist fraglich ist) vor der Hebung

N. 2, der auf die Analogie der L. 18. §. 2. D. 41. 2. hinweist und das richterliche Ermessen entscheiden läßt. — And. A. Erner, Trad. S. 102. Roth, §. 132. N. 30. Meisehneider, S. 235, N. 3. Brinz, §. 137. N. 31. Scheuerl, Jen. Lit. Ztg. 1876. Nr. 263, welche die Gegenwart des Empfängers jederzeit fordern. Dagegen siehe Ger. Zeit. 1867. Nr. 102, neuestens Ihering, Grund S. 107, und Dernburg, §. 152. N. 6. Ihering findet in der entgegengesetzten Auffassung mit Recht eine Nachwirkung der äußerlichen Auffassung, welche alles Gewicht auf das physische Moment legt. „Kann der Jäger den Besitz am Wilde erwerben, das sich in seinen Schlingen gefangen hat, . . . warum nicht der Kaufmann, der einen Waarenspeicher gekauft hat, durch Ablieferung der Schlüssel in seiner Wohnung den Besitz (der Waare)?" Nicht anders faßt die Schlüsselübergabe auf art. 4. III. des bayr. Entwurfs: Uebergabe unter Umständen, welche die sofortige (?) ungehinderte Ergreifung der verschlossenen Sachen gestatten. Der §. 199. sächs. G. B. verlangt Nähe des Verschlußes.

27) L. 15. D. ad exhib. 10. 4. L. 44. pr. de poss., insbesondere L. 3. §. 3. eod.: Neratius et Proculus solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere simulatque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Quidam putant, Sabini sententiam veriore esse, nec alias eum, qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consentio. Nach römischem Rechte wird hiernach der Besitz des Schatzes (im nicht bloß technischen, sondern im weiteren Sinne, also jedes vergrabenen Geldes u.) nicht schon durch den Willensentschluß des Grundbesitzers, sondern erst durch loco movere erworben. Vgl. über diese Stelle und deren Interpretation Savigny, §. 17. Ihering, S. 164, 197, hält die herrschende Ansicht auch mit dieser Stelle für unvereinbar, weil, wenn die sichere Herrschaft über die Sache entscheide, diese auch vor der Hebung des Schatzes nicht minder vorhanden sei, als bei der häuslichen custodia. Gewiß, — wenn der Schatz im Hause oder in dem „mit unübersteiglichen Mauern“ umgebenen Garten sich befindet! (Siehe folgende Note.) Allein der Jurist spricht nur von dem Falle, wenn der Schatz in fundo, also im offenen Grunde vergraben ist, und zu diesem haben auch Dritte Zutritt. Ihering selbst verlangt das loco movere nur zu dem Zwecke, um den Eigenthumswillen zu konstatiren (S. 198). Indes warum sollte dann nicht eine anderweitige Willensmanifestation, z. B. Erklärung vor Zeugen genügen!



Anders freilich, wenn die Thiere in einem Behälter, Zwinger oder einem kleineren Raume festgehalten werden, wo sie jeden Augenblick ergriffen werden können, z. B. Fische in einem Fischbehälter, oder Wild in einem kleinen, abgeschlossenen Garten.

Bei der bisherigen Erörterung wurde der §. 295. des G. B.: „Selbst Fische in einem Teiche und Wild in einem Walde werden erst dann ein bewegliches Gut, wenn der Teich gefischt und das Wild gefangen oder erlegt worden ist“ — außer Acht gelassen. Es liegt auf der Hand, daß Fische im Teiche und Wild im Walde, so weit es sich um den Besitz handelt, als bewegliche Sachen behandelt werden müssen. Allein selbst auf anderen Gebieten des Rechtes ist es nicht anders. Es gibt nicht ein Verhältnis, in dem sich diese Fiktion des §. 295. als praktisch bewähren würde; sie ist schlechthin eine juristische Todtgeburt.<sup>33</sup>

C. In Ansehung der unbeweglichen Sachen (namentlich der Grundstücke) erscheinen als Ergreifungsakte (von der bloßen Gegenwart abgesehen, die sich regelmäßig nur im Falle der Uebergabe zur Besitzergreifung eignen wird) insbesondere die Umzäunung, Verainung, Bearbeitung, Markensetzung (§. 312.).<sup>34</sup> Handlungen dieser

sunt, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri. Wir erkennen nach Baron's tüchtiger Begründung (a. D. S. 69—79) an: daß die vivaria nicht Zwinger, und die piscinae nicht bloße Fischkästen sind (wie Savigny, S. 342 meint), und pflichten ihm vollkommen darin bei, daß der Unterschied zwischen vivarium und silva circumsepta in der Art der Umzäunung, jener zwischen piscina und stagnum in der künstlichen Ablassbarkeit besteht; behaupten aber, daß auch die Größe des Ortes entscheidend ist. Auch weitenweite Thierparke können mit Mauern umschlossen sein und selbst weitenweite Teiche können trocken gelegt werden, und doch wird vom Besitze an Wild und Fisch in solchen Gehegen und Teichen keine Rede sein können. Auch hier handelt es sich bloß um Thatsfragen und aus diesem Gesichtspunkte dürfte L. 3. §. 14. cit. zu beurtheilen zu sein. Vgl. auch Gynar, S. 106. Förster, §. 160. Meißner, S. 241.

<sup>33</sup>) Das Nähere gehört natürlich nicht hierher. Nur so viel sei bemerkt, daß das Wild und die Fische weder als Theile noch als Zugehör des Waldes oder Teiches aufgefaßt werden können; und doch haben die §§. 294—297. d. G. B. nur nach diesen Richtungen hin Wahrheit und Bedeutung. Was mit einem Walde oder Teiche bei Veräußerungen als mitveräußert angesehen werden kann, ist offenbar nur das dem Grundbesitzer etwa zustehende Okkupationsrecht an Thieren. Vgl. hierzu überhaupt Unger, I. §. 48., der auch hier den richtigen Gesichtspunkt zuerst aufdeckte, Sobbe, D. P. N. I. §. 63. Nr. 19. Eine Besonderheit des deutschen Rechts liegt hier nicht vor.

<sup>34</sup>) Es wird daher der Besitz einer Wiese noch nicht dadurch erworben, bez. der bisherige Besitz aufgehoben, daß Jemand einzelne an der Grenze stehende Bäume fällt. Vgl. Nr. 5849 Samml. Gl.-U.-B.

Art sind dort unerläßlich, wo Grund und Boden noch unabgetheilt da liegen. Denn die Theilung schafft hier erst die Rechtsobjekte (Rechtseinheiten). Die Theilung (Abgrenzung) ist nur da überflüssig, wo die Natur schon die Grenzen gegeben hat, z. B. bei Inseln. (Vgl. §. 17. d. B.)

Beim Besitzerverbe ist es gleichgiltig, ob der Willensentschluß und die Apprehension der Zeit nach zusammenfallen oder nicht. Ein Fall, wo das zum Besitze erforderliche Machtverhältnis über die Sache dem Willensentschlusse vorangeht, wird im gemeinen und in neueren Partikularrechten als *brevi manu traditio* bezeichnet.<sup>35</sup> Das Gesetzbuch erwähnt zwar desselben nur im Kapitel vom Eigenthumsverbe durch Tradition, §. 428.: „Durch Erklärung wird die Sache übergeben, wenn der Veräußerer seinen Willen an den Tag legt, . . . daß der Uebernehmer die Sache, welche er bisher ohne ein dingliches Recht inne hatte, künftighin aus einem dinglichen Rechte besitzen solle.“ Ganz abgesehen davon, daß diese Bestimmung nur eine selbstverständliche Konsequenz der allgemeinen Traditionsgrundsätze enthält, unterliegt es keinem Zweifel, daß dieselbe auch in der Lehre vom Besitze als Beweisstelle benützt werden kann, da ja bei der Tradition nach österr. wie nach röm. Rechte der Besitzerverbe mit dem Eigenthumsverbe zusammenfällt.<sup>36</sup> Das Gegenstück zur *traditio brevi manu* bildet der Fall des sog. *constitutum possessorium*, nach welchem der Besitz einer Sache durch den bisherigen Besitzer durch

<sup>35</sup>) Die *brevi m. traditio* ist nicht der einzige hierher gehörige, sondern nur der Hauptfall; denn dasselbe Verhältnis liegt vor, wenn der Inhaber der Sache eigenmächtig den Eigenthumswillen faßt, wo also keine Tradition stattfand, z. B. der bisherige Verweiser eignet sich die ihm anvertraute Sache an.

<sup>36</sup>) Vgl. Rippel, III. S. 64. Winwarter, II. S. 43. Pachmann, S. 73. Stubenrauch, I. S. 636. Auch das röm. R. erwähnt dieses Falles nur bei Gelegenheit des Eigenthumsverbes durch Tradition. L. 9. §. 5. D. de acq. rer. dom.: *Interdum sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi aut apud te deposui, vendidero tibi. . . .* L. 62. D. de evict. L. 9. §. 9. D. de reb. cred. Dieser Fall des Eigenthumsverbes (vom Gesetze im §. 428. „Uebergabe durch Erklärung“ genannt) ist daher nur scheinbar eine Ausnahme von der Regel, daß bei der Tradition der Besitzerverbe die Bedingung des Eigenthumsverbes ist. Denn da der Inhaber bereits die Macht über die Sache hat, braucht er nur den Besitzwillen zu fassen. — Uebrigens ist die Fassung des §. 428. eine ganz unglückliche. Es kommt gar Nichts darauf an, ob der bisherige Inhaber ein „dingliches Recht“ oder überhaupt ein Recht auf die Sache (Eigenthum ausgenommen) hatte oder nicht; andererseits kann unter dem „einem dinglichen Rechte“, aus dem er sie künftighin besitzen soll, nur das Eigenthum verstanden sein. — Zum Besitzübergang gemeinsam benützter Möbeln an den Kohabitanten genügt der Kaufvertrag. S e u f f. Arch. 33. Nr. 286.



bloße Willensänderung für einen Dritten erworben wird. Das const. erwähnt das Gesetz sowohl im Kapitel vom Besitze (§. 319.), als in jenem vom Eigenthume (§. 428.). Von demselben soll noch am Schlusse dieses §. gehandelt werden. Nur darauf mag schon hier hingewiesen sein, daß weder der Besitzerwerb im Wege der trad. brevi manu, noch das constit. possessorium eine Ausnahme von der allgemeinen Regel bildet.<sup>37</sup> Wird eine Sache bedingt zum Besitze übergeben, so hat der Uebernehmer zunächst nur die Detention, mit dem Eintritte der Bedingung aber den Besitz derselben sofort erworben.<sup>38</sup>

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß trotz der Mannigfaltigkeit der Besitzergreifungsakte im Einzelnen das Prinzip doch immer Eines und dasselbe ist: nämlich, daß nur ein solcher, aber auch jedweder solcher Akt zum Besitzerwerbe hinreicht, der die Möglichkeit unmittelbarer und ausschließlicher Einwirkung auf eine Sache gewährt. Es besteht diesfalls zwischen dem röm. Rechte und den neueren Gesetzgebungen (der österreichischen, preussischen und sächsischen) im Wesen Einklang. Dieses Prinzip läßt zwar in der Anwendung eine Verschiedenheit der Apprehensionshandlung zu, namentlich im Falle der Uebergabe, aber es bleibt trotzdem doch immer und überall eins und dasselbe.<sup>39</sup> Das Wesen der Apprehension besteht immer nur in der

37) Vgl. Note 36 und 60. Kierulff, S. 536 flg. Die österreichischen Kommentatoren sehen in der brevi manu traditio meist eine symbolische Uebergabe, so Rippel, III. S. 72. Winwarter, II. S. 43. Stubenrauch, I. S. 638. Dagegen schon Bachmann, S. 74.

38) L. 38. §. 1. D. de poss.: Existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicuti res sub conditione traduntur. Die Bedingung muß selbstverständlich eine suspensive sein. Ein solcher Fall tritt z. B. ein nach §. 1080. bei dem auf Probe geschlossenen Kaufe bis zur Bezahlung des Preises. — Bei Resolutivbedingungen, z. B. beim Verkaufe mit Vorbehalt des Wiederkaufes (§. 1068.), des Rückverkaufes (§. 1071.), des Vorkaufsrechtes (§. 1072.) u. a., hat der Uebernehmer sofort den Eigenthumswillen und daher Besitz.

39) Wir stimmen daher im Wesen mit Puchta, Pand. §. 130. (siehe auch Gyner, S. 4, 11, N. 24. Förster, §. 160. N. 61), daß die Erfordernisse des Besitzerwerbes (wir sehen bei: grundsätzlich) sich nicht verändern, er mag unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers (Tradition) geschehen, oder durch bloße Thätigkeit des Erwerbers (Okkupation), und können der Meinung Jener, welche, wie neuerlich Prinz, P. S. 60 (1. A.) u. Jahrb. f. gem. d. R. III. S. 17, eine solche Verschiedenheit behaupten, gleich Savigny, S. 240, nur insofern beitreten, als man dieselbe nicht auf den Grundsatz selbst, sondern nur auf die Anwendung desselben bezieht. Denn soviel ist wahr, daß die Möglichkeit unmittelbarer und ausschließlicher

Möglichkeit unmittelbarer und ausschließlicher Verfügung über die Sache.

Es entsteht nun die Frage, was für eine Bewandniß es mit der sogenannten Uebergabe „durch Zeichen“ hat, deren das Gesetzbuch im §. 315. und 427. erwähnt. Findet hier nicht etwa eine Ausnahme von jenem Principe statt? Wir antworten gegen die herrschende Anschauung: daß bis auf einen einzigen Fall solche Ausnahmen nicht bestehen. Zur Begründung unserer Behauptung ist vor Allem ein Rückblick auf die Entstehung der Theorie von der „Zeichen“ oder „symbolischen“ Uebergabe unerlässlich. — Es war ein verbreiteter Irrthum älterer Juristen des gemeinen Rechtes, der sich schon in der Glosse findet, unter der Apprehension nur das unmittelbare Berühren der Sache zu verstehen, daher bei beweglichen Sachen den Begriff derselben auf das Ergreifen mit der Hand, bei unbeweglichen auf das Betreten mit den Füßen zu beschränken, und folglich alle übrigen Handlungen, durch welche nach der Bestimmung des positiven Rechtes gleichfalls Besitz erworben wird, z. B. die Uebergabe von Schlüsseln, als symbolische Apprehensionsakte (apprehensio ficta) zu bezeichnen.<sup>40</sup> Es

Einwirkung im Falle der Uebergabe schon unter Umständen vorhanden ist, welche die gleiche Möglichkeit bei einseitiger Besitzergreifung nicht gewährt. Auf die Möglichkeit physischer Verfügung, und nicht wie Savigny, S. 272. Meischelder, §. 46. und Bornemann, I. S. 493, auf das Bewußtsein möchten wir hierbei das Hauptgewicht legen. — Praktisch dürfte sich eine Differenz beider Ansichten nicht leicht zeigen. — Wenn indeß Bornemann, I. S. 504—507, so weit geht, zu behaupten: daß es bei der Uebergabe nur auf die Dokumentierung der Thatsache ankommen könne, daß und wann der Wechsel der Herren der Sache erfolgt sei; daß man Besitzer werden könne, ohne die Sache betreten oder gesehen zu haben, selbst wenn man erst, um in körperliche Verbindung mit ihr zu kommen, zu ihr hinreisen oder dieselbe sich schicken lassen müsse, so sehen wir wahrhaftig nicht ein, wo dann die Grenze zwischen Kontrakt und Tradition liegen soll? Am allerwenigsten finden wir, wie Bornemann, S. 507, voraussetzt, diese Grundsätze im Landrechte begründet. Vgl. dagegen §§. 51. 54. 56. 64. I. 7. — Das sächs. G. B. erkennt den obigen Grundsatz im §. 194. ausdrücklich an: „Der Besitz wird erworben, wenn Jemand durch eine einseitige Handlung oder durch Uebergabe in ein solches Verhältniß zu der Sache tritt, daß er beliebig auf dieselbe einwirken kann.“ — Das franz. Recht erwähnt die einseitige Ergreifung gar nicht, die körperliche Uebergabe nur bei Mobilien, ohne sie näher zu erklären; räumt aber bei der Tradition der letzteren, wenn sie nicht sofort übergeben werden können, dem bloßen Konsens die Wirkung wirklicher Uebergabe ein. Art. 1606. Ebenso das ital. G. B. art. 1465.

40) So selbst Donellus, Komm. V. 9. Dieser theoretische Irrthum könnte gleichgiltig erscheinen, wenn er nicht zu falschen praktischen Konsequenzen führen würde. Da nämlich die Apprehension durch symbolische Handlungen als singuläres

ist das Verdienst Savigny's (a. a. D. §§. 14. bis 17.), die Irrigkeit dieser Theorie für das röm. Recht nachgewiesen und durch die Interpretation der betreffenden Stellen dargethan zu haben, daß es nicht die körperliche Berührung, sondern die Möglichkeit der unmittelbaren Macht über die Sache ist, die das Wesen der Apprehension ausmacht, und daß alle Fälle, in denen man eine symbolische Apprehension annahm, unter den Begriff der natürlichen Apprehension fallen.<sup>40a</sup>

Recht erscheint, so war es nur folgerichtig, derselben die Wirkung des Besitzerverbes nur in jenen Fällen beizulegen, in welchen dies das positive Gesetz that, diese Wirkung daher insbesondere auszuschließen beim Besitzerverbe durch Stellvertreter, durch unrechtl. Handlungen und bei der sog. unmittelbaren Besitzergreifung. Von Manchen, wie von Donell a. a. D., wird den symbolischen Handlungen die Wirkung des Besitzerverbes sogar nur im Falle der Tradition eingeräumt. (Ein ähnlicher Irrthum findet sich auch bei Pachmann, Verj. §. 29. Note 12, und bei Exner, Trad. S. 176, welche die Zeichenübergabe des §. 427. nur auf den Erwerb des Eigenthums beziehen und dieselbe zur Erwerbung des Besitzes für unzureichend erklären.) Die Veranlassung zu jenem Irrthume gab wahrscheinlich die irrige Deutung des Wortes „corpus“, indem man das *corpore adipiscimur possessionem* auf das körperliche Berühren bezog, während es doch nur die körperliche Seite der Besitzergreifung im Gegensatz zum *animus* bezeichnet; daher es auch in den Quellen beim Besitzverluste heißt: *corpore amittimus possessionem*, z. B. L. 44. L. 29. D. de poss. — Die Stellen, auf welche man die symbolische Apprehension gründete, werden im Verlaufe des Paragraphen angeführt werden.

40a) Symbole sind Sachen oder Akte, welche kraft Sitte und Herkommens etwas Anderes (Sinnliches oder Uebersinnliches) vorstellen, als sie in Wirklichkeit sind. Es sind gemeingiltige Bilder des Vorzustellenden (Exner, S. 250). So ist die Waage das traditionelle Bild der Gerechtigkeit; so ist die *mancipatio* des röm. R. — diese *imaginaria emtio, venditio* — eine symbolische Darstellung des bezüglichen Rechtsgeschäfts; so ist die altdeutsche Auslassung des Grundstücks mit Uebergabe der *festuca*, einer Erdscholle, eines Zweigs u. s. f. eine symbolische Uebertragung. Dergleichen symbolische Akte kommen auf dem Gebiete des Rechts bei allen Völkern in den ersten Entwicklungsstufen häufig vor. Mit diesen Symbolen hat die sog. symbolische Tradition der älteren Doktrin Nichts zu schaffen. Der Schlüssel ist offenbar nicht der Repräsentant der verschlossenen Sache, die Urkunde nicht Symbol der verkauften Sache; ebensowenig soll die Uebergabe der Schlüssel oder Urkunden oder die Signirung der Sache nach herkömmlicher Volksanschauung die Tradition der zu übergebenden Sache vorstellen, sie bedeuten (Jhering, Geist des Röm. R. II. §. 45 a.). Die sog. „symbolische Tradition“ im Sinne der älteren Theorie hat vielmehr einen ganz anderen Charakter und wurde nur *per nosas* so benannt. Die betreffenden Akte z. B. Schlüssel- oder Urkundenübergabe sollen — trotzdem sie keine Symbole weder der Tradition noch der tradirten Sache sind — die rechtlichen Wirkungen der Tradition haben, diese ersetzen; sie sind sohin *surrogate* der Tradition. Die hergebrachte Bezeichnung derselben als symbolischer Traditionsakte dürfte einerseits mit der Unklarheit des bezüglichen Begriffs, andrerseits mit dem Umstande zu erklären sein, daß

Sowohl das preussische N. Landr. (I. 7. §. 61—65.), als das österr. Gesetzbuch (§§. 315. und 427.) sind von dieser zur Zeit ihrer Entstehung verbreiteten Auffassung nicht frei. Sie gestatten nämlich in gewissen Fällen eine „Uebergabe durch Zeichen“. Allein in Beiden ist der Irrthum mehr in der Ausdrucksweise gelegen und es ist (einen einzigen Fall des österr. G. B. ausgenommen) durchaus nicht wahr, was aus dem Gebrauche dieser Worte geschlossen werden könnte, daß nämlich Besitz auch ohne einen die Macht über die Sache vermittelnden Akt durch Symbole erworben werden könne. Das preuß. Landr. spricht dies geradezu aus im §. 64. I. 7.: „Auch muß die symbolische Uebergabe von der Beschaffenheit sein, daß der körperlichen Besitznehmung ferner nichts entgegensteht.“<sup>41</sup> — Das österr. Gesetzbuch er-

in altdeutschen Rechte symbolische Traditionen bei Immobilien (*festucatio* etc.) gebräuchlich waren, und daß die herkömmliche deutschrechtliche Auffassung in das später regirte röm. Recht hineingetragen wurde. Vgl. Exner, S. 160 flg. Goldschmidt, §. 67. Meißcheider, §. 51. Für die modernen Modifikationen kam noch der Umstand hinzu, daß auch die Naturrechtslehrer die symbolische Tradition aus Verkehrsrücksichten empfahlen, indem sie postulirten, daß der Eigenthumswechsel sich in einer auch Dritten erkennbaren Weise vollziehe, zu welchem Zwecke sich die sog. symbolische Tradition nach Umständen ebenso gut eignet wie die Uebergabe von Hand zu Hand (sog. *trad. vera*, Exner, S. 164). Dieser Gesichtspunkt war insbesondere maßgebend für die Ausnahme des §. 427. in den Entwurf des h. G. B. (Vgl. Note 56c.). — Neuestens will Jhering, Grund d. B. S. 207, in der symbolischen Tradition, „weit entfernt eine Verunstaltung oder Mißbildung, vielmehr eine Fortbildung des Besitzbegriffes erblicken.“ Diese Auffassung Jhering's führt zu der Konsequenz, daß Besitzübergang bei Mobilien und Immobilien überhaupt schon mit der hierauf gerichteten Erklärung der Parteien angenommen werden müßte, — selbst dort, wo die Voraussetzungen des const. poss. nicht vorliegen. Dies Ergebniß ginge aber weit über das römische, selbst weit über das französische Recht — gewiß auch weit über die Grenzen des praktischen Bedürfnisses hinaus und wäre mit Rücksichten für die Verkehrssicherheit kaum vereinbar. Vgl. schon die Bemerkungen Zeiller's in Note 56c.

41) Dies wiederholt Zeiller, II. S. 224., indem er zugleich ein anderes Moment einflüßt: daß die Bezeichnung „zweckmäßig zur Darstellung des übertragenen Eigenthums gewählt werde.“ Dazu N. 40a. Vgl. Koch, §. 7. Mit Recht bestreitet neuerlich Förster, §. 160. N. 61., daß das preuß. L. R. die symbolische Tradition anerkenne; der §. 64. I. 7. bildet das Korrektiv der falschen *demonstratio* des §. 62. Auch die Materialien bezeugen, daß die Redaktoren wirkliche Uebergabe im Sinne hatten. Vgl. auch Gruchot, Beiträge IV. S. 473. flg. und Meißcheider, §. 55. Es ist daher nicht zu rechtfertigen, daß Bornemann, I. S. 498. und neuestens Dernburg, §. 152., Goldschmidt, §. 67. 2., von einer symbolischen Uebergabe sprechen, wenn sich auch die Randrubrik des §. 62. I. 7. dieser Bezeichnung bedient. — Das franz. u. ital. Recht gestattet

wähnt der Uebergabe „durch Zeichen“ in den §§. 312. und 313., in welchen von den zum Besitzerwerbe überhaupt erforderlichen Handlungen die Rede ist, gar nicht, sondern nur im §. 315. in Ansehung des Umfanges des Besitzerwerbes, und sodann im §. 427. gelegentlich des Eigenthumserberbes durch Uebergabe. Hierbei muß vor Allem bemerkt werden, daß es irrig wäre, da, wo das Gesetzbuch von „Zeichen“ spricht, sogleich an Symbolik zu denken. Unter „Zeichen“ sind vielmehr alle Handlungen zu verstehen, welche den besonderen und ausschließlichen Zweck haben, einen bestimmten Willen zu offenbaren, — also mit Ausschluß der mündlichen und schriftlichen Aeußerung alle ausdrücklichen Willenserklärungen im Gegensatz zu den stillschweigenden.<sup>42</sup> Unter Festhaltung dieses gesetzlichen Sprachgebrauches wollen wir nun zur Interpretation der gedachten §§. schreiten.

Daß im §. 315. des Gesetzbuches von einer Besitzergreifung durch bloß symbolische Akte keine Rede sein könne, ergibt schon der Wortlaut desselben: „Bei der mittelbaren Besitzergreifung, heißt es daselbst, erhält man Alles, was der vorige Inhaber gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nöthig ist, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen.“ Hiernach ist also beim Besitzerwerbe eines aus Theilen bestehenden Ganzen jederzeit ein phy-

bei Immobilien eine symbolische Uebergabe durch Uebergabe der Eigenthumsurkunden. Vgl. Note 54. Das sächsische Recht erwähnt der Uebergabe durch „Zeichen“ nicht mehr; ebensowenig das Züricher. G. B. und der bayr. Entwurf. Für das franz. Recht erkennt auch Goldschmidt, §. 67. N. 8. an, daß mit Ausnahme der Urkundenübergabe (art. 1605. C. c.) keine symbolische Apprehension anerkannt werde; denn die fingirte Uebergabe des art. 1919. ist die brevi m. trad. oder das const. poss. Ueber die irrige Begriffsanwendung mancher franz. Juristen s. Goldschmidt, a. D. und Zachariä, §. 185. 6. Das ital. G. B. (art. 1464. 1465.) schließt sich dem franz. R. an. Ueber das engl. R. vgl. Goldschmidt, §. 67. N. 8. u. 13.; dasselbe nennt jeden nicht körperlichen Besitzerwerb einen symbolischen. Für das bayr. L. R. nimmt den hier festgehaltenen Standpunkt ein Roth, §. 132.

42) Arg. §. 863. „Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.“ Zu den „Zeichen“ gehört also z. B. das Kopfnicken, Zeigen mit dem Finger, Geberden u. s. f. Vgl. Unger, II. S. 103. Erner, S. 99. Unsere Kommentatoren — Kirchstetter, S. 163, N. 11. nicht ausgenommen — sprechen übereinstimmend mit der älteren Theorie von symbolischer Uebergabe in denjenigen Fällen, wo eine Uebergabe von „Hand zu Hand“ nicht stattfindet. (Vgl. z. B. Winzwarter, II. S. 201. Stubenrauch, I. 811. 813.)

fischer Apprehensionsakt erforderlich, und es ist nur nicht nöthig, jeden einzelnen Theil besonders zu übernehmen; es genügt, wenn die Parteien darüber einig sind, was Alles übergeben und übernommen werden soll, und diesen Willen deutlich (erkennbar) geoffenbart haben. Unter den „deutlichen Zeichen“ sind also lediglich Aeußerungen des Willens verstanden, welche über die diesfällige Absicht der Parteien keinen Zweifel übrig lassen. Von einer Uebergabe durch Symbole ist also im §. 315. offenbar keine Spur.<sup>43</sup> Der Grundgedanke desselben ist vielmehr der: Bei der einseitigen Besitzergreifung eines aus mehreren Theilen bestehenden Ganzen kann die Besitzergreifung nicht weiter gehen, als die physische Macht reicht, zumal der Umfang des Besitzwillens nur aus dem Aneignungsakte selbst ersehen werden kann. Anders bei der Besitzergreifung im Wege der Tradition. Hier liegt das Hinderniß des Besitzerwerbes für dritte Personen darin, daß sie in der Macht des bisherigen Besitzers ist.<sup>43a</sup> Gibt dieser seinen Besitz zu Gunsten des neuen Erwerbers auf, so bedarf es offenbar nicht

43) Daß ein symbolischer Besitzerwerb nicht vorliegt, geht schon aus der Erwägung hervor, daß die Rechtswissenschaft auch ohne die Bestimmung des §. 315. zu demselben Resultate gelangen müßte. Vgl. auch Demelius: Der Rechtswerb, Ger. Zeit. 1858. Nr. 35., Erner, S. 99, N. 31. Sehr stark erinnert die Norm des §. 315. an Donellus Comm. V. 9. §. 4. Si quis fundum aut aedes possidere hoc modo (sc. traditione) adit, non est necesse, omnes partes fundi aut aedium circumambulare, sed sufficere, quamlibet partem introire, dum hac mente sit, ut totum fundum aut totas aedes velit possidere. Quod non item receptum est in iis rebus immobilibus, quae ante nullius sunt, occupandis. In quibus tantum occupatione nostrum facimus aut possidemus, quantum aedificio aut terminis positus inclusimus. Vgl. L. 3. §. 1. D. de poss.

43a) Ihering S. 201, sucht u. a. die Unhaltbarkeit der Savigny'schen Theorie in Ansehung der Immobilien mit folgender Bemerkung nachzuweisen: „Ist die Anwesenheit auf dem Grundstück mit der Absicht, Besitz zu ergreifen, an sich ausreichend, die physische Herrschaft und damit den Besitz zu verschaffen, warum bloß in der Person des Käufers, warum nicht auch in der des unrechtmäßigen Odkupanten?“ Die Antwort liegt in dem im Text Gesagten. (Vgl. auch Ihering selbst, S. 202) Wo zwei Personen — von denen eine den Besitz schon hat, die Andere ihn erst erwerben will, in Konflikt gerathen, da muß der Wille der Letzteren, um faktische Geltung zu haben, sich erst faktisch Geltung verschaffen, und daß dies nicht anders möglich ist, als durch machtvolle Beseitigung der Hindernisse — nicht aber durch bloße Gegenwart — liegt m. E. auf der Hand. Für Ihering hat die Gegenwart des Tradenten und Empfängers nur die Bedeutung: „den Besitz- und Eigenthumsübergang zu konstatiren.“ Allein — fragen wir — warum genügt dann nicht jedwede anderweitige Konstatirung dieses Willens? Vgl. auch Windscheid, 4. Aufl. §. 153. N. 8.

der Apprehension jedes einzelnen Theiles, sobald nur Tradent und Empfänger darüber einig sind, was mit dem Ganzen übergeben und übernommen werden soll. Der Umfang des Besitzwillens, welchem der Machtwechsel entspricht, geht hier schon aus der Willenserklärung Beider hervor.<sup>44</sup>

Aber auch die im §. 427. angeführten Besitzergreifungsarten sind, einen einzigen Fall ausgenommen, keine symbolischen,<sup>45</sup> sondern

44) Eine symbolische Apprehensionsart erblicken im §. 315. Zeiller, II. S. 49. Rippel, III. S. 71, Winwarter, II. S. 42, Stubenrauch, I. S. 638, Kirchstetter, a. D.; dagegen Gyner, S. 99. Durch Uebergabe eines Bauernhofes sind daher alle zu demselben gehörigen Gründe auch ohne besondere Betretung übergeben, sofern die einzelnen dem Käufer bekanteten Felder in dem Kaufvertrage genau bezeichnet, oder selbe dem Uebernehmer aus der Nähe gezeigt werden. (M. N. Gyner S. 99, N. 31., welcher die Wirkung der *vacua p. übersteht*.) Nicht so, wenn es sich um Uebergabe eines aus mehreren, etwa in verschiedenen Gemeinden liegenden Höfen bestehenden Gutes handelt. Einen ähnlichen Fall enthält L. 18. §. 2. h. t. *Si vicinum fundum venditor ex turre demonstrat, . . . non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.* Vgl. dazu Savigny, S. 213. Das preuß. Landrecht enthält im §. 52. I. 7. eine ähnliche Bestimmung wie der §. 315.: „Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, der hat zugleich alle Pertinenzstücke derselben in Besitz genommen.“ Daß auch diese Bestimmung keine Anwendung der Theorie über den symbolischen Besitzwerb enthalte, zeigt der §. 54. eod., welchem zu Folge Pertinenz, die im Besitze Dritter sind, insbesondere ergriffen werden müssen. Vgl. Koch, a. a. D. S. 131, der mit Recht gegen die Annahme einer symbolischen Uebergabe spricht.

45) Wie die österr. Kommentatoren annehmen. Dagegen schon Unger, Entwurf S. 190, der aber u. G. darin fehlt, daß er eine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand in allen Fällen fordert, wo dieselbe nicht unmöglich ist, und daher mit Unrecht die Entscheidung des D. G. §. in Nr. 60. u. 61. der G. Z. von 1852 als irrig bezeichnet. Vgl. Note 18. Neuestens behandelte Gyner, Trad. S. 153—252 die symb. Tradition mit besonderem Fleiß und eingehender historischer Begründung. (Literarhistorische Ergänzungen s. bei Meischelder, §. 51.) Gyner anerkennt, daß die an sich falsche Lehre der älteren Doktrin — weil innerlich widerspruchsvoll und verkehrt — auch dort unhaltbar sei, wo sie wie im N. v. G. B. „ihren scheinbar vollkommen adäquaten Ausdruck gefunden hat.“ Daß jene Theorie in's h. G. B. übergang, sucht Gyner aus den §§. 427. 452. G. B. darzuthun. Doch trennt sich Gyner von der Auffassung der Kommentatoren darin, daß er in den Fällen der symbolischen Tradition bloß Uebergang des Eigentums — nicht aber des Besitzes annehmen will. (Dagegen s. Note 14.) Wie sofort gezeigt werden wird, ist aber die Uebergabe durch Werkzeuge und Signirung nach dem Wortlaute des Gesetzes (§. 427.) keine symbolische, vielmehr eine wirkliche Besitzübertragung. Die Inkorrektheit der Fassung des §. 427. ist rein doktrinärer Natur. Was jedoch die Signirung des §. 452. betrifft, welche behufs Erwerbung des Pfandrechts erfordert wird, so hat dieselbe einen andern Charakter, als jene des §. 427., da die Absicht nicht auf Uebertragung des Besitzes (noch weniger der Detention), sondern auf Bestellung des Pfandrechts gerichtet ist. Die Herbei-

wirkliche Apprehensionsakte. Der §. 427. lautet nämlich: „Bei solchen beweglichen Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Waarenlager oder einer andern Gesamtsache gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen, indem der Eigentümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist.“<sup>45a</sup>

— Zunächst wird hier der Fall der Uebergabe von Schuldforderungen ausgeschieden. Denn da es auch im Sinne des Gesetzbuches ein Eigenthum (im technischen Sinne) an Forderungen nicht gibt, und ebensowenig einen Sachbesitz, so kann auch rücksichtlich ihrer ebensowenig von einem Eigentums-, als von einem Besitzerverbe die Rede sein.<sup>46</sup> Vielmehr kann die Bestimmung des §. 427., soweit sie vom

ziehung dieses Paragraphen, welcher eine neue Form der Pfandbestellung enthält, ist daher unzulässig. [Vgl. meine Anzeige, Ger. Zeit. 1867. Nr. 102.] — Sonderbar ist die Auffassung Kirchstetter's S. 162, N. 10., welcher meint, daß zwar die ältere Doktrin von der symbolischen Tradition in das N. v. G. B. (§. 427.) ebenso übergegangen ist, wie die Theorie, daß zum Besitze ein physisches Gewaltverhältniß erforderlich sei (§. 309.), daß indeß das Gesetzbuch trotzdem (?) auf dem Standpunkte stehe, welchen neuestens Jhering einnehme; es genüge nämlich, „wenn der dem fraglichen Rechte entsprechende Zustand hergestellt werde.“ Das Unhistorische und Widerspruchsvolle dieser Deduktion liegt auf der Hand. Vergl. übrigens auch Note 41.

45a) Es ist zu betonen, daß sich der §. 427. G. B. noch nicht im Entwurfe (dem westgal. G. B.) findet und erst 1803 über Zeiller's Antrag zur Erleichterung des Verkehrs eingeschoben wurde; maßgebend war hierbei die engherzige Auffassung des Begriffs der „Uebergabe“ als Tradition „von Hand zu Hand“. Vgl. die Marginalrubriken zu §§. 426—428. G. B., Note 56c. u. 58. u. Gyner, S. 245.

46) Das Gesetzbuch bedient sich des Wortes Eigenthum in zweifachem Sinne, einmal im technischen, als totaler rechtlicher Herrschaft über körperliche Sachen (§. 354.), sodann im vulgären Sinne als subjektiver rechtlicher Macht über alle Objekte des Vermögensrechtes (§§. 353. 1424. 1030. u. a.). Es ist absolut nothwendig, das Eigenthum im technischen Sinne auf körperliche Sachen zu beschränken, wenn man nicht auf jede juristische Behandlung des Gesetzbuches von vornherein verzichten will. Vgl. Winwarter, II. S. 107., besonders Unger, I. S. 524. In der That liegt der diesfällige Mangel des Gesetzbuches bloß in der Sprachweise, nicht in der materiellen Normirung der Rechtsverhältnisse. Was Schuster (Zeitschr. f. v. Rechtsg. 1831. I. S. 9. Note) über die Nothwendigkeit einer neuen Begriffsbestimmung des Eigentums heiläufig erwähnt, kann nicht anders als eine arge Verirrung dieses gewiegten Rechtsgelehrten bezeichnet werden, die sich in ähn-

Eigenthume an Forderungen und deren Uebergabe spricht, nur auf jene Forderungen bezogen werden, welche auf den Ueberbringer eines Schuldscheines lauten (Inhaberpapiere) und über deren Erwerb der §. 1393. des G. B. bestimmt, daß sie schon durch die bloße Uebergabe des Schuldscheines, also durch Uebertragung des Eigenthums an diesem erworben werden. Den §. 427. auf alle Forderungen überhaupt zu beziehen, hieße, im Widerspruche mit der Grundanschauung des Gesetzbuches, allen Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten aufheben und einer bodenlosen Verwirrung der Begriffe Thür und Thor öffnen. Die nächste Konsequenz wäre beispielsweise, daß Forderungen nicht anders als durch Uebergabe des Schuldscheines erworben werden könnten, eine Annahme, die mit der klaren Bestimmung des §. 1392., der zur Cession bloßen Konsens fordert, im offenbaren Widerspruche stände.<sup>47</sup> Weiter wäre man gezwungen, auf Grund des §. 427. auch bei obligatorischen Rechten ihrer rechtlichen Natur zuwider von Titel und Erwerbungsart zu sprechen und dadurch in das Gesetzbuch selbst, welches die Entstehung und den Uebergang derselben nach ganz anderen Grundsätzen behandelt wissen will, als den der dinglichen (vgl. §§. 380. 449. 451. 481.), einen unlösbaren Widerspruch hineinzutragen. (Belege dafür Nr. 4534 u. 5631 Gl.-U.-W.!)

Auf die Uebertragung von Forderungen, die auf den Ueberbringerlicher Weise auch bei Bornemann, I. §. 77. u. II. §. 103. in Ansehung des preuß. Rechts findet. Vgl. gegen Bornemann auch Göppert, Miteig. S. 18.

47) Diese Konsequenz spricht auch wirklich aus Rippel, III. S. 368. d., läßt dieselbe aber freilich nur rücksichtlich jener Forderungen gelten, über welche Schuldburkunden bestehen. Was hat aber die Existenz eines Beweismittels mit der Erwerbungsart des Rechtes zu thun? Noch weiter geht Stubenrauch, I. S. 811, Note \*, der konsequent sogar bei unverbrieften Forderungen eine Uebergabe fordert und diese in der Bekanntgebung der Cession an den Cessus finden möchte, was mit der Norm des §. 1392. im Widerspruche steht. Vgl. auch die guten Bemerkungen zu dem in Nr. 107 der Ger. Ztg. 1861 von einem Ungenannten mitgetheilten Falle. Irrig behauptet somit Unger, II. S. 11, R. 34a, die ältere Ansicht, daß zur Cession Uebergabe erforderlich ist, sei in's b. G. B. (§. 427.) übergegangen; f. dagegen Unger selbst, I. S. 526 flg. Kirchstetter, S. 162, R. 9, und die Entsch. Nr. 1237, 4534, 5218 Samml. Gl.-U.-W. Anders freilich Nr. 5631. — Die Protokolle der Kompilationskommissionen geben keine Aufklärung. Wie unklar übrigens die Redaktoren des G. B. über die Bedeutung des §. 427. gedacht haben mochten, zeigt nachstehende Aeußerung Zeiller's, II. S. 223: „Gegenstände solcher Art (so wie sie der §. 427. vor Augen hat) sind: Kapitalien, die ihrer Bestimmung nach in den Händen (!) des Schuldners bleiben sollen.“ Sonderbare Begründung in Nr. 4534, welche sogar §. 367. G. B. auf Forderungen bezieht!

lauten, und nur auf diese bezieht sich die Bestimmung des §. 427. Wir verstehen also den §. 427. im Zusammenhange mit dem §. 1393. dahin: Forderungen aus Inhaberpapieren werden durch Uebertragung des Eigenthums am Papiere übertragen. — ein Grundsatz, der auch mit der Bestimmung des §. 371. b. G. B., des Art. 74. der Wechselord. und der Art. 304—308. d. Handelsges. über Erwerb von Ordre- und Inhaber-Papieren übereinstimmt.<sup>48</sup>

Es ist nun zu untersuchen, ob im Uebrigen die im §. 427. angeführten Uebergabsarten wirklich symbolische seien? Sachen werden zufolge desselben übergeben „durch die Uebergabe der Werkzeuge, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen.“ Allein daß in diesem Falle eine wirkliche Apprehension vorliege und keine bloß symbolische,<sup>49</sup> liegt

48) Die nähere Begründung habe ich in meiner Schrift: Ueber einige zweifelhafte Fragen des Genossenschaftsgesetzes v. 9. April 1873 (Wien, 1874) S. 13 flg. versucht. Das Wesen der Inhaber- (und Ordre-) Papiere finde ich darin, daß die Urkunde zum alleinigen Träger des obligatorischen Rechtes und der korrespondirenden Verbindlichkeit gemacht wird. Mit der Skriptur entsteht, besteht und fällt Recht und Verbindlichkeit. (Die Amortisation ist eine Ausnahmestimmung.) Nicht nur die Verbindlichkeit (wie gewöhnlich gelehrt wird), auch das Recht haftet an der Skriptur. Der Eigenthümer der Skriptur ist Gläubiger; der Uebergang der Forderung vollzieht sich durch Uebertragung des Eigenthums am Papier. Der Nehmer des Papiers succedit daher nicht in das obligatorische Recht des Vormannes, sondern erwirbt mit dem Eigenthum des Papiers die demselben inhärende Forderung in originärer Weise. Daraus erklärt sich der Ausschluß aller Einreden aus der Person des Vormannes. Der Aussteller des Inhaberpapieres erwirbt durch Kreation desselben das Eigenthum am Papier, wenn ihm dieses nicht früher zugestanden hat. Die Grundsätze sind enthalten in den art. 9. 17. 36. 74. der Wechselordnung, den art. 301—307. h. G. B., §§. 371. 1393. B. G. B. und dem Pat. v. 28. März 1839. Z. 599, welches zugleich die Präsumtion ausspricht, daß der Besitzer Eigenthümer ist. Am nächsten stehen dieser Auffassung Savigny, Oblig. R. II. S. 93 flg. Gerber, P. R. §. 161. und hauptsächlich Goldschmidt, Zeitschr. f. §. R. VIII. S. 314. IX. S. 1 flg., h. R. II. §. 80. — Nur aus dem Standpunkte der Geschichte des §. 427. findet die oben gegebene Einschränkung des §. 427. nicht unbedenklich Krašnopolski, Mitth. d. d. J. Ber. 1877. S. 44. Indes ist zu erwägen, daß wir das Gesetzbuch als selbstständiges Ganzes zu fassen haben, das unabhängig von den Meinungen einzelner Redaktoren ausgelegt werden muß. Auch auf Legitimationspapiere bezieht den §. 427. das Erf. Nr. 4410.

49) Wie Zeiller, II. S. 323. Pachmann, §. 39. R. 12. Rippel, III. S. 363. Winivarter, II. S. 201. Ellinger, S. 169. Stubenrauch, S. 812 behaupten. Pachmann gelangt von seiner Behauptung, daß das österr. Recht von einer Besitzergreifung durch symbolische Handlungen Nichts wisse, zu der Konsequenz, oder vielmehr Inkonssequenz, daß in den Fällen des §. 427. wohl Eigenthum im Wege der Tradition, aber kein Besitz erworben werde. Dasselbe behauptet

auf der Hand. Denn offenbar hat ja hier der Uebernehmer wirklich und ausschließlich das physische Verfügungsvermögen über die versperren Sachen, und es ist also der Akt, der diese Macht vermittelt („die Uebernahme der Werkzeuge“), kein symbolischer, sondern ein wirklicher Apprehensionsakt.<sup>50</sup> Wem z. B. die Schlüssel einer Kiste übergeben werden, der hat ohne Zweifel die ausschließliche Macht über die darin verschlossenen Sachen nicht weniger erlangt, als wenn ihm dieselben eingehändigt worden wären.<sup>51</sup>

Erner, *Trat.* S. 173 flg., ausgehend von der Ansicht, daß die Kompilatoren im §. 427. die ältere Theorie von der symbolischen Tradition „treu“ wiedergeben wollten. Allein gerade diese Theorie hielt an der Ansicht fest, daß durch die symbolische Tradition zunächst immer Besitz überging. Vgl. Note 13, 14, auch Kirchner, S. 163, N. 11. Zwar meint Erne, S. 173, daß dadurch jene Theorie in einen unlöslichen Widerspruch mit den anerkannten Grundsätzen über den Besitzserwerb trete. Allein könnte denn das positive Recht nicht ausnahmsweise bestimmen, daß unter gewissen Voraussetzungen Besitz ohne corpus erworben werde?

50) Dies steht auch Stubenrauch, I. S. 639, ein, ohne jedoch mit der bisherigen Theorie zu brechen. Auch im gemeinen Rechte erblickte die Theorie des vorigen Jahrhunderts in der Uebergabe von Werkzeugen der gedachten Art eine symbolische Tradition. Seitdem Savigny (§. 16.) das Irrige dieser Auffassung nachwies, ist nicht mehr davon die Rede. Vgl. auch Böcking, §. 121. N. 31, und Baron, *Jahrb. f. Dogm.* VII. S. 128. Zwar meint Erne, *Trat.* S. 177 flg., daß die Kompilatoren die symbolische Tradition der Älteren im Sinne hatten. Dies ist nicht unzweifelhaft, da Savigny's Besitz bereits 1803 erschienen war. S. Note 56 c. Indes — auch wenn wir dies zugeben — zwingt uns doch Nichts, die irrige subjektive, rein doktrinaire Anschauung der Kompilatoren in das Gesetz hineinzugetragen. Fordert doch der §. 427. Werkzeuge, „durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließlich den Besitz zu ergreifen.“ Ist nicht ein solcher „Uebernehmer“ faktisch alleiniger Herr der eingeschlossenen Sachen? Im Sinne des §. 427. (s. auch Zeiller, S. 223) kann daher Besitzübergabe nicht angenommen werden, wenn dem Empfänger (etwa irrtümlich) ein untaugliches Werkzeug, z. B. statt des Kellerschlüssels der Stallschlüssel übergeben worden ist. *And. A.* ist Erne, S. 178, N. 74. Vgl. indes denselben S. 100 flg.) Die weiteren Einwendungen Erne's, S. 170, setzen voraus, daß der §. 427. symbolische Uebergabsarten enthalte. — Die Schlüsselübergabe bei Mobilien nach art. 1606. Code civ. ist keine symbolische Tradition, wie Goldschmidt, §. 67. N. 2, annimmt; eher trägt diesen Charakter die Schlüsselübergabe bei Häusern nach art. 1605., nämlich wenn dieselben nicht verschlossen und die Parteien vom Objekte entfernt sind.

51) Dies anerkennt auch Rippel, III. S. 362. Der durch die Handlung bewirkte größere oder geringere Grad der Sicherheit der Ausschließung Dritter, auf den Rippel alles Gewicht legt, kann dieselbe offenbar nicht zu einer symbolischen machen. Vgl. L. 9. §. 6. D. de acquir. rerum dom.: Item, si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emtori, transfert proprietatem ad emtorem. L. 74. D. de contrah. emt.: Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud

Es ist nun der zweite Fall der sogen. symbolischen Uebergabe zu prüfen, welcher darin beruht, daß „man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Anderen überlassen worden ist.“<sup>52</sup> Vor Allem ist hierbei entscheidend, wer unter dem unpersönlichen „man“ zu verstehen sei, ob der Uebergeber oder Uebernehmer oder Beide. Gewiß nur der Uebernehmer oder Beide zugleich. Denn verstünde man darunter bloß den Uebergeber, so läge nicht der Fall des §. 427., sondern der des §. 319. (428.) des G. B. vor, nämlich ein constitutum possessorium, weil ja vorausgesetzter Maßen der bisherige Besitzer ohne einen Apprehensionsakt des Uebernehmers für diesen den Besitz erwerben will, und es würde hierbei die Bezeichnung nur als Offenbarung des Willens erscheinen, nunmehr Namens des Dritten zu besitzen. Ist aber der Uebernehmer, oder sind Beide die „bezeichnenden“ Persönlichkeiten, so setzt dies offenbar die Gegenwart des Empfängers bei der Sache voraus, und daß diese Gegenwart auch ohne alle körperliche Berührung und Signirung die physische Macht über die Sache vermittele, wenn nur der Gegenwärtige den diesfälligen Willen hat und der bisherige Besitzer den Besitz zu Gunsten des Gegenwärtigen aufgeben will, kann doch keinem gegründeten Zweifel unterliegen.<sup>53</sup>

horrea traditae sunt. L. 1. §. 21. de poss. Vgl. art. 1606. des Code. — Die Beschränkung der L. 1. §. 21. cit., daß die Uebergabe der Schlüssel nur dann den Besitz bewirkt, wenn sie bei dem Verschlusse selbst übergeben werden, deutet allein schon darauf hin, daß dem Juristen der Gedanke an eine symbolische Tradition fern lag. Den Besitz apud horrea hält nicht für wesentlich eine Entscheidung des Dresdner D. A. G. vom Jahre 1844, im Widerspruche mit einer anderen vom Jahre 1835. Vgl. Mathiae, *Controv. Leg.* I. S. 118. Präj. 3. Das sächs. bürgerl. G. B. fordert im §. 199. ausdrücklich Uebergabe der Schlüssel in der Nähe des Behältnisses. So auch Koch, S. 133, und neuestens Windscheid, §. 153. N. 7. Erne, S. 102. Förster, §. 160. N. 38. Dagegen glaubt Bornemann, I. S. 503, auf die Entfernung komme gar nichts an. S. darüber Note 26 a. — Die Erklärung der L. 9. u. 74. cit. durch Baron, a. D. S. 132 flg., ist ebenso gezwungen als innerlich unhaltbar. S. Erne, S. 102, N. 33.

52) Vgl. die österr. Kommentatoren a. a. D. und Erne, S. 156, 177 flg., welcher Letztere S. 171 unzutreffend auch den Signirungsfall des §. 452. herbeizieht. Vgl. Note 44.

53) Die Signirung im Sinne des §. 427. hat mehr als Vorsichtsmaßregel zur Sicherung des Verkehrs denn als Apprehensionsakt Bedeutung. Gegen die Auffassung der Signirung als symbolische Tradition im Handelsverkehr erklärt sich neuestens besonders Goldschmidt, §. 68. Jene Annahme sei weder durch das röm. Recht noch durch germanische Sitte, noch durch Handelsgebrauch begründet. Die Prä-

Es liegt also auch hier keine bloß symbolische, sondern eine wirkliche, körperliche Apprehensionshandlung vor.

Es erübrigt noch der dritte Fall der Zeichenübergabe, von dem der §. 427. spricht: „Bei solchen beweglichen Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bei (Schuldforderungen) Frachtgütern, bei einem Waarenlager oder einer anderen Gesamtsache, gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen, indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, übergibt.“<sup>54</sup> Diese Be-

stimmung vom Kaufmännischen Zeichen auf den Eigenthümer, wie selbe noch von Straccha, Casa regis u. A. (vgl. neuerlich Homeyer, Haus- u. Hofmarken, S. 267 flg., 331 flg.) angenommen wird, sei heute durchaus unzulässig: „Mit unveränderten Zeichen . . . geht die Waare durch viele Hände, bis zum Detailhändler oder gar zum Konsumenten.“

54) Diese Bestimmung enthält eine Reminiscenz an art. 1605. des C. c. und an e. l. C. de donat. §. 54.: „Ementio mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis“, welche von Aelteren als symbolische Uebergabe durch Kaufbriefe, dagegen von Savigny, §. 16., und nach ihm von den Meisten (auch Böcking, P. S. 462, Nr. 33. Windscheid, P. §. 153. Nr. 10. Goldschmidt, Handelsr. II. §. 67., dazu Rudorff, Anhang N. 63. Erner, S. 156, 177 flg.) von dem Falle verstanden wird, wenn die Sklaven bei der Uebergabe des Kaufbriefes gegenwärtig sind, eine Annahme, die wir viel wahrscheinlicher finden, als die Supposition von Baron, Jahrb. VII. S. 63, der jener Stelle eine Schenkung zwischen Vater und Sohn unterstellt. Rudorff a. D. will die e. l. C. durch den Rechtsatz (?) des späteren Rechts erklären, daß die Verfügung über die Beweisurkunde der Disposition über das Recht gleich steht. (Dagegen Goldschmidt, §. 67. Nr. 7.) Neuestens neigt Thering, Grund S. 206, zur Ansicht, daß die Tradition der Eigenthumsurkunde als vollgiltiges Surrogat für die Tradition anzusehen sei. (So von älteren Schriftstellern, bes. Donell, V. c. 9. und die bei Erner a. D. citirten; nun auch Dernburg, §. 152. Nr. 5, und ähnlich Meischeider, S. 254, der jenen „Satz um nichts auffallender findet als andere in den Rechtsbüchern über den Besitz an Sklaven enthaltene Rechtsätze.“) Gält man die Unterstellung der Gegenwart der Sklaven für unzulässig, so wäre noch die Erklärung zulässig, daß es sich hier um die Tradition denkender Wesen handelt, bei welchen der Ueberweisungs-Befehl des Herrn (enthalten in dem Verkaufsinstrument) immerhin als Abtretung der physischen Herrschaft angesehen werden kann. — Das preuß. Landrecht weiß von einer symbolischen Uebergabe durch Urkunden Nichts. Vgl. Gruchot, Beiträge IV. S. 473, 475 flg., and. A. aber Dernburg, §. 152. Nr. 5. — Dagegen anerkennt dieselbe das franz. Recht art. 1605. bei Immobilien (nicht bei Mobilien); dieselben werden nämlich für übergeben erachtet, wenn die Eigenthumsurkunden (les titres de propriété) tradirt worden sind. Vgl. Pland, Besitz S. 24 flg. Da übrigens bei Immobilien und Mobilien zur Eigenthumsübertragung bloßer Konsens der Parteien genügt, hat die Uebergabe nur die Bedeutung der Kontraktserfüllung und des Besitzwechsels.

stimmung enthält in der That einen Fall der symbolischen Uebergabe und wird hier Besitz und Eigenthum „durch Zeichen“ übertragen.<sup>55</sup> Es entsteht nun die Frage, welcher Art die Urkunden sind, die der §. 427. im Sinne hat? Nach den gründlichen historischen Ausführungen Erner's, S. 156. 178 flg., ist zunächst nicht zu bezweifeln, daß nur solche Dokumente zu verstehen sind, wodurch das Eigenthum des Vormanns bescheinigt wird.<sup>56</sup> Es ergibt sich aber weiter der Zweifel, ob unter den Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird“, bloß solche zu verstehen sind, durch welche das dingliche Recht des Vormanns (also Eigenthum im strengen Wortsinne) bewiesen wird, oder auch solche Dokumente, welche bloß den Eigenthumstitel darthun, oder vollends selbst solche Instrumente, aus welchen lediglich die obligatorische Verpflichtung eines Dritten zur Herausgabe der Sache folgt, gleichviel ob einer der Kontrahenten ein dingliches Recht auf die Sache hat oder nicht, z. B. Frachtbriefe, Depositen-, Gepäcks- und Verlagscheine. Mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes können nur Urkunden, welche das Eigenthum oder doch mindestens den Eigenthumstitel darthun, zur Tradition für hinlänglich er-

55) Daß Erner, S. 175, Besitzübergang läugnet, darüber s. Note 14. — Unger, Zum sächs. Entwurfe S. 190, bemerkt, daß die Uebergabsarten des §. 427. nicht mit den sog. symbolischen des gemeinen Rechtes verwechselt werden dürfen, da sie nur zur Erleichterung des Verkehrs dienen. Allein der letztere Umstand schließt das Wesen der sog. symbolischen Uebergabe nicht aus.

56) In diesem Sinne äußert sich mit Recht die überwiegende Zahl der älteren Schriftsteller, bes. Donell, Carpzow, Leyser (vgl. Erner, S. 157, Nr. 14). Handelt es sich doch um das Rechtsverhältniß des Vormanns zur Sache! Wir stimmen daher in der bekannten Kontroverse, ob im §. 427. das Eigenthum des Uebergebers oder Uebernehmers gemeint sei, mit Rippel, III. S. 363. Stubenrauch, I. S. 811 (S. 538 2. Aufl.) u. Ellinger, S. 169, während Fischer, Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1827. II. S. 312, meint, es sei nach Umständen bald dieser, bald jener hierunter zu verstehen, und Winwartter, II. S. 200 (ähnlich Erk. Nr. 5631 Gl.-U.-W.) die Uebergabe von beiderlei Urkunden fordert. Vgl. die guten Bemerkungen in Nr. 107 Ger. Ztg. 1861, gegen die Entscheidung eines Untergerichtes und neuestens Erner, S. 180 flg. Für nicht genügend sind daher zu erachten: solche Urkunden, welche bloß das Recht des Empfängers darthun sollen, z. B. Facturen, Verkaufsrechnungen über den letzten Kauf. Dies verkennt die Entsch. Nr. 2547 Samml. Gl.-U.-W. Vgl. schon die bei Erner, S. 157, Nr. 14 citirten älteren Schriftsteller, auch Stubenrauch, S. 538 (2. Aufl.). Der von diesem S. 538, Nr. 2 angeführte Fall bezieht sich auf das Versprechen zu Gunsten Dritter. — Uebrigens muß vorausgesetzt werden, daß Tradent bereits das Eigenthum beziehentlich den Besitz an der symbolisch zu übergebenden Sache erlangt hat. Anderer Ansicht ist Erner, S. 183, Nr. 94.

achtet werden, — nicht aber Dokumente der zuletzt genannten Gattung.<sup>56a</sup> Zwar sucht Erner a. D. nachzuweisen, daß auch diese Urkunden zur Tradition genügen, indem er sich auf die ältere Doktrin beruft, welche im §. 427. ihren „treuen“ Ausdruck gefunden habe. Allein einmal sprechen die älteren Schriftsteller im Anschluß an die c. 1. C. de donat. doch nur von Instrumenten, welche den Eigentumstitel des Tradenten nachweisen;<sup>56b</sup> sodann hat das A. b. G. B. die ältere (übrigens vage und bestrittene) Auffassung nicht rückhaltslos aufgenommen, vielmehr derselben durch die Worte: „Urkunden, wodurch das Eigentum dargethan wird“ eine genauere Formulierung, beziehentlich eine restriktive Fassung gegeben.<sup>56c</sup> Hiernach

<sup>56a</sup>) In der ersten Auflage habe ich mit Bezug auf den Wortlaut des §. 427. die Ansicht vertheidigt, daß nur Urkunden, welche das Eigentum des Vermannes beweisen, zur symbolischen Tradition genügen. Indes mit Rücksicht auf die von Erner, S. 180, betonte historische Provenienz des §. 427. und die Auffassung der älteren Doktrin, welche fast allgemein von instrumenta, jus vel titulum venditoris continentia spricht, mit Rücksicht ferner auf den Sprachgebrauch des Gesetzbuchs, welcher unter Eigentum bisweilen nur den Eigentumstitel meint (§. 438. G. B., vgl. 434. 440.), gebe ich zu, daß im Sinne des Gesetzes auch solche Urkunden, welche bloß den Eigentumstitel des Uebergabers bezeichnen, zur symbolischen Uebergabe genügen. Noch weiter zu gehen und auch die Urkunden der dritten Kategorie hier einzubeziehen, wie Erner thut, scheint mir weder mit dem Wortlaut des §. 427. vereinbar, noch durch die geschichtliche Entwicklung gerechtfertigt zu sein. S. folgende Note, und neuestens Erf. Nr. 487 Samml. Adler-Clemens.

<sup>56b</sup>) Vgl. die bei Erner, S. 157, citirten Juristen, insbesondere Donell, V. 9. Cujac, Parat. ad c. 1. C. cit. Carpzow, Jur. for. II. 33. def. 15.: quando traditur instrumentum continens jus vel titulum venditoris etc. Unbestimmter Leyser, Med. VII. sp. 445.: instrumenta ad rem pertinentia. — Auch unsere Kommentatoren (s. Stubenrauch a. D.) haben fast ausschließlich solche Urkunden vor Augen, die den Titel darthun.

<sup>56c</sup>) Es ist zu betonen, daß sich der §. 427. G. B. noch nicht im Entwurfe (dem westgäliz. G. B.) findet. Erst in der Sitzung v. 6. Juni 1803 wurde derselbe über Antrag Zeiller's aufgenommen. Dieser berief sich nämlich darauf, daß das gemeine und preussische Recht die trad. symbolica kennen, und daß „es für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs nicht gleichgültig sei, ob man wenige oder mehre Arten der Uebergabe anerkenne.“ Schränke man sie zu sehr ein, so erschwere man die Veräußerung, hauptsächlich bei einem Inbegriffe von Sachen, ferner unter Abwesenden, unter dem Handelsstande u. a. Verhältnissen. Wäre man zu freigebig, so öffne man die Gelegenheit zu Ueberlistungen der Gläubiger bei Gantbandlungen und zur Vereitelung der gerichtlichen Verbote und Exekutionen. Darnach wurden nach Zeiller's Antrag an die Stelle des §. 164. des Entwurfs die drei Paragraphen 426. 427. 428. des gegenwärtigen G. B. gesetzt, von denen der erste und letzte bereits im §. 164. enthalten waren, während der §. 427. neu hinzugefügt wurde: „Bei diesen drei Arten der Uebergabe (nämlich der körperlichen, symbolischen u. U. durch Erklärung) könne man es auch bewenden lassen.“ — Sofern

sind als taugliche Traditionsinstrumente anzusehen: Kaufverträge, gerichtliche Theilungsinstrumente oder Einantwortungen (§§. 367. 436. 819. 844. G. B.), Facturen und saldirte Verkaufsrechnungen, soweit diese Urkunden das Eigentum oder doch den Eigentumstitel des Tradenten nachweisen — nicht aber Frachtbriefe,<sup>57</sup> Depo-

Zeiller im Sinne der Theorie des vorigen Jahrhunderts unter „Uebergabe“ lediglich die Tradition „von Hand zu Hand“ (§. 426.) verstand, ist es begreiflich, daß er „aus Rücksichten des Verkehrs“ die „symbolische“ Uebergabe (§. 427.) empfahl; denn mit jener allein ist „im Leben schlechterdings nicht auszukommen“ (Erner, S. 165). Die Betonung des Bedürfnisses des Verkehrs stimmt ganz zu der älteren naturrechtlichen Theorie, zu deren wärmsten Vertretern Zeiller gehörte. — S. Note 40 a. Merkwürdig nur, daß Zeiller, Komm. II. S. 224, das römische Recht zur Begründung und Erläuterung des §. 427. herbeizieht und sich hierbei auf Savigny's Buch, §§. 14—19. beruft!

<sup>57</sup>) Die Zeiller, II. S. 223. Fischer-Ellinger-Oblog, Handelsr. S. 282. Erner a. D. Kirchstetter, S. 162, Nr. 9, annehmen. Schon Stubenrauch, S. 811 (S. 538, Anm. 1, Aufl. 2), macht geltend, daß durch dergleichen Papiere nicht Eigentum (Titel) dargethan werde. Symbolische Uebergabe durch Frachtbriefe nimmt an d. Gutsch. v. 7. Mai 1853 u. v. 6. August 1856, G. Ztg. 1856, Nr. 139, dag. aber Nr. 487 S. Adler-Clemens. Indem von Stubenrauch, S. 539, Nr. 4 cit. Falle, erfolgte die Uebergabe bei der Waare selbst. — Daß durch Uebergabe des Frachtbriefes Besitz (Eigentum) nach gemeinem Rechte und dem Hand. G. B. nicht übergeben wird ausnahmslos anerkannt. Vgl. Erner, S. 185. Thöl, §. 80. Nr. 15. Gad, §. R. S. 210. Brinkmann, §. R. §. 79. Endemann, §. R. §. 78. Nr. 40, neuestens bes. Goldschmidt, Handelsr. II. §. 66. Nr. 35. §§. 67. 75. Vgl. auch die guten Bemerkungen Brinkmann's, l. c. Nr. 6, gegen Ellinger. Eine andere Frage ist es, ob nicht der Destinatar durch den Frachtführer als Stellvertreter Besitz erwerben könne? Die Frage ist nur für den Fall zu bejahen, wenn der Frachtführer nach beendigtem Transport den Frachtbrief übergibt und der Destinatar denselben übernimmt, da hier der auf den Besitzwechsel zielende Wille Weidner in der Regel vorausgesetzt werden muß. (Vgl. art. 402. G. B.) Dies war auch die Ansicht der Nürnberger Konferenz (Prot. S. 4776 flg., 5047 flg.), dazu Goldschmidt, §. 66. Nr. 35, §. 75. Nr. 60. Selbst die Uebergabe des Ladescheines kann nicht die Uebergabe der Waare vertreten, denn auch er beweist weder Eigentum noch Eigentumstitel des Inhabers, sondern legitimirt ihn nur (und nur ihn) zur Empfangnahme der Waare; er ist lediglich ein (formeller?) Litteralkontrakt über die Aushändigung einer bestimmten Waare. Vgl. art. 413—418. d. G. B. Mit Recht wurde der Satz des Entwurfs zweiter Lesung: Die Uebergabe des Ladescheines steht der Uebergabe des Gutes gleich — in der 3. Lesung gestrichen. (Prot. S. 4774.) Höchstens darf nunmehr für Oesterreich nach Analogie des §. 12. des Gesetzes vom 19. Juni 1866 über Lagerscheine für den Fall eine Ausnahme behauptet werden, wenn der Ladeschein an Dritte lautet und indossirt wird. (Vgl. auch Dernburg, S. 152. Note 7.) Die Analogie des vom Ordre-Konnoissement handelnden art. 649. des V. Buches d. G. B. kann für Oesterreich, wo dieses noch nicht eingeführt ist, nicht in Frage kommen. Vgl. die übereinstimmende Ansicht von Thöl, §. 80. Brinkmann, §. 79. Kräweil, Handelsr. S. 590, und die bei Seuffert mitgetheilten Urtheile, I. 8. 396. 232. VI. 241. VII. 8. In



fitenscheine, Verzahzettel (Pfandscheine), Gepäckscheine und ähnliche Urkunden, durch welche der Anspruch des Tradenten auf Herausgabe der Sache aus einem andern als dem auf Eigenthumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäft, also nicht der Eigenthums-, sondern bloß der Traditionsanspruch des Tradenten bescheinigt wird.<sup>57a</sup> Doch ist hier eine Modifikation der neueren Gesetzgebung

neuerer Zeit hat der Streit über Wesen und Wirkungen der Konnossementsbegebung eine ziemlich umfangreiche Literatur hervorgerufen. Für die bloß obligatorischen Wirkungen der Uebertragung des Konnossements haben sich außer den Genannten auch Laband, Zeitschr. f. S. R. 19. Bd. S. 121 flg. Thering, in seinem Jahrb. I. S. 176 flg. — dagegen für die dingliche Wirkung derselben Exner, Trad. S. 185—209 (in eingehender kritischer Darstellung), Krit. B. J. Schr. XIII. S. 313 flg., und Goldschmidt, Handelsr. II. §§. 70—74. (letzterer in historisch-dogmatisch erschöpfender Weise), ferner Hauser, Stellvertretung im Besitz §. 15. Endemann, S. R. §. 78. Meischeider, §. 68. ausgesprochen. Während indeß Exner in der Begebung des Konnossements eine durch modernes Gewohnheitsrecht eingeführte neue Form des dinglichen Vertrags, eine Eigenthumsübertragung ohne Besitzerwerb erblickt (S. 206, 210: „Erwerb des Konnossements steht der Tradition der Waare gleich“), will Goldschmidt, S. 717, und Hauser, §. 15., zu dem Grundsatz des art. 649. S. G. B.: daß die Uebergabe des Ordre-Konnossements, sobald die Güter abgeladen sind, für den Erwerb der von der Uebergabe der Güter abhängigen Rechte (und wohl auch des Besitzes) dieselben rechtlichen Wirkungen habe, wie die Uebergabe der Güter selbst — ohne alle Anomalie durch die Supposition gelangen, daß der Schiffer für den jeweiligen Inhaber des Konnossements besitzgen wolle. Goldschmidt, §§. 75. 76. Hauser, §. 15., und Endemann, §. 78., behandeln den Ladeschein und Lagerschein (art. 302. S. G. B.) nach Analogie des Konnossements und stellen das Namens-Konnossement im Wesen dem Ordre-Konnossement gleich. (Dafür vgl. wenigstens in Rücksicht des Pfand- und Retentionsrechts die art. 314. 374. 382. S. G. B.) — Nicht zu rechtfertigen ist es, wenn Hauser und Goldschmidt, a. D. S. 722, die Besitzübertragung in diesen Fällen damit erklären wollen, daß der Detentor der Waare den jeweiligen Besitzer des Ordrepapiers vertritt und dieser durch jenen als Stellvertreter Besitz erwerbe. Denn die Supposition der Stellvertretung im Besitze, insbesondere des bezüglichen Willens auf Seite des angebliehen Vertreters und des Vertretenen ist eine willkürliche und geht auf ein Spiel mit dem Besitzwillen hinaus. Vgl. dagegen schon Exner, S. 187 flg., u. Krit. Viertel. B. 13. S. 315. Neuling, Zeitschr. f. S. R. 13. S. 329 flg. Meischeider, §. 68. S. 306. Letzterer weicht von Goldschmidt wesentlich darin ab, daß er in dem Dienstverhältniß des Schiffers (Fuhrmanns) das „Medium“ erblickt, durch welches der Inhaber des Papiers Besitzer der Waare ist. Indesß das Verfügungsrecht bringt den Besitz nicht mit sich. Dies ist keine „Lösung“, keine Erklärung des Besitzübergangs. In der That bleibt nur übrig, in den gedachten Fällen Besitzübergang ohne die regelmäßigen Voraussetzungen (ohne Tradition) kraft des Gesetzes anzunehmen, analog dem Falle des §. 429. S. G. B. Vgl. Note 64 und §. 20. d. B.

57a) Die älteren Kommentatoren erwähnen Urkunden dieser Art entweder gar nicht oder nur Frachtbriefe. Exner a. D., dem Kirckstetter, S. 162 beitrifft, findet in den gedachten Urkunden taugliche Traditionsinstrumente. (So wohl auch

hinzuzufügen. Nach dem Ges. v. 19. Juni 1866. Nr. 86. R. G. Bl. wird durch Tradition des indossirten Lagerscheins (warrant) einer staatlich ermächtigten Anstalt (art. 302.) auch das Eigenthum der lagernden Waare übertragen (§. 12.). Ob dasselbe von der Tradition des indossirten Ladescheins (art. 413. S. G.) zu behaupten ist, ist zweifelhaft; die Analogie spricht allerdings dafür.<sup>57b</sup>

Uebrigens geht aus den vom Gesetze selbst angeführten Fällen hervor, daß diese Uebergabsart nicht nur dort stattfindet, „wo eine körperliche Uebergabe der Sachen“ wegen ihrer Beschaffenheit nicht möglich ist, wie das Gesetz wörtlich sagt, sondern auch dort, wo diese mit großen Schwierigkeiten verbunden wäre, z. B. bei einem ganzen Waarenlager, oder wo die sofortige Uebergabe wegen Abwesenheit von der Sache, z. B. bei Frachtgütern, nicht sofort thunlich ist.<sup>58</sup>

Binwartter, II. S. 200.) Die Gerichtspraxis anerkennt als solche — wie auch hier geschieht — durchwegs solche Instrumente, durch welche der Eigenthumstitel des Tradenten nachgewiesen wird; vgl. Samml. Gl.-u.-W. Nr. 7 (Uebergabe durch exekutive Einantwortung von Depositen), Nr. 163 (Uebergabe durch Fakturen, dagegen Nr. 51 Not. Zeit. 1872), Nr. 2547 (Uebergabe durch Kaufinstrumente — nur wird hier irrig die Urkunde über das letzte Kaufgeschäft für genügend erachtet. S. dagegen Note 56). Hält man letzteren Irrthum fern, so erklärt sich die verhältnißmäßig geringe praktische Bedeutung, welche der §. 427. geäußert hat. — Keine Belege finde ich aber in der Judikatur für die Ansicht, daß auch die dritte Kategorie der im Texte genannten Papiere zur symbolischen Tradition genügt, — mit einziger Ausnahme der Frachtbriefe. Für das preuß. Recht vgl. indeß Entsch. d. Leipz. R. D. S. G. VII. S. 34.

57b) Hauser, §. 15. Goldschmidt, II. §§. 75. 76. Bölderndorff, Komm. III. S. 125, u. Endemann, §. 78., nehmen die dingliche Rechtswirkung der Tradition der Lade- und Lagerscheine des art. 302. S. G. an, gleichviel, ob dieselben an Ordre lauten oder nicht. (So im Resultate auch Meischeider, §. 68. und Exner, S. 206 flg.) Goldschmidt, §. 75. a. E. u. §. 76. S. 774, und Hauser a. D. suchen dies allgemein dadurch zu begründen, daß der Frachtführer nach Ausstellung des Ladescheins lediglich für den berechtigten Inhaber des Ladescheins besitzgen wolle, — eine Supposition, die unstatthaft ist. S. Note 57. — Ueber das österr. Gesetz v. 19. Juni 1866 über Lagerscheine s. meinen Aufsatz, Ger. Halle 1867. Nr. 47—52. Die Modifizierung meiner Ansicht, betreffend die dingliche Wirkung des Ordreladescheins (S. §. 11. R. 57. d. 1. Aufl.), stützt sich auf diese Novelle.

58) Dies ist auch die herrschende Ansicht der Gerichte, vgl. die in der Note 57 a citirten Entscheidungen und Stubenrauch, I. S. 811. Unger, Entw. S. 190. Exner, S. 213, R. 160—162. Vgl. Pr. R. I. 20. §§. 271. 330. Ungenau sind die Worte „ihrer Beschaffenheit wegen“. Die Anführung der „Gesamtsachen“

Die symbolische Uebergabe durch Urkunden begründet als singular es Recht nur im Falle der Tradition Besitzwerb des Empfängers, und läßt sich auf andere Fälle nicht analog ausdehnen.<sup>58a</sup> Selbstverständlich wird erfordert, daß Uebergeber und Uebernehmer die Urkunde in der Absicht übergeben und übernehmen, daß Besitz (Eigentum) übertragen werde.<sup>59</sup> Wird also die Urkunde zu anderen Zwecken übergeben, z. B. um deren Richtigkeit zu prüfen, Kaution zu leisten, so ist Besitz nicht übergegangen. — Ist eine Sache dem Einen symbolisch, dem Anderen körperlich übergeben worden, so kann nur dieser Letztere als Besitzer angesehen werden. Denn nach dem Begriffe des Besitzes ist zu dessen Dasein die wirkliche faktische Macht über die Sache erforderlich, diese hat jedoch in unserem Falle offenbar nur Derjenige, dem dieselbe thatsächlich behändigt worden ist, nicht aber Jener, dem der Besitz symbolisch überlassen wurde. Ausdrücklich bestimmt dies der §. 74. I. 7. des preuß. Landr. (Vgl. Meißneider, §. 55. u. die das. cit. Mater., Dernburg, §. 152. Nr. 13., so auch Rippel, III. S. 372., und Stubenrauch, I. S. 614., jedoch aus dem irrigen Grunde: „weil sich eben dadurch herausstelle, daß die körperliche Uebergabe möglich, also (?) die symbolische unstatthaft sei.“ Dagegen vgl. Note 58.) Vgl. Erf. d. R. D. §. 6. Nr. 64.

Unter einem ähnlichen Gesichtspunkte, wie die symbolische Uebergabe, wird von unsern Schriftstellern<sup>60</sup> ein Fall der Uebergabe „durch Erklärung“, nämlich das *constitutum possessorium* (§. 319. u. 428. d. G. B.) aufgefaßt, wahrscheinlich wegen der unmittelbaren Anreihung des §. 428. an den §. 427. und seines scheinbaren Gegensatzes zu §. 426. Allein diese Art der Uebergabe „durch Erklärung“ ist ein regelrechter Fall des Besitzwerbes durch Stellvertreter.

dürfte wohl weniger auf die Irrlehre zurückzuführen sein, daß dieselben als solche Rechtsobjekte sind, als vielmehr auf die ältere engherzige Auffassung der Apprehension als „Uebergabe von Hand zu Hand“. Verkehrsriksichten forderten sohin bei derartigen „Gesamtsachen“ eine minder „körperliche“ Form der Uebergabe — nämlich die sog. symbolische. Vgl. die Protokolle Note 56 c. und Cyner, S. 25, 215, 245 flg.  
<sup>58a</sup>) Daß es gleichgiltig ist, ob auch Eigentum übergeht oder nicht, anerkennt nun mit Cyner, S. 169.

<sup>59</sup>) Dies bestimmt ausdrücklich der §. 63. I. 7. des Landr.

<sup>60</sup>) Rippel, III. S. 374. Winiwarter, II. S. 202. Stubenrauch, I. S. 814. 1., indem sie behaupten, es wäre eigentlich nöthig, daß der Veräußerer die Sache dem Uebernehmer übergebe, und sie von diesem wieder zurückempfangen. Offenbar wirkt die ältere Doktrin nach. Vgl. Heineccius, Erf. §. 204.

Wer nämlich überhaupt Besitz für Dritte durch seine Handlungen zu erwerben im Stande ist, wird dies darum nicht weniger können, weil er (der Stellvertreter) zufälligerweise selbst im Besitze der Sache ist. Da er nun die physische Macht über die Sache bereits hat, so bedarf es nicht erst der Apprehension, die er als Stellvertreter sonst im Namen des Vertretenen hätte vornehmen müssen, sondern es genügt schon die Willensänderung und deren Offenbarung (Erklärung). Es enthält daher der Fall des Besitzwerbes durch Erklärung gar keine Ausnahme von der Regel, daß Besitz nur durch Handlungen erworben wird, welche die thatsächliche Macht über die Sache begründen.<sup>61</sup> Vgl. §. 20. d. B.

Die bisherigen Erörterungen dürften die Ueberzeugung aufdrängen, daß sich jene Handlungen, welche man als symbolische zu bezeichnen pflegt (§. 315. und 427.) — Einen Fall abgerechnet — ohne Schwierigkeiten unter den Eingang aufgestellten Begriff der natürlichen Apprehension fassen lassen, und daß daher (von jenem Einen Falle abgesehen) auch nach österr. Rechte nur solche Handlungen zum Besitzwerbe führen, welche die wirkliche faktische Macht über die Sache vermitteln, hingegen bloß symbolische Akte ohne eine solche, die physische Herrschaft begründende That zum Besitzwerbe nicht geeignet sind.<sup>62</sup>

<sup>61</sup>) Vgl. Savigny, §. 27. und Förster, §. 160. a. G.

<sup>62</sup>) Daß das preußische Recht eine symbolische Uebergabe nicht kenne, wurde schon früher (Note 41.) bemerkt, obgleich der §. 61. und die Glosse des §. 62. I. 7. von „symbolischer Uebergabe“ sprechen. Vgl. Förster, §. 160. Nr. 61. Die obige Regel gilt daher für dasselbe allgemein. Doch muß schon hier bemerkt werden, daß auch nach preuß. Rechte in zwei Fällen eine Apprehension zum Besitzwerbe nicht erforderlich ist, nämlich wenn es sich um den Besitzwerb des Erben an Erbschaftsachen handelt (§. 49. I. 7., dazu §. 15. d. B.), und bei der Uebergabe von mit Genehmigung des Destinatar übersendeten Sachen (§§. 128—134. I. 11., dazu diesen §. a. G.). — Bornemann, I. S. 514., führt als solche Ausnahmen an: die Fälle der §§. 368. I. 9.; §. 342. 361. I. 11.; §. 176. 181. I. 17.; und §. 362. II. 1. Allein abgesehen vom §. 368. I. 9. (Besitzübergang auf den Erben, vgl. §. 49. I. 7.), enthält keiner jener §§. die Spur eines Besitzwerbes ohne Apprehension. — Das sächs. b. G. B. kennt von der im Texte angegebenen (im §. 194. enthaltenen) Regel des Besitzwerbes nur Eine Ausnahme: nämlich bei der Uebertragung beweglicher Sachen, wenn der Empfänger die Art derselben bestimmt hat (§. 204., dazu diesen §. a. G.). — Das franz. Recht kennt von jener Regel nachstehende Ausnahmen: bei Immobilien ist symbolische Uebergabe durch Tradition der Eigentumsurkunden und bei Gebäuden insbesondere durch Uebergabe der Schlüssel dazu gestattet; bei Mobilien genügt, wenn die körperliche Uebergabe nicht

Zum Schlusse muß hier noch erwähnt werden, daß das österr. Recht, außer dem oben berührten Falle der „symbolischen Uebergabe“, noch einen Fall der fingirten Tradition kennt, in welchem nämlich zu Folge gesetzlicher Bestimmung ohne „Zeichenübergabe“ und ohne die Voraussetzungen der Stellvertretung Besitz übergeht, und welcher daher nicht unter die symbolischen Uebergabsarten gerechnet werden kann. Es ist dies der Fall des §. 429. d. O. B.: „In der Regel werden überschickte Sachen erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Uebernehmer erhält, es wäre denn, daß dieser die Uberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte.“<sup>63</sup> Wenn in Uebersendungs-

sofort erfolgen kann, der bloße Consens des bisherigen und neuen Besitzers. art. 1605. und 1606. Dazu Note 41. 54. Planck, Besitz. S. 23. fg. und Meißner, §. 57c. Dasselbe gilt nach d. ital. Cod. c. (art. 1464. 1465.).

63) Mit dem §. 429. stimmt wesentlich überein der §. 204. des sächs. G. B. und die §§. 128—130. I. 11. des preuß. L. R., für welche daher gleichfalls das im Texte Gesagte gilt. Ueber Letzteres vgl. Bornemann, I. S. 508—510. Nach gemeinem Recht (vgl. auch §. 649. des Züricher. G. B.) kann die bloße Versendung (d. i. die Aufgabe der Waare zur Beförderung an den entfernten Destinatar) nicht als Tradition angesehen werden, — auch nicht, wenn die Person des Frächters oder die Uebersendungsart, vom Destinatar bestimmt worden ist. Dies ist in Theorie und Praxis fast allgemein anerkannt. Vgl. Thöl, S. R. §. 78. a. G., neuestens des Goldschmidt, II. §. 66. S. 617 fg. Hieran wurde durch art. 344. S. G. B. Nichts geändert (irrig Gad, S. R. §. 104. N. 123., Endemann, 3. Aufl. §. 112. N. 31.); denn der Schlusssatz des art. 261. preuß. Entw. (art. 344.): „und die Abgabe an die vom Verkäufer bestimmte Person gilt als Uebergabe“ wurde in der zweiten Lesung mit dem Beisatze abgelehnt, daß kein Grund vorliege, die richtigeren gemeinrechtlichen Grundsätze über die Uebergabe zu ändern (Prot. S. 1375 fg.). Vgl. die überzeugende Darstellung Goldschmidt's a. D. N. 16., auch Hahn, Komm. II. zu art. 345. Anders freilich, wenn der Destinatar den Frächter ermächtigt, die Waare für ihn zu übernehmen, oder wenn der Absender die Waare im Namen des Adressaten zum Transport aufgibt, da alsdann der Fall des const. poss. vorliegt. Die Behauptung Hausser's, Stellvertret. §. 12., daß der vom Erfüllungsorte versendende Verkäufer den Besitz für sich aufgeben und dem Verkäufer abtreten, und in dieser Meinung den Käufer beim Besitzerverwerb vertreten (S. 66), ist ganz unhaltbar. Denn der Versender hat im Allgemeinen nicht den Willen, sich des Besitzes durch Versendung zu entäußern, sondern will denselben vielmehr bis zur Ausantwortung nach beendigtem Transport behalten, er setzt den Besitz durch den Transporteur als Zwischenperson fort; dieser hat bis dahin seinen Befehlen Folge zu leisten (art. 402. S. G. B.); der Frächter ist in der That nur der verlängerte Arm des Absenders. Auch der Frachtführer will bis zur Ablieferung nur für den Absender besitzen (s. Hausser selbst S. 67) und selbst der Adressat hat in der Regel nicht den Willen, durch den Frachtführer Besitz zu erwerben. Ueberhaupt schließt der Transportauftrag nach nicht das Mandat in sich, Besitz für den Destinatar zu ergreifen. (Vgl. auch art. 344. 345. im Gegensatze zu art. 342. S. G. B. und die ausführliche Dar-

fällen der Empfänger die Absicht hat, den Besitz durch den Frächter (Spediteur) zu erwerben, dieser die Absicht, für jenen Besitz zu ergreifen, so liegt einfach Besitzwerb durch Repräsentanten vor. Aber auch ohne diese Voraussetzungen geht zufolge gesetzlicher Anordnung Besitz und Eigenthum auf den Empfänger mit dem Momente der Absendung (Uebergabe zur Post, an den Frächter u. s. f.) über, — und in diesem Falle erfolgt also der Besitzwerb ohne Apprehension.<sup>64</sup> Ebenso verhält sich die Sache in den Note 57 a. G. erwähnten Fällen der Tradition des Ordre-Connossements, Lade- und Lagercheins. (Vgl. auch §. 20. Note 20<sup>a</sup>.)

## §. 12. Der Besthwille.

Nach dem Begriffe des Besitzes ist zum Erwerbe desselben vor Allem nothwendig der Wille, die Sache wie eigen zu behandeln.

legung Goldschmidt's §. 66.). Die Annahme Hausser's müßte dem Versender eine Entäußerung zu seinem Nachtheil zu, welche im Zweifel nicht supponirt werden kann. — Ueber die Frage, ob Eigenthum der übersendeten und in Empfang genommenen Waare auch noch vor der Genehmigung derselben übergehe, vgl. Zimmermann, in Goldschmidt's Zeitschr. 19. S. 397 fg., dazu art. 346—348. S. G. B. Die Frage muß für den Kauf der Spezies anders beantwortet werden, als für den des Genus. Vgl. noch Entsch. d. R. D. Hand. G. 11. Nr. 103, 17. Nr. 37.

64) Exner, Trad. S. 147 fg. stimmt mir darin bei, daß hier von Besitzwerb durch Stellvertreter nicht die Rede sein kann, daß vielmehr Eigenthum ohne Tradition auf den Destinatar übergehe, allein er läugnet den Besitzübergang, weil nach §. 339. und dem §. 5. der kaiserl. Verordnung vom 29. Oktober 1849 doch nur derjenige im Besitz geschützt werde, der im wirklichen (faktischen) Besitze ist, weil ferner §. 429. nur Eigenthumsübergang normire und zwar zu dem Zwecke, um die Transportgefahr auf den Destinatar zu überwälzen. Indes im wirklichen Besitze (mit Detention) ist weder der Absender noch der Destinatar und könnte sohin, nach Exner, keiner von Beiden die Interdikte in Anspruch nehmen. Sodann sagt §. 429. wordentlich: „werden . . . für übergeben gehalten“ und räumt hiermit der Uebersendung ausdrücklich dieselben Wirkungen ein, wie wenn die Sache wirklich tradirt worden wäre. Was schließlich das gedachte Motiv des §. 429. (Ueberwälzung der Gefahr) betrifft, so ist dasselbe gewiß auch maßgebend gewesen; indes begründet Zeiller in der Sitzung vom 6. Juni 1803 die Bestimmung des §. 429. zunächst damit, daß hier schon nach allgemeinen Grundsätzen „der Ueberbringer als Bevollmächtigter“ des Destinatars anzusehen sei. Außer dem Falle des §. 429. könne nicht behauptet werden, daß durch die Uebersendung die Sache bereits übergeben worden sei und „der Ueberbringer wähe den Ueberbringer auf seine Gefahr.“ Jedenfalls geht also Wortlaut und Tendenz des §. 429. weit über den von Exner betonten legislativen Zweck hinaus. Für diesen allein wäre auch die Normirung des Eigenthumsübergangs nicht nothwendig gewesen. Nach franz. Recht hat der bloße Consens der Parteien bei Mobilien, die nicht sofort übergeben werden können, die Wirkung der körperlichen Uebergabe. art. 1606. Ebenso nach ital. R. art. 1465. Vgl. Note 54.

Das Dasein des faktischen Eigenthumswillens ist also eine Voraussetzung des Daseins des Besitzes.<sup>1</sup> Das bloß körperliche Machtverhältniß zur Sache ohne diesen Willen — selbst wenn das Bewußtsein hievon vorhanden ist, — gibt keinen Besitz, sondern höchstens Detention.<sup>2</sup> Das Bewußtsein von dem Machtverhältnisse zur Sache ist aber in dem Willen, dieselbe zu eigen zu haben, jederzeit enthalten; Wille ohne Bewußtsein gibt es nicht. Der Wille begreift das Wissen als immanenten Bestandtheil.<sup>3</sup> Wer überhaupt nicht weiß, daß er eine Sache in seiner Macht habe, kann diese Macht — als gegenwärtige — auch nicht wollen. Daher die römische Rechtsregel: *Ignoranti non acquiritur possessio*.<sup>4</sup>

1) Es ist wohl ein unverdienter Vorwurf, den Lenz, a. a. O. S. 98., der Savigny'schen Besitzlehre macht, daß sie dem Willensmomente nicht die gehörige Berücksichtigung angedeihen läßt. Unrichtig ist es insbesondere, wenn Lenz, S. 116 flg., behauptet, „nach Savigny's Lehre spiele der Wille nur eine Nebenrolle, um seiner selbst willen finde er keine Beachtung; er sei nur wegen des Bewußtseins nöthig, welches zum Erwerbssakte nothwendig sei.“ Allerdings erachtet Savigny „Bewußtsein“ für nothwendig zum Besitzerverbe, aber nicht etwa getrennt vom Willen. Daß Savigny den Willen keine bloße Nebenrolle spielen läßt, geht klar genug aus den §§. 20—25. hervor. Ohne Zweifel verdient das Willensmoment als die Grundlage des dem Besitze zu Theil gewordenen Rechtsschutzes die Behandlung in erster Linie. Rein äußerlich und gleichgiltig aber ist es, ob zuerst vom Willensmomente und dann vom Erwerbssakte gehandelt wird, oder umgekehrt. Gegen Lenz vgl. nun auch Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 41—52, und Meischke, S. 39. Neuerlich will Liebe S. 13 flg. den Inhalt des Besitzwillens in der Vorstellung finden, „daß man die Verfügung über die Sache als lediglich von dem eigenen, nicht dem Willen eines Dritten unterworfenen Willen abhängig denkt“; es dürfe also keine „Willensunterwerfung“ stattgefunden haben; von der Absicht, Eigenthum auszuüben, sollte nicht die Rede sein, da dieses nur Mittel zum Zwecke sei. Trotzdem behandelt L. den Pfandbesitzer und Sequester als Besitzer — den Usufruktuar und Pächter als Detentoren, obgleich auch jene in Bezug auf die Sache fremdem Willen unterworfen sind. Uebrigens ist es schwer, über so vieldeutige Behauptungen zu rechten. Vgl. noch Randa, Krit. V. J. Schr. 19. S. 252 flg.

2) Irrig ist es, wenn Savigny, §. 18. S. 238, behauptet: Damit das Bewußtsein der physischen Herrschaft über die Sache entstehe, müsse der Wille vorhanden sein, die Sache als eigen zu haben. Denn dies Bewußtsein ohne Willen ist denkbar, z. B. wenn der Finder einer Sache mit sich zu Rathe geht, was mit derselben zu machen, — niemals dagegen Willen ohne Wissen. Es kann daher der Wille nicht bloß darum erforderlich sein, damit das Bewußtsein entstehe. Vgl. Lenz, S. 116 flg.

3) Vgl. Lenz, S. 99, 116, 168. Darum kann man aber noch immer nicht, wie Lenz S. 116, sagen, „daß Wissen und Willen ihrem Wesen nach Eins sind,“ und kann daher auch weder den römischen Juristen noch Savigny der Vorwurf gemacht werden, daß sie die Einheit beider nicht begriffen hätten. Denn wohl ist das Wissen ein untrennbarer Bestandtheil des Willens; nicht aber umgekehrt.

4) Vgl. Savigny, §. 26. S. 307. Lenz, S. 116. Von dieser Regel

Der Wille, der zum Besitzerverbe nothwendig ist, ist der Besitzwille, nämlich der auf die völlige und unbedingte faktische Herrschaft über die Sache gerichtete Wille, der sich vom Eigenthumswillen, bez. vom Willen, wie ihn der Eigenthümer haben darf, nur dadurch unterscheidet, daß er nicht nothwendig darauf gerichtet ist, die Sache als eigen, sondern nur, sie wie eigen zu haben.<sup>5</sup> Es ist also zum Besitze nicht der auf das rechtliche Haben gerichtete Eigenthumswille nothwendig, sondern nur der rein faktische Besitzwille.<sup>6</sup> Wer das Eigenthum einer Sache will und diese in seiner Macht hat, ist gewiß Besitzer: aber auch ohne die auf das Eigenthum gerichtete Absicht ist er Besitzer, wenn er sie faktisch in ihrer Totalität für sich — also wie eigen — haben will.<sup>7</sup> Trotzdem mag man den Besitzwillen als Eigenthumswillen bezeichnen, wenn man nur den Irrthum fern hält, als ob der Wille auf das rechtliche Haben der Sache gerichtet sein müßte.

Hieraus ergibt sich, daß es auch nicht erforderlich ist, daß der

gilt auch beim Besitzerverbe durch Stellvertreter, wie später gezeigt ist, keine Ausnahme.

5) Denn auch Derjenige, der eine Sache nicht als Eigenthum, aber doch ausschließlich für sich haben will und hat, ist Besitzer. Vgl. Windscheid, §. 149., der den Besitzwillen „Aneignungswillen“ nennt. Dies anerkennt auch David, Ger. Zeit. 1870. Nr. 76.; um so auffälliger ist es, daß er die analoge Bestimmung des Willens beim Rechtsbesitze bekämpft. Vgl. §. 25. N. 2. 4.

6) Der Eigenthumswille begreift den Besitzwillen, nicht aber dieser jenen; der Unterschied beider beruht darauf, daß der Eigenthumswille sich als berechtigten weiß und will, während das Gleiche vom Besitzwillen nicht gilt.

7) Vgl. Puchta, Vorles. §. 123. Böcking, §. 123. N. 4 u. 7. Brinz, I. S. 63 (S. 132. 2. A.). Roth, §. 132. entgegen der Einseitigkeit der Savigny'schen Auffassung des Willens, welche immer nur vom „Eigenthumswillen“, der Absicht, die Sache als eigen zu haben, spricht (z. B. S. 269, 279), was schon Pfeiffer, S. 65, scharf rügt. Dies übersieht neuerlich Zielonacki, Besitz S. 10. In der Sache übereinstimmend Windscheid, §. 149. N. 5, welcher — um möglichen Mißverständnissen zu begegnen — den *animus poss.* bestimmt: als den Willen, wie ihn der Eigenthümer haben darf. Selbstverständlich wird der Besitzwille ebensowenig wie das Eigenthum dadurch ausgeschlossen, daß dieser Wille oder die faktische Macht in Ansehung der Sache in einzelnen Beziehungen (z. B. durch dingliche Rechte Dritter und deren Ausübung) beschränkt ist; immer bleibt der Wille auf die Sache in der Totalität gerichtet. Auch hier verläugnet der Besitz sein Gegenbild — das Eigenthum — nicht. Vgl. Windscheid, §. 149. Note 4. Daß der Besitzwille den gedachten Inhalt haben muß, geht u. A. namentlich aus c. 2. C. de poss. 7. 32., auf welche Thering, Grund d. B. S. 193, aufmerksam macht, überzeugend hervor: *cum ipse proponas, te diu in possessione fuisse omnique ut domino gessisse!*

Wollende auch die Ueberzeugung haben oder den Anspruch stellen müsse, Eigenthümer zu sein; auf das eigene Recht, auf den guten Glauben, auf das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit des Willens kommt gar Nichts an.<sup>8</sup>

Wo dieser Wille nicht vorhanden oder nicht möglich ist, ist auch Besitz nicht denkbar. Diese Regel ist nach österr. Rechte ausnahmslos.<sup>9</sup>

Als Fälle fingirter Aneignung (da diese ohne Aneignungswillen nicht denkbar ist) erscheinen zufolge singulärer Vorschriften des N. b. G. B. (§§. 871—876.) jene Fälle, in welchen die Tradition trotz des unterlaufenden wesentlichen Irrthums (wegen Abgang des Dolus des anderen Contrahenten) gültig ist, oder wo die relative Ungültigkeit der Tradition trotz des vom Gegentheil verübten Betrugs und wesentlichen Irrthums von dem verletzten Theil nicht geltend gemacht wird. (Vgl. über diese anomalen Rechtsbildungen des österr. G. B.'s Erner Tradition S. 265. 270. N. 52. S. 287.)<sup>9a</sup>

8) Der animus domini hat mit der opinio domini Nichts zu schaffen. Vgl. Savigny, §. 20. a. G. Rierulff, S. 352. Arndts, §. 135., welcher mit Böcking, P. §. 123. Note 7, ganz richtig bemerkt, daß der bezeichnende Ausdruck *ψυχή δεσπόζοντος* genauer mit animus dominantis sich geben ließe. Vgl. auch Windscheid, §. 149. N. 5. — Die Gliederung des Willens in die Moment-Richtung auf ein äußeres Object, das Bewußtsein hiervon, und seine Verwirklichung, wie sie Lenz, S. 99, vornimmt, ist nicht stichhaltig. Das Bewußtsein ist ein integrierendes Moment der Willensrichtung, die Verwirklichung des Willens (des corpus) aber ist kein Moment des Willens mehr, sondern gehört der Welt der äußeren Erscheinungen an. Vgl. dagegen die guten Bemerkungen Baron's, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 47 flg.

9) Ueber die Ausnahmen des röm. Rechtes, nach welchem gewisse Inhaber, welche den animus mit dem vorgeschriebenen Inhalte nicht haben, dennoch als Besitzer angesehen werden, siehe Savigny, §§. 23—26. Windscheid, §. 149. — Nach preuß. L. R. ist je nach der Willensrichtung des Detentors vollständiger und unvollständiger Besitz zu unterscheiden (§§. 6—10. I. 7.), darüber vgl. §. 1. Note 13, dazu Meißcheider, §. 22. — Das sächs. G. B. §. 186. forbert Eigenthumswillen. — Das Züricher G. B. (§. 490.) postulirt nur Detention zu eigenem Interesse; vgl. §. 1. N. 13. — Das franz. G. B. art. 2228. 2229. und der ital. Cod. art. 686—688. verlangen ausdrücklich Eigenthumswillen, das letztere genauer: animo di tenere la cosa come propria. Vgl. §. 1. Note 13a, dazu Zachariae-Puchelt, §. 188. N. 1.

9a) Nach den §§. 871—876. G. B. ist die Tradition gültig, wenn der wesentliche Irrthum durch Zufall oder Verschulden des Irrenden entstanden, oder wenn derselbe zwar durch den andern Contrahenten, aber nicht dolos (§§. 874. 875. 876.) oder durch Dritte hervorgerufen worden ist. Näheres über diese auf irriger, naturrechtlicher Auffassung beruhende Anomalie s. bei Unger, II. §§. 80. 81. und Er-

Der Erwerb des Besitzes kann auch an eine Suspensivbedingung geknüpft sein; insbesondere kann vertragsmäßig bestimmt werden, daß der Empfänger vorläufig die Detention und erst bei Erfüllung der Bedingung den Besitz erlangen solle.<sup>9b</sup> Fast und realisirt der Inhaber schon vorher den Besitzwillen, so kommen die für den Besitzverlust an den untreuen Repräsentanten geltenden Grundsätze (§. 23.) zur Anwendung. Zu betonen ist, daß, wenn Eigenthum unter einer Suspensivbedingung übertragen wird, nichts desto weniger durch die Tradition der Sache (im Zweifel) der Besitz sofort und unbedingt übergeht.<sup>9c</sup> Bei Nichterfüllung der aufschiebenden Bedingung entsteht — ebenso wie im Falle der Existenz der Resolutivbedingung — bloß eine Obligation auf Rückübertragung des Besitzes. Vgl. §. 22. a. G.

Der Besitzwille kann widerrechtlich sein, und er ist es, wenn sich der Besitzer mit Gewalt, heimlich oder durch Vertrauensmißbrauch den Besitz verschafft hat (§. 345. N. b. G. B.). Aber darum ist er doch immer Besitzer, wenn auch fehlerhafter (unechter). Die Behauptung also, der Gegner besitze in der eben besagten Weise, ist ein Zugestandniß des fremden Besitzwillens; wogegen die Behauptung, Gegner benutze eine Sache nur als Vitleiher, eine Läugnung des gegnerischen Besitzwillens enthält.<sup>9d</sup>

Das Moment des Willens ist es, welches bei Entscheidung der Frage, ob gewisse Besitzhandlungen (actus possessorii) zum Besitzerverbe für hinreichend zu erachten sind, den Ausschlag gibt.<sup>10</sup>

ner, Trad. S. 265 flg., welcher (gegen Unger) mit Recht dolose Irreführung durch den Gegentheil (§§. 875. 876.) zur Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts verlangt.

9b) Vgl. L. 38. §. 1. D. de acq. poss.: existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, . . . dazu Ihering, Vermischte Schriften S. 65 flg., 73 flg., 83, 97.

9c) Vgl. Ihering a. a. D.

9d) Ueber diesen in der Praxis häufig verkannten Unterschied der poss. vitiosa und poss. nulla vgl. §. 25. N. 12. Albert, int. u. p. §. 67.

10) Unter Besitzhandlungen sind überhaupt Akte zu verstehen, womit irgend eine Macht über die Sache geübt wird. Das förmliche Eingäuben paßt ebenso gut darunter, wie das bloße Sezen von Bäumen, Ziehen von Gräben u. s. f. Im engeren Sinne versteht man darunter Gebrauchshandlungen, Benutzungsakte. Vgl. Albert, Das interd. uti p. S. 115, der aber irrig auch das Steuerzahlen dahin rechnet. Wurden nun gewisse Besitzhandlungen in der Absicht vorgenommen, sich den Besitz (Eigenthum) einer Sache zu verschaffen, so sind sie offenbar zur Erwerbung des Besitzes für hinreichend zu achten, vorausgesetzt, daß zugleich das ausschließliche physische Verfügungsvermögen über die Sache vorhanden ist, z. B. das Ackern, Säen oder Ernten; fehlte diese Absicht, so kann von Besitzerverb



sonen Mangels eines rechtlich anerkannten Willens nicht besitzen können. Hievon soll nun die Rede sein.

### Willens unfähige Personen.

Da zum Besitz erwerbe vor Allem das Dasein eines auf die faktische Herrschaft über die Sache gerichteten Willens nothwendig ist, so können Mangels eines solchen — natürlichen oder rechtlich anerkannten — Willens unmittelbar selbst keinen Besitz erwerben:

1) juristische Personen (Korporationen, Stiftungen, die Erbschaft).<sup>13</sup> Sie haben keinen Willen. Doch gilt zu Folge rechtlicher

eines ungenannten Oberger. v. 8. Dezember 1835 (bei Koch, S. 161): „den Besitz eines Rechtes erlangt man nur, wenn aus den Umständen die Meinung desselben, daß ihm ein solches Recht zustehet, erhellet.“ Vgl. auch die Präj. bei Koch, S. 158, R. 2. Busch, Civ. Arch. 31. B. S. 244, und Pfeiffer, Pr. Ausf. VII. S. 456.

13) Ueber den Begriff der juristischen Person vgl. Savigny, System II. §. 85 flg. Puchta, §§. 27. 28. Rierulff, S. 129 flg. Arndts, §. 41. R. 3, 4. Keller, §§. 34—41. Unger, I. S. 313 flg. u. Krit. Ueberschau VI. 9. u. Syst. VI. §. 7. R. 5 u. 13. Windscheid, P. §§. 49. u. 57. Lemayer, Desterr. Ger. Zeit. 1869. Nr. 32 flg. Roth, Bayr. G. R. I. S. 202 flg. u. Zur Lehre v. d. Genossensch. (1876) S. 60, 71 flg. Brinz, P. S. 979 flg. Stobbe, D. Pr. R. §§. 49—60., dazu die sehr gute literarhistorische Uebersicht bei Zitelmann, Begriff der jurist. Person (1873). Histor. Mat. bei Pernice, M. A. Labeo S. 289 flg. und Brodowski, Röm. Pr. R. §. 40. Meine Ansicht über diese controverse Frage habe ich im Archiv f. Wechsell. XV. (1866) S. 1—36, 337 bis 404 auseinandergesetzt. Ich kann in den Versuchen Neurer (Brinz, P. Einl. XI. und II. §§. 150. 155. Bekker, in Goldschmidt's Zeitschr. IV. Nr. 10. Jahrb. f. D. 12. Nr. 1. Köppen, Erbsch. S. 9 flg. Demelius, in Jhering's Jahrb. f. D. IV. Nr. 2. Kunze, Goldschmidt's Zeitschr. VI. S. 177), an die Stelle des fingirten Rechtssubjekts ein subjektloses Zweckvermögen zu setzen — in der bisher versuchten Auffassungsweise — nicht das Material zu einer befriedigenden Lösung dieser schwierigen Frage finden. Zitelmann unterscheidet nachstehende Ansichten: 1) die Personifikationstheorie (Savigny, Puchta, Arndts, Windscheid, Unger, Stobbe a. a. D.), welche durch Fiktion ein Subjekt schafft; 2) die Theorie vom Zweckvermögen, welches die Fiktion ganz verwirft und von subjektlosem Vermögen spricht (Brinz, Köppen, Demelius, wohl auch Bekker); 3) die Theorie, welche zwar unpersönliches (subjektloses) Vermögen anerkennt, aber denselben die Rolle des Personenvermögens theilt, m. a. W., welche das Zweckvermögen dieselbe Funktion spielen läßt, welche das Personenvermögen versteht (personae vice fungitur). Vgl. L. 15. D. 41. 3. Diese Ansicht habe ich bereits im Arch. f. W. R. (1866) genauer entwickelt; dieselbe Auffassung theilt Böhlau, Rechtssubj. und Personenrolle (1871), und Meklenburg. L. R. II. §. 149., welcher (Arch. f. c. Pr. 56. S. 358, R. 18) bemerkt, daß wir auf verschiedenen Wegen zu denselben Resultaten gelangten, — und neuestens Bruns, Encyclop. Holzen dorff's, I. S. 334 (2. Aufl.), wof. Pfaff-Hofmann, II. S. 36, Schiffner, §. 59. R. 2; Anklänge an diese Ansicht finden sich übrigens vielfach, namentlich bei Unger a. a. D.; 4) die Theorie, welche wirk-

Fiktion der Wille ihrer Vertreter als ihr Wille und können dieselben daher durch diese Besitz erwerben (vgl. §. 26. A. b. G. B.). Da die hereditas jacens regelmäßig einen solchen Vertreter nicht hat, kann sie regelmäßig einen Besitz weder erwerben noch haben.

liche Existenzen (Culturwesen) supponirt (Bluntschli, P. R. §. 34. Salzkowski, Jur. Person, Zitelmann u. A., Brodowski, §. 21. S. 137 flg.); eine selbstständige Stellung nimmt m. G. ein 5) Jhering's Theorie (Geist. III. S. 330 [341. 2. Aufl.]), der zufolge die Destinatarer als Subjekte des Vermögens zu denken sind. (Dagegen s. Arch. f. W. R. XV. S. 339.) — In der Negation der herrschenden Personifikationstheorie stimme ich nun Brinz allerdings bei; thatsächlich liegt subjektloses Vermögen vor; die Fiktion des Subjekts kann weder ein Subjekt schaffen, noch überhaupt an der wirklichen Sachlage das Geringste ändern, wohl aber durch diese ganz unnöthige Fiktion schiefe Auffassungen hervorrufen. (Arg. der celebre Städel'sche Prozeß!) — Aber auch die Brinz'sche Auffassung befriedigt nicht. Brinz selbst sagt S. 990: „ein Vermögen, das keiner Person gehört, kann sich aus Rechten, die begrifflich nur (?) Personen gehören können, nicht zusammensetzen.“ Die Beantwortung der Frage nun, wem also das Zweckvermögen gehöre, um geht Brinz mit der Bemerkung S. 991, daß das Vermögen für einen Zweck gehöre, — was aber nicht minder beim Personenvermögen der Fall sein kann (Arg. art. 111. 119. 120. 122. 126. G. B.); ja im Grunde gelangt Brinz, S. 992, 998, zu dem Ergebnisse, daß das Zweckvermögen dem Vertreter der jurist. Person gehöre: „der Vertreter würde hier überall als ein Selbstberechtigter erscheinen“ . . . wir würden eine . . . leibhaftige Person . . . haben;“ — dem Vertreter gehört also das Zweckvermögen, wenn auch nur für den bestimmten Zweck. — Ich halte diese Auffassung schon darum für unhaltbar, weil sie uns da im Stich läßt, wo für die jurist. Person noch kein Vertreter bestellt ist, abgesehen davon, daß bei jedem Wechsel des Stellvertreters eine Uebertragung des Vermögens unvermeidlich wäre. — Ueber und gegen die Theorie 4. und 5. vgl. Brinz, Windscheid, Stobbe a. a. D. — So ist es denn am natürlichsten, zu sagen: Es liegt in der That unpersönliches Vermögen vor, welches aber im Rechte so behandelt wird, als ob es einer Person gehören würde. Die Fiktion ist also auch nach m. Ansicht nicht zu vermeiden (s. nun auch Brinz, S. 993). Der Unterschied zwischen dieser und der herrschenden Ansicht besteht eben nur darin, daß nicht ein Subjekt fingirt, sondern ein anerkannt subjektloses Vermögen nur so gedacht und behandelt wird, als ob es einem Subjekte gehörte. Die Fiktion wird also an einem anderen Punkte eingesetzt, wobei die Analogie des einer willensunfähigen Person gehörigen Vermögens die anschaulichsten Dienste leistet. Zu dieser Auffassung bekennt sich wohl auch Unger, Erbr. §. 7. R. 7, welcher Note 10 treffend bemerkt: Die Fiktion enthält kein schöpferisches Prinzip, sondern vielmehr die abgekürzte Formel für die bereits geschaffene Ordnung der Dinge. S. auch Arndts, (7. Aufl.) §. 41. R. 3. Die Differenz zwischen der Auffassung 1. und 3. mag unbedeutend sein; allein für die richtige Auffassung einer Sache ist oft die kleinste Nuance nicht ohne Einfluß. Vgl. auch Bruns a. D.

14) Vgl. L. 1. §. 15. D. si is qui test. 47. 4.: Possessionem hereditas non habet, dazu Savigny, S. 248. Das physische Rechtsverhältnis wäre allenfalls noch denkbar, z. B. bei den in einem Hause, das einer Korporation oder Erbschaft gehört, eingeschlossenen Sachen, nicht aber der Wille. Vgl. auch Brinz, II. S. 662. Köppen, Erbsch. §. 13. und Sinteris, Civilt. §. 43. R. 1. Daß der

2) Kinder bis zum vollendeten 7. Jahre, Wahn- und Blödsinnige (§§. 21. 273. und 865. A. b. G. B.).<sup>14a</sup> Auch bei diesen gilt der Wille ihrer Vertreter (Väter, Vormünder oder Kuratoren) als ihr Wille, und wird durch diesen Rechtsatz der Besitz derselben ermöglicht. (§. 310. des G. B.: „Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, sind an sich unfähig, einen Besitz zu erlangen. Sie werden durch einen Vormund oder Kurator vertreten.“)

Dagegen sind Unmündige und Minderjährige unbedingt fähig, Besitz zu erwerben. Der §. 310. des G. B. verordnet nämlich: „Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, können für sich allein eine Sache in Besitz nehmen.“<sup>14b</sup> Diese Bestimmung ist ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes des A. b. G. B., dem zu Folge der Wille der Unmündigen in vermögensrechtlicher Beziehung insofern anerkannt wird, als die Handlung bloß zu ihrem Vortheile gereicht (§. 865. des G. B.). Was von Minderjährigen, gilt auch von Berschwendern (§§. 21. 273. und 865. des G. B.).<sup>15</sup>

Erbe den Besitz neu erwerbe, darüber vgl. §. 15. d. B. — Ist für die Verlassenschaft ein Kurator zu deren Verwaltung und Vertretung bestellt, so kann dieser in ihrem Namen Besitz erwerben und haben. Vgl. Unger, VI. §. 7. N. 20, und die §§. 128. 129. des Ges. v. 9. August 1854. — Zwar läugnet Köppen auch die juristische Persönlichkeit der Erbschaft, unter der Annahme, daß es auch subjektlose Vermögen geben könne: allein unzulänglich ist dessen Begründung. Rechte, sagt Köppen selbst, sind ideelle Herrschaft; sie existiren für ein gegenwärtiges oder nach dessen Tode für ein künftiges Subjekt; bis dieses eintritt, existiren sie „als rein objektiver Begriff.“ — Also Rechte sind für ein Subjekt bestimmt, sie sind ideelle Herrschaft; Herrschaft setzt aber herrschendes Subjekt voraus; — hört dieses auf, sollte man schließen, hört auch das Recht auf, das ja ohne Subjekt nicht denkbar ist; — aber nein: es wird ein „Begriff“. Vgl. gegen Köppen nun auch Unger, VI. §. 7. N. 5, und Arndts, §. 41. N. 3 u. §. 465. Gegen Savigny, Syst. II. §. 102. vgl. Arndts, Rechtsl. IV. S. 3 flg.

14a) Nicht zu billigen ist die Ansicht Monti's, daß Geistesranke in lichten Zwischenräumen besitzwerbend fähig seien; denn die nur auf Pietätsrückichten beruhende ausnahmsweise Norm des §. 567. G. B. darf nicht generalisirt werden. Vgl. auch Pfaff-Hoffmann, II. S. 103. Anders freilich nach röm. R.

14b) In Folge dieser klaren Bestimmung entbehrt die Kontroverse des römischen Rechtes, inwiefern Pupillen für sich allein Besitz erwerben können, für das österr. Recht jedwedes Interesses. Vgl. hierüber Savigny, §. 21. Gsmarck, V. P. trad. §. 12. Brinz, §. 27. Lenz, S. 159 flg. Meisheid, §. 41. — Nachpreuß. R. können nur Unmündige, die bereits das 7. Jahr zurückgelegt haben, Besitz erwerben. arg. §. 44. I. 7. und §. 21. I. 4. Mit Unrecht bezieht m. G. Koch, S. 165, den §. 44. auf die bloß natürliche Willensfähigkeit. Dagegen spricht die Bemerkung Suarez's zu §. 44. cit. Vgl. auch Bornemann, I. S. 492. Dernburg, §. 151. N. 3. Meisheid, §. 42.

15) Vgl. Pachmann, §. 30. S. 80.

3) Unfähig sind ferner, Besitz neu zu erwerben: Ordenspersonen, welche das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt haben, der unbefugten Auswanderung für schuldig Erkannte und Deserteure (vgl. Pat. vom 24. März 1832., Z. 2557., §. 10., Hofdekr. vom 21. Februar 1842., Z. 599. und §. 208. Mil.-Straf-Ges.). Vgl. §. 9. N. 3a. Denn hier liegt ein Verbot aus Rücksichten des öffentlichen Rechtes in Rücksicht des Vermögenserwerbes überhaupt vor. Ihr Besitzerbewille ist nicht vom Rechte anerkannt.

Ueber den Besitzwerb und Besitzverlust der unter 1. und 2. genannten Personen durch Stellvertreter vergleiche die §§. 20. und 31. d. A. Ueber den abgesonderten Besitz an Theilen einer Sache vgl. den §. 18.

### §. 13. Unwesentlichkeit des Wissens des bisherigen Besitzers vom Besitzwerke des neuen.

Es entsteht die Frage, ob zum Besitzwerke einer Sache, insbesondere einer unbeweglichen, welche bereits einen Besitzer hat, erforderlich sei, daß der bisherige Besitzer von der Apprehension des neuen Erwerbers Wissenschaft erhalte.<sup>1</sup> Man könnte sich zur Begründung dieser Ansicht etwa auf den §. 2. d. f. Bdg. v. 27. Oktober 1849. (§. 618. der siebenb.-ungar. G. D.) berufen, welcher verordnet, daß „binnen 30 Tagen vom Tage der erlangten Wissenschaft der Störung die richterliche Hilfe anzusuchen ist“, und nun folgendermaßen schließen: Da sich der Besitzer den bereits verlorenen Besitz einer Sache wieder verschaffen kann, wenn er auch erst nach Monaten von der erfolgten Besitzergreifung des Gegners Kenntniß erhält, sobald er nur binnen 30 Tagen vom Momente der erlangten Wissenschaft die Besitzklage an-

1) Vgl. den Aussatz von S. Pawlowicz, in der österr. Vierteljahrsschrift, VIII. S. 123, welcher von der Ansicht auszugehen scheint, daß Besitzhandlungen, insbesondere Markensetzungen nur dann zum Besitzwerke hinreichen, wenn dieselben dem Gegner bekannt geworden, oder wenn dieselben allseitig öffentlich vorgenommen wurden (S. 125). Prinzipiell ist diese Ansicht nicht richtig, wie im Texte gezeigt ist; was speziell die Markensetzung betrifft, so ist es Thatsache, ob dieselbe zum Besitzwerke hinreiche. Das Wissen des Gegentheils ist gleichgültig. Vgl. auch die Entsch. Nr. 106. Samml. Gl.-u.-W., welche anerkennt, daß die Stellung der Markbäume (an sich — ohne anderweitige Besitzhandlungen) keinen Besitz begründen könne.



stellt, so sei die praktische Folge der Bestimmung des §. 2. cit. die, daß die ohne Wissen des bisherigen Besitzers erfolgte Apprehension in Rücksicht desselben den Besitzerwerb nicht begründet, der bisherige Besitzer also noch immer als Besitzer gedacht werden müsse, obgleich er die faktische Macht über die Sache nicht mehr hat.<sup>2</sup> Eine Konsequenz dieser Fiktion wäre, daß der Apprehensionsakt des neuen Erwerbers in Rücksicht des bisherigen Besitzers so lange lediglich als Besitzstörung zu betrachten wäre, so lange die 30tägige Frist zur Einbringung der Klage nicht abgelaufen ist.<sup>3</sup> Die praktische Folge dieser Auffassung würde sein, daß dann gegen denjenigen, der sich ohne Wissen des bisherigen Besitzers in den Besitz eines Grundstückes gesetzt hat, nicht die Klage auf Restitution des verlorenen Besitzes (interd. recuperandae poss.), sondern die Klage wegen gestörten Besitzes (interd. retinendae poss.) anzustellen wäre, was bei dem verschiedenen Klagsfundamente der beiden Klagen von erheblicher praktischer Wichtigkeit sein könnte. Diese Schlussfolgerung wäre offenbar unrichtig. Denn wenn auch dem bisherigen Besitzer die Möglichkeit geboten ist, sich durch rechtzeitige Anstellung der Klage den bereits verlorenen Besitz wieder zu verschaffen, so wird doch hiedurch und insbesondere durch die zeitliche Einschränkung, bez. Verjährung der Besitzklage an der Thatsache des erfolgten Besitzverlustes und daher an der Nothwendigkeit, die Besitzentzuegungsklage anzustellen, Nichts geändert. Derjenige, der ein Grundstück ohne Wissen des bisherigen Besitzers okkupirt, ist alleiniger Besitzer, nicht nur Dritten, sondern auch dem bisherigen Besitzer gegenüber, und hört darum nicht auf, es zu sein, weil er die Sache über die rechtzeitig angestellte Klage des bisherigen Besitzers zurückstellen muß. Die entgegengesetzte Ansicht führt nothwendig zur Annahme einer solidarischen compossessio plurium (nämlich des früheren und gegenwärtigen Besitzers).<sup>4</sup> An dieser Rechtslage hat auch die k. B. vom

2) Diese Schlussfolgerung macht wirklich Helm, Destrer. Vierteljahrschrift, 13. Bd. S. 292—294, unter Berufung auf den vom Besitzverluste der Rechte handelnden §. 351. d. G. B., welcher doch als singularär keine Analogie zuläßt.

3) Als bloße Besitzstörung und daher nicht als Besitzentzuegung aus dem Grunde, weil ja die Fortdauer des Besitzes des faktisch des Besitzes Beraubten fingirt wird. Dies läugnet zwar Zrodlo wski, Untersuch. aus d. österr. Civilr., S. 62, 63, weil die eine Fiktion nicht nothwendig die zweite zur Folge hat. Indes schon die Verbindung des §. 2. cit. mit §. 351. G. B. ergäbe dieses Resultat. Läugnet man dies, so gelangt man zu der Anomalie des solidarischen Mitbesitzes Mehrerer.

4) Diese Inkonssequenz suchen in Ansehung des heimlich okkupirten Grund-

27. Oktober 1849 Nichts geändert. Wann der Besitz gestört, — wann derselbe als verloren anzusehen sei, bestimmt das bürgerliche G. B.; in gleicher Weise beantwortet dieses die damit zusammenhängende Frage, ob im einzelnen Falle die Klage auf Schutz des gestörten, oder auf Wiederherstellung des verlorenen Besitzes begründet ist. Hieran konnte aber die in jener Verordnung nachträglich erfolgte Feststellung einer kurzen Verjährungsfrist Nichts ändern.<sup>5</sup> Darum heißt es auch im §. 2. cit. ganz richtig: „Wer im Besitze . . . beeinträchtigt oder desselben widerrechtlich entsetzt wird.“ . . . Der Grundsatz, daß zum Besitzerwerbe an Sachen die Kenntniß des bisherigen Besitzers von der Apprehensionshandlung nicht nothwendig sei, gilt nach österr. Rechte ausnahmslos,<sup>6</sup> während nach röm. Rechte in Ansehung von Grundstücken die Ausnahme stattfindet, daß bei der Okkupation oder heimlichen Apprehension der bisherige Besitzer den Besitz erst dann verliert, wenn er von der Apprehension erfährt und es dabei bewenden läßt.<sup>7</sup>

stückes die meisten Schriftsteller des röm. Rechtes dadurch zu vermeiden, daß nach ihrer Ansicht der Apprehendent auch dritten Personen gegenüber so lange nicht als Besitzer angesehen wird, so lange der frühere Besitzer von der Apprehension keine Kunde erhalten hat. Vgl. Savigny, §. 11. S. 186, und Albert, int. u. p. §. 55. Eine ausdrückliche Entscheidung hierüber findet sich in den Quellen nicht. Anderer Ansicht ist Witte, Zeitschr. N. F. 18. S. 255. fg. §. 4. und Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 162 fg., neuerlich Fitting, Civ. Arch. 55. S. 306, 314. Entschieden erkärt sich nun gegen Sav. Brunß, Besitzfl. S. 144 fg.; vgl. darüber §. 22. N. 34. Brunß, S. 154, vermeidet den Widerspruch dadurch, daß er den Okkupanten als alleinigen Besitzer ansieht und dem bisherigen Besitzer lediglich die eigenmächtige Wiedereingriffung, soweit sie ohne Gewalt gegen die Person des Okkupanten möglich ist, gestattet. Aehnlich Fitting, S. 328.

5) Für einen Fall, nämlich wenn der Besitz eines Grundstückes an den Stellvertreter durch dessen Untreue verloren geht, will Puchmann, a. a. D. §. 29. S. 73, den Besitzerwerb nicht schon mit der Offenbarung des Besitzwillens, sondern ganz wie in röm. Rechte erst mit dem gewaltsamen „Behaupten der Sache“ eintreten lassen. Ueber die Unhaltbarkeit dieser Ansicht s. §. 22. Die Frist des §. 2. cit. ist, wie ich nun sehe, eine Verjährungs-, keine Fallfrist.

6) §. 349: „Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein verloren, . . . wenn sie in fremden Besitz kommt.“ Auf die Kenntniß des Vertretenen von dem Apprehensionsakte des Stellvertreters kommt also Nichts an. Die richtige Anschauung findet sich in der Entsch. d. obersten G. H. Nr. 644. Samml. Gl.-II.-B.

7) Vgl. Savigny, §. 31. Puchta, §. 130. Brinz, S. 72. 1. A. Arndts, §. 142. Windscheid, §. 156. Note 4. Brunß, Klage, §. 12. Diese Bestimmung ist offenbar singularär. Vgl. §. 22. Note 34.

Eine andere Frage ist es, ob der Besitz — insbesondere in Ansehung der Erziehung — für ununterbrochen zu halten sei, wenn der entsetzte Besitzer die Besitzklage (§. 346.) binnen 30 Tagen mit Erfolg angestellt oder binnen derselben Frist sich außergerichtlich den Besitz der Sache fehlerlos verschafft hat? Die Frage ist zu verneinen, da wir — einen Fall der Störung des Rechtsbesitzes (durch den Gegentheil) ausgenommen (§. 351.), keine positive Bestimmung haben, welche diese Fiktion aussprechen würde — und eine Fiktion läge doch darin, wenn das Gesetz den wirklich unterbrochenen Besitz — dessen faktische Natur nun einmal nicht weg zu disputiren ist — für ununterbrochen, für fortdauernd erklären würde! Die singuläre Bestimmung des §. 351. läßt die Erhebung zum allgemeinen Prinzip nicht zu. (Vgl. §. 35. B.) Die entgegengesetzte Ansicht wird zwar neuestens von Brodowski, Civilrechtl. Untersuchungen u. S. 53—65. bes. S. 62, (dem Krausz, Ger. Zeit. 1872. Nr. 16. beiträgt) vertheidigt, hauptsächlich darum, weil §. 351. keine Singularität enthalte, weil ferner §. 346. die „Zurücksetzung in die vorige Lage“ (also volle Tilgung des Unrechts) verordne, weil die Randglosse zu §§. 344—346. G. B. von den „Rechtsmitteln zur Erhaltung des Besitzstandes“ spreche und weil endlich die Fälle des §. 344. (Abwehr des Angriffs) und des §. 346. (Restitutionsklage) unter demselben Gesichtspunkt gestellt seien. Allein vergebens bestreitet Zr. die Singularität des §. 351., — denn konsequent (und dies verstehe ich „unter der Natur der Sache“) müßte der Rechtsbesitz schon mit der Unmöglichkeit der Ausübung des Rechts eintreten; die abweichende Bestimmung des §. 351. enthält daher singuläres Recht. Was ferner die Berufung auf die §§. 354—346. betrifft, so vermag ich die Schlüssigkeit der Deduktion Zr.'s nicht einzusehen. Das Gesetz konnte sich kaum einer richtigeren Fassung bedienen; gerade die „Zurücksetzung in die vorige Lage“ hat die Aufhebung desselben zur Voraussetzung; daß diese rechtlich als nicht erfolgt anzusehen sei, sagt das Gesetz mit keinem Worte. Die Randglosse sollte nach dem maßgebenden Inhalt der betreffenden Paragraphen richtiger etwa lauten: Mittel zur Erhaltung (§. 344.) und Rechtsmittel zur Wiederherstellung des verlorenen Besitzes (§. 346.); die gegenwärtige Fassung ist jedenfalls ungenau, läßt aber auch so — wie sie vorliegt — den Schluß auf die gesetzliche Fiktion der Fortdauer des Be-

szes durchaus nicht zu. Die Gleichheit des Gesichtspunkts endlich, unter welchen die §§. 344. und 346. angeblich gestellt sind, beschränkt sich lediglich auf die gemeinsame (ungenau) Randglosse. — Indes will ich nicht bestreiten, daß es nur billig und zweckmäßig wäre, den widerrechtlich unterbrochenen Besitzzustand in Ansehung der Erziehung für ununterbrochen zu halten und in diesem Punkte stimme ich der überzeugenden Ausführung Zr.'s vollkommen bei.<sup>7a</sup>

#### §. 14. Bedeutung des sogenannten Besitztittels.

Der Besitz an Sachen wird ausschließlich auf die bisher erörterte Weise erworben (§§. 312. 313.). Ohne Willensentschluß und ohne Apprehension kein Besitz. Es sind insbesondere die Erwerbungsgründe der Rechte auf den Besitz nicht anwendbar, weil der Besitz eben ein Faktum und kein Recht ist. Es wird daher, wie gezeigt, weder durch Vertrag, noch durch Erbschaft oder Legat allein Besitz erworben, sondern immer nur durch einen Akt, der die physische Macht über die Sache verschafft (§. 312.).<sup>1</sup> Dies spricht deutlich genug aus der §. 320. des G. B.: „Durch einen gültigen Titel erhält man nur das Recht zum Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst.“ Das Gesetzbuch hat auch insbesondere die von demselben angenommene Theorie: daß zum Erwerbe dinglicher Rechte Titel (titulus acquirendi) und Erwerbungsart (modus acquirendi) nothwendig sei, in Ansehung des Besitzes nicht in Anwendung gebracht, vielmehr folgerichtig das Dasein des Besitzes von dem Dasein eines Titels ganz unabhängig gestellt<sup>2</sup> (§§. 309. 315. 316. 339. des G. B.). Zwar spricht das

<sup>7a</sup> Nach röm. und meines G. auch nach österr. Recht ist der Usufapionsbesitz allerdings unterbrochen; anders aber nach preuß. und franz. Recht, wie Brodowski, S. 46 fg. näher ausführt.

1) Daher erwirbt auch der Ersteiger einer Realität deren Besitz nicht schon mit dem gerichtlichen Zuschlage, wenn auch die Bedingungen die übliche Klausel enthalten würden: „Eigenthum, Besitz, Nuzungen übergehen an den Käufer mit dem gerichtlichen Zuschlage“, sondern erst mit der wirklichen Besitznahme, zu welcher gewiß auch die gerichtliche Einführung in den Besitz zu zählen ist. Vgl. die Entsch. d. D. O. S. Nr. 756. der Samml. Gl.-u.-W. — Offenbar ist auch Steuerzahlung für den Besitzwerb irrelevant. Vgl. Nr. 620. und 679. ebendas.

2) Bekanntlich hat das N. b. G. B. die von der älteren Schule versuchte Zurückführung des Erwerbes dinglicher Rechte auf einen Titel und eine Erwerbungsart angenommen, eine Theorie, die seit Thibaut und Hugo von der gemeinrechtlichen

Gesetz in den §§. 316—322. von einem Besitztitel. Allein dieser Titel ist keine Bedingung für den Erwerb des Besitzes, sondern durch das Vorhandensein desselben erhält der Besitz nur eine besondere Qualifikation. Er ist also ein Plus, das zu dem bereits daseienden Besitze hinzutritt.<sup>2a</sup> Der Besitz nämlich, der sich auf einen Titel, d. i. auf einen zur Erwerbung des Eigenthums tauglichen Rechtsgrund stützt, ist ein rechtmäßiger.<sup>3 4</sup> Da nun alle Eigenthumstitel, aber auch nur diese, Besitztitel sind, so gibt es keine besonderen Besitztitel, d. i. solche, die nicht zugleich Eigenthumstitel wären. Der §. 317. A. b. G. B. führt zwar sonderbarer Weise „Titel des rechtmäßigen Besitzes“ an und so könnte es denn scheinen, als gäbe es wirklich selbstständige Besitztitel. Allein die im §. 317.

Jurisprudenz als unhaltbar allgemein aufgegeben ist. Vgl. z. B. Puchta, §. 143. Arndts, §. 127. Böcking, Pand. §. 100. Bernhöft, Besitztitel im R. R. (1875) S. 88 flg. Jene Theorie konnte nur dadurch einen Schein von Wahrheit gewinnen, daß man, wie dies im A. b. G. B. wirklich geschieht, unter Titel bald den entsprechenden Rechtsfuß (Gesetz), bald gewisse faktische Zustände versteht, was ganz prinziplos und verwirrend ist. Mittelbar entspringen alle Rechte aus dem Gesetze; unmittelbar aber ist jedes Recht an gewisse Thatsachen geknüpft. Entweder muß man das Gesetz überall als Titel anführen (und dies ist mindestens überflüssig), oder nirgends. Vgl. über die innere Unhaltbarkeit der gesetzlichen Theorie Unger, II. S. 9. Demelius, Ger. Zeit. 1858. Nr. 35.

<sup>2a</sup>) Die Opposition Monti's, S. 33, gegen diese Auffassung ist mir nicht begreiflich, da die Bedeutung des Titels — soweit es sich nicht bloß um den Interdiktionsschutz handelt — von mir nicht geläugnet wird.

<sup>3</sup>) §. 316.: „Der Besitz einer Sache ist rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Titel, d. i. auf einem zur Erwerbung (wovon?) tauglichen Rechtsgrunde beruht;“ und §. 1461.: „Jeder Besitz, der sich auf einen solchen Titel gründet, welcher zur Uebernahme des Eigenthums, wenn solches dem Uebergeber gebührt hätte, hinreichend gewesen wäre, ist rechtmäßig. Dergleichen sind: das Vermächtniß, die Schenkung, das Darlehen, der Kauf und Verkauf, der Tausch, die Zahlung.“ Darüber, daß unter dem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrunde des §. 316. ein zur Erwerbung des Eigenthums, nicht aber des Besitzes (wie es in der italienischen Uebersetzung heißt, und Pachmann, §. 33. Nr. 3, behauptet) — tauglicher Rechtsgrund zu verstehen sei, sind unsere Kommentatoren mit Recht einig. Vgl. Winawarter, II. S. 45. Rippel, III. S. 73. Stubenrauch, I. S. 641. Glöninger, S. 131. Prodlowski, Untersuch. S. 33 flg. Der §. 1461. sagt dies ja ausdrücklich, und wenn im §. 316. das Wort Eigenthum ausgelassen ist, so hat dies darin seinen Grund, daß dieser Paragraph zugleich den Rechtsbesitz vor Augen hat. — Vgl. auch Unterholzner (Schirmer), Berjäh. I. §. 102. Arndts, §. 159. Keller, §. 119.

<sup>4</sup>) Unter Besitztitel ist also der rechtliche Grund (causa) zu verstehen, auf dem der Besitzwille beruht, und nicht, wie bei den dinglichen Rechten (vgl. §§. 380. 381. 424. 425. 449. 480. 481.), der Möglichkeitgrund seines Erwerbes (Erwerbgrund).

genannten Titel des rechtmäßigen Besitzes sind in der That keine besonderen Besitztitel, sondern Titel zur Erwerbung des Eigenthums selbst.<sup>5</sup>

Denn der Titel „der angeborenen Freiheit“ bezieht sich auf herrenlose Sachen und ist daher ein Eigenthumstitel (§. 381.); der Wille des vorigen Besitzers gibt nur dann einen Titel, wenn er auf Uebertragung des Eigenthums geht (§§. 316. 1461.); dasselbe gilt vom richterlichen Ausspruche.<sup>5a</sup> Wenn endlich im §. 317. als Besitztitel das „Gesetz“ angeführt wird, „wodurch Jemandem das Recht zum Besitze ertheilt wird“, so ist zu bemerken, daß abgesehen davon, daß das Gesetz an sich nie einen Titel gibt (vgl. Note 2.), sich im ganzen Gesetzbuche kein Paragraph findet, der bloß das Recht zum Besitze (im Gegensatz zum Eigenthume) verleiht, und auch nicht finden kann, da es ein Recht zum Besitze ohne Eigenthum nach österr. Recht gemäß dem Begriffe des Besitzes (§. 309.) nicht gibt. Nur in diesem Sinne sprechen die §. 797. A. b. G. B. und §. 145. des Pat. vom 9. Aug. 1854 von der Uebergabe in den „rechtlichen Besitz“.

<sup>5</sup>) Dies übersahen unsere Kommentatoren, indem sie vom Besitztitel als von einem selbstständigen Titel sprechen; vgl. Rippel, III. S. 76. Winawarter, II. S. 46. Stubenrauch, I. S. 642. Die Unterscheidung zwischen Besitztitel und Eigenthumstitel, wie sie Rippel a. a. O. statuiren will, z. B. im Falle der bloßen Ueberlassung des Besitzes, ist, wenn sie auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes bezogen wird, eine irrige. Die bloße Einräumung des Besitzes gibt eben keinen Titel, weil sie keinen Rechtsgrund zum Eigenthumserwerbe begreift. Ein solcher Besitzer ist in der That kein rechtmäßiger. Der Besitzer besitzt in diesem Falle pro possessore. Ueberdies ist der Fall, daß der Eigenthümer selbst einem Dritten bloß Besitz an seiner Sache einräumte, d. i. das Recht, sich wie ein Eigenthümer (auch ihm gegenüber) zu verhalten, eine *contradictio in adjecto*. Der richterliche Ausspruch, den der §. 317. weiter als Titel anführt, spricht entweder Eigenthum oder Besitz zu und macht im letzteren Falle den Besitz nicht zum rechtmäßigen. Die von Zeiller, II. S. 30, und Winawarter, II. S. 47, angeführten Fälle, wo das Gesetz Titel sein soll, z. B. gesetzliche Erbfolge, sind in der That nur Eigenthumstitel. Unfassbar ist die Bemerkung Winawarter's, S. 109: „Daß der Titel in der weiteren Bedeutung, d. i. als Möglichkeitsgrund, ein Recht zu erwerben, auch bei dem Besitzrechte vorhanden sein müsse, sei wohl nicht zu bezweifeln; allein dieser Satz hat keine juristische Bedeutung und ist bloß eine Anwendung der logischen Formel: *ab esse ad posse valet consequentia*“ — während doch Winawarter ebendasselbe anerkennt: daß das Eigene des Besitzrechtes sich darin äußert, daß es an ein bloß faktisches Verhältniß geknüpft ist, während alle übrigen (?) Rechte einen Rechtstitel voraussetzen.

<sup>5a</sup>) Selbstverständlich soweit dieser konstitutiver Natur ist. Dieser „Titel“ wurde erst in der Sitzung vom 4. April 1803 über Antrag des nieder-österreich. A. Ger. und der Wiener Fakultät hinzugefügt und trotz des späteren Widerspruchs Pratobera's beibehalten.

Ueber das Verhältniß der Rechtmäßigkeit zur *Echtheit* des Besitzes ist bereits §. 7c. (S. 227.) gesprochen worden.

Es ergibt sich von selbst, daß die Rechtmäßigkeit des Besitzes von dem Willen des Besitzers nicht abhängt, da ja zur Schaffung jenes Rechtsgrundes, d. i. einer Thatfache, an welche das Gesetz die Möglichkeit des Erwerbes des Eigenthumes knüpft, der bloße Wille in der Regel nicht hinreicht. Hierin liegt, daß, obzwar der Inhaber schon durch bloßen bethätigten Willensentschluß den Besitz einer Sache sich verschaffen kann, dieser Wille allein regelmäßig nicht genügt, seinen Besitz zu einem rechtmäßigen zu machen. Dies ist der Sinn der alten Rechtsregel: *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* im Justinianischen Rechte,<sup>6</sup> — ist der Sinn des §. 319. des G. B.: „Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln und sich dadurch eines Titels anzumachen.“ (Der §. 42. II. des westgal. G. B. führte als Beispiel an: „es steht z. B. Niemanden zu, ein geliebenes Vieh für ein ge-

6) Vgl. Savigny, S. 82—86, dazu Rudorff, Nr. 24—27, welcher N. 27 zur weiteren Bestätigung der Ansicht Savigny's L. 10. D. si pars 5. 4. anführt. Böcking, §. 124. Mackeldey, Instit. §. 214., und neuerdings Schirmer, Zeitschr. N. F. XI. S. 433—455, und Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 156, nur daß jener die Regel zugleich auf die Erkennbarkeit des Besitzwillens bezieht, dieser dieselbe auf den Detentor für unanwendbar findet. Gegen Schirmer's Auslegung spricht die Bedeutung des Wortes *causa*, gegen Baron aber L. 2. §. 1. D. pro herede. L. 33. §. 2. D. de usurp. 41. 3. u. Gaj. II. 60., vgl. Rudorff, Nr. 27. Abweichende Ansichten über jene vielbesprochene Regel haben Puchta, Vorl. §. 124. Götschen, I. S. 613. Pfeiffer, §. 14. Ein ganz anderer war der Sinn derselben im älteren röm. Recht. Dies gestattete nämlich die Usukapion von Erbschaftsachen ohne Titel und guten Glauben, sobald sich der Besitzer ein Jahr hindurch als Erbe gerirte. (Vgl. hierüber Gaj. II. §§. 52—60.) Das legislative Motiv dieser „*tam improba usucapio*“ war die Sorge für die Erbschaftsgläubiger und die *sacra* des Hauses (Gaj. a. a. D.). Es konnte also selbst der Depositar oder Pächter durch Annahmung des Titels *pro herede* binnen Jahresfrist die bis dahin bloß in seiner Inhabung befindlichen Erbschaftsachen erlangen. Dieser Möglichkeit trat nun das spätere Recht mit der Rechtsregel entgegen: *Nemo etc.* Niemand (der Detentor oder Besitzer) soll Detention oder Besitz mit Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit in eine *possessio pro herede* umwandeln dürfen. Im Justinianischen Rechte hat diese Regel, nachdem die *usucapio pro herede* längst aufgehoben war, ihren ursprünglichen Sinn dahin geändert, daß der Besitzer sich den zur Usukapion erforderlichen Titel (*causa*) nicht einseitig schaffen oder ändern kann, — ein allerdings selbstverständlicher Satz. Vgl. auch Windscheid, §. 175. N. 2. — Keinen andern Sinn hat diese Regel im franz. Rechte, art. 2240. Für das preuß. R. (§. 69. I. 7.) gibt Förster, §. 160. N. 68, der Regel die Auslegung, daß der Inhaber seine Detention nicht eigenmächtig in Besitz umwandeln könne. S. folg. Note.

schenttes anzusehen.“<sup>7</sup> Von derselben Auffassung geht der §. 318. aus: „Dem Inhaber, der eine Sache nicht in seinem, sondern im Namen eines andern inne hat, kommt noch kein Rechtsgrund zur Besitznahme dieser Sache zu.“<sup>8</sup>

Da es zu dem Erwerbe des Besitzes bloß des Daseins des Eigenthumswillens und eines denselben realisirenden Aktes bedarf, so ist offenbar, daß der Besitzerwerb durch die juristische Ungiltigkeit des der Besitzergreifung etwa zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes, z. B. des Kaufvertrages, der Tradition u. s. f., ja selbst durch die Strafbarkeit des Apprehensionsaktes nicht ausgeschlossen wird.<sup>9</sup> Auch derjenige,

7) In diesem Sinne wird dieser Paragraph auch von unseren Kommentatoren aufgefaßt: vgl. Zeiller, II. S. 31. Winivarter, II. S. 49. Rippel, III. S. 78. Stubenrauch, I. S. 643. Eine andere Bedeutung unterlegt ihm aber Pachmann, a. a. D. §. 29. S. 73 und Note 13. Sie soll nach Pachmann darin bestehen, daß der Stellvertreter des Besitzers dann, wenn er den Besitz eigenmächtig erwerben will, so angesehen werden soll, als ob die Sache noch nicht in seiner Gewalt wäre. Allein die Berufung auf den angeblich gleichen Sinn dieser Regel im röm. Rechte ist eine irrige (s. bes. L. 2. §. 1. D. pro her. und die vorige Note). Sowohl im röm. als im österr. Rechte hat diese Regel nicht beim Interdiktten-, sondern nur beim Usukapionsbesitze Bedeutung und hat insbesondere auf die Frage, ob Besitz überhaupt erworben sei oder nicht, keinen Bezug. — Anders freilich nach preuß. Rechte, §. 69. und 125. I. 7.: „Wer eine Sache ursprünglich bloß für einen Andern inne hat, kann durch seinen bloßen Willen, die Sache nunmehr für sich zu haben, den Besitz derselben nicht erlangen“ (§. 69.). Dasselbe verfügt der §. 195. des sächs. G. B. Diesen Sinn hat aber nicht art. 30. bayr. Entw., da nach art. 29. der Besitz durch Detraktation (Vorenthaltung) auf den untreuen Stellvertreter übergeht.

8) Wenn der Inhaber, z. B. der Verwahrer, später erkennt, daß die verwahrte Sache sein Eigenthum sei, so ist er, wenn er nun den Besitzwillen faßt, unrechtmäßiger Besitzer, vgl. Rippel, III. S. 79; dazu §. 195. d. sächs. G. B., der in diesem Falle nicht einmal Besitz anerkennt; dasselbe müßte wohl nach preuß. Rechte, §. 69. h. t., gelten. (Die in der 1. Aufl. geäußerte gegentheilige Meinung ist unhaltbar.)

9) Vgl. Savigny, §. 28. Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt; ist doch auch der vitiose Besitz — Besitz; vgl. L. 1. §. 4. D. de acquir. poss.: *Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest.* Dazu L. 1. §§. 9. 10. D. de vi. So auch nach sächs. Rechte. Anders aber nach preuß. Rechte, welches in den §§. 96—98. I. 7. bestimmt: „Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz einer Sache niemals erlangt werden. Ebensojenseitig können durch Gewalt erzwungene oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen den Besitz eines Rechtes bewirken. Auch durch heimlich unternommene Handlungen kann der Besitz im rechtlichen Sinne weder erworben noch fortgesetzt werden.“ Dazu Suarez's Monitum bei Koch, S. 32, und Bornemann, I. S. 473 flg. Der feiblerhafte Besitz kann daher nach preuß. Rechte nur als Inhabung in Betracht

dem eine Sache von dem nicht handlungsfähigen Eigentümer, z. B. einem Unmündigen, Verschwender, oder auf Grund eines im §. 879. A. b. G. B. verbotenen Vertrages tradirt wird, erwirbt den Besitz; selbst der Dieb und der Räuber sind Besitzer, obgleich die Uebergabe durch Handlungsunfähige rechtsunwirksam ist, die Uebergabe in den Fällen des §. 879. cit. zur Zurückforderung des Gegebenen berechtigt, und Diebstahl und Raub sogar den Thäter straffällig machen.<sup>10</sup>

### §. 15. Findet eine Sukzession in den Besitz statt?

Der Besitz wird nach den bisherigen Erörterungen (abgesehen von je einem Falle des symbolischen und fingirten Besitzerwerbes) nur durch Handlungen erworben, welche die thatsächliche Herrschaft über die Sache vermitteln, — daher weder durch bloßen Vertrag noch durch Erbgang (Erbchaft, Vermächtniß). §. 320. G. B.: „Durch einen gültigen Titel erhält man nur das Recht zum Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst.“<sup>1</sup> Bedenklich erscheint die Frage nur in

Kommen, und genießt als solcher auch den Detentionschutz, nur nicht gegenüber demjenigen, von dem er vitios besitzt. Wenn Bornemann, I. S. 475 flg., bemerkt, die Redaktoren seien zu jener Bestimmung durch die Beachtung des „stillen Prinzips“, welches sich durch das Landrecht zieht, bewogen worden, so bemerken wir dagegen zunächst mit Brunns: Der Besitz ist kein Ehrentitel; müssen aber überdies läugnen, daß dem Effekte nach ein Unterschied zwischen röm. und preuß. Rechte bestehe, da ja nach diesem der fehlerhafte Besitzer als Detentor den Besitzschutz genießt. Vgl. Koch, S. 268 flg. und Komm. I. S. 422, N. 57, und bes. Förster, §. 160. V. N. 142, welcher die Gegengründe entkräftet.

10) §§. 309. 345. d. G. B.: „Die österr. Schriftsteller sind im Principe derselben Ansicht. Vgl. Pachmann, S. 99. Winwarther, II. S. 68. Nippel, III. S. 145. Nicht zu verwechseln mit dem hier behandelten Verhältnisse ist der Fall, wo das Gesetz die rechtliche Möglichkeit des Besitzwillens aus Gründen des öffentlichen Rechtes ausschließt, z. B. an Objekten, die dem Verkehre entzogen sind, an Theilen einer rechtlich untheilbaren Sache, z. B. Parzellen eines untheilbaren Gutes. Vgl. §. 18. d. B. In den oben erwähnten Fällen ist der Besitzwille privatrechtlich zulässig, nur das Rechtsgeschäft, auf das er sich stützt, oder die Form, in der er sich Geltung verschafft, ist ungesetzlich.

1) Als „Titel des Besitzes“ zählt der §. 317. B. G. B. auf: bei freistehenden Sachen „die angeborene Freiheit zu Handlungen, wodurch die Rechte der Anderen nicht verletzt werden;“ bei anderen Sachen „den Willen des vorigen Besitzers“ (also Vertrag, letztwillige Anordnung vgl. §. 381.), den Ausspruch des Richters und das „Gesetz, wodurch Jemanden das Recht zum Besitze ertheilt wird.“ Daß das Gesetz hierbei im Grunde nur Eigenthumstitel vor Augen hat, geht klar aus der Vergleichung der §§. 316. 1461. (cfr. §§. 381. 404. 424.) hervor. Vgl. auch §. 14. d. B.

Ansehung des Erbanges. Allein auch hier müssen wir konsequent in Gemäßheit der ausnahmslosen Regel des §. 320. G. B. behaupten: durch Erbchaft oder Vermächtniß wird Besitz nicht übertragen. Denn Erbchaft und Vermächtniß erscheinen als Rechtsnachfolge; der Erbe tritt in das gesammte Recht des Verstorbenen (succedit in universum jus defuncti), der Vermächtnißnehmer in ein einzelnes Recht desselben (§§. 532. u. 535. A. b. G. B.).<sup>12</sup> Eine Rechtsnachfolge, möge sie nun eine Universal- oder Singularsukzession sein, setzt aber begriffsmäßig Rechte voraus; der Besitz ist aber kein Recht, sondern eben nur Thatsache. In Thatsachen gibt es aber keine Rechtsfolge.<sup>2</sup> Der Erbe tritt daher zwar in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen, aber den Besitz des Erblassers erwirbt er als solcher nicht. Darum heißt es in L. 13. pr. D. de poss.: Cum heredes instituti sumus, omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter apprehensa, ad nos non pertinet. Er muß also denselben erst besonders nach der allgemeinen Regel erwerben.<sup>3</sup> Namentlich darf nicht vielleicht in der Einantwortung der Erbchaft eine (etwa symbolische) Uebergabe gesehen werden. Denn die Einantwortung enthält bloß die gerichtliche Anerkennung des Erben. Von einer Uebergabe (wirklichen oder symbolischen) kann also dabei keine Rede sein. Das Gesetzbuch gibt auch nicht den entferntesten Anhaltspunkt zu einer solchen Auffassung.<sup>4</sup>

12) Vgl. über die Sukzession Unger, II. §. 74. Windscheid, §. 64. N. 6. Gynar, Pfandrechtsbegriff S. 54 flg. und Arndts, §. 56., insbesondere Note 1. gegen die Entwicklung dieser Begriffe durch Kunge, Calpius u. A.

2) Die Einwendung, daß der Besitz nach der Auffassung des Gesetzbuches ein Recht sei (§. 308.), bekehrt sich durch den im §. 3. d. B. gelieferten Beweis, daß der Besitz auch nach der Auffassung des Gesetzbuches selbst nur ein geschützter thatsächlicher Zustand ist.

3) Selbstverständlich kann der Erbe den Besitz auch durch Stellvertreter erwerben, z. B. durch den Pächter des erblasserischen Grundes, der mit Genehmigung des Erben den Pacht fortsetzt. Vgl. §. 20. d. B.

4) Vgl. Nr. 1859, 3985, 4524 Samml. Gl.-u.-B.; Unger, II. S. 21, N. 24, und Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich XIII. N. 3, 4, System VI. §. 40. N. 26. Nach Unger's Ansicht, welche auch ich in der 1. Aufl. d. B. vertrat, erwirbt der Erbe das gesammte Recht des Verstorbenen, daher auch die dem Erblasser gehörigen Sachen schon mit der Erbserklärung, vorausgesetzt, daß er der wahre Erbe ist, daß also auf Grund derselben die Einantwortung erfolgt (arg. §. 547.), und nicht erst mit der Einantwortung, wie dies die herrschende Ansicht unserer Gerichte und Kommentatoren ist, die in der letzteren grundlos die „Erwerbsart“ der Erbchaft sehen. (So Stubenrauch, II. S. 760, und die Entscheidungen

Dem daß unter der „Uebergabe in den rechtlichen Besitz“, von welcher der §. 797. spricht, nur die schriftliche Einantwortung (Zuerkennung) des Nachlasses gemeint ist, ergibt sich aus dem §. 819., und wurde auch nie bezweifelt.

Die Richtigkeit unserer Behauptung geht auch aus der Erwägung hervor, daß die liegende Erbschaft (*hereditas jacens*), deren Persönlichkeit nach §. 547. bis zum Erbschaftsantritte fingirt wird, keinen Besitz hat, weil sie als unpersönliches Vermögen weder des zum Besitze nothwendigen Willens, noch der physischen Herrschaft über die Sache fähig ist.<sup>5</sup> Während also die liegende Erbschaft ihrem Zwecke

des obersten Gerichtshofes in Nr. 37 der Ger. Zeit. J. 1861. Vgl. dagegen Schuster, *Abh. über die Komp.* S. 108, N. 1. Unger a. a. O., und die Entscheidung des O. L. Ger. Venedig v. 11. Juli 1860, in der cit. Nr. 37 u. Nr. 1859 (Samml.) Inzwischen habe ich die Ueberzeugung gewonnen, daß nur die herrschende Auffassung mit Grundanschauung der österr. Gesetzgebung über die Bedeutung der „Einantwortung“ des Nachlasses in Einklang zu bringen ist. Im Sinne der §§. 436. 810. G. B., §§. 43. 46. 145. des kais. Pat. v. 9. August 1854, §. 37. der Jur. Norm, §. 23. Grundb. Ges. ist der erbserklärte Erbe vor der Einantwortung nicht als Eigentümer, sondern nur als „Bewahrer“ oder „Verwalter“ des Nachlasses anzusehen; nicht er, sondern nur die Verlassenschaft kann aus erbserblichen Forderungen klagen und geklagt werden. Der Erbe ist nur ihr Vertreter. (§§. 550. 807. 811. 813. G. B.) Kurz: bis zur Einantwortung wird die Erbschaft als juristische Person gedacht, deren regelmäßiger Vertreter der erbserklärte Erbe ist. Die Bestimmung des §. 547. ist, soweit sie diese Wirkung schon mit der Erbserklärung eintreten läßt, ein theoretischer Ueberrest der romanistischen Auffassung, dem das Gesetz hinterher alle praktische Bedeutung benommen hat. Vgl. den näheren Beweis in meiner Schrift: *Erwerb der Erbschaft* (1867) §. 9., auch Krainz, *G. Z.* 1869. Nr. 97, Note 36. Krasnopolski, *Mittl.* 1877. S. 95. v. Canstein, *Grünb. Z. V.* S. 752. F. Schuster, *Verfahren a. Str.* S. 202 (2. A.), und die Motive des Judikats Nr. 85. Die Gegengründe Strohal's, *Grünb. Zeitschr.* 3. S. 323, haben mich nicht überzeugt; vgl. dagegen meine Anzeige *G. Z.* 1876. Nr. 94.

5) Ueber die juristische Persönlichkeit der *hereditas jacens* vgl. Unger, *Syft.* I. S. 317, N. 10, und VI. §. 7. N. 5, 11 u. 13, und *Arndts*, §. 465. N. 2, gegen *Farum*, *Magazin X.* S. 254, der dieselbe der Natur der Verhältnisse und dem §. 547. zuwider läugnet. Siehe auch §. 12. d. B., Note 13. Ist zur Verwaltung und Vertretung des Nachlasses ein Kurator bestellt, sei es, weil die Erben gänzlich unbekannt sind, oder von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch machen, oder aus anderen Gründen, so kann dieser als Vertreter der Erbschaft für dieselbe Besitz erwerben und haben. Vgl. §§. 129. 130. des Gesetzes v. 9. August 1854, und Unger, VI. §. 7. N. 20. Dasselbe Ergebnis tritt in dem Falle ein, wenn der Testamentsvollstrecker die Beforgung des Nachlasses auf sich nimmt, oder wenn der Erbe mit Genehmigung des Gerichts die provisorische oder definitive Verwaltung des Nachlasses übernimmt (§§. 43. 145. 146. des k. Pat. v. 9. August 1854, und §. 810. N. b. G. B.), oder wenn das Gericht im Falle des 3. Absatzes

nach den Uebergang der Rechte vom Erblasser auf den Erben vermittelt, tritt diese Vermittlung des Uebergangs beim Besitze nicht ein, sofern das positive Recht nicht anomaler Weise das Gegentheil normirt. *Hereditate jacente* ist daher *vacua possessio*.<sup>6</sup> Daß eine Sukzession in den Besitz nicht stattfindet, erkennt das bürgerliche Gesetzbuch endlich dadurch an, daß es bei der Ersetzung (§. 1493.) von einer Einrechnung der Besitzzeit des Vorgängers in den Besitz des Nachfolgers spricht. Diese „Einrechnung“ beruht gleich der römischen *accessio possessionis* auf dem Grundgedanken der Unübertragbarkeit des Besitzes.<sup>7</sup> Denn sände eine Sukzession in denselben statt, dann verstünde es sich von selbst, daß auf den Besitznachfolger alle Vortheile

des §. 43. cit. die vorläufige Beforgung des Nachlasses einem Hausgenossen des Erblassers oder sonst einer tauglichen Person überläßt. (§. 46. des cit. Pat.) Ohne Genehmigung des Gerichtes kann für die *hereditas jacens* nicht mit rechtlichem Erfolge gehandelt werden. (Vgl. §. 35. des Pat.) Vgl. dazu meine Schrift: *Erwerb der Erbschaft* §§. 5—7.

6) Anderer Ansicht ist in Ansehung des röm. Rechtes Böcking, §. 123. N. 8. Aber L. 1. §. 15. D. 47. 4. spricht klar das Gegentheil aus; efr. L. 88. D. 29. 2. Auch *Stubenrauch*, I. S. 698, behauptet auf Grund des §. 547. für das österr. Recht, daß der Besitz des Erblassers durch die Erbschaft fortgesetzt werde. Allein der §. 547. enthält bloß die Fiktion der juristischen Persönlichkeit der Erbschaft. Das im §. 547. gebrauchte Wort „besessen“ ist offenbar nicht im Sinne des §. 309. genommen, da es sich ja um einen Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten handelt. — *Zrodowski*, *Untersuchungen* S. 77, nimmt zwar für das röm. Recht Sukzession des Erben in den Besitz des Erblassers an, wenn die Sache ungestört in der Masse geblieben ist, jedoch nicht in dem Sinn, daß dazu der Erbschaftsantritt genügt, sondern daß der erworbene Besitz des Erben als Fortsetzung des erblasserischen Besitzes erscheint; doch läugnet er Verlust (Unterbrechung) des Besitzes durch den Tod des Besitzers. Für's österr. R. vertritt er dieselbe Ansicht mit der Modifikation, daß der Besitz des Erben als ein neuer — und nicht als Fortsetzung des erblasserischen Besitzes erscheine (*Arg.* §. 1463.). M. E. ist diese Konstruktion unmöglich, zumal *Zrodowski*, S. 72, Besitz der *Hereditas jacens* läugnet. Nach dieser Ansicht würde der Besitz nach dem Tode des Besitzers fort dauern und zwar ohne Besitz, was unerklärlich ist. Was *Zrodowski* über die sog. Sukzession des Besitzes ausführt, erklärt sich aus der *accessio possessionis*; mit Rücksicht auf die Vortheile derselben dürften die Quellen immerhin von einer *continuatio possessionis* durch den Erben sprechen.

7) Vgl. *Unterholzner*, §. 132. Böcking, *Pand.* §. 124. Note 29. Unger, I. S. 18, Note 10. *Possessionem hereditas non habet.* L. 1. §. 15. D. 47. 4. Die Richtigkeit dieser Schlussfolgerung wird durch das nicht entkräftet, was *Brinz* (*Jahr. f. g. d. R.* 3. B. S. 29) einwendet: nämlich daß die *accessio* dadurch sich erkläre, daß nach der Fassung des *interd. utrobi* gefordert werde, daß der Kläger selbst den Besitz gehabt habe. Handelt es sich doch hier um *usurpationsbesitz*.

seines Vorgängers auch in Ansehung der bereits begonnenen Erbsitzung übergehen, und der auf einer Fiktion beruhenden singulären „Einrechnung“ der Besitzzeit des Vorgängers bedürfte es gar nicht! Zwar scheint gerade der §. 1493. eine Sukzession in den Besitz anzuerkennen: „Wer eine Sache von einem rechtmäßigen und redlichen Besitzer redlich übernimmt, der ist als Nachfolger berechtigt, die Besitzungszeit seines Vorfahren mit einzurechnen.“ Allein die Worte „als Nachfolger“ sprechen bloß die Nothwendigkeit eines derivativen Titels als eines unerläßlichen Erfordernisses der Einrechnung aus.<sup>8</sup> Im Gegentheil geht aus dem §. 1493. mit Bestimmtheit hervor, daß eine Einrechnung nur dann stattfindet, wenn der Sukzessor den Besitz bereits erworben hat. Heißt es daselbst doch: „Wer eine Sache... übernimmt.“<sup>9</sup>

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Erbschaft und der Erbe vor der Apprehension nur petitorische, nicht possessorische Rechtsmittel haben.<sup>10</sup> Fingirter Besitz der Erbschaft und Besitzerwerb des Erben ohne Apprehension mag vielleicht aus Utilitätsgründen für das positive Recht anzuempfehlen sein (und die Praxis dürfte durchwegs dafür stimmen), allein keines von Beiden finden wir in unserem Gesetzbuche ausgesprochen. Im Verkehr wird die diesfällige historische Lücke des Besitzschutzes darum wenig fühlbar, weil die Erbschaft häufig alsbald durch Vertreter Besitz erwirbt (vgl. Note 5.).

Daß durch Erbgang Besitz nicht erworben werde, ist im römischen Rechte auf Grund klarer Quellenstellen fast allgemein anerkannt, selbst von Brinz, I. S. 662, 664, 667. u. §. 141. d. 2. Aufl., der sonst Möglichkeit derivativen Besitzerwerbes behauptet, und welchem Rodowski a. D. S. 67 flg. beitrifft.<sup>10</sup> Vgl. besonders Duncker,

8) Vgl. Demelius, Rechtsverw., Ger. Zeit. 1858. Nr. 35.

9) Die in der Person des Erblassers bereits begründeten Besitzklagen gehen auf den Erben über. Vgl. Witte, das Interd. uti possidetis S. 84. Unger, Erbr. VI. §. 40. Nr. 6. Dagegen Albert, Interd. §. 158 flg.

10) Vgl. die Plenarentsch. des Berl. D. L. vom 7. November 1849 bei Koch, Konm. I. S. 406, Nr. 25: „Der Erbe hat nicht die possessorischen Klagen auf Schutz des Besitzes von Erbschaftssachen, wenn die Störung nach dem Anfall der Erbschaft, aber vor der Besitznahme der Erbschaft vorgekommen ist.“ Vgl. hierzu auch Seuff. Arch. XXVIII. 160., Note 13, und Förster, §. 162. Note 54. Gruchot, V. S. 480. Dernburg, I. S. 318.

11) Außer der bereits cit. L. 23. pr. D. de poss. sprechen dies aus L. 1. §§. 15. 16. D. 47. 4.: possessionem hereditas non habet, sed nec heredi

Zeitschr. f. Civil. und P. XII. 3., welcher gegen Pfeiffer, Prakt. Ausf. I. N. 15., die einzige Stelle, welche dieser mit einigem Grunde anführen konnte: possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem richtig auf die accessio possessionis bezieht, falls überhaupt possessio und nicht vielmehr (wie Köppen, Erbsch. §. 13. nach Lachmann mit Recht annimmt) usucapio zu lesen ist; — ferner Savigny, §. 28., Albert, Interd. uti poss. §. 157., Unterholzner (Schirmer), I. §. 131., Buchta, Pand. §. 130. und Rechtsl. S. 46., Sintonis, Civilr. S. 460., Böcking, §. 124. Nr. 29., Holzschuher (Kunze), II. §. 88., Köppen, Erbsch. §. 13., Witte, Interd. uti poss. S. 84, Dworzak, Deferr. V. Schr. XI. S. 237 flg. Auch Cosack, §. 1., der für das german. Recht den entgegengesetzten Standpunkt einnimmt, behauptet für's röm. R. nicht, daß der Erbe den Besitz der Erbschaftssachen ipso jure erwerbe, findet vielmehr S. 8, 9, 21, 33, 99, daß die Besitzvererbung ein „begriffliches Uding“ sei. (?)<sup>10a</sup> Selbst Thering, Grund d. B. S. 86 flg. 177, anerkennt bei der Erbschaft nur einen dem Besitz entsprechenden Zustand „des ungestörten Verbleibens der

est possessio, antequam possidat; c. 2. C. ne rei dom. c. 1—5. C. reb. non alien. c. 3. C. de praeser. l. t. (Obwohl die Lesart possidat — von possidere — durch keine Handschrift unterstützt wird, so gibt sie doch erst — wie Schneider, Zeitschr. f. Schweiz. R. II. S. 600, billigend bemerkt — einen rechten Sinn; vgl. §. 11. Nr. 11a.) Daher war auch an Erbschaftssachen keine contractatio möglich, wie sie der Begriff des Diebstahls nach röm. Rechte erforderte. L. 6. D. 47. 19. L. 14. 68. D. 47. 2. Das spätere Recht anerkennt Möglichkeit des Diebstahls an besitzlosen Sachen, vgl. L. 41. pr. D. 47. 2. L. 14. §. 14. D. eod. L. 1. §. 1. D. 47. 4., und darum suchen Unterholzner, I. §. 65. Wächter, Rechtsl. III. S. 384 flg., und Unger, VI. §. 7. Nr. 15, die Erklärung in historischen Gründen. Auch die Glossatoren und Postglossatoren nehmen keine Besitzvererbung an, s. Cosack, S. 76. — Die Ansicht v. Canstein's, S. 751, daß der Besitz auf den Erben übergehe, weil die Klagen — auch die Interdikte sich vererben, übersteht, daß die letzteren ohne Besitzvererbung gar nicht da sind; sofern aber der Anspruch auf Nichtstörung gemeint wird, ist zu erwägen, daß derselbe durch die That sache des Besitzes bedingt ist.

10a) Vgl. über dessen Besitzbegriff §. 11. Nr. 5. Dagegen bemerken wir mit Brinz, Krit. B. S. 21, 158, daß wenn auch der Standpunkt C.'s für's german. Recht richtig wäre, der Erbeseß doch voraussetzt, daß schon der Erblasser die Gewere (Besitz) gehabt habe (s. S. 33, 64), also der Besitz doch nicht bloße Macht-Produciibilität wäre, wie C. S. 18 flg. annimmt; ferner daß der Erbeseß dann doch vererbt würde! Die Vererbung des Besitzes — wenn positivrechtlich anerkannt — enthielte so wenig ein „Uding“ als der Besitzschutz in anderen Fällen, wo dessen natürliche Voraussetzungen fehlen. Siehe S. 4.

Sache in der Masse" — nur die Besitzidee, nicht den Besitz, während Zrodowski a. D. sogar diesen selber als fortdauernd ansehen will. Wenn indes Ihering a. D. behauptet, daß jener Zustand possessorischen Schutzes genieße und zwar in der hereditatis petitio, welche „nur den Beweis des tatsächlichen Habens“ voraussetze, so ist dagegen zu bemerken, daß der Klagegrund der H. P. im Erbrechte beruht (L. 2. D. h. t. 5. 5.), daß sich dieselbe nach L. 18. 19. D. eod. zunächst (doch nicht nur) auf solche Sachen bezieht, auf deren Haben der Erblasser einen Rechtsgrund hatte, und daß die exceptio dominii stattfindet, ganz abgesehen davon, daß jenes titulirte Haben ebenso gut die Detention als den Besitz umfaßt. Alle diese Momente beweisen unzweifelhaft den petititorischen Charakter der Her. P. (Vgl. auch Bruns, Besitzgl. S. 15. flg., Windscheid, III. S. 250, 253, und §. 1. dies. B. N. 10c.) Ich kann daher der Meinung Ihering's, S. 87 flg. 158., daß das praktische Bedürfnis, den Besitz zu schützen, nach dem Tode des Besitzers durch die Her. P. seine „volle Befriedigung finde“, nicht beistimmen. (S. noch Rudorff, Anh. Nr. 15. und meinen: Erwerb der Erbschaft S. 45, Note.) Gegen Zrodowski a. D., welcher sich auf Ihering stützt, ist außerdem zu bemerken, daß mit dem Tode des Besitzers nicht etwa „Nichts“, sondern vielmehr Alles, was für das Dasein des Besitzes wesentlich ist, geändert wird. Animus und corpus fallen weg, und aus dem „ungestörten Verbleiben der Sache in der Masse“ kann auf die Fortdauer des Besitzes so wenig geschlossen werden, als aus dem Verbleiben des entseelten Körpers im Hause des Erblassers auf die Fortdauer der Persönlichkeit desselben. (Dieselbe Bemerkung trifft auch gegen Heusler, S. 208, zu, der den faktisch leichteren Erwerb des Erben betont.) Und wer ist denn h. jacente Besitzer? Zrodowski gibt uns S. 72, die Antwort: weder die hereditas noch der Erbe, so lange er nicht selbst den Besitz ergriffen hat. Da hätten wir aber: einen Besitz ohne Besitzer.<sup>11</sup> (Ueber den eigen-

11) Die Behauptung einiger älteren Schriftsteller, daß dieser Grundsatz durch das deutsche Recht, nach welchem das gesammte Vermögen ohne besondere Erwerbshandlung auf den Erben übergeht, seine Geltung verloren habe, ist grundlos. Der Grundsatz: Der Tote erbt den Lebendigen (le mort saisit le vif, dazu Cosack, §. 5.), bedeutet eben nur, daß es einer besonderen Erwerbshandlung nicht bedarf, um den Nachlaß zu erwerben — ein Satz, der durch das römische Recht seine

irrhümlichen Fall eines Besitzschutzes ohne Besitz bei Weg- und Wasserfervituten vgl. §. 26. N. 24.)

Von den österreichischen Schriftstellern anerkennen Pachmann, §. 40., Unger, I. S. 18, N. 10, VI. S. 40, N. 6. Demelius, Rechtsverw., Ger. Zeit. 1858, Nr. 36. Kirchstetter, S. 166, 167, auch Zrodowski a. D. (über dessen Ansicht vergl.

Geltung verlor und nach österr. Rechte gewiß nicht gilt. (§. 799. A. b. G. B. Dies gegen Koch, S. 185, der für das österr. Recht irrhümlich auf Grund des §. 536. d. G. B. das Gegentheil behauptet.) Uebrigens ist es selbst nach deutschem Rechte nicht richtig, daß der Erbe unmittelbar in den Besitz eintritt. Vgl. Gerber, Privatrecht §. 248. N. 11. Reyscher, Zeitschr. f. deutsch. R. V. S. 305. Laband, Krit. Viertelj. 15. S. 399 flg. Schulte, §. 182. und die bei Cosack, S. 31, N. 15. Genannten. — Dafür neuerlich Walter, Deutsche Rechtsgeschichte II. S. 242. Bluntzschli, d. P. R. §. 234., neuestens besonders Heusler, Gewere §. 12. S. 172—182 flg. §. 14. S. 208 flg.: der Erbe hat die Gewere (S. 207 den Besitz), wenn die Sache unangetastet im Nachlasse ist. Doch anerkennt Heusler selbst, daß dieser Satz in den älteren Landrechtsbüchern nicht deutlich enthalten ist. Neuestens sucht Cosack, §§. 2—4. im Anschluß an Heusler in lehrreicher Weise bef. mit Berufung auf die Glossen zu Sächs. Landr. III. 83. §. 1. und Slog. Rechtsb. c. 8. nachzuweisen, daß Erbgewere und Erbbesitz identisch seien; dieselbe beruhe in der „Möglichkeit der Nutzung“ und der Sinn derselben sei der, daß der Erbe eines Gewerten die Vortheile der Gewere ipso jure genieße. Allein die Worte der Glossen: Kommt einer . . . in besitzung u. beweisen dies m. G. nicht, und c. 8. schließt nicht jeden Zweifel aus; auch ist die weitere praktische Geltung des Satzes fraglich. (S. Cosack selbst S. 42.) — Die ältere Literatur ist bei Kunde, Deutsch. Priv. §. 687., nun bei Cosack, §§. 2—6. angegeben. Die Verwechslung der Begriffe „Gewere“ und „Besitz“ hat wohl wesentlich zu der Ansicht von dem sofortigen Uebergange des Besitzes auf den Erben Anlaß gegeben. Nur von der Gewere reden die Quellen. So namentlich die oft citirte Stelle des sächs. Lehnr. 61., welche wir mit Gerber, a. a. D. S. 19, verstehen. Vgl. auch Delbrück, Klage. S. 294, der mit Recht hervorhebt, daß es sinnlos sei, dem deutsch. Rechte, das keinen Besitzschutz kennt (dazu nun Stobbe, §. 73.), jenen Rechtsatz zu unterschreiben, der doch nur den Sinn haben könne, daß die Besitzklagen dem Erben auch ohne Apprehension zu Statten kommen. Diesen Rechtsatz enthalten übrigens mehrere ältere deutsche und ital. Stadtrechte. Vgl. Delbrück, S. 295. Förster, §. 162. N. 55, und bef. Cosack, S. 79 flg., 84 flg. (span., ital. Städte). Auch in Deutschland schwankte, wie Lektzer, S. 99 flg. zeigt, lange der Kampf zwischen den Vertretern der Idee des „Erbbesitzes“ (Erbgewere) und den Anhängern des röm. Rechtes, bedeutende Juristen (Carpzow, Schilter) gehören zu jenen (zweifelnd: Leyser und Böhm er), bis Letztere die Oberhand behielten. — Dagegen gibt das Züricher. G. B. (§. 493.) dem obigen Grundsatz in Ansehung der gesellschaftlichen Erben den Sinn, daß dieser auch den Besitz des Erblassers unmittelbar nach dessen Tode in derselben Weise fortsetze, wie ihn der Erblasser gehabt habe. Bluntzschli, Komm. III. S. 21, begründet diese „Erweiterung des natürlichen Begriffs vom Besitze“ mit der engen erbrechtlichen Verbindung und dem Bedürfnis des ungeschmälernten Bestandes der Erbschaft. Der hessische Entwurf art. 240. dehnt diese Bestimmung auf jeden Erben aus.



noch Note 6.), und wie es scheint auch *Minasiewicz*, *Tabularbesitz* S. 30, die Unübertragbarkeit des Besitzes ausdrücklich, *Stubenrauch*, I. S. 698, nimmt Fortsetzung des Besitzes des Erblassers durch die Erbschaft an; jedoch über den Besitzerwerb des Erben spricht er sich so wenig als die übrigen Kommentatoren aus; stillschweigend wird Besitzerwerb durch Einantwortung vorausgesetzt. Auch *Paffhofmann*, *Comm. II. S. 37*,<sup>11a</sup> *Monti*, S. 114, v. *Ganstein*, a. D. S. 752 flg. behaupten für das österr. R. den Uebergang des Besitzes auf die Erbschaft bez. auf die Erben, Erstere darum, „weil nur zum Erwerbe, nicht auch zur Erhaltung des Besitzes eine Thätigkeit gehöre“, — Letzterer mit Bezug auf die §§. 797. 1464. und 1493. B. G. B.; Beide betonen die praktische Unangemessenheit des Röm. Rechtsfages. Indes die erstgedachte Begründung übersteht, daß es sich für die hered. jacens um den Erwerb des durch den Tod des Erblassers erloschenen Besitzes handelt (§. 22. N. 2.). Die letzt-erwähnte Berufung ist irrelevant, da Unechtheit und Besitztitel bloß in der petitorischen Frage der Erstzung zur Sprache kommen und voraussetzen, daß der Erbeschon Besitz erworben hat; vollends spricht §. 797. nicht für E., wie oben gezeigt ist. Daß der röm. Rechtsfag heutzutage praktisch unangemessen sei, gebe ich gern zu, (vgl. auch *Bernice*, *Ztschr. f. H. R.* 22. S. 424, *Krasnopolski*, *Mitth.* 1878 S. 45), ja ich erachte es dem Zweckgedanken der h. jac. für entsprechend, daß der Besitz mit dem Tode nicht erlösche, vielmehr durch das Medium der h. jac. dem Erben erhalten werde; allein de l. lata fällt dies Alles nicht in's Gewicht. Eine einzige mir über diesen Punkt bekannte oberstgerichtliche Entscheidung scheint Besitzerwerb durch Erbgang anzunehmen. Entscheidung vom 25. September 1862, Nr. 1565. der *Samml. Gl.-U.-W.*: „Entweder muß B. (die Erblasserin) ungeachtet ihres Ablebens noch fortan oder der Kläger als deren Alleinerbe als im Besitze befindlich angesehen werden.“ Ähnlich d. *Erk.* vom 1. August 1877. G. 3. 1877, Nr. 83. — Das sächsische Recht

<sup>11a</sup>) Dieselben übersehen S. 37, N. 49, daß ich diese Kontroverse ex. prof. im §. 15. der 1. u. 2. Aufl. auch für das österr. R. behandelte. — Ihnen schließt sich an *Strohhal*, *Grünh.* 3. VI. S. 423, der sich auch darauf beruft, daß der Besitz auch nicht durch langjährige Nichtausübung oder Wahnsinn des Besitzers verloren gehe. Allein der letztere Fall ist ausdrücklich contra rat. j. normirt (§. 352.); über den ersteren Fall vgl. §. 33.

bestimmt im 2288. ausdrücklich: „Der Besitz an den erbchaftlichen Sachen geht ohne Besitzergreifung durch die Antretung der Erbschaft auf den Erben nicht über.“ — Nach preussischem Rechte ist die Frage bestritten. Auf Grund des §. 49. I. 7.: „Wer jedoch einem Anderen in einem Inbegriffe von Sachen oder Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Besitzergreifung in Ansehung der einzelnen unter dem Inbegriffe enthaltenen Sachen“, und mit Rücksicht auf §. 368. I. 9. halten wir mit *Bornemann*, I. S. 514, *Daniels*, *Pr. B. R.* I. S. 98. (2. Aufl.), *Dernburg*. I. §. 155. N. 11. (13), auch *Gosack*, S. 97 flg.<sup>11b</sup> gegen *Koch*, S. 185, *Förster*. §. 160, N. 54. und §. 162. N. 54., und die herrschende Praxis Apprehension zum Besitzerwerb nicht für nöthig, obgleich wir die Zweideutigkeit des §. 49. nicht verkennen.<sup>12</sup> — Aus dem Art. 2235. des Code c., welcher die accessio possessionis normirt, läßt sich für das französische Recht dasselbe schließen, was nach römischem Rechte gilt. (Vergl. *Dernburg*, *Zusammenrechnung*, *Arch.* 34. Bd. S. 275. u. 288., welcher unter Berufung auf *Tröplong* derselben Ansicht ist.) Vieldeutig ist freilich art. 724. Code: Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt etc.;

<sup>11a</sup>) *Gosack* a. D. findet die bisher für diese Ansicht angeführten Gründe unzureichend. Der §. 368. enthalte keine germanische Reminiscenz. (Kann aber die Rechtsidee nicht unbewußt forwirken?) E. selbst beruft sich auf die §§. 111. 112. 114. I. 7., die den Tod als Besitzverlust nicht anführen. (Dies erschien wohl den Redaktoren selbstverständlich, zumal die §§. 1—3. 113. 117. diese Konsequenz ergeben.) Somit bleibt doch immer nur der oft citirte §. 49. I. 7. „Möglich freilich bleibt auch die herrschende Interpretation“, namentlich mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des §. 49., welcher gemäß auf „einzelne“ Gewicht zu legen wäre; dagegen hat aber wieder, wie E. gut hervorhebt, Einer der Redaktoren den Erbbesitz als selbstverständlich angesehen.

<sup>12</sup>) Die herrschende Ansicht spricht aus die Entscheidung des Berliner D. T. v. 7. November 1849 (bei *Mathiae*, I. S. 125): „Nach röm. Rechte, heißt es daselbst, gehört der Besitz entschieden nicht zum Nachlasse. Der altdeutsche Rechtsfag: „Der Todte erbt den Lebendigen“ ist in einem verschiedenen Rechtsinne aufgefaßt. Einige Partikulargesetzgebungen (die Magdeb. Pol. D., Neue Kölner R. D.) und das spätere franz. Recht lassen den Erben mit dem Tode des Erblassers in den Besitz treten. Eine gleiche Deutung geben mehrere Rechtslehrer, wie *Schilter*, *Heinecius*, *Eisenhart* u. A., diesem Rechtsfage, während der am Ende des vorigen Jahrhunderts einflußreiche *Runde* u. A. ihn auf die Erwerbung der Erbschaft und das Recht zu deren Transmission beziehen, aber davon den Uebergang des Besitzes getrennt halten. Dieser letzteren Ansicht ist auch das preuß. allgem. Landrecht beigegeben. Freilich wollen manche im §. 49. VII. 1. Th. das Gegentheil begründet finden.“ Vgl. *Koch*, *Komm.* I. S. 406, N. 25.

die Redaktoren des bad. L. N. übersetzen, (wie Cosack, S. 107. betont) das Wort saisis mit „Besitz und Gewähr“. <sup>13</sup> — Das italien. G. B. art. 693. 925. erklärt ausdrücklich, daß der Erbe den Besitz des Erblassers kraft des Gesetzes fortsetze. — Ueber das Züricher. G. B. (§. 493.), welches bei der gesetzlichen Erbfolge Besitzübergang ipso jure annimmt, vgl. Note 11. a. G.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß Besitz immer selbstständig, originär, neu erworben werden muß. Es gibt keinen derivativen Besitzerwerb in dem Sinne, wie es derivativen Rechtserwerb gibt, wie sich denn überhaupt die Eintheilung der Erwerbarten in originäre und derivative nur auf Rechte bezieht. Der Besitz des Nachmannes ist ein neuer, vom Vormanne unabhängiger, auch wenn demselben etwa ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegt. Darum auch die Unanwendbarkeit der für den derivativen Rechtserwerb geltenden Regel: *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*, für den Besitz. Wer sich einer Sache mit dem Besitzwillen bemächtigt, ist Besitzer, auch wenn der Vormann nur Inhaber war. Daraus ergibt sich nach dieser Richtung hin die Unzulässigkeit der „Vertretungsleistung“ im Besitzprozesse, mit der mitunter in der Praxis Unfug getrieben wird. Die Uebergabe einer „Sache zum Besitze“ (ungenau Uebergabe, Tradition des Besitzes benannt) hat nur die rechtliche Bedeutung, daß der bisherige Besitzer seinen Besitz zu Gunsten des Anderen freiwillig aufgibt, in Folge dessen der Besitzergreifung der Sache von Seiten des Letzteren kein Hinderniß entgegensteht (*vacua possessio*). Nie aber gelangt dieser ohne einen

13) Vgl. noch art. 2234. C. c. And. N. ist Planck, Besitz S. 30, N. 12, welcher auf Grund des art. 724. C. c., der jedoch vom Besitzübergange nicht ausdrücklich spricht, Besitzerwerb des Erben auf Grund des Gesetzes behauptet. Ebenso Frey, Pr. Civilr. II. §. 184. N. 16. Zacharia (Anschütz), §. 185 b., und Cosack, S. 105 flg., dessen historische Argumente (§§. 3. 4.) allerdings Beachtung verdienen. G. sucht nämlich nachzuweisen, daß sich die Erbgewere (*saisine hereditaire*) wie im normann. u. engl. so im franz. N. bis zur Kodifikation erhalten hat und nicht, wie zumeist (s. Brun s., S. 363, selbst Heusler, S. 346) angenommen wird, in dem Rechte des Intestaterben bestand, sich eigenmächtig des Nachlasses zu bemächtigen, sondern in dem Rechte, Eingriffe in den faktischen Bestand des Nachlasses abzuwehren. Allein es scheint mir doch näher zu liegen, hier ein *Interd. adipiscendae possessionis* nach Art des I. *quorum honorum* und des *remed. ex lege ult. C. de ed. d. Hadriani toll.* anzunehmen, als ein possess. Rechtsmittel (s. §. 1. N. 10 c. Randa, Erbsch. S. 45), da die Bescheinigung des Erbes nicht verlangt wird. E. Cosack selbst S. 30, N. 13. S. 45, 66 flg.

Apprehensionsakt schon allein durch das Aufgeben des Besitzwillens auf Seite des Tradenten — in den Besitz. Der Besitz aber, den dieser nun an der Sache erlangt, ist nicht etwa Fortsetzung des Besitzes seines Vorgängers, sondern stets neu (originär) erworbener. — neuer Besitz. <sup>14</sup> Vgl. auch Esmarck, *Vac. poss. trad.* S. 70.

Werfen wir nun einen Blick auf die Darstellung der Erwerbarten des Besitzes, wie sie das Gesetzbuch gibt, so sehen wir, daß

14) Vgl. Savigny, §§. 5. u. 28. Puchta, §. 130. Unger, II. S. 18. Demelius a. a. D. Förster, §. 160. N. 57. Dagegen spricht Brinz, I. S. 60 (sfr. §. 138. 2. N.), von Uebertragung des Besitzes: „Warum auch *possessionis traditio* nicht eben so wohl wie *dominii trad.* eine Sutzession enthalte, sehen wir nicht ein.“ Unter Berufung auf L. 1. §. 21. h. t. L. 34. pr. L. 38. §. 1. eod. und L. 5. D. 41. 3. „*voluntate mea nactus sit possessionem*“ findet er in der *voluntas* des früheren Besitzers den Sutzessionsgrund gleichmäßig für den Besitz wie für das Recht. Mit Brinz geht Zrodowski a. a. D. — Allein der Wille des früheren Besitzers kann für sich kein Erwerbgrund des Besitzes sein, weil derselbe überhaupt für den Besitzerwerb gleichgiltig ist. Wenn sich Brinz weiter (im Jahrb. f. gem. deutsches R. III. 2.) darauf stützt, daß in den Fällen des sogenannten abgeleiteten Besitzes (insbesondere beim Pfandgläubiger, Sequester und Prekaristen) die *possessio* übertragen wird — so ist einzuwenden, daß von diesen Ausnahmefällen kein Schluß auf die Regel statthaft ist. Sollte übrigens nicht *traditio possessionis* ebenso eine Metapher sein, wie *traditio domini*? (Siehe Brinz selbst §. 55. (2. N. S. 512). Für das österr. Recht, das den „abgeleiteten“ Besitz nicht kennt, trifft das Argument Brinz's überhaupt nicht zu. Die sog. Veräußerung des Besitzes ist nur Ewakuierung auf Grund eines Veräußerungs-Geschäftes und die Nichtigkeit des letzteren (L. 46. D. 24. 1.) hindert in keinem Fall (auch nicht bei Unkenntniß derselben) den Besitzerwerb. (And. N. aber Brinz, §. 138. S. 515 flg.) Gegen B. vgl. nun auch Witte, Zeitschr. R. F. 18. S. 238 flg. Sintonis, I. S. 455, Nr. 8. Arndts, §. 139. N. 3. Exner, *Trad.* S. 11, N. 23. Windscheid, §. 153. N. 9 (4. Aufl.). Rudorff, *Anhang*, Nr. 15. — Neuestens versucht Esmarck, *Vacuae possessionis traditio* (1873) — an Brinz sich anschließend — nachzuweisen, daß die Römer mit diesem Ausdrucke ein ganz spezifisches Rechtsgeschäft bezeichneten, nämlich nicht bloße *rei* oder *possessionis traditio*, sondern Ueberlassung des Besitzes der Sache, mit dem Rechte, den Nutzen und Ertrag derselben seinem Vermögen einzurechnen, einseitig den Besitz derselben zu ergreifen und alle sonstigen an den Besitz geknüpften Vortheile zu erlangen (§. 4.). Den Beweis sucht Esmarck in scharfsinniger Weise durch Vergleichung zahlreicher Quellenstellen, besond. aus L. 4. pr. D. de *usuris* 22. 1., L. 52. §. 1. D. de *V. O.*, L. 68. §. 2. L. 78. §. 1. D. dec. emt. 18. 1. L. 2. §. 1. D. 19. 1. u. a. zu erbringen. Diese Auslegung scheint nicht unnatürlich und einzelne Stellen sprechen für diese technische Bedeutung der *v. p. tr.* Indes bei dem Widerspruch oder doch der Unbestimmtheit anderer Stellen (L. 34. D. de *poss.*, L. 3. §. 1. 6. D. a. emti 19. 1., dazu c. 11. C. unde *vi*, L. 4. §§. 22. u. 28., L. 37. §. 2. D. de *usurp.*) — dürfte ein sicheres Ergebnis kaum zu konstatiren sein. (Vgl. dazu auch die Anzeiger Hölder's, Krit. Viertelj. 16. p. 533, und Krasnopolski's, Mittheil. d. d. Juristenver. in Prag 1873, S. 119 flg., auch die Bedenken Meißcheider's, S. 322, N. 1, und Windscheid's, S. 153, N. 9 [4. Aufl.].)

dieſes in den §§. 314. u. 315. die Beſitzerwerbarten in un mittelbare und mittelbare eintheilt. „Den Beſitz ſowohl von Rechten als von Sachen erlangt man entweder unmittelbar, wenn man freſt ehende Rechte oder Sachen, oder mittelbar, wenn man eines Rechtes oder einer Sache, die einem Anderen gehört, habhaft wird.“ (Im §. 315. unterſcheidet es ferner die mittelbare Erwerbung wieder in eine eigenmächtige und eine unter Mitwirkung des bisherigen Inhabers ſtattfindende. Dieſe Eintheilung erinnert ſofort an die Unterſcheidung der Eigenthümerwerbarten in urſprüngliche und abgeleitete.) Unter der erſteren verſteht das Geſetzbuch der älteren Doctrin folgend jene, bei welcher freſt ehende (*res nullius*), unter der letzteren ſolche, bei welcher bereits im Eigenthume ſtehende Sachen erworben werden (§. 381. Randrubrik und §. 423.). Gegen dieſe Eintheilung hat ſich ſchon Unger, II. S. 5. Note 9., mit Recht erklärt, da doch von einer Vermittlung der Erwerbung und daher von einer mittelbaren Erwerbung nur bei derivativem Erwerbe die Rede ſein kann, nicht aber, wie dies im §. 315. geſchieht, auch bei der einſeitigen (eigenmächtigen), alſo von der Mitwirkung des bisher Berechtigten unabhängigen Erwerbung.<sup>15</sup> Aber auch abgeſehen davon, abgeſehen ferner von der Abnormität, die in der Annahme „freſt ehender Rechte“ (welche wären das wohl?) liegt, wird die ganze Eintheilung des §. 314. in die mittelbare und unmittelbare Beſitzerwerbung völlig werthlos und unpraktiſch, da im §. 315. alles Gewicht nicht etwa auf die ſogenannte Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit, ſondern darauf gelegt wird, ob der Erwerb einſeitig, oder im Wege der Uebergabe (alſo unter Mitwirkung des bisherigen Beſizers) erfolgt.<sup>16</sup> Allein auch für die Eintheilung des Beſitzerwerbes im §. 315. in einen einſeitigen und einen unter Mitwirkung des bisherigen Beſizers erfolgenden iſt keine

15) Unter der unmittelbaren Erwerbung verſteht alſo das Geſetz die an freſt ehenden Sachen; unter der mittelbaren jene an im Eigenthume befindlichen. Unrichtig ſagt der §. 314.: „die einem Andern gehört“, da die Sache dem Apprehenden ſelbſt gehören kann. Der mittelbare und unmittelbare eigenmächtige Beſitzerwerb entſpricht dem originären, der mittelbare dem derivativen Erwerbe der Rechte.

16) Vgl. Demelius, Rechtsverwerb, Gr. Zeit. a. D. Bei der einſeitigen Beſitzergreifung ſoll nämlich nur ſo viel erworben werden, als wirklich ergriffen wurde, bei der unter Mitwirkung des bisherigen Beſizers erfolgenden aber Alles, was dieſer gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nöthig wäre, jeden Theil des Ganzen beſonders zu übernehmen.

Nothwendigkeit vorhanden.<sup>17</sup> Denn zwar knüpft der §. 315. daran eine ſcheinbare Modifikation in Anſehung des Umfanges des Beſitzerwerbes. Aber es iſt ſchon früher (S. 350) gezeigt worden, daß dieſe Modifikation eben nur eine ſcheinbare iſt, welche ſich unter Berücksichtigung der in beiden Fällen vorliegenden verſchiedenartigen Verhältniſſe von ſelbſt ergibt.

### §. 16. Ausſchließlichkeit des Beſizes. Mitbeſitz.

Im Begriffe des Beſizes als der unbedingten faktiſchen Gewalt über die Sache mit dem Eigenthümerswillen liegt das Moment der Ausſchließlichkeit deſſelben. Ein Mitbeſitz Mehrerer an derſelben Sache (*compoſſeſſio plurium in ſolidum*) iſt begriffsmäßig ausgeſchloſſen. L. 5. §. 15. D. *commodati*: *Celsus filius ait, duorum quidem in ſolidum dominium vel poſſeſſionem eſſe non poſſe.* Vgl. L. 3. §. 5. de poſſ.<sup>1</sup>

Dieſer Grundsatz leidet auch in dem Falle keine Ausnahme, wenn Jemand den Beſitz einer Sache unredlicher, unrechtmäßiger oder un-

17) Daß dieſe Eintheilung nicht mit jener in originären und derivativen zuſammenzuwerfen iſt, ergibt ſich aus der Auffaſſung des Beſizes als Faktum. Ableitung iſt nur bei Rechten möglich, bei Thatſachen hat ſie keinen Sinn. Vgl. Demelius a. a. D.

1) Vgl. Savigny, §. 11. Koch, §. 8. Puchta, §. 129. Goſſen, §. 205. Arndts, §. 138. Brinz, I. §. 27. Das preuß. N. L. R. anerkennt die Ausſchließlichkeit des Beſizes im §. 1. h. t. „Wer das phyſiſche Vermögen hat, über eine Sache mit Ausſchließung Anderer zu verſügen . . .“ Von einer Kollifion mehrerer Beſize kann demnach keine Rede ſein. Dennoch entſcheiden die §§. 74—76. den angeblichen Kollifionsfall, wenn dem Einen ſymboliſch, dem Andern körperlich übergeben wird, dahin, daß dem Letzteren der Vorzug gebühre. Mit Recht bemerkt Koch, S. 118 u. 127, daß im Grunde eine Kollifion gar nicht eintrete, da nach §. 64. immer nur körperliche Uebergabe den Beſitzerwerb vermittelt. — Das ſächſ. G. B. beſtimmt im §. 192.: „Eine Sache kann zu gleicher Zeit von Mehreren nicht ungetheilt, wohl aber nach ideellen Theilen beſeſſen werden.“ — Nichtſagend und werthlos iſt die Beſtimmung des §. 502. Züricher. G. B. Das ſog. ideale Beſitzrecht iſt bloßes Klagerecht. — Neuerlich behauptet Lenz, S. 136: Savigny habe die Unmöglichkeit des Mitbeſizes nur durch eine Fiktion der Quellen nicht ungetheilt. Dieſer Vorwurf iſt grundlos. Ausdrücklich ſolgt Savigny (S. 173, 186 [§. 11.]) dieſelbe aus dem natürlichen Begriffe des Beſizes. — Inwiefern die Erklärung Lenz's, zu der er weit ausholt, neues Licht auf die Sache werfe, laſſen wir dahingeſtellt; jedenfalls hat Lenz am wenigſten Grund, gegen die philoſophiſch myſtiſche Behandlungsweiſe juridiſcher Fragen durch Puchta zu eifern!

echter Weise erlangt, da die Thatsache des Besitzes von diesen das Wesen desselben nicht berührenden Momenten unabhängig ist. Vgl. §. 14. a. G. L. 3. §. 5. de poss.: Nam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. Immer ist nur Derjenige Besitzer, der die faktische Macht mit dem entsprechenden Willen über die Sache hat, und es wird hieran durch den Umstand nichts geändert, daß es dem früheren Besitzer möglich ist, den verlorenen Besitz der Sache im Rechtswege, sei es durch possessorisches oder petitorische Rechtsmittel wieder zu erlangen.<sup>2</sup>

2) Vgl. L. 17. pr. D. de poss.: Si quis vi de possessione dejectus est, perinde haberi debet ac si possideret, cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habet. Die Rücksicht auf diese Möglichkeit dürfte vielleicht die Veranlassung gewesen sein, daß die unbedingt zu verneinende Frage, ob nicht in diesem Falle ein doppelter Besitz, nämlich justa und injusta possessio, anzunehmen sei, unter den römischen Juristen streitig sein konnte, vgl. L. 3. §. 5. de possess. (Paulus): Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans, posse alium juste, alium injuste possidere: duos injuste, vel duos juste non posse: quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat, quod est verius: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in loco, in quo ego sto: vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Die Kontroverse im Einzelnen bietet nichts Lehrreiches. In Justinian's Kompilation ist der im Texte ausgesprochene Grundsatz als allgemeine Regel anerkannt. Vgl. Savigny, §. 11. Arndts, §. 138. Windscheid, §. 152. Brinz, §. 135. (2. A.). Witte, 3. f. G. u. R. R. §. XVIII. S. 250 flg. u. das Interd. uti poss. S. 74: „Ein gleichmäßiger Besitz Mehrerer an derselben Sache ist nicht denkbar, wohl aber Fälle, in denen Mehrere aus ihrem Verhältnisse zur Sache Wirkungen herleiten, die als Folgen des Besitzes betrachtet werden, weshalb sich denn für diese Mehreren zu gleicher Zeit die Bezeichnung possessores findet.“ S. auch Fitting, Arch. f. G. Pr. 55. S. 311 flg. Gf., doppelt. Klagen S. 55 flg., 66 flg.; dazu aber Meißner, §. 17., welcher mit Vielen (auch Windscheid, §. 159. R. 10) die Frage über den solidarischen Mitbesitz mit der davon verschiedenen Frage über die recuperatorische Wirkung des Interd. U. P. in einen — m. G. ungeredertigten — Zusammenhang zu bringen sucht. Die angebliche Fiktion des relativen Fortbesitzes des Nichtbesizers ist nur der theoretisch motivirte Ausdruck für den positiv-rechtlichen Erfolg des I. U. P. in seiner recuperatorischen Wirkung, — eines Erfolgs, dessen praktisches Motiv wohl die Vermeidung eines Doppelprozesses war. — And. N. ist Hierulff, I. S. 364—369, der einen doppelten Besitz in drei Fällen (Precarium, Superficies und Pignus) annimmt, dessen Ansicht aber im Wesen doch darauf hinausgeht, daß nur in Beziehung auf verschiedene Rechtswirkungen des Besitzes (Interdikte, Usufapion) ein doppelter Besitz gedacht werden könne. Vgl. insbesondere S. 369\*\*. Neuerlich gibt zwar Baron, Gesamtrechtsverhältnisse I. §§. 3. u. 4., zu, daß weder in den Fällen des Pignus und der sog.

Aus der Unmöglichkeit des gleichzeitigen Mitbesitzes Mehrerer an derselben Sache ergibt sich, daß der Besitz des Einen an einer Sache in dem Momente aufhört, in welchem ein Anderer den Besitz erwirbt. Diese Konsequenz anerkennt das österr. Gesetzbuch ausdrücklich im §. 349.: „Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein verloren, wenn dieselbe . . . . in fremden Besitz kommt.“<sup>2a</sup> Von dem unzulässigen Mitbesitze Mehrerer in solidum an derselben Sache ist zu unterscheiden und hat mit demselben Nichts gemein:

I. Der Mitbesitz Mehrerer an derselben Sache nach ideellen Theilen (compossessio pro indiviso), da hier der Besitz derselben Sache (nämlich die faktische Macht) zwischen Mehrere getheilt ist, und zwar in der Art, daß die Antheile bloß gedacht werden. (Vgl. §. 17. d. B.)

II. Der Mitbesitz Mehrerer nach realen Antheilen (compossessio pro diviso), bei welchem reelle Theile eines gegebenen Ganzen von verschiedenen Personen selbstständig besessen werden. Hier besitzt Jeder für sich und ausschließlich ein Ganzes, und es ist nur die

vitiosa possessio von einem Solidarbesitze die Rede sein könne; hält aber einen solchen („Gesamtbefitz“) für möglich in Fällen, wo mehreren Personen der Besitz in der Weise zugeschrieben wird, daß sie ihn mit durchaus gleichen Befugnissen hätten (§. 4. S. 123 flg.). Aus der Unmöglichkeit der gleichzeitigen detentio plurium in solidum könnte, seitdem es Stellvertretung im Besitze gebe, kein Argument genommen werden. „Ist nämlich der Detentor Willens, außer für sich auch noch für einen Anderen zu detiniren, und haben Beide den animus poss., so ließe sich die Annahme eines Gesamtbefitzes nicht von der Hand weisen.“ Einen solchen nimmt Baron an: beim Legate des Ususfructus an Mehrere (4. Abschnitt §. 13.) und bei dos communis (8. Abschnitt §. 37.). Abgesehen davon, daß es undenkbar ist, daß Jemand eine Sache in solidum für sich und zugleich für einen Anderen zu besitzen Willens sei, so leuchtet uns nicht ein, wieso beim Legate des Ususfructus eine compossessio der Sache in solidum stattfinden solle; wir sehen da nur eine quasiposs. der Kollegatäre pro indiviso. (Die Aktreszenz erklärt sich durch Wegfall der Beschränkung.) Bei der dos communis patri et filiae (L. 3. D. 24. 3. c. 1. §. 14. C. 5. 13.) halten wir mit Vangerow (§. 220.) und Arndts (§. 405.) den Vater für den Alleineigenthümer, und wenn Baron den Einwand des Celsus: condom. plurium in sol. esse non potest damit beseitigen will, daß er sagt: „hier stehe das Eigenthum nicht zwei Personen gefondert, sondern der aus ihnen gebildeten Einheit zu“, so kommt er einerseits mit sich selbst in Widerspruch, anderseits supponirt er die Existenz einer juristischen Person, eine Ansicht, die wir — wie überhaupt seine Theorie über Letztere (I. §. 1.) — nicht zu theilen vermögen.

2a) Dieselbe Bestimmung enthält der §. 213. des sächsl., §. 521. des Züricher G. B. und art. 25. bayr. Entw., während das preuß. Landr. §. 122. diesen Erfolg nur dann eintreten läßt, wenn der Andere den Besitz fehlerfrei ergriffen hat.

Zusammengehörigkeit dieser Ganzen, welche den selbstständigen Besitz der einzelnen Sachen in Rücksicht des höheren Ganzen als Mitbesitz erscheinen läßt, z. B. verschiedener Grundstücke eines Wirthschaftsgutes. Vgl. §. 17. d. B.

III. Der Mitbesitz Mehrerer an einer zusammengesetzten Sache (mit Unrecht oft gleichfalls *compossessio pro diviso* genannt), welcher vorliegt, wenn einzelne Theile derselben im Besitze dritter Personen sind, ein Fall, der nur eintreten kann, wenn der Besitzer des Ganzen die betreffenden Theile im Namen dieser detinirt. Vgl. §. 18. d. B.

IV. Der beschränkte Eigenthumsbesitz einer Sache und der gleichzeitige Besitz Dritter an einzelnen Rechten an der Sache, z. B. wenn A. Besitzer des *Ususfructus* an einer Sache ist, in deren Eigenthumsbesitz sich B. befindet.<sup>3</sup> Sowie nämlich das Eigenthum einer Sache durch Rechte dritter Personen an denselben zeitlich beschränkt sein kann, ohne daß hiedurch dem juristischen Wesen des Eigenthums Eintrag geschieht, ebenso enthält die Beschränkung des Sachenbesitzes durch den Besitz von Rechten hieran von Seite dritter Personen nichts dem Begriffe des Besitzes Widersprechendes, insbesondere auch keine Ausnahme von dem aufgestellten Grundsatz der Ausschließlichkeit des Besitzes, da hier der Besitz des Sachenbesitzers und des Rechtsbesitzers verschiedene Objekte haben, nämlich der Besitz jenes die Sache selbst, der Besitz dieses den Inhalt eines Rechtes hieran. In Ansehung jeder Art dieses zweifachen Besitzes bleibt doch immer der Grundsatz aufrecht, daß der Besitz sowohl des Rechts- als des Sachbesitzers jeder in seiner Sphäre nur ein ausschließlicher sein kann, womit jedoch nicht die Möglichkeit selbstständigen Besitzes verschiedener Rechte desselben Inhalts an derselben Sache negirt werden soll.

3) Diesen Fall hat vor Augen der §. 327. des Gesetzbuches. „Besitzt eine Person die Sache selbst, eine andere aber das Recht auf alle oder auf einige Nutzungen der Sache, so kann eine und dieselbe Person, wenn sie die Grenzen ihres Rechtes überschreitet, in verschiedenen Rücksichten ein redlicher und unredlicher, ein rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Besitzer sein.“ Vgl. Rippel, III. S. 105. Winwarter, II. S. 57. Strubenrauch, I. S. 651 flg. — Das preuß. N. Landr. kennt eine scheinbare *compossessio plurium in solidum* in dem sog. vollständigen und unvollständigen Besitze. Vgl. §. 12. R. 9a. Koch, §. 8., und Meißneider, §§. 17. u. 22.

## §. 17. Der Mitbesitz. Einfluß der Theilung auf den Besitz.

Sowie das Recht ein zweifaches Miteigenthum an Sachen kennt (ein *condominium pro diviso* und *pro indiviso* §§. 361. 841—845. 854—856. A. b. G. B.), so auch einen zweifachen Mitbesitz:

I. Mitbesitz nach materiell getrennten Bestandtheilen (*compossessio pro diviso*). Vgl. §§. 841. 842. 843. A. b. G. B.

II. Mitbesitz nach intellektuellen Theilen (*compossessio pro indiviso*). Vgl. §§. 361. 833. 854—856. b. G. B. u. §§. 10. u. 13. Grundb. Ges.

Was zunächst die erstere Art des Mitbesitzes betrifft, so steht die Annahme eines solchen mit dem Grundsatz der Ausschließlichkeit des Besitzes (*plures eandem rem in solidum possidere non possunt*, vgl. §. 16. d. B.) in keinem Widerspruche. Die materielle Theilung (Zerstückung) von Sachen kann nämlich in zweifacher Weise geschehen: entweder in der Art, daß nach der Trennung zwischen den abgetrennten Theilen gar kein Zusammenhang besteht, z. B. beim Zerschneiden eines Holzstammes, oder so, daß trotz der erfolgten Theilung ein natürlicher oder juristischer Zusammenhang zwischen den (für sich selbstständige Ganze bildenden) Theilen fortbesteht, der sie in ihrer Gesamtheit wieder als Ganzes erscheinen läßt, z. B. wenn eine Insel oder ein bücherliches Ganzes (sog. Grundbuchskörper §. 3. Gr. G.) reell getheilt wird.<sup>1</sup>

1) Vgl. besonders die Abhandlung Wächter's im civ. Archiv XXVII. Nr. VII. u. Handb. II. S. 275, Unger, Syst. I. S. 413, und neuestens die eingehende Monographie: das Wesen der *juris communio* und *juris quasicommunio* von P. Steinlechner (1. 1876, 2. 1878). Steinlechner spricht bei der wirklichen (reellen) Theilung von gleichzeitiger, korrespondirender *Wervielfältigung* des ursprünglich Einen Rechtes (§. 15.). Dies ist wohl richtig; doch finde ich die Bezeichnung dieser Reflexwirkung der reellen Theilung als „wirkliche Theilung der dinglichen Rechte“ (§. 43 flg.) unzutreffend, da ein wesentliches Moment der Theilung: quantitative (räumliche) Ungleichheit des Theiles und des Ganzen mangelt, daher St. selbst II. S. 246 nur von „uneigentlicher Theilung“ spricht. — Der Zusammenhang wird regelmäßig ein äußerer, sichtbarer sein, z. B. bei Zerstückung eines Waldes, einer Insel. Der Zusammenhang kann aber auch m. G. darin bestehen, daß das aus Theilen bestehende Ganze Eine bücherliche Einlage hat, z. B. eine Wirthschaft, die aus vielen Feldern besteht und nur Eine bücherliche Einlage hat, wird in der Art von mehreren Personen besessen, daß jede derselben bestimmte

Während im ersten Falle die Besitzer der Theile zu einander in gar keiner Beziehung stehen, vermittelt im zweiten Falle die äußere oder bürgerliche Zusammengehörigkeit der Theile insofern eine Beziehung zwischen den einzelnen Besitzern, daß dieselben in ihrer Gesamtheit als Besitzer der äußerlich oder juristisch noch immer ein Ganzes darstellenden Sache erscheinen.<sup>2</sup> Dieser Besitz der Einzelnen erscheint mit Bezug auf den Zusammenhang der Theile als Mitbesitz am Ganzen (compossessio pro diviso).<sup>3</sup>

Nur darf nicht übersehen werden, daß die einzelnen Theile selbstständige Ganze sind, und daß von einem Mitbesitze an der Gesamtheit der Theile nur mit Rücksicht auf die äußere oder juristische Zusammengehörigkeit derselben, daher nur im uneigentlichen Sinne die Rede ist.<sup>4</sup> Der Mitbesitz pro diviso ist in der

Felder (Parzellennummern des Katasters) allein besitzt und genießt. Es genügt also selbst eine bürgerliche Einheit, um trotz der materiellen Theilung von einem Mitbesitze pro diviso zu sprechen. Der Zusammenhang muß aber ein gegebener sein, läßt sich also nicht nach Willkür schaffen, wie Savigny, I. §. 22., anzunehmen scheint. So nun auch Monti, §. 30. u. Schiffrer, §. 76. N. 4. — Unklar sind die Ausführungen Helms, in Saimers Viertelj. 13. Bd. S. 292 flg. u. 306—308.

2) Wird z. B. der Wald X, die Alpe Y unter A, B und C vertheilt, so erscheinen die Antheile des A, B und C doch immer noch als Theile des Waldes X, der Alpe Y und die drei Besitzer zusammen als Besitzer des ganzen Waldes, der ganzen Alpe. — Anders, wenn z. B. ein Baumstamm unter Mehrere vertheilt wird; hier ist von keinem Zusammenhange die Rede. Daher kann man wohl im ersten Falle von Mitbesitzern des Waldes, der Alpe, nicht aber im letzteren von Mitbesitzern des Stammes sprechen.

3) Vgl. Savigny, I. §. 22. Wächter, a. a. D. S. 275. Arndts, §. 138. Böcking, P. §. 75. Stubenrauch, I. S. 626. Unger, I. S. 414.

4) Vgl. Lenz, Besitz S. 310. Die Frage, ob nur bei unbeweglichen oder auch bei beweglichen Sachen eine Theilung pro diviso möglich sei (vgl. Savigny, S. 260. Unger, I. S. 414, N. 19. Böcking, §. 75. N. 7. Arndts, §. 138. gegen Wächter, Handb. S. 276, N. 11), ist reine Thatfrage. Rügen läßt sich die Möglichkeit eines solchen Mitbesitzes auch bei Mobilien nicht. Man nehme an, daß die verschiedenen Blätter eines Manuscriptes in verschiedenen Händen sind, oder daß eine transportable Schaubude mit gemeinsamer Bodenlage nach vertikalen Scheidewänden getheilt ist. Der Satz der L. 8. i. f. de R. V. (nunquam [res mobilis] pro diviso possideri potest), welchen Steinlechner, I. §. 14. N. 2, 3, und II. S. 36, N. 3, vertheidigt, ist wohl unhaltbar. Dag. f. L. 83. D. 17. 2. u. L. 36. D. de S. P. U. Soweit stimmen wir mit Wächter, l. c., obgleich die von ihm citirten Stellen sich nicht auf unsere Frage beziehen. Gegen Steinlechner a. D. (dazu §. 4. N. 3) bemerke ich, daß gerade in dem zweiten Beispiele die eine ganze Sache wirklich nicht getheilt, nur abgegrenzt ist. Auch Trennung ist Theilung; die in §. 4. Note 3 cit. Stellen behandeln unsere Frage nicht. S. auch Eck, Krit. B. S. 18. S. 225. Die Unger'sche Unterscheidung a. D. ist m. E.

That nur ein scheinbarer; in sachenrechtlicher Beziehung besteht keine Gemeinschaft zwischen den Mitbesitzern.

Die Möglichkeit des Mitbesitzes pro diviso ist anerkannt in den §§. 841—847. des A. b. G. B.<sup>4a</sup>

Da die einzelnen Theile selbstständige Ganze bilden, so ist der Erwerb und Verlust des Besitzes an den einzelnen Theilen von einander unabhängig, — übrigens nach der allgemeinen Regel zu beurtheilen. Von der Theilbarkeit einer Sache ist die Zerlegbarkeit derselben wohl zu unterscheiden. Einfache Sachen, z. B. ein Laib Brod, sind wohl theilbar, aber nicht zerlegbar. Die Zerlegbarkeit, als mechanische Auflösung einer Sache in ihre Bestandtheile, setzt zusammengesetzte Sachen voraus und ist bloß bei diesen denkbar. Die Theilung schafft Ganze gleicher, die Zerlegung Ganze verschiedener Art. Ein Grundstück zerstückt, gibt wieder Grundstücke; eine Uhr zerlegt, gibt das Gehäuse, Räder, Zeiger u. s. f. Doch können auch zusammengesetzte (zerlegbare) Sachen theilbar sein, z. B. ein Gebäude nach vertikaler Richtung. Auch bei zusammengesetzten Sachen (vgl. §. 18. d. B.) ist Eigenthum und Besitz Dritter an den Theilen möglich, jedoch während der Verbindung nur insofern, als der Besitzer des Ganzen die Letzteren im Namen derselben detinirt, z. B. der Besitzer des Wagens das fremde Rad. Doch ist in diesem Falle, wie sich aus der oben gegebenen Begriffsbestimmung ergibt, keine communio, keine compossessio pro diviso vorhanden.<sup>5</sup>

unwesentlich. Auch Windscheid, §. 142. N. 4, anerkennt die Möglichkeit des Theilbesitzes (pro diviso) an Mobilien unter Berufung auf L. 83. D. de socio 17. 2. (arbor in confinio; lapis per utrumque fundum). Obgleich Baum und Stein hier als unbeweglich erscheinen, so würde doch an sich Nichts entgegenstehen, sie auch nach der Trennung pro diviso für getheilt zu halten. Vgl. noch §. 17. Note 16 a.

4a) Dagegen sprechen die §§. 854—857. A. b. G. B. nicht von communio pro diviso (wie Unger, I. S. 41, annimmt und auch ich in der 1. Aufl. meinte), sondern von der e. pro indiviso. Vgl. Note 17.

5) Unger, I. S. 415. N. 19, behauptet wohl mit Unrecht in einem solchen Falle eine communio pro diviso, die doch nur bei reeller Theilung stattfindet. Wenn einzelne Bestandtheile einer zusammengesetzten Sache einem Dritten gehören, so bleibt doch immer der Eigenthümer des Ganzen Alleineigenthümer, und von einer communio pro diviso des Ganzen kann nicht gesprochen werden. Der Unterschied zeigt sich darin, daß, während bei zusammengesetzten Sachen der Besitz Dritter an Theilen von dem Willen des Besitzers des Ganzen abhängig, nämlich durch den

Ob die einzelnen Sachen eine materielle Theilung (pro diviso) zulassen oder nicht, ist eine Thatfrage. Aus der faktischen Natur des Besitzes ergibt sich, daß es hiebei stets nur auf die natürliche Theilbarkeit ankomme, daß daher die Norm des positiven Rechtes, kraft welcher als untheilbar auch solche Sachen erscheinen, welche eine reelle Zerstückung ohne beträchtliche Verminderung des Werthes nicht zulassen (arg. §. 843. A. b. G. B.), hier keine Anwendung hat. — Nur dann, wenn die rechtliche Untheilbarkeit einer physisch theilbaren Sache in einem aus Gründen des öffentlichen Rechtes erlassenen Verbotsgeetze beruht, ist auch ein abgesonderter Besitz an reellen Theilen derselben unzulässig.<sup>6</sup> Nach diesen allgemeinen Bemerkungen sollen nur einige der wichtigsten Fälle des Mitbesitzes pro diviso näher erörtert werden.

1) Grund und Boden ist nur in einer bestimmten Abgrenzung Gegenstand des rechtlichen Verkehrs, und daher des Besitzes. Die Abgrenzung schafft erst aus Grund und Boden bestimmte Rechtsobjekte, Sachen, Einheiten.<sup>6a</sup> Diese Abgrenzung wird regelmäßig Werk menschlicher Thätigkeit sein; die letztere ist aber da überflüssig, wo die Grenzen eines bestimmten Grundtheils natürliche sind, z. B. bei einer Insel. Durch neue Begrenzung können daher ebenso gut neue Ganze geschaffen werden, als durch die

Besitzwillen desselben alieno nomine bedingt erscheint, bei reellen Theilen eines Ganzen der Besitz eines jeden Mitbesitzers vom Willen und der Detention der Mitbesitzer unabhängig ist. Vgl. auch Meißcheider, I, S. 220.

6) Dies war ehe dem der Fall bei Bauerngütern, welche ohne Bewilligung der politischen Behörde nicht zerstückt werden durften (Hofd. v. 19. November 1812. J. 1015.). Der Besitzwille in Ansehung einzelner ohne behördliche Bewilligung abgetrennter Grundstücke konnte als gesetzwidrig nicht anerkannt noch rechtlich geschützt werden. Vgl. Nr. 331. der Samml. Gl.-u.-W. Näheres in der 1. Aufl. S. 162 flg.). In den letzten Jahren wurde die Untheilbarkeit der Bauerngüter (ebenso der landtätslichen Güter) durch die Landesgesetze aufgehoben. Vgl. L. G. v. 20. Dezember 1869 für Böhmen, v. 30. September 1868 für Mähren, v. 24. September 1868 für Schlesien, v. 27. Oktober 1865 für Unterösterreich. — Die Zerstückung ist dagegen nicht verboten, obwohl deren Rechtsgültigkeit an den Konsens des Gerichtes oder der Administrativbehörde gebunden ist: bei Mündel-, Fideikommiß-, Kirchen- und Gemeindegütern. Hier ist also Sonderbesitz an einzelnen, selbst ohne behördliche Genehmigung abgetrennten Theilen zulässig.

6a) Vgl. Windscheid, §. 142., Exner, Trad. S. 27., Steinlechner, S. 41: Zwischen vollständiger Trennung und bloßer Abgrenzung unbeweglicher Sachen ist kein begrifflicher Unterschied.

Realthteilung von Fahrnissen, z. B. durch Zerschneiden von Tuch u.<sup>7</sup> Haben daher mehrere derartig bestimmt abgegrenzte Grundstücke zusammen wieder eine gemeinsame Grenze, z. B. an den sie umgebenden Flußarmen, Straßen u. s. f., so hören sie darum so wenig auf, selbstständige Ganze zu sein, als durch ihre Vereinigung in der Hand eines Eigenthümers. Wer also den Besitz eines Grundstückes ergreift, muß sich vor Allem der Grenzen desselben bewußt sein, beziehungsweise diese schaffen, wenn sie noch nicht vorhanden sind. (Darum sagt L. 26. D. de poss.: »Locus certus ex fundo et possideri . . . potest . . .«) Wer Besitzhandlungen auf einem bestimmt abgegrenzten Grundstücke mit der auf das Ganze gerichteten Absicht vornimmt, erwirbt dessen Besitz, auch wenn er nicht jeden Theil desselben betreten hat. Daher heißt es im §. 312. des G. B.: »Unbewegliche Sachen werden durch Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz genommen.« — Ist dagegen der Grund und Boden gar nicht abgegrenzt (man denke an einen breiten Berg Rücken, eine weite Steppe), so wird eben nur an dem Theile Besitz erworben, der bezeichnet, oder auf dem sonst eine Besitzhandlung vorgenommen wurde.<sup>8</sup> Grundstücke lassen also durch Ziehung neuer Grenzen eine

7) Vgl. L. 6. D. 6. 1. Hierulf, S. 374. Lenz, S. 131, 140. Brinz, I. S. 178. Es ist aber eben darum durchaus unzulässig, das Objekt des eingeklagten Grundbesitzes nur dem Namen nach ohne Nennung der Grenzen zu bezeichnen. Die unerläßliche „Beschreibung der Merkmale“ der Sache, deren Eigenthum (und dasselbe gilt offenbar auch vom Besitze) verfolgt wird (§. 370. A. b. G. B.), geschieht hier durch die Beschreibung der Grenzen. Da, wo die Katastrirung vollzogen ist, wird die Anführung der Parzellennummer in der Regel Anhaltspunkte hiesfür geben, da jedes bestimmt abgegrenzte Grundstück eine besondere Parzellennummer erhält. Wichtig ist die genaue Beschreibung auch wegen der exceptio rei judicatae (»quoties eadem res . . .«). Es ist also ungenügend, als Gegenstand des behaupteten Besitzes z. B. eine „Flur“ anzuführen, da diese regelmäßig sehr viele selbstständige Grundstücke (Parzellennummern) enthält. Locus certus ex fundo et possideri . . . potest. L. 26. D. h. t. — In einem speziellen Falle, in dem weder Partei noch Gericht auf die genaue Beschreibung des Grundstückes achtete, sondern sich mit der allgemeinen Bezeichnung „Flur“ begnügte, ergab sich als Folge dessen: die Unvergleichbarkeit des Erkenntnisses wegen Unbestimmtheit des Objektes.

8) Vgl. auch §. 315. A. b. G. B. Nehmen wir an, daß A auf einem wüsten Berg Rücken an bestimmten Stellen Sand zu graben, Steine zu brechen anfing, so hat er nicht den Besitz des ganzen Berg Rückens erworben, sondern nur den der bestimmten Stelle (§. 315. cit.). Daher wurde in einem speziellen Falle, wo ein Insaße auf der „Flur C.“ (einer weiten unabgegrenzten Berglehne) nur an einer Stelle Steine brach, dessen Begehren, er sei im Besitze derselben durch die von einem anderen Insaßen an einer anderen Stelle derselben Flur vorgenommene Aufschließung

reelle Theilung zu, und ist daher ein abgesonderter Besitz Mehrerer an den entstandenen Theilen selbstverständlich auch dann zulässig, wenn das Grundstück nur als Ganzes in den Grundbüchern und Steuerkatastern eingetragen ist. Denn die bürgerliche und die Katastralvorschrift ist für den faktischen Besitz ganz gleich gültig.<sup>9</sup> Es ist also um so mehr an verschiedenen, wenn auch bürgerlich zu derselben Wirtschaft gehörigen Grundstücken, z. B. Haus, Wiesen, Aekern, ein abgesonderter Besitz Mehrerer möglich. In Fällen dieser Art findet wegen des gedachten Zusammenhanges (der wirtschaftlichen, administrativen oder bürgerlichen Zusammengehörigkeit oder Einheit) ein Mitbesitz pro diviso statt.<sup>10</sup>

2) Häuser bilden mit dem Grunde ein untheilbares Ganzes. Es ist daher kein abgesonderter Besitz am Grunde und an der Superfizies möglich, so wenig als ein abgesondertes Eigenthum; vgl. §. 417—419. A. b. G. B. Denn Besitz wie Eigenthum setzen selbstständige Sachen voraus. Aus eben denselben Gründen ist ein abgesonderter Besitz an verschiedenen Stockwerken oder gar an einzelnen Zimmern (also compossessio des Hauses pro diviso) unmöglich; denn weder ein Stockwerk, noch ein Zimmer ist eine selbstständige Sache, sondern beide bestehen nur in und mit dem Hause.<sup>11</sup> Verschiedene Stockwerke eines Hauses sind ebensowenig Gegenstände eines abgesonderten Besitzes als etwa verschiedene Lagen eines Schiffes.

eines neuen Steinbruchs im Besitze der Flur C. gestört worden, in einem ungedruckten Erkenntnisse des D. L. Ger. Prag vom 15. Mai 1859 abgewiesen, da die Bezeichnung einer Gegend mit einem gewissen Namen die Nothwendigkeit einer bestimmten Begrenzung nicht beseitigen könne.

9) Vgl. die oberstgerichtlichen Entscheid. Nr. 620. und 679. der Samml. Gl.-u.-W. „Das Parzellenprotokoll beweist weder Eigenthum noch Besitz, sondern nur die Versteuerung.“

10) Die in der 1. Aufl. an dieser Stelle erwähnten Theilungsverbote gewisser Grundstücke sind inzwischen weggefallen. S. Note 6.

11) Das ausdrückliche Verbot der Theilung von Häusern nach materiellen Bestandtheilen bestand für Gebäude des bäuerlichen Grundbesitzes von Altersher, für andere Häuser für Böhmen erst seit der M. Verordn. vom 27. Dezember 1856., Z. 1. R. G. Bl. 1857, §. 1. „Die Theilung der Häuser nach materiellen Bestandtheilen ist für die Zukunft verboten.“ Für andere Länder bestanden besondere Verbote. Vgl. M. Verordn. vom 8. Februar 1853 Z. 25. R. G. Bl. für Salzburg. S. Conderbarer Weise behauptet Bornemann, I. S. 512. Note: „Daß eine superficiales ohne den Boden, mit dem sie zusammenhängt, besessen werden könne, ist höchstens aus juristischen, nicht aus physischen Gründen unzulässig.“ Gerade umgekehrt! Vgl. dagegen auch Schiffner, §. 76.

Diese Anschauung liegt auch den Bestimmungen des A. b. G. B. (§. 417—419.) zu Grunde, welche ausnahmslos den Grundsatz festhalten, daß Eigenthum (und dasselbe gilt wegen der Identität des Grundes beim Besitze) des Grundes und des Hauses jederzeit ungetheilt in Einer Hand verbleiben.<sup>12</sup> Vertikale Scheidung ist nicht absolut unzulässig. Diese Grundsätze führt neuestens durch — das allgemeine Gesetz v. 30. März 1879. Nr. 50 R. G.

3) Bezüglich des Besitzes an Flüssen ist zu bemerken: Das Bett öffentlicher (insbes. schiffbarer) Flüsse ist, wie der Fluß selbst,

12) Vgl. Jaun, C. Arch. 43. B. S. 212. Unger, I. S. 45. N. 23. Sinentis, §. 43. Dasselbe gilt vom natürlichen Zuwachs, namentlich von Bäumen. Vgl. Entsch. Nr. 1811. Samml. Gl.-u.-W. — Aus den §§. 417—419. A. b. G. B. geht mit Bestimmtheit hervor, daß das österr. Recht die Grundsätze des röm. Rechtes angenommen hat. Ein materiell getheilter Besitz (Eigenthum) in Häusern hätte daher schon nach Inhalt des A. b. G. B. für unzulässig erkannt werden sollen. Trotzdem wurde in einzelnen Städten, z. B. in Prag und Salzburg, der alte Mißbrauch der materiellen Theilung der Häuser auch unter der Herrschaft des neuen G. B. fortgeschleppt, bis endlich die in der vorigen Note zitiirten Ministerialverordnungen denselben Feuereten. — Das Deutsche Recht kennt zwar einen Besitz an Häusern pro diviso (Walter, D. R. Gesch. S. 583. Buntschli, P. R. §. 57. Nr. 3. Stobbe, §. 79. N. 4.) und ebenso der Code Napoléon art. 664. u. d. Zürich. G. B. §. 549.; wohl auch das preuß. Recht §. 98. I. 9. und §. 199. I. 22., welches ein getrenntes Eigenthum an Grund und Boden einerseits und Häusern und Früchten andererseits ausdrücklich anerkennt. Vgl. auch Koch, S. 170. Dernburg, §. 150., und das von Dernburg daselbst Note 9. cit. Erf. des Obertribunals Nr. 1570., welches Besitzübertragung an stehenden Bäumen durch Anschlag anerkennt, wogegen trotzdem Förster, §. 160. N. 21. 27. u. Bornemann, I. S. 512. Note, die Unzulässigkeit des Besitzes an verschiedenen Stockwerken eines Hauses auch nach preuß. Rechte behaupten. — Allein jene Abnormitäten sind dem österr. Rechte, das sich hier an das logisch und ökonomisch allein richtige Prinzip des röm. Rechtes angeschlossen, fremd. Vgl. auch die Entscheidungen des D. O. G. in Nr. 8. u. 9. Ger. Zeit. 1854, dagegen aber auch in Nr. 3. desselben Jahrganges. — Aus diesem Grunde ist denn auch der Besitzer des Grundes so fort Besitzer der von einem Anderen, z. B. dem Pächter, auf seinem Grunde ausgeführten Gebäude. Irrig ist daher die Motivirung der Entscheid. des D. O. G. vom 21. Mai 1863. Ger. Zeit. 1863, Nr. 132., in welcher dem Verpächter der Besitz eines vom Pächter aufgebauten Schuppens darum abgesprochen wird, weil er noch keine Besitzhandlungen an demselben vorgenommen habe. Eine ähnliche Motivirung erhält das Erf. Ger. Zeit. 1875. Nr. 10. in Ansehung eines vom Miether gesetzten Kachelherdes. Vergl. §. 7b. Note 32. — Neuerlich will wieder Baron, Gesamtrechtsw. §. 4. aus L. 3. §. 7. D. uti poss. beweisen, daß der Besitz an einem Gebäude ohne Boden nach röm. Rechte überhaupt möglich, und gerade beim Superfiziar vorhanden ist. Zu diesem abnormen Resultate ist nur durch eine gekünstelte Auslegung jener Stelle zu gelangen. Vgl. dagegen Savigny, S. 289, und Jaun, S. 226.



ein allgemeines Gut (res publica §. 287., dazu §§. 2. 3. Reichsw. Gesetzes vom 30. Mai 1869. Z. 93 R. G. Bl.), und kann daher kein Gegenstand privatrechtlichen Verkehrs und des Besitzes sein.<sup>13</sup> Vgl. §. 10. d. B., bes. Note 6 flg. Das Bett eines nicht schiffbaren Flusses dagegen kann im Besitze des sogen. Fluß-Eigenthümers oder eines Dritten sein, und ist dasselbe von dem Eigenthume und Besitze der Uferanrainer am Ufergrunde unabhängig (§. 3. R. W. G., §. 305).<sup>14</sup> Das fließende Wasser aber ist in allen Flüssen res nullius und die Okkupation desselben, z. B. durch Schöpfen, steht Jedem frei, der Zutritt zum Ufer hat, soweit die Rechte Dritter z. B. des Fischerei- oder Wasserbezugsberechtigten nicht beeinträchtigt werden (§. 15. bez. 16. L. W. Gef.).<sup>14a</sup> Das Benützungrecht des Gewässers nach verschiedenen Richtungen hin, z. B. als Triebkraft bei Mühlen, zum Flößen, und dessen Besitz steht mit dem Eigenthume und Besitze des Flußbettes in keinem juristisch nothwendigen Zusammenhange. — Das Fischereirecht endlich beruht gleichfalls auf eigenthümlichen rechtlichen Voraussetzungen und dessen Besitz ist unabhängig vom Besitze des Flußbettes. Nichtsdestoweniger kann von einem getheilten Besitze des Flusses nicht die Rede sein. Es gibt nur einen Sachbesitz am Flußbette und einen Rechtsbesitz verschiedenartiger auf das Flußwasser und seine Organismen sich beziehender Benützungrechte, und es kann aus dem Besitze des Einen auf den des Anderen kein Schluß gezogen werden.

13) L. 1. §. 7. D. 43. 12. L. 3. §. 17. de poss.: Labeo et Nerva responderunt desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit. Vgl. L. 30. §. 3. D. eod. Savigny. §. 9., Stobbe, P. R. §. 64. R. 18.

14) Näheres in meinem Wasserrecht (2. A.) S. 19, Nr. 2. Es kann im Besitze sein, wenn der angebliche Besitzer sein Machtverhältniß über das Bett bethätigt, z. B. durch Pfahlbauten, durch Sandausheben, Wehrbauten u. s. f. Ohne einen Erwerbsakt kann hier so wenig als sonst Besitz angenommen werden. Darum nahm auch das böhm. D. L. G. in der Entschd. vom 24. Febr. 1857. Ger. Zeit. Nr. 82. 83. J. 1857 an, daß der Herrschaftsbesitzer A im Besitze des Flußbettes der Elbe sich befinde, nachdem ihm dieser Fluß innerhalb des Territoriums der Domäne durch kaiserl. Donationsurkunde geschenkt, und derselbe in jeder thunlichen Weise benutzt wurde, und daß dieser Besitz durch den Bau eines Wehres gestört worden sei. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 28. R. 164.

14a) Vgl. d. Erf. d. D. G. S. v. 1. Oktober 1873. G. Z. 1874. Nr. 60., mit welchem der Besitz der ehem. Obrigkeit am Fischereirecht geschützt wurde. Näheres in mein. Wass. R. S. 9, R. 1.

ad II. Das Wesen des Mitbesitzes nach intellektuellen Theilen (compossessio pro indiviso) besteht darin, daß der Besitz einer reellen ungetheilten Sache mehreren Personen gemeinschaftlich in der Art zukommt, daß die Antheile der Einzelnen bloß ideell (gedacht), nicht in Wirklichkeit (corpore) ausgeschieden sind. Sowie beim condominium pro indiviso das Recht es ist, das getheilt ist,<sup>15</sup> so ist es beim

15) Richtiger würde man wohl sagen: die im Rechte enthaltenen Befugnisse oder: das Dispositionsrecht bezüglich des Ganzen und die Ausübung desselben sind getheilt; — das Recht selbst würde sohin ungetheilt erscheinen. Mit Modifikationen im Einzelnen (Getheiltheit des Rechts, des Rechtsinhaltes) ist dies im Wesen die herrschende Auffassung. Vgl. besonders Wächter, §. 43. R. 12, und Arch. f. c. Pr. 27. Bd. 7., welchem Arndts, §. 53. Unger, I. S. 416 flg. Brinz, I. S. 186 (1. Aufl.) beistimmen. (Ueber die verschiedenen älteren und neueren Ansichten vgl. nun Steinlechner, Wesen der juris communio [f. R. 1] §§. 1—12.) Dagegen behauptet Windscheid, P. §. 142. (bes. R. 10), welchem Steinlechner, I. §§. 10. 21 flg., Hesse, Arch. f. prakt. R. W. 4. S. 120, und Meischer, Civ. Arch. 59. S. 166, beitreten, daß die Theilung pro indiviso so zu verstehen sei, daß durch den Antheil der Maßstab bezeichnet werden soll, nach welchem den Berechtigten der wirtschaftliche Nutzen der Sache gebührt: kurz der Antheil beziehe sich auf den Werth der Sache. Abgesehen nun davon, daß es Rechte gibt, welche keinen wirtschaftlichen Nutzen abwerfen, wie Patronats-, Präsentations-, Wahl- und ähnliche Rechte, so enthalten die Quellen keine Andeutung darüber, daß die Theilung auf die wirtschaftliche Seite zu beziehen sei, — wohl aber sprechen dieselben von Theilung des Rechts L. 5. §. 15. D. comm. 13. 6. (pro parte dominium habere; — ohne Grund bezieht Steinlechner, S. 74, pro parte auf corporis; das wäre eine pleonastische Fassung), ferner L. 66. §. 2. D. de leg. II. u. a. m. Auch läßt sich der Einwand nicht ganz beseitigen, daß die Windscheid'sche Auffassung zu einem solidarischen Miteigenthum führe. (Siehe Eck, Doppelseit. Klagen S. 94.) Ferner erklärt uns dieselbe nicht, wie wir uns die selbstständige Verfügung über den intellektuellen Antheil denken sollen, da der Werth doch nicht Gegenstand des Antheils ist? (Windscheid, §. 142. R. 10.) M. G. bezeichnet die Ansicht Windscheid's bloß die wirtschaftliche, nicht die juristische Seite der intellektuellen Theilung. Wegen die herrschende Meinung darf man nicht mit Windscheid (Note 11) sagen: „wer die Befugnisse, seinen Willen geltend zu machen, nur zum Theil (?) hat, hat gar Nichts“ — eine Formulirung, die keinesfalls genau ist. Denn der Kondominus kann doch über seinen Antheil disponiren; er kann also seinen Willen „ganz“ (ohne Einspruch der Kondomini) geltend machen in Ansehung der pars pro indiviso, — nur in Uebereinstimmung mit den Uebrigen in Ansehung des Ganzen. — Die Ansicht Windscheid's sucht nun eingehend zu motiviren und auszuführen: Steinlechner, I. §§. 9. 10. 21—31. u. II. S. 244 flg., 249 flg. (Anhang), m. G. ohne neue entscheidende Momente. Durch die Substituierung des „Interesses“ (statt Werth) ist entweder Nichts gewonnen, oder der Kern der W.'schen Theorie (Vermögenswerth) preisgegeben. Bezüglich der Quellen muß Steinlechner selbst, S. 83, zugestehen, daß sie wegen „Unbestimmtheit“ des Ausdrucks keinen Anhalt gewähren; ohne Grund bestreitet er, daß nach unserer Auffassung eine juris communio bestehe (sie existirt zufolge der Ungetheiltheit des Objekts); der Vorwurf der Mehrheit der Eigenthumsrechte (S. 83) ist will-

Mitbesitz pro ind. die faktische Macht, und der Herrschaftswille ist nur auf einen Antheil an der faktischen Macht gerichtet. Zwar die bloße körperliche — von keiner Willensrichtung begleitete Detention (s. §. 1. N. 11.) ist intellektuell untheilbar, weil die Quotentheilung als Gedankenoperation eine Beziehung auf das Bewußtsein, bez. den Willen zur Voraussetzung hat. Dagegen verträgt die willensbewußte faktische Herrschaft, weil sie unter dem Einflusse des Willens steht, eine quotative Theilung (und zwar gleichviel, ob es sich um die Herrschaft im eigenen oder fremden Namen handelt; <sup>15a</sup> der Quotentheil (Antheil) ist eben nur das Ergebnis — der logische Ausdruck — der durch die tatsächliche (gleichartige) Konkurrenz Anderer bewirkten Selbstbeschränkung des Willens und der faktischen Herrschaft. <sup>15b</sup> — Eben darum hat begriffsmäßig kein Mitbesitzer eine ausschließliche Gewalt über den kleinsten materiellen Theil der gemeinschaftlichen Sache, dagegen das freie Verfügungsrecht über den ihm gebüh-

fürlich, da ja erst die Theilrechte (Anteile am Eigenthum) zusammen das Eigenthum ergeben; unbegründet der Zweifel (die „alte Frage“), ob das einzelne Theilrecht (Sachantheil) wirkliches Eigenthum sei (§. 258), da die Anteile doch nur quantitativ vom Ganzen (der Einheit) verschieden sind. Gegen St. vgl. auch G. & Arit. B. Schr. 19. S. 223 flg. Brinz, §. 131. (2. A.). Dernburg, Pr. P. R. §. 222. N. 2. Die Ansicht St.'s gipfelt in den Sätzen S. 85, 88, 152, 163; daß die intellektuelle Theilung auch in Ansehung des Rechts nur die Bedeutung einer Scheintheilung habe, und daß in den betreffenden Verhältnissen nur „eine Theilung des Wertes von Recht (resp. Objekt) bestehe.“ — Praktische Bedeutung wird man der Kontroverse kaum beimessen dürfen. Den Gesichtspunkt der Theilung des Rechts nehmen ein die §§. 10. 13. des Grundb. G.

<sup>15a</sup>) Vgl. Steinlechner, II. §. 2. gegen die dort Genannten; gewiß ist eine gemeinsame Detention alieno nomine z. B. durch eine Mehrheit von Pächtern ebensogut denkbar als der juristische Mitbesitz. Vgl. auch L. 5. §. 2 flg. D. ut in poss. 36. 4., wo es von dem missus creditor in poss. heißt: nam is, qui possidet (i. e. tenet.), non sibi sed omnibus possidet. u. L. 15. §. 18. D. damni inf. Nur bei Mobilien wird eine gemeinsame Detention der Regel nach nicht thunlich sein. Doch bedarf es, um dies zu begreifen, nicht erst der von St., S. 11, versuchten Erklärung durch die Beziehung „auf den ökonomischen Erfolg.“

<sup>15b</sup>) Entgegen der allerdings ungenügenden Begründung Savigny's, §. 11. hat neuerlich Büff, Arch. f. pr. R. W. (R. F.) 3. S. 115 flg. (wie schon Lenz, f. folg. Note) die Möglichkeit des Mitbesitzes — weil die tatsächliche Herrschaft nicht theilbar sei — rundweg geläugnet, ohne die entgegenstehenden Quellen entkräften zu können; er widerlegt sich aber selbst, indem er trotzdem Mitbesitz bei unterliegender Causa (bes. Ausübung des Miteigenthums) anerkennt, weil (?) man hier die tatsächliche Herrschaft „als einmal vorhanden unterstellt“. (?) Die Unhaltbarkeit der Argumente B.'s weisen nach: Hesse, dass. Arch. 4. S. 113 flg. Steinlechner, II. S. 2 flg. Miescher, Civ. Arch. 59. S. 155 flg.

renden intellektuellen Besitzantheil. <sup>15c</sup> Hieraus ergibt sich nun, daß kein Mitbesitzer irgend welche Besitzhandlung vornehmen darf, ohne ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der anderen Mitbesitzer, widrigens kann dieser gegen ihn die Besitzklagen (wegen Störung des Besitzes) gebrauchen. <sup>16</sup>

<sup>15c</sup>) Mitbesitz pro indiviso anerkennt das Gesetzbuch ausdrücklich im §. 833. und in den §§. 854—857. im Gegensatz zu §§. 841—843. A. b. G. B.; ebenso das röm. Recht: L. 26. de poss.: Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem usucapi potest: et certa pars pro indiviso. L. 1. §. 7. D. U. P. 43. 17., L. 5. §. 15. D. Comm. 13. 6., L. 10. D. de aqua 39. 3. Vgl. §§. 1. 7. 10. d. Gef. v. 5. Juli 1853. 3. 130. R. G. Bl., welches von der Regulirung und Ablösung gemeinschaftlicher Besitz- und Benützungrechte am Boden handelt. Vgl. Savigny, §. 22. Puchta, Pand. §. 129., und Rechtel. II. S. 50. Arndts, §. 138. Winowarter, II. S. 99. Stubenrauch, I. S. 361. Unger, I. S. 416. Brinz, I. §. 51. Windscheid, §. 152. a. G., und Lenz, a. a. O. S. 94, der freilich behauptet, bisher habe Niemand die Möglichkeit des Mitbesitzes begriffen und erklärt; als ob der Wille faktisch nicht ebensogut auf die theilweise Herrschaft über die Sache gerichtet sein könnte, als dies rechtlich im Falle des Miteigenthums vorliegt.

<sup>16</sup>) Ueber die Zulässigkeit dieser Klagen kann kein begründeter Zweifel sein. Ebensogut hat der Mitbesitzer, der vom anderen des Besitzes entsetzt wurde, die Besitzentwässerungsklagen. Vgl. die Entscheidung des obersten Ger. Hofes Nr. 226 der Samml. Gl.-N.-B.: „In Erwägung, heißt es dort, daß der gemeinschaftliche, ungetheilte faktische Mitbesitz der . . . trifft von Seite der Gemeinde und Gutsherrschaft anerkannt ist, und in Erwägung, daß dieses Besitzverhältniß durch die von der Gemeinde vorgenommene einseitige Ausmarkung mit ihren alleinigen Grenzzeichen . . . und durch die eigenmächtige Verpachtung von Theilen derselben allerdings verändert, daher gestört werde . . .“ Vgl. auch die Entscheid. Nr. 925, 2086, 3295, 3716 (eine den Mitbesitz hindernde Handlung ist Besitzstörung), 4035 (eigenmächtige Abtragung des Hauses) u. a. m. ders. Samml., dazu §. 7b. R. 16 d. B. Die Zulässigkeit der Besitzklagen gegen den Mitbesitzer anerkennt auch das röm. Recht. L. 3. §. 2. D. 39. 1. und L. 12. D. comm. div. 10. 3. Vgl. hierzu Witte, das Interd. uti poss. S. 107: Dieses Rechtsmittel (Interd. uti possidetis) steht auch einem Mitbesitzer gegen den Socius zu, wenn dieser mit der gemeinsamen Sache einseitig eine Maßregel treffen will, welche ihren bisherigen Zustand modifizirt. Vgl. auch Steinlechner, II. S. 188. Miescher, S. 184 flg. Schwierig ist L. 12. D. comm. div.: Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur, welche Savigny, S. 401, N. 3, in der Art zu verstehen scheint, daß der Miteigentümer den Socius durch das Interdikt zwingen könne, die nothwendige Arbeit zuzulassen. Diese Auslegung widerspricht scheinbar dem Prinzipie des Miteigenthums und Mitbesitzes, dem zu Folge kein Socius irgend welche Veränderung mit der Sache eigenmächtig vornehmen darf. Wir übersetzen daher in der 1. u. 2. Aufl. mit Witte, S. 107, das „aut“ mit: „denn sonst“. Allein schon Windscheid, §. 152. N. 12 a. G., fand diese Erklärung bedenklich (siehe auch Steinlechner, II. S. 155, 190, N. 1); wie ich nun sehe, unterliegt die Anwen-

Diese Auffassung liegt dem §. 833. des G. B. zu Grunde. „Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Theilhabern in'sgesamt zu“, — und es gilt also in Ansehung des Mitbesitzes nichts Anderes, als was der §. 828. in Ansehung des Miteigentums bestimmt. Das Prinzip ist hier wie dort dasselbe, nämlich dies, daß bei der intellektuellen Theilung nur die Herrschaft, nicht die Sache getheilt ist, daher zur Verfügung über den kleinsten körperlichen Theil die Uebereinstimmung aller Mitbesitzer erforderlich ist. Doch wird dieses Prinzip — den Bedürfnissen des Lebens entsprechend — modifizirt durch die sinngemäße Anwendung jener Normen, welche in den §§. 833—840. G. B. für die Ausübung des Miteigentums vorgeschrieben sind.<sup>16a</sup> Diese Anwendung erscheint

dung des I. U. P. hier, wo es sich um nothwendige Mauerreparaturen handelt (L. 35—37. D. de damno i. 39. 3. f. Rudorff, Anh. Nr. 134) darum keinem Anstande, weil jeder Miteigentümer zu dergleichen Reparaturen kraft des Gesetzes befugt ist; vgl. noch R. 16 a. a. G., und Hesse, S. 128. Miescher, S. 194. — Auch das Berliner Ober-Tribunal entschied in der vertheidigten Weise: „Richtig ist es zwar, daß der Regel nach über die von einem Mitbesitzer geübte Disposition im Possessorienprozesse nicht befunden werden kann; allein eine Ausnahme (?) tritt ein, wenn eine solche eigenmächtige und einseitige Disposition des Mitbesizers in Frage steht, durch welche jede zeitige Einwirkung der übrigen Mitbesitzer vereitelt und in deren Besitz also unmittelbar eingegriffen wird. Denn dann waltet unzweifelhaft eine Turbation ob, die auch dem Mitbesitzer nicht gestattet ist.“ (Striethorst, 6. S. 180, 34. S. 48.) Vgl. noch Göppert, Miteig. 1864. S. 36. Dernburg, §. 158. 1. Förster, §. 162. R. 50. Roth, §. 130. R. 10, welche Letzteren die Beschränkung der Klage auf den Fall der völligen Ausschließung billigen. Vgl. auch Seuff. Arch. XIII. 24. XIV. 37. XVII. 47. XXIX. 217. XXX. 232. So auch art. 677. Cod. ital.

16a) Während in der 1. Aufl. dies. B. bloß das Prinzip ausgesprochen war, wurden bereits in der 2. Aufl. (1876) auch die wesentlichsten durch die Rückwirkung des Miteigentums gebotenen Abschwächungen desselben angeführt. Fast gleichzeitig haben Hesse und Miescher a. a. O. (provocirt durch Büff's Negation) jene Modifikationen, ohne welche jenes (auch von ihnen anerkannte) Prinzip praktisch zu großen Härten und Unzukömmlichkeiten führen müßte, für das röm. R. quellenmäßig zu begründen versucht. Hesse, S. 122 fg., debucirt: Die Berechtigung zu einseitigen Besitzacten gründet sich entweder auf Vereinbarung oder auf die Bestimmung der Sache (§§. 4. 8.); außerdem kann (zufolge des auch die Mitbesitzer umschlingenden persönlichen Bandes der Communio) jeder Mitbesitzer die Sache communio nomine bewirtschaften, es sei denn, daß der Genosse Einspruch erhebe (L. 28. D. 10. 3.); daraus folge (?) die Anzeigepflicht bezüglich solcher Acte; grundloser Einspruch könne durch Klage (I. U. Poss. oder a. comm. div.) beseitigt werden (§. 7.). Mit Recht bemerkt Miescher, daß §. die Rückwirkung des Miteigentums auf den Mitbesitz nicht ausreichend erklärt, daß die behauptete Anzeigepflicht nicht bestehe, und daß §. keinen Anhaltspunkt darüber gebe, wann der Richter den Einspruch für grundlos erklären könne. — M. sucht daher S. 163 fg. die „beschränkte Selbststän-

nicht nur dadurch gerechtfertigt, daß das Gesetz selbst (§. 833. cit.), auch auf den Besitz Bezug nimmt, sondern auch durch die Erwägung, daß außerdem ein unlösbarer Widerspruch zwischen den das Miteigentum und den Mitbesitz regelnden Rechtsätzen vorliegen würde; denn wo immer der Miteigentümer zur einseitigen Vornahme einer Handlung berechtigt erscheint und zugleich Mitbesitzer ist (§. 320. G. B.), da kann (wie bereits oben S. 164 gezeigt wurde) diese Handlung nicht als eigenmächtige Besitzstörung erscheinen. Die tatsächliche Benützung ist hier nur eine Ausübung des Rechtes, bezieh. des Besitzes. So z. B. wird der Miteigentümer (Besitzer) nicht wegen widerrechtlicher Besitzstörung (§. 339.) belangt werden können, wenn er im Sinne des §. 855. die gemeinsame Wand oder Grenzhecke von seiner Seite bis zur Hälfte benützt. Wir dürfen also sagen: Soweit der Miteigentümer zu selbstständiger Behandlung (Bewirtschaftung) der gemeinsamen Sache berechtigt ist, soweit ist auch der Mitbesitzer zur tatsächlichen Verfügung befugt. Von diesem Gesichtspunkt ausgehend finden wir:

digkeit des Mitbesitzes, wie sie die Natur der Sache erfordert, besser zu begründen.“ Er debucirt aus dem Wesen des Mitbesitzes, daß die grundsätzlich unerläßliche Zustimmung sämmtlicher Theilhaber für solche Handlungen, welche nothwendig sind, um sich und Andern den verhältnismäßigen Nutzen zu verschaffen, schon in dem Willen, Mitbesitzer zu sein, liege; dieser Wille richtete sich nicht nur darauf, die Sache selbst zu nützen, sondern auch von Andern nützen zu lassen. Allein — aus dem Begriff des Mitbesitzes folgt bloß, daß der Mitbesitzer die Sache (gemeinsam mit Andern) haben — nicht auch, daß er sie auch nützen wolle; ferner können ja gerade über die Art der Benützung, sowie darüber, welche Handlungen nöthig sind, um den verhältnismäßigen Nutzen zu verschaffen, Meinungsverschiedenheiten bestehen, und der Richter ist doch nicht berufen, bei dergleichen tagtäglichen wirtschaftlichen Zwistigkeiten den ökonomischen Schiedsrichter zu spielen. M. G. gilt für das röm. Recht der Satz der L. 28.: D. neminem . . . jure facere quidquam invito altero posse (Majoritätsbeschlüsse binden nach röm. R. nicht), und dieser Satz ist (abgesehen von der stillschweigenden Zustimmung) nur modificirt: einmal durch das Recht zur bestimmungsgemäßen, den gleichen Gebrauch der Andern nicht schmälern den Nutzung, sodann durch das Sonderrecht bei gemeinsamen Mauern: halbseitiges Benützungsrecht L. 13. §. 1. L. 19. D. 8. 2., Reparaturrecht L. 32. 35—37. D. de damno inf. 39. 3. (Der singuläre Charakter dieser Normen ist überwiegend anerkannt; and. M. Roth, §. 120. R. 47. Miescher, S. 188, 192.) Daher kann auch der die Reparatur besorgende Mitbesitzer, wenn er hierbei von dem Genossen gestört wird, das I. U. P. gebrauchen; L. 12. D. comm. div. 10. 3., dazu Note 16. Um zu diesen Konsequenzen zu gelangen, bedarf es übrigens nicht eben der Berufung auf die Theorie Hering's von der extensiven Kongruenz des Eigentums und Besitzes. (Vgl. noch L. 7. §. 4. D. 10. 3.)

- a) Jeder Mitbesitzer kann einseitig den bestimmungsgemäßen Gebrauch von der Sache machen, soweit dadurch die Mitbesitzer von der gleichen Benützung nicht ausgeschlossen werden. Dahin gehört z. B. das Wassers schöpfen aus Brunnen, Bächen, das Gehen und Fahren auf Wegparzellen.<sup>16b</sup>
- b) Bei wirtschaftlich gewöhnlichen Bestzsausübungsakten (der „ordentlichen Verwaltung und Benützung“ der Sache) entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nach der Größe der Anthelle zu berechnen ist (§. 833.); bei außerordentlichen Maßregeln welche zur Erhaltung oder Meliorirung der Sache von der Mehrheit beschlossen wurden, kann die Minderheit Sicherstellung für möglichen Schaden, bezieh. Aufhebung der Gemeinschaft oder die Entscheidung des Richters verlangen (§§. 834. 835.; Näheres im Eigenthum). Stillschweigen der Mehrheit (Unterlassung des Einspruchs) gilt als Billigung. (Arg. §. 837. a. E.)
- c) Dem Grundsatz des §. 339. G. B. gemäß wird die herkömmliche unbeanstandete Benützungsweise der gemeinsamen Sache possessortisch geschützt.<sup>16c</sup>
- d) Führt ein Mitbesitzer ohne Widerspruch der Mehrheit (§. 833.) die Verwaltung des Ganzen, so wird er kraft des Gesetzes als Machthaber der Anderen angesehen. (§. 837. 3.)
- e) Weitere Modifikationen, insbes. soweit es sich um einseitige Benützungsakte handelt, gelten in Ansehung gemeinsamer Grenzscheiden (Mauern, Hecken, Plätze, Bäche u.). Zwar ergibt sich aus der Vergleichung der §§. 854—856. A. b. G. B., daß wir es auch hier mit Fällen des intellektuellen Mitbesitzes (Miteigenthums) zu thun haben; insbesondere werden Erdfurchen, Zäune, Hecken, Pflanzen, Mauern, Privatbäche, Kanäle, Plätze und andere dergleichen Scheidewände — also offenbar auch Grenzraine im Zweifel für ein gemeinschaftliches Gut angesehen. Allein eine Modifikation der Konsequenzen der *communio pro indiviso* in Ansehung der

<sup>16b</sup>) Vgl. Hesse, §§. 4. 8. Miescher, S. 167.

<sup>16c</sup>) Vgl. Miescher, S. 186, der richtig bemerkt, daß die Interdiktsformel wörtlich auf diesen Fall paßt: *Uti eas aedes . . . possidetis etc.*

Benützung enthält der §. 855., verglichen mit 854. 422. G. B. insofern, als jeder Mitbesitzer die gemeinsame Wand oder die gemeinsamen Hecken, Privatbäche (s. Ges. v. 30. Mai 1869 Nr. 93. §§. 5. 14.), Grenzplätze und Grenzraine bis zur Hälfte (Mitte) derselben von seiner Seite aus benutzen darf. Insbesondere kann der Mitbesitzer in der gemeinschaftlichen Wand bis zur Mitte (Hälfte) Blindthüren und Wandschränke dort anbringen, wo auf der anderen Seite noch keine angebracht sind (§. 855); ebenso kann jeder Mitbesitzer eines Grenzraines, Grenzzaunes oder Grenzbaumes die Früchte desselben (Gras u. s. f.) bis zur Hälfte für sich nehmen. Dies ergibt sich aus der identischen Auffassung der Grenzmauern und Grenzplätze im §. 854., aus §§. 5. 14. des Wasserges. und aus der Vergleichung des §. 422. G. B., dessen Anwendung in Ansehung der Verfügung über die Substanz der Grenzscheide durch §. 828. ausgeschlossen ist.<sup>16d</sup> Da das Gesetzbuch nur die dem Nachbar unnuachtheilige Benutzung der einen Hälfte der gemeinsamen Sache gestattet, so versteht es sich, daß jede anderweitige eigenmächtige Verfügung über die Substanz, z. B. durch Einreißen der Mauer, Abackern des Grenzraines und dgl., als Eingriff in den Mitbesitz mit Besitzstörungenklagen

<sup>16d</sup>) Unter „gemeinschaftlichem“ Eigenthum versteht das Gesetz (§§. 361. 825 flg.) nur die *c. pro indiviso*. Irrig faßt Unger, I. S. 414. Nr. 18. (dem ich in der 1. Auflage beistimme) die Fälle der §§. 854—856. als Fälle der *communio pro diviso*, wohl verleitet durch die Gewährung des halbseitigen Benützungrechtes. Allein hierin liegt nur eine Modifikation der Konsequenzen der *c. pro indiviso*, welche in ähnlicher Weise schon im röm. Recht anerkannt ist. Vgl. L. 13. §. 1. D. 8. 2. *Parietem communem incrustare licet . . . sicut mihi, pretiosissimas picturas habere*; L. 19. §§. 1. 2. D. eod. *Scalas posse me ad parietem communem habere*. (Vgl. dazu Windscheid, §. 169a. Note 4. Hesse, Nachbarr. II. S. 257.) Auch im preuß. R. ist das Miteigenthum an Grenzmauern u. s. w. ein intellektuelles. Vgl. §§. 133—136. I. 8.; Förster. II. §. 170. S. 151.; anderer Ans. aber Dernburg. §. 215. Nr. 13. — Für die *commun. pro indiviso* spricht auch §. 421. G. B., welcher bezüglich des stehenden Baumes (anders als das röm. Recht, L. 7. §. 13. L. 8. D. 41. 1.), übereinstimmend mit §. 286. I. 9. R. N., unzweifelhaft ungetheiltes Miteigenthum anerkennt. (Am gefällten Baum nimmt auch das röm. Recht L. 83. D. 17. 2. *c. pro indiviso an*. Vgl. Pagenstecher, Eigenth. II. 145., Bangerow, §. 329.; dazu Förster, §. 173. Nr. 44., Gruchot, VII. S. 122.) — Von den österr. Kommentatoren spricht sich Stubenrauch, I. S. 1131. in unserem Sinne aus, ebenso Monti, §. 30.; farblos Kirchsteiner, S. 210.

abgewehrt werden kann. (Fälle dieser Art geben in der Praxis häufig Anlaß zu possessorischn Prozessen. Vgl. auch Nr. 1905. 2301. der Samml. Gl.-U.-W.)

Kurz die Grundsätze der §§. 833—830. sind sinngemäß auch auf den Mitbesitz anzuwenden. Können sich somit die Mitbesitzer über eine neue, von der bisher üblichen abweichende Benutzungsart nicht durch Stimmenmehrheit (§. 833.) ausdrücklich oder stillschweigend einigen, so muß dieselbe unterbleiben, es wäre denn, daß bei außerordentlichen, die Erhaltung oder Meliorirung betreffenden Akten der Richter entschieden hätte, daß die Veränderung stattfinden solle. (§§. 834. 835.) Es gilt der Satz: in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse. (L. 28. D. comm. div. 10. 3.).<sup>16e</sup>

Doch müssen die Antheile der einzelnen Besitzer bestimmt und denselben bewußt sein, da sonst die Willensrichtung der erforderlichen Bestimmtheit entbehrt.<sup>17</sup> Daraus folgt aber weiter, daß die

16e) Vgl. auch Steinlechner, S. 81. Zu dieser Bemerkung veranlaßt mich ein mir von Dr. Stifter mitgetheilter Rechtsfall. (Mitbesitz an einer Hütte mit einem einzigen Sparherd, über dessen Benutzung sich die Mitbesitzer nicht einigen konnten.) Darum kann auch nicht bezweifelt werden, daß die zwangswise Einführung in den Mitbesitz recht wohl zulässig ist; der Einwand, daß der Richter den Besitzwillen des anderen widerstrebenden Mitbesitzers nicht beherrschen könne, erledigt sich durch die Erwägung, daß die exekutive Durchführung des richterlichen Spruchs hier wie überall gegen Widerstand gesichert ist.

17) L. 32. §. 2. D. de usurp.: Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent quodam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit. Die Subtilität liegt, wie Savigny, S. 261, N. 2, meint, in der Annahme, daß Niemand von den mehreren Besitzern besitzen soll, während es doch gewiß näher läge, wenn die Antheile nicht ausdrücklich bestimmt sind, Gleichheit derselben anzunehmen, z. B. wenn zwei besitzen, Jeden zur Hälfte als Besitzer anzusehen, oder Beiden zusammen die Interditte zu geben. Vgl. Puchta, Vorles. I. S. 256. — Uns scheint die Subtilität darin zu liegen, daß es natürlicher scheinen könnte, — und dies behauptet in der That neustens Windscheid, §. 152. 3. — daß wenigstens gegen Dritte jeder Mitbesitzer die Interditte habe, da ja die Frage, mit welchem Antheile der Einzelne am Besitze partizipirt, bloß das Verhältnis der Besitzer unter einander berührt. Indes halten wir die im Texte ausgesprochene Ansicht für die logisch allein konsequente. S. nun auch Baron, §. 115. Steinlechner, 2. S. 20. Meißneider, §. 43. S. 217. „Diesen Satz (Labeo's) halte ich für durchaus unabweisbar“; S. 220. „Wenn auch nur vorläufige Willensbefestigung (in Ansehung der Quoten) nicht vorhanden ist, bleibt nur übrig, ihnen (den Mitbe-

Mitbesitzer über ihre Antheile am Besitze untereinander einig sein müssen; so lange sie nicht einig sind, besteht Streit über den Besitz; Keiner von ihnen kann gegen den Anderen die Besitzklagen gebrauchen, denn Keiner von ihnen besitzt; pro indiviso nicht, weil es an der Uebereinstimmung in Ansehung der Besitzantheile gebricht, — ausschließlich aber auch nicht Mangels der zum Alleinbesitze erforderlichen Alleinherrschaft und des entsprechenden Willens. Darum heißt es (subtil zwar) aber logisch richtig in L. 32. §. 2. de usurp. Pomponius): Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quodam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.<sup>18</sup> Es versteht sich aber, daß

figern) den Interdiktschutz zu versagen.“ Auch in L. 3. §. 1. D. 34. 4. bedeutet m. subt. die strenge Konsequenz, s. Meißner, S. 200 flg. Dagegen deduzirt Brinz, I. §. 136. N. 40. (2. U.) aus L. 32. §. 2. cit., daß man „nach Umständen“ von der Konsequenz abgegangen sei und auch Steinlechner, 2. S. 19 flg. meint, daß zwar Lab. u. Pomp. den Mitbesitz läugnen, aber „nur nach mera s. (aus der Strenge des R.), — denselben also (?) indirekt vom Standpunkt des posit. Rechts zugeben.“ Welches andere Recht könnten aber die Juristen im Sinne haben? — Eigenthümlich interpretirt Böcking, P. §. 124. N. 11, die L. 32. cit.: „Labeo schreibe ohne alle Subtilität: mera subtilitate, d. h. in abstrakter (von dem Gegenstande der Begrenztheit des Objektes kein Bewußtsein habender) Vorstellung könne Niemand besitzen.“ Daß diese Auslegung richtig, die bisher übliche ungrammatikalisch sei, will uns nicht einleuchten. Dagegen siehe auch Windscheid, §. 152. N. 12, der aber darin irrt, daß er behauptet, die Meinung Labeo's sei in L. 32. cit. verworfen. Rudorff, zu Puchta a. D., erklärt „m. subtilitate“ gleich: im Rechtsinne. Keinesfalls liegt in diesen Worten eine Mißbilligung der Ansicht Labeo's, höchstens „eine zweideutige Anerkennung des Scharfsinns“ desselben durch Pomponius. (Meißneider, S. 217.) Schneider, Zeitschr. f. Schweiz. R. II. S. 599, übersetzt: Niemand besitze in ungreifbarer Weise u. — Die Konsequenz bringt es mit sich, daß wir die Ansicht Labeo's, wie für das österr., so für das preuß. Recht und die übrigen modernen Gesetzbücher als richtig annehmen. Siehe Förster, §. 160. N. 20, und Gyner, Trad. S. 30. Anderer Ansicht für das preuß. R. ist aber Dernburg, §. 150. N. 10 (11).

18) So auch Seuff. Arch. XXVIII. Note 11 (Berliner Ober-Tribunal). Instruktiv ist folgender praktische Fall: A und B benützen bisher gemeinschaftlich einen zwischen den Häusern derselben gelegenen Hofraum, und zwar A als Lagerplatz, B als Wagenremise. Die Bornahme dieser Handlungen wurde wechselseitig stillschweigend geduldet. Als nun einmal B gegen die bisherige Gemobtheit mit Wagen und Pferden in neuen Bahnen fuhr, klagte ihn A wegen Besitzstörung, Alleinbesitzig vorgehend, wurde aber abgewiesen, da B im Mitbesitze (sic) des Hofes sei. Als später A denselben Hof mit Bäumen besetzte, klagte ihn B wegen Besitzstörung. — Die Entscheidung müßte offenbar verschieden ausfallen, wenn B sich wirklich im Mitbesitze befände, als wenn er seine Klage bloß auf den etwa behaupteten

sie einzeln oder gemeinschaftlich gegen Dritte die Besitzklagen gebrauchen können, sofern sie sich (selbstverständlich vor der Störung) auch nur vorübergehend über ihre Besitzanteile einigen.<sup>18a</sup>

An Sachen, rücksichtlich deren die Eigenthums-Gemeinschaft pro indiviso durch Gesetz für unzulässig erklärt ist, ist auch ein ungetheilter Mitbesitz rechtlich nicht statthaft.<sup>19</sup>

### §. 18. Besitz an Theilen einer Sache.

Bezüglich des Besitzes an zusammengesetzten Sachen ist die im gemeinen Rechte sehr bestrittene Frage zu erörtern, ob an Theilen einer solchen ein gleichzeitiger Besitz Dritter möglich sei, und inwiefern der Besitzer derselben zugleich als Besitzer der einzelnen Bestandtheile angesehen werden könne. (Die Resultate s. am Schlusse dieses Paragraphen, welche die praktische Bedeutung dieser Frage illustriren.)

#### Der Gegensatz zwischen einfachen und zusammengesetzten

Alle in besitz stützen würde. Im ersteren Falle müßte er aus den im Texte angeführten Gründen mit der Klage durchdringen; im zweiten Falle, wegen nicht nachgewiesenen Besitzes (denn compossessio in solidum ist unmöglich), abgewiesen werden. Allein auf den Mitbesitz kann er sich in unserem Falle nicht stützen, weil dieser Uebereinstimmung der Mitbesitzer in Ansehung der Besitzquoten voraussetzt (vgl. vorige Note), diese Uebereinstimmung der Mitbesitzer aber mangelt. Darum erscheint die Motivirung des erstgenannten Erkenntnisses (daß nämlich B Mitbesitzer sei) irrig; es wäre einfach damit zu begründen gewesen, daß Kläger seinen Alleinbesitz nicht erwiesen habe.

18a) So auch Meißner, S. 218—220. Treffen die Mitbesitzer, z. B. Miterben, in Unkenntniß der Quoten, zu welchen sie berufen sind, das vorläufige Uebereinkommen, sich darüber später zu einigen, so wird die Annahme vorläufig gleicher Besitzquoten ihrem präsumtiven Willen entsprechen. Vgl. §. 839. B. G. B. und §. 2. I. 17. E. R., welche diese Vermuthung geradezu aussprechen. Für diesen Fall ist die Annahme Savigny's wohl zu rechtfertigen. Siehe auch Förster, §. 158. R. 19. Roth a. D. und Meißner, S. 219, dessen Zweifel über den Sinn meiner Meinung durch die im Text eingeklammerten Worte wohl befeitigt sein dürften.

19) An Bauergütern war früher eben darum nur Ehegatten ein Mitbesitz pro indiviso gestattet. Vgl. Hofdekret vom 31. März 1788 und die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 22. April 1857, Z. 2079 (Peitler's Samml. Nr. 821), mit welcher der Besitz der Hälfte eines Bauergutes durch Dritte zur Erbschaft für ungeeignet befunden wurde — mit Recht, denn das Rechtsverbot gestattet nicht das Entstehen eines gültigen Besitzwillens. — Gegenwärtig ist auch an Bauergütern ein Mitbesitz pro indiviso zulässig, ebenso an anderen Gütern, selbst wenn die Theilung an irgendwelche nicht erfüllte Voraussetzungen gebunden wäre, z. B. beim Fideikommiß.

Sachen besteht darin, daß erstere (res unitae) entweder bloß aus Einem Stoffe oder zwar aus mehreren Stoffen oder Stücken bestehen, welche jedoch dergestalt zu einem Ganzen organisch oder chemisch verbunden sind, daß die einzelnen Theile ihre physische individuelle Existenz verlieren; während bei zusammengesetzten Sachen (res compositae, connexae) die einzelnen zu Einem Ganzen verbundenen Theile ihre physische Existenz behalten, und in der Verbindung nur ihr abge-sondertes Dasein aufhört.<sup>1</sup>

Während also die durch mechanische Einwirkung erfolgende Theilung der einfachen Sache wieder nur Theile derselben Art schafft, erscheinen die Theile einer zusammengesetzten Sache nach der erfolgten Trennung als selbstständige Sachen und zwar anderer Art, als welcher das Ganze angehört.<sup>2</sup> Der Sprachgebrauch bezeichnet diese Verschiedenheit ganz richtig in der Art, daß im ersteren Falle von einer Theilung, im letzteren Falle von einer Zerlegung gesprochen wird.

1) Vgl. über diese sehr heiklen und wichtigen, und doch vernachlässigten Begriffe Puchta, Rechtsl. II. S. 52—54, Pand. §. 37. Sinenis, I. §§. 41. und 43. Arndts, §. 53. Brinz, I. §. 51. Unger, I. S. 419 fg. Windscheid, P. §§. 138. 142. Göppert: Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen (1871), worin der Einfluß der stoischen Philosophie auf die Konstruktion der römischen Juristen nachgewiesen wird; ferner Meißner, §§. 18. 19. Vesterer bemerkt S. 108 mit Recht, daß die Theorie von der Unmöglichkeit des Besitzes der Bestandtheile einer zusammengesetzten Sache wegen der Resultate, zu denen sie führt, eine berechtigte Skepsis herausfordere. Was indes Meißner, S. 108, über die Nothwendigkeit der neuen Apprehension an den Theilen der zerstörten Sache anführt, ist nicht richtig. Vgl. Note 22. Beispiele einfacher Sachen sind: eine Pflanze, ein Thier, ein Marmorstein, einfache Flüssigkeiten. Beispiele zusammengesetzter Sachen: ein Wagen, ein mit Steinen besetzter Ring, eine Uhr, eine Salzlösung. Lenz, S. 121 fg., unterscheidet die Mobilien in Real-, Ideal- und Kollektivspezies; zählt zu den Ersten kompakte Massen organisch oder mechanisch kohärenter Bestandtheile, zu den Zweiten die aus mehreren mechanisch kohärenten Real-spezies bestehenden Körper, die zu einem bestimmten Zwecke dauernd verbunden sind, zu dem Dritten die Quantitäten. Nur die beiden ersten Arten seien Besitzobjekte. Diese Unterscheidung ist weder erschöpfend, noch zweckmäßig. Der hier vertretenen Ansicht tritt bei Monti, §. 31.

2) Wird z. B. eine Pflanze, eine Marmorplatte, ein Laib Brod in Theile zerlegt, so erscheinen die Theile eben nur als gleichartige Theile des Ganzen, von dem sie getrennt wurden. Bei der Zerlegung eines Hauses in Balken, Steine, Fenster, Thüren u. s. f., des Wagens in Räder und Gestelle erscheinen diese Theile als selbstständige Sachen und zwar von anderer Art als die Hauptsache. Daher auch die Bezeichnung der res compositae als universitates rerum cohaerentium. Es gilt dies wohl von allen und nicht, wie Einige (vgl. Unger, a. a. D. S. 423) meinen, nur von manchen zusammengesetzten Sachen. Vgl. noch Schiffrer, §. 75., dessen Bedenken mehr naturwissenschaftlicher Art ist.

Es ergibt sich nun zunächst aus der Natur der Sache, daß an einzelnen Sachen nur Ein Besitz — nämlich an dem Ganzen denkbar ist. Ein Besitz Mehrerer (pro diviso) an denselben ist nach der Natur der Sache nicht möglich.<sup>3</sup>

Bei zusammengesetzten Sachen sind zunächst zu unterscheiden:

a) solche, bei welchen die Zusammensetzung der Theile zu einem Ganzen die physische Einzelexistenz der Theile vollständig aufhebt, indem dieselben auf feste Weise zu Einem Ganzen verbunden sind, z. B. die Balken in einem Hause, die Sparren im Dache, die Balken eines Schiffes;

b) solche zusammengesetzte Sachen, bei welchen die Verbindung keine feste, sondern bloß lose ist, in der Art, daß hiedurch die physische Sonderexistenz der Theile fortbesteht, z. B. die Schaufelräder, die Schraube oder Dampfmaschine eines Dampfschiffs, obgleich auch hier die Theile zum Begriffe des Ganzen erforderlich sind.<sup>4</sup>

Es ist nun u. G. aller Nachdruck darauf zu legen, daß nur an selbstständigen Sachen ein Besitz möglich ist; wo eine Sache in Folge der Verbindung ihre Selbstständigkeit eingebüßt hat, kann von einem Besitz an derselben keine Rede sein. Darauf, daß die Verbindung eine unauflöslliche sei, wie Sintonis meint, kann wohl Nichts ankommen. Ein verbauter Stein z. B. hört gewiß auf, selbstständig zu sein, und doch ist die Verbindung nicht unauflösllich.

3) Vgl. Unger, a. a. D. Es gibt keinen abgesonderten Besitz derselben oder verschiedener Personen an den Füßen, am Kopfe, am Rücken eines Pferdes, sondern nur Einen Besitz am Pferde. Hierher ist vielleicht L. 8. D. de rei vind. zu beziehen: Nunquam enim pro diviso (sc. res mobilis) possideri potest. Vgl. L. 44. D. 21. 2. und Windscheid, §. 152. R. 8.

4) Die Anwendung dieser Begriffe im Konkreten ist mitunter schwierig. So z. B. zählt Unger, I. S. 421 u. 422, N. 11, die Verbindung des Mastbaumes mit dem Schiffe zu den Verbindungen der letzteren, die Verbindung der Räder mit dem Wagen zu Verbindungen der ersteren Art, während es sich wohl umgekehrt verhält, daher erklärt sich wohl der Widerspruch Unger's, §. 52. in der Note 10, 20 und 21. Kein Gegenargument kann entnommen werden aus L. 7. §. 1. D. ad exhib., die bekanntlich sehr schwierig zu erklären ist (vgl. Savigny, §. 7e. §. 22. S. 269, Note) und die wir dahin verstehen, daß der Besitzer des Wagens das Rad exhibiren müsse, auch wenn er es nicht juristisch besitze, z. B. weil ihm dasselbe von einem Dritten bloß geliehen wurde. (So nun auch Meischer, S. 109.) Keineswegs darf aber aus dieser „vieldeutigen“ Stelle geschlossen werden, daß das Verhältnis des Rades zum Wagen etwa dasselbe sei, wie das des Tischfußes zum Tische. (Vgl. auch Schirmer zu Unterholzner, I. S. 164, Note.)

Es ist daher so viel außer Zweifel, daß ein Besitz verschiedener Personen an Theilen zusammengesetzter Sachen der ersteren Art aus physischen Gründen unmöglich ist. Denn so lange die Verbindung dauert, hat nur der Besitzer des Ganzen die physische Gewalt über den Theil. Mit der erfolgten Verbindung verliert daher der frühere Besitzer den Besitz (corpore nämlich) und übergeht derselbe durch diese Thatsache allein auf den Besitzer des Ganzen. Erst nach der Trennung kann ein abgesondertes Besitz daran für Dritte wieder entstehen.<sup>5</sup>

Anderes an zusammengesetzten Sachen der zweiten Art. Es steht Nichts entgegen, an den Theilen derselben einen abgesonderten Besitz zu denken.<sup>6</sup> Doch ist während der Dauer der Verbindung ein Besitz Dritter an den Theilen nur insofern möglich, als der Besitzer des Ganzen dieselben in ihrem Namen detinirt.<sup>7</sup> Es fällt demnach der Besitzerwerb und Verlust von Theilen an Sachen der letzteren Art unter die allgemeine Regel.

In Rücksicht der Frage, ob und inwieweit der Besitzer einer zusammengesetzten Sache zugleich als Besitzer eines einzelnen Bestand-

5) Vgl. Buchta, Rechtsl. II. S. 32, Instit. II. S. 566. Unger, I. S. 422. Gyner, Trab. S. 29. Mit der Einfügung des Balkens in das Gerüste, der Anschweißung eines Armes an eine Statue, der Einfügung eines Fußes in ein Möbelstück, erwirbt der Besitzer des Ganzen den Besitz dieses Theiles und es kommt auf den besondern Bestwillen desselben in Ansehung des Theiles gar Nichts an, weil eben der Besitzerwerb, resp. der Verlust, auf rein physischen Gründen beruht. Es ist daher auch nicht möglich, daß der Besitzer des Ganzen einen Theil im Namen eines Anderen besitzt. Es ist ebensowenig möglich, daß der Besitzer eines Tisches den Fuß desselben im Namen eines Dritten besitze, als der Eigenthümer eines Hauses einen verbauten Balken. Denn vor der Trennung ist eben eine physische Herrschaft des Dritten auch mit dem Willen des Detentors nicht denkbar. Darum heißt es in L. 23. §. 7. D. de rei vind.: neque enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat. —

6) Vgl. Unger, S. 421. Sintonis, I. S. 449.

7) So z. B. kann A die Schaufelräder, B das Schiff, oder A das Wagengestelle und B die Räder besitzen. Der Besitzer des Schiffes, des Wagens erscheint dann rücksichtlich der Räder als Stellvertreter des Besitzers. Vgl. Gyner, S. 29, N. 13. Verbindung von Immobilien mit Mobilien wird regelmäßig die selbstständige Existenz der bisher getrennten Ganzen nicht aufheben. Vgl. Holzshuber (Kunze), Theorie und Raf. d. Civilr. II. §. 88., und den daselbst angeführten Fall (Eu ff. Arch. XI. Nr. 210), in welchem das D. A. G. in Cassel den Grundsatz anerkennt, daß durch die Verbindung mehrerer auf eigenen Grundflächen ruhenden Häuser zu einem neuen Ganzen der Einzelbesitz derselben nicht aufgehoben werde.

theiles anzusehen sei, geht Savigny, a. a. D. §. 22., dem die Meisten folgen,<sup>8</sup> von folgenden Grundsätzen aus:

Wer den Besitz des Ganzen erwirbt, besitzt nicht die einzelnen Theile, sondern nur das Ganze. Wer also einen Wagen in Besitz nimmt, besitzt nur den Wagen, nicht die Räder, kann daher die Letzteren, auch wenn sie gestohlen wären, miterstehen, wenn der Erstzueigentümer des Wagens Nichts entgegensteht.

Umgekehrt: kann der Wagen z. B. als *res furtiva* nicht erseht werden, so fällt auch die Usufapion des Rades hinweg. Mit der erfolgten Zerlegung beginnt daher an den Theilen ein neuer Besitz, und wenn die Usufapion des Ganzen nicht vollendet ist, eine neue Usufapion. Die vollendete Usufapion erstreckt sich aber auch auf die

8) So Puchta a. D. Holzschuber, §. 84. Baron, §. 115.; wesentlich: Madai, Arch. XXV. S. 213. Windscheid, P. §. 152. Bangerow, I. §. 204. Binding, Arch. 27. 9., nur mit der Abweichung, daß die Letzteren in Rücksicht der Erstzueigentümer das, was Savigny für Baumaterialien als Ausnahme ansieht, daß nämlich die Usufapion des Hauses nicht auch die des Baumaterials bewirkt, als allgemeine Regel auffassen, worin sie (vgl. L. 23. §. 2. D. de usurp. L. 23. §. 7. de rei vind.) gewiß Recht haben. — Der Savigny'schen Ansicht gegenüber steht die Unterholzner's, Verjähr. I. §§. 49. 50., dem im Wesentlichen Sinteris, Civ. Arch. XX. S. 75, und Civilr. §. 43. N. 14, und §. 51. N. 11, und Kierulff, I. S. 375, folgen. Sie geht wesentlich dahin: Eine unbewegliche Sache wird immer nur als Ganzes, nicht auch in ihren Theilen besessen; nach der Trennung beginnt also neuer Besitz und neue Usufapion, selbst dann, wenn die Usufapion des Ganzen schon vollendet ist. Durch die Verbindung der beweglichen Sache mit einer unbeweglichen wird daher deren Besitz unterbrochen. Dagegen ist der Besitzer einer beweglichen zusammengesetzten Sache zugleich Besitzer der einzelnen Bestandtheile, und es dauert daher an beweglichen Sachen Besitz und Usufapion fort, wenn sie auch mit anderen beweglichen Sachen zu einem Ganzen verbunden werden. Doch weicht Kierulff insofern ab, als er bei Mobilien Sonderbesitz dann läugnet, wenn eine Sache zu der anderen in das Verhältnis einer dienenden Nebensache tritt. Eine dritte Meinung (Böcking, §. 124. N. 15, 16. Lenz, S. 139. Brinz, S. 181. Rudorff, Anh. 81) geht dahin, daß ohne Unterscheidung von Mobilien und Immobilien ein Sonderbesitz an „integrirenden“, „körperlich verbundenen“ Theilen eines Ganzen unzulässig ist, ohne sich näher darüber auszusprechen, wann eine Sache als integrierender Theil anzusehen sei. — Bei der Auffassung Unterholzner's müssen wir uns fragen, worin denn der innere Grund der Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen liege: in den Quellen deutet Nichts auf die Nothwendigkeit einer solchen hin. Im Gegentheile sind in der L. 30. §. 1. D. de usurp. beide Fälle mit einem „ergo“ verbunden, was darauf hinweist, daß die Unterscheidung hier wie dort auf demselben Principe beruhe. Vgl. auch Brinz, I. S. 182 (1. A.). Und dieses Prinzip ist: wo ein Theil in dem Ganzen aufgeht, seine Sonderexistenz einbüßt (wie dies fast immer bei Baumaterialien der Fall ist), da kann von einem Besitze desselben keine Rede sein. Anders, wo die Theile trotz der Verbindung ihre Sonderexistenz wahren: „cum utrumque maneat integrum“ L. 30. cit.

Theile; erfolgt daher die Zerlegung erst später, so beginnt zwar an den Theilen ein neuer Besitz; eine neue Usufapion ist aber nicht nöthig. Eine Ausnahme trete bei Baumaterialien ein, indem die Usufapion des Hauses sich nicht auf sie erstreckt, wenn beide verschiedenen Eigenthümern gehören, was seinen Grund in der bekannten Suspension der Klage auf Trennung derselben habe.<sup>9</sup>

Gestützt wird diese Ansicht auf L. 23. pr. D. de usurp. 41. 3.: Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligitur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit: accedit eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum ampliori: quod absurdum et juri civili minime conveniens, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta quum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficiei. . . (Die weiter berufene L. 8. D. quod vi [43. 24.] hat nicht auf diese Frage Bezug.) L. 23. §. 2. eod.: Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore. . . usucapiantur, et non potest recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt. Vgl. auch L. 23. §. 7. D. de rei vind.

Erklärt wird der vorstehende Grundsatz aus der Natur des Besitzes, wie folgt: Wer den Besitz des Ganzen hat, besitzt nicht zu-

9) Nach der modificirten Auffassung Windscheid's (f. N. 8), Bangerow's und Lenz's, S. 144, ist diese Ausnahme die Regel. Es erstreckt sich also die vollendete Usufapion des Ganzen nicht auf die Theile, außer wenn beide denselben Eigenthümer haben, weil im letzteren Falle die Bindungsklage sowohl auf das Ganze als auf die Theile erloschen ist. Eigenthümlich ist die Ansicht Baron's, Gesamtrechtsverhältnisse S. 54 flg., welcher selbst an integrierenden Bestandtheilen einer zusammengesetzten Sache, z. B. Bausteinen, neben dem Besitze am Ganzen auch noch Besitz an den Theilen annimmt, wegen L. 30. §. 1. de usurp., wo jedoch *columnae* und *tegulae* gewiß nicht als integrierende Theile des Hauses gedacht werden dürfen. Vgl. Savigny, §. 22. S. 269, Note 1. Baron kann auch die offenbar widersprechende L. 23. de usurp. (Favolen) nicht anders beseitigen, als indem er Favolen eines Irrthums in den Motiven zeibt (S. 57). — An integrierenden Bestandtheilen ist ein Besitz für sich physisch unmöglich und logisch undenkbar. (Ueber Meißner's Erklärung siehe Note 13 a.)



gleich die einzelnen Theile, denn diesem Besitze der Theile steht zwar nicht das physische Erforderniß des Besitzwerbes im Wege, da die physische Einwirkung auf die Theile ungeachtet der Verbindung fortdauernd möglich ist. Wohl aber müsse die Möglichkeit des animus possidendi geläugnet werden, denn da das Ganze eben nur aus einer Kombination der Theile besteht und der Begriff des Ganzen wegfällt, sobald man sich die Verbindung wegdenkt und die Theile als besondere Ganze auffaßt, so kann neben einem auf das Ganze gerichteten Besitzwillen unmöglich ein Besitzwille Platz greifen, der auf die einzelnen Theile in ihrer Besonderheit gerichtet wäre.<sup>10</sup>

Allein diese Behandlung ist in ihrer Allgemeinheit wohl nicht richtig. Zwei Fälle sind hier, wie früher gezeigt, wohl zu unterscheiden: Entweder verlieren die Theile in der Verbindung ihre Sonderexistenz, gehen im Ganzen auf, z. B. Bausteine im Gebäude; — oder sie behalten trotz der Verbindung ihre Sonderexistenz, z. B. die Räder eines Wagens oder die Schraube oder die Schaufelräder eines Dampfschiffs. Im ersteren Falle stimmen wir im Resultate mit der herrschenden Ansicht überein, daß ein Besitz an den Theilen für sich unmöglich sei, — wegen des Mangels eines selbstständigen Objectes. Es wird daher durch eine solche Verbindung der bisherige Besitz aufgehoben; dagegen beginnt mit der Trennung ein neuer Besitz. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob bewegliche Sachen mit unbeweglichen oder mit beweglichen verbunden werden. (Darin unterscheidet sich u. Ansicht von der herrschenden Meinung.) Werden z. B. Bausteine in einem Gebäude verbaut, wird in ein Möbelstück ein Fuß, in eine Dampfmaschine ein Kolben

10) Vgl. Savigny, a. a. D. §. 22. Koch, S. 171. Gesehen, I. §. 209. Bangerow, S. 421. G. F. Puchta, im Rechtsl. S. 52 u. 53. Arndts, §. 138. Brinz, §. 135. Lenz, S. 140 fg. Windscheid, §. 152. Dagegen will Meißcheider, §. 19., den Satz von der Unmöglichkeit des Besitzes der Theile in und mit dem Ganzen lediglich in Beziehung auf die Usukapion gelten lassen und den Grund desselben in der Ausschließung der Exhibition und vindictation verbauter Mobilien finden. — Die Savigny'sche Theorie findet sich ausgesprochen im 2. Sage §. 191. des sächs. Gesetzbuchs: „Nur an einzelnen Sachen findet Besitz statt. Wer einzelne von ihm besessene Sachen zu einem Ganzen verbindet, setzt den Besitz derselben in dem Ganzen fort. Wird die Verbindung einzelner Sachen zu einem Ganzen aufgehoben, so wird der Besitz an den einzelnen Sachen fortgesetzt.“ — Diese Bestimmung ist offenbar weder ausreichend, noch allgemein richtig.

eingefügt, so ist der Besitzer des Ganzen als solcher Besitzer des Theiles. Von einer Ersetzung des Theiles für sich kann keine Rede sein; erst mit der Trennung kann die Usukapion derselben beginnen.<sup>10a</sup> Anders im zweiten Falle, wo die Theile ihre Sonderexistenz behalten, sei es, daß sie in gleichem oder in untergeordnetem Verhältnisse zu einander stehen. Hier ist es im Gegentheile sehr wohl denkbar, daß der Besitzer des Ganzen seinen Besitzwillen auch auf die Theile als Einzelsachen richte, ohne daß damit der Besitzwille in Ansehung des Ganzen unvereinbar wäre, wie z. B. wenn er an einen Wagen ein neues Rad annimmt; oder wenn er die Sache in ihre Theile zerlegt und sie dann wieder verbindet, z. B. beim Abnehmen und Einsetzen der Schaufelräder, der Schraube des Dampfschiffes, der Thüren des Hauses u. s. f.<sup>11</sup>

10a) Daher heißt es in L. 23. §. 2. de usurp.: Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt; . . . et non potest uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt, und L. 23. §. 7. de rei vind.: nec enim singula cements usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat. Diese Entscheidungen sind daher keine Ausnahmen, wie Savigny a. a. D. behauptet, sondern enthalten ein Prinzip, das in Ansehung der beweglichen Sachen in L. 8. D. de rei vind. positiv, und in L. 30. §. 1. de usurpatione a contrario ausgesprochen ist. Es ist daher nicht richtig, wenn Meißcheider, S. 112, diese Quellenentscheidung nur „vom Standpunkte des röm. Rechts, welches die Gebäude als Immobilien ansieht“, und nur in Beziehung auf die Usukapion für gerechtfertigt anerkennen will. S. dagegen Förster, §. 160. R. 21 u. 22, welcher in jenen Stellen gleichfalls Nichts Singuläres erblickt. Eine andere Frage ist es, ob nicht das preuß. L. R. (§. 189 fg. I. 7. §. 582. I. 11., §§. 199. 200. I. 22.) gesonderten Besitz an der Superficie zulasse? Dafür Dernburg, I. §. 150. und das dafelbst cit. Präjudiz des D. Trib.; dagegen aber Förster, §. 160. R. 27 u. 32, der hier allerdings einen schwierigen Stand hat. — Unrichtig ist daher die allgemeine Behauptung (vgl. Note 8): daß bei beweglichen Sachen der Besitzer des Ganzen immer zugleich Besitzer der Theile sei. (So insbes. Unterholzner l. c.)

11) Daß durch die Verbindung einer Sache mit einer anderen durch den bisherigen Besitzer der frühere Besitz desselben an dem Theile nicht aufhört, wird fast allgemein anerkannt; denn es fehlt ja der zum Besitzverluste animo erforderliche Willensentschluß in contrarium (animus non possidendi). Vgl. Savigny, §. 22. S. 268. Puchta, Rechtsl. II. S. 53. Bangerow, I. S. 422 (6. Aufl.). Wenn Puchta, a. a. D., dagegen einwendet, daß, wenn auch der Besitzwille zufälliger Weise zugleich auf die Theile ginge, es doch an jeder Verkörperung dieses Willens durch Apprehension des Theiles für sich fehlen würde, so ist dagegen zu bemerken, daß es so einer Verkörperung gar nicht bedarf, da die physische Macht über die Theile vorausgesetzter Maßen vorhanden ist. Mit Entschiedenheit erklärt sich auch Brinz, I. S. 181, gegen die Annahme, daß bei der späteren Einfügung des besessenen Theiles in das Ganze eine andere Behandlung statthabe, als wenn gleich

In diesen Fällen kann doch wohl die Existenz des besonderen Besitzwillens auch in Ansehung der Theile nicht geläugnet werden. Es entfällt daher das aus dem Erfordernisse des Animus hergenommene Argument gegen die Annahme eines Besitzes an den Theilen neben dem Besitze am Ganzen.

Man muß im Gegentheile behaupten, daß der Wille des Besitzers des Ganzen mittelbar zugleich auch auf den Besitz der Theile geht, — allerdings auf den Besitz der Theile als Theile des Ganzen, nicht als selbstständiger Ganzen. Denn aus Theilen besteht das Ganze, und wer das Ganze will, will eben auch die Theile. Durch den Besitz des Ganzen wird der Besitz der Theile vermittelt; in und mit dem Ganzen werden auch die Theile beseffen. Dies erkennen im Grunde die Eingangs gedachten Schriftsteller selbst an, indem sie ihre Behauptung näher dahin erklären, daß nicht der Besitz der Theile ganz negirt, sondern nur gesagt sein solle, daß die einzelnen Sachen nicht als besondere Sachen beseffen werden; in und mit dem Ganzen würden sie allerdings beseffen.<sup>12</sup> Allein hierin liegt einerseits eine Anerkennung des Besitzes und andererseits die Behauptung, daß der Besitz an dem Theile im Grunde gar kein Besitz sei, — ein Widerspruch, für dessen Annahme es an jedem positivrechtlichen Stützpunkte fehlt. Das Wahre an der gegentheiligen Behauptung ist, daß der Besitz am Theile während der Verbindung mit dem Ganzen eben nur ein Besitz an einem Theile und nicht an einem selbstständigen Ganzen ist.<sup>13</sup> Diesen Grundsatz erkennen auch die Quellen prinzipiell an, und

ursprünglich der Besitz des zusammengesetzten Ganzen erworben werde, namentlich wegen des Zwiespaltes, der sonst zwischen Eigenthum und Besitz bestände (diesen Zwiespalt vermeidet vorsichtig Arndts, §. 138.). Dagegen divergiren wir von Brinz, indem wir nicht — wie er — den Besitz an Theilen für sich durchweg verwerfen. Vgl. dazu art. 478. Züricher. G. B.

12) Bangerow, I. S. 426. Puchta, Rechtsl. II. S. 52.

13) Wenn hier in diesem Punkte ein anderer als der im gemeinen Rechte gewöhnlich vertheidigte, ja diesem theilweise entgegengesetzte Grundsatz aufgestellt wird, so entsprang dieser Versuch der Ueberzeugung, daß die comm. opinio mit der Natur der Sache und mit positiven Quellen des röm. Rechts nicht zu vereinbaren ist. In der Negation der herrschenden Ansicht stehen wir, wie die bereits angeführten Ansichten von Brinz, Böcking, Lenz und (theilweise) Kierulff, Schirmer zu Unterholzner, I. §§. 49. 50., neuestens Meischelder, §. 19., darthun, nicht allein. — Die Unannehmbarkeit der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie für das österr. Recht haben unsere Schriftsteller (vgl. Paschmann, S. 81, N. 5. Winigarter, vgl. V. S. 175 Anmerk., und Stubenrauch, vgl. III. S. 711) sehr

zwar sowohl in Ansehung der beweglichen, als in Ansehung der unbeweglichen Sachen. L. 30. §. 1. de usurp.: Labeo libris epist. ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. Diese Schlussworte, sowie das ergo des zweiten Absatzes, deuten mit Bestimmtheit darauf hin, daß unter tegulae und columnae nicht eigentliche Baumaterialien, sondern bloß äußerlich eingefügte Verzierungen, wie sie bei römischen Bauten häufig vorkommen, zu verstehen sind. (Vgl. die von Savigny [seit der 4. Aufl.] adoptirte Erklärung Falk's, §§. 22. S. 269, dann Böcking, §. 124. Note 16., Brinz, §. 135. N. 33. Schirmer zu Unterholzner, I. S. 159. Note, Förster, §. 160. N. 21. 22.)<sup>13a</sup>

wohl gefühlt, ohne sich jedoch über den Streitpunkt selbst eingehend zu äußern, oder auch nur einen Unterschied zwischen der Art der Verbindung zu machen. Dabei verwechseln sie überdies Theile einer Sache und Zugehör derselben. Auch Czerner, Trakt. S. 29, N. 14, tritt meiner Ansicht bei. Sehr richtig sind die Bemerkungen Göppert's, S. 76, über den Einfluß der faktischen Sachverbindungen auf das Recht. — Die hier vorgebrachte Ansicht stützt sich wesentlich auf die schon von Kierulff, S. 376, und Mühlenthal, Band. §. 358., betonte, jedoch nicht konsequent festgehaltene Unterscheidung zwischen selbstständigen und unselbstständigen Theilen eines Ganzen an; eine Unterscheidung, welche namentlich Sinteris u. Unger a. a. D. wenigstens grundsätzlich zur Geltung bringen.

13a) Auch Meischelder, S. 110, hält diese Auslegung für möglich, findet jedoch bedenklich, daß gerade nur die kurze zehntägige Frist erwähnt wird, und daß Nichts auf eine bloß lose Verbindung hindeute. Allein Ersteres ist gewiß Zufall. Das letztere Bedenken ist zwar nicht ungegründet; allein die gewiß mögliche lose Verbindung muß angenommen werden, wenn der Widerspruch vermieden werden soll. Für ganz unwahrscheinlich halte ich Meischelder's eigene Erklärung a. D.: die Usucapion soll ausnahmsweise fortlaufen, weil hier die Trennung des Materials von dem Baue, wenn sie innerhalb der zehn Tage mit der a. ad exhib. verlangt würde, nur die Verzögerung eines unvollendeten Baues um einige Tage zur Folge haben oder, wenn der Bau in diesen Tagen fertig gestellt würde, eine nachträgliche Arbeit von wenigen Tagen nothwendig mache. (Das Excerpt der 2. Aufl. beruhte auf einem Mißverständniß der Ansicht M.'s.) Allein abgesehen davon, daß die ratio legis: ne urbs ruinis devastetur doch nur den flagrantesten Fall beispielsweise hervorhebt, also dogmatisch werthlos erscheint, so zeigt schon der Schlusssatz: quid ergo etc., daß es sich nicht um einen Ausnahmungs-, sondern um einen regelrechten Fall handelt; auch schließt — wie Pernice, Goldschm. Zeitschr. 22. S. 417, richtig bemerkt — die Verbindung des tignum mit den Rebpfählen in den XII Tafeln die

Wenn daher ein Willenbesitzer an der Säulentreppe fremde Statuen, die er bona fide gekauft hat, anbringt, so besitzt er sie neben und mit dem Hause und erstigt sie in dem für bewegliche Sachen bestimmten Zeitraume. Arg. L. 30. cit.

Mit Recht bemerkt insbesondere Böcking, a. a. D., gegen Buchta, Vorl. I. S. 252., daß man durch „Einbauen“ Besitz an Theile auch physisch verlore; von einem selbstständigen Besitze könnte da keine Rede sein. Diese Ansicht wird auch durch den Umstand unterstützt, daß anerkannter Massen an einzelnen Theilen einer zusammengefügten Sache auch ein Besitz Dritter möglich ist, wenn nämlich der Besitzer des Ganzen dieselben im Namen der Letzteren detinirt;<sup>14</sup> eine Annahme, die nur unter der Voraussetzung statthast ist, daß die gleichzeitige Richtung des Besitzwillens auf die Theile neben dem auf das Ganze nicht ausgeschlossen ist.

Konsequenzen des aufgestellten Grundsatzes sind:

I. Da in und mit dem Ganzen zugleich die ihre Sonderexistenz behaltenden Theile besessen werden, so erstigt der Besitzer des Ganzen auch solche Theile, welche durch die Verbindung mit diesem ihre Selbstständigkeit nicht eingebüßt haben, und zwar selbst dann, wenn das Ganze der Erstigung entzogen ist.<sup>15</sup> Umgekehrt führt die Erstigung des Ganzen nicht zur Erstigung solcher Theile, wenn der Usurpation dieser ein Hinderniß entgegensteht.<sup>16</sup> Wenn also der redliche

von M. behauptete Einschränkung des Verbots (Nichtanwendbarkeit bei bloßer Verjährung des Baues) völlig aus. — Schneider, Zeitschr. f. schweiz. Recht II. S. 599, glaubt darauf Gewicht legen zu müssen, daß der „unveränderte Fortbestand“ der Theile erkennbar sei.

14) Unger, I. S. 422, N. 11. Gyner a. D.

15) Man denke an die Verbindung einer Schraube mit dem Schiffe, eines Edelsteines mit dem Ringe. Vgl. L. 30. §. 1. D. de usucap. Die Fortdauer des Besitzes in allen Fällen der Verbindung wird von der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie (vgl. Savigny, §. 22. Bangerow, I. S. 422) behauptet und damit erklärt, daß die zum Besitzverluste erforderliche Umänderung des animus in contrarium in diesem Falle nicht eintrete. Hiervon abweichend behaupten Unterholzner, a. a. D. §. 49., und Kierulff, I. S. 375, wenigstens für den Fall der Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen jederzeit die Unterbrechung des Besitzes der ersteren. Das irrige beider Ansichten besteht darin, daß sie zwischen der Art der Verbindung nicht unterscheiden.

16) Umgekehrt nach der Ansicht Savigny's. Konsequenz schließt dagegen Kierulff, S. 376 und 378 d., in allen Fällen die Erstigung der Theile aus. So auch Lenz, S. 144, der jedoch mit den Worten: „Es beginnt daher nicht, wie die

Besitzer eines Wagengestelles mit diesem die von einem unredlichen Vormanne gekauften Räder, Wagenleiter, Wagenzungen verbindet,<sup>17</sup> so wird das Wagengestelle in 3 Jahren (§. 1466. A. b. G. B.), die Räder und Zungen u. werden dagegen trotz der Verbindung erst in 6 Jahren (§. 1746. des G. B.) eressen, und nicht etwa der Wagen mit allen Theilen in 3 Jahren, weil der Besitz des Ganzen durch den Besitz der einzelnen Theile vermittelt ist, und daher vom Eigenthums-erwerbe des Ganzen da keine Rede sein kann, wo die einzelnen Theile nicht erworben worden sind. Im umgekehrten Falle wird das Rad, die Leiter, die Zunge in 3, das Wagengestelle in 6 Jahren eressen.<sup>18</sup> Und zwar gilt dies sowohl in dem Falle, wenn Wagengestelle und Räder, Leiter und Zunge demselben, als wenn sie verschiedenen Eigenthümern gehören.<sup>18a</sup> Eine weitere Folge ist, daß mit der Trennung des Theiles vom Ganzen an dem ersteren kein neuer Besitz beginnt.<sup>19</sup> Es kann daher die Zeit des früheren Besitzes in die Er-

herrschende Lehre sich ausdrückt, Besitz an den Theilen, sondern er kann erst beginnen,“ nichts berichtigt hat.

17) Es wurde schon in der Note 4 bemerkt, daß die Verbindung des Rades mit dem Wagen als eine solche anzusehen sei, die die Sonderexistenz des Ersteren nicht aufhebt. Vgl. auch Schirmer zu Unterholzner, I. S. 164, Note.

18) Vgl. Bachmann, S. 81, N. 5. Winiwarter, V. S. 175. Rippel, IX. S. 31. Unger, Entw. S. 118. Stubenrauch, III. S. 711, die sämmtlich die Ergebnisse der im Texte ausgesprochenen Ansicht theilen, ohne sich über die Prinzipienfragen zu äußern. Winiwarter führt als Grund an: daß der Umstand, daß der Besitzer eine Sache mit einer andern verbindet, an der Erstigungszeit und den Rechten des Eigenthümers nichts ändern könne, ohne die im Texte erörterte Frage zu berühren. Ganz im Sinne der im Texte versuchten Lösung bestimmte der §. 204. des sächsischen Entwurfs: „Wer den Besitz eines theilbaren Ganzen erworben hat, und sich nur hinsichtlich eines bestimmten Theiles im unredlichen Glauben befindet, wird dadurch an der Erstigung der übrigen Theile des Ganzen nicht gehindert.“ (Wurde nicht in's G. B. aufgenommen.)

18a) Vgl. Winiwarter, Rippel und Stubenrauch a. a. D. Dagegen will dies Rippel, S. 32 u. 33, bei erfolgter Trennung der Theile bloß für den Fall zugeben, wenn die Haupt- und Nebensachen verschiedenen, nicht aber, wenn sie denselben Eigenthümern gehören. Für jenen Fall unterscheidet er, ob die Erstigungszeit länger oder kürzer wäre, wenn die Nebensache als Theil der Hauptsache selbst angesehen wird, oder umgekehrt. Im ersteren Fall soll der Besitzer berechtigt sein, die kürzere Erstigungszeit, jedoch erst vom Zeitpunkte der Trennung, zu beginnen, im letzteren Falle soll ihm jedenfalls die kürzere Erstigungszeit zu Gute kommen, da für den Eigenthümer mit dem Verluste des Rechtes auf die Hauptsache auch das Recht auf die Nebensache verloren gehe. Vgl. gegen diese grundlose Unterscheidung schon Stubenrauch, III. S. 712, Note. Mit der Trennung der Theile fängt kein neuer Besitz an.

19) Vgl. Madai, Archiv XXV. S. 313. Winiwarter, V. S. 175, der

sitzungszeit eingerechnet werden. War daher z. B. Jemand als Besitzer des Wagens bereits 2 Jahre im Besitz des Rades, so bedarf er nach der erfolgten Trennung zur Erstzung des letzteren nur mehr 1 Jahr.<sup>2</sup>

II. Anders gestalten sich die Verhältnisse in dem zuerst besprochenen Falle, wenn die Theile im Ganzen aufgehen, hiemit keine Sonderexistenz haben. Dieser Erfolg tritt regelmäßig ein bei Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen. Hier hört mit der Verbindung der Besitz am Theile corpore sofort auf. Der Besitzer des Ganzen erwirbt nothwendig auch den Besitz der damit verbundenen integrierenden Theile, z. B. der Besitzer des Grundes den Besitz des vom Pächter erbauten Hauses, der Besitzer des Hauses den Besitz des vom Miether zugebauten Balkons oder gemauerten Heerdes. Auf das Wissen des Grund- oder Hausbesitzers kommt hierbei Nichts an, da der Zubau als ein integrierender Theil des Ganzen in und mit diesem besessen wird. (Es versteht sich, daß Pächter und Miether hier nicht Besitzer sind.) Es steht in diesem Falle nicht anders, als wenn auf einem Grundstück Gras, Getreide, Gebüsch, Bäume u. s. f. wachsen. (Vgl. §§. 417—420. G. B.) Mit Unrecht und ganz wider die Natur der Sache wurde daher in den oberstgerichtlichen Entsch. v. 21. Mai 1863, G. J. 1863. Nr. 132., und 19. Januar 1875, Ger. J. 1875, Nr. 10., dem Grundbesitzer der Besitz des vom Pächter und Miether erbauten Schuppens und gemauerten Heerdes abgesprochen, weil derselbe keine Apprehensionshandlung vorgenommen habe. Braucht etwa der Grundbesitzer das wachsende Gras zu apprehendiren? Ebenso irrig nimmt das Judikat Nr. 3527. der Samml. Gl.-U.-W. an, daß der Besitzer eines Baumes nicht auch Besitzer der in den fremden Luftraum ragenden Aeste und Wurzeln sei! Als ob diese eine selbstständige Existenz hätten. Damit hat das so genannte Ueberhangsrecht Nichts zu schaffen. Vgl. übrigens noch §. 7b Note 32. und über das preuß. R. Note 10a. die Paragraphen.

Werden solche Theile vom Ganzen getrennt, dann werden sie wieder Einzelsachen, an ihnen beginnt also neuer Besitz und

jedoch zu weit geht, wenn er die Regel des röm. Rechtes, daß, wer das Ganze besitze, nicht auch die Theile besitze, für eine Subtilität des röm. Rechtes erklärt. In dem im Texte dargestellten Sinne spricht sie nur logische Konsequenzen aus.

20) Anders nach der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht, vgl. S. 424.

neue Erstzung, z. B. Steine und Balken, die vom Hause getrennt werden. Der frühere Besitz des Ganzen kommt nicht zur Unrechnung. Bei der Trennung der Theile vom unbeweglichen Stamme tritt sonach die Eigenthümlichkeit ein, daß dieselben nunmehr als bewegliche Sachen besessen werden, obgleich sie früher als Theile der unbeweglichen Sache selbst unbeweglich waren. Da nun die Erstzungszeit bei beweglichen Sachen eine andere ist als bei unbeweglichen, so folgt daraus, daß, wenn der getrennte Theil als selbstständige bewegliche Sache eressen werden soll, die Erstzungszeit erst von der erfolgten Trennung beginnt, und nach Maßgabe der für bewegliche Sachen geltenden Regeln zu beurtheilen ist. Wird daher z. B. ein eingemauerter Wandspiegel vom Hause getrennt, so beginnt mit der Trennung ein neuer Besitz und die 3 jährige Erstzungszeit zu laufen, während er früher als Theil der unbeweglichen Sache nicht für sich, sondern nur mit dieser selbst der 3 jährigen bürgerlichen Verjährung, beziehungsweise der 30 jährigen physischen Erstzung unterworfen gewesen wäre.<sup>21</sup>

Es erübrigt noch die Frage, ob mit der Zertheilung oder Zerlegung des Ganzen der Besitz der abgetrennten oder zerlegten Theile für den Besitzer des Ganzen verloren gehe. Die Frage ist zu verneinen. Denn zum Besitzverluste ist erforderlich entweder Eintritt der Unmöglichkeit, über die Sache zu verfügen, oder animus in contrarium. Weder das eine noch das andere liegt vor. Wenn bezüglich der Theilung gesagt wurde, der Besitz der getrennten Theile sei ein neuer, so hat dies nur den Sinn, daß die Theile nunmehr für sich Gegenstand des Besitzes sind. — Aus dem hier aufgestellten Grundsatz ergibt sich, daß der Besitzer des Grundes und Bodens den Besitz an den getrennten Theilen schon mit der Absonderung, nicht erst mit der Perzeption erwirbt, z. B. der Besitzer des Hauses den

21) Dies übersieht Winiwarter, V. S. 176, wenn er mit Bezug darauf, daß das Gesetz keinen Unterschied mache, ob eine bewegliche Sache für sich oder als Bestandtheil einer anderen besessen werde, behauptet: daß selbst bei der Trennung der beweglichen Sache von der unbeweglichen an der letzteren vom Zeitpunkte der Trennung eine neue Erstzung nicht anzunehmen, sondern daß die Erstzung von der Zeit des erworbenen Besitzes des Ganzen zu rechnen sei. Die Konsequenz der Ansicht Winiwarter's wäre die schon in L. 23. D. 41. 3. cit. daraus gefolgerte Abnormität, daß die Bestandtheile eines Hauses in kürzerer Zeit eressen werden könnten, als das Haus als Ganzes, z. B. die Steine, Balken in 3, das Haus in 30 Jahren.

Besitz der herabgestürzten Dachziegelu ohne Apprehension.<sup>22</sup> Noch ist zu bemerken: Nur insofern als die mit dem Ganzen verbundenen Sachen Bestandtheile desselben sind, kann der auf das Ganze gehende Besitzwille auch auf dieselben gerichtet sein. Sind sie dies nicht, z. B. ein in ein Laib Brod zufällig hineingerathenes Geldstück, so ist der Besitzer des Ganzen Mangels des Besitzwillens, dessen Voraussetzung das Wissen ist, nicht Besitzer derselben.<sup>23</sup>

### §. 19. Besitz an Gesamtsachen, Pertinenzen und Akzessionen.

Unter Gesamtsachen (universitates rerum distantium) versteht die Theorie eine Mehrheit körperlich von einander getrennter Sachen, welche wegen ihrer Zusammengehörigkeit Ein begriffliches Ganzes bilden und mit Einem Namen bezeichnet werden, z. B. eine Heerde, eine Bibliothek. Bekanntlich wird dieses Begriffsganze von manchen Juristen (wie nach gemeinem so nach österreichischem Rechte) als ein selbstständiges Rechtsobjekt aufgefaßt, welches von den einzelnen darunter begriffenen Sachen unterschieden ist. Diese Sachgesamtheit, im Grunde nur ein Begriffsganzes, soll daher ein künstlicher ideeller Rechtsgegenstand und so gut ein juristisch fingirtes Rechtsobjekt sein, als die universitas personarum (juristische Person) ein fingirtes Rechtsobjekt.<sup>1</sup>

22) Dasselbe behauptet auch Savigny, §§. 22a. und §. 22. S. 266, ohne nähere Begründung: „Die Apprehension des Ganzen erstreckt sich auf den abgetrennten Theil, so daß der Besitz des abgetrennten Theiles durch die bloße Trennung ohne neue Handlung des Besitzers erworben wird.“ Anderer U. freilich Lenz, S. 143, welcher meint, daß der Besitzer des Ganzen die Trümmer desselben von Neuem in Besitz nehmen müsse.

23) Bei Quantitäten kommt es selbstverständlich auf das Wissen der Zahl der Spezien nicht an; es genügt das Wissen des Gewichts, Maaßes oder der Umfassung. Ohne Grund nimmt Lenz, S. 157, bei Geldstücken eine Ausnahme an: „Sind in einem versiegelten Kassenbeutel, der auf 500 Thaler lautet, 501 Thaler, so besitzen wir ebenso wenig die überzähligen, als die heterogenen Spezien (z. B. die darin befindlichen Gemmen). — Ich möchte an Lenz die Frage stellen: Welches von diesen 501 Thalerstücken besitzt der Besitzer des Beutels nicht?“

1) Vgl. Mühlenthal, Pandekten II. §. 223. Puchta, Pandekten §. 35. Scheurl, Instit. §. 43. Arndts, Pand. §. 48. Windscheid, §. 137. Baron, Gesamtr. §. 2, auch Zeiller, II. S. 27. Rippel, III. S. 33, 460. Winivarter, II. S. 20, 21. Stubenrauch, I. S. 420, N. 2, (der irriger Weise mit Winivarter auch die Erbschaft dahin zählt, während er sich doch in der

Diese Auffassung ist unhaltbar. Für das gemeine Recht wird dies heutzutage mit alleiniger Ausnahme der Heerde (und ähnlicher „Naturganzen“) ziemlich allgemein anerkannt. (Vgl. nun auch Windscheid, §. 137. N. 8. der 4. Aufl.) Aber selbst in Ansehung der Heerde (grex) geht aus den bekannten Quellenstellen (bes. L. 1. §. 3. L. 2. L. 3. §. 3. pr. L. 23. §. 5. D. de R. V. 6. 1.) hervor, daß die Gesamtvindikation eben nur Vindikation der einzelnen Stücke ist, welche aber nach L. 2. D. 6. 1. den praktischen Vortheil gewährt, daß der Kläger bloß das Eigenthum an der Mehrzahl (major numerus) der Stücke zu beweisen hat. (Vgl. bes. Erner, S. 233. flg., Unger, in Jhering's Jahrb. XII. S. 273. flg.).

Nach österr. Recht ist vollends kein zwingender Grund vorhanden, die Gesamtsachen als ideelles Rechtsobjekt aufzufassen, Der §. 302. „Ein Inbegriff von mehreren besonderen Sachen . . . wird als ein Ganzes betrachtet“) gibt eine eben so überflüssige als nichtsagende Definition und der §. 427. gestattet bei „Gesamtsachen“ (von der Urkundenübergabe abzusehen) eine in der Natur der Sache gelegene (scheinbare) Erleichterung der Tradition, eine sog. „symbolische Uebergabe“, die aber in Wirklichkeit nur den Gegensatz zu der Tradition „von Hand zu Hand“ (§. 426.) bedeutet. (Auch ohne den §. 427. würde Niemand Ergreifung eines jeden Buchs einer Bibliothek verlangen; vgl. übrigens §. 11. d. B.). So ist denn das Eigenthum an der Gesamtsache, nach österr. Rechte nicht minder als nach gemeinem, ein „materiell inhaltsloser und darum juristisch unbrauchbarer

Note \*\* gegen die Unterscheidung der universitas in die u. juris [wohin die Erbschaft gezählt wurde] und facti erklärt; ferner Unger, I. S. 483, Nr. 43, 62, wenigstens in Ansehung des Eigenthums und Pfandrechts (richtig S. 477), neuerlich Girtanner, Jahrb. f. Dogm. 3. S. 207 flg., auch die erste Auflage d. B. Dagegen haben sich gegen die Auffassung der Gesamtsachen als ideellen Rechtsobjekts erklärt: Wächter, Hdb. S. 235. Erört. I. S. 15—17. Heimbach, im N. Lex. IX. S. 483 flg. Keller, §. 45. Brinz, I. §. 50. Unger, I. S. 477, Erner, Trad. S. 215 flg., Schiffler, §. 77., nun auch Vangerow, §. 71. (7. U., anders in den älteren). Göppert, Einheitliche und G. Sachen S. 94 flg. Meißcheider, §. 45. Kirchstetter, S. 153. Dernburg, welcher für das röm. R. gleichfalls diese Ansicht vertritt (Pand. I. S. 453), ist für das preuß. R. (§. 60.) anderer Ansicht; ebenso Meißcheider, S. 226. Für die Lehre von dem Besitze ist die Untersuchung dieser Streitfrage dem Resultate nach gleichgiltig. — Wenn jüngst wieder versucht wurde, eine gewisse Körperlichkeit dieser Aggregate nicht aufzugeben, „weil eine volkmäßige Ansicht sogar an die Sichtbarkeit der Heerde glaube,“ so dürfte diese Ansicht wohl wenige Anhänger finden.

Begriff<sup>2</sup>. Sachgesamtheiten haben nur die Bedeutung, daß die tatsächliche Zusammengehörigkeit der einzelnen Stücke nach Absicht der Parteien bei gewissen rechtlichen Kollektivdispositionen anerkannt wird.<sup>2</sup>

Man mag übrigens über die Sachgesamtheit und ihre Bedeutung für die dinglichen Rechte welcher Ansicht immer sein, auf dem Gebiete des Besitzes kommt diesem Begriffe gewiß keinerlei Bedeutung zu! Dies anerkennen auch jene Schriftsteller, welche die Gesamtsachen als ideelle Rechtsobjekte ansehen. Denn der Besitz an Sachen als tatsächliches Machtverhältnis setzt körperliche Gegenstände voraus, und kein positiver Rechtsatz ermächtigt uns, ihm seiner Natur zuwider Begriffsganze als Objekte zu unterlegen. Es sind daher immer nur die einzelnen körperlichen Sachen, welche den Gegenstand des Besitzes bilden können, und niemals das Begriffsganze, die Sachgesamtheit selbst. Vgl. L. 30. §. 2. D. de usurp. 41. 3. Pomp. Etsi natura ejus (sc. gregis) ita est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio ita est usucapio.

Man besitzt und erstzt niemals z. B. die Herde als solche, sondern nur die einzelnen darin befindlichen Thiere und es kann daher bezüglich der einzelnen Sachen eine verschiedene Erstzungszeit Platz greifen, z. B. beim Besitzerwerbe einzelner Sachen von einem unechten Besitzer. Die Ansicht, daß auf dem Gebiete des Besitzes die Fiktion der Gesamtsache als selbstständiges Rechtsobjekt keine Anwendung findet, ist fast ausnahmslos sowohl im gemeinen, als im österr. Rechte anerkannt.<sup>3</sup>

2) Vgl. die eingehende Begründung Erner's, a. D. S. 242—247, welcher gegen die Ansicht Unger's a. D., daß in den §§. 427. 452. G. B. mindestens Eigentum und Pfandrecht an Gesamtsachen anerkannt werde, S. 245, mit Recht bemerkt, daß uns §. 427. höchstens sagt, wie Eigentum an denselben erworben werde, nicht aber: was es ist, worin sich seine charakteristischen Rechtswirkungen zeigen. (Die richtige Ansicht hat schon Schuster, Zeitschr. f. österr. R. 1835. I. S. 225, geäußert.) Mit Unrecht behauptet Kirchstetter, S. 153, Nr. 2, daß das b. G. B. in den §§. 311. 427. 452. an Gesamtsachen Besitz (!), Eigentum und Pfandrecht annehme.

3) Vgl. Unterholzner, Verj. I. S. 164. Puchta, Vorl. S. 14. Bangerow, I. §. 71. Arndts, Pand. §. 138. Schuster, l. c. S. 248. Windscheid, §. 137. Nr. 6. Erner, S. 236, 240, auch Kirchstetter, S. 154, der

Im Gegensatz zur universitas rerum (u. facti) stellte die ältere gemeinrechtliche Theorie die universitas juris als Inbegriff von körperlichen und unkörperlichen Sachen (Rechten) hin, welche gesetzlich als ein Ganzes zu behandeln seien. Man zählte dahin namentlich die Erbschaft und das peculium. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung und der daran geknüpften besonderen Rechtsgrundsätze, welche für die universitas juris gelten sollten, ist heutzutage unbestritten.<sup>4</sup> Daß dieselbe

aber dem G. B. Unrecht macht (s. vorige Note), Unger, I. S. 485, der mit Recht seine im Entwurfe S. 114 geäußerte Ansicht geändert hat, wie es scheint, auch Stubenrauch, I. S. 623, 2. Dagegen behauptet neuerlich Baron, Gesamtverhältnisse S. 57—60, daß auch bei universitates rerum distantium neben dem Besitze an einzelnen Sachen auch Besitz an dem Begriffsganze statthabe, weil es sonst keine traditio, kein dominium an solchem gäbe. Die Absicht des Empfängers sei bei der traditio nur auf die Gesamtsache gerichtet, er erwerbe daher nur an dieser, nicht an den einzelnen Stücken Besitz (S. 60). Baron widerspricht sich also, indem er (auf derselben Seite, S. 60) einmal Besitz an der univers. und den einzelnen Stücken, ein anderes Mal nur an der univers. behauptet. In der Sache führt er für seine Ansicht keine Quellenstelle an; gegen ihn spricht wortklar die L. 30. §. 1. 2. D. de usurp., die so allgemeine lautet, daß die von ihm hineingetragene Beschränkung sich durch nichts begründen läßt. Eigenthümlich Meißcheider, §. 45., welcher zwar die Wächter-Erner'sche Auffassung theilt, aber aus der Zulassung der Vind. gregis auch die Zulassung des Interdictum Uti Poss. deducirt, wobei der Besitz der größeren Anzahl der Stücke als Besitz der Gesamtsachen für möglich halten soll. Allein gegenüber der klaren Verneinung der possessio gregis durch L. 30. §. 2. D. cit. 41. 3. ist denn doch die Annahme dieser Fiktion mehr als kühn. Vgl. auch Pernice, Zeitschr. f. §. R. 22. S. 417. — Auch Zielonaki, Oesterr. V. J. Schr. IV. S. 105, will für's österr. Recht einen Besitz an Gesamtsachen für möglich halten, weil sich an ihnen „der Eigenthumsinhalt ausüben lasse.“ Die Art der Begründung überhebt der Widerlegung. — Welche Handlung hinreichend sei, um den Besitz sämtlicher zu dem Begriffsganze gehöriger Individuen zu erwerben, ist Thatsache. Die Willensrichtung wird vor allem zu berücksichtigen sein. Von diesem Gesichtspunkte ist die Norm des preuß. L. R. §. 53. I. 7. zu beurtheilen: Wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt, hat dadurch den Besitz des Ganzen erworben. Vgl. Koch, Besitz, §. 9. Dagegen will Bornemann, I. S. 279, das Begriffsganze als Objekt des Besitzes so gut wie der Rechte gedacht wissen. Dazu Meißcheider, §§. 45. 54.

4) Vgl. Mühlenthal, Archiv XVII. S. 321 fig. Wächter, Handb. II. S. 239. Bangerow, I. §. 71. Lenz, S. 121. Winiwarter und Rippel, a. a. D. S. 20 u. 33. Stubenrauch, I. S. 623, Nr. \*\*. Unger, I. S. 470. Daß der §. 302. auch auf die universitas juris Bezug habe, wie Schuster, a. a. D. S. 225 fig. Winiwarter, a. a. D. S. 21, u. Unger, S. 475, behaupten, ist nicht einzusehen. Die Textirung dieses §.: „Sachen, die als eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen,“ weist darauf hin, daß nur von d. universitas rerum die Rede ist. Denn die Fiktion

als Ganzes kein Gegenstand des Besitzes und der Erztzung sei, ist nicht zu bezweifeln.

Pertinenzien (Hilfsachen, Zugehör) sind körperliche Sachen, welche zum fortdauernden Gebrauche einer anderen bestimmt und zu diesem Zwecke in die nöthige Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, ohne ein Theil derselben zu sein.<sup>5</sup> Im Zweifel entscheidet über die Frage, ob bei einer Sache diese Voraussetzungen zutreffen, die Anschauung des Verkehrs;<sup>5a</sup> es kommt wesentlich darauf an, daß Haupt- und Nebensache ein wirthschaftliches Ganzes bilden. Physische Verbindung ist weder nothwendig, noch entscheidend. So z. B. gehören: der Hof zum Wirtschaftsgebäude, die Löscherathe oder die Schlüssel zum Hause, der Schlüssel zum Schranke, der Anschraubekoffer zum Reisewagen u. dergl. Festzuhalten ist, daß Pertinenzien selbstständige Sachen und keine Theile der Hauptsache sind. Doch hat die Bestimmung derselben, der Hauptsache dauernd zu dienen, im Rechte zur Folge, daß sie in gewissen Fällen die juristischen Schicksale der Hauptsache theilen, indem sie nämlich in bestimmten Rechtsverhältnissen (Veräußerungen, letztwilligen Verfügungen und Verpfändungen) so angesehen werden, als wären sie Theile derselben.<sup>5b</sup> Vgl. §§. 294. 457. 677. 1047. G. B.

Hieraus ergibt sich, daß die Pertinenzqualität einer Sache, weil

der u. juris gründet sich nicht auf den Sprachgebrauch, sondern auf das Gesetz. Daher auch die Bezeichnung u. juris. So nun auch Schiffner, §. 77.

<sup>5</sup>) Vgl. über diesen in der Theorie und Anwendung schwierigen Begriff: Kierulff, I. S. 330. Wächter, Handb. II. §. 41. Böcking, §. 81. Windscheid, §. 143. Bluntzschli, D. P. §. 52. Gerber, System §. 59. Göppert, Organ. Erzeugnisse. Erner, S. 26. Stobbe, D. P. R. §. 65. Von den österr. Schriftstellern hat Stubenrauch, I. S. 613, den richtigen Begriff angenommen, ohne sich jedoch in der Anwendung konsequent zu bleiben, während die übrigen, vgl. Zeiller, II. S. 16. Rippel, III. S. 16. Winwartner, II. S. 8, dem vagen Sprachgebrauche des Gesetzbuches folgend, theoretisch unrichtige und praktisch irreleitende Definitionen aufstellen. Vgl. dagegen die gründlichen Erörterungen Unger's, I. S. 435 flg. Daß das deutsche Recht ein neues Element in die Lehre gebracht habe (jurist. P. Bluntzschli a. D.), ist zu läugnen. Vgl. Stobbe a. D.

<sup>5a</sup>) Vgl. Windscheid, §. 143. R. 6: „Die Grenze ist hier der Natur nach eine flüssige.“ Das röm. R. zählt das Gutsinventar nicht zur Pertinenz des Gutes, — umgekehrt die neueren Kodifikationen. Vgl. §. 296. G. B., §§. 48—63. I. 2. preuß. R. R., §. 70. sächs. G. B., dagegen wieder §. 476. Züricher G. B. V.

<sup>5b</sup>) Da sich diese Rechtswirkung grundsätzlich auf die muthmaßliche Absicht der Parteien und die Verkehrsauffassung gründet, möchte Göppert, S. 55 flg., die üblische Pertinenzlehre ganz streichen. Doch sprechen schon äußere Gründe dagegen.

lediglich bestimmte Rechtsverhältnisse beeinflussend, auf dem Gebiete des Besitzes und der Erztzung nicht in Betracht kommt.<sup>6</sup> Vielmehr muß die Frage — ohne Rücksicht auf die Zugehörigkeit — nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden. Da nun die Pertinenzqualität ihrem Begriffe nach die selbstständige Existenz der zugehörigen Sache voraussetzt, so ist an Letzterer stets abgesonderter Besitz möglich. Hierbei kommt Nichts darauf an, ob die Pertinenz mit der Hauptsache in eine körperliche Verbindung gesetzt ist oder nicht. Am zugehörigen Hauslöschgerathe (Feuerspritze u. s. f.) ist ebenso gut selbstständiger Besitz vorhanden als an dem angefetteten Brunneneimer, an den Rudern und Segeln des Schiffs.<sup>6a</sup>

Nebensachen (Akzession, Zuwachs) sind körperliche Sachen, welche zu einer andern — der Hauptsache, in eine solche physische Verbindung getreten sind, daß sie einen Theil derselben bilden und daher der Selbstständigkeit gänzlich ermangeln, gleichviel, ob diese Verbindung durch organische Entwicklung, wie z. B. bei Pflanzen, Früchten, oder durch mechanische Einwirkung bewirkt worden ist, z. B. bei Anspülung von Erdreich, Aufführung eines Hauses, bei den zur Ausbesserung des Hauses verwendeten Materialien.<sup>7</sup> (§. 295.)

<sup>6</sup>) Vgl. Unger, I. S. 443. 2. Irrig ist daher die Motivirung des böhm. D. R. G. in der Entsch. v. 24. Februar 1857 (Ger.-Ztg. 1857. Nr. 83): „Wenn schon an sich (?) die Folgerung gegründet ist, daß sich der Besitzer der Hauptsache auch im Besitze des Zugehörtes befindet u. s. f.“ — Damit soll aber nicht gesagt sein, daß es zur Besitzwerbung der Pertinenz jederzeit eines besonderen Apprehensionsaktes bedürfe. Die Richtung des Besitzwillens wird hierbei wesentlich zu berücksichtigen sein. Ob die Apprehension der Hauptsache auch zur Begründung der faktischen Macht über das Zugehör genüge, ist eine Thatfrage. Insofern ist zu billigen das Erf. vom 16. Juli 1876. J. 5614 (G. J. 1876. Nr. 80), daß der Besitzer des Grundstückes auch Besitzer des auf demselben befindlichen fundus instructus geworden sei. — Das preuß. R. R. 1. Th. VII. §§. 52. u. 54. verordnet: „Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, der hat zugleich alle Pertinenzstücke derselben in Besitz genommen — außer wenn diese zu der Zeit im Besitze eines Anderen sich befinden.“ Daß damit keine Besonderheit aufgestellt werden sollte, darüber Koch, §. 9. Vgl. auch Erf. des R. D. Hand. G. 17. Nr. 37.

<sup>6a</sup>) Vgl. Erner, S. 27. Die in der ersten Auflage gemachte Unterscheidung ist unhaltbar.

<sup>7</sup>) Vgl. Puchta, Vorl. I. S. 80. Wächter, Handb. II. S. 243. Unger, I. S. 431. Die Begriffsbestimmung des §. 404. A. b. G. B.: „Zuwachs heißt alles, was aus einer Sache entsteht, oder zu derselben kommt, ohne daß es dem Eigenthümer von jemand Anderem übergeben worden ist,“ ist, wie die weiteren §§. 414—420. zeigen, zu eng, da das letztere Erforderniß nicht wesentlich ist. Die

Da die Nebensache als Bestandtheil der Hauptsache mit dieser Einen Körper bildet, mit welchem sie auch in allen Rechtsverhältnissen unter gleichen Regeln steht, so ergibt sich, daß an der Nebensache ein gesondeter Besitz nicht möglich ist. Denn dieser setzt voraus, daß der verbundene Theil seine Selbstständigkeit trotz der Verbindung nicht verliert. Es kann daher nicht z. B. Einer den Grund und Boden und ein Anderer das Haus, der Eine den Boden, der Andere die mit demselben organisch verbundenen Bäume oder Feldfrüchte besitzen.<sup>7a</sup> Denn Grund und Boden sammt dem Hause bilden Ein Ganzes.<sup>8</sup> (Vgl. §. 17. S. 408 flg.) Aus demselben Grunde ist ein Besitz des Hauses nach Stockwerken undenkbar; denn das Stockwerk ist keine selbstständige Sache, sondern integrierender Bestandtheil des Hauses. Werden die Akzessionen von der Hauptsache getrennt, so beginnt an ihnen als nunmehr selbstständigen Sachen ein neuer Besitz, z. B. an abgesonderten Früchten, herabgefallenen Dachziegeln u. s. f. Doch verliert der Besitzer der Hauptsache an ihnen den Besitz durch die Trennung nicht, weil diese weder eine Unmöglichkeit der faktischen Herrschaft, noch ein Aufgeben des Besitzwillens involvirt oder zur Folge hat. (Vgl. §. 18. am Ende.) Daher erwirbt der Besitzer eines Grundes die Früchte schon durch Absonderung und nicht erst durch Perception, daher weiter der b. f. possessor den Besitz der Windbrüche ohne Ergreifung.<sup>9</sup>

An Rechten, welche mit dem Besitze (Eigenthum) unbeweglicher Sachen verbunden sind, derart, daß der jeweilige Besitzer als Berechtigter erscheint, also an sogenannten Rechten, ist ein abgesondeter Besitz eines Anderen, als des Besitzers des berechtigten Reales nicht

Kommentatoren schließen sich der Definition des §. 404. an. Vgl. Winiwarter, II. S. 174. Stubenrauch, I. S. 785. Richtig Schiffner, §. 78.

7a) Vgl. auch die Entsch. Nr. 1811 der Samml. Gl.-u.-W. — Ueber das preuß. R. f. §. 18. R. 10 a. und §. 17. R. 12.

8) Vgl. Savigny, §. 22. S. 264. Sintenis, §. 43. Wächter, Hdb. S. 244 (wenigstens im Prinzip). Unger, I. S. 433. So heißt es in L. 25. 26. D. de usurp.: Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest. L. 44. §. 1. D. de O. et A.: Sic et in tradendo si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil prolicit, quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret. S. auch Zauu, Arch. 43. B. S. 212.

9) Vgl. Savigny, §. 22a. — Der Pächter und Fruchtbar erwirbt dagegen den Besitz erst mit der Perception. Mit der Besitzfrage ist hier die Eigenthumsfrage nicht zu verwechseln. Ueber letztere siehe Stubenrauch, II. S. 213, und III. S. 297.

denkbar, weil eben diese Realrechte begrifflich an die Sache geknüpft sind.<sup>10</sup> Es ist also der Besitz dieser Rechte durch den Besitz der Sache bedingt. Obwohl übrigens das Eigenthum der Sache den Eigenthümer zum Realberechtigten macht, so gibt doch der Besitz der Realität an sich noch nicht den Besitz des Realrechtes, sondern dieser muß von dem Besitzer der Sache nach der allgemeinen Regel über den Besitzerwerb der Rechte besonders erworben werden, wobei es sich aus der Natur des Realrechtes ergibt, daß nur der Besitzer der Realität den Besitz derselben erwerben könne.<sup>10a</sup>

## §. 20. Besitzerwerb durch Repräsentanten.

Der Besitzerwerb setzt nicht nothwendig voraus, daß derjenige, der Besitz erwerben will, unmittelbar selbst die zur Begründung der physischen Macht erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen verwirklicht.<sup>1</sup>

Die Stellvertretung, welche überhaupt im Vermögensrechte stattfindet, ist auch beim Besitze, insbesondere dessen Erwerb nicht ausgeschlossen.<sup>2</sup> — Uebrigens kann nicht allein der Besitz, sondern auch

10) Vgl. über das Wesen der Realrechte Mittermaier, Deutsches P. R. §. 173. Wächter, II. §. 48. Walter, §. 149. Gerber, §§. 167. 168. Unger, I. S. 573 flg. Stobbe, §. 66. Schiffner, §. 27.

10a) Vgl. Duncker, S. 57. Gerber, S. 416. Bruns, S. 200. Die Bestimmung des canon. Rechtes, daß der Besitz von Kirchenämtern schon durch die bloße Besitzeinführung erworben wird (vgl. Bruns, a. a. D.), hat an diesem Grundsatz keine Modifikation herbeigeführt. Vgl. §. 26. R. 2. Zu einem anderen Resultate müßte Cerner, Trab. S. 121, nach dem dort aufgestellten Grundsatz der virtuellen Ausübung gelangen.

1) Paul. V. 2. §. 1.: Possessionem acquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Den Willen kann ein Anderer für uns nicht haben; aber die faktische Macht über die Sache können wir uns auch durch Andere verschaffen. Bei der sog. nothwendigen Et. trifft dies sogar den Willen.

2) Vgl. über diese in neuerer Zeit stark besprochene Frage Savigny, Syst. III. §. 113., Puchta, §. 52., Wächter, II. §. 88., Brinz, Krit. Blätter Nr. 2., Scheurl, Krit. Ueberschau I. Nr. 14., und Jahrb. f. Dogm. IV. 1. Arndts, Pand. §. 76., besonders Jhering, Jahrb. f. Dogm. I. 7., IV. 3., Rechtsgutacht. in Sachen der Gäubahn (1879) §. 9. und Unger, II. S. 133 flg., Windscheid, §§. 73. 155. Brinz, Pand. §§. 367—373. S. 1594 flg.; ferner Laband, Zeitschr. f. H. R. 10. S. 183 flg. (St. im Handelsrecht), Schlieemann, ebenda 16. S. 1—32. Sohm, ebenda 17. S. 16 flg., und mit Bezug auf



die Detention durch Stellvertreter erworben und ausgeübt werden, — ein Umstand, der insofern von Interesse ist, als auch schon die letztere mitunter von juristischer Bedeutung ist. So z. B. kann der Miether und Pächter, der Kommodatar und Depositär die gemietheten, gepachteten, entlehnten, deponirten Sachen durch sein Gefinde, seine Bediensteten u. s. w. detiniren.<sup>2a</sup>

den Besitz: Gyner, Trad. S. 125. flg., L. Hauser, Stellvertretung im Besitze (1870), dazu die Rezension Gyner's, Krit. V. Schr. 13. S. 305 flg., und von Reuling, Zeitschr. f. Handelsr. 17. S. 320 flg., Meißcheider, §§. 61—65. Zimmermann, z. l. v. d. stellvertret. Neg. gestio S. 90 flg. (1876) (dazu Hellmann, Krit. V. Schr. 19. S. 349 flg., Gt. J. lit. 3. 1877 Nr. 5, Steinlechner, Grünb. 3. 4. S. 353 flg.), Dagonowski, Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. R. (1877), v. Canstein, Grünb. 3. 4. S. 670 flg. Bis auf die sog. mittelbare Stellvertretung, die im österr. Rechte ohnedies keine Bedeutung hat (arg. §. 1017. A. b. G. B.), stimmen die genannten Schriftsteller wesentlich im Begriffe der Stellvertretung überein. Nur Brinz, Krit. Bl. S. 2 flg., wich darin ab, daß er auch bei natürlichen Handlungen von Stellvertretung sprach. Im Besen mit Wächter, S. 684, übereinstimmend, unterscheidet Thering scharf und richtig folgende Fälle: 1. faktische Mitwirkung beim fremden Rechtsgeschäfte (der Gehilfe), 2. juristische Mitwirkung neben dem eigentlichen Subjekte (Theilnehmer, z. B. Sollenitätszeugen), 3. Handeln anstatt eines Anderen, aber nicht auf dessen Namen (Ersatzmann), 4. Abschluß eines Geschäftes anstatt und im Namen eines Anderen (Stellvertretung). Im Texte soll sub. I. von der Stellvertretung, sub. II. von der faktischen Mitwirkung, sub. III. von dem Ersatzmann die Rede sein. (Der 2. Fall hat für uns kein praktisches Interesse. Vgl. auch Bremer, Zeitschr. R. J. XX. 2., Gyner, S. 127, Laband, a. D.) Neuestens acceptiren auch Windscheid, §. 155. R. 2. (4. Aufl.) und Brinz, §. 368. (§. 140. 2. Aufl.) die Beschränkung der „Stellvertretung“ in dem hier vertretenen Sinne. Näheres bei Zimmermann, §§. 1—3., dazu aber auch Hellmann, a. D. — Hauser bekennet sich zwar, a. D. S. 13 flg., zu der Theorie Thering's (Besitz als Thatfächlichkeit des Eigenthums); allein von der Verwerthung dieser spezifischen Auffassung für die Lehre von der Stellvertretung ist — wie schon Reuling, a. D., bemerkte, — in der Schrift Hauser's kaum eine Spur zu entdecken. Ernstlicher nimmt es Reuling, S. 323 flg., mit der Applikation des Thering'schen Gedankens; allein ohne Grund behauptet er, daß die Stellvertretung im Besitze ohne Anwendung „der aus der Analogie des Eigenthums sich ergebenden sachenrechtlichen Gesichtspunkte“ nicht zu begreifen sei. Entschieden bedenklich finde ich aber das Hineintragen der causa possessionis (resp. detentionis) in diese Lehre. Diese allein — nicht der korrespondirende Wille des Detentors, alieno nomine zu besitzen, soll nach Reuling (S. 324) für den Erwerb und die Fortdauer des Besitzes maßgebend sein. Wie erklärt sich dann aber z. B., daß der Stellvertreter durch contractatio den Besitz von Mobilien erwirbt, obwohl hier keine causa vorhanden ist? So kommt es denn, daß Reuling, (S. 328) zum constitutum poss. eine rechtsgiltige causa traditionis verlangt, während bekanntlich zur rechtswirksamen Tradition (Eigenthumsübertragung) die vermeintliche causa genügt.

<sup>2a</sup>) Vgl. darüber Goldschmidt, §. R. II. S. 723.

I. Stellvertretung ist die Vornahme einer juristischen Handlung für einen Anderen mit der erkennbaren Absicht und der Wirkung, daß diese als Handlung des Anderen gelte. Die Stellvertretung beruht also „auf einer Trennung von Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäfte“; die Ursache: die Handlung setzt der Stellvertreter, die Wirkung entsteht in der Person des Vertretenen.<sup>2b</sup> Dasselbe setzt also voraus: Handlungsfähigkeit des Stellvertreters, somit dessen Fähigkeit, einen Willen mit rechtlichen Folgen zu bethätigen, sodann den Willen desselben, die Handlung für einen Dritten vorzunehmen und ein zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestehendes Rechtsverhältniß,<sup>2c</sup> welchem zu Folge die Handlung des Ersteren als Handlung des Letzteren gilt.<sup>3</sup>

<sup>2b</sup>) Das Bedenken Zimmermann's S. 44. R. 56. (wenn Jemand Stellvertreter seines eigenen St. ist) gegen die obige Formulirung Thering's hält nicht Stich; es träte auch seine eigene Formel: „Handeln in der erkennbaren Absicht, das Selbsthandeln eines Anderen zu ersetzen.“ S. auch Gt., welcher meint, daß der St. hier duplicem personam agit. M. G. cessit in jenem Falle die Vollmacht. Karlowa, Rechtsgesch. S. 53, unterscheidet Errichtung, Bestand und Wirkung des Geschäftes; letztere fallen wohl zusammen.

<sup>2c</sup>) „Vollmacht“ nennt es Zimmermann, S. 87, obwohl der Sprachgebrauch deren Begriff enger bestimmt. (Vgl. §§. 1006. flg. a. contr. §. 1034.)

<sup>3</sup>) Ist der angebliche Repräsentant nicht handlungsfähig, so kann seine Mitwirkung nur als eine natürliche, nicht als juristische in Betracht kommen; er ist nicht Repräsentant, sondern bloßer Gehilfe, weil er (als nicht handlungsfähig) nicht selbst wollen, sondern nur den Willen eines Anderen mittheilen, vollführen kann. Während also der Stellvertreter ein erweitertes juristisches Organ des Vertretenen ist, erscheint der Gehilfe, z. B. der Bote, als erweitertes natürliches Organ. Vgl. Thering, I. S. 282—290, Unger, a. a. D. S. 134, Gyner, S. 135. Der Bote tritt nach Außen hin nur als Ueberbringer einer fremden Willenserklärung auf, während der St. sich äußerlich als selbstwollend darstellt. Arg. §. 1017. G. B. art. 52. 298. §. G. B. Siehe Schliemann, S. 17 flg. Zimmermann, S. 21. flg., Gt., a. D. und wesentlich auch Canstein S. 677 flg. (Abd. H. Hellmann, S. 351 flg., der den Boten auf das rein mechan. Melden beschränkt.) Zu enge spricht Meißcheider, S. 269, von „natürlicher Willensfähigkeit“ statt Handlungsfähigkeit; Kinder unter 8 Jahren könnten hiernach Repräsentanten sein, was nicht richtig ist. Vgl. Note 31. 32. u. Brinz, S. 1597, Laband, S. 189, Dernburg, S. 307. Der Bote überbringt oder realisiert den Willen des Herrn als dessen Willen, der Stellvertreter erklärt und realisiert seinen Willen. Allein zu weit geht Brinz, S. 1612, wenn er vom Vertreter „die zum Geschäfte notwendige Handlungsfähigkeit“ verlangt. Nur der geringste Grad der Handlungs- (nicht auch volle Vertrags-) Fähigkeit wird erfordert. Es kann daher allerdings ein Minderjähriger für einen Großjährigen kontrahiren, vgl. L. 7. §. 2. D. 14. 3. Windscheid, §. 73. R. 18. Laband, S. 226, R. 62., auf welche sich Brinz kaum mit Grund beruft. Die relative Vertragsfähigkeit zu dem Geschäfte und die Rechtsfähigkeit ist aus der Person des Vertretenen zu beur-

Aus dem Begriffe des Besitzes und dem Wesen der Stellvertretung folgt, daß zum Besitzerwerbe durch Repräsentanten folgende Momente nöthig sind:

- 1) ein Apprehensionsakt des Repräsentanten;
- 2) der Wille desselben, Besitz zu erwerben, und zwar nicht für sich, sondern für den Repräsentirten; <sup>3a)</sup>
- 3) ein Verhältniß zwischen Beiden, welches dieser Willensbethätigung die beabsichtigte Wirkung verleiht.

Dieses Verhältniß gründet sich entweder auf ein gewisses Gewalt-(Familien-) Verhältniß, z. B. die Repräsentation der Kinder durch den Vater, der Gattin durch den Gatten, auf einen gerichtlichen Auftrag, z. B. im Falle der Bestellung des Vormundes (vgl. §. 1034. d. G. B.), oder auf die Verfassung einer juristischen Person (§. 26. 27. d. G. B.), oder auf einen vom Repräsentirten selbst ausgehenden Auftrag (§. 1017., in welchem Falle der Stellvertreter: Procurator, Mandatar, Bevollmächtigter [§§. 1005 flg.] heißt), oder endlich auf die nachträgliche Genehmigung (§. 1035.).<sup>4</sup>

theilen. Erstere entfällt selbstverständlich bei der sog. nothwendigen Stellvertretung, welche Brinz a. D. berichtigend herbeizieht. Ungerechtfertigt sind Canstein's Ansetzungen der herrsch. Ansicht.

<sup>3a)</sup> Die Hervorhebung dieses Momentes: der Absicht für einen Andern zu handeln, als wesentlich für den Begriff der St. ist das Verdienst von Brinz, Krit. Bl. 1. P. S. 1611 (§. 140. 2. A.), und nur in dieser Richtung stimmt ihm anerkennend bei Rudorff zu Buchta's Pand. (§. 52a.), was Jhering, IV. S. 69, nicht berücksichtigt. Freiheit der Handlung, Einfluß des Irrthums und Zwanges bemißt sich also nach der Person des Vertreters. L. 51. pr. D. ead. ed. 21. 1., s. Laband, S. 225. Erner, S. 135, 140. Brinz, S. 1612. Zimmermann, S. 41. Karlowa, a. D. flg. Nur eine andere kaum verfängliche Formulirung enthält der Satz: daß der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen gelte. (Windscheid, §. 73. u. A.)

<sup>4)</sup> Vgl. Zeiller, II. S. 41, 45. Pachmann, S. 80. Rippel, III. S. 63, und 65. 4. Winwartner, II. S. 44. Stubenrauch, I. S. 639. Unger, II. S. 139. Erner, S. 133. Monti, §. 41. Der Besitzerwerb durch Repräsentanten hat nach österr. Rechte, wo der Grundsatz ausgesprochen ist, daß die Handlung des Repräsentanten als die des Repräsentirten gilt (§. 1017. A. v. G. B.), nichts Besonderes. Die neueren Legislationen stehen (gleich dem heutigen gemeinen Recht, s. Windscheid, §. 73.) auf dem Standpunkte der unmittelbaren Wirkung der Stellvertretung. Vgl. preuß. R. R. I. 13. §. 85., dazu Förster, §. 141., sächs. G. B. §. 788., Züricher. G. B. §. 949.; ebenso das S. G. B. art. 52. 298.; Cod. civ. art. 1998., Cod. ital. 1743. 1744. 1752. (Im Uebrigen enthält das franz. Recht keine Bestimmungen über den Besitzerwerb durch Repräsentanten.) Anders nach röm. Rechte, wo die Stellvertretung bei Obligationen gar nicht, bei anderen Rechtsgeschäften nur ausnahmsweise und erst

Die Stellvertretung kann also vorkommen:

- A. wenn der Vertretene vollständig handlungsunfähig ist,
- B. wenn seine Handlungsfähigkeit beschränkt ist,
- C. wenn er vollkommen handlungsfähig (eigenberechtigt) ist.

A. Wenn dem besitzerwerbenden Rechtssubjekte die Handlungsfähigkeit, hiemit die Fähigkeit, Handlungen mit dem beabsichtigten rechtlichen Erfolge vorzunehmen, wegen Abganges des Willens oder des Vermögens, ihn zu äußern, gänzlich abgeht. Dieser Fall tritt ein:

a) bei juristischen Personen. Der Wille ihrer Repräsentanten gilt als ihr Wille, §§. 21. 26. 27. des G. B. (L. 1. §. 22. L. 2. D. de poss.). Wer die juristische Person repräsentire, muß aus deren Verfassung (Statuten, Reglement, Gesetz) entnommen werden. In Ansehung der Gemeinden verordnet das Gesetz vom 5. März 1862, Z. 18. R. G. B.: „der Gemeindeausschuß ist in Angelegenheiten der Gemeinde das beschließende und überwachende, und der Gemeindevorstand das verwaltende und vollziehende Organ“

allmählig (nicht bei civilen Erwerbarten) racione utilitatis zugelassen wurde. Frühzeitig wurde jedoch die Möglichkeit der Stellvertretung beim Besitze anerkannt. Vgl. L. 51. D. de poss. L. 41. De de usurp. L. 13. L. 20. §. 2. L. 53. D. de acquir. rer. dom., insbesondere c. 1. C. 7. 32. (Sever u. Antonin) »Per liberam personam ignorantem quoque acquiri possessionem et postquam scientiam intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam racione utilitatis, quam juris pridem receptum.« Darüber, daß dieser Grundsatz schon zur Zeit des Labeo galt, und also nicht erst mit diesem Restripte eingeführt wurde (pridem receptum), vgl. Savigny, S. 314, dazu Windscheid, §. 155. R. 9. Neustens behauptet Brinz, S. 1596. flg. 1604. (§. 140. 2. A.), daß es eine freie Stellvertretung nur im corpus, nicht im anim. poss. gäbe; nur bei Tutoren, Kuratoren u. s. w. sei der anim. p. auf Seite des Erwerbers „nachgelassen“. Will damit gesagt sein, daß bei der freien St. der Vertretene stets den (wenn auch nur allgemeinen) Besitzwillen haben müsse, so ist dies richtig. (Dies befreit ohne haltbaren Grund Zimmermann, S. 99, 101, — dagegen schon Steinlechner S. 358, und Hellmann S. 359.). Nicht richtig wäre aber die Annahme, daß es im animus überhaupt keine Vertretung gibt; denn dem alieno nomine poss. korrespondirt doch ein per alium possidere. Paulus Sent. R. V. 2. §. 1. 2, bespricht im §. 1. wohl nur den Fall, wenn der Andere unser Gehilfe ist; erst im §. 2. spricht er vom Stellvertreter (libera pers.) und zwar im Satz 2. vom Mandatar, im Satz 3. vom neg. gestor. Vgl. Zimmermann, S. 97 flg. der treffend auf den analogen Gedankengang desselben Paul. in L. 1. §§. 2—4. 20. 21. und die folgende Stelle aufmerksam macht: L. 3. §. 12. D. de poss.: nam videtur eas (res) eorumdem (colonorum etc.) et animo et corpore possidere (Paul.)

(art. 12.). Zu den Angelegenheiten der Gemeinde gehört selbstverständlich „die Verwaltung ihres Vermögens“ (art. 5.).<sup>4a</sup> — Es muß hiebei insbesondere bei Korporationen festgehalten werden, daß nur die Repräsentanten, nicht aber die einzelnen Korporationsmitglieder für die Korporationen wollen, daher den zum Besitzerwerbe nothwendigen Besitzwillen fassen und haben können. Haben die Repräsentanten diesen Willen nicht, dann kann von einem Besitzerwerbe der Korporation nicht die Rede sein, selbst wenn die Korporationsmitglieder einzeln (wenn auch als solche, also in dieser Eigenschaft) den Besitz ergriffen hätten. In einem solchen Falle kann jedoch die nachfolgende Genehmigung der Besitzerwerbshandlung durch die verfassungsmäßigen Vertreter den Mangel der ursprünglichen Ermächtigung ergänzen, und zwar mit rückwirkender Kraft (vgl. Note 16.). Auf diesem Grundsätze beruht auch die Bestimmung des §. 337. A. b. G. B.: „Der Besitz einer Gemeinde wird nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Gemeinde handelnden Machthaber beurtheilt.“ Die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen, der ein auf alle Korporationen zutreffendes Prinzip enthält,<sup>4b</sup> gibt den schlagenden Beweis dafür, daß im Sinne des Gesetzgebers ein Besitz für die Gemeinde nicht anders, als durch Beschluß der Gemeindevertretung (nicht aber der einzelnen Gemeindeglieder) erworben werden kann. Denn laut der amtlichen Rathsprotokolle der Hofkommission in Justizgesetzen, die uns Dolliner (Zeitschr. für österr. Rechtsgel. 1833. S. 129.) mittheilt, lautete der §. 337. im Entwurfe so: „Der Besitz einer Gemeinde wird nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit des größeren Theiles der Mitglieder oder der in ihrem Namen

4a) Die Verwaltungsbefugniß des Gemeindevorstandes scheint sich auch auf die Besitzergreifung zu beziehen. Denn er hat die Gemeinde nach Außen hin in vermögensrechtlicher Beziehung allein zu vertreten, und bedarf nur in gewissen Fällen, wo Verbindlichkeiten übernommen werden sollen, der Zustimmung des Ausschusses. Vgl. z. B. §. 57. des Gemeindeges. f. Böhmen v. 16. April 1864.

4b) Vgl. auch Stubenrauch, I. S. 656 und 675, gegen Pachmann, S. 96 u. 98, der, wenigstens soweit es sich um die Redlichkeit des Besitzes handelt, den §. 337. als Ausnahme ansieht. Richtig führt Rodlowski, Untersuchungen a. d. österr. Civilr. S. 24. gegen Winiwarter, §. 177. und Stubenrauch, I. S. 448 flg. aus, daß im §. 337. unter den handelnden Mitgliedern nicht bloß die aktiv thätigen, sondern überhaupt die vertretenen Mitglieder zu verstehen sind.

handelnden Machthaber beurtheilt.“ Man beschloß aber, die Worte „des größeren Theiles der Mitglieder oder“ hinwegzulassen, weil die Gemeinde nie selbst, sondern nur durch ihre Vorsteher oder Machthaber Besitz erwerben könne.<sup>5</sup>

Hat aber die Korporationsvertretung den Besitzwillen einmal gefaßt, so können selbstverständlich nicht bloß die verfassungsmäßigen Vertreter, sondern auch die von denselben hiezu Beauftragten den erforderlichen Apprehensionsakt vornehmen, mögen diese nun Korporationsmitglieder sein oder nicht. Denn nur wollen kann ein Anderer nicht für uns, wohl aber den Willen realisiren. (Possessionem acquirimus, sagt Paulus S. R. V. 2. §. 1. vielleicht auch in diesem Sinne treffend, animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel alieno.)

Vorzüglich wichtig sind diese Grundsätze in Ansehung des Staates, der Gemeinden, kirchlichen und gewerblichen Korporationen.<sup>5a</sup> Es genügt also z. B. nicht zum Besitzerwerbe eines Grundstückes für die Gemeinde oder den Staat als juristische Personen (pecunia commun. v. civitatis), wenn einzelne Gemeinde- oder Staatsangehörige zwar in dieser Eigenschaft, aber ohne

5) Anders nach preuß. Rechte, welches bei Korporationen eine unmittelbare Erwerbung durch Mitglieder der Korporation gestattet, indem dasselbe den Fall, wo eine Korporation durch ihre Glieder den Besitz erwirbt, im Gegensatz zu dem Falle bespricht, wo der Erwerb durch die Vertreter der Korporation geschieht. Vgl. §. 26. I. 7. und §. 34. I. 7., über deren Entstehung uns die Motive keine befriedigende Aufklärung geben. Wir stimmen mit Koch, S. 160, der die Möglichkeit der Apprehension durch die Korporationsmitglieder auf den Fall beschränkt, wenn zuvor ein verfassungsmäßiger Beschluß gefaßt wurde, den Besitz zu ergreifen; denn außerdem fehlt ja der Wille der Korporation als solcher. (Eine andere Erklärung ließe sich entnehmen aus den §§. 88. u. 89. I. 6.) Dernburg, §. 53. R. 10., §. 154. R. 8., nimmt hingegen an, daß es eines solchen Beschlusses nicht bedarf. Auch Bornemann, I. S. 493, glaubt, daß der Besitzerwerb der Korporation „keinem Zweifel unterliege, wenn sämtliche Gemeindeglieder (oder deren Repräsentanten) die Besitzergreifung vorgenommen.“ Aehnlich Lemme, §. 61. und Förster, §. 160. R. 135., der dies allerdings de I. fer. tadelt. — Aber auch sämtliche Korporationsmitglieder sind noch immer nicht die „Korporation“.

5a) Daß zu den gewerblichen Korporationen die Gesellschaften nicht gehören, insbesondere nicht die Handelsgesellschaften, selbst die Aktiengesellschaften nicht ausgenommen, darüber vgl. Unger, I. S. 328, Thoen, Handelsr. §. 47a.), und meinen Auffaz in der Ger.-Zeitg. 1863. Nr. 99. und Arch. f. S. R. 15. S. 33. Irig zählt dahin Stubenrauch, I. S. 675, die Handels- und Fabrikgesellschaften.

Ermächtigung des Gemeindevorstandes oder der kompetenten Verwaltungsbehörde (z. B. der Domainendirektion) das Grundstück für die Gemeinde oder den Staat okkupiren; sie erscheinen in diesem Falle nur als Geschäftsführer ohne Auftrag, und nur die nachfolgende Genehmigung Seitens der kompetenten Vertreter kann diesen Mangel beheben.

Eine scheinbare Ausnahme von den obigen Grundsätzen tritt der Natur der Sache zufolge ein in Ansehung desjenigen Staats- oder Gemeindegutes, welches zum allgemeinen Gebrauche dient (*res publica quae in communi usu est*, §. 287. und 288. A. b. G. B.), z. B. der öffentlichen Straßen, Durchgänge, Plätze. Auch hier ist zwar, soweit es das Willensmoment betrifft, ein Beschluß der Vertreter des Staates, beziehungsweise der Gemeinde nothwendig, als deren Eigenthum jene Objekte anzusehen sind (§. 287. u. 288. cit.). Ist aber dieser einmal vorhanden, so genügt zum Besitzerwerbe der *res publica*, wenn auch nur die einzelnen Staats- oder Gemeindeangehörigen dieselbe als eine öffentliche Sache, z. B. als öffentliche (Staats- oder Gemeinde-) Straße, als öffentlichen Weg, Durchgang, Platz u. s. w. benutzen. Denn in diesen Fällen übt jeder Einzelne auf Grund der in jenem Beschlusse liegenden allgemeinen Ermächtigung die betreffende Besitzhandlung als Glied des Staates oder der Gemeinde aus. Ja selbst die Qualität eines Staats- oder Gemeindegliedes ist zu Folge der Natur der *res publicae*, quae in communi usu habetur, nebensächlich, es genügt eben, daß die Sache durch wen immer als öffentliche (*pro publica*) benutzt wird.<sup>5b</sup> Es ist also in Ansehung der Staats- und

<sup>5b</sup> Von diesem Grundsatz geht auch die herrschende Gerichtspraxis des gemeinen Rechtes aus. So heißt es in dem Erkenntniß des D. N. G. Kassel (Archiv für prakt. Rechtsm. X. S. 27): „daß, da die Bürger der Stadt als solche, oder als Bewohner des Ortes den . . . Weg befahren haben, die Gemeinde zur Klage befugt sei;“ — in einem anderen: „In Erwägung, daß die Gemeinde die behauptete Gerechtfame des Wasserbezugs als solche in Anspruch nehme, welche von einzelnen Gliedern derselben zu ihrem Vortheile geübt wurde.“ (Note 29. ebend.); — wieder in einem anderen: „Wenn auch das Holzlesen nicht von der Gemeinde selbst, sondern von einzelnen Personen zu geschehen pflegt, hindert dieses doch nicht, daß das Recht der Gemeinde zusteht“ (Note 30.). Insbesondere hat das D. N. G. diesen Grundsatz in Ansehung des sog. Allmendengutes konsequent zur Anwendung gebracht. Vgl. Note 31—39. 67. 74. a. D. — Nach den oben ausgeführten Grundsätzen wäre auch nachstehender (praktisch häufiger) Fall zu ent-

Gemeindefache zu unterscheiden zwischen Sachen, welche im ausschließenden Privateigenthume des Staates und der Gemeinde stehen (Staats- und Gemeindevermögen im Sinne der §§. 287. 288.

scheiden, welchen Koch, a. D. S. 161, ausführlich anführt, in welchem das „Publikum“ einer Stadt sich des offenen Thores unter einem Kirchturme zum Durchgange bedient hatte, und als der Kirchturm abgetragen und der Platz vom Kirchenkollegium umzäunt war, der Magistrat Namens der Stadtgemeinde in *possessorio* um Schutz im Besitze des Durchwegs bat. Da aus den Akten hervorgeht, daß der Magistrat den Besitzwillen hatte (denn er verwendete sich in früheren Jahren um Freihaltung der Passage), so mußte die Gemeinde im Besitze geschützt werden, obgleich nur die Gemeindeglieder (das Publikum überhaupt) den Weg als öffentlichen Gemeindegang benutzten, die Gemeindevertreter als solche aber keine solche Besitzhandlung vornahmen. So entschied denn auch das Gericht, obgleich in den Gründen gerade auf das entscheidende Moment: Beschluß der Gemeindevertretung, den Weg als Gemeindegang zu haben und zu wahren, keine Rücksicht genommen wird. Es heißt nämlich daselbst: „als die Kirche noch existirte, hat das Publikum das Thor zum Durchgange benützt . . . Da durch hat aber allerdings die Stadtgemeinde sich im Besitze des Rechtes, diesen fremden Grund als Weg zu benutzen, als eines *ius in re aliena* befunden. Der Einwand, daß die Stadtgemeinde gar nicht im Besitze sei, da nur immer Einzelne aus dem Publikum sich des Durchgangs bedient hätten, sei nicht richtig. Auch durch die Handlungen Einzelner (wenn sie auch nicht Repräsentanten oder Vorsteher sind) kann eine Gemeinde den Besitz eines Rechtes erlangen, wenn jene als Gemeindeglieder, und nicht vermöge eines eigenen Rechtes, gehandelt haben.“ — Die Richtigkeit dieser Deduktion geben wir nur dann zu, wenn die Gemeindevertreter den verfassungsmäßigen Beschluß *ad hoc* gefaßt haben; sonst fehlt der Besitzwille der Gemeinde als solcher. Mit Recht tadelt an dieser Entscheidung Koch, S. 163, die Verwechslung der Begriffe: „Publikum“ und „Stadtgemeinde“, durch deren Changirung allein das Schlussergebnat erzielt werden konnte. Dagegen müssen wir uns auch gegen Koch insoweit erklären, als dieser keinen Unterschied macht zwischen *patrimonium* (Privatgut) der Gemeinde, und *res publica*, quae in communi usu habetur (Gemeindegut §. 288.). Die Praxis deutscher und österreichischer Gerichte nimmt häufig Besitzerwerb an öffentlichen Staats- und Gemeindefachen (*res publicae communi usui dest.*) durch Staats- und Gemeindeglieder ohne Beschluß und Rathhabition der Staats- und Gemeindevertretung an. So die Erkenntnisse des D. R. G. Wolfenbüttel v. 3. April 1843 u. 14. Mai 1844 (bei Mathiae, Kont.-Ver. I. S. 210, Präj. 4. u. 5.): „Der Erwerb des Fußsteiges als *res universitatis* durch Verjährung für die beklagte Gemeinde von den Gemeindegliedern mittelst öffentlichen, unmittelbaren Gebrauchs konnte um so mehr rechtmäßig geschehen, als auch die Vertretung der Gemeinde eine unmittelbare durch die Gemeindeglieder selbst ist, und eine förmliche Beschlußnahme hierüber als der Natur der in fortgesetzter Ausübung nicht in einem Bestellsatzte bestehenden Verjährung durchaus unangemessen sich darstellt.“ Wir sehen nicht ein, warum für den Erwerb durch Verjährung (Erzigung) etwas Anderes gelten soll, als für den durch andere Akte? Uebrigens d. Plen. G. d. Berliner D. T. bei Koch, I. S. 402. 17., und die bei Gruchot, Beiträge IV. S. 447 ff., mitgetheilten Judikate, auch Förster, §. 160. N. 135. Richtiger die Entsch. Nr. 176. B. 7. der Rechtsgrundsätze des Berl. D. Trib. v. Striethorst.

A. b. G. B.), z. B. Domainen, Häuser u. s. w. und Sachen, welche zwar dem Staate und der Gemeinde gehören, aber zum allgemeinen Gebrauche bestimmt sind, z. B. Gemeindeplätze, öffentliche Straßen. Hier wie dort ist zwar der Besitzwille der Staats- oder Gemeindevertreter (Auftrag oder Genehmigung) zum Besitzerwerbe unerlässlich; allein während dort auch das Apprehensionsfaktum wieder nur durch die Vertreter, resp. deren Beauftragte vorgenommen werden kann, genügt hier die Apprehension auch durch andere Personen, wenn diese nur pro re publica gehandelt haben. Diesen letzteren Grundsatz halten auch meist unsere Gerichte fest; vgl. bes. die Entsch. des D. O. G. v. 28. Juni 1865. Samml. Gl.-U.-W. Nr. 2212 (vgl. Nr. 4044), in welcher der hier vertretene Gesichtspunkt in Ansehung eines nur von Gemeindeangehörigen ausgeübten Fußwegs zur Geltung gebracht wird; ferner die Entsch. des D. O. G. vom 15. Juni 1855 Nr. 101. der Samml. Gl.-U.-W. und die in der Note 5b. näher berührte obergerichtliche Entscheidung vom 8. Dezember 1835, an welchen beiden jedoch der wesentliche Mangel auszufehen ist, daß sie von der unerlässlichen Bedingung — dem Besitzwillen der Gemeindevertreter, keine Erwähnung thun, vielleicht darum, weil derselbe in den gedachten Fällen aktenmäßig keinem begründeten Zweifel unterlag. (Wenn dieser Wille nicht vorgelegen hätte, dann freilich wäre die abweichende Ansicht des Mailänder D. O. Ger. [Nr. 101. der cit. Samml.] richtig: daß die Stadtgemeinde nicht durch Akte ihrer Bürger Rechte zu Gunsten der Gesamtheit erwerben könne.) Dagegen erachtete die Entsch. d. D. O. G. Nr. 1675. der Samml. Gl.-U.-W. zum Besitzerwerb eines Gemeindeganges (mit Unrecht) für genügend, daß die Insaßen der Gemeinde den Weg als allgemeinen Fahrweg benutzten.

In derselben Weise, wie der Erwerb des Besitzes an öffentlichen Gemeindefachen, ist auch zu beurtheilen der Erwerb des Besitzes an solchen Sachen (und Rechten), welche zwar der Gemeinde als solcher gehören, deren Genuß jedoch nur Gemeindegliedern oder gewissen Klassen von Gemeindegliedern zukommt, z. B. an Allmenden, (Angern, Haiden, Auen, Mooren, Wäldern, deren Benutzung gewöhnlich nur gewissen Klassen von Bauern oder Bürgern, z. B. Ganzlehnern, Halblehnern, mit Ausschluß der Häusler zusteht), mit dem einzigen Unterschiede, daß hier nicht Jedermann, sondern nur die in

die betreffende Klasse gehörigen Glieder die Sache wirksam als Gemeindegut in Besitz nehmen können. Vgl. §. 26. des früheren Gem.-G. vom 17. März 1849.<sup>50</sup> Denn auch in Fällen dieser Art ist die Gemeinde als solche als Eigenthümerin, resp. Besitzerin anzusehen, und gewissen Klassen von Angehörigen derselben kommt nur ein gewisses Gebrauchs- und Benutzungsrecht zu. So verordnete schon das Gemeindegesetz vom 17. März 1849: die Gemeinde als solche ist Eigenthümerin des Gemeindevermögens und Gemeindegutes, zu welchem letzteren nach §. 75. auch die Allmenden zu zählen sind. Diese Bestimmung ging in die neueren Gemeindeordnungen über. Vgl. §. 70. Gem.-Ordn. für Böhmen vom 16. April 1864. — Ueber das Gemeinde-, namentlich das Allmendengut vgl. die sehr guten Ausführungen Martin's im Archiv für prakt. Rechtsw. X. S. 1 bis 91,<sup>51</sup> und Stobbe, D. Privatr. §. 55.

50) Es ist nicht hier der Ort nachzuweisen, daß die Gemeinden des heutigen Rechtes nicht etwa eine besondere Gattung sogen. deutschrechtlicher Genossenschaften bilden, sondern einfach juristische Personen sind. Vgl. Savigny, Syst. II. §§. 85. bis 99., und Reyscher, Zeitschr. für deutsches Recht XVI. 3. §§. 10. 11. Gerber, Priv.-R. §. 51., neuestens besonders Stobbe, D. Priv. R. §§. 50. 55. 56., auch Gierke, Genossenschaftsrecht S. 686.

51) Auch Martin geht mit Reyscher, a. a. D. S. 168. Gerber, P. R. §. 51. Sillebrandt, P. R. §. 45. (gegen Renaud, Z. f. d. R. IX. S. 68. Brinz, S. 1031 flg.), von der Ansicht aus, daß das sog. Markgenossengut (insbesondere Allmenden) als Eigenthum der Gemeinde als solcher anzusehen sei, und daß die berechtigten Gemeindegossen nur als Nutzungsberechtigte in Betracht kommen (S. 9 flg.). Mit Recht weist er darauf hin, daß, wenn es sich um den Besitz und die Erstickung solcher Rechte handelt, die Gemeinde als solche und nicht die Einzelnen als erwerbendes Subjekt erscheinen, daß die betreffenden Markgenossen die Apprehensionsakte nur Namens der Gemeinde vornehmen (S. 17 flg.), und daß daher in derartigen Prozessen die Gemeinde nicht (wie oft behauptet wird) als prozessualische Vertreterin der Einzelnen, sondern in eigenem Namen (als Sachberechtigter) auftritt (S. 19), was in formeller Beziehung (man denke nur an die Rechtswirkungen des Urtheiles, an Zeugnisaufnahmen u. s. f.) von der größten Wichtigkeit ist. Diese Auffassung wird auch von den bedeutendsten Gerichtshöfen Deutschlands getheilt; namentlich von dem D. O. G. Kassel. Vgl. die bei Martin, S. 23 flg., in reicher Fülle mitgetheilten Erkenntnisse, die in der That als Muster wissenschaftlicher Praxis erscheinen. — Nicht klar spricht sich Martin darüber aus, ob der Besitzwille der Gemeindevertretung zum Besitzerwerbe der obgedachten Rechte erforderlich sei, oder ob etwa schon der Besitzwille der einzelnen Markgenossen als solcher genüge. In den von ihm angeführten Fällen tritt übrigens durchwegs die Gemeinde als solche als Klägerin oder Beklagte auf, und ist über ihren Besitzwillen nach den mitgetheilten Thatfachen kein Zweifel. — Stobbe, §. 55., welcher im Wesen übereinstimmt, macht darauf aufmerksam, in welcher verschiedener Weise sich der Uebergang des Allmendenguts in das Eigenthum der

Stellvertretung handlungsunfähiger Personen tritt ferner ein:

b) bei Wahn- und Blödsinnigen (§§. 21. 269. 273. R. G. B.);

c) bei Kindern bis zum vollendeten siebenten Jahre (§§. 21. 149. 152. 187. 865. des G. B.). „Wer den Gebrauch der Vernunft nicht hat, wie auch ein Kind unter 7 Jahren“ . . . §. 865. cit. Bei diesen Personen (lit. b. und c.) gilt zufolge gesetzlicher Fiktion der Wille ihrer Vertreter als ihr Wille. Es ist daher zum Besitzerwerbe derselben der Wille der Vertreter erforderlich. Das Wissen und der natürliche Wille der Vertretenen ist hiebei rechtlich gleichgiltig: sie erwerben Besitz auch ohne ihr Wissen und selbst gegen ihren Willen durch ihre Repräsentanten. Doch ist dies keine Ausnahme von der Regel: „ohne Wissen kein Besitzerwerb“, da nur der rechtlich anerkannte Wille im Rechte in Betracht kommen kann.<sup>6</sup>

An der Regel, daß zum Besitzerwerbe der sub a. bis c. genannten Personen jederzeit der Wille ihrer Vertreter, daher auch ihr Wissen von dem Erwerbssakte nothwendig sei, ist in allen Fällen festzuhalten. Die praktische Bedeutung dieser Regel fällt zwar nicht in die Augen, wenn der Vertreter selbst die Erwerbshandlung vornimmt, z. B. der Gemeindevorstand oder Vormund ein Grundstück offkupirt; wohl aber, wenn sich der Vertreter wieder vertreten läßt — sei es durch Fremde oder durch untergeordnete Dienstorgane, z. B. der Gemeindevorstand durch Diener der Gemeinde. Hier ist darauf zu achten, daß der Besitzerwerb der Repräsentirten durch das Wissen und den Willen ihrer unmittelbaren Vertreter, also ihren Auftrag oder

politischen Gemeinde (aber durchaus noch immer nicht überall) vollzogen hat. Indes gleichviel, ob die politische Gemeinde (wie in Oesterreich) oder die Markgenossenschaft (als juristische Person) als Eigenthümerin erscheint, immer bleibt der oben angegebene Gesichtspunkt maßgebend; immer stellen sich die Rechte der Markgenossen als jura in re aliena dar. Ueber abweichende Ansichten Anderer siehe Stobbe, §. 55. R. 23. Gierke, Genossenschaftsrecht S. 664, R. 24—28. Als ein Hauptvertreter der Ansicht, welche Miteigenthum annimmt, erscheint nun Brinz, S. 1031—1036.

6) In diesem Sinne hat Lenz, a. a. D. S. 158, Recht, wenn er behauptet, die Regel: Ignoranti non acquiritur possessio, sei ausnahmslos. — Daß sächf. G. B. bestimmt bündig im §. 193.: Zur Erwerbung des Besitzes gehört Willensfähigkeit. Juristische Personen, des Vernunftgebrauches Beraubte, und Personen, die im Kindesalter stehen, erwerben den Besitz durch Vertreter. §. 202.: Die Besitzerwerbung durch gesetzliche Vertreter ist nach deren Handlung und Willen zu beurtheilen. Aehnlich bayr. Entw. III. art. 8.

ihre nachträgliche Genehmigung bedingt ist.<sup>6a</sup> Eine scheinbare Ausnahme hiervon tritt nur in jenen Fällen ein, wo der mittelbare Repräsentant innerhalb der Sphäre der ihm zugewiesenen Thätigkeit handelt, da hier ein Generalmandat zu allen Handlungen innerhalb dieser Sphäre anzunehmen ist. (Vgl. R. 12.) Dies ist z. B. der Fall bei Wirtschaftsämtern, Forstämtern des Fiskus, der Länder, Gemeinden u. s. f., da sie vermöge ihres dienstlichen Wirkungskreises präsumtiv zur Vornahme aller in denselben einschlagenden Akte Namens des Guts Herrn ermächtigt erscheinen.<sup>7</sup>

Die Stellvertretung kann ferner vorkommen, wenn

B. die Handlungsfähigkeit beschränkt ist, entweder wegen Abganges der nöthigen Einsicht in die Folgen der Handlungen oder aus anderen Gründen; dies ist der Fall:

a) bei Unmündigen oder Minderjährigen (§§. 21. 152. 187. 865. des G. B.);

b) bei gerichtlich erklärten Verschwendern (§§. 21. 273. 865. des G. B.);

6a) Vgl. die Entsch. des Braunschweig. L.-Ger. v. 21. November 1826 (Präj. 3. bei Mathiae, a. a. D. S. 116). „Um so nothwendiger ist die Wissenschaft der Vertreter (des Vormundes, Vorstandes der Korporation), welche hier völlig an der Stelle des eigentlichen dominus stehen. Daher kann dem Staate der ohne Wissen der Domänenverwaltungsbehörde von dem Pächter vorgenommene Erwerbssakt so wenig nützen, als dem Pupillen ein solcher ohne Vorwissen des Vormundes.“

7) Vgl. die Entsch. des D. A. Ger. zu Celle v. 2. Dezemb. 1845. Präj. 5. bei Mathiae a. a. D.: „Der speziellen Kenntniß der Guts Herrschaft zur Erwerbung des Besitzes des Jagdrechtes an fremden Tristen bedarf es nicht, weil die zur Jagdausübung bestellten Jäger vermöge ihres Dienstverhältnisses zur Vornahme der betreffenden Handlungen befähigt sind.“ Allerdings ist es fraglich, ob das Forstpersonal hiezu für stillschweigend ermächtigt angesehen werden darf? Dagegen Meisfelder, S. 288. Vgl. auch das Präj. 6. u. 7., S. 116 u. 117, und Präj. 3. S. 120 a. D. Bedenklicher ist die Frage, ob Besitzerwerb von Tristrechten durch Gutschäfer ohne Wissen des Guts Herrn angenommen werden darf? Das D. A. Ger. Jena hat mit Entsch. v. 7. Juni 1849 (Mathiae, Contr.-Ver. I. S. 117, Präj. 6. Seuffert, IV. Nr. 205) bejahend entschieden, ebenso das Berl. D. L. (Seuffert, II. Nr. 10), welches Besitzerwerb der Gemeinde durch Gemeindevorstand annimmt, weil diese als Beamte (?) derselben vermöge eines allgemeinen Repräsentationsverhältnisses zum Besitzerwerbe befähigt seien. — Anders bei Pächtern; durch sie wird ohne Auftrag oder Genehmigung des Verpächters diesem kein Besitz erworben. (Für das preuß. Recht will hingegen Dernburg, §. 154. R. 7, auf Grund der Analogie des vom Usufruktuar handelnden §. 98. I. 20. das Gegentheil behaupten.) — Die Möglichkeit des Besitzerwerbes der Guts Herrschaft durch ihre Verwalter wird m. W. auch von unseren Gerichten anerkannt. — Vgl. d. Erf. des Berliner D. L. bei Koch, I. S. 404, und Gruchot, IV. S. 447 fg.

c) bei Taubstummen, wenn ihnen ein Kurator bestellt ist (§. 275. A. b. G. B.).

Diese Personen werden in vermögensrechtlicher Beziehung durch ihren Vormund oder Kurator vertreten, und kann daher dieser in ihrem Namen (natürlich selbst ohne ihr Wissen) auch Besitz erwerben. Hieran wird durch den Umstand nichts geändert, daß diese Personen auch selbst und allein solche Handlungen mit rechtlichem Erfolge vornehmen können, welche bloß zu ihrem Vortheile gereichen, daher insbesondere auch ohne Wissen und Mitwirkung ihres Vormundes oder Kurators Besitz erwerben können.<sup>8</sup> (§§. 865. 144. und 310.: „Unmündige können für sich allein eine Sache in Besitz nehmen.“) Denn die vermögensrechtliche Vertretung der Pupillen und Kuranden ist unabhängig von ihrem Willen (§§. 144. 152. 865. des G. B.).<sup>9</sup> Es ist daher insbesondere zum Besitzerwerbe auch dieser Bevormundeten und Pflegebefohlenen das Wissen derselben von dem Erwerbssakte des Vormundes oder Kurators nicht nöthig.<sup>10</sup>

Die Stellvertretung kann endlich eintreten,

C. wenn der Repräsentirte unbeschränkt handlungsfähig ist. Hier bedarf es eines Auftrags, beziehungsweise bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§. 1017.) der nachträglichen Genehmigung.<sup>11</sup> Da es im Begriffe der Stellvertretung liegt, daß die Hand-

8) Der §. 309. enthält nur eine Anwendung des im §. 865. G. B. allgemein ausgesprochenen singulären Grundsatzes, daß der Wille der Pupillen im Rechte anerkannt wird, wenn es sich bloß um den Erwerb von vermögensrechtlichen Vortheilen für dieselben handelt. In solchen Fällen bedarf es also nicht des ergänzenden Willensaktes des Vormundes. Vgl. Unger, II. S. 132, 14. Dasselbe gilt auch rückichtlich der Verschwenker.

9) Die Kuratel für Abwesende (§. 276.) und Angeborene (§. 274.) ist auf dem Gebiete des Besitzerwerbs bedeutungslos, da die Thätigkeit des Kurators sich bloß auf die Wahrung ihrer Rechte zu beschränken hat. Eyner, S. 135, N. 35.

10) Es tritt also auch rückichtlich ihrer die obige, durch die Natur des Verhältnisses gegebene scheinbare Ausnahme von der Regel ein: Ignoranti non acquiritur possessio. Vgl. Savigny, §. 26. S. 307. Wächter, II. §. 88 S. 681. Irrig ist die Auffassung dieser Regel bei Koch, S. 178, der darum auch die sonderbare Bemerkung macht, daß dieselbe dem Geiste des preuß. Landrechtes nicht angemessen sei, während nach preuß. Rechte nichts Anderes gilt, als nach römischem.

11) Nicht verständlich ist mir die ganz allgemeine Bemerkung Eyner's, S. 135: „Auf Willens- und Handlungsfähigkeit des Prinzipals . . . kommt Nichts an.“ Nehlich Brinz, P. S. 1612. Bei der freiwilligen Stellvertretung ist dies

lung des Repräsentanten als Handlung des Repräsentirten gilt, so erwirbt der Mandant, der den Besitzwillen hat, den Besitz in dem Momente, wo der Repräsentant den Apprehensionsakt vornimmt. Vorausgesetzt wird also:

a) daß der Repräsentirte den Besitzwillen habe. Besitzerwerb ist daher da ausgeschlossen, wo derjenige, für den Besitz erworben werden soll, davon gar Nichts weiß. Ignoranti non acquiritur possessio.

Dieser Wille ist vorhanden, wenn der Repräsentant den Besitz einer Sache zu Folge eines Auftrages der Repräsentirten ergreift. Daß dieser Auftrag speziell auf den Besitzerwerb oder gar den Besitzerwerb bestimmter Sachen gehe, ist nicht nothwendig. Es genügt ein allgemeiner (selbst ein auf die gesammte Vermögensverwaltung gehender) Auftrag.<sup>12</sup> Denn in einem solchen Man-

unrichtig; bei der sog. nothwendigen aber der Mangel derselben selbstverständlich. Vgl. Note 3. Das österr. und franz. Recht enthalten über den Besitzerwerb durch freie Repräsentanten keine besonderen Bestimmungen. Der §. 45. I. 7. des L. R. sagt nur: daß, wie Rechte, so der Besitz durch Handlungen eines Anderen erworben werden könne. Das sächs. Recht (§. 203.) bestimmt, daß der Auftraggeber durch den Beauftragten den Besitz mit der Apprehension des Letzteren erwerbe. S. §. 491. Züricher. G. B.

12) Vgl. schon Donellus, V. S. §. 10. Thibaut, Syst. §. 215. Unterholzner, Verj. I. S. 415, N. 416. Chambon, Neg. gestio S. 171, nummehr besonders Bremer, Zeitschr. N. F. XI. S. 211 flg., XVII. S. 193. Brinz, I. S. 69. Holzschuher (Kunze), II. §. 84. S. 13. Windscheid, §. 155. Nr. 9. Arndts, P. (7. Aufl.) §. 140. N. 2. Rudorff, Anh. N. 93. Eyner, Trad. S. 133, N. 29. Hauser, S. 16. Goldschmidt, S. R. §. 66. N. 5. Meißner, §. 63. S. 284. Scheuerl, Jen. lit. Ztg. 1876. Nr. 263, mit Berufung auf L. 1. §. 5. D. de poss. Zimmermann, S. 91 flg., und überwiegend die Praxis des gemeinen Rechtes, siehe Mathiae, Contr.-Lex. I. S. 116, und die bei Bremer, XVII. S. 220—226, angeführten Entscheidungen. — Dagegen fordern nach dem Vorgange Savigny's, §. 26. B. Viele, so Buchta, R.-Lex. II. S. 61, Voel. §. 124. Götschen, II. §. 210. Kierulff, S. 380\*, und neuerlich Schirmer, Zeitschr. XIV. N. 3 (gegen diesen Bremer, das XVII. S. und Meißner, a. D.) und Brinz, S. 1603 flg. (§. 140. 2. Aufl.), welcher damit seine frühere Ansicht (P. S. 68) aufgab, — einen auf Besitzerwerb gerichteten Spezialauftrag (wenn auch ohne individuelle Bezeichnung der einzelnen zu erwerbenden Sachen). Bremer beruft sich hauptsächlich auf L. 13. pr. L. 20. 53. D. de acq. r. dom. L. 1. §. 30. D. de acq. poss., auf die Gleichstellung der Tutoren und Kuratoren mit dem procurator omnium h., auf die utilitas und die Natur der Sache. — Wir glauben, daß dem Besitzerwerbe nach der Natur der Sache nichts entgegensteht, wenn der Auftrag ein noch so allgemeiner ist, sofern überhaupt nur die Ermächtigung zum Vermögenserwerbe (an Besitz braucht nicht speziell gedacht zu werden) vorliegt, und dies ist kein procurator omnium bonorum gewiß der Fall.

date liegt die Erklärung des Mandanten, in vorhinein alle Handlungen zu wollen, welche der Mandatar auf vermögensrechtlichem Gebiete vornehmen würde, daher auch die Erklärung, jeden Besitz zu wollen, den dieser für ihn erwerben werde. Daß bereits ein Generalmandat zum Besitzerwerbe durch Repräsentanten genügt, ergibt sich insbesondere nach österr. Rechte aus der Erwägung, daß der Erwerb des Besitzes nicht zu jenen Handlungen gehört, zu deren rechtsgiltiger Vornahme nach §. 1008. A. b. G. B. ein Spezialmandat erforderlich ist. Der Erwerb des Besitzes durch den Generalmandatar macht hierin keinen Unterschied von dem Erwerbe von Rechten.<sup>13</sup> — In Ermangelung eines Auftrages kann der Besitzwille erst dann als vorhanden ange-

E. L. 1. §. 5. D. de poss. Als bloße Thatfrage will diese Frage aufgefaßt wissen Sintonis, I. §. 44. N. 31; der procurator omnium b. könne, aber müsse nicht zum Besitzerwerbe ermächtigt gehalten werden. Gegen Schirmer ist zu bemerken, daß die beschränkende Auslegung keinesfalls der Anschauung und dem Bedürfnisse des Verkehrs entspricht. Daß unsere Ansicht „das animo nostro, corpore alieno aus den Jugen bringe“ (Brinz, S. 1603), will mir nicht einleuchten. Die Berufung auf Paul. S. R. V. 2. §. 1. 2. ist nicht beweisend. (S. Note 4.) Die übrigen Stellen unterscheiden nicht zwischen General- und Spezialmandat, ja der häufig genannte procurator bedeutet regelmäßig den General-Procurator (L. 1. §. 1. D. 3. 3., dazu Zimmermann, S. 95). Daß nur das Spezial-, nicht das Generalmandat „die durch die affectio tenendi bedingte Spezialität des anim. rem sibi habendi“ involvire, ist nicht erfindlich. Wäre aber überhaupt die B.'sche Theorie: daß die Vertretung nur im Corpus möglich sei — richtig, dann wäre auch Besitzerwerb durch Spezialmandata unmöglich. S. auch Zimmermann, S. 91—101. L. 42. §. 1. D. de poss. beweist nichts für Savigny-Brinz, da sie nicht den Gegensatz des Spezialmandates zum Generalmandate, sondern des Mandates zur Geschäftsführung ohne Auftrag bespricht. Vgl. Bremer, S. 207—214. Zimmermann, §. 101. Für das preuß. Recht stimmt mit u. A. Koch, S. 179, auf Grund des §. 45. I. 7., welcher Erwerb des Besitzes durch Repräsentanten in allen Fällen zuläßt, wo Rechte durch Verträge erworben werden können, Dernburg, S. 307. N. 5. Förster, §. 160. N. 116. — Die gemeinrechtliche Judikatur ist überwiegend der hier vertheidigten Ansicht; vgl. Seuff. Arch. II. 133. V. 106. X. 134. XXIII. 15.

13) Mit Recht macht namentlich Bremer, N. F. XVII. S. 224, aufmerksam, daß nicht leicht Jemand bezweifeln werde, daß z. B. alle Geräthschaften, welche der Verwalter eines Gutes zur Bewirthschaftung desselben anschafft, sogleich mit dem Empfang durch ihn dem Gutsherrn erworben werden; daß dasselbe der Fall sei, wenn ein Faktor oder Fabriksdirektor kraft allgemeinen Auftrags für Rechnung des Herrn Waaren, Maschinen oder Fabrikgeräthe anschafft oder Gelder erhebt und in die Geschäftskasse einlegt. — Den Grundsatz, daß ein allgemeines Mandat zum Besitzerwerbe hinreichte, anerkennen die bei Bremer citirten Entscheidungen, besonders entschieden die Entscheidung des Altenburger A. G. (Seuffert, V. S. 124). Siehe auch Meißner, und Dernburg, a. D. — Ueber den Beweis des animus f. Bremer, N. F. XX. S. 97.

nommen werden, wenn der Repräsentirte die ohne seinen Auftrag erfolgte Apprehension genehmigt, da die Ratihabition als gleichsam nachträgliche Bevollmächtigung dieselbe Rechtswirkung hat, wie das Mandat<sup>14</sup> §. 1016. G. B. Die Haftung des Geschäftsherrn aus der bloß Schaden abwendenden Geschäftsführung im Falle des „nothwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwandes“ (§. 1036.) oder aus der Bereicherung bei dessen „klarem und überwiegendem Vortheil“ (§. 1037. dazu Dgonowski, S. 71 flg.) hat beim Besitzerwerbe bei der Wesentlichkeit des Besitzwillens keine maßgebende Bedeutung.<sup>14a</sup>

Da der Wille des Vollmachtgebers zum Besitzerwerbe vorliegt, so bedarf es zu diesem nicht erst der erlangten Kunde von der erfolgten Apprehension des Mandanten, da ja das Wissen nur als Voraussetzung des Willens in Betracht kommt. Der Besitzerwerb tritt vielmehr für ihn schon ein mit dem Ergreifungsakte des Letzteren.<sup>14b</sup> Dies ist der Sinn der c. 1. C. de poss. (Sever. et Antonin.): Per liberam personam ignorantique acquiri possessionem . . . pridem receptum est.<sup>15</sup>

14) Dies spricht ausdrücklich aus der §. 203. des sächf. u. §. 491. Züricher. G. B. Vgl. Paul. S. R. V. 2. §. 2., dazu Zimmermann, S. 40, 100, 136 flg. Dgonowski, S. 33 flg., 60, 77. — Die Abweichung bei der Erfindung, daß der Usupationsbesitz des Repräsentirten erst mit dem Zeitpunkte der erlangten Wissenschaft der Besitzergreifung durch den Repräsentirten beginnt (c. 1. C. de poss.), hat ihren Grund in der besondern Vorschrift des römischen Rechtes. Vgl. Savigny, §. 26. S. 307. Kierulff, S. 388, Note. — Diese Besonderheit gilt nicht nach österr. und ebensowenig nach preuß. und sächf. Rechte (vgl. Koch, S. 179, dann Entsch. des Berl. D. I. im Archive Striethorff's, B. 1. zweite F. Nr. 78).

14a) Den Willen des Geschäftsherrn kann weder das utiliter gestum, noch der behufs Schadensabwendung zweckmäßig gemachte Aufwand (§. 1036.) ersetzen. Von einem „Zwang zur Genehmigung“ kann nicht die Rede sein. Vgl. Sturm, Negot. util. gestum (1878) S. 68 flg.

14b) Ueber den Besitzerwerb durch den negotiorum gestor vgl. Chambon, Die neg. gestio S. 161—172. Nothwendig ist selbstverständlich auch hier der Wille, für einen Andern zu erwerben. Gält also der Geschäftsführer irriger Weise sich selbst für den Herrn, z. B. der b. f. possessor hereditatis, so erwirbt er nur sich Besitz, nicht dem Andern, z. B. dem wahren Erben. Vgl. Chambon, S. 166.

15) Vgl. L. 13. pr. D. de acq. rer. dom.: Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eaque sit tradita meo nomine: dominium mihi acquiritur etiam ignorantibus. L. 42. §. 1. de poss.: Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquiritur possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emtionem. Dazu



Der Auftrag zur Besitzergreifung wird nicht ersetzt durch gewisse juristische Verhältnisse, welche denselben nicht nothwendig involviren, z. B. im Falle des Pächtes, der Mieth, des Ususfructus. Denn Pächter, Miether und Fruktuar erscheinen wohl in Ansehung der ihnen zur Benützung übergebenen Sachen als Repräsentanten des Besitzers, können also den Besitz für Letzteren forsetzen; allein zum Neuerwerb eines Besitzes erscheinen sie kraft jenes Verhältnisses nicht ermächtigt. Der von ihnen neuervorbene Besitz hat also erst im Falle nachträglicher Genehmigung rechtliche Wirkung.<sup>15a</sup>

Bei der nachträglichen Genehmigung wird nach dem Begriffe derselben der Bestzwille des Rathhabenten auf den Zeitpunkt der Apprehension zurük bezogen.<sup>16</sup> §. 1061. G. B.

Savigny, §. 26. S. 316. Brinz, S. 66—68 (§. 140. 2. Aufl.). Arndts, §. 140. Anm. 1. u. 2. Zimmermann, S. 94 flg., und die von Mathiae a. a. D. angeführten gerichtlichen Entscheidungen.

15a) Vgl. Savigny, S. 312, und die Entsch. d. preuß. O. L. v. 7. März 1854, und 18. Juli 1863 in Striethorst's Arch. B. 22. S. 17, und der zweiten Z. B. 1. Nr. 78: „Die vom Pächter in der Absicht, dem verpachteten Grundstücke eine Grundgerechtigkeit zu erwerben, unternommene Besitzhandlung hat nur im Falle vorherigen Auftrages oder nachträglicher Genehmigung die rechtliche Wirkung einer Besitzergreifung durch Stellvertreter.“ Anderer Ansicht ist Dernburg, §. 154. R. 7. wegen §. 98. I. 20. — Der Erbe des Verpächters erwirbt erst dann den Besitz des verpachteten Grundstückes, wenn er die Existenz des Pachtverhältnisses ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt und dadurch seinen Bestzwillen an den Tag legt. Vgl. Note 20 a. und Savigny, S. 312.

16) Die Behauptung Savigny's, S. 316, dem Chambon a. a. D. Stubenrauch, I. S. 640. Hauser, S. 26, folgen, daß die Zurückbeziehung des Willens, die bei „eigentlichen“ Rechtsgeschäften stattfindet, beim Besitze nicht gelte, ist grundlos. Als ob der Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft, d. i. eine Handlung mit beabsichtigter rechtlicher Wirkung, wäre? L. 24. D. de neg. gest., welche Savigny für seine Ansicht anführt, berührt diese Frage gar nicht. Auch Brinz, P. S. 1622, erklärt sich für Savigny, weil hier nicht bloße Genehmigung, sondern Erfaß eines Mangels (animus poss.) vorliegt. Allein ist die possessio nicht auch juris? — Für die im Text vertheidigte Ansicht erklären sich auch Windscheid, §. 155. R. 10 a. Gyner, S. 134. Goldschmidt, §. 66. R. 4, mit Bezug auf e. 7. C. 4. 8. und e. 25. C. 5. 16. Seuffert, Rathhabition S. 75. Meißfelder, S. 288, der darauf hinweist, daß die Apprehension in diesem Punkte nicht wohl von der Negotiation getrennt gedacht werden kann, neuestens besonders Zimmermann, §. 10. S. 220—225, unter Hervorhebung der praktischen Konsequenzen für den Interdiktenschutz und Eigenthumswerb. — Den im Texte ausgesprochenen Grundsatz anerkennt auch gegen die Ansicht eines Appell.-Ger. das preuß. Ober-Tribunal in der Entsch. vom 18. Juli 1863 (Striethorst, Archiv f. Rechtsfälle. Zweite F. I. Nr. 78): „Mit dem Zeitpunkte der Besitzergreifung Seitens des Geschäftsführers ohne Auftrag ist im Falle der nachträglichen Genehmigung

b) Der Repräsentant muß den Besitz für den Repräsentirten erwerben wollen und — wenn auch beschränkt — handlungsfähig sein. Kinder unter acht Jahren, Wahnsinnige und überhaupt Willenlose können daher nicht als Stellvertreter fungiren. Uebrigens fällt nach österr. Rechte (§. 310.) der geringste Grad der Handlungsfähigkeit mit der Besitzwerbsfähigkeit zusammen, und tritt die rechtliche Wirkung des vom Repräsentanten vorgenommenen Aktes hier wie auch sonst immer unmittelbar in der Person des Vertretenen ein.<sup>17</sup> Keine Aenderung in dem Repräsentationsverhältnisse tritt selbstverständlich da ein, wo der Repräsentant sich wiederum repräsentiren läßt, ein Fall, der bei juristischen Personen häufig stattfindet.<sup>18</sup>

Keine Ausnahme von der Regel, sondern ein besonderer Fall des Besitzerwerbes durch Repräsentanten ist das sogenannte *constitutum possessorium*, nämlich die (ausdrückliche oder stillschweigende) Willenserklärung des Besitzers einer Sache, nunmehr dieselbe nicht mehr im eigenen Namen, sondern im Namen eines bestimmten Dritten besitzen zu wollen. Denn da hier der bisherige Besitzer bereits die faktische Herrschaft über die Sache hat, so bedarf es, um den Besitz für einen Dritten zu erwerben, nur des entsprechenden Willens des Letzteren und des neuen Erwerbers.<sup>18a</sup>

der Besitz des Geschäftsherrn mit voller Wirkung für eingetreten zu erachten, §. 239. I. 13. (welcher dem §. 1016. d. A. b. G. B. entspricht). Dieser Grundsatz findet auch hinsichtlich der ohne Auftrag vom Pächter geschenehen Besitzergreifung Anwendung. — Anders freilich nach sächs. Rechte, §. 203. und Züricher. G. B. §. 491., nach welchen Besitz erst von der Genehmigung ab erworben wird, während der bayr. Entw. III. art. 11. Rückbeziehung verordnet.

17) Vgl. §. 1018. Winiwarter, II. S. 44. Rippel, II. S. 65. Stubenrauch, I. S. 640. Anderer Ansicht ist ohne Angabe des Grundes Zeiller, II. S. 45. 4. Man kann daher z. B. in Oesterreich auch durch montenegrinische Unterthanen Besitz an Immobilien erwerben, obwohl diese für sich zu diesem Besitze unfähig sind.

18) So, wenn der Gemeindevorstand die Gemeinbediener oder Dritte mit der Besitzergreifung beauftragt. Vgl. Savigny, S. 318, und die Präj. 3—6. bei Mathiae, a. a. D. S. 116—117. Goldschmidt, §. 65. R. 22. Nicht nothwendig ist, daß bei einer Kette von mittelbaren Vertretern (Substituten) der Substituirte die Person des in letzter Reihe Repräsentirten kenne. Vgl. hierüber Hauser, S. 50 flg., und Neuling, S. 330 flg., welcher hier wieder die *causa detentionis* (m. G. ohne Noth) zur Erklärung herbeizieht. Vgl. noch L. 30. §. 6. D. de poss., welche ausdrücklich sogar den Fall erwähnt, wenn der Substitut den Repräsentanten irrig für den Besitzer hält.

18a) Daß im Falle des art. 306. S. G. B., welches „Uebergabe“ fordert, das

Der bisherige Besitzer erscheint also als Repräsentant des neuen Besitzers. Gleichgiltig ist es, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst hat, oder durch Andere, z. B. Miether, Pächter, ausübt. 19 §. 319. A. b. G. B.: „Es kann derjenige, welcher bisher eine Sache im eigenen Namen rechtmäßig (?) besaß, das Besitzrecht (?) einem Andern überlassen, und sie künftig in dessen Namen innehaben.“ Vgl. §. 428. Unwesentlich ist in der Fassung des §. 319. das Wort: „rechtmäßig“ — ungenau das Wort „Besitzrecht.“ Das const. poss. enthält also keine Ausnahme von der Regel, daß durch bloßen Vertrag Besitz nicht erworben wird. 19<sup>a</sup>

constitutum poss. nicht ausreicht, hat Fitting, Zeitschr. f. G. R. 18. S. 333 bis 342, überzeugend nachgewiesen; so auch Goldschmidt, ebendas. 9. S. 3; doch vermag ich nicht in allen Punkten (S. 342) F. beizustimmen. Vgl. auch Frankl, G. 3. 1878 Nr. 75.

19) Vgl. Savigny, S. 320, Nr. 1. Für diesen Fall bestimmt das sächsl. b. G. B. im §. 201.: „Ist ein Dritter Inhaber der Sache für den bisherigen Besitzer, so muß zu dem den Uebergang des Besitzes bezweckenden Rechtsgeschäfte die Anweisung des Besitzers an den Dritten hinzukommen, die Inhabung für den neuen Besitzer fortzusetzen.“ Hiernach ist vor dieser Anweisung der Besitz für den Letzteren noch nicht erworben, — eine Bestimmung, die sich auch im bayr. Entw. III. art. 5. — nicht aber im österr. G. B. und im preuß. L. R. §§. 66. 67. I. 7. findet — und die denn doch (was in der ersten Aufl. verkannt wurde) singular ist. Vgl. zu §. 67. I. 7. L. R.: Koch, I. S. 408, Nr. 29. Förster, §. 160. Nr. 71. Roth, §. 132. Nr. 12. Meißner, S. 296. — Das Züricher G. B. §§. 526. 648. erwähnt nur den Fall, wenn der Besitzer zugleich Detentor ist. — Vgl. ferner die Ausführungen des Textes und auch Hauser, Stellvertret. S. 54.

19<sup>a</sup>) Vgl. L. 18. D. de poss.: Die Sache ist einfach; und doch hat die ältere Doktrin in dem const. poss. eine Abweichung von den allgemeinen Regeln über den Besitzerwerb, eine auffallende Fiktion des positiven Rechtes erblicken wollen. Uzo nennt das c. p. geradezu ein mirabile mundi. Heutzutage besteht über die Regelmäßigkeit des Falles kein Streit. Vgl. Savigny, §. 31. Hierulff, S. 389. Arndts, §. 140. Rinz, §. 27. Windscheid, §. 155. 8a. Exner, S. 142. Hauser, S. 46. Das Wort const. poss. kommt in den Quellen nicht vor. — Es ist jedoch nur da vorhanden, wo der Wille des bisherigen Besitzers, im Namen eines Dritten zu besitzen, sich unzweideutig durch Worte, Zeichen oder konkludente Handlungen ausdrückt. So z. B. erwirbt der Käufer den Besitz einer Sache ohne Uebergabe, wenn der Verkäufer sie sofort von ihm pachtet, oder als Usufruktuar behält. L. 77. D. de rei vind. L. 15. §. 2. D. qui satisfacere c. 28. 35. C. de don., und §§. 71—73. I. 73. des preuß. L. R. So bestimmt §. 73. cit.: Pacht oder mietet der bisherige Eigentümer eines Grundstückes dasselbe von einem Andern, so vertritt dieser Vertrag zugleich die Stelle der Einräumung des vollständigen Besitzes. — Daß bei Kaufleuten nicht schon der bloße Vermerk in den Handelsbüchern, daß eine Waare einem Andern verkauft sei, oder der Eintrag in das Ver sendungsbuch als const. poss. angesehen werden dürfe, liegt auf der Hand. Vgl. Brinckmann, G. R. §. 74. Nr. 2. Gad, G. R. S. 210, Nr. 24. Der Vermerk, daß eine Waare einem Andern „gehört“, wäre zwar ein const. possessorium

Der oben aufgestellte Satz, daß das const. poss. nicht ausgeschlossen ist, wenn der Besitzer die Detention durch Stellvertreter ausübt, bedarf gegenüber der neuesten gegentheiligen Auffassung Rührat's (Jhering's Jahrb. XIV. 7.) einer näheren Begründung. Der Besitzer kann die Herrschaft über die Sache (das corpus) auch durch Stellvertreter (Verwalter, Dienstleute, Miether, Pächter, Usufruktuar) ausüben, wobei es gleichgiltig ist, ob diese die Sache bloß im Interesse des Besitzers oder zugleich oder ausschließlich im eigenen Interesse detiniren. Dieses durch den Stellvertreter (den Detentor der Sache) vermittelte Machtverhältniß zur Sache wird gewiß dadurch nicht berührt, daß der Besitzer einverständlich mit einem neuen Erwerber (Käufer u. s. f.) sich entschließt, die Sache in Zukunft für diesen besitzen zu wollen, — überall vorausgesetzt, daß der Detentor dem Repräsentirten (Vormann) den Gehorsam nicht untreuer Weise offen aussagt. (Darüber s. §. 23.) Ja es ist nicht einmal nothwendig, daß der (mittelbare) Stellvertreter von dieser Aenderung des Besitzwillens (const. poss.) verständigt werde. Genug, daß dieser für seinen Vormann — den bisherigen Besitzer — detiniren will und sohin diesem die Verfügung über die Sache offen hält. Sache des Letzteren ist es, ob er die Disposition (Vornemann, Syst. I. S. 508. Koch, S. 143; dagegen Brinckmann a. a. D.), kommt aber bei der Buchführung nicht vor, und hätte selbstverständlich rechtliche Wirkung nur dann, wenn der Veräußerer zur Besitzerwerbung ermächtigt wäre. Vgl. Bremer, XI. S. 241 flg. Goldschmidt, §. 66. S. 610. — Auch die Versendung der Waare enthält an sich noch nicht ein const. poss., den seltenen Fall ausgenommen, daß der Versender die Waare im Namen des Adressaten zum Transport aufgibt. (Uebergabe an den vom Adressaten zur Empfangnahme beauftragten Frachtführer gehört nicht hierher.) Vgl. L. 65. D. de a. r. d. 41. 1., bes. Goldschmidt, §. 66. Nr. 18, 24, 25, dann S. 623—637. Vgl. auch §. 11. Nr. 63 d. B. Ob das Konstitut durch Signirung (§. 11. Nr. 19, 20, 21, 52, 53) von Seiten des Veräußerers erfolgt sei, ist Thatsache, deren Entscheidung in erster Linie von dem Dasein des nöthigen Willens der Parteien abhängt. Vgl. Exner, S. 146. Goldschmidt, S. 610. — Unsere Kommentatoren scheinen das const. poss. als symbolische Tradition aufzufassen. Die richtige Ansicht haben Bachmann, S. 74. Exner, S. 142. Kirchsteiner, S. 163. Als const. poss. ist anzusehen, wenn Jemand Werthpapiere mit einem Umschlage und dem Namen Desjenigen versehen hat, dessen Vermögensverwaltung er geführt hat. Vgl. Bremer, Zeitschr. N. F. XI. S. 243 flg. und die daselbst cit. Entscheidung der 1. und 2. Instanz; dann den Rechtsfall Nr. 324 der Samml. Gl.-U.-W., wo die 2. und 3. Instanz annimmt, daß der Vater durch Ankauf eines Rentenscheines auf den Namen des Sohnes für diesen Eigenthum daran erwarb, obgleich hier eigentlich ein Vertrag in favorem tertii liegt. (S. Unger, Verträge zu Gunsten Dritter S. 84 flg.)

sition, die Herrschaft für sich oder einen Andern haben will, — wie denn auch L. 30. §. 6. D. de poss. ausdrücklich anerkennt, daß es nichts schadet, wenn der Detentor seinen Vormann (den Besitzstellvertreter) irrtümlich für den Besizer hält oder diesen überhaupt nicht kennt.<sup>19b</sup> Es wird daher der Käufer eines Grundstücks den Besitz desselben durch den Verkäufer als Stellvertreter erwerben, wenn dieser das Gut unter Einem pachtet und die Bewirthschaftung wie bisher durch seinen Schaffner oder Verwalter fortführen läßt oder den Miether und Pächter (nun Astermiether, Astepächter) in der Benugung des Gutes beläßt, — und zwar gleichviel, ob die Unterstellvertreter von der Besitzübertragung verständigt wurden oder nicht. Der Umstand, daß die Sache in der Detention des Stellvertreters ist, steht somit dem constitutum p. ebensowenig im Wege, als derselbe Umstand der Tradition des Gutes an Ort und Stelle durch Gegenwart hinderlich ist. Man kann nicht sagen, daß eine solche reelle Tradition (Besitzeinführung) unmöglich sei, so lange Fruktuare, Pächter oder Miether die Sache detiniren: denn der Sachbesitz verträgt sich ganz wohl mit der Detention und der ungestörten Rechtsausübung Dritter (§. 327. b. G. B.) und nur dieser Sachbesitz in seiner bisherigen Gestaltung (d. i. also beschränkt durch die faktische Rechtsausübung des Detentors zu eigenem Interesse) soll durch Gegenwart übertragen werden. (Für den Eigenthumsübergang wird gewiß nicht mehr verlangt!) Einer derartigen Uebergabe werden selbst Fruktuare, Pächter und Miether — weil und soweit ihre berechnigte Detention und Rechtsausübung nicht beeinträchtigt wird — keinen Widerstand entgegensetzen, noch entgegensetzen dürfen! Sollten sie dies thun, so kann sie Tradent durch die Besitzstörungsflagge (§. 339. G. B.) zur Duldung zwingen. (Vgl. Nr. 1146. 1723. der Samml. Gl.-N.-W. und Rechtsgrundsätze d. Berl. D. Trib. v. Striethorst. 7. Nr. 181.: „Besitzübergabe von vermieteten Häusern ist durch körperliche Uebergabe ebenso zulässig als durch const. poss.“)<sup>19c</sup> Dieselbe Klage findet Statt, wenn der Verkäufer den Käufer ermächtigt, allein Besitz von der Sache zu ergreifen und den Fruktuar, Pächter, Miether

<sup>19b</sup> §. 6. cit.: Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possideo etc. S. Hausser, S. 52.

<sup>19c</sup> Vgl. L. 3. §. 3. D. uti p. 43. 17.; L. 20. D. de poss. 41. 1.: Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit emtorique tradidisset,

zur Besitzeinführung (Uebergabe) anweist. (Diesen Fall zunächst haben die in der N. 19c. citirten Stellen vor Augen.) Allerdings wird letzterer (nach österr. Rechte) die Uebergabe verweigern können, sofern der Käufer die sofortige Abtretung zu unbeschränktem Besitz, also die Räumung der Detention vor Ablauf des Rechtes des Detentors (§. 1120. G. B.) verlangen sollte.<sup>19d</sup>

Gegen unsere Auffassung des const. poss. erklärten sich nun allerdings Vangerow, §. 643. (7. Aufl.), und neuestens Ruhstrat, a. D. S. 341 flg., indem sie die Wirksamkeit des const. poss. auf den Fall beschränken, wenn der Besizer die unmittelbare Detention der Sache hat, dasselbe hingegen ausschließen, wenn er die In-

nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra . . . quid enim si alia quaequam fuit justa . . . causa non reddendi? Selbstverständlich kann die Störung sich bis zur Entsehung steigern. Cfr. L. 12. D. de vi 43. 16. Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit . . . ipsum (colonus) simili interdicto (u. vi) locatori obstrictum fore, quem deiecit tunc videtur, cum emtori possessionem non tradidit. Dazu L. 18. D. eod.: colonus (emtorem) intrare prohibuit. Placebat colonum interdicto venditori teneri. Vgl. Windscheid, §. 400. N. 7. Ruhstrat, S. 371. Thon, Rechtsnorm S. 313 flg., dessen eigene Erklärung, daß in L. 20. cit. der Miether im Irrthum über die Absicht des Vermiethers gewesen, in der Stelle selbst keinen Anhalt findet.

<sup>19d</sup> So wohl auch nach röm. Recht; denn selbst der Miether und Pächter würde sich gegen die eventuelle Besitzklage durch die justa causa non reddendi (L. 20. D. de poss. L. 3. §. 3. D. uti poss. a contr. L. 12. u. L. 18. pr. i. f. D. de vi) schützen können; denn eine vis, widerrechtliche Eigenmacht, liegt nicht vor, wenn die Repositionsverweigerung eine gerechtfertigte ist. Vgl. Ruhstrat, S. 372. And. A. freilich Ziebart, Realer. S. 11—19 flg. Deegenkolb, Krit. B. J. IX. S. 227 flg. Thon, S. 313 flg., der aber für das justin. Recht mit Berufung auf die Basiliken die Richtigkeit der herrschenden Ansicht zugibt und dafür auch c. 3. C. de loc. 4. 65. bezieht. In der Hauptsache stimmt auch Windscheid, §. 400. N. 7. der hier vertretenen Auffassung zu. Gleichgiltig ist, ob der Vermiether selbst in der possessorsischen Klage das Miethsverhältniß zur Sprache bringt und seine Verpflichtung zum Belassen des Miethsobjekts zugesteht, oder ob sich lediglich der geklagte Miether hierauf beruft. (And. A. Windscheid a. D.) Auch Ruhstrat, S. 372, drückt sich insofern ungenau aus, als er schon die bloße Gefährdung des Pachtverhältnisses als justa causa ansieht. Eine eminente Bestätigung unserer Ansicht findet sich in L. 3. §. 3. D. u. p. 43. 17.: Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aequae competere interd. uti poss. placuit; testarique dominum, non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret! Sofern also der Eigenthumsbesitzer die miethweise Benugung nicht stört, darf ihm der Zutritt und die Verfügung über die Sache nicht verwehrt werden. Bei Miethshäusern kommen dergleichen Dispositionen alltäglich vor, ohne regelmäßig zu Kollisionen zu führen. Eigenthümlich Geller, Grünh. J. V. S. 360 flg., 379, 382, der zwischen Mobilien und Immobilien unterscheiden will.

habung durch Stellvertreter ausübt. Denn, meint Ruhstrat, daß der Tradent Besitzer war, komme hier nicht in Betracht, da es sich nicht um den alten, sondern um den neuen Besitz des Erwerbers handle; durch das const. poss. gebe Tradent den Besitz auf, er könne daher, da er nicht mehr Besitzer sei, auch nicht animo Besitz auf Andere übertragen; er könne dies insbesondere nicht durch Vermittlung seines bisherigen Stellvertreters; denn in dem Momente, wo er den Besitz aufgabe, höre auch das Repräsentationsverhältnis auf, die Stellvertretung sei gegenstandslos geworden; der Repräsentant übe dann nur seine (?) Detention aus. (S. 348, 351, 364, 368.) — Allein die Voraussetzung Ruhstrat's, daß Tradent beim const. poss. den Besitz völlig aufgabe, ist gewiß sachwidrig. Im Gegentheil, Tradent will den Besitz behalten, nur nicht für sich, sondern für einen Anderen. Der Verlust des Besitzes für seine Person ist nur eine Folge des Willens, nunmehr unter Vorbehalt der faktischen Macht — für einen Anderen zu besitzen.<sup>19e</sup> Nicht der Herrschaftswille an sich wird aufgegeben: nur die Richtung desselben wird geändert. Mit der irrigen Annahme, daß Konstituent den Besitzwillen überhaupt aufgabe, fällt auch die darauf gebaute Deduktion Ruhstrat's betreffend die Hinsfälligkeit (Gegenstandslosigkeit) des Repräsentationsverhältnisses. Die Unhaltbarkeit derselben zeigen auch die Resultate, zu denen Ruhstrat's Standpunkt führt: Auch in dem Falle nämlich, wenn Tradent (Konstituent) selber die Sache detinirt, müßte derselbe wegen der angeblich erfolgten Auflassung des Besitzes diesen Letzteren für den Käufer durch neue Apprehension erst wieder erwerben (S. 359, 368), hiermit z. B. den verkauften Schatz ausgraben und wieder verwahren, das Grundstück von neuem betreten u. s. f. Wie nach dieser Auffassung das const. poss. überhaupt noch praktische Bedeutung haben könnte, will mir nicht einleuchten.<sup>19f</sup>

19e) Denn auch die Detention kann man durch Dritte (Wachen, Boten, Stellvertreter) ausüben. Vgl. Ruhstrat selbst S. 348 fg.

19f) Daß das const. poss. auch bei mittelbarer Detention möglich sei, beweist die namentlich von Windscheid, §. 400. N. 7, citirte L. 30. §. 6. D. de poss. Die Stelle handelt von dem Falle, wenn der Stellvertreter den Besitz wieder durch (mittelbare) Stellvertreter ausübt; die Reihe der Letzteren ist eine unbeschränkte und es kommt Nichts darauf an, ob der entferntere Repräsentant den wahren Besitzer kennt oder nicht (Note 19 b). Wie nun nach der einen Seite ein neuer Stellvertreter hinzutreten kann, ohne daß dadurch die Fortdauer des Besitzes irgendwie be-

Noch ist der früher ange deutete Fall zu erwägen, wenn der Detentor, z. B. der widerhaarige Pächter, welcher von dem erfolgten const. poss. verständigt wird, erklärt: nicht für den gegenwärtigen (neuen) Besitzer — sondern für sich oder für einen Anderen (etwa den bisherigen Besitzer) — detiniren zu wollen. Hier haben wir es einfach mit einem Fall der Untreue des Vertreters und also mit der Frage zu thun, ob der vom neuen Erwerber durch const. poss. bereits erlangte Besitz an den Stellvertreter oder durch denselben verloren geht. Der Fall ist nach den im §. 23. d. B. aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. Jedenfalls hat der neue Besitzer (nicht der bisherige) gegen den untreuen Vertreter die Besitzklage auf Restitution des Besitzes. Dieser Ansicht könnte scheinbar L. 12. u. 18. D. de vi (N. 19c.) entgegengesetzt werden, nach welcher der Verkäufer (nicht der Käufer) das I. de vi gegen den desicirten Pächter anstellen kann. (Siehe Ruhstrat S. 277 N. 34.). Allein L. 12. u. 18. sprechen nicht vom const. poss., sondern von dem hievon verschiedenen Falle, wenn der Verkäufer den Käufer ohne const. poss. ermächtigt, den Besitz allein zu ergreifen, bez. sich denselben vom Vertreter übergeben zu lassen. (V. si colonus emtorem non admisserit . . . poss. non tradiderit; jussit, in vacuum possessionem ire; cfr. L. 20. D. de poss: emtori tradi jussit . . .) Vgl. dazu Seuff. Arch. 30. Nr. 8. 31. Nr. 203.

Gegenüber der herrschenden Lehre, daß zum Besitzerwerbe durch const. poss. der Wille des bisherigen Besitzers, nunmehr Namens eines Dritten (mit dessen Einverständnis) zu besitzen genüge, betonen neuerlich Erner, Trad. S. 142 fg., und Krit. Viertelj. XIII. S. 308, Windscheid, §. 155. N. 8a., Meischer, S. 290, Reuling, S. 331, daß dieser Wille der Parteien nicht genüge, daß vielmehr noch erforderlich sei, daß auch ein Rechtsgrund, eine

rührt würde, ebenso gewiß nach der anderen Seite. Wie dort in absteigender, so wird hier in aufsteigender Linie die Kette der Stellvertreter um Einen vermehrt. Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Fällen des Zuwachses eines Stellvertreters besteht nicht. — Konsequent wäre nach der Ansicht Ruhstrat's, S. 369, überhaupt die Tradition von Sachen, die wir durch Stellvertreter besitzen, ohne deren Einwilligung nicht möglich. Was aber damit praktisch, mit Rücksicht auf gefährdete Miether und Pächter, gewonnen sein soll, ist nicht abzusehen, da die Besitzführung (wie auch Ruhstrat, S. 371—373, nicht läugnet) durch Besitzklagen erzwungen werden kann.

causa, ein Rechtsgeschäft vorhanden sei, welches den Inhaber zum einstweiligen Behalten ermächtigt oder verpflichtet, z. B. Miethe, Pacht, Depositum, Verpfändung, Prefarium u. s. f. Die Konstituierung des Rechtsgeschäftes bewirke den Besitzübergang. Nur in der Anerkennung dieses Grundsatzes liege die einzige Gewähr, daß der Satz traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur durch die Praxis nicht in das Gegentheil verkehrt — und illusorisch gemacht werde. — Diese Auffassung halte ich für unrichtig. Ich gestehe zwar zu, daß beim const. poss. eine causa im subjektiven Sinn, also die Meinung der Parteien: daß ein solches die Detention alieno nomine bedingendes Rechtsgeschäft vorhanden sei, mit anderen Worten: daß die hierauf gerichtete Absicht der Parteien vorliegen müsse — allein lediglich aus dem Grunde, weil ohne Angabe einer solchen causa der ernsthafte Wille der Parteien, daß der bisherige Besitzer wirklich Namens des Erwerbers detinire, gar nicht ersichtlich ist. Ein abstrakter Wille, für Jemanden zu detiniren (ohne irgend welche konkrete causa) ist unter Vernünftigen psychologisch ebenso undenkbar, als der abstrakte Eigenthumsübertragungswille (s. Erner selbst, S. 77 flg., 85, meinen Aufsatz, Ger. Zeit. 1871. Nr. 45, 46, Hofmann, Lehre v. tit. und mod. adqu. S. 103 flg.). Kurz der animus alieno nomine possidendi ist nothwendig ein animus tenendi ex deposito, commodato, mandato, locato, precario u. s. f. Das Verhältniß ist hier dasselbe wie jenes des Traditionswillens zur causa traditionis.<sup>20</sup> Um so un-

20) Eine objektive causa, ein rechtsgültiges Geschäft („Eigenthumstitel“) ist selbst nach österr. Rechte trotz §. 435. zum Eigenthumsübergang nicht erforderlich. (Arg. §§. 1431—1436. G. B.) Die Angabe des „Titels“ wird nur gefordert, damit durch denselben der konkrete Wille der Parteien, Eigenthum zu geben und zu nehmen, konstatirt werde. Die Neußerung des abstrakten hierauf gerichteten Willens genügt nach österr. Rechte keineswegs. (Anderes nach dem neuen preuß. Gr. Ges. §. 46.) Gefordert wird vielmehr der durch den juristischen Grund (resp. Zweck) der Eigenthumsübertragung spezialisirte Wille. (§§. 424, 1461. G. B.) Dieser juristische Willensgrund (subjektive causa) wird am einfachsten konstatirt durch Angabe des Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen die Tradition erfolgt, d. i. des Titels (causa im objektiven Sinne). In diesem Sinne fordert auch das b. G. B. in den §§. 424, 435. einen „Titel“. Allein jener Bestimmungsgrund (subjektive causa) kann vorhanden sein, auch wenn das Rechtsgeschäft (der Titel, die objektive causa) gar nicht existirt, z. B. wegen Formgebrechen (Notariatsform, Ges. v. 25. Juli 1871) oder wegen irrig vorausgesetzter Verbindlichkeit zur Tradition (§§. 1431—1435.). Mit andern Worten — nur die subjektive causa ist

haltbarer ist die Meinung (Reuling, S. 328), daß zum const. poss. eine reelle, rechtswirksame causa detentionis erforderlich sei. Gewiß ist dies ebensowenig nöthig — als zum Eigenthumsübergang das Dasein einer objektiven, rechtsgültigen causa; ja gerade die von Reuling so betonte Analogie der den Rechtsübergang beherrschenden Rechtsätze („Besitz ist Thatsächlichkeit des Eigenthums“) müßte uns von der Unrichtigkeit dieser Behauptung überzeugen.<sup>20a</sup>

Der Richter, welcher die Ernstlichkeit des zum const. poss. nothwendigen Willens zu prüfen hat, wird daher nothwendig nach der causa detentionis des Stellvertreters, d. i. nach dem bezüglichen (wirklichen oder putativen) Rechtsverhältnisse zwischen Vertreter und Vertretenem fragen müssen. Darum darf man aber nicht behaupten, daß die Gültigkeit des constitutum poss. durch das Dasein eines (gültigen) Rechtsgeschäfts (Rechtsgrundes, causa im objektiven Sinne) bedingt sei. Schon die Analogie der Eigenthumsübertragung, die sich auch durch const. poss. vollziehen kann, weist uns hier den richtigen Weg.

Was übrigens die Gefahr der Umgehung des Rechtsatzes: daß zum Eigenthumsübergang Tradition erforderlich sei, betrifft, so ist dieselbe selbstverständlich nach unserer Auffassung eben so wenig

ein Requisite des Eigenthumsüberganges, nicht auch die objektive. Auch der Putativtitel genügt also zur wirksamen Tradition. Zu bemerken ist, daß das juristische Motiv (Bestimmungsgrund) wohl zu unterscheiden ist von dem ökonomischen, sozialen oder sittlichen Beweggrund. Wer z. B. schenkungsweise tradirt, kann dies thun, etwa um eine Wohlthat zu üben, um zu glänzen, um zu verbinden. Diese Motive gehen den Juristen in der Regel Nichts an (Ausnahmen §§. 572, 901. G. B.). Das juristische Motiv (Zweck) der Tradition ist aber in allen diesen Fällen eben nur die Absicht, Jemanden unentgeltlich zu bereichern (animus oder causa donandi). Ebenso kann die Tradition auf Grund eines Kaufs auf verschiedenen ökonomischen Motiven beruhen, z. B. um neuen Kredit zu erhalten u. s. f., das juristische besteht immer nur darin, durch Leistung die Obligation zu erfüllen. Vgl. auch Jhering, Geist des Röm. Rechts III. S. 200 (1. Aufl.); scharf und richtig bes. Brinz, I. S. 200 (1. Aufl.), neuestens auch Hofmann, a. D. S. 103 flg. Dies übersehen Erner, S. 76. Nicht um die Frage, ob eine causa vorhanden sein muß, sondern ob diese causa rechtsbeständig sein muß, dreht sich eigentlich der Streit über das Postulat der justa causa traditionis. Darüber Erner a. D. u. S. 318 flg.

<sup>20a</sup>) Richtig bemerkt Dernburg, §. 152. S. 303, daß Besitz durch const. poss. übergehe, auch wenn der von den Parteien abgeschlossene Miethvertrag ungültig ist, z. B. wegen Nichterhaltung der Form etc., da immerhin der Verkäufer durch jene Erklärung den Käufer in den Besitz gesetzt habe. Von den neueren Legislationen erwähnt nur das sächs. G. B. §. 201. ausdrücklich das „Rechtsgeschäft“ beim const. poss.

oder eben so sehr vorhanden, wie nach der gegentheiligen Ansicht. Ganz zu vermeiden ist dieselbe keinesfalls, da das Rechtsgeschäft nur zum Scheine abgeschlossen zu werden braucht, um dem Gesetze äußerlich genug zu thun. (Auf diese Gefahr wurde schon bei der Redaktion des Züricher G. B. hingewiesen, aber mit Recht bemerkt, daß es Sache des Richters ist, der konstatarnten Simulation die Anerkennung zu versagen; s. Bluntschli, Comm. III. S. 140 ad §. 648., vgl. auch Zeiller's Bemerkungen §. 11. N. 56c.)

Eine andere Frage ist es, ob zum const. poss. die Erklärung der Parteien genüge: „daß hiermit tradirt sei oder tradirt sein solle“? (Bejahend: Goldschmidt §. 66. S. 610). Mit Recht erklären sich dagegen Windscheid, Erner, Meischeider a. D., auch Gruchot, IV. S. 471 flg., und die daselbst citirten Judikate des preuß. Obertribunals. S. auch Nr. 1620. der Samml. Gl.-U.-W. — Denn aus dieser Erklärung ist durchaus nicht der Wille des Veräußerers ersichtlich, in Zukunft für den Erwerber zu detiniren — ein Wille, der ohne ein hierauf gerichtetes (wenn auch nur putatives) Rechtsgeschäft gar nicht denkbar ist. Im Gegentheil enthält jene Erklärung ein ohnmächtiges Segen des vermeintlich souverainen Willens der Parteien über den Willen des Gesetzes! Dies übersah Savigny, als er in einem Zusatz zur 7. Ausgabe, S. 323 Note, zur Eigenthums- (Besitz-) Uebertragung einer Schiffspart (des intellektuellen Schiffsantheils) die Uebergabe der bezüglichen Vertragsurkunden für genügend erklärte; hier läge kein const. poss. vor, sondern vielmehr — die von Savigny §. 26. so sehr perhorreszirte „symbolische Uebergabe durch Urkundenübergabe“! (c. 1. C. de don. 8. 54.). (Wie Savigny, so Hauser, S. 57; doch übergeht auch m. G. nach der singulären Bestimmung des art. 439. H. G. B. nicht nur Eigenthum, sondern auch Besitz am Schiff durch die daselbst gestattete Vereinbarung der Kontrahenten, daß das Eigenthum sofort auf den Erwerber übergehen solle. Arg. art. 439. „Die Uebergabe . . . wird ersetzt“, und das legislative Motiv. Prot. S. 1698. 1701. flg.). Selbstverständlich muß übrigens in jedem einzelnen Falle geprüft werden, ob nicht trotz jener Erklärung nach Absicht der Parteien dennoch ein auf Detention alieno nomine gerichtetes Rechtsverhältniß vorhanden ist. Behält z. B. der Veräußerer über Ansuchen des Käufers die Waare am Lager „bis zur weiteren Disposition“, oder um

dieselbe dem nächstbesten Frächter zum Transport zu übergeben, so liegt m. G. ohne Zweifel ein Verwahrungs-, bezieh. Mandatsverhältniß und sohin ein constitutum vor. Vgl. die Entsch. d. O. G. H. Nr. 1620. der Samml. Gl.-U.-W., worin die notarielle Erklärung, die verkauften Sachen für den Käufer noch zu verwahren, für genügend erklärt wurde. (Zu weit geht Hauser, wenn er immer einen genügenden Detentionsgrund supponirt, wenn feststeht, daß die Besitzabtretung geschehen solle, während der Abtretende die Sache vorläufig noch behält.) Ebenso ist ein const. poss. anzunehmen, wenn der Kommissonär die für seinen Kommittenten gekauften Werthpapiere unter Mittheilung ihrer Nummern aufbewahrt (im Depot behält) oder dem Kommittenten Nachricht gibt, daß er die für ihn gekauften Papiere in dessen Spezialdepot hinterlegt habe. Vgl. den interessanten Rechtsfall in Goldschm. Ztschr. 21. S. 308 flg. u. Grünhut, S. 437.

Unter den Gesichtspunkt des Besitzerwerbes durch Stellvertreter fällt die Bestimmung des §. 429. des G. B. („In der Regel werden überschickte Sachen erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Uebernehmer erhält; es wäre denn, daß dieser die Ueberreichungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte,“ vgl. auch §§. 128—130. I. 11. des preuß. L. R. und §. 204. des sächs. b. R.) nur dann, wenn der Frächter (Bote) den Willen hat, für den Destinatar Besitz zu erwerben. — Hat er diesen Willen nicht, so gründet sich der Erwerb des Besitzes auf gesetzliche Bestimmung.<sup>20b</sup> (Vgl. S. 329.) S. Erf. des R. D. Hand. G. X. 13. XI. 103. XVII. 37.

Das Prinzip, auf dem das constitutum poss. beruht, führt auch zu der weiteren Anwendung, daß auch der bloße Inhaber, der bisher im Namen einer bestimmten Person detinirte, durch bloße Aenderung des Willens einen Anderen zum Besitzer machen könne, vorausgesetzt, daß Letzterer hiezu den Auftrag erteilte, oder nachträglich seine Genehmigung gab. So z. B. kann der Pächter dem Erben des Verpächters durch den bethätigten Entschluß, nunmehr

20b) Irrig ist es also, wenn unsere Kommentatoren (Zeiller, II. S. 227. Rippel, III. S. 374. Winwartter, II. S. 203. Stubenrauch, I. S. 815) im Falle des §. 429. ganz allgemein vom Besitzerwerbe durch Stellvertreter sprechen. Bei Uebersendung durch Posten und Eisenbahnen ist dies gewiß nie der Fall. Vgl. auch Erner, Trad. S. 147, dazu §. 11. N. 64 d. B.

Namens des Erben zu detiniren, den Besitz erwerben, sobald Letzterer das Pachtverhältniß anerkennt.<sup>20c</sup> Selbst im Falle der Untreue des Stellvertreters findet keine Ausnahme hievon statt. (Vgl. §. 23. d. B.)<sup>20d</sup>

Es entsteht die Frage, ob im Falle der Tradition zum Besitz-erwerbe durch Stellvertreter nothwendig sei, daß dieser dem Tradenten gegenüber erkläre, daß er als Beauftragter handle, oder (was auf dasselbe hinausgeht) ob dies nicht wenigstens von Beiden (dem Tradenten und Empfänger) vorausgesetzt werden müsse?<sup>21</sup> Die Frage ist zu verneinen. Denn die Thätigkeit des Tradenten beschränkt sich bei der Tradition wesentlich auf das Aufgeben des Eigenthumes und Besitzes unter der Voraussetzung, daß ein Anderer durch Bestzergreifung Eigenthum erwerben wird. Die Tradition ist ihrem Wesen nach ein Verzicht auf Eigenthum und Be-

<sup>20c</sup>) Diese Deutung läßt wohl auch L. 30. §. 5. D. de poss. zu, welche eine besondere Apprehensionshandlung des Erben zu fordern scheint: Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere. Mit unserer Ansicht scheint auch Savigny, S. 313, zu stimmen, der hierzu bemerkt: es muß etwas gethan werden, wodurch der Pächter zugleich Repräsentant des Besitzes für den neuen Verpächter wird.

<sup>20d</sup>) Savigny, §. 27. D. (so auch Goeßchen, §. 210. a. G.) will in der durch bloßen Vertragsschluß bewirkten Eigenthumsgemeinschaft an einzelnen Sachen im Falle der societas omnium honorum einen besonderen Fall des const. poss. erblicken. Vgl. dagegen mit Recht Böcking, Pand. §. 124. R. 46. Puchta, im Rechtsler. II. S. 40, und Unger, Entw. eines b. G. B. S. 187. Nach österr. Rechte ist auch hier der Eigenthums-erwerb von der Tradition abhängig (§§. 1181. u. 1183. d. G. B.); das const. poss. kann daher hierbei eine wichtige Rolle spielen.

<sup>21</sup>) Dies behauptet namentlich Ihering, Jahrb. f. Dogm. I. S. 319—333, unter Berufung auf L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom. L. 13. D. de donat. und mehre gerichtliche Entscheidungen (Seuffert, Archiv V. S. 331) gehen von demselben Gesichtspunkte aus. Hiegegen erklären sich mit Recht Arndts, §. 145. R. 3. Bangerow, I. S. 446. Puchta, Pand. §. 148. k. u. l. Brinz, I. §. 55. u. eingehend Bremer, Zeitschr. R. F. XX. S. 43—90. Goldschmidt, §. 66. R. 7. Exner, S. 139, R. 46. Dernburg, §. 154. R. 2. a. G. Hauser, S. 18, 19, während Windscheid, §. 155. R. 7. sub 2, der Ansicht Ihering's beitrifft. (Allerdings spricht Windscheid vom erklärten Willen des Tradenten, scheint also bei nicht ausdrücklich geäußertem Willen desselben unsere Ansicht zu theilen, s. auch §. 172. R. 13.) Der nicht ausgesprochene Wille des Tradenten ist irrelevant, die Aeußerung auch nicht nothwendig; erklärt er sich hierüber nicht, so muß angenommen werden, daß es ihm gleichgiltig ist, ob Empfänger für sich oder Andere Besitz und Eigenthum erwerbe. L. 9. §. 7. D. 41. 1. und Goldschmidt, §. 66. R. 8. Die im Texte berührte Frage hat auf dem Gebiete des Eigenthumes noch eine weit größere praktische Bedeutung, als auf dem des Besitzes, worüber Näheres bei Bremer a. a. D., und neuestens Grünhut, Kommissionshandel S. 428 fig.

sitz, um Anderen Gelegenheit zu sofortigem Besitz- und Eigenthums-erwerbe zu geben. Der Erwerbsakt bleibt auf Seite des Empfängers bei der Tradition wesentlich derselbe wie bei der Okkupation. Soll durch Tradition Besitz für den Empfänger erworben werden, so muß dieser die hiezu nothwendige Handlung vornehmen: den Besitz-willigen fassen und sich der Sache bemächtigen. Von seinem (des Empfängers) Willensentschlusse allein, und nicht von der Absicht des Tradenten hängt es also ab, ob der Besitz der übergebenen Sache ihm, dem Uebernehmer, oder durch seinen Willen einem Dritten erworben wird. Vorausgesetzt wird hiebei, daß der Tradent dem Empfänger gegenüber sein Eigenthum aufgeben will.<sup>22</sup> In diesem Falle steht aber, wie gesagt, Nichts entgegen, daß der Empfänger den Besitz (und durch diesen Eigenthum) sofort auch für einen Anderen erwerbe, wenn er dies im Einverständnisse mit diesem beabsichtigt.<sup>23</sup> Hieraus ergibt sich aber, daß es nicht nöthig ist, daß der Stellvertreter bei der Tradition dem Tradenten gegenüber erkläre, daß er nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen erwerben wolle;

<sup>22</sup>) Anders, wenn der Tradent nicht dem Empfänger, sondern einer bestim-ten dritten Person sein Eigenthum überlassen will; hier bleibt der Tradent Eigenthümer, wenn der Dritte es nicht wird, mag auch sein Besitz durch die Apprehension eines Dritten aufhören. Eine Bestätigung u. A. liegt in der Betrachtung der traditio ad incertam personam (L. 9. §. 7. D. de a. r. d. 41. 1.), vgl. besond. Sohm, 17. S. 46 fig. Exner, S. 16 fig. Man denke an das Aufstellen von Streichhölzern, Salz u. in Gaststuben, von Speisen und Biergläsern in Eisenbahn-Restaurantionen u. Der Wille des Restaurateurs ist gewiß Traditions-, nicht Dere-liktionswille.

<sup>23</sup>) Vgl. Arndts, Brinz und Bremer a. a. D. Dernburg, §. 154. R. 2. a. G. Mit Recht betont Bremer, die Tradition von Seiten des Erwerbers aus gesehen sei: Besitzerwerb, in der Absicht, Eigenthum zu erlangen, unter Zustimmung des bisherigen Eigenthümers (S. 61); es sei nicht einzusehen, wie so der Erwerber durch den Willen des Tradenten gehindert sein könne, sofort einem Dritten zu erwerben, zumal er doch im nächsten Augenblicke nach der Tradition die Sache dem Dritten übergeben oder ihm durch ein constitutum possessorium den Besitz (Eigenthum) verschaffen könne (S. 72). Bremer macht auch unter Bezug auf L. 2. §. 20. D. de poss. aufmerksam, daß nur die im Texte vertretene Ansicht der juristischen Logik und den Bedürfnissen des Verkehrs entspreche: denn der Beauftragte hat Eigenthum (Besitz) nicht erwerben können, weil er es nicht erwerben wollte; der Verkäufer hat sich des Eigenthums begeben, und herrenlos ist wohl die Sache nicht? (S. 85). Bei zweiseitig verbindlichen Verträgen ist allerdings der Empfänger als Kontrahent zur Leistung des Entgeltes verpflichtet; allein hier ist Stellvertretung beim Besitzerwerbe von der Begründung der Obligation ohne Stellvertretung wohl auseinander zu halten.

entscheidend ist lediglich der Wille des Empfängers, für einen Anderen zu erwerben, und ein zwischen diesen beiden Letzteren bestehendes Rechtsverhältniß, dem zu Folge der Empfänger als Stellvertreter des Anderen gilt, möge dieses nun in einem Auftrage, gerichtlicher Bestellung oder in der Verfassung einer juristischen Person bestehen. Wo diese beiden Voraussetzungen vorhanden sind, da wird bei der Tradition dem Repräsentirten Besitz (Eigenthum) erworben, mag der Tradent von dem Repräsentationsverhältnisse wissen oder nicht. Selbstverständlich muß jedoch der Wille des Empfängers, nicht für sich, sondern für einen Anderen zu erwerben, erkennbar in die Erscheinung treten: <sup>23a</sup> wurde er nicht ausdrücklich geäußert, sei es dem Tradenten oder Dritten gegenüber, so kann derselbe aus konkludenten Handlungen oder Verhältnissen erschlossen werden. Kauft z. B. der Lehrlinge, Handlungsdiener, Hausknecht Geräthschaften oder Waaren für ein Gewerbs- oder Handelsgeschäft, kauft die Köchin auf dem Markte Eßwaaren, schafft der Verwalter eines Gutes landwirthschaftliche Geräthschaften, der Fabrikdirector Maschinen und Rohstoffe an: so liegen in allen diesen Fällen Anhaltspunkte genug vor zur Entscheidung der Frage, ob diese Personen als Stellvertreter des Geschäftis- oder Gutsherrn oder der Hausfrau gehandelt, ob sie also den Besitz (das Eigenthum) der eingekauften Sachen diesen oder sich selbst erworben haben. <sup>23b</sup> Dagegen ist beim Einkaufe von Waaren durch einen Kommissionär von Fall zu Fall zu beurtheilen, ob Besitz und Eigenthum dem Kommittenten oder dem Kommissionär erworben sei. Das Kommissionsverhältniß an sich ist aber kein solches Verhältniß, aus welchem darauf geschlossen werden könnte, daß der Kommissionär unmittelbar dem Kommittenten Besitz (Eigenthum) erwerben wollte. Denn der Kommissionär handelt, wenn auch für fremde Rechnung, so doch in eigenem Namen; <sup>24</sup> ein Verhältniß der Stell-

<sup>23a</sup>) In dieser Beschränkung scheint auch Windscheid, §. 155. N. 7, sub 2, der hier vorgetragene Meinung beizustimmen. Vgl. auch Dernburg, §. 154. Note 3, und Grünhut, S. 430 flg.

<sup>23b</sup>) Vgl. auch Goldschmidt, §. 66. N. 7, bezüglich der Geschäfte der Handelsbevollmächtigten, Prokuristen, Senale u. dergl. Vgl. art. 56. 59. 69. Zus. 1, 96, 97 §. G. B. Auch beim Besitzerwerbe durch Offupation sind Verhältnisse denkbar, aus denen sich ergibt, daß Jemand nur als Stellvertreter handle, z. B. aus der Anstellung als Forstmann (Jäger) oder Fischer. Eine Rundgebung des Vertretungsverhältnisses nach Außen durch Worte hätte hier keinen Sinn.

<sup>24</sup>) Verordnet doch art. 360. §. G. B. ausdrücklich: „Kommissionär ist der-

vertretung zum Kommittenten liegt nicht vor. — Man denke nur an den gewöhnlichen Fall, daß es sich um den Einkauf von vertretbaren Sachen handelt, und daß der Kommissionär, was häufig geschieht, von mehreren Kommittenten Aufträge zum Kaufe derselben Waare erhalten hat, oder gar endlich zugleich Eigenhandel betreibt! Mit Recht wurde daher von der Nürnberger Konferenz der Art. 284. des preuß. Entwurfs, welcher bei der Einkaufskommission als Regel Eigenthumserwerb des Gutes für den Kommittenten statuirte, abgelehnt. <sup>25</sup> Es wird daher lediglich nach dem erklärten Willen des Kommissionärs zu beurtheilen sein, ob mit der Uebergabe des von ihm eingekauften Gutes Besitz (Eigenthum) ihm oder dem Kommittenten erworben sei; im Zweifel ist er als Besitzer (Eigenthümer) anzusehen. <sup>26</sup> — Daß dieser Ansicht der Art. 374. des §. G. B., welcher dem Kommissionär wegen gewisser Forderungen an den Kommittenten ein Pfandrecht am Kommissionsgute gibt, nicht entgegensteht, bedarf keines Nachweises; er ist mit unserer Ansicht vollkommen vereinbar, und blieb auch darum trotz der Streichung des oben citirten Art. 284. des Entwurfs stehen.

Hervorzuheben ist noch der Fall, wenn dem Repräsentanten der Besitz einer Sache vom bisherigen Besitzer für eine bestimmte dritte Person übergeben wird, der Repräsentant aber den Besitz für

jenige, der gewerbmäßig in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Kommittenten) Handelsgeschäfte schließt. . . Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, daß das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies ein gewöhnlicher Auftrag.“ Vgl. Goldschmidt, §. 66. S. 615, u. Grünhut, §. 42., welche auch die Literatur und Gesetzgebung erschöpfend anführen.

<sup>25</sup>) Bei vertretbaren Sachen forderte der art. 284. Aussonderung mit hinreichender Bezeichnung oder Abfindung.

<sup>26</sup>) Vgl. Brinckmann, §. N. §. 112. N. 23, der sich aber ziemlich unklar ausdrückt; besonders Bremer, a. a. D. S. 92—94, und die daselbst citirten Entscheidungen des D. U. G. zu Lübeck und Kiel, nun auch die überzeugenden Ausführungen Goldschmidt's a. a. D., insbes. bezüglich der legislativen Vorarbeiten Note 14, dann Laband, Zeitschr. f. §. N. IX. S. 439 flg. Dagegen nimmt die Mehrzahl der Schriftsteller Erwerb des Kommittenten als Regel an, so selbst auf Grund des neuen §. G. B. Kräwell, S. 498, und Gab, Handb. d. a. §. N. S. 266, Briq, S. 376, während Andere (Endemann, §. N. §. 171. ad III.) Alles auf die in concreto erkennbare Absicht des Kommissionärs stellen. Irrig von den Aelteren namentlich auch Fischer-Blodig, §. 258. Für unsere Ansicht vgl. Grf. des N. D. §. G. XVIII. 47. XIX. 24., dazu den S. 469 angeführten Rechtsfall. So auch Grünhut, S. 436, wenn es sich um den Ankauf vertretbarer Sachen oder eines Genus handelt, während er S. 431 beim Einkauf einer Species im Zweifel unmittelbaren Erwerb des Kommittenten behauptet.



einen Anderen oder für sich erwerben will. Nach röm. Rechte erwirbt nichts destoweniger Derjenige den Besitz, für den die Sache dem Repräsentanten übergeben worden ist.<sup>27</sup> Wie nach österr. Rechte? Da hier der Repräsentant nicht den Willen hat, für denjenigen Besitz von der Sache zu ergreifen, für den er ihm übergeben wird, so erwirbt dieser gewiß nicht den Besitz.<sup>28</sup> Es entscheidet also, da mit der

27) Deutlich erklärt dies Ulpian, L. 13. D. de donat. 39. 5., wogegen Julian, L. 37. §. 6. D. de acquir. poss. von diesem Falle sagt: „nihil agetur“, — sc. in sua persona, supponiren in letzterer Stelle Savigny, §. 26. S. 306. Rudorff, R. 92. Kierulff, S. 388 u. 392. Chambon, S. 170. Böcking, Pand. S. 464. Bangerow, I. S. 428. Lenz, a. a. D. S. 232. Singeen wollen Bremer, Zeitschr. N. F. XI. S. 249. XX. 2. Brinz, S. 69. Arndt, §. 140. R. 4. und Jhering, Jahrb. I. S. 325—334, beide Stellen so vereinigen, daß sie L. 13. cit. bloß vom Falle einer bloßen Mentalreservation, L. 37. §. 6. von ausdrücklicher Aeußerung des Empfängers verstehen. Diese Auslegung billigen Scheuerl, Jahrb. f. D. II. S. 26. Windscheid, §. 155. R. 7. Auf den Eigenthumsübergang will das „nihil agetur“ bezogen haben Arndt a. D., und wie mir scheint mit Recht; über den Besitzübergang spricht Julian gar nicht. S. auch Meischelder, S. 276. Freilich ist dadurch die Antinomie nicht beseitigt. — Neuerlich halten Gynce, S. 136, R. 39, und Dernburg, §. 154. R. 2, den Donell-Bremer'schen Vereinigungsversuch, welchen im Wesen auch Windscheid a. D. acceptirt, für ungenügend und den Widerspruch für auslegend. E. gibt der Meinung Julian's (L. 37. §. 6. D. cit.) als der folgerichtigen den Vorzug, indes D. die Ansicht Ulpian's billigt. Vgl. noch L. 1. §. 19. D. h. t., welche für E. spricht. In der That läßt der Bremer'sche Vereinigungsversuch manchen Zweifel übrig. Goldschmidt, §. 66. S. 614, tritt der herrschenden Ansicht mit der Modifikation bei, daß er bei offenem Dissens des Tradenten und des Vertreters für den Besitz die Willensrichtung des Letzteren entscheidet (Rechts-erwerb allerdings nicht eintreten) läßt. (Aehnlich Dernburg, S. 306, dies ist wohl auch Bremer's Ansicht, a. D. S. 54 flg.) Hauser, S. 19—23, legt alles Gewicht auf das äußere Auftreten des Empfängers als Stellvertreter's; bei Mentalreservation desselben entscheide der Wille des Tradenten; sei aber der vertretungswidrige Wille äußerlich (nur nicht gegenüber dem Tradenten) offenbart, so entscheide der Wille des Empfängers; bei Mittheilung desselben an den Tradenten gelte dasselbe aus dem Grunde, weil dieser auf die Absicht des Empfängers submitire. — M. G. enthält L. 13. cit. eine Singularität (vgl. L. 1. §. 20. D. de poss.), welche einen bedenklichen (auch unnötigen) Bruch in die Konsequenz des Rechtes bringt. (Amd. u. Dernburg a. D., auch Reuling, a. D. S. 324, ausgehend vom Postulat der causa; dagegen s. Note 2.) — Die Ansicht Ulpian's acceptirt Dernburg a. D. für das preuß. Recht, ebenso Roth, B. C. R. §. 132. R. 11; anders Förster, §. 160. R. 126, und der bayr. Entw. III. art. 9. (Annahme „ohne Erklärung“.)

28) Paul. V. 2. §. 1.: Possessionem acquirimus corpore et animo; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. L. 1. §. 20. D. de poss. Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem su o nomine nacti fuerint possessionem, . . . . nobis non possunt acquirere. Es fehlt also in diesem Falle das juristische Band, welches sonst die

Apprehension des Repräsentanten der Besitz für den Tradenten corpore verloren geht, die Willensrichtung des Ersteren über die Person des Erwerbers.<sup>29</sup>

Die singuläre Bestimmung des röm. Rechtes kennt also das österr. Recht nicht.<sup>30</sup>

II. Vom Stellvertreter zu unterscheiden ist der Gehilfe. Während Ersterer eine juristische Handlung unternimmt, hiemit eigenen Willen hat und diesen als solchen Dritten gegenüber äußert, — ist die Mitwirkung des Gehilfen eine bloß natürliche und bezweckt bloß die Aeußerung und Vollziehung des fremden Willens, wobei der eigene Wille des Gehilfen ganz außer Betracht kommt, daher es auch gleichgiltig ist, ob derselbe willens- und handlungsfähig ist oder nicht.<sup>30a</sup> Die häufigste Art des Gehilfen ist der Bote.

Manche behaupten,<sup>31</sup> daß bei der Okkupation und Apprehension

Herrschaft des Repräsentirten durch den Repräsentanten über die Sache vermittelt. Roth, S. 176, will die Bestimmung des röm. Rechtes, als aus der Natur der Sache gezogen, auch für's preuß. Recht anwenden, was offenbar verfehlt ist. Die österr. Kommentatoren erwähnen des Falles nicht.

29) Da der Tradent den Besitz corpore verliert, so kann von einem bedingten Besitzverluste animo, womit Einige die Entscheidung des röm. Rechtes zu motiviren suchen, nicht die Rede sein. Der Tradent verliert also den Besitz auch dann, wenn Niemand Besitz erwirbt, z. B. weil der Repräsentirte besitzunfähig ist. Die entgegengesetzte Ansicht hat Kierulff, S. 892, und Rippel, III S. 162. Vgl. §. 22. d. A. Note 8. Eine andere ist die Frage, ob der Empfänger für sich oder den Anderen Eigenthum erwerbe? Weder sich noch dem Anderen. Denn gegen seinen Willen verliert der Tradent Eigenthum nicht. Vgl. Brinz, I. §. 55. Bremer, XX. S. 71. Goldschmidt, §. 66. S. 615. Hauser, S. 20. Grünhut, S. 430.

30) Doch gilt selbst nach röm. Rechte diese Singularität nur für den nächsten Moment nach der Tradition, so daß der untreue Repräsentant gleich nachher für sich selbst Besitz erwerben kann. Vgl. Savigny, §. 26. S. 307 und §. 33. Ich kann daher auch nicht mit Jhering stimmen, wenn dieser L. S. 334 behauptet, daß eine abweichende subjektive Absicht des Stellvertreter's dem Vertretenen nie schade. J. W. mein Jäger schießt für sich Wild: nach Jhering bin ich Besitzer. Wir sagen: der Jäger ist Besitzer, wenn er nur seinen Willen rechtsbeständig offenbart; handelt es sich doch hier nicht um Tradition.

30a) Vgl. auch Zimmermann, S. 17 flg. Was Hellmann, S. 352 flg. dagegen vorbringt, beweist nur die Schwierigkeit, in einzelnen Fällen zu entscheiden, ob die Parteien einen Stellvertreter oder Gehilfen bestellen wollten; §. selbst, S. 353 flg., will Beide nicht als Handelnde, sondern als bloße Willensorgane des Prinzipals ansehen.

31) Vgl. Jhering, I. S. 287. Unger, II. S. 131, R. 7. Dagegen Savigny, §. 26. S. 312, Oblig.-R. II. S. 58, der freilich den Unterschied zwischen Repräsentation und Botschaft läugnet. Sollte übrigens Jhering bloß meinen, daß

nur Stellvertretung möglich sei, daß man also nicht durch Boten okkupiren oder apprehendiren könne, und erklären dies daraus, daß, wer für uns okkupiren oder apprehendiren soll, für uns wollen, also selbst juristisch handeln müsse. Das ist nicht richtig.<sup>32</sup> Denn das Wesen der Apprehension besteht in einem rein natürlichen Akte, der die Möglichkeit gewährt, die Sache unser willkürlichen Einwirkung zu unterwerfen. Da der Gehilfe den Apprehensionsakt für den Herrn vornimmt, und nur diesem gehorcht, so gewährt der Apprehensionsakt desselben dem Herrn dieselbe Möglichkeit der physischen Herrschaft über die Sache, wie der Apprehensionsakt des Repräsentanten. Der Unterschied ist nur der, daß der Akt des Letzteren ein bewusster und in seiner repräsentativen Qualität auch nach Außen hin erkennbarer ist, daher als dessen juristische Handlung erscheint, — wogegen der Akt des Gehilfen ein rein natürlicher ist und gleichsam als durch Werkzeuge vermittelte That des Herrn sich darstellt. Daher kann z. B. auch ein Kind unter 8 Jahren

man das juristische Element des Okkupirens oder Apprehendirens nicht durch Gehilfen vornehmen könne? Darauf weisen seine Worte S. 289: „So könnte man sich eines Blödsinnigen bedienen, um durch ihn . . . zu spezifiziren, okkupiren, allein er ist unfähig, wie für sich, so auch für uns Besitz zu ergreifen.“ — Dann bestände keine Meinungsverschiedenheit. Vgl. auch Bremer, XX. S. 39, N. 5. Windscheid, P. §. 155. N. 10, und Schliemann, a. D. S. 4, 21. Hauser, §. 2. N. 9. Sehr richtig bemerkt nun auch Brinz, S. 1596 flg. (cfr. §. 140. 2. A.): „Es ist nicht zu verkennen, daß es sich beim Besitzerwerb für Andere um kein bloßes „Apportiren“, sondern um einen Erwerb handelt, . . . der vom Mittelsmann so sehr gewollt werden muß, wie vom Erwerber selbst.“ — „Was dagegen der Vote thut, ist gemeine Dienstleistung und also von der Stellvertretung verschieden.“ Vgl. auch Laband, a. D. S. 192.

32) Richtig ist nur so viel, daß in diesen Fällen kein Besitzerwerb durch Repräsentanten statt hat (wie Savigny, §. 26. S. 312, irrig meint), aber daß überhaupt Besitz erworben wird, dürfte kaum mit Erfolg bestritten werden können. Der Gehilfe erscheint hier gleichsam als ein lebendes Werkzeug des Herrn, welches gleich diesem der Leitung des Letzteren unterworfen ist. Wer würde z. B. läugnen, daß A Besitz an jenen Sachen erwirbt, die von einem bestimmten Orte aufzuheben und ihm zu bringen er den B als Boten beauftragt. Diese wohl mögliche Auffassung der Thätigkeit natürlich willensfähiger Personen als bloßer Vermittler unserer faktischen Herrschaft theilt auch Windscheid, §. 73. N. 11., Brinz, S. 1599 flg. 1606., Schliemann, S. 4 flg. Zimmermann, S. 17. 18. — auch Hauser, S. 15 N. 9., während Gyner, S. 129, N. 10., ohne Grund im Boten immer nur einen Stellvertreter finden will. Kann aber der Vote nicht rechtlich willensfähig sein, z. B. ein infans, und muß er wissen, daß der Herr Besitz erwerben will? (Siehe Note 3. und 31. Sollte übrigens L. 32. §. 2. D. de poss. und c. 3. C. h. t. (vgl. Savigny, §. 21.) nicht auf ähnliche Weise erklärt werden können?

für seinen Leiter Besitz erwerben, obwohl es juristisch bloß als Gehilfe in Betracht kommen kann.<sup>33</sup>

III. Endlich ist hier von Erwerb des Besitzes durch einen Ersatzmann zu sprechen. Wer eine juristische Handlung vornimmt, in der Absicht, für sich zu erwerben, aber mit dem erklärten oder verborgenen Motiv, die eingetretene rechtliche Wirkung auf einen Anderen zu übertragen, ist Ersatzmann.<sup>34</sup>

Dieser erwirbt also immer zunächst für sich Besitz; er hat nur die Absicht, den einmal erworbenen Besitz einem Anderen (dem Prinzipal) zu überlassen; dieser muß ihn nun vom Ersatzmanne erwerben.<sup>35</sup> Bei der Frage, ob Jemand als Stellvertreter oder Ersatzmann anzusehen sei, ist wohl im Auge zu behalten, daß mit dem bloßen Mandate zur Anschaffung einer Sache noch keinesweges eine Stell-

33) Vgl. L. 31. §. 2. de usurp. L. 32. u. L. 34. §. 2. D. de poss. Dagegen spricht nicht L. 1. §. 9. 10. D. de poss.: Et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas (possidat?) nequaquam videris apprehendisse possessionem, da hier der Auftrag auf juristisches Handeln (ut possideas — possidat?) geht. Vgl. dazu Savigny, S. 305, 312 flg.

34) Wir folgen der Terminologie Jhering's, wogegen Scheurl, Bremer, Unger und Zimmermann den Namen Zwischperson, Brinz, S. 1599, den Ausdruck „Vertreter in eigenem Namen“ empfehlen. Gegen die Bezeichnung stiller Stellvertreter vgl. schon Jhering selbst, S. 350, Bremer, XX. S. 33. und Unger, N. 23, Brinz, S. 1598. Das Motiv des Prinzipals, sich eines Ersatzmannes zu bedienen, kann ein verschiedenes sein, etwa Scheu, als Kontrahent öffentlich aufzutreten, z. B. der Staat beauftragt vor einem bevorstehenden Kriege mehrere Private zu Pferdeeinkäufen. Hier ist von Stellvertretung keine Rede: der Ersatzmann schließt in seinem Namen und für sich ab. Er überträgt erst später seine Rechte an den Prinzipal. Nicht zutreffend sind m. E. die Bemerkungen Jhering's, S. 232. Dieselbe Gefahr, auf die Jhering hinweist, kann bei der Stellvertretung eintreten, wenn dem Tradenten Schweigen auferlegt wird. Zu bemerken ist auch, daß hier von einer Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte keine Rede ist; irrig ist es daher, wenn Jhering dem Ersatzmann diesen allgemeinen Begriff unterstellt. S. auch Savigny, Oblig. II. S. 61. Mit Unrecht rechnet Canstein, Grünh. Z. 3. S. 672 flg. auch den Ersatzmann zu den Stellvertretern.

35) Vgl. Jhering, S. 324 flg. Durch die Unterscheidung des Ersatzmannes vom Stellvertreter lassen sich auch befriedigend erklären, wie schon Böcking, Pand. §. 123. in der Note 48. andeutet: L. 59. D. 41. 1. Res ex mandato meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit, und L. 13. eod. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium i. e. proprietas acquiritur etiam ignorantanti. Vgl. auch L. 1. §. 2. D. 41. 2. Der Ersatzmann kann auch bei der Okkupation vorkommen. Z. B. ich schieße Wild, um dieses einem Wildprethändler gemäß Vertrages zu liefern; vgl. Jhering, I. S. 335.

vertretung beim Besitzerwerbe gegeben sei. Denn ein solcher Auftrag kann in doppelter Weise erfüllt werden, entweder in der Art, daß der Mandatar zunächst für sich Besitz erwirbt, und hinterher dem Vollmachtgeber die Sache überläßt, oder in der Art, daß er den Erwerbsakt unmittelbar im Namen des Letzteren vornimmt. Ob das eine oder das andere vorliegt, ist reine Thatsfrage. Wenn der Mandant und Mandatar sich hierüber nicht ausdrücklich äußern, erübrigt nur die Schlussfolgerung aus konkludenten Handlungen. Bei Aufträgen an Diener, Gehilfen, Verwalter und Faktoren wird hiernach regelmäßig Stellvertretung anzunehmen sein. Dagegen wird bei Aufträgen an einen Kommissionär regelmäßig keine Stellvertretung vorliegen.<sup>36</sup>

### §. 21. Fortdauer des Sachenbesitzes.

Aus den bisherigen Erörterungen geht hervor, wie der Besitz erworben wird. Es gehört hierzu der Willensentschluß, die Sache wie eigen zu haben, und eine Handlung, welche die faktische Macht über dieselbe verschafft. — Der Besitz ist also die durch die erfolgte Apprehension geschaffene Möglichkeit der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache.<sup>1</sup>

36) Vgl. Bremer, N. F. XX. S. 26—48, der nachstehende verwerthbare Interpretationsregel aufstellt: Hat der Mandant bereits ein Recht auf den Besitz der Sache erworben, z. B. als Käufer, so ist in der Regel Stellvertretung beim Besitzerwerbe anzunehmen; hat dagegen der Auftrag einen weiteren Inhalt, soll insbesondere erst ein Recht auf den Besitz erworben werden, so ist weiter zu unterscheiden, ob der Auftrag auf Leistung des Objectes, oder auch der hierzu erforderlichen Thätigkeit gerichtet ist. (So auch Jhering, I. S. 335.) Im ersteren Falle ist keine Stellvertretung anzunehmen, wohl aber im letzteren. Im gewöhnlichen Verkehr wird der Ausdruck „im Auftrag“ synonym für „im Namen“ gebraucht. Vgl. Laband, S. 203. Randa, Rechtsgutachten in Sachen der Bank in Schaffhausen zc. 1877.

1) Die Ausnahme des Momentes „durch die erfolgte Apprehension geschaffene“ Möglichkeit liegt also schon im natürlichen Begriffe des Besitzes. Wer im freien Felde ein verirrtes Schaf erblickt, auf seinem Grunde Vogelnester, Eier, Waben zc. findet und den Willen, Besitz zu ergreifen, faßt, ist darum noch nicht Besitzer. Ohne einen solchen Akt ist die etwa vorhandene Möglichkeit einer Machthandlung über die Sache wohl eine denkbare, aber keine wirkliche; sie gibt vielleicht die Möglichkeit des Besitzerwerbes, sie ist aber noch nicht erworbener Besitz. Besonders deutlich zeigt sich dies dann, wenn die Sache bereits einen Besitzer hat. Die wirklich vorgenommene Machthandlung soll eben zeigen, daß jene Möglichkeit eben nicht bloße Möglichkeit ist. Vgl. Kierulff, S. 342. fig. und Note \*). Vgl. §. 11. N. 11.

Nicht so wie die Begründung des Besitzes ist auch die Fortdauer desselben — der einmal entstandene Besitz — stets äußerlich wahrnehmbar.<sup>2</sup>

Und doch besteht er; — denn er ist einmal entstanden. Ja er muß so lange als fortbestehend angenommen werden, so lange nicht eine neue Thatsache eintritt, welche eines der zu seinem Begriffe erforderlichen zwei Momente aufhebt.<sup>2a</sup>

Es muß also, wenn der Besitz aufgehört haben soll, eines der denselben konstituierenden Elemente — der Wille oder die faktische Möglichkeit, über die Sache zu herrschen — aufgehört haben.<sup>3</sup>

2) Vgl. Brinz, §. 27. Nichtsdestoweniger bleibt der Besitz darum doch etwas Thatsächliches, sowie die Besitzergreifung. Beide sind faktischer Natur. Zwar behauptet Jhering, S. 180, 189, daß das Dasein des Besitzes, d. i. die normale Lage der Sache äußerlich stets erkennbar sei. Allein, wenn dies auch vielfach zutrifft, — immer keinesfalls. Wer möchte an steinigten Bergabhängen, Schluchten, Steppen, Seen, Sandinseln zc. sicher erkennen wollen, ob sie im Besitze sind? Noch weniger ist die Fortdauer des Besitzes einer bestimmten Person äußerlich sichtbar. Vgl. §. 11, S. 293.

2a) Aus dem im Texte Gesagten ergibt sich, daß die Voraussetzungen der Fortdauer des Besitzes andere sind, als die seines Erwerbes, indem weder fortdauernde Detention, noch ununterbrochen auf den Besitz gerichteter Wille erfordert wird. Die Annahme der Fortdauer ohne diese Erfordernisse liegt aber in der Natur der Sache, und ist keine bloße Gesetzesfiktion ohne innere Nothwendigkeit (vgl. Savigny, S. 239, Kierulff, S. 342, Note, Böcking, §. 125.; dagegen Windscheid, §. 156., Note 2. „Ist der Besitz einmal entstanden, so nimmt das Recht seine Fortdauer unter Umständen an, unter denen er nicht mehr wirklich besteht,“ in der 4. Aufl. schließt sich indeß Windscheid, §. 156. N. 4. der hier vertretenen Ansicht an, so auch Dernburg, §. 155. N. 3.) Nur in wenigen Fällen nimmt das positive Recht Fortdauer des Besitzes an, wo dieser wegen Aufhörens des Willens (Wahnsinn) oder der faktischen Herrschaft in der That verloren gegangen ist. Vgl. die Zusammenstellung dieser Fälle für das röm. Recht bei Bruns, Jahrb. f. gem. R. IV. S. 39—49; für das österr. R. §. 1. Ann. 6. — Während Savigny, §. 29. S. 329. (mit Recht) meint, daß die Bedingungen des Erwerbes und der Fortdauer nicht dem Wesen, sondern nur dem Grade nach verschieden sind, und Fitting, Zeitschr. f. G. R. 18. S. 340, diesen Unterschied noch schärfer ausdrücken möchte: behauptet Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 54, daß die Bestimmungen der Fortdauer des Besitzes dieselben seien, wie die des Erwerbes, und will nur bei Thieren mit consuetudo rev. und Grundstücken bei vorübergehender Abwesenheit eine Ausnahme finden. — Ueber die Theorie Jhering's, welcher zur Erhaltung des Besitzes verlangt, daß der Besitzer die Dilegenz des Eigentümers aufwende, vgl. den Schluß dieses Paragraphen und Note 3.

3) Vgl. Böcking, §. 125.: „Der Besitz dauert, . . . so lange als die Koexistenz des corpus und animus; verloren wird er, sobald durch ein neues Ereigniß die faktische Möglichkeit der Unterwerfung . . . oder die Absicht, die Sache zu be-

Dieses Aufhören ist in Rücksicht des Willenselementes in zweifacher Weise denkbar: einmal nämlich als Aufhören jedwedes Willens überhaupt; sodann speziell als Aufhören des Willens zu besitzen. Der erstere Fall ist vorhanden beim Eintritte der Willensunfähigkeit, der letztere setzt eine Aenderung des Willens, also neuen Willensentschluß voraus.<sup>4</sup> — Das Aufhören des körperlichen

figen, aufgehoben wird.“ — Naturwüchsigler sagt den Besitz auf Buchta, P. §. 331., Stubenrauch, I. S. 696, und Arndts, §. 142.: „Das Recht nimmt den Besitz als fortdauernd an, solange nicht das Entgegengesetzte des einen oder anderen der beiden Momente . . . eingetreten ist“: in der 7. Aufl. sagt jedoch Arndts in Anlehnung an Ihering: der Besitz dauert fort, so lange nicht „die Beziehung zur Sache, wodurch sich Jemand als Eigentümer darstellt, durch den Willen desselben oder andere entgegenstehende Umstände aufgehoben wird.“ An Ihering schließt sich an: Baron, P. §. 118., Hauser, §. 5., Forlani. Sul fond. S. 175 flg. Auch Kirchstecker, S. 178, 179, meint in ungenauer Adoptirung der Theorie Ihering's, der Besitz gehe verloren entweder durch Nichtausübung des Rechts oder „weil der Besitzer in gewissen kritischen Lagen nicht als solcher (?) erscheine.“ Wie verträgt sich aber hiermit die weitere Behauptung Kirchstecker's, daß das A. b. G. B. (§§. 349—351.) die „bisherige romanistische Theorie“ (L. 153. D. de R. I.: nulla possessio amittitur, nisi in quatuor in contrarium actum) akzeptirt habe?? — Gegen Ihering's Prinzip erklärt sich Windscheid, §. 156. R. 7., auch Dernburg, §. 155. R. 3., indem sie die Beziehung auf das Verhalten des Eigentümers für unthunlich oder überflüssig erklären. Wir glauben mit Kirulff, S. 342, daß die Annahme der Fortdauer des Besitzes durch das Recht in den gedachten Fällen der Natur der Sache entspricht, einen Fall ausgenommen: den der eingetretenen Willensunfähigkeit. Siehe Note 5. Vgl. auch Bornemann, I. S. 516, und Dernburg, §. 455. R. 3.

4) Denn der Besitzwille hat offenbar damit noch nicht aufgehört, daß das Bewußtsein dieses Willens momentan aufgehört hat, z. B. im Schlafe, beim Denken an etwas Anderes. Das fortwährende Bewußtsein eines bestimmten Willens ist eine psychologische Unmöglichkeit, — es als Bedingung der Fortdauer des Besitzes hinzustellen, hieße dem Begriffe desselben die juristische Fajbarkeit entziehen. Nicht das fehlende Bewußtsein — sondern Willensunfähigkeit oder Verneinung jenes Willens muß eintreten, wenn der Besitz aus Anlaß eines im Willensmomente vorfallenden Ereignisses aufhören soll. Die Vorschrift des positiven Rechtes: daß zum Besitzverlust Eigenberechtigter ein Willensentschluß mit entgegengesetztem Inhalte nothwendig sei, ist daher naturgemäß. Diese Naturgemäßheit dazuthun, dürfte aber nicht wohl möglich sein, wenn man, wie Savigny, §. 18. S. 238, 239 flg. §. 29., und mit ihm die Mehrzahl der Späteren die Fortdauer des Besitzes durch die Beziehung auf das Bewußtsein des Besitzers von der Möglichkeit der Reproduktion der physischen Herrschaft über die Sache zu erklären versucht. Man muß vielmehr sagen: Zur Fortdauer des Besitzes genügt der nicht geänderte Wille, die Sache für sich zu haben, und der diesem Willen entsprechende faktische Zustand. — Dem entsprechen die Bestimmungen der §§. 349—352. A. b. G. B., §§. 116. 117. I. 7. preuß. R. N., §. 520. Züricher. G. B., §. 211. sächf. G. B., art. 22. 23. III. des bayr. Entw., dazu Roth, §. 133. Dernburg, §. 155. Förster, §. 161. Schmidt, sächs. Pr. R. S. 167 flg.

Besitzelementes dagegen ist bedingt durch den Eintritt der dauernden Unmöglichkeit der Ausübung der faktischen Gewalt über die Sache.<sup>4a</sup> —

Was vorstehend als aus der Natur der Sache fließend dargestellt wurde, ergibt sich für das österr. Recht aus den Bestimmungen der §§. 349. 352. d. A. b. G. B. über den Besitzverlust.<sup>4b</sup> Mit dem Wegfall eines zum Dasein des Besitzes erforderlichen Momentes: des Besitzwillens oder der Möglichkeit, diesen Besitzwillen zur tatsächlichen Durchführung zu bringen, hört der Besitz auch nach österr. Rechte auf. Eine einzige Abweichung von jener, aus der Natur des Besitzes gezogenen Regel findet nach österr. wie nach röm. Rechte statt. Nach der Natur der Sache sollte der Besitz verloren gehen, sobald der Besitzer einen Willen gar nicht haben kann, z. B. weil er blöde, rasend oder wahnsinnig geworden ist. Hier hat nun das Gesetzbuch die zweckmäßige Vorschrift gegeben, daß durch die eintretende Willensunfähigkeit des Besitzers der Besitz nicht verloren gehe. §. 352.: „Die eintretende Unfähigkeit, einen Besitz zu erwerben, hebt den bereits erworbenen Besitz nicht auf.“<sup>5</sup>

4a) Die anhaltende Unmöglichkeit der faktischen Beherrschung der Sache habe ich in Verbesserung der ersten Auflage mit Rücksicht auf die von Ihering, S. 182, 187 flg., gegen Savigny mit Grund erhobenen Einwendungen schon hier betont. Vgl. auch Windscheid, §. 156. R. 3, 4, 5, und §. 521. Züricher. G. B. Der Besitz an saltus aestivi et hiberni (L. 3. §. 11. D. de poss.), an Alpenhütten, Sommerwohnungen u. s. f. geht nicht verloren, wenn es auch zeitweilig nicht möglich wäre, zu denselben zu gelangen.

4b) Für singular hält dieselben sonderbarer Weise Helm, Saimer's Viertelj. 13. B. S. 289 flg.

5) So auch nach röm. Rechte L. 27. und 29. D. de poss. Es ist eine seit Savigny, S. 329, 355, oft aufgestellte Behauptung, daß nach der Natur der Sache der Besitz durch eintretende Willensunfähigkeit des Besitzers nicht verloren gehe. — Im Gegentheile; konsequent sollte in diesem Falle der Besitz verloren gehen; denn der Wille (oder nach Savigny: die Reproduktion des Willens) ist hier unmöglich, und zwar nicht bloß vorübergehend, sondern dauernd. Anders in dem Falle, wenn der Besitzer bloß vorübergehend an den Besitz nicht denkt, z. B. im Schlafe, bei der Befassung mit anderen Dingen. Hieraus ergibt sich das Irrige der Behauptung Savigny's, §. 32. S. 354, „daß es keinen wesentlichen Unterschied mache, ob der Besitz bloß auf längere Zeit vergessen, oder ob der Besitzer selbst wahnsinnig geworden ist.“ Die Irregularität des Rechtsfalles, daß der Wahnsinn den erworbenen Besitz nicht aufhebt, ist ausdrücklich in L. 44. §. 6. D. de usurp. 41. 3. anerkannt: Eum qui, posteaquam usucapere coepit, in furorem incidit, utilitate suadente relicto est, ne languor animi damnus etiam in bonis afferat, obgleich die L. 31. §. 3. D. eod. diese Singu-

Von einer ganz anderen Auffassung geht neuestens Ihering, Grund d. B. S. 216 flg., aus, indem er nachzuweisen sucht, daß der Besitz an Mobilien und Immobilien schon durch Unterlassung jener Diligenz verloren gehe, mit welcher der Eigenthümer die Sache zu behandeln pflegt. Allein abgesehen von den bereits früher (S. 328 flg.) prinzipiell dagegen erhobenen Bedenken ist zu bemerken, daß die von Ihering bezogenen Stellen (L. 47., L. 3. §§. 10. und 13., L. 13. pr. L. 40. §. 1. D. de poss. und L. 37. §. 1. D. de usurp. 41. 3.) diese Auslegung nicht rechtfertigen.<sup>5a</sup> Aus denselben geht nur soviel hervor, daß längere und

larität durch die irrite Vergleichung mit dem Schlafenden zu verdecken sucht. S. auch Köppen, Erbsch. §. 13. Die Singularität der L. 44. §. 6. D. 41. 3. anerkennen nun auch Ihering, Grund d. B. Note 159 e., Meißner, S. 315, und Pernice, Zeitsch. f. G. R. 22. S. 422, während Förster, §. 161. R. 33, dieselbe bestritt. Dieselbe Bestimmung wie das österr. Recht enthält auch das preuß. Recht §. 115. I. 7., das sächs. G. B. §. 211., letzteres indirekt, indem es Bethätigung des Willens, Besitz aufzugeben, fordert, ferner das Züricher. G. B. §. 524. und der bayr. Entw. art. 23. (ähnlich wie §. 211. des sächs. G. B.).

5a) L. 47. D. de poss.: *neglecta atque omisa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit, idque Nerva filius . . . retulit.* Papinian sagt hier nur, daß wir den Besitz an solchen Mobilien, welche wir unter besonderer persönlicher Obhut (*custodia*) zu haben pflegen, durch gänzliche Unterlassung und Auflassung dieser Obhut (*neglecta et omisa e.*) verlieren; Papinian macht aber sofort darauf aufmerksam, daß diese Regel bei solchen Mobilien nicht zutrifft, welche trotz unterlassener Obhut zu uns zurückzukehren pflegen, wie Sklaven, Hausthiere, ja bei Sklaven (und dies ist anomal) gehe der Besitz erst verloren, wenn ein Dritter an ihnen Besitz ergreife: *idem (sc. Nerva) scribit, aliam causam esse hominis commodati omisa custodia, . . . videlicet ideo, quia potest homo proposito re de undi domino possessionem sui conservare . . . Igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim ammittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.* Der Schlußsatz paßt offenbar auch auf Hausthiere mit *consuetudo revertendi*. Cfr. L. 3. §. 16. D. h. t. und L. 5. §. 5. D. 41. 1., dazu Meißner, S. 243. Die Stelle beweist Nichts für die Nothwendigkeit der Diligenz — eher das Gegentheil. — Die L. 3. §. 13. D. eod. enthält wohl keine Definition der *custodia* (es dürfte nämlich zu lesen sein: *idem, nicht id est, f. §. 11. Note 11f.*); aber selbst bei der Lesart *id est* würde doch nur gesagt sein, daß *custodia* und mit dieser der Besitz erst aufhöre, wenn die Erlangung der unmittelbaren Macht unmöglich geworden ist. (Vgl. §. 11. Note 11f.; ähnlich nun auch Meißner, S. 341.) Die Stelle beweist also, daß nicht der Mangel der Diligenz, sondern die thatsächliche Unmöglichkeit der Reproduktion der Inhabung den Besitzverlust herbeiführt. — Ueber L. 13. pr. D. h. t. vgl. §. 22. Note 22 a. — Die L. 40. §. 1. D. h. t. steht mit der allgemeinen Regel über Besitzverlust durch Repräsentanten in vollem Einklang. Vgl. §. 23. R. 3. — Die L. 37. §. 1. D. de usurp. 41. 3. enthält nur

gänzliche Vernachlässigung der Obforge (*neglecta et omisa custodia, diu negligere, longo silentio c.*) den Verlust des Besitzes zur Folge hat, — ein Satz, welchen auch ich schon in der 1. Aufl. (S. 22. R. 15.) gegenüber der von Ihering mit Recht bekämpften herrschenden Ansicht vertreten habe — allerdings aus einem anderen als dem von Ihering gebilligten Grunde, nämlich darum: weil nach röm. R. in solcher Negligenz ein Aufgeben des Besitzwillens erblickt werden muß.<sup>5b</sup> Allein daraus, daß der Besitz durch totale Vernachlässigung der Sache verloren geht, kann noch nicht der Schluß gezogen werden, daß zur Erhaltung des Besitzes Diligenz erforderlich sei. Nirgends sprechen die Quellen von der Diligenz als positivem Erforderniß der Fortdauer des Besitzes, während sie sonst überall, wo Diligenz verlangt wird, nicht nur dieses Erforderniß selbst, sondern auch den Grad der Diligenz in minutiöser Weise feststellen. Sowenig als aus dem Umstande, daß sogar Eigenthum durch totale Verwahrlosung von Grund und Boden verloren geht (c. 8. C. de agro deserto 11. 58., dazu Ihering, S. 218), der Schluß gezogen werden kann, daß zur Erhaltung des Eigenthums Diligenz erfordert wird, so wenig darf derselbe Schluß in Ansehung des Besitzes gewagt werden. Zwischen totaler und dauernder Vernachlässigung der Sache einerseits und der ständigen Sorgfalt eines *diligens pater familias* andererseits liegt noch ein sehr weites Feld, welches nicht nur das indifferente Verhalten zur Sache, sondern auch das mehr oder minder unwirtschaftliche Gebahren umfaßt. Dieses gleichsam neutrale Gebiet darf nicht außer

den ganz verständigen Ausspruch, daß bei gänzlicher und dauernder Vernachlässigung eines Grundstücks der Besitz als erledigt anzusehen ist, was sich daraus erklärt, daß in solcher Negligenz ein Aufgeben des Besitzwillens liegt. Vgl. §. 22. R. 15. — L. 3. §. 10. D. h. t. ist wegen des Widerspruchs mit L. 15. §. 1. D. de usurp. 41. 3. kaum zu verwerthen. Hier sagt Paulus, daß an dem die Freiheit reklamirenden Sklaven sofort mit der Flucht der Besitz verloren gehe, während er (?) dort beifügt: *si diu in libertate moratur.* Singular ist jedenfalls die Bestimmung, daß der Besitz an dem die Freiheit nicht reklamirenden *servus fugitivus* ohne zeitliche Beschränkung bis zur Einfangung fort dauert; vgl. dazu L. 13. pr. D. h. t. (Ulpian: *possideri videtur . . .*). Gegen J. f. auch Brinz, §. 141. R. 24, 25 (2. A.) und Cosack, S. 23, R. 21.

5b) In diesem Sinne kann man immerhin mit Ihering sagen, der Besitz gehe verloren, wenn sich Jemand so zur Sache verhält, wie der Eigenthümer sich zur Sache nicht verhalten würde.

Rechnung bleiben. Man erwäge übrigens, zu welchen Ergebnissen die entgegenstehende Auffassung führt. Ein Großgrundbesitzer läßt dieses oder jenes seiner vielen Schlösser, diesen oder jenen Park verwahrlosen, vielleicht weil die Erhaltung zu kostspielig ist. Verliert er den Besitz? Gewiß nicht! Geht doch selbst der Besitz an Burgruinen nicht verloren, obwohl dieselben meist die sprechendsten Belege der grenzenlosen Negligenz ihrer Besitzer sind. Ähnlich verhält es sich, wenn ein Bauer trotz des herrschenden Fruchtwechselsystems aus Bequemlichkeit, Hang am Althergebrachten, wegen Mangel an Arbeitskräften u. s. w., seine Felder ein, zwei oder mehrere Jahre brach liegen läßt, oder wenn ein Vogelbesitzer den Käfig offen läßt, der Vogel aber nicht davon fliegt. Nach Ihering's Ansicht (S. 210. 217.) müßte in allen diesen Fällen Mangels Diligenz des Besitzers der Besitz verloren gehen, — ein Resultat, das weder unter Juristen noch unter Laien Zustimmung finden dürfte.

Hiernach fällt es m. E. nicht schwer, die von Ihering, S. 220, von der herrschenden Theorie geforderte Aufklärung über folgende zwei Punkte zu geben: einmal, wieso es komme, daß nach den oben citirten Stellen durch anhaltende Nachlässigkeit Besitz verloren gehe, sodann wie gerade das realste aller Verhältnisse, der Besitz, von dem Erfordernisse der Realität befreit werden solle, während (im alten Rechte) das Eigenthum durch die Usufapion schon in einem oder in zwei Jahren und in derselben Zeit die Servituten durch Nichtgebrauch erloschen. — Was den ersten Punkt betrifft, liegt die Erklärung in der Annahme des Auflassens des Besitzwillens. Was den zweiten Punkt angeht, darf nicht verkannt werden, daß auch das Eigenthum durch noch so langen Nichtgebrauch nicht verjährt, daß im Falle der Usufapion der Besitz jedenfalls früher als das Eigenthum verloren geht, nämlich schon mit dem Beginn des Usufapionsbesitzes, und daß endlich die dem Quasibesitze dienenden Interdikte fast durchwegs Ausübung in jüngster Zeit verlangen. — Uebrigens soll nicht geläugnet werden, daß es sich de lege ferenda immerhin empfehlen würde, den Besitzverlust bei mehrjähriger Negligenz von Rechtswegen eintreten zu lassen und sohin der Verjährung der Rechte ein Analogon zu schaffen. Auch anerkenne ich, daß die herrschende Lehre zufolge Ihering's Ausführungen in manchen Punkten wird berichtigt werden müssen. Vgl. z. B. Note 4a., auch Wind-

scheid, §. 156. N. 7. (4. Aufl.). An Ihering schließen sich an Baron, P. §. 118., Hauser, §. 5., in vorsichtiger Fassung zum Theil Arndts, §. 142.

### §. 22. Verlust des Sachenbesitzes.

Die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen der Besitz verloren gehe, fällt zusammen mit der Frage über die Fortdauer des selben.

Zur Fortdauer des Besitzes ist es, wie gezeigt, nicht erforderlich, daß der Besitzer sich des Willens, die Sache zu beherrschen, fortdauernd bewußt sei (was schon eine psychologische Unmöglichkeit wäre) und die Inhabung unausgesetzt fortsetze (was physisch und wirtschaftlich undurchführbar erschiene).

Es genügt in ersterer Beziehung überhaupt: die nicht erfolgte Aenderung des Willens, die Sache seiner willkürlichen Verfügung unterworfen zu haben, in letzterer Beziehung die fortdauernde Möglichkeit der äußeren ausschließlichen Einwirkung auf die Sache, also die Möglichkeit der Reproduktion der faktischen Herrschaft.<sup>1</sup>

Erst dann, wenn eines dieser beiden Momente in Rücksicht der

1) Savigny, §. 31. S. 395. Kierulff, S. 392. Puchta, §. 131. Böcking, §. 125. Brinz, §. 28. Windscheid, §. 156. Puchmann, §. 39. Winowarter, II. S. 97. Stubenrauch, I. S. 696. Vgl. L. 3. §. 13. de poss.: Nerva fl. res mobiles quatenus sub custodia nostra sint, haec tunc possideri; idem (oder id est?) quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus. Ueber diese Stelle vgl. §. 11. N. 11 f. und §. 21. N. 5 a. Schon die natürliche Auffassung des Besitzes als eines ökonomischen Faktors läßt eine andere Auffassung gar nicht zu. S. auch Meißner, S. 314. Der art. 22. b. a. v. Entw. läßt den Besitz fortauern, „solange nicht eine Thatsache eintritt, welche den Verlust des Besitzes herbeiführt.“ — Während das österr., preuß., sächs. und Züricher. G. B. über den Besitzverlust genügende Bestimmungen enthalten, fehlen solche (vom art. 2243. abgesehen) im Code fr. und im Cod. ital. gänzlich. Die Natur der Sache muß hier ausbelfen. Grundlos scheint uns aber die Behauptung Plancé's, Besitz S. 65 flg., daß der Besitz erst dann aufhöre, wenn das factum contrarium durch ein Jahr angebauert habe. Die Berufung auf art. 2243. ist u. E. unzulässig, da derselbe diese singuläre Bestimmung nur in Ansehung des Usufapionsbesitzes trifft. Auch Zachariä-Puchelt, §. 185 b. N. 2, erwähnen diese Beschränkung nicht, verweisen vielmehr auf das röm. Recht als Quelle des franz. G. B. — Der art. 25. b. a. v. Entw. entspricht fast wörtlich der L. 3. §. 13. D. cit.

Person des Besitzers zu bestehen aufgehört — also entweder der Wille, die Sache für sich zu haben, aufgehört oder sich geändert hat,<sup>2</sup> wozu in letzterem Falle stets ein neuer Willensentschluß (animus non possidendi oder animus alieno nomine possidendi — also der Entschluß, überhaupt nicht oder im Namen eines Dritten zu besitzen) nöthig ist, oder die Möglichkeit der physischen Einwirkung auf die Sache für den Besitzer ganz und gar nicht mehr vorhanden ist — erst dann hört auch der Besitz selbst auf, er geht verloren.<sup>3</sup>

Die Fälle des Besitzverlustes lassen sich, vom Tode des Besitzers (f. Note 2) und der Tradition abgesehen, in welchen Fällen der Besitz corpore et animo verloren geht, auf folgende zurückführen:

### I. Besitzverlust animo.

Der Besitz geht verloren, wenn der Besitzer den Willen faßt und offenbart, die Sache nicht mehr als sein zu behandeln.<sup>4</sup>

2) Daß der Besitz nach positivem Rechte nicht aufhört, wenn der Besitzer willensunfähig wird, ist im vorhergehenden Paragraphen gezeigt. Vgl. auch §. 352. des G. B. — Mit dem Tode des Besitzers und der Tradition geht der Besitz animo et corpore verloren. Vgl. Göschen, I. S. 211. Mit Unrecht sprechen die Meisten vom Besitzverluste durch den Tod bloß beim Verluste corpore; so Sintonis, I. S. 460, N. 18. Böcking, §. 125. S. 467, andere, z. B. Schilling, Inst., nur beim Verluste animo. Vgl. nun auch Köppen, Erbsch. §. 13, N. 5. Windscheid, §. 156. N. 12. Brinz, §. 141. N. 36, 37 (2. A.) und Jhering, S. 221, welcher mit Recht darauf aufmerksam macht, daß auf diesen Fall die Regel der L. 153. D. de R. I.: nisi utrumque in contrarium actum nicht paßt. (Dies übersieht Förster, §. 161. II.)

3) Vgl. Savigny, §. 30. Zeiller, II. S. 100. Pachmann, S. 102. Winwarter, II. S. 98. Stubenrauch, I. S. 697. Förster, §. 161. L. 44. §. 2. D. de poss. . . . „*possessionem amitti vel animo vel etiam corpore.*“ Vgl. L. 153. D. de R. I. Die Ansicht, daß zum Besitzverluste das Aufhören Eines oder des Anderen der zum Dasein des Besitzes erforderlichen Momente genüge, theilt die große Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller. Vgl. z. B. Buchta, §. 131. Arndts, §. 142. Brinz, §. 28. Böcking, §. 125. Windscheider, §. 69. Dernburg, §. 155. Roth, §. 133.

4) Es genügt also nicht, daß der Besitzer sich um die Sache nicht kümmert, auf dieselbe sogar vergißt. Nicht das bloße Absein des Willens, zu besitzen, sondern der Wille, die Sache nicht mehr zu besitzen, ist zum Besitzverluste animo nöthig. Mit Nachdruck spricht dies aus die L. 8. D. de acquir. poss. (Paul.): „*. . . . nulla possessio amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum*“ cfr. L. 153. D. de R. I. Hier muß utrumque im Sinne alterutrum verstanden werden. In diesem Sinne ist „*utrumque*“ gebraucht in L. 10. §. 13. D. 38. 10. So fassen es auf Brinz, S. 70. Böcking, §. 125. Note 2. Arndts, §. 142.

Es gehört hiezu bloß die Existenz und Offenbarung des Willens, sei es durch Wort oder That. Ein solcher Willensentschluß liegt in der Dereliction (§. 349. und 362. d. A. b. G. B.). „Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein verloren, wenn dieselbe . . . freiwillig verlassen wird.“<sup>5</sup> Daß die Dereliction — das unbedingte Aufgeben eines Rechtes oder des Besitzes — nicht zu vermuthen sei, sondern im Falle eines Rechtsstreites bewiesen werden müsse (und dieser Beweis kann auch aus Indizien geführt werden), ergibt sich aus den allgemeinen prozessualen Regeln über die Beweislast.<sup>6</sup>

Note 1. Windscheid, §. 156. N. 1. Förster, §. 161. N. 44, und ursprünglich auch Savigny, §. 29., der jedoch nach den Gegenbemerkungen Thibaut's in den späteren Ausgaben die Stelle dahin erklärt, daß das Hauptgewicht auf die Worte: in contrarium actum zu legen sei. So auch Göschen, I. S. 630. Neuerlich macht Baron, Gesamtrechtsw. S. 94 flg. u. §. 118. aufmerksam, daß jene Regel bloß eine verfehlte Anwendung des (übrigens in einer Allgemeinheit irrigen) Lieblingsmaximes der Juristen sei: quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus (L. 153. D. de R. I.); ähnlich neuestens Jhering, S. 221, dessen Theorie — betreffend die zur Fortdauer des Besitzes erforderliche Diligenz — mit der Regel des Paulus allerdings in keiner Weise in Einklang zu bringen ist. Die herrschende Meinung irrt aber darin, daß sie das in contrarium in allen Fällen wörtlich nimmt; dagegen f. Note 5. Vgl. noch Rudorff, N. 100. Sintonis, S. 459, N. 2. — Wenn Rierulff, S. 391, und Lenz, S. 212—220, behaupten, der Besitz gehe im mer animo et corpore verloren, weil der animus ohne corpus ein ohnmächtiger, und umgekehrt die bloße Detention nicht jenes corpus sei, wie es der Begriff des Besitzes fordert, so unterscheiden sie zunächst den Worten animus und corpus einen quellenwidrigen Sinn, — und legen überdies durch ihr Zugeständniß, daß für die praktische Auffassung bereits das Aufhören Eines Erfordernisses einen sicheren Schluß auf das Aufhören des Besitzes überhaupt gestatte, die Unhaltbarkeit ihrer Behauptung selbst zu Tage. Vgl. auch Windscheid, §. 156. Note 1. Förster a. D., und Brinz, §. 141. (2. A.).

5) L. 3. §. 6. D. de poss.: Si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. L. 17. §. 1. D. eod. dazu Meischkeider, S. 316, L. 30. §. 4. D. eod. Behält der Besitzer die Detention, und faßt er wieder den Besitzwillen, so erwirbt er den Besitz von Neuem. Nach L. 17. §. 1. D. cit. genügt zum Eigenthumsverlust durch Dereliction die bloße Willensäußerung noch nicht, sondern erkennbare, körperliche Besitzentäußerung. So auch nach sächs. G. B. §§. 211. 293., dazu Schmidt, §. 48. Ueber das preuß. L. R. §. 117. I. 7. vgl. die folg. Note.

6) Daher zehnt die L. 388. A. b. G. B.: „Es ist im Zweifel nicht zu vermuthen, daß Jemand sein Eigenthum wolle fahren lassen,“ keine Vermuthung im technischen Sinne (vgl. Unger, II. S. 600, 4). Ueber den Indizienbeweis des Willens vgl. §. 12. N. 11. — Daß durch Dereliction Besitz verloren gehe, sprechen aus §. 117. I. 7. des preuß., und §. 211. des sächs. G. B., §. 527. Züricher. G. B., art. 23. bayr. Entw. — Aus den Worten des §. 117. I. 7. cit.: „Der

Kein Aufgeben des Besitzes liegt jedoch an sich schon in der Nichtvornahme von Besitzhandlungen, in dem Verlassen einer Sache im Falle einer Gefahr,<sup>6a</sup> in der bloßen Abwesenheit des Besitzers (§. 352. d. A. b. G. B.) oder in der Anstellung der Eigenthumsflage,<sup>7</sup> — wohl aber nach Umständen in der langjährigen, sonst nicht motivirten Suspendirung der auf Restitution der Sache angestellten Besitzklage.<sup>7a</sup>

Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage, ob in der Ueberlassung des Besitzes auf Grund der übereinstimmenden Willensklärung beider Theile ein unbedingtes Aufgeben des Besitzes liege. Sie kommt zwar da nicht zur Sprache, wo der Uebernehmer

Besitz geht verloren, wenn der Besitzer bei Aufgebung der Gewahrsame, . . . deutlich erklärt hat, daß er die Sache verlassen wolle“ — will Koch, S. 208, gegen Grämell, ad §. 117., herleiten, daß Dereliction ohne Aufgeben der Gewahrsame den Besitzverlust nicht bewirke, weil die Fortsetzung der Inhabung jenem Aufgeben des Besitzwillens widerspricht, und dasselbe unwirksam mache. — Dies ist offenbar unrichtig. Ein solcher Widerspruch liegt nicht vor; man kann ja in haben ohne den Besitzwillen. Aus dem Nichtaufgeben der Detention könnte auf die Fortdauer des Besitzes bloß geschlossen werden; ein solcher Schluss ist aber bei dem erklärten Willen, nicht besitzen zu wollen, unzulässig. Man denke z. B., ein Hausbesitzer erklärt öffentlich, daß er das in seinem Hofe befindliche abgetragene Baumaterial nicht mehr haben wolle und Jedermann die Wegführung erlaube. Vgl. auch Note 5. Die irrige Ansicht Koch's scheinen Bornemann, I. S. 810, Note. Temme, I. S. 233. Förster, §. 161. Nr. 49, zu theilen. — Wiederaufnahme des Besitzwillens ist neuer Besitzwerb, selbst wenn sich inzwischen Niemand der Sache bemächtigt hätte. Und. A. ist Bornemann, I. S. 519, der die Ausnahme des §. 602. I. 9. irrig als Regel ansieht.

6a) Man denke z. B. an das Fallenlassen von Sachen auf der Flucht vor Thieren. Vgl. auch A. b. G. B. §. 349., welcher zielbewusstes Verlassen fordert. Setzt sich ein Anderer in den Besitz der fallen gelassenen Sache, so geht dadurch der Besitz verloren.

7) Vgl. §. 352.: „Die Abwesenheit des Besitzers hebt den bereits erworbenen Besitz nicht auf.“ Vgl. L. 12. §. 1. de poss. Savigny, §. 32. Für das röm. Recht behauptet Baron, Gesammtr. S. 95—105, daß nach älterem Rechte Abwesenheit überhaupt, nach neuerem jede nicht bloß vorübergehende den Besitzverlust herbeiführt (§. 103), eine Ansicht, der wir wegen L. 1. §. 25. D. de vi 43. 16. und c. 4. C. de poss. nicht beipflichten. Vgl. dagegen auch Thering, S. 169, 171. Dernburg, §. 155. Nr. 8. — Dieselbe Bestimmung, wie der §. 352. österr. G. B., enthält der §. 212. des sächf. G. B., §. 524. Züricher. G. B.

7a) Vgl. den Rechtsfall G. S. 1876. Nr. 76. Kläger hatte durch elf Jahre einen Besitzstörungstreit in suspenso gelassen und dann erst wieder erneuert; der D. G. S. wies ihn ab, weil er hiedurch den Besitz des Beklagten „stillschweigend anerkannt (?)“ habe. M. G. konnte nur auf das Aufgeben des Besitzwillens geschlossen werden.

sofort auch Besitz von der Sache ergreift, da hier der Uebergeber jedenfalls corpore den Besitz verliert; sie wird aber praktisch, wo dies nicht sofort geschieht, insbesondere aber dann, wenn der Uebernehmer aus irgend einem Grunde, z. B. wegen persönlicher Besitzunfähigkeit, gar nicht Besitz erwerben kann. Hat in diesem Falle trotzdem, daß der Uebernehmer den Besitz nicht erworben hat, der Uebergeber denselben dennoch animo verloren oder nicht? Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob in dem gedachten Falle ein bedingtes oder unbedingtes Aufgeben des Besitzes liege.<sup>7b</sup>

Wird der Besitzwille unbedingt aufgegeben, so kann kein Zweifel sein, daß in dem gedachten Falle der Uebergeber den Besitz verloren

7b) Gegen diese Formulirung erklärt sich neuerlich Gyner, Trad. S. 13. Nr. 30, weil bei der Tradition gar kein Aufgeben, sondern ein Uebergeben vorliege; sekundär stecke zwar in diesem der Wille, aufzugeben; allein er existire nur in diesem Zusammenhange, sei bedingt durch die Realisirung des Traditionswillens. (Aehnlich Windscheid a. D.) Allein ist dieser Zusammenhang wirklich ein so untrennbarer? Findet doch Gyner selbst, S. 11, 15, daß der Besitz nicht aus der Tradition, sondern bei der Tradition entstehe, Besitzwerb durch Tradition gäbe es nicht; was vertragsmäßig erworben werde, sei das dingliche Recht. — Was hat also die Uebergabe für den Besitz zu bedeuten? Lediglich, daß der bisherige Besitzer durch Auflassung seines Besitzes dem Erwerber die Möglichkeit gewährt, seinerseits Besitz zu ergreifen. Er selber bemerkt, daß es oft zweifelhaft sei, ob für das Aufgeben des Besitzes mehr die Absicht, sie los zu werden oder sie zu übertragen, bestimmend gewesen sei; zur Tradition genüge, wenn in erster Reihe zum Aufgeben des Besitzes das Motiv bewog, daß Jemand Eigenthum erwerben solle. (S. 54, Nr. 15.) Damit anerkennt nun aber E. selbst, daß der Traditions-wille nur Motiv für das Aufgeben des Besitzes ist. In der That enthält die Tradition (in Ansehung des Besitzes) zunächst ein Aufgeben des Besitzes, damit der Dritte Besitz erwerben könne. Die Realisirung dieses Zwecks ist keine Bedingung dieses Willens. Daß das Eigenthum nicht übergeht, beruht auf dem Rechtscharakter der Uebergabe, welche nichtig ist, wenn der Konsens der Parteien nicht vorliegt. Und wird nicht oft tradirt, bloß um die Sache los zu werden, z. B. schlechte oder bedenkliche Waare? Daß Eigenthum und Besitz bei der Uebergabe auseinander gehen können, zeigt schon der Umstand, daß die Tradition wegen Vertragsunfähigkeit des Erwerbers ungiltig sein und nichts desto weniger Besitz erworben werden kann. (§§. 309. 865. G. B.) Besitz- und Eigenthumsübergang verlangen gesonderte Beurtheilung. Auch Sohm, Zeitsch. f. G. R. 17. S. 29 fig., anerkennt, daß die Tradition, „wie Gelsus und Paulus (L. 1. §. 4. D. 41. 2.) bezeugen, Besitzvernichtungshandlung . . . — eine Besitz vernichtende Besitzausübung“ ist; der Traditionsakt dauere, solange der Tradent detinire; und S. 21.: „Nicht bloß der Derelictionswille, sondern auch der Traditions-wille (ist) ein Besitzvernichtungswille.“ In der That kann das „Aufgeben“ entweder Selbstzweck (Dereliction) oder auf einen Zweck gerichtet sein (z. B. bei der Tradition); die Causa der Zuwendung macht aber das „Aufgeben“ nicht zum bedingten. Siehe Brinz, §. 142.



habe. — Es kann jedoch kaum mit Erfolg bestritten werden, daß das Aufgeben ein bedingungsloses sei, daher der Besitz für den bisherigen Besitzer sofort und auch dann verloren gehe, wenn der Andere den Besitz nicht erwirbt, wie z. B. wenn ein Montenegriner sich ein österreichisches Grundstück übergeben läßt oder wenn der Empfänger handlungsunfähig (z. B. für wahnsinnig erklärt) ist. (§. 273., dazu L. 18. §. 1. D. h. t.) Denn allerdings mag der Uebergeber von der Voraussetzung ausgehen, daß der Uebernehmer Besitz erwerben werde; allein an und für sich liegt darin noch nicht, daß er das Aufgeben seines Besitzes an die Bedingung geknüpft hätte, daß dieser den aufgegebenen Besitz erwerbe. Denn Voraussetzung (Motiv) und Bedingung sind wesentlich verschieden: nur letztere hat im Rechte Bedeutung, während die erstere regelmäßig keine Berücksichtigung findet.<sup>8</sup> Die Irrigkeit der Voraussetzung (des Motivs) hat auf das Dasein des Willens keinen Einfluß, und insbesondere kann aus demselben allein auf die Bedingtheit desselben nicht geschlossen werden. Prinzipiell ist es also für den Besitzverlust des Uebergebers gleichgiltig, ob der Uebernehmer Besitz erwirbt oder nicht.<sup>9</sup> Treffend bemerkt neuest.

8) Vgl. Savigny, Syst. III. §. 116. Unger, II. S. 51. Puchta, Pand. §. 57. Soll von einer Bedingung die Rede sein, so muß doch der Betreffende das Bewußtsein haben, daß er das Dasein seines Willens an den Eintritt eines künftigen Ereignisses geknüpft habe; und dies Bewußtsein fehlt im vorliegenden Falle gänzlich.

9) Vgl. L. 18. §. 1. D. h. t. Celsus: Si furioso, quem sanae mentis esse existimas, . . . rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis . . . Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat; imo vult dimittere, quia existimat se transferre. Dagegen L. 34. pr. D. h. t. Ulpian.: Quando (Mommser: quamvis) . . . in corpore non consenserimus, an a te tamen recedat possessio . . . Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. Die florent. Lesart: quoniam . . . in corpore consenserimus ist offenbar unrichtig, s. Csmarck, Vac. poss. trad. S. 51. Die Vereinigung beider Stellen ist ebenso oft aufgegeben als versucht worden. Kierulff, I. S. 392. Brunß, S. 42. Brinz, Pand. §. 28. Scheuerl, Beitr. I. S. 204, halten den Widerspruch für handgreiflich. Während jedoch Brinz (auch Csmarck, S. 62) mit Recht die Entscheidung des Celsus „richtiger“ gedacht findet, wenngleich die Ulpian's „nützlicher“ sein möge, erklärt hingegen Kierulff ziemlich derb, daß das „ridiculum est“ sich leichter auf des Celsus Meinung anwenden lasse. Eine Vermittlung beider Stellen versuchen von Neueren Böcking, §. 125. N. 14 u. 15. Lenz, S. 234, besonders Dernburg, §. 155. N. 10, welcher unterscheidet zwischen Ermächtigung zur Besitzergreifung (Ulpian) und Einhäudigung der Sache (Celsus), Csmarck, S. 49—62, welcher sup-

Brinz, §. 141. (2. A.): „Im Veräußerungs- oder Uebertragungswillen liegt zugleich der Entäußerungs- und Entfugungswille. Gewiß nun ist richtig, daß dieser bei der Tradition im Dienste des Zuwendungswillens steht; . . . allein sicher ist auch, daß Tradent . . . zu dem gedachten Zwecke wirklich entsagt hat und daß eine Willenserklärung nach

ponirt, daß nach Ulpian der mittens im Namen des missus definiren zu wollen erklärt und so den Letzteren zum Besitzer machen wolle, — daß aber das intendirte constitutum poss. Mangels des Konsenses ohne Erfolg bleibe. Es spricht aber gegen Dernburg (ähnlich gegen Fhering, S. 201, N. 186 b.), daß der missus faktisch Besitz ergreift, was der Einhäudigung gleich kommt, — gegen Csmarck aber, daß sodann die missio überflüssiger, ja irreführender Weise erwähnt würde. Am meisten sagt mir noch die Erklärung Sohm's, a. D. S. 18 flg. (siehe auch Wendt, Jen. Lit. Zeit. 1877. Nr. 9) zu, welcher Celsus insofern Recht gibt, als jede Tradition zugleich Besitzvernichtung sei, aber annimmt, daß C. (u. Paul. L. 1. §. 4. D. 41. 2.) die Tradition als vollendet ansehe, während Ulp. einen Fall behandle, wo der Traditionsakt wegen fortdauernder Detention des Tradenten noch nicht beendet sei. (Vgl. auch L. 33. D. 41. 2. u. L. 18. D. 43. 16.) — Kierulff, dessen Ansicht Pagenstecher, P. Prakt. S. 148. Arndts, §. 142. Windscheid, §. 156. N. 10, u. Rippel, III. S. 162. Gerner (s. N. 7a.). Scheuerl, Jen. Lit. Ztg. 1876. a. 263, theilen, geht von dem gewiß nicht zu rechtfertigenden Grundsätze aus, daß jede Tradition ihrer Natur nach bedingt sei, da der Tradent vacuum possessionem nur für den mache, den er zum Erwerber bestimmte. Daß eine wirkliche Bedingung nicht vorliege, gibt sogar sein Gewährsmann Ulpian in den Worten zu: qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. Die schließliche Behauptung Lenz's, S. 237: „Ueberall, wo die Besitzaufgabe nicht ausdrücklich oder der Natur der Sache nach an Bedingungen geknüpft ist, bleibt es bei der Entscheidung des Celsus,“ ist zwar gewiß richtig, aber m. E. ist damit auch der Stab über Ulpian's Meinung gebrochen. Vgl. auch Brunß, in Bekker's, Jahrb. IV. S. 42, und oben S. 470. Auch Meisehder, S. 321, 322, hält aus den hier angeführten Gründen die Ansicht des Celsus für die folgerichtige, meint aber (nach einem Seitenhieb auf die ansteckende Wirkung der Celsinischen Abfertigungsmethode), daß Ulpian (und Papin. L. 18. D. de vi) vom Eigenthum so viel auf den Besitz übertrage, daß der Traditionsakt, so wie er für das Eigenthum nur einer sei, auch für den Besitz nicht auseinander gerissen werden soll; plurimum ex jure mutuari possessionem. Allein warum sollen wir bei widersprechenden Stellen gerade die anomale Entscheidung rezipiren? Neuestens gelangt Fhering, S. 201, N. 181 b., in Anwendung seines Gesichtspunktes (Besitzübergang durch bloße Willenskonstatirung) zu der Konsequenz, daß nur bei unbeweglichen, nicht bei beweglichen Sachen der Uebergang des Besitzes durch Irrthum über das Objekt ausgeschlossen wird. Allein gelangen wir da nicht zu einem Besitzwerb ohne Besitzwillen? Und warum soll — was von Grundstücken — nicht auch von Säulen gelten? Cfr. L. 1. §. 21. D. de poss., columnae, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt. S. auch Arndts, §. 142. N. 4. — Für das preuß. Recht halte auch ich Ulpian's Ansicht für die richtige. Vgl. §. 123. I. 7. So auch Förster, §. 161. N. 50. Gruchot, V. 331.; irrig spricht Roth, §. 133. N. 5, vom Rechtsobjekt statt Objekt. — Vgl. noch Note 7a. bezüglich Gerner's Ansicht.

sonst geltenden Grundsätzen um deswillen, weil ihr Zweck unerreicht bleibt, noch nicht nichtig ist . . . ; der Zweck, die Zuwendung schlägt fehl mangels Konsenses, das Mittel dagegen, die keines Consenses bedürftende Entsaugung . . . bleibt und wirkt.“ Wäre die auf der Zuwendung gerichtete Entäußerung eine bedingte, dann „wäre jede Tradition eine bedingte.“ — Anders freilich, wenn der Tradent das Aufgeben des Besitzwillens wirklich an eine Bedingung geknüpft hätte, z. B. an die, daß der Erwerber Eigenthum erlange oder bis zu einer gewissen Zeit einen Servitutsfahrweg herstelle.

Da das Aufgeben des Besitzwillens einen Willensentschluß voraussetzt, so können Mangels der Handlungsfähigkeit, d. i. der Fähigkeit, einen Willen mit den beabsichtigten rechtlichen Folgen zu betheiligen, den Besitz animo nicht verlieren, obwohl sie desselben corpore verlustig werden können:

a) Rasende, Wahn- und Blödsinnige.<sup>10</sup>

b) Pupillen (Kinder, Unmündige und Minderjährige).<sup>10</sup> Obgleich also Unmündige und Minderjährige zu Folge der Bestimmung der §§. 865. und 310. des G. B., welche ausnahmsweise den Willen derselben im Rechte da anerkennen, wo es sich bloß um lukrativen Erwerb handelt, Besitz selbstständig zu erwerben vermögen, so können sie ihn doch nicht durch ihren Willensentschluß aufgeben.<sup>11</sup>

c) Verschwender (§. 273. d. A. b. G. B.).<sup>11a</sup> Von ihnen

10) Vgl. L. 27. D. de poss. Dazu L. 29. eod.: Possessionem pupillum sine auctoritate tutoris amittere posse constat; non ut animo, sed ut corpore desinat possidere, quod enim est facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere; hoc enim non potest. Nicht widersprechend ist L. 11. D. de acquir. rer. dom., da auch hier auf den animus reflektirt wird. Vgl. Windscheid, §. 156. N. 11. Roth, §. 133. N. 3. Förster, §. 161. N. 34. Dernburg, §. 155. N. 9. Meißneider, S. 315. In diesem Falle zeigt sich in gleicher Weise wie in dem eintretenden Willensunfähigkeit (§. 21. N. 5) der modifizirende Einfluß des Rechtes auf den Besitz. Vgl. §. 1. N. 5. Unbegründet erscheint m. E. Meißneider's Bemerkung S. 314 über das unvermittelte Nebeneinanderstehen der Ansichten röm. Juristen. — Die verschiedenen Vereinigungsversuche siehe bei Savigny, S. 355, Note 4. Brinz, Jahrb. für gem. deutsches Recht III. S. 54—56. Lenz, S. 223—225.

11) Vgl. Pachmann, S. 103, 7. Stubenrauch, I. S. 698. — L. 27. et 29. D. de poss. Unbegreiflicher Weise läßt Kirchetter, S. 179, N. 4, bei „theilweise“ handlungsunfähigen Personen Besitzverlust animo zu!

11a) Die Beschränkung der Handlungsfähigkeit der zum schweren Kerker verurtheilten Verbrecher (§. 279. G. B.) ist durch die Strafnovelle v. 15. Novemb. 1867.

gesten die sub b gemachten Bemerkungen. Doch geht selbstverständlich der Besitz für die genannten Rechtssubjekte animo dann verloren, wenn ihr gesetzlicher Vertreter den Besitz mit behördlicher Genehmigung (§§. 216. und 233. des G. B.) aufgibt. Aus der Nothwendigkeit einer Willensänderung zum Besitzverluste ergibt sich also, daß der Besitz nicht verloren gehe, wenn der handlungsunfähige Besitzer den Besitzwillen aufgibt, da er einen solchen Entschluß mit rechtlicher Wirkung gar nicht fassen kann, vgl. dazu §. 352. B. G. B., nach welchem die eintretende Unfähigkeit, einen Besitz zu erwerben, den bereits erworbenen Besitz nicht aufhebt. Vgl. §. 115. I. 7. preuß. L. N., §. 216. sächs., §. 524. Züricher. G. B. — Dasselbe gilt in dem Falle, wenn der Besitzer die Dispositions befugniß über die Sache verliert, z. B. der Kridatar (§. 3. Konkursordn.), der Ordensgeistliche (§. 182. kais. Pat. v. 9. August 1854.).

Ist einmal der Besitz animo verloren, so kann er natürlich nur durch einen neuerlichen Apprehensionsakt wieder erworben werden.<sup>12</sup>

Nur ein besonderer Fall des Besitzverlustes animo einerseits und des Besitzerwerbes durch Repräsentanten andererseits tritt beim constitutum possessorium ein (§. 319. des G. B.).<sup>12a</sup> Hier gibt der Besitzer in dem Momente, wo er in fremdem Namen zu besitzen anfängt, den eigenen Besitzwillen auf.

Der Willensentschluß, den Besitz aufzugeben, kann sich auch in konkludenten Handlungen<sup>13</sup> offenbaren. So in dem Falle, wenn der bisherige Besitzer, der die Sache an Jemanden verkauft, dieselbe sofort von dem Käufer mietet. Denn indem er den Mietvertrag schließt, giebt er ja den eigenen Besitzwillen auf, will bloß detiniren und

§. 131 R. G. Bl. (§. 5.) aufgehoben; nur durch Versehen unterblieb die Citirung desselben unter den ausdrücklich aufgehobenen §§. des G. B. Vgl. auch die Entsch. des D. O. G. vom 27. Januar 1874. Z. 621 Ger. Zeit. 1874. Nr. 24. — Irthümlich zählt Gyner, Trad. S. 52, Kridatäre zu den Handlungsunfähigen; nur das Dispositionsrecht derselben über das Massavermögen ist beschränkt. Vgl. §. 1. der Konkursordnung.

12) Vgl. Savigny, §. 32. Dies übersteht Koch, S. 208.

12a) §. 319.: „wohl aber kann derjenige, welcher bisher eine Sache rechtmäßig besaß, das Besizrecht einem Anderen überlassen und sie künftig in dessen Namen inne haben.“ Vgl. §. 428.

13) Vgl. über deren Begriff Unger, II. S. 105. Es sind dies Handlungen, „die mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen,“ welcher Willensmeinung der Handelnde gewesen sei (§. 863. A. b. G. B.).

fremden Besitz verwalten. Es erwirbt daher der Käufer mit jener Willenserklärung des Verkäufers sofort den Besitz, während ihn der Verkäufer gleichzeitig verliert. Vgl. hierüber noch §. 20. N. 19.

Als eine solche konkludente Handlung erscheint nach röm. Rechte namentlich die Unterlassung jedweder Bestzhandlung durch längere Zeit.<sup>14</sup> L. 37. §. 1. de usurp. (cfr. §. 1. J. de usuc.). Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit.<sup>15</sup> Vgl. c. 4. C. h. t. 7. 32.: Si ergo praediorum

14) Der Versuch, diese Zeit ziffermäßig zu bestimmen, z. B. auf 10 Jahre, wie mehrere Aeltere meinten, beruht auf Willkür. Die erforderliche Länge der Zeit zu beurtheilen, bleibt dem richterlichen Ermessen vorbehalten. Dies ist schon die Ansicht der Glosse, und wird neuerlich vertheidigt von Kierulff, S. 395. Duncker, Zeitschr. für deutsches Recht II. §. 12. Sintenis, S. 460, N. 12. Auch Savigny, §. 32., geht von dem hier vertretenen Gesichtspunkt aus; doch fehlt er S. 360, N. 1 darin, daß er in höchst geschraubter Weise erklärt, daß es nicht genüge, die Sache „aus Nachlässigkeit oder Abwesenheit . . . ohne Aufsicht und Detention zu lassen, sondern die Sache müsse wirklich ohne Besizer sein.“ Mit Recht kehrt sich Jhering, S. 206, gegen diese räthselhafte oder nichtssagende Begründung. Allein sachlich bleibt der Gedanke, daß aus der dauernden Vernachlässigung auf das Auflassen des Besitzwillens geschlossen werden müsse, vollständig richtig. Dies beweist nicht nur L. 15. §. 21. D. de d. inf. 39. 2., in welcher Ulpian den Besizerwerb des ex secundo decreto Immittirten (wenn der Eigenthümer die Kauition nicht leistet oder sich nicht um die Sache kümmert) damit motivirt: quod pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse (s. Burckhard, Cautio S. 554) — sondern dies bezeugt auch c. 4. C. h. t. 7. 32., welche unter Betonung des zur Fortdauer des Besitzes erforderlichen animus anerkennt, daß Besitzverlust durch dauernde Unterlassung der Bebauung des Grundes derelinqnendi affectione eintrete. Eben darum kann aber von Besitzverlust nicht die Rede sein, wenn die Kultur aus anderen Motiven, z. B. metus necessitate (c. 4. C. cit.) oder wegen Mangel der nöthigen Arbeitskräfte, des Saatforns, wegen zeitweiser Ueberschwemmung u. s. f. unterblieben ist. (Mit Unrecht debucit Jhering, S. 217 aus c. 4. C., daß nach derselben nur für einen Fall der unterlassenen Kultur Besitz nicht verloren gehe, nämlich wenn dieselbe metus necessitate unterblieben sei; denn das Restrikt erwähnt die „gegründete Furcht“ nach Lage des Konkreten Falls gewiß nur demonstrativ.) So sehr ist unsere Auffassung der Natur der Sache entsprechend, daß sie nicht nur in der citirten L. 15. §. 21. und c. 4. C. cit. zur Erläuterung herbeigezogen wird, sondern daß ihr Jhering selber wiederholt unwillkürlich Ausdruck leiht. Auf die Frage, warum der Nachlässige den Besitz verliere, antwortet nämlich Jhering, S. 213, ganz richtig: „Weil er sein Recht im Stiche gelassen“, und S. 218: Da „der Eigenthümer durch seine gänzliche Gleichgiltigkeit sich gewisser Maßen selber von der Sache losgesagt habe.“ Vgl. auch §. 33. N. 4. und v. Wetter, N. Revue 1877. p. 283. Ueber anderweite Auslegungen s. die folgende Note.

15) Eine abweichende Interpretation versucht Geiger, Zeitschr. für Civ.-u.

desertorum possessionem non derelinquendi affectione sed metus necessitate culturam eorum distulisti, praejudicium tibi . . . generari non potest.<sup>15a</sup> Es entsteht die Frage, ob daselbe auch nach österr. Rechte anzunehmen sei. Wir verneinen sie lediglich aus dem Grunde, weil das Gesetzbuch den Besitz durch die Nichtausübung desselben „außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen“ (§. 351. G. B.) nicht erlöschen und sohin den Schluß auf das Aufgeben des Besitzwillens aus der bloßen Unterlassung von Bestzhandlungen nicht zuläßt.<sup>16</sup>

Der Besitz geht nicht verloren, wenn der Bestzger die Innehabung der Sache einem Dritten, sei es behufs Ausübung eines dinglichen oder obligatorischen Rechtes, z. B. des Ususfruktus, des Pachtrechtes, oder aus einem anderen Rechtsgrunde, z. B. als Pfand, Depositum, überläßt. Denn der Bestzger behält den Besitzwillen und

P. XIII. S. 245 u. 246, und ihm folgend Lenz, S. 228; gegen die herrschende Ansicht ist auch Böcking, §. 125. N. 12. Windscheid, §. 156. N. 5 (1. Aufl.). Baron, Gesammtr. S. 103, N. 1, u. Schirmer, Zeitschr. N. F. XI. S. 401 ff., welche behaupten, daß selbst aus einer noch so langen Unterlassung der Bemüzung auf ein Aufgeben des Besitzes niemals geschlossen werden könne. Sie meinen, in der cit. L. 37. §. 1. sei bloß gesagt, daß der Besitz nicht vi, sondern clam erworben sei. Allein dieser Interpretation steht entgegen: der Gebrauch des Wortes „vacet“, das den Verlust des Besitzes zu bezeichnen pflegt, vgl. L. 33. de poss. . . ., sodann die Zusammenstellung mit dem Falle des Besitzverlustes durch den Tod des Besitzers; s. auch Schirmer selbst, S. 403: „Im Sinne Justinian's kann man die Stelle nur mit der Glosse von einem besitzlosen Grundstücke deuten;“ auch Brunß, Jahrb. 4. S. 65. Windscheid, §. 156. N. 7 (4. U.). Baron, §. 118. 10. Roth, §. 133. N. 3. Dernburg, §. 155. N. 8. Neufens hat besonders Jhering, S. 211—220, den Nachweis geliefert, daß im Sinne L. 37. §. 1. cit. Besitz durch anhaltende Vernachlässigung verloren gehe, freilich in einer Wendung, der ich nicht beitreten kann. Vgl. vorige Note.

15a) Vgl. c. 8. C. de omni agro deserto 11. 58. . . . ita tamen, si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit ac vetus dominus intra biennium . . . voluerit revocare . . . facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit mensum, omnis possessionis et domini carebit jure, qui siluit. (Ungeau — da possessio schon mit der Bestznahme verloren geht.)

16) Die österr. Kommentatoren erwähnen des Falles nicht. Der Verlust des Besitzes an Sachen tritt aber in sinngemäßer Anwendung des Grundsatzes des §. 351. G. B. dann ein, wenn die Eigenthümeklage erloschen ist. Vgl. noch §. 34. N. 2. — Das sächs. G. B. verordnet: „Durch Unterlassung von Bestzhandlungen geht der Besitz nicht verloren“ (§. 212.). — Der obige Grundsatz wird für das preuß. Recht anerkannt in der Entsch. d. D. I. v. 20. Dezember 1849, bei Koch, I. S. 426, N. 71, auch Förster, §. 161. N. 42.

auch seine faktische Herrschaft über die Sache hört nicht auf, sondern geht nur aus dem unmittelbaren Verhältniß in ein mittelbares über; — denn der Inhaber vermittelt zu Folge jenes juristischen Verhältnisses den Besitz über die Sache. In solchen Fällen kann rüchichtlich derselben Sache nach verschiedenen Richtungen hin ein doppelter, ja mehrfacher Besitz vorkommen, z. B. der Sachbesitz des Eigenthümers und der Rechtsbesitz des Usufruktuars, der die Sache detinirt. Diesen Fall hat vor Augen der §. 327. A. b. G. B.<sup>17</sup>

Da ein Besitz da nicht zu Recht besteht, wo das Gesetz den Besitzwillen nicht anerkennt (vgl. §. 9. d. B.), so geht der Besitz ferner verloren:

a) wenn die Sache dem gemeinen Verkehre entzogen wird, z. B. durch Expropriation eines Plazes zu öffentlichen Zwecken, soweit Privatbesitz damit unvereinbar ist. Vgl. §. 311.;<sup>18</sup>

b) wenn gewissen Personen die Vermögensfähigkeit in Ansehung gewisser Gattungen von Sachen entzogen wird, sofern nicht diese Wirkung ausdrücklich ausgeschlossen wird.<sup>19</sup> Verlust der Vermögensfähigkeit überhaupt kennt das österr. Recht nicht.<sup>20</sup>

17) Vgl. Pachmann, S. 104. Stubenrauch, I. S. 697, 2. Dies einfache Verhältniß ist verkannt in der erst- und zweitrichterlichen Entsch. Nr. 132 der Ger. Ztg. 1863. Das preuß. Recht spricht in diesem Falle von der Fortsetzung des vollständigen Besitzes durch den unvollständigen Besitzer. §. 124. I. 7.

18) Vgl. Pachmann, S. 103, der jedoch in der Note 13 sonderbarer Weise wieder das Gegentheil behauptet. Denn eine Sache dem „Privatrechte“ und dem „Verkehre“ entziehen, ist wohl dasselbe. Vgl. auch Stubenrauch, I. S. 698, 4. Wenn sich übrigens Pachmann, N. 13, auf den §. 325. beruft, so ist zu entgegnen, daß daselbst das Wort „Besitz“ offenbar statt Inhabung gebraucht ist; denn an Sachen, die dem Verkehre entzogen sind, gibt es keinen Besitz (§. 311. G. B.).

19) Vgl. z. B. die nunmehr aufgehobene k. V. v. 12. Oktober 1853 bezüglich der Israeliten und Stubenrauch a. a. D. Dagegen Pachmann, unter Berufung auf §. 351. des G. B. Allein dieser bestimmt bloß, daß durch die eintretende Besitzerwerbsumfähigkeit bereits erworbener Besitz nicht verloren gehe, nicht aber durch die eintretende Besitzunfähigkeit. Ein Kind kann Besitz durch sich selbst nicht erwerben, wohl aber haben; ein Montenegriner kann Besitz an Immobilien in Oesterreich weder haben, noch erwerben.

20) Pachmann, S. 103, 7, und Stubenrauch, I. S. 698 (S. 464 der 2. Aufl.), behaupten zwar, daß durch Eintritt in einen Orden mit dem feierlichen Gelübde der Armuth Vermögensunfähigkeit eintrete, daher auch Besitz verloren gehe. Dies ist nicht richtig; durch jenen Eintritt wird man bloß der Fähigkeit, künftig Vermögen zu erwerben und Erworbenes zu verwalten, verlustig. Erworbenes Eigenthum und erworbener Besitz gehen nicht verloren. Vgl. auch §. 352. d. G. B. und §. 182. des Gesetzes v. 9. August 1854. Z. 208, dem zu Folge das

Ueber den Besitzverlust durch Ablauf der Zeit oder Eintritt der Resolutivbedingung vgl. Note 37.

## II. Besitzverlust corpore.

Der Besitz geht verloren, wenn der Besitzer schlechthin und dauernd die Möglichkeit verliert, über die Sache physisch zu verfügen,<sup>21</sup> und zwar insbesondere:

A. An beweglichen Sachen:

1) durch den Untergang derselben — daher auch durch Spezifikation.<sup>22</sup>

Vermögen der in solche Orden Eingetretenen bis zu ihrem Tode durch einen Kurator zu verwalten ist. — Die diesfälligen älteren Vorschriften sprechen nur von der Unfähigkeit, Eigenthum zu erwerben.

21) Das preuß. L. R. unterscheidet zwischen Verlust der Gewahrsame und des Besizes. „Gewahrsame geht verloren, sobald das physische Vermögen des Inhabers, durch sich oder andere darüber zu verfügen, aufhört.“ §. 111. I. 7. „Dagegen hört der Besitz auf, wenn es durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß dem Besitzer unmöglich wird, die verlorene Gewahrsame wieder zu erlangen.“ Diese gekünstelte Unterscheidung, mit der die Interpretation ihre liebe Mühe hat (s. Koch, S. 191), ist von der österr. und den neueren Gesetzgebungen vermieden worden. — Die im Text gegebene Auffassung verwirft Thering, Grund d. B. S. 175 flg., 209 flg., welchem sich Arndts, §. 142. Baron, P. §. 118. Forlani, S. 175. Kirchstetter, S. 178, anschließen. Thering verlangt zur Fortdauer des Besizes, daß der Besitzer auch noch die Diligenz des Eigenthümers anwende und sich so verhalte, wie sich der Eigenthümer verhalten haben würde. Wer dieses Interesse, diese Diligenz verläugne, verliere den Besitz (S. 210 flg.). — Gegen diese Auffassung vgl. die Ausführungen S. 327 und 482. Die neueren Gesetzbücher stehen auf dem Standpunkte der herrschenden Theorie, vgl. §§. 111. 116. I. 7. preuß. L. R., §§. 349. und 351. A. b. G. B., §. 212. sächs., §. 520. Züricher. G. B., art. 22. 23. bayr. Entw., indem sie sämmtlich den Besitzverlust schon — aber auch erst mit dem Verlust der faktischen Herrschaft (Gewahrsame, Gewalt, Macht) eintreten lassen und meist ausdrücklich befügen, daß der Besitz durch bloße Abwesenheit oder Nichtausübung (gewisse Fälle ausgenommen) nicht verloren gehe. S. §. 351. A. b. G. B., §. 130. preuß. L. R., §. 212. sächs. G. B. (Unterlassung von Besitzhandlungen“), §. 524. Züricher. G. B. Vgl. Dernburg, §. 155. N. 3. Uebereinstimmend ist das bayr. L. R. s. Koch, §. 133. Auch Windscheid, §. 156., hält grundsätzlich an der herrschenden Lehre fest, nur in Ansehung des Besitzverlustes durch Stellvertreter (§. 157.) gibt er einige Ausnahmen von der Regel zu. — Ueber das Postulat der dauernden Unmöglichkeit der Herrschaft vgl. §. 21. N. 4a.

22) L. 30. §§. 3. 4. D. de poss. Cavigny, §. 31. Kierulff, S. 395. Pachmann, S. 104. Stubenrauch, S. 696 und 698. Wird die Umwandlung der Sache in eine andere, z. B. die Verarbeitung des Garnes zum Gewebe, von einem Mandatar vorgenommen, so verliert wohl der Eigenthümer (resp. Besitzer) des Rohstoffes Eigenthum und Besitz am Stoffe, erwirbt aber diesen wieder durch die Ap-

2) Wenn die Sache an einen Ort geräth, der dem Besitzer unbekannt oder unzugänglich ist (§. 349. „Der Besitz einer körperlichen Sache geht verloren, wenn dieselbe ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, in Verlust geräth“), z. B. meist beim Schiffbruche. Doch hebt selbstverständlich eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit, zu der Sache zu gelangen, z. B. die Ueberschwemmung eines Waarenlagers<sup>22a</sup> oder ein augenblickliches Nichterinnern an den Ort, wo sich die Sache befindet (insbesondere das sog. „Verlegen“ einer Sache), deren Besitz nicht auf, da der Besitzverlust dauernde Unmöglichkeit der physischen Einwirkung auf die Sache fordert.<sup>23</sup> Hierbei ist es gleichviel, ob die Sache besonders verwahrt

prehenston des Mandanten als Repräsentanten an dem Fabrikate. Im Falle der Untreue desselben entscheidet über den Besitzerverb dessen Willensrichtung. Die Eigentumsfrage darf hier nicht eingemengt werden.

22a) Es ist Thatsache, ob der Besitz durch Untersinken einer Sache im Wasser verloren gehe oder nicht. Gewiß — wenn erst wegen Schwere des Objekts, Tiefe des Gewässers u. s. f. zeitraubende Hebevorrichtungen erforderlich sind; — nicht aber, wenn die Sache ohne Weiteres herausgeholt werden kann, z. B. größere Objekte in leichtem, klarem Wasser. In diesem Sinne fasse ich L. 13. pr. D. h. t. auf: Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit . . . Ego dominium me retinere, possessionem non puto (Ulpian). Anders Jhering, S. 219, welcher den Worten post tempus den Sinn beilegt, daß der Eigentümer den Besitz nur darum verloren habe, weil er „längere Zeit verstreichen ließ, bevor er sich entschloß, sie (die Steine) herauszuholen,“ und sohin nachlässig gehandelt habe. Allein werden nicht wahrscheinlicher Weise die Vorbereitungen zur Hebung der Steine in dem schiffbaren und überdies trüben Flusse längere Zeit in Anspruch genommen haben? Von einer Negligenz spricht Ulpian nicht. (Vgl. S. 482.)

23) Vgl. Savigny, §. 31. a. a. D. Kierulff, S. 395. Sintonis, S. 459. Brinz, S. 73. (§. 141. N. 27—29, 2. N.). Bachmann, S. 104. Winwarter, II. S. 98. Rippel, III. S. 161. Stubenrauch, I. S. 697 (S. 463 der 2. Aufl.). Das Gesetz drückt dies im §. 352. mit den Worten aus: „wenn die Sache ohne Hoffnung wieder gefunden zu werden in Verlust geräth.“ (Aehnlich Dernburg a. a. D.) Dagegen bemerkt schon Winwarter, II. S. 97, mit Recht, daß es nicht die Hoffnung sei, auf die es hier ankomme, sondern die Möglichkeit der Reproduktion der Gewalt. Vgl. auch Stubenrauch a. a. D. Richtiger ist der §. 71. des II. Theiles des westgalizischen Gesetzbuches textirt: „So lange es noch möglich ist, eine verlorene oder verlegte Sache zu finden, kann man sich durch den bloßen Willen im Besitze erhalten.“ Unsere Kommentatoren nennen diesen Fall der Fortdauer des Besitzes nach Vorgang einiger älterer gemeinrechtlicher Juristen Mentalbesitz — eine Benennung, die vielfach der irrigen Auslegung Raum gibt, als ob es hier einen (singulären) Besitz solo animo gäbe, während in der That nur die zum Besitzverluste corpore erforderliche Unmöglichkeit der tatsächlichen Herrschaft nicht eingetreten ist. Diese irthümliche Ansicht spricht aus Rippel, III. S. 162, 2. Der §. 71. cit. und §. 352. N. 6. G. B. enthalten

worden ist (diese besondere Anstalt der Aufbewahrung nennen die Quellen custodia) oder nicht.<sup>24</sup> Wer z. B. eine Sache im Walde liegen ließ und sich nur momentan nicht erinnert, wo sie liegen blieb, hat darum noch nicht den Besitz verloren. Anders, wenn er überhaupt nicht weiß, wohin ihm die Sache abhanden kam.

Der letztere Fall kann offenbar da nicht eintreten, wo der Besitzer eine absichtliche besondere Veranstaltung (custodia) getroffen hat, um sich die Sache zu sichern,<sup>24a</sup> z. B. einen Schatz vergraben, ein Wertpapier in seiner Wohnung verwahrt hat, da hier höchstens eine momentane Vergesslichkeit vorkommen wird, nicht aber der Fall des absoluten Nichtwissens.<sup>25</sup> Vorausgesetzt wird natürlich, daß die Sache nicht inzwischen in fremde Gewalt gelangt ist.

Es geht daher namentlich der Besitz verloren:

nur der Form nach Reste der älteren Theorie über die Fortdauer der civilis p. bei unfreiwilligem Verluste. S. §. 4. N. 7, und §. 35. N. 47, dazu Delbrück, Dingl. Klug, §. 19.

24) Vgl. L. 13. pr. L. 25. und 44. pr. D. de poss. Savigny, S. 340, dem die Meisten folgen, beschränkt die Behauptung des Tertius ohne Grund auf den Fall einer besonderen Verwahrung, indem er nicht zwischen Nichterinnern und Nichtwissen unterscheidet, obgleich die Quellen gerade hierauf Gewicht legen: L. 25. cit.: Si id, quod possidemus, ita perdidimus, ut ignoremus, ubi sit: desinimus possidere. L. 44. cit.: nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit. Wie namentlich aus der ersten Stelle hervorgeht, ist selbst custodia zur Erhaltung des Besitzes nicht nöthig, wenn der Besitzer nur weiß, wo sich die Sache befindet. So aufgefaßt, enthält L. 3. §. 13. h. t. keinen Widerspruch. Ich kann daher um so weniger der Ansicht Jhering's, S. 214, beitreten, daß der Jäger den Besitz der Jagdtasche verliere, welche er an einem bestimmten Orte im Walde absichtlich oder unabsichtlich liegen ließ. Vgl. dagegen auch L. 3. §. 13. D. h. t., §. 12. J. 2. 1. und oben S. 327. Richtig wurde daher auch der von Koch, S. 191, angeführte Fall, wo Jemand in seinem Holzstalle seinen Ring abgelegt hatte und liegen ließ und hierauf die daselbst anwesenden Holzhauer denselben fanden und verkauften, als Diebstahl behandelt, obwohl offenbar keine custodia vorhanden war. S. auch Meischelder, S. 342.

24a) Daß dies nicht die einzige Art der custodia sei, wurde bereits im §. 11. N. 11, gezeigt. Aber gerade hier sprechen die Quellen am häufigsten von custodia, was der Grund sein mag, daß Savigny, S. 342, darunter nur jene besondere Vorkehrung versteht. Dagegen vgl. Baron, Jahrb. VII. S. 88, und Meischelder a. D.

25) L. 3. §. 13. D. h. t.: Res mobiles . . . quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri . . . nam pecus simul aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, pro tinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur; dissimiliter si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat diligens inquisitio.

a) an verirrtten zahmen Thieren, wenn sie nicht wieder zu finden sind;<sup>26</sup>

b) an wilden Thieren, sobald sie aus unserer Gewahrsame (custodia), d. i. der besonderen Verrichtung zu ihrer Detention ent-rinnen und die sofortige Einfangung nicht möglich ist.<sup>27</sup>

c) bei gezähmten Thieren, wenn sie die consuetudo rever-tendi ablegen.<sup>27a</sup>

3) Der Besitz an Sachen geht verloren, wenn dieselben in fremden Besitz gelangt sind; denn eine compossessio in solidum ist unmöglich. Die Art, wie der Dritte den Besitz erworben hat, ob mit Recht oder Unrecht, ist hiebei gleichgiltig.<sup>28</sup> Ja es ist zum Besitz-

26) L. 3. §. 13. D. de poss.: Pecus simul atque aberraverit... desinere a nobis possideri. Vgl. Pachmann, §. 39 d. Stubenrauch, I. S. 697: (Eine genaue quellenmäßige Aufzählung und Einreihung der Thiere in zahme, gezähmte und wilde gibt Böcking, §. 74. N. 5, 6 u. 7; Hund, Elefant und Kameel sind heutzutage zu den zahmen zu zählen.) — Es macht keinen Unterschied, ob das Thier auf eigenem oder fremdem Grunde sich verirrt hat, sofern es nur nicht zu finden ist. Irrig behauptet Baron, a. a. D. S. 99, 101, daß der Besitz an Hausthieren nicht verloren gehe, solange sie auf dem eigenen Grunde des Besitzers sich befinden. L. 3. §. 13. cit. unterscheidet nicht: und mit Recht. Man erwäge, daß es Großgrundbesitzer gibt, welche meilenweite Wald- oder Gebirgsterritorien besitzen! Noch verfehlter aber ist Baron's weitere Behauptung, daß Besitz an Hausthieren verloren gehe, sobald sie auf fremden Grund kommen, ohne daß der Grundinhaber dies erlaubt hat (S. 99—101). Dagegen vgl. L. 25. D. de poss.

27) Pachmann und Stubenrauch a. a. D. L. 3. §. 2. L. 5. D. de acq. dom. Savigny, S. 342. Göschen, I. §. 212. Böcking, §. 125. Windscheid, §. 156. N. 3. Derselben Ansicht ist zwar Baron, a. a. D. S. 126, behauptet aber, daß L. 3. cit. dem Eigenthume im Gegensatz zum Besitze noch „eine Salgenfrist gönne“ (?), und meinte darum, daß Savigny im Texte und Note, S. 342, sich widerspreche. Wir finden jenen Gegensatz und Widerspruch höchstens in der nicht ganz genauen Fassung. Entläuft das Thier, z. B. der Affe, der Bär seiner Haft und kann der Herr desselben leicht habhaft werden, so ist es eben noch nicht entschieden, ob sie unserer Gewalt entronnen sind. Vgl. L. 17. D. de vi. — Entspringt ein wildes Thier in unserer Gegend aus der Menagerie, so ist Besitz (und Eigenthum) verloren, und wäre es auch ein fremdländisches. Anderer Ansicht in Ansehung des Eigenthums ist Bremer, XX. N. F. S. 64.

27a) L. 4. L. 5. §§. 4. 5. D. de acqu. r. d. L. 3. §§. 15. 16. D. de poss. Windscheid a. D.; dazu §. 522. des Zürcher G. B. und Bluntzli, III. S. 44 flg. Hier darf Besitz und Eigenthumsverlust nach österr. Rechte nicht verwechselt werden. Denn an gezähmten Thieren geht nach §. 384. Eigenthum erst verloren, wenn sie mit dem 42. Tage nicht heimkehren.

28) Vgl. Winwartter, II. S. 98. Rippel, II. S. 163. Stubenrauch, I. S. 697. So auch nach röm. Rechte, L. 15. D. de poss. Anders nach preuß. Rechte §. 122. I. 7.: „Wenn ein Anderer den Besitz einer aus seiner Gewahrsame gekommenen Sache auf eine fehlerfreie Art ergriffen hat, so hört

verlufte nicht einmal nothwendig, daß der Andere den Besitz erwirbt; es genügt, wenn durch die Detention desselben mit dem Willen, dem bisherigen Besitzer den Besitz zu entreißen, diesem die thatsächliche Verfügung über die Sache benommen ist.<sup>29</sup>

B. An Immobilien geht der Besitz gleichfalls erst verloren mit der bleibend eintretenden Unmöglichkeit der körperlichen Verfügung über dieselben. Hierzu genügt also nicht schon die bloße Abwesenheit des Besitzers (§. 352. d. N. b. G. B.), weil durch dieselbe die physische Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache wohl in die Ferne gerückt, aber nicht behoben ist.<sup>30</sup>

der vorige Besitz auf.“ — „Daraus folgt nun die Absurdität, daß Jemand den Besitz seiner ihm gestohlenen Uhr behält, womit der Dieb nach Amerika entflohen ist,“ sagen wir mit Koch, S. 195, ohne daß wir uns seinen in der 1. u. 2. Aufl. gemachten verschiedenen Versuchen, diese Konsequenz durch künstliche Suppositionen wegzun-tretieren lassen, anschließen könnten. (Koch will nämlich den Besitzverlust nur dann nicht eintreten lassen, wenn der Inhaber bekannt und erreichbar ist.) Aus der Bemerkung Suarez's zu §. 79. (bei Koch, S. 199): „und doch habe ich den Besitz nicht verloren, z. B. der mir von einem unbekanntem Spitzbuben gestohlenen Uhr“, geht auch mit Bestimmtheit hervor, daß man sich jene Konsequenz bei der Redaktion vor Augen hielt. Vgl. auch Bornemann, I. S. 520 flg. Temme, I. §. 68. und Dernburg, §. 155. N. 5, während Roth, §. 132. N. 53, u. Förster, §. 161. N. 19—29, die Auffassung Koch's vertreten, daß der Besitz dennoch verloren gehe, wenn die Wiedererlangung der Gewahrsame unmöglich geworden ist. Daß diese Ge-setztheorie unnatürlich und unpraktisch ist, bedarf keiner Auseinandersetzung. „Der Besitz ist kein Ehrentitel“ muß man mit Brun's ausrufen!

29) Vgl. L. 4. §. 22. D. de usurpatione. Savigny, S. 344. Sinte-nis, I. S. 459. Böcking, §. 125. Kurz und bündig lautet der §. 213. des sächs. b. G. B.: „Der Besitz einer beweglichen Sache geht verloren, wenn sich ein Anderer der Sache bemächtigt, wenn der Besitzer die Sache verliert, oder sofern sie sich außer seinem Gewahrsam befindet, nicht auffinden kann, oder die Sache an einen unzugänglichen Ort geräth.“ — Nur entsteht hier die Frage: was ist Gewahr-same? Custodia? Dann ist der Ausdruck nicht entsprechend. — Die Bestimmung des preuß. Rechtes, §. 116.: „daß Besitz verloren gehe, wenn durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß dem Besitzer unmöglich wird, die ver-lorene Gewahrsame wiederzuerlangen,“ gibt, abgesehen von der bereits getadelten Unterscheidung zwischen Verlust der Gewahrsame und des Besitzes über das Ereigniß, wodurch Besitz verloren wird, keine befriedigende Auskunft. Vgl. Koch, S. 194. Zu unbestimmt lautet §. 520. d. Zürcher G. B.: Besitz geht verloren: „wenn die Möglichkeit der Aeußerung (?) körperlicher Macht... aufhört“; besser art. 23. des bayr. Entw., wenn „die thatsächliche Gewalt (richtiger wohl Herrschaft) ver-loren geht“.

30) Vgl. L. 1. §. 25. D. de vi. L. 3. §. 8. u. 11. D. de poss. Savigny, S. 347. Stubenrauch, I. S. 697. Anders Baron, Gesammtr. S. 103, der bei nicht bloß vorübergehender Abwesenheit Besitzverlust behauptet. Vgl. dagegen Note 7, und neuestens besonders Jhering, S. 185, 187 flg. — In Fällen der

Diese Unmöglichkeit tritt insbesondere ein :

a) wenn der Besitzer (zu diesem Zwecke), und wäre es auf dem Grundstücke selbst, gefangen gehalten,<sup>31</sup> oder nicht zu demselben zugelassen wird ;

b) wenn er des Besitzes gewaltsam entsetzt wird, wobei es gleichgiltig ist, ob sich der Besitzer in Folge physischer Gewalt oder in Folge gefährlicher Drohungen aus dem Grundstücke entfernt hat.<sup>32</sup>

Auch hier ist es gleichgiltig, ob sich der Andere dabei in Besitz setzt, oder sich ohne den Bestizwillen darauf beschränkt, den bisherigen Besitzer der physischen Macht über die Sache zu berauben.<sup>32a</sup>

Setzt sich der Dejizirte so fort nach Dejektion (in Einem Zuge) wieder in den Besitz, so hat er ihn eigentlich nie verloren, da jene dann bloß als mißlungener Besitzentsetzungsversuch erscheint und Angriff und Vertheidigung als Ein Akt aufzufassen sind.<sup>33</sup>

c) Wenn ein Dritter sich heimlich in den Besitz des Grundstückes setzt.

Letztere Regel gilt nach österr. Rechte ausnahmslos, während nach röm. Rechte eigenthümlicher Weise der Besitz erst dann verloren

Abwesenheit und der heimlichen Besitzentsetzung sagen die Quellen bisweilen: *solus animo retinemus possessionem*, L. 1. §. 25. L. 12. 18. D. de vi, in ersterem Falle nicht genau, da ja die faktische Macht über die Sache durch bloße Abwesenheit nicht aufhört.

<sup>31</sup>) Vgl. L. 1. §. 47. D. de vi. Ohne Grund fügen mit Savigny, S. 344, die Meisten (so Götschen, §. 212. Sintenis, S. 459) die Beschränkung bei: wenn der Besitzer im Grundstücke gefangen gehalten wird. L. 1. §. 47. cit. spricht ja nur beispielsweise. Vgl. Böcking, §. 125. Nr. 6, der die Fälle genau auseinandehält.

<sup>32</sup>) So auch nach der richtigen Ansicht im röm. Rechte. Die L. 33. §. 2. D. de usurp. L. 9. pr. D. quod metus. L. 3. §. 6. D. de vi läugnen nicht, daß der Besitzer, der seinen Besitz in Folge von Drohungen verließ, den Besitz verloren habe, sondern sie läugnen bloß, daß eine *dejectio* vorhanden sei. Sie sind daher nicht im Widerspruch mit L. 9. pr. i. f. quod metus u. L. 1. §. 29. D. de vi. Vgl. Savigny, §. 31. S. 346. Sintenis, S. 459, Nr. 9. Andere beziehen die ersteren Stellen auf die gegenwärtige, die letzteren auf die zukünftige Gefahr (so Savigny in den früheren Ausgaben). Vgl. über diese Kontroverse Wangerow, Pand. I. §. 207.

<sup>32a</sup>) Die Entsch. des D. G. S. II. Nr. 644 der Samml. Gl.-U.-W. steht als Dejektion aus dem Besitze eines Waldes an, wenn der bisherige Besitzer (oder dessen Vertreter) an dem Verjache, Holz zu schlagen, verhindert und demselben Holz und Haack gepfändet wurden.

<sup>33</sup>) Vgl. L. 17. D. de vi. Savigny, §. 31. S. 349. Unger, II. S. 344, Nr. 20 a. Dies ist ausdrücklich bestimmt im §. 212. des sächf. G. B.

geht, wenn der Besitzer von der erfolgten Invasión Kenntniß erhält und sich dabei beruhigt.<sup>34</sup> Diese Singularität, welche dem österr.

<sup>34</sup>) L. 46. D. de poss. L. 3. §. 7. 8. L. 7. L. 18. §. 3. u. 4. L. 25. §. 2. D. eod. Vgl. Savigny, §. 31. Hierulff, S. 393. Sintenis, S. 459. Brinz, Pand. §. 141. Arndts, §. 142. Windscheid, §. 156. Bruns, Besitzklagen §. 12., und dazu Brinz, Jenaer Lit. Z. 1875. Nr. 40. — Zwar versucht Hierulff, S. 394, Note, mit dem Böcking, §. 125. Note 5. Lenz, S. 244, und Brinz, §. 141. Nr. 17. (2. A.) gehen, zu beweisen, daß dies keine Singularität, vielmehr eine Konsequenz aus der Natur der Sache sei. Denn der Besitz (Br.: die „faktische Verbindung“) bestehe so lange, als der Besitzer seinen *animus* durchsetzen kann und will, was unbestimmt sei, so lange er von der Okkupation nichts wisse. Er könne ja nach erhaltener Kenntniß zurückkehren und den Okkupanten vertreiben; dann habe er den Besitz nie verloren. Nehmlich Bornemann, I. S. 462, Note. — Nach dem Wesen des Besitzes muß man aber vielmehr sagen: im letzteren Falle hat der Dejizirte den bereits verlorenen Besitz wieder erlangt. Nach Hierulff's Ansicht müßte konsequent dasselbe bei Mobilien gelten, was anerkannter Weise nicht der Fall ist. Die Singularität des obigen Rechtsatzes anerkennt auch Savigny, S. 348, und die übrigen citirten Schriftsteller. Vgl. auch Windscheid, §. 156. Note 8. (4.) und Rudorff, Nr. 106. (der mit Recht auf L. 44. §. 2. und L. 49. D. de poss. verweist) und neuest. Bruns, Klagen, S. 141 flg., welcher noch auf L. 25. §. 2. D. eod. aufmerksam macht. — Jhering, Grund d. B. S. 213, findet in dem Satze lediglich eine Konsequenz seiner Theorie über das Wesen des Besitzes und Besitzverlustes: der Dejizirte verliere den Besitz, weil er sich nicht verhalte, wie sich der Eigenthümer in solchen Fällen benehmen würde, indem er keine Anstalten zur Vertreibung des Okkupanten treffe, — vielmehr im kritischen Momente als Eigenthümer nicht sichtbar sei. Allein können wir nicht den Speer umkehren und sagen: der Okkupant sollte sofort, wie bei Mobilien, so bei Immobilien Besitz erwerben, und der Dejizirte ihn sofort verlieren, weil nur Jener als Eigenthümer sichtbar ist? Man erwäge, daß der bisherige Besitzer monatelang von der Okkupation keine Kenntniß haben kann. — Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 144—146, 162 flg. meint, daß der Dejizirte sogleich mit der Okkupation den Besitz verliere, und nur gegen den Okkupanten, der ihm nicht weiche, das *interd. de vi* habe; vgl. auch dessen Gesamtrechtsh. S. 99—106, inbeß Witte, Zeitschr. N. F. XVIII. S. 256, wieder meint, daß der Dejizirte nur so lange als Besitzer angesehen werden könne, so lange nicht das Grundstück in die Hand eines redlichen Dritten komme; beide kommen aber darin überein, daß der Okkupant gegen Dritte mit den *Interdiktten* geschützt sei. Mit Baron stimmt im Wesen Rudorff, Nr. 106.; nur gibt dieser dem Dejizirten das *interd. uti p.* In der Hauptsache geht auch Fitting, Arch. f. Civ. Pr. 55. B. S. 314 flg., von derselben Ansicht aus; nur aus praktischen Gründen hätten die Römer (relativen) Doppelbesitz angenommen; weiche Okkupant dem Besitzer nicht, so habe dieser das I. U. P. So auch Hauser, Stellvertretung im Besitz §. 6. — Neufens unterzieht Bruns, Besitzklagen §. 12., die bezüglichen Fragen einer erschöpfenden Erörterung und konstatiert, daß unter der klandestinen Besitzergreifung hier die objektive heimliche, sohin auch die irrtümliche (*bona fide* erfolgte) zu verstehen sei; beweist, daß der heimliche (daher auch redliche) Okkupant Dritten gegenüber als Besitzer anzusehen sei (cfr. L. 53. D. de poss. L. 1. §. 9. L. 2. D. U. P.); nur dadurch entgehe man dem sinnlosen Resultate, daß der Okkupant von Dritten beliebig geführt,

Anwendung. Es geht daher der Besitz insbesondere nicht verloren durch den Ablauf der Zeit, auf welche die Dauer des Besitzes (Eigenthums) eingeschränkt wurde, noch durch Eintritt der Resolutivbedingung, an welche derselbe geknüpft wurde, es sei denn, daß der Besitzer mit dem Eintritte der Zeit oder Bedingung den Besitzwillen aufgegeben hätte.<sup>37</sup> — Im Verweigerungsfalle darf sich daher der Gegentheil keinesfalls eigenmächtig in Besitz setzen. Vgl. S. euff. Arch. 31. Nr. 111.

### §. 23. Verlust durch Stellvertreter.

Der besseren Uebersicht wegen sollen hier zwei Fälle unterschieden werden: I. Besitzverlust durch den Repräsentanten. II. Besitzverlust an den Repräsentanten.

#### I. Besitzverlust durch den Repräsentanten.

Zum Besitzverluste überhaupt ist erforderlich entweder ein Aufgeben des Besitzwillens oder die dauernde Unmöglichkeit der Reproduzierung der faktischen Herrschaft über die Sache. Es ist zunächst offenbar, daß der Repräsentirte den Besitz nicht verliert, wenn er selbst von einem Dritten des Besitzes entsetzt wird, sobald nur sein Stellvertreter die Macht über die Sache für ihn behält.<sup>1</sup> Gibt aber der Besitzer den Besitzwillen auf, so geht der Besitz für ihn ungeachtet der Detention des Repräsentanten verloren. Da bei der freiwilligen Stellvertretung der Repräsentant die faktische Gewalt des Repräsentirten über die Sache zwar regelmäßig corpore vermittelt, aber diese Vermittlung zur Erhaltung des Besitzes nicht erfordert wird, da über-

<sup>37</sup> Vgl. Jhering, Verm. Schrift. S. 97. Anders nach preuß. Rechte; vgl. §§. 131—133. I. 7.: „Der Besitz einer Sache, der einem Anderen nur auf eine gewisse Zeit oder nur unter einer auflösenden Bedingung eingeräumt worden ist, hört mit dem Ablaufe der Zeit oder dem Eintritte der Bedingung von selbst auf.“ Vgl. hierüber Koch, S. 212, und Bornemann, I. S. 520. Dies gilt namentlich vom Miethbesitz. Siehe Förster, §. 161. R. 55. Dernburg, §. 155. R. 12. Dem sächf. und Zürich. G. B. ist diese Erlösungsart unbekannt. Es wurde bereits Note 1. bemerkt, daß das franz. und ital. Recht über den Besitzverlust keine besonderen Bestimmungen enthält.

<sup>1</sup> L. 1. §. 45. D. de vi: Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo, qui dejecti non sunt. Vgl. Savigny, S. 362. Die Dejection ist hier auf halbem Wege stehen geblieben.

haupt ununterbrochene körperliche Detention nicht Bedingung derselben ist, so ergibt sich hieraus:

a) daß die Fortdauer des Besitzes des Repräsentirten durch die bloße Aenderung des Willens der Repräsentanten, nämlich durch den bloßen Entschluß des Letzteren, die Detention aufzugeben, ja selbst durch wirkliche Dereliction nicht beeinträchtigt werden kann, weil dadurch allein die physische Herrschaft des Vertretenen über die Sache noch immer nicht unmöglich gemacht wird.<sup>2</sup>

Aus demselben Grunde folgt ferner:

b) daß der Besitz des Repräsentirten auch nicht verloren geht, wenn der Repräsentant stirbt oder wahnsinnig wird, oder wenn das Repräsentationsverhältniß aufgehoben wird.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> L. 3. §. 8. D. h. t. Quod si servus vel colonus . . . decesserint, discesserintve, animo retinebo possessionem. §. 9. Et si alii tradiderim (al. tradiderint?), amitto possessionem. L. 44. §. 2. D. de poss. L. 7. D. pro emptore. L. 40. §. 1. D. de poss. c. 12. C. de poss. Vgl. Savigny, S. 369, dazu Brunß, Besitzfragen S. 117. Göschen, §. 214. III. Bangerow, §. 208. S. 433. Kierulff, S. 397. Arndts, §. 143. Böcking, §. 125. a. G. Pachmann, S. 103. Winiwarter, II. S. 102. Stubenrauch, I. S. 699, (464. b. 2. Aufl.). — Dasselbe gilt als der Natur der Sache entsprechend nach preuß. Rechte; Koch, S. 213, 2. Förster, §. 161. R. 67. Dernburg, S. 312.; ausdrücklich sagt dies der §. 216. des sächf. G. B., §. 528. Zürich. G. B. und art. 30. III. bayr. Entw. — Gut bemerkt Kierulff, S. 397, zur Motivierung des obigen Grundsatzes: daß man ja keines Stellvertreters bedarf, um Besitzer zu sein. Für singular hält diesen Grundsatz Windscheid, Pand. §. 157., weil der Besitz an Grundstücken durch die Okkupation eines Dritten auch ohne Wissen des Vertretenen verloren gehe (L. 1. §. 22. D. de vi 43. 16.). Allein hier kehrt das röm. Recht lebiglich zur Regel zurück (§. 22. R. 34.). Und verlieren wir den Besitz an Säulen, an weidendem Vieh, wenn der Hüter davonläuft? Auch Hausfer, §. 5., findet, daß der Satz schwer mit der Savigny'schen Theorie vereinbar sei. Und wie begründet Hausfer, S. 31, die Fortdauer des Besitzes? „Gemäß der wirtschaftlichen Bestimmung der Sache muß (?) der erworbene Besitz fortdauern, auch wenn er nicht beständig geübt wird.“ Allein müssen und dürfen nur wirtschaftliche Desiderien maßgebend sein für jedwede Rechtsfassung? Vgl. noch Dernburg, §. 155. Note 14.

<sup>3</sup> L. 40. §. 1. D. de poss. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset . . . quo mortuo non statim dicendum, eam (possessionem) interpellari, sed tunc de m u m, cum dominus possessionem adipisci neglexerit. Idem (Flor. aliud) existimandum, si colonus sponte possessione discesserit. (Für die florentinische Lesart Rudorff, Nr. 116. Jhering, S. 215, R. 192. und die Basiliken; dagegen s. Arndts, §. 143. R. 1.). L. 3. §. 8. D. h. t. (vor. Note). L. 25. §. 1. D. h. t. Sed etsi (coloni . . .) moriantur aut furere incipiant . . . intelligimur, nos retinere possessionem. L. 60. §. 1. D. Locati. Vgl. Savigny, S. 369, und die oben angeführten Schriftsteller. — Der Besitz des Verpächters hört daher nicht auf, wenn auch der



Treten jedoch solche Ereignisse ein, durch welche der Repräsentirte den Besitz auch dann verloren hätte, wenn er denselben unmittelbar und nicht durch einen Stellvertreter ausgeübt hätte, so verliert er den Besitz. Daraus folgt:

c) daß der Besitz für den Vertretenen verloren gehe, wenn der Vertreter die Sache verliert, oder des Besitzes entsetzt wird, wobei auf das Wissen des Ersteren von dem Verlustakte nichts ankommt;<sup>4</sup> denn dann ist auch für den Repräsentirten die Unmöglichkeit eingetreten, physisch, sei es auch nur mittelbar, mit der Sache zu verfügen. Hieraus ergibt sich der allgemeine Satz, daß durch bloßen Vertretungswidrigen Willensentschluß des Repräsentanten oder durch freiwilliges Aufgeben der Detention Seitens desselben für den Repräsentirten der Besitz nicht verloren geht, wohl aber durch unfreiwilligen Verlust der Detention.<sup>5</sup>

Pächter das Grundstück verläßt, ohne Erben stirbt, oder nach Ablauf des Pachtvertrages dasselbe weiter nicht benützt. Neuestens behauptet Jhering, S. 214, daß L. 40. §. 1. cit. mit der Savigny'schen Theorie nicht verträglich sei, weil der Jurist zur Besitzergreifung einen Bewirthschaftungsakt des Eigentümers verlange. M. C. erklärt sich der Nachsatz: sed tunc demum, cum . . . . neglexerit auf die oben §. 22. Nr. 14. angegebene Weise. Totale Vernachlässigung enthält ein Auflassen des Besitzes. So in anderer Wendung auch Hausser, S. 33.: Wer . . . vernachlässigt, wird rechtlich so behandelt, als habe er nicht mehr den Besitzwillen. Bündig spricht den eben entwickelten Grundsatz aus der §. 216. des sächs. G. B.: „Der Besitzer verliert den Besitz nicht, wenn sein Vertreter stirbt, oder willensunfähig wird, auch nicht durch den bloßen Willen des Letzteren, den Besitz aufzugeben“ . . . So auch art. 30. III. bayr. Entw.

4) Vgl. L. 1. §. 22. D. de vi: Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his dejectis ipse de jure de possessione videtur, etiam si ignoret eos dejectos esse, per quos possidebat. Vgl. Savigny, S. 368. Höfchen, I. S. 639. Arndts, §. 143. Pachmann, S. 104. Winwartner, II. S. 102. Stubenrauch, I. S. 699 (464 der 2. Aufl.), Förster, §. 161. Nr. 73. und die Entsch. des obersten Ger. Hofes Nr. 644. der Samml. Gl.-U.-B., worin angenommen wird, daß der Verpächter den Besitz eines Waldes durch Vertreibung des Pächters (dem bei einem Schlagungsversuche Holz und Hacke gepfändet wurden) verloren habe.

5) Vgl. auch §. 215. des sächs. und 528. des Zürich. G. B. — Kirckstetter, S. 179, welcher doch S. 162 anerkennt, daß das A. b. G. B. auf dem Standpunkte der herrschenden (Savigny'schen) Theorie steht, findet in unzutreffender Anwendung des Jhering'schen Grundsatzes, daß der Besitz durch den Tod, Willensunfähigkeit oder Aufgeben desselben Seitens des Stellvertreters nur dann verloren gehe, „wenn der Vertretene in einer dem Objekte (?) des Besitzes angemessenen Frist den Besitz . . . nicht ausübt.“ In der That gehört viel Kühnheit dazu, dies für positives österr. Recht auszugeben! — Inwiefern durch den Willens-

Eine Ausnahme von der Regel, daß durch die Dereliction des Vertreters der Besitz des Vertretenen nicht aufhöre, tritt selbstverständlich in den Fällen der sogenannten nothwendigen Stellvertretung ein. Da hier der Wille des Vertreters (Vaters, Vormundes, Kurators, Vertreters der juristischen Person) als Wille des Vertretenen gilt, so führt allerdings ihr gesetz- oder verfassungsmäßig an den Tag gelegter Wille: nicht zu besitzen, den Besitzverlust herbei.<sup>6</sup>

Noch zwei Fälle des Besitzverlustes durch Repräsentanten bleiben uns zu erörtern übrig, nämlich einmal der, wenn der Stellvertreter die Detention der Sache bösslicher Weise aufgibt, da mit ein Dritter den Besitz derselben erwerbe, und dieser die Sache wirklich in Besitz nimmt; sodann der Fall, wenn der Stellvertreter die Sache treuloher Weise dem Dritten übergibt, bezieh. in dessen Namen Besitz von der Sache ergreift (§. 428.). Beide Fälle haben wesentlich dieselbe rechtliche Natur, da ja im zweiten Falle von einer wirksamen Tradition keine Rede sein kann.<sup>6a</sup> — Nach österr. Rechte kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Repräsentirte den Besitz verliert, sobald der Dritte den Besitz der Sache nach der allgemeinen Regel ergriffen hat, ohne daß es nöthig wäre, daß der Repräsentirte von der Untreue des Repräsentanten oder der Besitznehmung des Dritten Kunde erhalten und sich dabei beruhigt habe. Denn da das österr. Recht für diesen Fall nichts Besonderes vorschreibt, so ergibt sich aus der Unmöglichkeit eines solidarischen Mitbesitzes Mehrerer an derselben Sache, daß in den obigen Fällen mit dem Besitzergewerbe des Dritten sofort der Besitzverlust für den Repräsentirten eintritt.<sup>7</sup>

lensentschluß des Repräsentanten, für einen Anderen als den Repräsentirten zu besitzen, für diesen Besitz verloren gehe, wird sub II. erörtert werden.

6) Von diesem Falle geschieht gewöhnlich keine Erwähnung; zu betonen ist, daß nur der gesetz- oder verfassungsmäßig gefaßte Beschluß, den Besitz aufzugeben, den Besitzverlust bewirkt. Väter, Vormünder, Kuratoren haben also die Einwilligung des Gerichtes nöthig (§. 233. des A. b. G. B.). Vgl. Roth, §. 133. Nr. 27. und bayr. Entw. art. 28.

6a) Vgl. Kierulff, S. 398. Die Bethätigung des Willens kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein; nöthig ist sie, weil nur der bethätigte (geäußerte) Wille im Rechte gilt. Vgl. L. 67. D. de furtis: Insciando depositum nemo facit furtum.

7) Vgl. Pachmann, S. 104 lit. c. Anders nach röm. Rechte, nach welchem der Repräsentirte den Besitz von Mobilien und Immobilien weder durch treuloses Verlassen des Vertreters und spätere Okkupation des Dritten, noch durch treulose Uebergabe desselben verliert (sofern nicht bei Mobilien Besitzverlust schon durch

Hierin finden wir, vom Standpunkte der Gesetzgebung gesehen, insofern eine Lücke, als die restitutorische Besitzklage gegen den Dritten

contrectatio eintritt), vielmehr Besitz erst dann verloren geht, wenn der Bertretene von der Untreue Kunde erhält und sich dabei beruhigt. Vgl. c. 12. C. de acquir. poss. 7. 32.: Definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus . . . possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praepudicii generetur . . . womit — wie es scheint — der wahrscheinliche Streit der Juristen, ob zum Besitzverluste an Immobilien (wenigstens im Falle der Tradition) Kenntniß des Repräsentanten von der Untreue des Bertretenden nothwendig sei (Paulus L. 3. §§. 6—9. D. de poss.) oder nicht (L. 40. §. 1. African., L. 44. §. 2. D. eod. Papinian.), im bejahenden Sinne entschieden, ja derselbe Rechtsatz sogar auf Mobilien ausgedehnt wurde. Vgl. Savigny, S. 370 flg. Göschel, I. S. 639. Windscheid, Pand. §. 157., Note 3. (der 4. Aufl.), Arndts, §. 143. Wetter, Possession p. 212. Fitting, Civ. Arch. 55. S. 314—316. Zeitschr. f. d. R. 18. S. 33. Meißner, §. 74. (ebend. auch Bruns, Bekker's Jahrb. IV. S. 43 flg.), wesentlich Böcking, §. 125., und Hierulff, die Meisten unter Ausschluß der Mobilien. Dagegen behaupten Witter, Zeitschr. XVIII. S. 269 (überdies unter Ausschluß des Besitzes durch einen redlichen Dritten), Thibaut, §. 23., Note 1. Puchta, §. 131. Bangerow, I. §. 209. Sintenis, I. S. 461, Note 25. Baron, §. 119. u. Jahrb. f. d. R. VII. S. 165, daß trotz c. 12. cit. das frühere Recht L. 40. §. 1. L. 44. §. 2. D. h. t.), nach welchem in beiden Fällen Besitz ignorante domino verloren ging, noch immer Geltung habe, da sich c. 12. C. bloß auf den Fall der Dereliction beziehe. Ähnlich auch Kindel, in Gruchot's Beitr. III. (22) S. 56. Neufstens erblickt Jhering, Grund d. B. S. 114, in der c. 12. C. cit. die Ausdehnung des recuperatorischen Besitzschutzes (I. u. vi) auf den Fall, daß der Vertreter den Besitz treulos verlassen hat und zwar selbst ohne versuchte Behauptung des (verlorenen) Besitzes (S. dagegen Windscheid, a. D.). — Bruns, Klage, §. 11., entscheidet (im wesentlichen Anschluß an Puchta, Bangerow, Sintenis) den Fall im Sinne Papinian's, L. 47. §. 2. D. cit.: daß der Besitz beim mittelbaren Besitz auch ohne Kenntniß (beim unmittelbaren nur mit Kenntniß) des bisherigen Besitzers verloren gehe, und formulirt das Prinzip dahin, daß jede Okkupation fremden Besitzes ohne Willen des Besitzers das i. u. vi begründe, mag dieselbe bona oder mala fide erfolgen, beim Besitze durch Vertreter sofort, beim Besitze ohne Vertreter erst nach Kenntniß des Besitzers und mit der Verhinderung seiner Rückkehr, also beim mittelbaren Besitz unmittelbar, beim unmittelbaren Besitz mittelbar. Vgl. auch Brinz, Jen. Lit. Z. 1874. Nr. 40, und bei mittelbarem Besitz auch Hausser, Stellvertretung S. 42). Trotz der scharfsinnigen Ausführungen von Bruns, S. 190 flg., vermag ich mich schwer zu überzeugen, daß Justinian in c. 12. C. cit. lediglich das bestehende Recht bestätigt haben wollte. Das nihil penitus . . . praepudicii generetur würde dann eine Trivialität enthalten! Auch stimmt die c. 12. nach unserer Auffassung zu den sonstigen Grundsätzen von der heimlichen Okkupation. S. nun auch Meißner, S. 351. Ebensovienig vermag ich der Beweisführung Bruns' bezupflichten, daß auch die c. 11. C. und vi speziell an Dereliction und Verrath des Bertreters denke und dem Bertretenen das Interdict noch vor der Dejection gebe. Die Stelle lautet gewiß zu allgemein, um auf diesen Fall beschränkt werden zu können. (Vgl. auch Brinz, a. D. Nr. 40.) Noch weniger

Besitzerwerber nur im ersten Falle (Besitzergreifung nach doloser Dereliction des Repräsentanten, s. oben lit. a.) — nicht aber im zweiten Falle (treuloser Tradition) mit Erfolg angestellt werden kann, da nach §. 346. die Besitzentziehungsklage nur gegen Denjenigen stattfindet, der den Besitzer (resp. dessen Stellvertreter) des Besitzes, genauer gesagt: der Detention eigenmächtig entsetzt hat, nie aber gegen den, der den Besitz, wenn auch im bösen Glauben, aus der Hand des vitiosen Besitzers empfangen hat. (Vgl. S. 208 flg.)<sup>7a</sup> Und doch empfiehlt sich im Falle betrügerischen Einverständnisses der Schutz des Repräsentanten gegen die Untreue des Stellvertreters.

Nach preuß. Rechte, welches über beide Fälle keine besondere Bestimmung enthält, geht mit der Besitzergreifung des Dritten nach der allgemeinen Regel Besitz verloren, es sei denn, daß dieser den Besitz fehlerhaft erlangt hätte (in welchem Falle nach §. 122. I. 7. überhaupt nicht Besitz verloren wird). Vgl. Koch, S. 218, der übrigens überdies (ohne positiven Grund) auch bei fehlerhafter Besitzergreifung Besitzverlust dann eintreten läßt, wenn der Besitz aus physischen Gründen nicht mehr erlangt werden kann. So auch Förster, §. 161. Nr. 75—77. Vgl. dag. Dernburg, §. 155., Bornemann, I. S. 520. u. §. 22. d. B., Nr. 28. — Das sächsl. Recht bestimmt ganz so wie das röm. Recht: daß im Falle „treuloser Ueberlassung des Besitzes durch den Repräsentanten an einen Dritten der Besitz nur dann verloren geht, wenn der Bertretene nach erlangter

darf man mit Savigny, S. 431, 469, bei c. 11. eine wirkliche Dejection fingieren. (Dagegen mit Recht Jhering, S. 123.) Vielmehr halte ich mit Jhering, S. 120, u. Brinz, S. 618, dafür, daß hier ein zwar unausgeübter, aber zur Zeit noch fortdauernder Besitz supponirt und bloß das Erforderniß der vis restringirt, sohin das I. de vi ohne „Aufforderung“ zur Räumung gegeben werde. Dahin geht im Wesen auch die Ansicht Hausser's, S. 43, welcher meint, daß c. 11. C. eine Neuerung enthalte, indem sie zur Restitution des Besitzes ein „Rechtsmittel“ gewährt, das dem I. de vi gleichkomme.“ Gegen die Bruns'sche Auslegung der c. 11. C. cit. erklärt sich nun auch Windscheid, §. 160. Nr. 1. (4. Aufl.), welcher die Worte violentia in ablata possessionem minime praecedente dahin interpretirt, daß die Negation der violentia sich nicht auf die Okkupation, sondern auf den früher eingetretenen Besitzverlust beziehe. Vgl. auch §. 7. Nr. 18. 19. d. B.

<sup>7a</sup>) Dagegen will v. Canstein, VI. S. 148, in beiden Fällen die possessor. Klage und zwar im zweiten Falle sowohl gegen den treulosen Detentor (als Mandatar des Dritten) als gegen den dritten Besitzerwerber zulassen. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist schon früher (S. 208) nachgewiesen worden; in der treulosen Uebergabe (traditio oder constit. poss.) liegt eben keine Dejection.

Kenntniß von der Untreue des Vertreters sich den Besitz des Grundstücks nicht sofort verschafft“ (§. 216. d. b. G. B.). Wir können dieser singulären Bestimmung des sächs. Rechtes nur beistimmen, da sie trotz des §. 206., welcher die Besitzklage sogar gegen dritte Personen, die von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes Kenntniß haben, zuläßt, keineswegs überflüssig ist. (Anderer Ansicht ist für's preuß. Recht, Temme, I. §. 70., der in diesem Falle wegen §. 122. cit. Fortdauer des Besitzes annimmt.) Dem sächs. G. B. folgt das Züricher. G. B. §§. 525. 528., f. Bluntschli, II. S. 49., auch wohl art. 29. des bayr. Entw. (der unklar gefaßt ist). — Das franz. Recht enthält im art. 2239. und das ital. G. B. im art. 2117. die früher angeführte Regel.

## II. Besitzverlust an den Repräsentanten.

Der Besitz einer Sache an den Repräsentanten geht verloren, sobald dieser den Willensentschluß faßt und bethätigt,<sup>8</sup> nicht mehr für den Repräsentirten, sondern für sich zu besitzen; denn in diesem Falle verliert einerseits der Vertretene die Möglichkeit, faktisch über die Sache zu verfügen, andererseits erwirbt der bisherige Stellvertreter Besitz für sich. Eine solche Bethätigung des Willensentschlusses (des animus sibi habendi) liegt stets in der Verweigerung der Restitution von Sachen unter Annäherung von Eigenthumsrechten, daher insbesondere in der Veruntreuung, nicht aber an sich schon in dem bloßen Lügen des Besitzes.<sup>9</sup>

Nicht nothwendig ist, daß der Repräsentant sich an der Sache körperlich vergriffen (dieselbe kontrektirt) habe, oder daß der Repräsentirte von der Untreue des Repräsentanten Kenntniß erlangt und sich dabei beruhigt habe. Denn ein körperliches Ergreifen ist hier nicht nöthig, da die Apprehension überhaupt da überflüssig ist, wo der Erwerber die faktische Macht über die Sache bereits hat. Die erlangte Kunde von der Untreue des Vertreters ist aber darum nicht erforderlich, weil zum Besitzerverbe einerseits, daher konsequent zum Besitzverluste andererseits das Wissen des bisherigen Besitzers von der Ap-

8) Die Bethätigung des Willens kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein; nöthig ist sie, weil nur der bethätigte (geäußerte) Wille im Rechte gilt.

9) Vgl. L. 67. D. de furt.: Inficiando depositum nemo facit furtum.

prehensionshandlung des neuen Erwerbers überhaupt nicht nöthig ist (vgl. §. 13. d. B.). Der Stellvertreter erwirbt daher an der in seiner Gewahrsame befindlichen Sache Besitz ganz nach der allgemeinen Regel, von welcher das Gesetzbuch für diesen Fall Nichts Abweichendes vorschreibt.<sup>10</sup>

Es tritt hier im Grunde derselbe Fall ein, wie bei der traditio brevi manu, deren Regelmäßigkeit heutzutage allgemein anerkannt ist. Sobald aber der Repräsentant Besitz erworben hat, muß ihn bei der Unzulässigkeit eines solidarischen Mitbesitzes der Repräsentirte sofort verloren haben. Mit dieser Ansicht, welche auch Stubenrauch, I. S. 643. u. 699., ausspricht, stimmen jedoch nicht: Pachmann (S. 73 ad b) und Winzwarter (II. 102.). Jener fordert

10) Die Bestimmung des röm. Rechtes: Daß durch Untreue des Repräsentanten der Besitz von Immobilien erst dann verloren gehe, wenn der Repräsentirte von dieser Untreue erfährt, ist daher eine singuläre Rechtsvorschrift und eine Anwendung des gleichfalls singulären Rechtsfases, daß Besitz an Immobilien überhaupt nicht clam verloren gehen kann. Vgl. §. 22. R. 34. u. §. 7c. R. 5a., dazu Savigny, S. 364. Kierulff, S. 398. (dagegen Baron, Jahrb. f. Dogm. 7. B. S. 162). Windscheid, §. 157. R. 6. Hauser, S. 44. Fitting, Zeitschr. f. S. R. 18. S. 339. Meißcheider, §. 75. Sinegen wird Besitz an Mobilien schon durch Annahme des animus possidendi und dessen wie immer geartete Aeußerung Seitens des Repräsentanten erworben, ohne daß gerade eine körperliche Ergreifung derselben nothwendig wäre, wie auf Grund der L. 3. §. 18. D. de poss. Savigny, S. 366 flg., und mit ihm die Meisten behaupten. Vgl. L. 44. D. 41. 1. L. 67. D. 47. 2. L. 20. und 47. D. 41. 2., neben welchen sich L. 3. §. 18. cit. gut erklären läßt. Möglich, daß die Frage unter den Juristen freitig war. Vgl. Savigny, S. 369, Note 1., und L. 3. §. 18.: Si rem apud te depositam furti faciendi contrectaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris, et inficiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere. Ganz bestimmt spricht für uns L. 67. cit.: Inficiando depositum nemo facit furtum . . . Sed si possessionem ejus adipiscatur intervertendi causa, facit furtum, nec refert in digito habeat annulum an dactylitheca, quem quum deposito teneret, habere pro suo destinaverit. L. 44. cit.: tamen quum repositanti non reddit, suppressere et intercipere videtur, quare et furti . . . teneri eum arbitror. Im Zweifel müßte man sich übrigens jedenfalls für die letztere Ansicht entscheiden, welche der Regel entspricht. Vgl. auch Schirmer, Zeitschr. R. F. XI. S. 464 flg. Witte, ebendaf. XVIII. S. 294 flg. Windscheid, P. 3. §. 157. R. 6. Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 146 flg., auch Zielonacki, S. 127 (der sich aber irrig auf die Regel: nemo sibi causam etc. beruft), ferner Rudorff, Anh. R. 115, und Meißcheider, §. 75. — Die Savigny'sche Auffassung vertritt dagegen neuerlich Fitting, Zeitschr. f. S. R. 18. S. 341 flg., und d. Graf. Seuff. Arch. XXVII. S. 207. Der Versuch Kierulff's, S. 399., daß Erforderniß der körperlichen Ergreifung als bloße Anwendung der Regel darzustellen, widerspricht offenbar der Natur der Sache.

zum Besitzverluste an den Repräsentanten gewinnfüchtiges Vergreifen an Mobilien und gewaltsames Behaupten bei Immobilien; dieser die erhaltene Kunde des Repräsentanten oder eine äußere Handlung, durch welche die Anmaßung des Stellvertreters dem Vertretenen erkennbar wird. Das Unbegründete dieser Ansicht ergibt sich aus den obigen Ausführungen. Doch ist hier noch Ein Grund näher zu untersuchen, den Pachmann für seine Behauptung anführt und auf den sich — wenn auch nur nebenbei, selbst Savigny, S. 365, bei der Begründung der bereits erwähnten, allerdings irregulären Bestimmung des röm. Rechtes beruft: daß der Anwendung der allgemeinen Regel, nach welcher der animus possidendi allein hinreichend ist, um den Repräsentanten zum Besitzer zu machen, der Satz entgegenstehe: Nemo sibi potest causam possessionis mutare, welchen Satz auch das N. b. G. B. im §. 319. aufgenommen habe: „Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, den Grund seiner Gewaltsame eigenmächtig zu verwechseln und sich dadurch einen Titel anzumassen.“ Der Sinn dieser Regel nach just. Rechte, sagt Pachmann, sei der, daß derjenige, welcher in fremdem Namen besitzt und für sich eigenmächtig Besitz erwerben will, so angesehen werden müsse, als ob die Sache noch nicht in seiner Gewalt wäre, und wenn das Gesetzbuch diese Regel in den §§. 318. und 319. aufgenommen habe, so würde es auch wohl den damit verknüpften Sinn verbunden haben. — Allein die Regel: Nemo etc. hat im justin. wie im österr. Rechte nur auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes, insbesondere im Falle der Erstzuzug, Bezug; sie spricht nur aus (was übrigens die §§. 318. und 319. G. B. klar sagen und was schon die Stellung derselben andeutet): daß sich Niemand einen Rechtsgrund (Titel) des Besitzes selbst schaffen, sich denselben anmassen könne; eine Regel über den Besitzserwerb konnte und wollte damit nicht gegeben werden. So legt jene Rechtsregel nach heutigem röm. und österr. Rechte die weitaus überwiegende Anzahl der Schriftsteller und die Praxis aus.<sup>11</sup> Vgl. hierüber Näheres im §. 14. d. B. So entfällt denn mit der

11) Mit Recht haben sich daher neuerlich Schirmer, a. a. D. S. 406 flg., und Baron, a. a. D. S. 156, gegen die Behauptung Savigny's gekehrt, daß die Regel: Nemo etc. dem Besitzserwerb durch den untreuen Repräsentanten entgegensteht. Savigny kommt mit seiner Behauptung mit der von ihm selbst §. 7. lit. c. gegebenen Auslegung jener Regel in Widerspruch.

irrigen Begründung auch die darauf gebaute Behauptung Pachmann's, daß nach österr. Rechte im Falle der Untreue des Repräsentanten — gewinnfüchtiges Vergreifen (Apprehension), beziehungsweise gewaltsame Behauptung der Sache nothwendig sei.<sup>12</sup>

Das hier Gesagte gilt in gleicher Weise in dem Falle, wenn der Repräsentant untreuer Weise den Willen faßt, und äußerlich bethätigt, zwar nicht für sich, aber für einen Anderen, als den bisher Vertretenen zu besitzen.

## Gegenstand, Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes.

### §. 24. Das Objekt des Rechtsbesitzes.

Das Gesetzbuch bezeichnet im §. 311. ganz allgemein auch „unkörperliche Sachen“ (Rechte) als Gegenstand des Besitzes und überläßt (gleich dem preuß. Landr. und dem französischen Code civil) die Erörterung der Frage, an welchen Rechten ein Besitz möglich ist, der Doktrin.<sup>1</sup>

12) Anders freilich nach preuß., sächf. und Züricher. Rechte. Nach preuß. Rechte, nach welchem bei fehlerhafter Besitzergreifung eines Dritten der bisherige Besitzer den Besitz nicht verliert (§. 122.), kann der Besitz an den Repräsentanten durch Untreue nie verloren gehen (vgl. auch §. 69. I. 7.). Vgl. Förster, §. 161. R. 69. Die abweichende Ansicht Koch's, S. 215, daß zwar der Repräsentant nicht Besitz erwerbe, dagegen der Repräsentante ihn wenigstens bei Mobilien verliere, daher die Sache ohne Besitzer sei, widerspricht (wie im §. 22. R. 28, gezeigt ist) dem §. 122. I. 7. — Nach sächf. Rechte gilt, was nach röm. Rechte Savigny behauptet: §. 216.: „Dagegen geht der Besitz verloren, wenn der Vertreter sich die Sache durch eine körperlich daran vorgenommene Handlung zueignet.“ „Bei unbeweglichen Sachen tritt der Verlust erst dann ein, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß von der Untreue des Repräsentanten sich den Besitz nicht sofort wieder verschafft.“ Dasselbe gilt nach dem Züricher. G. B. §§. 525. u. 528. und dem bayr. Entw. III. art. 29. und 30. — Aus dem art. 2238. Code ergibt sich, daß zum Besitzverluste an den Repräsentanten Kenntniß des Repräsentanten von der Untreue des ersteren erforderlich ist. Vgl. Planck, S. 74. Dasselbe gilt nach art. 2116. d. ital. G. B.

1) Ueber die römische Auffassung vgl. §. 2. R. 6. — Das preuß. Landrecht bestimmt in den §§. 4. u. 5. I. 7. ganz allgemein: „Wer ein Recht ausübt, ist Inhaber des Rechtes.“ — „Wer aber ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechtes genannt.“ — Koch, S. 111 u. 115, verweist deshalb daran, „daß sich nach der abstrakten, ins Ungewisse führenden Theorie des preuß. Landrechtes feste Grenzen für den Besitz an Rechten angeben lassen.“ Auch Förster, §. 159. R. 15,

Vor Allem ist hier der Grundsatz aufzustellen, daß da, wo überhaupt kein Recht möglich ist, auch die Möglichkeit eines Rechtsbesitzes ausgeschlossen ist.<sup>1a</sup> Denn der Rechtsbesitz ist faktische Mög-

16, 40, 41, billigt nur, daß sich die preuß. Praxis durch die Unbestimmtheit des G. B.'s „nicht zu einer bodenlosen Ausdehnung des Rechtsbesitzes verleiten ließ.“ Ähnlich Dernburg, §. 160. Letzterer bemerkt, daß sich die Praxis bei der beschränkenden Auffassung weniger von der romanischen Theorie als vielmehr vom Gesichtspunkt des praktischen Bedürfnisses leiten ließ. So im Wesen auch Meißner, S. 404. — Ebenso allgemein lautet der art. 2228 des C. c.: La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre . . . . Ebenso das ital. G. B. art. 685. Wie nach preussischem, so nach franz. Rechte ist die Frage, an welchen Rechten Besitz stattfinden, bestritten. — Das sächs. G. B. vermeidet es, einen allgemeinen Begriff des Rechtsbesitzes aufzustellen: es kennt nur bei Dienstbarkeiten und Emphyteuse Rechtsbesitz (§§. 556—563. u. 602.); verneint ihn ausdrücklich bei Reallasten (§. 512.). Doch ist dasselbe dem praktischen Bedürfnisse nach dem possessorischen Schutze auch anderer Rechte (namentlich der obliq. Benützungrechte) dadurch entgegengekommen, daß es die Besitzlagen auch dem gibt, der eine Sache zur Benützung oder zum Zwecke seiner Sicherung innehat. §. 208. Vgl. Schmidt, S. 155. — Das Züricher. G. B. nimmt bei solchen Rechten, zu deren Ausübung Detention der Sache erforderlich ist, Sachbesitz an und spricht demgemäß von Nießbrauch-, Pfand-, Pacht-, Miethbesitz (§. 490.). (Frig setzt hier Kirchstetter, S. 166, Nr. 3 u. 4, Rechtsbesitz voraus.) Bei solchen einer dauernden Ausübung fähigen Rechten, welche sich nicht in der Inhabung der Sache äußern, anerkennt es außerdem selbstständigen Rechtsbesitz. §§. 529—531. Vgl. Bluntschli, Komm. II. S. 17. — Der bayr. Entw. III. art. 42. nimmt Rechtsbesitz an: bei Dienstbarkeiten, Pfandrecht, Reallasten und anderen Rechten, welche eine fortdauernde (sich wiederholende) Ausübung gestatten — jedoch mit Ausschluß aller aus Schuld- und Familienverhältnissen entspringenden persönlichen Rechte. — Vom praktischen Standpunkte ist es allerdings gleichgültig, ob man den Besitzschutze der Detentoren, welche die Sache im eigenen Interesse innehaben, unter den Gesichtspunkt der corporis oder juris possessio stellt. Vom rechtswissenschaftlichen Standpunkte ist entschieden dem letzteren Gesichtspunkte der Vorzug zu geben. Nicht nur die Kontinuität des Rechts, insbes. die Analogie des als juris possessio qualifizierten Besitzes des Usufruktuars führt uns zu demselben hin, sondern auch der Umstand, daß der entgegengesetzte Gesichtspunkt auch keinesfalls ausreicht, da eine ganze Reihe von Rechten, deren faktische Ausübung possessorischen Schutze verlangt (wie namentlich die Reallasten und negat. Servituten), sich nicht in dem faktischen Hab in einer Sache äußert. Vgl. auch Brunö, Klage, §. 21. S. 237, 243 flg. Die beste Illustration für die Richtigkeit unserer Auffassung bietet das Züricher. G. B., welches trotz der weitesten Auffassung des Sachbesitzes — den Rechtsbesitz doch nicht umgehen konnte! Vgl. noch §. 7. Nr. 12. Ueber das Objekt des Rechtsbesitzes überhaupt vgl. noch Arndts, Krit. Viertelj. VIII. S. 378 flg.

<sup>1a</sup>) Vgl. Albert, Besitz unkörperl. Sachen §. 16. Brinz, P. S. 100 (1. A.); ein sonst nicht betonter und doch praktisch fruchtbarer Grundsatz. So z. B. kann ein Besitz von Privatbenützungrechten an schiffbaren Flüssen, besonders von Fischereirechten so wenig erworben werden, als Besitz am Flußbette derselben. (Vgl.

lichkeit der Ausübung des Inhaltes eines Rechtes (§§. 312., 313. d. G. B.); wo also das entsprechende Recht überhaupt nicht existirt, kann es auch keinen Besitz daran geben.

Es entsteht nun aber die Frage: Ist an allen Rechten ein Besitz möglich? Und wo nicht, — wo liegen die Grenzen der Möglichkeit des Rechtsbesitzes?

Eine Beschränkung nun in Rücksicht des Umfanges des Rechtsbesitzes liegt im Gesetze selbst. Indem nämlich der §. 311, den Besitz nur an denjenigen körperlichen und unkörperlichen Sachen zuläßt, „welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind“, beschränkt er den Rechtsbesitz auf das Gebiet des Vermögensrechtes.<sup>2</sup>

§. 10. Nr. 7.) Denn öffentliche Flüsse sind als res extra comm. in der Regel kein Gegenstand von Privatrechten. Darum kann die Benützung eines behördlich verbotenen Weges nicht als Rechtsbesitz geschützt werden (Nr. 5291 Samml. Gl.-u.-W. u. Entw. 30. Nr. 115.) Ebenso ist ferner ein Rechtsbesitz an verbotenen Servituten und Bannrechten so wenig denkbar, als dort, wo überhaupt kein Recht, sondern vielmehr eine Verpflichtung vorliegt. Darum kann von einem Rechtsbesitze des Sequesters (gerichtlichen Verwalters) oder eines bediensteten Fabrikleiters in Ansehung der Verwaltung einer Wirkthätigkeit oder Fabrik keine Rede sein. Vgl. die oberste Entsch. Nr. 495, 604 u. 819 Samml. Gl.-u.-W., mit welchen die Erkenntnisse der Untergeichte, die einen solchen Besitz annahmen, aufgehoben wurden. S. auch die bei Koch, Komm. I. S. 396, Nr. 5, angeführte Entsch. des Berliner D. Trib., deren Motivierung freilich verfehlt ist. Eine andere Frage ist es, ob nicht der Sequestrationswerker durch die Einführung des exekutiven Sequesters in die Verwaltung der Realität den Besitz des Sequestrationsrechtes (§. 320. Allgem. G. D.) erwerbe? Der D. O. Hof hat in der mir von Dr. Stifter mitgetheilten Entsch. v. 12. November 1878. Z. 12661, den Besitz der Sequestrationsrechte des Exquenten, d. i. des Rechtes, die sequestrirten Grundstücke zu verwalten und sich aus deren Früchten bezahlt zu machen, anerkannt und geschützt. Diese Entsch. erscheint gerechtfertigt, zumal das Hofd. vom 6. Mai 1814. Nr. 1085 J. G. S. geradezu von dem „Besitzrechte“ des früheren Sequestrationswerbers spricht. Ansechtbar wäre diese Ansicht nur, wenn man den Sequester nicht als Stellvertreter des Exquenten ansehen wollte. (Vgl. Hofd. vom 12. Oktober 1790. Z. 63.)

<sup>2</sup>) Auch der Begriff der „unkörperlichen Sachen“ bezieht sich nur auf Vermögensrechte. (§§. 285. 291. 292. G. B.) — Vgl. Brunö, S. 457. Zielonacki, Besitz S. 186. Harum, Ger. Zeit. 1860. Nr. 36. Monti, §. 33. Stubenrauch, I. S. 426 (der 2. Aufl.), Exner, S. 39. Kirchstetter, S. 161. Das westgal. G. B. sagt: „Alle Sachen, welche den Gegenstand eines Rechtes machen . . .“ Diese im Gesetze selbst gelegene Beschränkung übersehen die älteren österr. Kommentatoren gänzlich, indem sie auch an den sog. Personenrechten (also sowohl an den sog. persönlichen, als an Familienrechten) einen Besitz für möglich erachten. Vgl. Schuster, Theor. prakt. Komm. I. S. 458 u. 459. Zeiller, IV. S. 200. Winwartner, II. S. 32. Stubenrauch, I. S. 634 (1. Aufl.). Helm in Saimeri's Magazin XIII. S. 356. Der richtigen Ansicht sind Bachmann, Verj. S. 100, und Unger, Syst. II. S. 206, die jedoch in der Beschränkung der

Ausgeschlossen sind demnach vom Besitze die sog. Personenrechte (§. 15. d. G. B.), also

1. die Personenrechte im engeren Sinne (Zustandsrechte), welche sich auf persönliche Eigenschaften gründen (§. 15. d. G. B.). Dahin zählt das Gesetz a) die Rechte aus dem Charakter der Persönlichkeit (§§. 16—20.); b) die Rechte aus der Eigenschaft (?) des Alters und des mangelnden Verstandesgebrauchs (§§. 21. und 22.); c) aus der Abwesenheit (§§. 24. und 25.); d) die Rechte aus dem Verhältnisse einer moralischen Person (§§. 26. 27.); e) aus dem Verhältnisse eines Staatsbürgers (§§. 28—38.); f) aus dem Religionsverhältnisse (§. 39.). Dagegen ist jedoch zu bemerken, daß diese angeblichen Personenrechte gar keine Rechte im privatrechtlichen Sinne des Wortes und daher auch aus diesem Grunde kein Gegenstand des Besitzes sind. Denn das sog. Recht der Persönlichkeit ist die Rechtsfähigkeit, also die Voraussetzung jedwedes Rechtsenerwerb, daher gar kein Privatrecht.<sup>3</sup> Person, d. i. Rechtssubjekt, zu sein, ist kein Recht, sondern Thatsache, an die das Gesetz die Rechtsfähigkeit knüpft. Dergleichen sind die angeblichen Rechte aus dem Alters-, Abwesenheits-, juristischen Personen-, Staatsbürger- und Religionsverhältnisse keine Privatrechte, sondern es sind diese Verhältnisse thatsächliche Voraussetzungen, an welche das Gesetz gewisse rechtliche Folgen, wie Anerkennung der Persönlichkeit oder eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit oder der Fähigkeit, Sachen zu erwerben, die Vermuthung des Todes, knüpft. Diese sog. Personenrechte erscheinen also nur als persönliche Zustände,

Besitzfähigkeit der Rechte wieder zu weit gehen. Auch diese übersehen, daß das Gesetz selbst (§. 311.) den Besitz auf Vermögensrechte beschränkt; es ist daher der Vorwurf, der in den Worten Unger's a. a. D. liegt, das Gesetz habe, um die befürchtete Möglichkeit der Erstigung an Familienrechten auszuschließen, dies besonders im §. 1458. normirt, nicht begründet und zwar um so weniger, als der §. 1455. des G. B. entsprechend dem §. 311. nur bei den veräußerlichen Rechten eine Erstigung zuläßt. Behauptet doch Unger selbst noch im Entwurfe, S. 94, gegen Bruns einen Besitz an Familienrechten.

3) Vgl. Savigny, System I. S. 334, und die treffenden Ausführungen Unger's, I. S. 505. Dagegen nimmt Puchta, §. 117., dem Gerber, System §. 34. Nr. 1, und Bruns, S. 484, folgen, ein Recht an der eigenen Person an. Bei dem Umfange, als nach heutigem Rechte jeder Mensch rechtsfähig ist, hat die Frage, ob es einen Besitz „der Persönlichkeit“ gebe, kein praktisches Interesse.

nicht als Rechte.<sup>4</sup> Ausgeschlossen sind ferner vom Besitze, weil kein Gegenstand des Verkehrs (§. 311.):

2) Die Familienrechte, also die Rechte aus dem Familienverhältnisse, so die Rechte des Vaters, des Kindes, des Gatten.<sup>5</sup> Nichtsdestoweniger läßt sich doch auch bei Familienrechten ein Zustand der faktischen Ausübung denken, den man nur nicht Besitz nennen darf.<sup>6</sup> Von einem solchen Zustande ist der §. 1458. d. G. B.

4) Vgl. hierüber Unger, I. S. 508 flg. So auch Forlani, S. 197 flg. Förster, §. 159. Nr. 24. — Daß übrigens da, wo die Sklaverei oder Leibeigenschaft besteht, ein dem Rechtszustand entsprechender faktischer Zustand der Freiheit oder Unfreiheit denkbar ist, liegt auf der Hand und sprechen darum auch die Quellen von possessio libertatis des flüchtigen Sklaven, der sich selbst für frei ausgibt, im Gegensatz zur possessio am Sklaven. Vgl. L. 1. §. 14. L. 47. L. 50. §. 1. D. de poss. L. 15. §. 1. D. de usurp. c. 1. 2. Cod. 7. 22., dazu Savigny, S. 342, bes. Arnolds, Krit. V. VIII. S. 380. In diesem Fall kann m. E. weder von Sach- noch von Rechtsbesitz gesprochen werden, vielmehr liegt hier neben diesen beiden noch eine dritte Art des Besitzes: Statusbesitz vor, welcher die Rehrseite des Sachbesitzes Dritter (der Freien an Unfreien) bildet. Theilweise anders faßt dies auf Bruns, S. 484 flg.

5) Zwar wollen Savigny, Syst. I. S. 348—351, u. Unger, I. S. 510, auch die Erbkinder der Familienrechte läugnen und dieselben nur als Voraussetzungen von Rechten darstellen. Allein zwischen Familien- und Personenrechten besteht ein wesentlicher Unterschied. Diese letzteren sind in der That gar keine Befugnisse (man vgl. §§. 16—39. d. G. B.); dagegen gehen aus dem Familienverhältnisse wirklich Privatrechte hervor, so die Befugniß des Vaters zur Erziehung und Leitung des Kindes, zur Entscheidung über die Wahl des Berufes, zur häuslichen Zucht (§§. 144. 145. 148.); das Recht des Gatten, zu fordern, daß die Gattin, — des Vaters, daß die Kinder von einem gewissen Alter an mit ihm häuslich beisammen leben (§§. 92—142.) u. s. f. Daß dies wirkliche Rechte sind, geht schon daraus hervor, daß das Recht zur Durchsetzung derselben (wie Savigny und Unger selbst zugeben) eigene Klagen (verschieden von den präjudiziellen Statusklagen) gewährt. Vgl. auch Bruns, S. 485, Nr. 1. Schiffner, §. 25.

6) Nicht Besitz: weil der §. 311. Besitz an Familienrechten nicht anerkennt. Vgl. auch Nr. 4, und Zielenacki, Besitz S. 184. Kirchstetter, S. 161. — Daß dem röm. R. der Besitz oder besitzähnliche Zustand von Familienrechten denn doch nicht so ganz unbekannt war, wie gewöhnlich angenommen wird, zeigt der Abschluß des altrömischen matrimonium legitimum durch usus. Lebte die Frau ein Jahr filiae loco ununterbrochen (trinoctio!) beim Manne, so war die Ehe legitim. Der Usus galt also als Surrogat der coemptio oder confarreatio, gerade so, wie die usucapio als Surrogat der mancipatio! Und was sagt Gajus, Inst. I. §. 111.: Usu in manu conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quae enim velut annua possessione usucapiebatur . . . si qua nollet . . . ut trinoctio abesset atque ita usum cujusque anni interrumperet. Vgl. auch Karlova, die Form der röm. Ehe (1868) S. 65 flg. — Das kanonische Recht jedoch erkennt Besitz an Familienrechten an. Vgl. Geiger, Arch. XIII. S. 273 flg., und Bruns, S. 191, gegen Savigny, S. 616, und Rudorff, Nr. 176, und

zu verstehen: „Doch kommt denjenigen, welche dergleichen Rechte redlicher Weise ausüben, die schuldlose Unwissenheit zur einstweiligen

Dunker, Zeitschr. f. deutsch. R. II. S. 53, deren Argumente gegen die den Besitzes- schutz der Ehrechte deutlich aussprechenden c. 8, 10, 13, 14, X. de rest. spoliat. von keinem Gewichte sind. Dieser Besitzeschutz ist vom Standpunkte des kanonischen Rechtes, welches grundsätzlich den Besitz an allen Rechten zuläßt, an denen derselbe nicht schon begrifflich (durch Erlöschung mit der einmaligen Ausübung) ausgeschlossen ist, so natürlich und konsequent, daß es auffallen müßte, wenn derselbe nicht anerkannt worden wäre. Zahlreiche Stellen sprechen von possessio, spoliare, restituere und possessorium in Ansehung der Ehrechte in gleicher Weise wie in Rücksicht der Zehnten, Parochialrechte u. s. f. So z. B. c. 13. X. cit.: per decretalem B. Papae arguentis iudices, qui restitutionem viri, qui sine iudicio uxorem demiserat et ei consanguinitatem opponebat, spoliatae ac repenti conjugem denegabant, et mandantis, prius restitui taliter spoliatae et postea de matrimoniali causa cognosci. Vgl. c. 3. 8. X. de divort. c. 6. X. de adult. u. a. Schon die Stellung im Titel de restit. spol. weist darauf hin, daß die Ausdrücke possessio und spoliare in ihrer technischen Bedeutung gebraucht sind; c. 13. cit. erwähnt sogar ausdrücklich des possessorium im Gegensatz zum petitorium. Das bössliche Verlassen des Ehegatten ohne richterliches Erkenntniß wird durchwegs als spoliium behandelt. Daß ein Besitz ohne wirkliche Abschliefung der Ehe nicht angenommen wurde (c. 14. X. cit.), beweist Nichts dagegen, daß ja selbst nach röm. Rechte, z. B. beim interd. de itinere ref. das Dasein des Rechtes eine Voraussetzung der Annahme des Besitzes ist und überdies ein Besitz da nicht anerkannt werden kann, wo der animus poss. (wie hier im Konkubinat) ohne Voraussetzung des Rechtes ein verbotener, weil unsittlicher ist. (Das Argument von Bruns, S. 194, daß ohne legitimen Konsens der animus nicht einmal faktisch existiren könnte, halte ich für vergriffen, da der Ehekonsens (animus) auch ohne wirkliche Eheschließung faktisch möglich ist.) Auch in diesem Jahrhunderte nahm noch das D. N. G. Cassel einen Besitz der Mutter am Kinde an. (Vgl. Bruns, S. 422, der vom philosophischen Gesichtspunkte in der Natur der Familienrechte kein Hinderniß der Besitzfähigkeit erblickt, §§. 58. u. 59.) — Von der gleichen Ansicht geht aus Schuster, I. a. a. O. S. 458 flg. „Wenn sich Jemand im Besitze eines Kindes befindet, . . . oder wenn ein Kind sich in einem solchen Besitze befindet, so bedarf es außer diesem Beweise des Besitzes keines anderen Beweises. Arg. §§. 1458. u. 323. A. b. G. B.“ — Das preuß. Landr. (§§. 4. 5. I. 7.) und der Code art. 2228. schließen die Möglichkeit eines Besitzes an Familienrechten zufolge ihrer allgemeinen Fassung nicht aus. Die Stellung des 7. Titels des preuß. Landr. im Vermögensrechte deutet aber auf die Beschränkung des Besitzes auf Vermögensrechte. So auch Förster, §. 159. N. 24, während Dernburg, §. 160. S. 323, ausgehend von dem Gesichtspunkte des praktischen Bedürfnisses, zwar nicht an Ehrechten, wohl aber an väterlicher Gewalt und elterlichen Rechten Besitz annimmt. Ähnlich auch Meißner, S. 404: Ehrechte stünden „unter ihren eigenen Normen“, und bei anderen Familienrechten sei provisorische Regulirung nicht Bedürfniß (Nie?). — Dagegen spricht der Code in art. 196. 197. 320—323. ausdrücklich vom Besitze am Familienstatus (Ehe- u. Kindesrechten), z. B. art. 322.: »Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement . . . art. 323.: Au défaut de titre et de possession constante . . .

Behauptung und Ausübung ihrer vermeinten Rechte zu Statten.“ Daß hier vom (normalen, durch die allgemeinen Besitzklagen geschützten) Besitze im Sinne des A. b. G. B. (§. 311.) keine Rede ist, geht (abgesehen von der entgegengesetzten Norm des §. 311.) schon daraus hervor, daß die Redlichkeit und schuldlose Unwissenheit des Ausübenden Bedingung des einstweiligen Schutzes ist, während anerkannter Mafsen beim Besitze auf Redlichkeit, Wissen oder Nichtwissen des wahren Verhaltes gar Nichts ankommt.<sup>7</sup>

Sind nun auch die sog. Personenrechte und Familienrechte zu Folge gesetzlicher Norm kein Gegenstand des Besitzes, so bleibt doch die schwierige Frage: ob alle, beziehentlich welche Vermögensrechte besitzfähig sind, bloß der Doktrin vorbehalten. Es sollen daher die dinglichen, die obligatorischen und Individual-Rechte und das Erbrecht in dieser Beziehung in Betracht genommen werden.<sup>8</sup>

la preuve de filiation peut se faire par témoins.« — Indefß wendet die franz. Jurisprudenz den Besitzeschutz auf Familienrechte nicht an. Vgl. Planck, S. 177 bis 179. Zacharia-Wuchel, §. 185 a. N. 2 a. — Der Schutz der possession d'état d'un époux légitime (art. 195.) ist eine provisorische Verfügung auf die Dauer des Prozesses. S. Bruns, S. 449. — Ueber das sächs. Recht vgl. N. 1. — Wenn Bluntzschli (D. P. R. §. 56. 4.) von einem Besitze an Personenrechten, z. B. des Adels, eines Berufes (?), und vom Besitze eines Familienverhältnisses spricht, so ist diese Ausdehnung des Rechtsbesitzes, soweit sie dem deutschen Rechte in die Schuhe geschoben wird, ganz unbegründet. Vgl. dagegen Stobbe, §. 76.

7) Unsere Kommentatoren sehen irriger Weise auch in der Norm des §. 1458. einen Besitzeschutz, was mit der Unbestimmtheit der Ansichten derselben über die Bedingungen des Besitzeschutzes zusammenhängt. Vgl. Schuster, Kommentar I. S. 458. Zeiller, VI. S. 200. Winwarter, II. S. 32, selbst noch Unger, Entw. S. 91. Stubenrauch, I. S. 634 (in der 1. Ausg.), und ein Ungenannter in der Ger. Ztg. 1860. Nr. 22, der den Besitz der Rechte bei (?) der Ehe darum und insofern zulassen will, als dieselben Zwang und Klage zulassen. Vgl. dagegen Unger, II. S. 267, Nr. 50. Harum, Ger. Ztg. 1860. Nr. 36. Kirckstetter, S. 161. Erner, Trab. S. 39 flg. Arndts, Nr. B. Schr. 8. S. 381, bemerkt zwar, daß das Dasein des Besitzes hier nicht mangle, allein auch er anerkennt, daß von juristischem (rechtlich geschütztem) Besitze im Sinne des §. 311. G. B. nicht die Rede sein könne. So auch Forlani, S. 202.

8) Vom Eigentumsrechte wird keine Erwähnung gethan, weil der Eigentumsbesitz als Sachbesitz erscheint und als solcher den Gegensatz zum Rechtsbesitze bildet. Daß der Besitz, als faktischer Zustand, kein Gegenstand des Besitzes ist, liegt auf der Hand. Vgl. Unger, II. S. 267, Nr. 52. Daß ältere Schriftsteller (vgl. Winwarter, Mater. VIII. S. 189. Berthaler, Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrt. 1842. II. S. 54), verleitet durch die gesetzliche Bezeichnung des Besitzes als Recht (§. 308. des G. B.), darüber sich eines Breiten auslassen konnten, ob es einen Besitz am Besitzrechte gebe, ist eine jener Kuriositäten, die darauf

Vor Allem muß hierbei der aus dem Begriffe des Rechtsbegriffes fließende Grundsatz festgehalten werden: daß ein Besitz nur an solchen Rechten denkbar ist, welche eine wiederholte (fortgesetzte) Ausübung ihres Inhaltes gestatten. Denn der Rechtsbegriff ist ja die durch die Ausübung des Inhaltes eines Rechtes begründete Möglichkeit der faktischen Wiederausübung desselben.<sup>8a)</sup>

Unmöglich ist also begriffsmäßig der Besitz an jenen Rechten, die sich mit der einmaligen Ausübung verzehren, da der Ausübungsakt, der den Besitz begründen soll, das Recht selbst und daher nicht bloß die rechtliche, sondern auch die faktische Möglichkeit der Wiederausübung eben dieses Rechtes aufhebt.<sup>9)</sup> Aus die-

hindeuten, zu welchen Verirrungen selbstgenügsamer Partikularismus in der Rechtswissenschaft führen kann.

8a) Es wurde schon früher §. 2. Nr. 6, nachgewiesen, wie unhaltbar der Versuch ist, von der Möglichkeit der Störung eines Rechts auszugehen, um zum Begriff und Schutz des Rechtsbegriffes zu gelangen und seine Grenzen zu bestimmen. (S. namentlich Savigny, S. 192. Koch, S. 115. Erner, Trad. S. 41 flg.) Möglichkeit der Störung in der Ausübung des Rechts und Möglichkeit der dauernden Ausübung fallen durchaus nicht zusammen. Ein Blick auf das Pfandrecht, dessen Realoffenbarung gewiß gestört werden kann, macht uns dies klar. Unrichtig ist es auch, wenn Savigny, l. c., von den dinglichen Rechten an fremden Sachen als von abgesonderten Bestandtheilen des Eigenthums spricht. Das Savigny'sche Kriterium ist nicht dem Wesen, sondern äußerlichen Umständen entlehnt. Vgl. dagegen namentlich Windscheid, §. 200. Nr. 3. Brinz, S. 258 flg. — Stobbe, D. B. Nr. §. 76., anerkennt zwar die begriffsmäßige Möglichkeit des Rechtsbegriffes in dem hier vertretenen Umfange, empfiehlt aber, denselben nicht über den durch das römische Recht und den durch die Gewere des älteren deutschen Rechts festgestellten Kreis hinaus auszudehnen. Ein Besitz sei daher nur anzunehmen bei den jura in re aliena und bei den Vermögensrechten, welche auf dauernden persönlichen Herrschaftsverhältnissen (z. B. Abgaben der Unterthanen) beruhen oder auf Grund und Boden ruht.<sup>10)</sup>

9) Vgl. Puchta, Pand. §. 137. Gerber, §. 171. Nr. 4. Arndts, Pand. §. 129. Nr. 2. Seuffert, §. 113. Brinz, §§. 30. u. 33. Duncker, a. a. D. S. 53. Bruns, S. 481, von österr. Schriftstellern Stubenrauch, III. S. 698. Ellinger, Handb. S. 544. Unger, I. S. 532, Nr. 81, u. S. 546, II. S. 268, Nr. 55. Arndts, VIII. S. 382. — Ein anderes Merkmal will für das preuß. R. (in Anschluß an Savigny, s. vor. Note) Koch, S. 115, aufgestellt wissen: „Gegenstand des Besitzes seien nur solche Rechte, bei welchen sich eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Störung der Ausübung denken lasse.“ — Indes Koch selbst meinte S. 236, daß dahin alle Rechte gehören, welche eine fortgesetzte Ausübung ohne Verlust gestatten, so daß sachlich keine Differenz bestände. (S. auch Bornemann, I. S. 365.) Allein die vorausgesetzte Identität beider Kriterien besteht nicht. (S. vorige Note.) Gegen Koch erklärten sich auch Baron, Gruchot's Beitr. V. S. 99. Korte, ebend. V. S. 114, 116 flg. Förster, §. 159. Nr. 41; auch schon Temme, I. S. 221, Nr. 1, dieser freilich ohne seinen Widerspruch zu be-

sem Grunde ist in der Regel an obligatorischen Rechten kein Besitz denkbar, weil die meisten derselben mit der einmaligen Ausübung sich verzehren, z. B. Rechte aus einem Darlehen, Kaufvertrage, auf einen Schadenersatz.<sup>10)</sup> Die Kontinuität des Rechtes ist also Bedingung der Besitzfähigkeit.

Mit Rücksicht auf das Vorstehende kann

1) zunächst nicht bezweifelt werden, daß an allen Servitutibus Besitz möglich ist; denn sie gestatten eine kontinuierliche Ausübung ihres Inhaltes. Anerkannt ist der Besitz an denselben in den §§. 1468. 1469. u. 1470. des G. B.<sup>11)</sup> Hierbei ist noch zu bemerken: Rücksicht-

gründen, oder ein haltbares Prinzip an dessen Stelle zu setzen; denn daß das Bedürfnis des gerichtlichen Schutzes oder „die rechtliche Vorstellungs- und Sprachweise“ über die Frage, an welchen Rechten ein Besitz anzunehmen sei, nicht entscheiden könne (wie Temme, S. 218, 220, meint), liegt auf der Hand. Auf das „Bedürfnis“ legen übrigens auch Dernburg, §. 160. und Meischke, S. 404, großes Gewicht; beide begnügen sich, diejenigen Klassen von Rechten hervorzuheben, welche nach der positiven Vorschrift des Landrechts den possessoriischen Schutz genießen, ohne indes übrigens den Kreis der besitzbaren Rechte zu fixiren. Nur negativ erklärt sich Meischke gegen die Anerkennung des Besitzes an allen Rechten, welche auf die einmalige Ausübung gestellt sind. Wo ist aber die Grenze? — Diese Grenze findet Förster, §. 159. Nr. 19—30, in der Ausschließung der sog. affirmativen Rechte des L. R., d. i. jener Rechte, die den Anspruch „auf eine fortdauernde Handlung“ gewähren (also der Obligationen), aus dem Kreise der besitzbaren Rechte. Es fehle diesen die Selbstständigkeit (?); auch sei jede Leistung theilweise Vernichtung der Obligation; diese bedürfe der Lösung; ihre Beendigung sei nie ausgeschlossen. Eine solche Fortdauer und Selbstständigkeit sei nur da vorhanden, wo die Verpflichtung auf eine unbewegliche Sache gelegt sei (wie bei Real-lasten), oder wo die Person des Verpflichteten (wie bei Korporationen) eine fort-dauernde Existenz habe. — Indes, fragen wir, sind nicht auch gewisse besitzfähige dingliche Rechte, wie Personalservitutibus, prinzipiell von beschränkter Zeitdauer? Haben nicht juristische Personen, wie die Erfahrung lehrt, oft eine viel kürzere Lebens-dauer als physische Personen? Und was hat das äußere, zufällige Moment der mehr oder minder langen Dauer des Rechtes mit dem Wesen des Besitzes zu thun?

10) Vgl. Unger, I. S. 532. Kirchstetter, S. 161, Nr. 4. v. Canstein, VI. S. 152 — im Grunde auch Erner, S. 41, Nr. 41, obwohl er im Texte die Savigny'sche Formulierung (s. Nr. 9) acceptirt. Es ist sonderbar, daß Manche unserer Kommentatoren (richtig: Kirchstetter, S. 167. Ellinger, S. 544) die Unmöglichkeit des Besitzes an Obligationen mit allen möglichen offenbar verfehlten Gründen zu beweisen versuchen, und gerade diesen einzig stichhaltigen Grund ganz übersehen. Vgl. Pachmann, S. 109. Winawarter, V. S. 189. Stuben-rauch, III. S. 703 (vgl. dazu das S. 698 Gesagte). Inwiefern an Obligationen, welche eine wiederholte Ausübung zulassen, ein Besitz anzunehmen sei, darüber vgl. das Folgende.

11) Vgl. Pachmann, S. 109. Winawarter, V. S. 180. Ellinger, Handb. S. 544. Stubenrauch, III. S. 701. Erner, S. 42. Das röm. R.



lich des Besitzes der Servituten ist eine doppelte Auffassung möglich. Erwägt man nämlich, daß der Inhalt der Servituten in einer gewissen beschränkten, jedoch unmittelbaren rechtlichen Herrschaft über die Sache besteht, und daß sich dieselben daher vom Eigenthume als der ausschließlichen rechtlichen Herrschaft nicht so ffllich, sondern nur dem Umfange nach unterscheiden, so erscheint auch der Besitz an Servituten und der Eigenthumsbesitz innerlich gleichartig; Beide stellen sich als koordinirte Arten desselben Begriffs (der unmittelbaren faktischen Herrschaft über Sachen) dar und der Unterschied beider beruht nur darauf, daß diese Herrschaft dort eine beschränkte, hier begrifflich eine schrankenlose ist. Die Annahme des Besitzes an Servituten erschiene hiernach nicht als Uebertragung eines fremdartigen Begriffs aus Gründen der Analogie, sondern als konsequente Anwendung des allgemeinen Begriffs der unmittelbaren faktischen Gewalt über eine Sache.<sup>12</sup> Allein diese Auffassung entspräche nicht jener des Gesetzbuches. Denn ginge letzteres von diesem Gesichtspunkte aus, so würde es konsequent den Erwerb und Verlust des Servitutenbesitzes unter die Regel des Sachbesitzes stellen. Statt dessen aber findet das Gesetzbuch auf denselben die besonderen Normen über Erwerb und Verlust des Besitzes an Rechten anzuwenden (§§. 312. 313. 351. A. b. G. B.). Es ist daher nicht diese, sondern die andere mögliche Auffassung des Servitutenbesitzes: als Art des nach besonderen Grundsätzen geregelten Rechtsbesitzes (im Gegensatz zum Sachbesitz) die dem Standpunkte des Gesetzbuches entsprechende.<sup>13</sup>

kennt zwar keinen Interdiktenbesitz der Servituten überhaupt, sondern nur einen jener derselben. Vgl. Note 18—20. Dagegen beweist die Zulassung der Servitutenerkennung und die Ausdehnung der a. Publiciana auf dieselben, daß der allgemeine Begriff des Rechtsbesitzes dem späteren Rechte nicht fremd war. — Die aus der Luft gegriffene Ansicht Schmidt's, Kommod. u. Prefar. S. 132 flg., daß nach röm. Rechte zwischen poss. juris und quasiposs. zu unterscheiden, unter ersterer die bloß faktische Ausübung des Rechtes, unter letzterer die Ausübung eines wirklich existenten Rechtes zu verstehen sei, ist mit Recht unbeachtet geblieben.

12) Vgl. Brunß, a. a. D. S. 476.

13) Zene von Brunß a. a. D. versuchte Auffassung ist, wie Brunß selbst S. 81 bemerkt, auch nicht die des röm. Rechts, wenigstens nicht des klassischen. Manche möchten zwar aus den Quellen entnehmen, daß der Besitz des Usufruktuar's (Usuar's) anfänglich mehr als Sachbesitz geschützt wurde. Vgl. Frag. Vat. §§. 90. 91. mit L. 3. §. 13—17. D. de vi, wo der ursprüngliche Besiz: utile (sc. interd. de vi) weggelassen ist. So namentlich Meißcheider, §§. 79. 82. — Allein richtiger scheint die Auffassung Degenkolb's, Plagrecht S. 79 flg.,

2) Dagegen ist die Möglichkeit des Besitzes am Faustpfandrechte durchaus zu läugnen. Denn der wesentliche Inhalt des Pfandrechtes (an beweglichen wie unbeweglichen Sachen) besteht in der Befugniß zur Veräußerung der verpfändeten Sache (§. 447.). Die Veräußerung aber, also die Ausübung des Inhaltes des Pfandrechtes vollzieht sich in Einem Akte. Es läßt also das Pfandrecht eine wiederholte Ausübung, daher auch einen Besitz nicht zu. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß das Gesetz selbst im §. 1369. von einem „Pfandbesitz“ spreche,<sup>14</sup> da darunter (zwar nicht, wie Unger, II. S. 268, Nr. 25. Stubenrauch, III. S. 701. Arndts, Rit. V. Schr. S. 384, meinen, Besitz der Pfandsache, sondern) das Pfandrecht selbst verstanden ist; denn das 6. Hauptstück handelt ja von den Rechten und Verbindlichkeiten des Pfandnehmers und Pfandgebers, und nicht von den Rechtswirkungen des bloßen Besitzes der Pfandsache. Noch weniger zulässig ist die Be-

und Brunß, Klag. S. 244 flg., daß Ulpian sagen wollte: ein Sachbesitz liege nicht vor, daher nur ein utile i. zu geben sei, während in den Pandekten bereits das utile ausgemerzt und das allgemeine i. directum gegeben ist. Ueber die allmähliche Anerkennung des Rechtsbesitzes vgl. §. 2. Nr. 6, und neuerlich Meißcheider a. a. D. — Besitz an Servituten nimmt nicht nur das preuß., sondern auch das sächs. G. B. an (vgl. §§. 556. u. 602.), ebenso das Züricher. G. B. §. 529. (bei Personalservituten aber Sachbesitz §. 490.), und der bayr. Entw. art. 42. S. Note 1. — Nach franz. Rechte ist es streitig, in welchem Umfange ein Besitz an Servituten anzunehmen sei. An ununterbrochen fort dauernden und zugleich sichtbaren Dienstbarkeiten (auch Personalservituten) findet unzweifelhaft Besitz statt (art. 690.). Dagegen bestreiten die Meisten (und so auch die ältere Praxis) die Möglichkeit des Besitzes an allen übrigen Servituten, weil der art. 691. die Ersetzung derselben ausschließt, und der Besitzschutz gleichfalls eine Art Verjährung (einjährige Dauer) voraussetzt; endlich weil bei ihnen eher »actes de pure faculté et de simple tolérance« als Ausübung mit Besizwillen anzunehmen sei. Vgl. Blanck, S. 138—163, und die daselbst Nr. 81 angeführten gerichtl. Entsch. — Doch lassen mit Recht mehre Schriftsteller (vgl. Blanck, Note 81) und, wie es scheint, die neuere Gerichtspraxis vorwiegend (vgl. Brunß, S. 452, Nr. 2) Besitz auch an nicht sichtbaren und ununterbrochenen Dienstbarkeiten zu, an diesen allerdings nur, wenn ein Besiztitel vorliegt. Stets wird Annualbesitz gefordert. Vgl. Zachariä-Buchelt, franz. Civilr. (6. Aufl.) §. 187 b., woselbst auch die Kontroversen näher behandelt werden. Der Rückschluß von der Unzulässigkeit der Ersetzung auf den des Besitzes ist offenbar unhaltbar. Vgl. auch Brunß, S. 451. — Das ital. G. B. art. 694. schützt den Annualbesitz aller dinglichen Rechte (possessione . . . di un diritto reale). Vgl. Forlani, S. 242. Ueber das franz. Recht vgl. neuestens Bastid, Revue crit. 8. S. 171 flg.

14) §. 1369. . . . „Die mit dem Pfandbesitze verknüpften Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgebers und Pfandnehmers sind im 6. Hauptstücke des zweiten Theiles bestimmt.“

rufung auf den §. 1483. des G. B.: „So lange der Gläubiger das Pfand in den Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet werden“ und die daraus gezogene Konsequenz, daß diese Einwendung darum nicht Statt habe, weil auch schon in der Inhabung der Pfandsache eine Ausübung liege, und schon eine theilweise Ausübung eines Rechtes die Verjährung hindere (§. 1482.), die Verjährung des Pfandrechtes also darum nicht Platz greife, weil es durch die Inhabung ausgeübt (gebraucht) werde.<sup>15</sup> Allein gerade der §. 1483. enthält den Beweis dafür, daß eine Ersetzung am Pfandrechte nicht möglich sei, denn er verordnet ja, daß, wenn der Pfandgläubiger das Pfand in Händen hat, ihm „die unterlassene Ausübung“ des Pfandrechtes nicht eingewendet werden könne, erblickt daher in der Nichtveräußerung des Pfandes eine Unterlassung der Ausübung des Pfandrechtes.<sup>16</sup> Im Sinne der gegen-

15) Die vorstehenden Gründe wurden zur Vertheidigung der Ansicht, daß auch am Faustpfande ein Besitz möglich sei, angeführt von Winwarter, V. S. 183. Minajewicz, Zeitschr. f. R. 1833. III. S. 371. Ellinger, Handb. S. 544. Perthaler, a. a. D. S. 54. Michel, Grundriß S. 182. Farum, Säimerl's Magazin XIII. S. 31 flg. Arndts, S. 383 flg. Kirschstetter, S. 100, R. 1. Meißcheider, S. 409, auch Windscheid, §. 163. R. 2. Brunß, Encyclop. S. 275. v. Canstein, VI. S. 152 flg. Vgl. dagegen Paschmann, a. a. D. S. 10. Unger, Entw. S. 101 und Syst. I. S. 532, R. 81, II. S. 268, R. 55. Zielonacki, in d. österr. Viertelj. IV. S. 106. Stubenrauch, III. S. 701, auch Erner, Trad. S. 47. Forlani, S. 204. Monti, S. 126. — Für das preuß. Recht behauptet Bornemann, I. S. 567, Rechtsbesitz des Pfandgläubigers. S. dagegen Temme, S. 220. Auch Bluntschli, D. P. R. §. 56. 3.), theilt für das deutsche Recht jene irrige Ansicht. Dagegen s. Note 28.

16) Vgl. Unger und Stubenrauch a. a. D. Es läßt sich wohl nicht läugnen, daß der §. 1483. bei einer gezwungenen Auslegung auch die andere Auffassung zuläßt, vgl. Farum a. a. D. Auch Arndts, S. 384, gibt zu, daß von den zwei Auslegungsarten: weil die Ausübung nicht unterlassen ist, oder: obgleich sie unterlassen worden ist, die letztere die richtige sei. Welcher Ansicht dann hiebei der Hauptstützpunkt verloren geht, liegt auf der Hand. Daß das Einschreiten um Bewilligung des exekutiven Pfandrechtes, der Schätzung und Feilbietung keine Ausübung des Pfandrechtes, sondern bloß vorbereitende Schritte hiezu enthalte, ist klar. — Das röm. Recht anerkennt allerdings einen Besitz des Pfandgläubigers, aber nicht Rechts- sondern Sachbesitz: über die anomale Natur dieses abgeleiteten Besitzes vgl. Savigny, Besitz §§. 23—25. Vom rechtsphilosophischen Gesichtspunkte hält Brunß, S. 480, einen Besitz am Faustpfandrechte für möglich, da das damit verbundene Retentionsrecht eine dauernde Ausübung zulasse; ebenso Windscheid, §. 163. R. 2, welcher bemerkt, daß die Annahme eines (abgeleiteten) Besitzes beim Faustpfande zu einer Zeit geschehen sein müsse, wo der Rechtsbesitz im röm. Rechte noch nicht ausgebildet war. Allein das Retentionsrecht gehört nicht zum Wesen des Pfandrechtes; Ausübung desselben begründet also noch nicht Besitz des Pfandrechtes.

theiligen Ansicht müßte der Paragraph lauten: So lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann nicht behauptet werden, daß er die Ausübung des Pfandrechtes unterlassen habe, und daher das Pfandrecht nicht verjähren. — Arndts, a. D. S. 383, und v. Canstein, S. 153, wenden gegen meine Auffassung ein, daß zum Besitzwerb nicht die volle Ausübung des Rechtes erforderlich sei, wie man ja auch zum Eigenthumsbesitz nicht Ausübung aller Eigenthumsbefugnisse fordert. Gewiß nicht volle Ausübung, — aber jedenfalls Ausübung des wesentlichen Inhaltes des Rechtes. Die Detention jedoch gehört nicht zum wesentlichen Inhalt des Pfandrechtes, ja ist nicht einmal zum Dasein des Faustpfandrechtes, vielmehr nur zu dessen Entstehung erforderlich, dient also in nebensächlicher Weise nur zur Wahrung des einmal begründeten Pfandrechtes.<sup>16a</sup> (Vgl. §§. 451. 467. G. B.) Der Erwerb des Eigenthumsbesitzes endlich darf — als Sachbesitz — nicht mit dem Maßstabe des Rechtsbesitzes gemessen werden: usus pro traditione habetur. L. 20. D. de serv. 8. 1. Wenn sich Arndts schließlich auf die ältere Gestalt des Pignus im röm. Rechte beruft, so ist zu bemerken, daß nach heutigem Rechte das Distraktionsrecht jedenfalls den spezifischen Inhalt des Pfandrechtes bildet. (Siehe auch Erner, S. 47, R. 70.)

Es entsteht nun die Frage, an welchen Rechten außer den genannten gibt es nach österr. Rechte einen Besitz? Den richtigen Standpunkt für die Beantwortung derselben zu gewinnen, erscheint ein historischer Rückblick angezeigt.

Im römischen Rechte beschränkt sich der Rechtsbesitz seinem

— Auch die Entscheidung des Wiener D. R. Ger. vom 11. Januar 1859 (Ger. Halle 1861, Nr. 7, und Samml. Gl.-U.-W. Nr. 732) nimmt Besitz am Pfandrechte an Mobilien an, und begründet (?) mit diesem das Recht des Vermiethers, den Miether an der Herausaffung der in der Wohnung befindlichen Fahrnisse zu hindern. Die Motive des theilweise abändernden oberstrichterlichen Erkenntnisses enthalten keine Spur dieser Ansicht. Vgl. dagegen Buchta, R.-Ver. II. S. 68. Arndts, R. F. III. S. 377. Pfeifer, S. 141. Zielonacki, Besitz S. 187. Für Brunß ist neuestens Rudorff, Nr. 86, und Arndts, Krit. V. Schr. 8. S. 385.

16a) Darum findet sich beim Pignus in den Quellen so häufig locatio, conductio und precarium possessionis. Vgl. §. B. L. 6. §. 4.: quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt; L. 11. L. 22. D. de prec. 43. 26. L. 15. §. 2. D. qui satis. 2. 8., dazu Ubbelohde, Civ. Arch. 59. S. 259.

Objekte nach auf die Servituten, die Superfizies und die Emphyteutis.<sup>17</sup> Ja es ist eine für das ältere Recht gewiß richtige Behauptung, daß demselben der generelle Begriff des Rechtsbesitzes, als des dem Sachbesitze analogen Zustandes der faktischen Rechtsübung fremd und der Interdiktenschutz nicht auf das Dasein eines Quasibesitzes gestellt war, sondern lediglich auf dem praktischen Bedürfnis eines richterlichen Schutzes auch nur der faktischen Ausübung gewisser besonders häufiger Servituten beruhte.<sup>18</sup> Darauf weist der Umstand hin, daß nur wenige Servituten durch spezielle Interdikte geschützt sind, daß die Mehrzahl derselben des Interdikten schutzes entbehrt (so alle negativen und die meisten affirmativen Prädialservituten), daß die Voraussetzungen des Schutzes ihrer faktischen Ausübung verschieden sind,<sup>19</sup> daß bei der Normirung des Interdikten schutzes nicht untersucht wird, ob Jemand im Quasibesitze ist, sondern ob er eine Servitut so

17) Daß der Besitz des Superfiziers und Emphyteuta kein (abgeleiteter) Sachenbesitz, wie die Meisten behaupten, sondern ein Rechtsbesitz sei, wird mit Recht vertheidigt von Arndts, §. 195. N. 3. Zeitschr. f. Civ. R. 8. III. 9. Degenkolb, Magr. §. 11. Brinz, I. S. 79, 80 (1. N.). Windscheid, §. 154. N. 7. Rudorff, zu Puchta, P. §. 137. 6., und in Ansehung des Ersteren auch von Savigny, §. 9., auch Erner, S. 18, N. 40 (womit freilich S. 34, N. 26 nicht stimmt). Dagegen Böcking, §. 126. N. 6, 7. — Nach österr. Rechte ist der Besitz des sog. Nutzungseigenthümers (Erbpächters, Erbzin- und Bodenzinmanns §§. 1129—1131. d. G. B., welche aus den der Superficies und Emphyteutis verwandten, aber in ihrer Art doch eigenthümlichen deutschrechtlichen Instituten des Kolonats hervorgingen) gleichfalls nicht als Sachen-, sondern als Rechtsbesitz aufzufassen, obgleich in Ansehung des Erwerbes und Verlustes analog dem Sachbesitze zu beurtheilen.

18) Vgl. Heerwart, a. a. D. §. 8b. u. §. 16. Albrecht, Besitz unkörp. Sachen §. 100. Brunß, S. 82. Böcking, §. 126. N. 8. Elvers, Servituten §§. 62. 79. Brinz, P. S. 91, 93, 99. Erner, S. 31 flg., u. Meischneider, §§. 79—85. Vgl. §. 2. N. 6. Schon Donellus bemerkt richtig: eaque interdicieta proposita non sunt possidenti, sed ei, qui hoc anno usus est.

19) So verlangt das interd. de itinere actuque lebung an 30 verschiedenen Tagen des letzten Jahres, das int. de it. actuque reficiendo Beweis des Wege-rechtes, dagegen das interd. de aqua quotid. et aestiva nur einmalige fehlerfreie Ausübung (L. 1. §§. 2. u. 3. D. 43. 20.: vel una die vel nocte . . . ducta sit), das interd. de cloacis einmalige nicht einmal fehlerfreie Ausübung (L. 1. §. 7. D. h. t. 43. 23.) u. s. f. Vgl. hierüber die trefflichen Bemerkungen Brinz's, §. 32. (bez. §. 201.) Wäre der Interdiktenschutz auf den Begriff des Quasibesitzes gestellt gewesen, so hätte bei allen Servituten die einmalige Ausübung (usus juris pro traditione possessionis accipiendus L. 20. de serv.) ohne Rücksicht auf den Beweis eines Rechtes zur Begründung desselben hinreichend sein müssen. Vgl. auch Bangerow, I. §. 355.

und so geübt hat.<sup>20</sup> Erst später hat die reflektirende Jurisprudenz (vorzüglich Ulpian) den Begriff des Rechtsbesitzes als faktischer Ausübung eines Rechtes abstrahirt und mit Rücksicht auf die naheliegende Analogie des Sachbesitzes quasi possessio benannt,<sup>21</sup> ohne jedoch, soweit es sich um den possessoriischen Schutz handelt, zu einer durchgreifenden praktischen Anwendung des gewonnenen Begriffes zu schreiten.

Was das römische Rechtsleben in dieser Richtung hin unausgebaut ließ, brachte das kanonische Recht zur konsequenten Ausführung.<sup>22</sup>

Schon zu Justinian's Zeiten begann die Kirche in ihrem Rechtskreise diesen Prozeß. Dem nationalen Volksleben fremd, reflektirend und abstrahirend mehr als irgendwelche Gesetzgebung es sein kann, brachte sie allmählig den Begriff des Rechtsbesitzes konsequent überall zur Anwendung, wo derselbe nicht logisch ausgeschlossen war. Das kanonische Recht nimmt eine Quasipossessio an bei allen kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten über Gemeinden, Klöster, Kirchen

20) Vgl. auch Heerwart, a. a. D. §. 8. Elvers, §. 62. Darauf mag sich L. 4. §. 27. D. de usurp. beziehen: nec de via quis id est de mero jure detruditur . . . nec possideri intelligitur jus incorporale. Dazu L. 3. pr. de poss.: Possideri possunt quae sunt corporalia. — Erst später abstrahirte die Jurisprudenz den Begriff der Quasipossessio, wie nachstehende Redeweisen zeigen: possessionem vel corporis vel juris, fundi possessionem, ususfructus quasi-possessionem: — tuendum eum qui hoc jus possedit; — si quis usus est, videtur possidere. Vgl. L. 2. §. 3. de prec. L. 23. §. 2. ex quib. caus. L. 2. Comm. Serv. L. 3. §. 2. D. de itinere etc. — Zur durchgreifenden praktischen Geltung wurde der Begriff der Quasipossessio gebracht bei der Ersetzung der Servituten (ob auch der negativen? L. 32. §. 1. D. de S. P. U.; c. 12. C. 7. 33. — dazu Brinz, S. 276 1. N.), und bei der Ausdehnung der Publiciana auf dieselben. L. 11. §. 1. D. 6. 2. Gegen die Ansicht Hedemann's, S. 96, 205 flg., der die Servitutenerhebung durchaus läugnet, vgl. §. 3. N. 7. Sonderbare Ansichten über den Grund der Beschränkung des Rechtsbesitzes im röm. Rechte entwickelt Zielonacki, Besitz S. 181.

21) Vgl. Brunß, Elvers a. a. D. Sintenis, §. 43. N. 18. Bornemann, I. S. 564, bez. Windscheid, II. §. 464.

22) Ich verweise hier auf die hier benützten eingehenden und verdienstvollen historischen Studien von Brunß: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848. §§. 16. 20. 24. 29. 31., der namentlich gegen Duncker (Zeitschr. f. d. R. II. S. 39) den Antheil deutschen Rechtes an der Ausbildung des Rechtsbesitzes auf das rechte Maas zurückführte. Vgl. dazu Windscheid, II. §§. 464., neuestens Meischneider, §. 87. Ott, Reception S. 55 flg., 129 flg., 291 flg., und in Bezug auf das deutsche Recht Heuser, Gewere §§. 6—10. 21. Etobbe, D. P. R. §§. 72—76.

und Länder, an den verschiedenen kirchlichen Aemtern und Würden, an den damit verbundenen Benefizien und Pfründen, an dem Befetzungsrechte der Aemter, sodann an dem Patronate, an Ehrenrechten, an Regalien, an Reallasten, insbesondere an Zehnten, endlich an den gegenseitigen ehelichen Rechten der Ehegatten.<sup>23</sup>

Hierbei findet sich nirgends die Feststellung des Prinzips, auf das die Quasipossessio ihrem Objekte nach gestellt wird, oder die motivirte Ausschließung irgend eines Rechtes hiervon, nirgends eine Andeutung, daß die eben aufgezählten Fälle nur taxativ gemeint seien. Aber gerade aus dieser unbefangenen und allgemeinen Anwendung des generalisirten Begriffes der Quasipossessio läßt sich mit Bestimmtheit darauf schließen, daß das kanonische Recht die Möglichkeit des Besitzes an allen Rechten anerkennt, an denen er nicht schon ihrer Natur nach (durch die Erlöschung mit der einmaligen Ausübung) ausgeschlossen ist. Insbesondere liegt auf der Hand, daß das Moment der Dinglichkeit oder der dinglichen Radizierung des Rechtes für die Besitzfähigkeit desselben ganz außer Betracht blieb, daß also das kano-

23) Beweis hiefür in Rücksicht der Hoheitsrechte c. 17. X. de rest. spol. Inter te et episcopum P. super possessione juris parochialis . . . quastione suborta; c. 4. X. de confirm. c. 2. de test. in VI. c. 21. X. de sent.: quia constitit episcopum quasi possessionem obedientiae in monasterio A. habuisse, restituendum decrevimus ad eandem. c. 7. X. de reliq. c. 16. X. de foro competente. Temporalem jurisdictionem in cujus quasipossessione esse u. f. f.; in Rücksicht der kirchlichen Aemter c. 30. X. de test. Cum possessionem archidiaconatus adeptus esset, H. ipsum expoliavit, c. 37. X. de offic. jud. del. c. 46. X. de appell. c. 22. X. de rescriptis. In corporalem abbatiæ possessionem induxerat; c. 6. X. de conf. c. 8. X. de const.; rücksichtlich der Pfründen: c. 10. X. de concess. praeb. Et in corporalem possessionem praebendarum induxit. c. 31. de praeb. in VI. Si uni et alteri eodem die idem beneficium conferatur, potior erit conditio possidentis. Si vero neuter possideat, c. 7. X. de rest. spol.; rücksichtlich der Befetzungsrechte: c. 15. X. de judiciis. Quia tu jus patronatus ecclesiae possidebas. c. 24. X. de elect. c. 3. X. de caus. poss.; rücksichtlich der Ehrenrechte: c. 1. X. de lite pend. Quoniam querimoniam deposuisti, quod te de possessione hujus rei (sc. per totam Angliam ante te crucem deferre) spoliassetus: der Regalien: in quasi possessione piscariae totius aquae Ticini; der Reallasten: c. 19. X. rest. sp. Nec afflictum et pensionum possessionem poterat tibi restitui, quia ea non fuerat spoliatus; c. 24. X. de elect. c. 6. X. de arbitris. Super decimis convenissent tam super possessione quam proprietate. c. 31. X. de priv.; rücksichtlich der Ehrechte, s. Note 6 d. B. Vgl. Brunß, S. 186—192, und Windscheid, §. 464. N. 5.

nische Recht über die dem Rechtsbesitze im römischen Rechte gezogenen Grenzen prinzipiell hinausging. Der Besitz an kirchlichen Aemtern, Ehrenrechten und den Ehrechten läßt darüber keinem Zweifel Raum. Aus diesem Grunde dürfte die Behauptung, daß das kanonische Recht grundsätzlich auch die obligatorischen Rechte vom Besitze nicht ausschliesse, kaum zu widerlegen sein, obwohl der häufig dafür citirte c. 24. X. de elect. wohl von Grundzinsen und nicht vom Miethzins zu verstehen ist. Und in der That darf diese grundsätzliche und durchgreifende Anwendung eines generalisirten Begriffes bei einem in sich abgeschlossenen, von Ideen getragenen und durchgeistigten Körper, welcher — wie die Kirche es that — ein vollendetes fremdes Recht in sich aufnimmt und auf dem Boden desselben, von der Individualität des Volkslebens abstrahirend, sein Rechtsleben mit Bewußtsein gestaltet, durchaus nicht auffallen.<sup>24</sup> Auf dem Standpunkte des kanonischen Rechtes steht nicht bloß die Doktrin des XII. und XIII. Jahrhunderts — der Entstehungszeit der Dekretalen: sondern in diesem Sinne faste auch die Theorie und Praxis der nachfolgenden Jahrhunderte in der romanischen und germanischen Welt das Recht der Kirche auf. Nicht nur bei Ehrechten, auch an Obligationen nahm man im Principe anstandslos Besitz an. Nur über den Umfang, in welchem der Besitz an letzteren statthabe, entstand Streit, der sich unentschieden bis in das 18. Jahrhundert fortzog.<sup>25</sup> Rüksichtlich der radizirten obligatorischen Rechte bestand allerdings kein Zweifel. Nicht so bei den übrigen. Bei rein persönlichen Obligationen verwarfen die bedeutendsten Kanonisten den Besitz, „freilich ohne eigentlich recht zu wissen warum“: andere nahmen wo nicht Besitz, so doch einen besitzähnlichen status percipiendi an, und letztere Ansicht, zu der sich auch Innocenz bekannte, ist später die herrschende geworden. (Brunß, S. 243. 372.)

Auf der Basis des römischen und kanonischen Rechtes entwickelte sich die Theorie und Praxis des weltlichen Rechtes des Mittelalters in Italien, Frankreich und Deutschland. Der Besitzschutz erhält hier genau jene Gestalt, die er in der kanonistischen Theorie und Praxis gewonnen. Treffend weist im Anschluß an Warnkönig, Franz.

24) Vgl. Brunß, S. 196. Brinz, §. 33. Roth, bayr. G. R. §. 130.

25) Vgl. Brunß, §§. 27. 28. 31. Besitzfl. §. 23. Windscheid, §. 464. Note 5.

Staats- u. R. Gesch. II. S. 297. Rüttimann, S. 6 flg., auf die Ursachen der raschen Rezeption und Erweiterung des römischen Interdiktschutzes hin: sie ist das Ergebnis der Reaktion, welche von dem 12. und 13. Jahrhundert an gegen die Herrschaft des in seiner vollen Blüthe stehenden Lehnwesens, des Kaufrechtes und der vielen daran klebenden . . . Mißbräuche sich aufthat. Der Zweikampf und die Fehde waren die zwei großen Gebrechen der Zeit, gegen welche die Könige, die Kirche und die Gelehrten lange ankämpften, und denen sie erst mittelst der Einführung von Besitzrechtsmitteln kräftig entgegenzutreten konnten. Vgl. auch Brun s, S. 353 flg.

Inbesondere war die Ausdehnung, welche der Rechtsbesitz im kanonischen Rechte erfahren hatte, für die zahlreichen und vielartigen Realrechte und Reallasten germanischen Ursprungs eine willkommene Errungenschaft.<sup>25a</sup> Und nicht bloß an diesen, sondern auch an Fa-

<sup>25a</sup>) Meißcheider, §§. 84. 93., sucht zu beweisen, daß das Bedürfnis eines possessoriischen Schutzes für Servituten nicht bestehe, da hier provisorische Sicherstellungen angeblich genügen; auch der Miether und Pächter bedürfe desselben nicht, soweit sein Recht als dinglich wirksames anerkannt werde; was endlich den Besitz solcher Rechte betrifft, die keine Beziehung auf körperliche Sachen haben, so läugnet M. geradezu die Möglichkeit eines solchen Besitzes, da derselbe keinen Gegenstand habe; in der Ausdehnung des Besitzeschutzes auf solche Rechte liege keine Fortbildung, sondern ein Degeneriren des röm. Rechtsgedankens. Allein M. selbst gibt S. 428 die Nothwendigkeit zu, den Schutz der Grundgerechtigkeiten, Reallasten und gewisser Berechtigkeiten des Staates, der Kirchen, Gemeinden etc. „auf die Rechtsausübung“ zu stellen; er anerkennt ferner ausdrücklich S. 425 „das Bedürfnis des possess. Schutzes für Miether und Pächter auch da, wo das Recht desselben kein dingliches ist“ (wie z. B. in Oesterreich und Sachsen). — Läugnet M., daß der Besitz der Rechte ein Objekt hat, wenn man denselben auf den Rechtsstoff beziehe, so muß er konsequent auch die Möglichkeit des Rechts läugnen; denn das „Objekt“ des Rechtes und Besitzes ist hier wie dort identisch. Nur darum kann es sich handeln, ob auch bei gewissen Rechten ein Zustand der faktischen Ausübung eines Rechtsinhaltes denkbar ist, welcher dem Zustand der rechtlichen Herrschaft entspricht; wo dies der Fall ist, hat Gesetzgebung, Gewohnheitsrecht und Jurisprudenz in fortschreitender Entwicklung jenen faktischen Zustand Besitz oder Quasibesitz benannt und in analoger Weise geschützt, wie den Sachbesitz. Freilich müssen wir vor Augen haben, daß der Ausdruck „Rechtsbesitz“ kein passender ist und uns nicht zu der materialistischen Auffassung verleiten darf, als ob das „Recht“ in gleicher Weise „Gegenstand“ des Rechtsbesitzes wäre, wie die Sache Objekt des Sachbesitzes. Schon das klassische röm. Recht faßt beim Servitutsbesitz nicht die Sache, sondern die faktische Rechtsübung als Substrat der Herrschaft auf, wie zahlreiche Quellenstellen beweisen. (Usum juris pro traditione poss. accip. esse; si quis usus est, videtur possidere etc.; L. 20. D. de Serv. L. 3. §. 2. D. de itinere etc.) Ist dem aber so, dann ist die Anwendung des röm. Begriffs der juris- quasi-possessio auf die später sich entwickelnden Reallasten, und auf die einer wiederholten Ausübung fähigen Rechte ganz

milien-, Ehe- und Hoheitsrechten nahm man unbestritten einen Besitzschutz an, während rückfichtlich der rein obligatorischen Rechte der Streit der Kanonisten sich auf dem Gebiete des weltlichen Rechtes resultatlos fortspann (Brun s, §§. 30. 34.). Der Einfluß, den das einheimische deutsche Recht auf die Entwicklung der Lehre vom Besitz insbesondere an Rechten nahm, ist schwer zu ermessen, da die eigenthümliche Ausbildung desselben bereits im 13. Jahrhunderte durch das Eindringen des römischen und kanonischen Rechtes unmöglich wurde.<sup>26</sup> So viel läßt sich jedoch mit Bestimmtheit behaupten, daß das deutsche Recht einen Besitz im Sinne des römischen und kanonischen Rechtes mit selbstständigem Schutze weder an Sachen noch an Rechten kannte, und daß die Gestaltung des Besitzes im gemeinen Rechte auf der Basis des römischen und jene des Rechtsbesitzes insbesondere auf der des kanonischen Rechtes erfolgte<sup>26a</sup>, obgleich nicht geläugnet werden kann, daß Spuren einer selbstständigen Auffassung des Besitzes an Rechten vom 13. Jahrhunderte an nachweislich sind.<sup>27</sup> Die

konsequent — und nichts weniger als „nicht qualificirbar.“ Bezüglich der provisorischen Sicherstellungen s. §. 8. R. 14 a. G.

<sup>26</sup>) Duncker hat in der Zeitschr. f. deutsch. Recht II. (Ueber den Quasibesitz) dem deutschen Rechte jene Gestaltung des Besitzeschutzes am Rechte zuschreiben wollen, welche dieser seit dem 14. Jahrhunderte in Deutschland gewonnen hat. Es ist das Verdienst von Brun s (§§. 35—39.), durch seine quellenmäßigen Forschungen, deren Resultate hier benützt werden, das Irrige dieser Ansicht nachgewiesen zu haben.

<sup>26a</sup>) Für Böhmen geht dies hervor aus Ditt's Reception S. 32 flg., 62 flg., 129 flg., 133, 291 flg.

<sup>27</sup>) Ich verweise hauptsächlich auf Brun s, §§. 35—39., dem in diesem Punkte auch Delbrück, dngl. Klage §§. 11. 59., neuestens auch Laband, vermögensrechtl. Klagen S. 173 flg. Heußler, Gewere S. 92 flg., 105, 224, 254 flg., und Stobbe, D. P. R. II. S. 19 flg., 23, 42 flg., 44 flg., beistimmen. Das einzige Vorrecht des Sachbesitzers nach deutschem Rechte ist, abgesehen von dem Rechte der Selbstvertheidigung, daß er im Bindifikationsprozesse das Vorrecht hat, sein Eigenthum zu beweisen. Vgl. über den auf die Gewere sich stützenden, nach der Art derselben sich abstuenden (relativen), jedoch vielfach zweifelhaften Beweisvorzug Brun s a. D. Delbrück, a. D. §. 6 flg. und Bluntzschli, §. 54. 7. Laband, Heußler und Stobbe a. a. D. Was Wirkung und Schutz der Gewere an Rechten betrifft, so gilt hier dasselbe, was von der Gewere an Immobilien (§. 2. Note 9) bemerkt wurde. S. Heußler, S. 278. — Die Stelle des sächs. Landrechtes II. 24. §. 1.: Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al se he dar mit unrechte an komen, man ne breke si eme mit rechter klage, und lehnrecht 38. §. 4.: Man ne sal niemanne von sinen geweren wisen, sie ne si ime aufgewunnen mit rechte, vgl. Schwabenspiegel l. R. 191. Rn. R. 68., — Stellen, welche Albrecht (Gewere) zur Grundlage seiner Annahme eines Besitzeschutzes nach deutschem Rechte machte — sprechen nur die Ansicht aus, daß kein Besitz eigenmächtig genommen werden soll; aber der

Gewere gewisser dinglich Berechtigter beruht auf einer Uebertragung des Begriffes der Eigengewere auf dergleichen Rechte und ist zu nächst lediglich der deutschrechtliche Ausdruck eines partiellen Rechtes auf eine fremde Sache. Die Gewere derselben (z. B. des Vasallen, des Leibzüchters, Zinsmannes, Pfandgläubigers) ist im Grunde eine besondere Gewere an der Sache. Nur bei solchen Rechten, welche gegen den Besitzer eines Grundstücks gehen (Reallasten), und bei gewissen nutzbringenden Herrschaftsrechten (z. B. der Vogtei) wird eine Gewere am Rechte anerkannt, ohne daß der Berechtigte nothwendig eine Gewere am Grundstück hätte. Doch bedeutet hier die Gewere nicht lediglich die faktische Rechtsausübung, sondern setzt zunächst die Berechtigung hierzu voraus.<sup>28</sup> Diese Gewere fällt also mit dem Begriffe der quasipossessio nicht zusammen, ebensowenig das Objekt Beider. Vgl. dazu Brun s, §. 38. und Klage S. 228. flg. Blunt schli, §. 54. 3. wesentlich auch Heusler, Gewere §§. 5. 21. 32. (bes. S. 452, 469), und Stobbe, d. P. R. §. 72. S. 14—17.<sup>29</sup> Was das deutsche Recht zur Fortbildung des Rechtsbesitzes lieferte, war ein großartiges Material, entsprungen aus der eigenthümlichen Gestaltung des wirtschaftlichen, politischen und Rechtslebens in Deutschland.

Schluss von da auf ein ausgebildetes selbstständiges Klagerrecht ist durch Nichts gerechtfertigt. (Vgl. Brun s a. D. Walter, Rechtsgefch. §. 531. Schulte, R.-Gesch. §. 146. Hillebrand, D. Priv. R. §. 42. Gerber, Syst. §. 72. Delbrück, Zeitschr. f. deutsch. Recht XIV. S. 251, und dingl. Klage S. 77. Letzterer erkennt die petitorische Natur der von ihm behaupteten dinglichen Klage des deutschen Rechtes ausdrücklich an. §. 58 flg. Vgl. auch Stobbe, D. P. R. S. 10. Heusler, §§. 17 flg. und §. 33. Nichtig bemerkt dieser S. 468: „die Theorie des Besitzeschutzes kann aus dem deutschen Rechte der Gewere keine Nahrung ziehen, weil dasselbe den Besitzeschutz nicht bis zur Entstehung eigentlicher Besitzesklagen ausgebildet hat.“

28) Vgl. dazu Stobbe, D. P. R. §. 72. 7. Hiernach berichtige ich die in der ersten Auflage ausgesprochene Meinung, daß die Gewere am Rechte stets auf eine Gewere an der Sache hinausgehe. Vgl. auch Heusler, §. 21. S. 275 flg., gegen Brun s, S. 81.

29) S. auch Meischelder, §. 87., welcher zwar annimmt, daß die Gewere mit quasipossessio identifizirt wurde, aber anerkennt, daß der Kreis der Rechte, auf welche sich die Gewere bezog, mit dem Kreise der durch das kanonische für besitzbar erklärten Rechte nicht zusammenfällt. Ein Blick auf die kirchlichen Aemter, Würden und Ehrenrechte, dann auf die Ehrechte beweist dies zur Genüge, von den Real-Servituten nicht zu reden, an denen ursprünglich keine Gewere angenommen wurde, weil und sofern sie keinen dauernden Ertrag (haben in nut und gelde) abwerfen. (S. Heusler, S. 275.)

Daher ist selbst die Annahme, daß an allen, aber auch nur an jenen Rechten die Möglichkeit des Besitzes zuzugeben sei, rücksichtlich deren das deutsche Recht eine Gewere kennt,<sup>30</sup> ohne ausreichenden rechtshistorischen Halt. Denn da die Gewere mit dem Besitzbegriffe des römischen und kanonischen Rechtes Nichts zu schaffen hat, so kann auch aus derselben kein Merkmal für die Besitzfähigkeit der Rechte entnommen werden. Nichtig ist nur soviel, daß die Gewere und der Besitz an Rechten in ihrem Objekte häufig zusammentreffen, aus dem einfachen Grunde, weil das deutsche Recht eine Gewere nur an solchen Rechten annimmt, welche eine bestimmte Beziehung auf Grund und Boden haben, die meisten dieser Rechte aber eine wiederholte Ausübung zulassen und darum als besitzfähig erscheinen.

Der Berührungspunkt ist daher nur ein äußerer; weder sind alle Rechte, an denen eine Gewere anerkannt wird, noch sind nur

30) [28 d. 2. U.] So namentlich Dunker a. a. D. und neuestens Stobbe, §. 76., welcher Besitz nur an dinglichen und solchen Rechten anerkennen möchte, bei welchen das ältere deutsche Recht eine Gewere anerkennt, nämlich bei radizirten Rechten und Herrschaftsrechten gegen Einwohner eines bestimmten Bezirkes. — Nur vom rechtshistorischen Standpunkte kann man mit Brun s, S. 341, sagen: „So groß die Verschiedenheit der Auffassung des Besitzes der Rechte in beiden Rechten auch an sich ist, so gab doch natürlich die Annahme eines Besitzes (?) bei allen objektiv dinglich radizirten Rechten im germanischen Rechte die unmittelbare Veranlassung, bei allen diesen Verhältnissen auch nach römischem Rechte Besitz anzunehmen.“ Aus den im Texte angeführten Gründen ergibt sich auch die Unhaltbarkeit der Ansicht Blunt schli's, D. P. R. §. 56.: „daß ein Blick in die neueren Gesetzwerte und die unbefangene Prüfung der Volksanschauung . . . zu der Ueberzeugung nöthige, daß die herkömmliche Schulktheorie nicht genüge, und daß die deutschen Rechtsgedanken des Mittelalters nicht ebenso erstorben sind, wie das Wort gewere.“ Insbesondere beruht sowohl die civilis poss. des bayr. L. R., als der sog. unvollständige Besitz des preuß. L. R., auf die sich Blunt schli stützt, vielmehr auf einem Mißverständnisse der röm. civilis und naturalis poss. Vgl. §. 4. Note 7 d. B. (Neuestens versucht auch Stobbe, D. P. R. II. S. 30, diese Auffassungen des bayr. und preuß. Rechtes als Nachwirkungen der deutschrechtlichen Gewere darzustellen; allein weder sind dieselben nachweisbar, noch decken sich die Fälle der Gewere und des sog. unvollständigen Besitzes.) Auf die Volksanschauung aber können wir in einem so subtilen Thema, wie es die Besitzlehre ist, nicht reflektiren. Bezeichnend ist das Geständniß, das Brun s, S. 341, offen ablegt, „daß sich im Einzelnen wenig Spuren des Einflusses des deutschen Rechtes nachweisen lassen; zu nennen sei etwa die inductio in corp. poss.“ Gerade diese ist aber kanonischen Ursprunges. Vgl. Brun s selbst, S. 198 flg. Die Dunker'sche Ansicht, daß nach heutigem Rechte Quasibesitz an allen Rechten anzunehmen sei, an welchen nach älterem Rechte eine Gewere stattfand, hat in Heim bach sen., Rechtslex. IX. S. 77 flg., einen entschiedenen Anhänger gefunden. Gegen dieselbe erklären sich besonders Sente n i s, §. 43. R. 19. Gerber, §. 170. R. 4. Arndt s, R. F. III. S. 372. R. 13.

diese Rechte besitzfähig. So gibt es eine Gewere der Pfandgläubiger und doch ist der Besitz am Pfandrechte begrifflich ausgeschlossen; — andererseits sind nach gemeinem Rechte Familienrechte, und alle Bannrechte (auch wenn sie nicht radiziert sind), rücksichtlich deren es doch keine Gewere gibt, Gegenstand des Besitzes, von den besitzfähigen nicht radizirten obligatorischen Rechten — als einem kontroversen Punkte — ganz abzusehen.<sup>31</sup>

In der westlichen Reichshälfte Oesterreichs nehmen Theorie und Praxis — durch die gemeinrechtliche Doktrin bald mehr bald weniger beeinflusst — wesentlich denselben Weg wie in Deutschland.<sup>32</sup>

Auf den durch das kanonische Recht gebrochenen Bahnen bewegte sich in Ansehung des Rechtsbesitzes die Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes vom 14. Jahrhunderte an bis in die Gegenwart. An Personenrechten (väterlicher Gewalt und Ehrechten), an Grundlasten, Bannrechten und Hoheitsrechten wurde unbezweifelt Besitz angenommen. Streit herrschte nur rücksichtlich der rein persönlichen Obligationen, an welchen die Praxis wo nicht Besitz, so doch einen zu schützenden status percipiendi annahm. Reichs- und Landesgesetze sprechen von einer »possessio vel quasi« bei allen Hoheitsrechten, Kirchenrechten, Religionsübung, Regalien, Steuern, Zöllen, Grundlasten.<sup>33</sup>

31) Andere Fälle, in denen sich Besitz und Gewere nicht decken, siehe bei Stobbe, II. S. 14. Uebrigens hat auch der Kommodatar und Pächter eine Gewere an der Sache. Vgl. Gaupp, Zeitschr. f. d. Recht I. S. 95. Bluntzschli, a. D. Stobbe, §. 72. Nr. 25, dagegen Brunß, S. 333. Gegen die Gewere des Miethers s. Stobbe, a. D. Nr. 21.

32) Vgl. vor Allen für die böhm. Länder Ott, Reception zc. und das früher (§. 7 a. S. 147) Gesagte und die folgende Note.

33) Sanct. pragm. 1493, tit. 10. R. U. v. 1548 §§. 56. 59. 63. Landfr. v. 1548. §. 1., Instr. pacis Osnab. art. 5. §. 46.: Illi vero redditus, census, decimae, pensiones . . . quorum in possessione vel quasi percipiendi anno 1624, die 1. Januarii fuerunt. Vgl. Duncker, a. a. D. §. 4. Brunß, §. 44. a. G. — In West-Oesterreich nahm die Theorie und Praxis wesentlich denselben Gang wie in Deutschland. Es wurde bereits (§. 147) darauf hingewiesen, daß in Böhmen mit dem Eindringen des kanon. Rechts und der geistlichen Gerichtsbarkeit bereits frühzeitig (im Beginn des 14. Jahrhunderts) possessio vel quasi an Zehnten, Patronatsrechten zc. anerkannt wurde. Dazu s. Ott, Reception S. 55 flg., 291 flg., 303 flg., 316 flg. S. auch z. B. Christi. Kybllin (1663), VII. 7.: Si quis non sinat possidentem uti re sua . . . sive res incorporales si vel jurisdictionem vel alia jura per vim occupet. Suttinger, Observat. pract. (1669) Nr. 4, 13, u. dessen Consuetud. austr. mit Adnot. Walther's,

Die Doktrin und Praxis des 17. und 18. Jahrhunderts bietet nichts Abweichendes (Brunß, S. 395, 404, 406.; nur Siebeth verwirft den Quasibesitz aus Gründen unjuristischer Art gänzlich). Erst mit Savigny's Werk über den Besitz (1. Aufl. 1803) begann eine Reaktion gegen die mitunter maßlose Ausdehnung des Rechtsbesitzes. Savigny selbst will den Rechtsbesitz prinzipiell bei allen Rechten zulassen, bei deren Ausübung eine Störung möglich ist (S. 613 der 6. Aufl., S. 504 der 7. Aufl.); unkonsequenter Weise läßt er aber in der Anwendung dieses Grundsatzes Besitz nur an dinglichen, dann an jenen Rechten deutschrechtlichen Ursprunges zu, welche mit dem Besitz und Genuß von Grund und Boden verbunden sind (S. 614 resp. 505.). Und diese Ansicht ist in der Theorie die herrschende geworden,<sup>34</sup> obgleich es an Gegnern derselben, welche die gedachte Beschränkung verwerfen, nicht fehlt.

S. 617—619, und die darin citirte Entsch. v. 28. Mai 1614: „die Reichung einer jährlichen Pension ist genug zur Probirung des possessus.“ Außer Suttinger und Walther bezeugt auch Fr. J. Grenet, Theatrum juris. austr. (1752) S. 395, daß an Gerechtigkeiten aller Art Rechtsbesitz angenommen wurde. Ferner Summa possessionis v. Car. Fel. comes a Wrschowiz, Viennae 1738, cap. V, VI. und VII., eine sehr eingehende Dissertation namentlich kontroverser Fragen (wohl J. J. Oppenritter's Werk wie nach der damaligen Observanz anzunehmen ist), Neumann v. Buchholz, de abusib. prax. Boh. (1731) S. 143—153. Die Landesgesetzgebungen erwähnen nicht alle Fälle des Rechtsbesitzes; daß sie ihn kannten, zeigen die böhm. Stadtrechte R. 47. §. 3. (an Servituten), dann Nr. 3, 16, die erneuerte R. D. v. 1627, Q. 30. S. 15, B. 1. u. 2. (an Jagd-, Fischereirechten), dann der von Leopold im Jahre 1679 kundgemachte Tract. de juribus incorporalibus (Codex Austriacus I. S. 581), 2. Th. §. 17. (Patronat), 6. Th. §. 1. (Zehnt), 16. Th. §. 1. (Dienstbarkeiten). Vgl. Donner, Einl. in die österr. Rechte 1778. II. S. 30 flg., Adnotationes ad Westenberg. Princ. J. usibus Bohemiae acc. (Pragae 1778) II. S. 1007: Sed quot actus requirantur ad quasi poss. juris acquir. . . . Si actus ejusmodi sint, qui rarius et non nisi ex debito putativo conceduntur, v. g. jus dandi suffragium in capitulo, jus conferendi beneficium, praesentandi, eligendi, pensionem exigendi etc. S. auch Ziller, Syst. der bürgerl. Rechtslehre II. 2. Th. 8. Hptst.

34) So die meisten Lehrbücher. Vgl. z. B. Buchta, Pand. §. 137., Vorles. S. 295. Seuffert, §. 113. Holzschuher, II. §. 84. 9. Brinz, §. 33. Sintonis, §. 43. Esmarck, S. 24. Böcking, §. 127. S. 472.; außerdem Hoffhirt, Archiv. VIII. S. 21 flg. Heerwart, Gieß. Zeitschr. XII. S. 291. Duncker, a. a. D. S. 33. Zielonacki, österr. Viert. IV. S. 106. Dagegen stehen auf dem Boden der älteren Theorie u. A. Thibaut, Pand. §§. 203. 230. Geiger, Gieß. Zeitschr. XIII. S. 278. Bluntzschli, §. 56. Nr. 4. Brunß, S. 481 flg., und die Berechtigung derselben anerkennt auch Arndts, §. 129. Nr. 2. Leider verweisen viele Lehrbücher des röm. Rechts die Frage, in welchem Umfange der Rechtsbesitz nach heutigem gemeinen Rechte anzunehmen sei, aus dem Kreise ihrer Untersuchung. Eine anerkenntenswerthe Ausnahme macht Windscheid, P.

Auch in der Praxis dieses Jahrhunderts schleppt sich der alte Streit noch immer fort. Einige Gerichte folgen der Ansicht Savigny's, andere haben sich von der Rechtsübung des vorigen Jahrhunderts nicht entfernt.<sup>35</sup>

§. 464., welcher auch der heutigen gemeinrechtlichen Theorie und Praxis eingehende Berücksichtigung gewährt.

35) Vgl. Entsch. d. D. U. G. zu Zerbst (bei Mathiae, I. S. 122, Präj. 1). „Es ist — heißt es daselbst — zwar nicht zu läugnen, daß die Praxis auf Grund einiger Autoritäten einen Besitz an allen Rechten annimmt; allein wir halten diese Ansicht für irrig; . . . wir finden auch im kanonischen Rechte die possessori- schen Rechtsmittel nur zum Schutze der Ausübung gewisser Rechte, bei denen durchgängig eine gewisse Beziehung auf Grund und Boden existirt. . . .“ Mit Beziehung auf Savigny, Heerwart und Mühlenbruch wird hierauf der angesprochene Schutz des Quasibesitzes des Rechtes „zu kochen, zu braten“ . . . verwehrt. Ebenso das Erkenntn. d. D. Trib. Stuttgart v. 9. März 1830. „Der Quasibesitz findet nur an römisch dinglichen oder nach kanonischem und deutschem Rechte diesen gleichgestellten Rechten statt.“ — Dagegen nimmt das vorm. D. U. G. Cassel Quasibesitz an Gehaltsbezügen der Kirchen- und Staatsdiener an, ebenso das D. U. G. Darmstadt, (Seuff. Arch. I. N. 61. III. 99. XIII. 32.); desgleichen schützt das letztere den Besitz des Rechts, von allen Einwohnern der Gemeinde, welche Kinder in die Schule schicken, gewisse Abgaben, bezieh. von allen Schafe besitzenden Gemeindecinassen gewisse Renten zu fordern, wobei als konstante Praxis bezugt wird: Besitz auch da zu schützen, wo ein an sich nicht reales Recht einen dauernden Charakter hat (Seuff. IX. 126., XII. 340. XIX. 55.); ebenso bezugt das Dresdner D. U. G. (Seuff. XVI. 5.), daß die sächsische Praxis (vor Einführung des b. G. B.) an dauernden Forderungsrechten mit wiederkehrenden Prästationen unabhängig von Grundbesitz Besitz schütze. Ferner wurde in dem Erkenntn. des D. U. G. Wiesbaden (Mathiae, I. S. 123, Präj. 3.) der Quasibesitz der Benutzung eines Kirchenstuhles („mag man nun dies Recht nach Analogie der Superficies oder des Ususfructus beurtheilen“) geschützt und das D. U. G. Cassel nimmt auch bei Familienrechten Besitz an. S. Brunß, S. 422. Nach dem Zeugnisse Seuffert's, Pand. §. 113. Note 4. u. 5, soll heutzutage die Ansicht Savigny's auch in der Praxis des gemeinen Rechtes die herrschende sein. (S. auch Brunß, a. a. D.) Dagegen bemerkt indeß Windscheid, §. 464. N. 5. mit Recht, daß es schwer ist, die Praxis zu konstatiren. Allgemein anerkennt die gegenwärtige Sprachpraxis Besitz: an Grundlasten (insbes. Reallasten); überwiegend: an Jagd- und Fischereirechten, Patronatsrechten, Rentenbezügen, Befolgungen (bes. Seuff., Arch. 13. N. 32.), Präsentationsrechten. Vgl. Seuff. Arch. I. 61. II. 135. III. 99. VIII. 14. 232. IX. 126. XIII. 32. XVI. 5. 168. XVII. 46. XIX. 11. 151. XXII. 233. 249. XXIII. 32. Selbst Eherechtsbesitz nimmt noch an die bei Meißneider, S. 420, citirte Entsch. des Darmstädter D. U. G. v. 1845. und 1859. Vgl. die detaillirtere Uebersicht bei Windscheid, a. D.; auch Meißneider, §. 92. Die Bemerkung des letzteren, S. 421, daß der Rechtsbesitz in der Praxis „nur noch da festgehalten werde, wo die Verfolgung des Rechts selbst wegen der Schwierigkeit des Beweises des Rechtsverlustes daneben die Zulassung eines auf den Beweis der Rechtsausübung gestellten gerichtlichen Schutzes erfordert“ — erscheint durch die Motive der Judikate in keiner Weise gerechtfertigt.

Die bisherigen rechtsgeschichtlichen Ausführungen werden genügend den Gesichtspunkt bezeichnen, der bei der Beantwortung der Frage einzunehmen ist, an welchen Rechten außer den Servituten nach österr. Rechte Besitz anzunehmen sei.

3. Wir stoßen zunächst auf die alte schwierige Kontroverse, inwiefern an obligatorischen Rechten ein Besitz möglich sei. Man hat sich gewöhnt, über diese Frage als angeblich ausliegend vergriffen, mitunter mit Ignorirung der gegentheiligen Meinung ohne Angabe von Gründen oder unter Benutzung einer allgemeinen Redeweise einfach hinwegzugehen.<sup>36</sup> Dieses „Todtschweigen“ ist nicht der rechte Weg, die Kontroverse zum Abschlusse und die gegentheiligen Stimmen zum Schweigen zu bringen.

Gewiß ist zunächst soviel, daß an denjenigen Forderungsrechten, die mit der einmaligen Ausübung erlöschen, ein Besitz nicht denkbar ist. Wie aber rücksichtlich derjenigen obligatorischen Rechte, die eine fortdauernde Ausübung gestatten, wie namentlich bei Reallasten und Bannrechten,<sup>37</sup> bei Renten, bei den Benutzungsbefugnissen aus dem Leih-, Mieth- und Pachtvertrage?

36) Vgl. selbst Savigny, §. 49. Duncker, a. a. D. S. 53. Puchta, Vorl. I. S. 295. Unger, I. S. 546., Note 25. und II. S. 269, N. 56. So bemerkt Sinentis, Civ. §. 43. N. 19.: „Bei Obligationen sei ein Quasibesitz darum unmöglich, weil sich für sie ein Analogon von Besitz im Vergleiche zum Rechte nicht denken lasse.“ — Daß es in der That nicht so sei, ergibt schon eine flüchtige Erwägung. Neuestens hat jedoch Windscheid, II. §. 464., der alten Kontroverse eingehende Behandlung gewidmet und mit Recht darauf hingewiesen, daß — wenn auch die herrschende Doktrin und Praxis nicht geneigt ist, den Besitzschutz bei allen Rechten anzuerkennen, welche eine dauernde Ausübung zulassen — der Besitz prinzipiell bei keinem Rechte ausgeschlossen ist, welches dieselbe zuläßt.

37) Das Verdienst, das rechtliche Wesen der Reallasten nach österr. Rechte zuerst zur wissenschaftlichen Darstellung gebracht zu haben, gebührt Unger, I. §. 63. Was früher von österr. Kommentatoren darüber gesagt worden ist (vgl. z. B. Winwarter, V. S. 180, Rößler, über das Ausgedinge S. 27), zeigt von wenig klarer Anschauung der juristischen Natur der Reallasten. Die Reallasten (z. B. die Zehntpflichtigkeit) sind sowie die Realbannrechte (z. B. der Proportionszwang) obligatorische, durch das Eigenthum oder den Besitz des belasteten Grundstückes gegebene Verpflichtungen. Das Eigenthum, nach Umständen der Besitz (darüber s. Stobbe, d. P. R. II. S. 222) des belasteten Grundstückes ist der obligatorische Verpflichtungsgrund zur Leistung der aus der Reallast oder aus dem Bannrechte hervorgehenden Verbindlichkeiten, welche auf Abgaben in Geld oder Naturalien, z. B. Zehnten, oder auf persönliche Dienstverrichtungen, z. B. Frohnden sich beziehen. Vgl. Gerber, Syst. d. deutsch. Priv. §§. 168. 169. und Jahrb. für Dogmat. II. S. 35, dessen Ansicht Savigny, Obligat. R. I. S. 134. Seuffert, Pand. I. §. 23. N. 4. Hillebrand, D. P. §. 146.



### Daß an Reallasten und Bannrechten ein Besitz möglich

Friedlieb, *Rechtstheor. d. Reall.* (1860) §§. 1. 2. D. Müller, *Beitr.* 3. sächf. L. R. S. 7. auch *Stobbe*, *D. Pr. R.* §. 101. S. 220. — und von österr. Juristen Nagel, *Zeitschr. f. Gesetz. und Rechtspf.* 1860. Nr. 16. und *Vierteilj.* 14. B. S. 75, auch *Krainz*, *Def. G. Zeit.* 1869. Nr. 29 flg. *Gyner*, *Trad.* S. 57. R. 57. *Schiffner*, §. 26. R. 12. 31. u. §. 27. gefolgt sind. Diese Auffassung der Reallasten als durch den Besitz (resp. Eigenthum) des belasteten Grundstückes bedingter Obligationen (oblig. e variis causarum figuris, aus einem Zustande) ist die juristisch allein konstruirbare, und ihrer Anwendbarkeit auf das österr. Recht, in welchem die Reallasten häufig, jedoch offenbar verfehlt „Grunddienstbarkeiten“ genannt wurden, steht Nichts entgegen. (Wie *Roth*, §. 169. R. 12. bemerkt, haben schon *Seuffert*, *Baurecht* 1819. S. 73, und *Puchta*, *Vorles.* [1847] den obligat. Charakter der Reallasten betont). Ich kam daher der Ansicht *Unger*'s I. S. 556—560. (vgl. auch *Wächter*, *Handb.* II. §. 48. *Walter*, *deutschr. Priv. G.* 146—149. *Bluntschli*, *D. P. R.* §. 90 flg., auch *Kirchstetter*, S. 278. *Roth*, §. 169. 22.), daß die Reallasten ein anomales Recht sind, indem sie in ihrer Totalität ein dingliches Recht, dagegen die Verpflichtung zu den einzelnen Leistungen persönliche Obligationen seien, nicht betreten. Denn es ist von vornherein nicht zu rechtfertigen, einem Rechte eine doppelte Natur zuzuschreiben, das Recht als Ganzes von dem Rechte auf die einzelnen Leistungen zu trennen, das eine für ein dingliches, das andere für ein obligatorisches zu erklären. Das Recht „in der Totalität“ ist eben nichts anderes, als das Recht auf die einzelnen sich wiederholenden Leistungen, ist Nichts von diesem qualitativ Verschiedenes. Das Recht der Reallast als dingliches aufzufassen, liegt auch durchaus keine Nothwendigkeit vor, denn gewisse rechtliche Eigentümlichkeiten der Reallast, nämlich die Verbindlichkeit jedwedes Eigentümers des belasteten Grundstückes, die Aufrechterhaltung bei gerichtlichen Zwangsversteigerungen u. erklären sich vollständig auch bei der Auffassung derselben als Obligation, ja folgen aus ihrer Verknüpfung mit dem Eigenthume eines Reales. Ueberdies paßt der Begriff des dinglichen Rechtes (als unvermittelter rechtlicher Herrschaft über eine körperliche Sache) durchaus nicht auf die Reallast, — als einer Berechtigung auf Leistungen, auch nicht auf das Recht in seiner Totalität. Dieselbe Argumentation gilt nach österr. Rechte rückfichtlich der Bannrechte, über deren rechtliche Natur sich selbst *Unger* auszusprechen unterließ, obwohl er sie II. S. 272, R. 64. erwähnt, und irrtümlich — man denke an die Propinationsrechte — bei uns für aufgehoben erklärt. (Die Ablösung gestattet neuest. d. böhm. L. G. vom 11. Mai 1869.) Die hypothetische Verpflichtung zur Abnahme gewisser Bedürfnisse ausschließlich von Bannberechtigten ist eine durch einen bestimmten Zustand, z. B. Gütsunterthänigkeit, Realitätenbesitz, Inkolat, gegebene obligatorische Verbindlichkeit, ja bei dem m. W. einzigen nach österr. Rechte noch heute bestehenden Bannrechte des Propinationszwanges ist die Verpflichtung sogar ausschließlich an den Besitz eines Reales geknüpft. (S. böhm. L. G. v. 11. Mai 1869.) Der Ansicht *Wächter*'s, II. §. 48. S. 320, daß die Bannrechte dem Personenrechte angehören und sich zunächst auf die Beschränkung der natürlichen Freiheit beziehen, kann ich überhaupt nicht, am wenigsten nach österr. Rechte beipflichten. Das personenrechtliche Subjektionsverhältnis mag und ist auch zur Begründung der Bannrechte ausgebeutet worden, der juristische Charakter derselben ist aber ein obligatorischer. Vgl. auch *Gerber*, §. 156. Note 2. Näher steht u. *Mandry*, *G. Arch.* 60. S. 223, Note, der hier nur ohne Grund die e. obligat. vermisst. — Ueber die Unhaltbarkeit der Ansicht derjenigen, welche die Reallasten als hypothetische Forderungen aufzufassen (wie dies namentlich *Schuster*, *Baur.* S. 367, für's österr. Recht thut),

sei, wird allgemein (in Theorie und Praxis) anerkannt, <sup>38</sup> obwohl vielfach mit der angeblich dinglichen Natur der Reallasten erklärt.

Das Gesetzbuch selbst anerkennt die Besitzfähigkeit dieser auf

oder dieselben als erweiterte Dienstbarkeiten darstellen (wie dies von österr. Juristen *Minasiewicz*, *Tabularbesitz* §. 9. Anm. versucht), vgl. besonders *Unger*, I. S. 557—562. Ebenso originell als unrichtig ist die Ansicht von *Mann*, *Untersuch.* über den Begriff der Reallasten (1869); er negirt die selbstständige Rechtsnatur der Lezteren und die Klage auf Leistung geradezu; die Leistungen sind ihm nicht Erfüllung von Obligationen, sondern von Bedingungen; nur der bedingte Rückfall des belasteten Grundstückes an den Berechtigten zwingt zur Prästation. (Dazu *Schmidt* in der *Krit. Viertelj.* 1870 S. 123 flg.) Zu gelinde bezeichnet *Gerber*, *D. Pr. R.* §. 169. R. 3., diese absonderliche Theorie als Verschiebung des Inhalts der Reallast. (Vageg. auch *Stobbe*, a. a. D. S. 318)

38) Vgl. *Kopfhirt*, *Civ. Arch.* VIII. S. 49 flg. *Savigny*, *Recht. d. Bes.* S. 614. *Dunker*, a. D. S. 28—62. *Holzschuher*, II. §. 84. 89. 16. *Seuffert*, §. 113. *Puchta*, *Band.* §. 137. *Arndis*, *Band.* §. 129. und besonders *Zeitschr. N. F.* III. S. 372 flg. *Brinz*, *Band.* §. 33. *Windscheid*, §. 464. *Bruno*, S. 328—341, dann S. 480—483. *Gerber*, *Syst.* S. 170. *Walter*, *System* §. 151. *Stobbe*, *D. P. R.* §. 102. Vgl. ferner die gerichtlichen Entscheidungen bei *Mathiae*, *Kontrov.-Ver.* I. S. 122—125. *Arch. für praktische Rechtsw.* X. S. 28, (Beholdigungsrechte) S. 34, (Gerechtfame auf Faselvieh) S. 37, 38, (Zehnt und ähnliche Abgaben). *Pfeiffer*, *Prakt. Ausf.* II. Nr. 1. 2. 4. S. 119—129, (Rechte auf Lieferung von Salz und Holz zu gewissen Preisen), ferner die in Note 35. angeführten Erkenntnisse aus *Seuffert*'s Archiv; — von österr. Schriftstellern *Pachmann*, S. 109 und 110. Nr. 3. *Winiwarter*, V. S. 180—183. *Rippel*, IX. S. 9 flg. *Ellinger*, *Hdb.* S. 544. *Stubenrauch*, III. S. 702. *Unger*, I. S. 562 und II. S. 268. *Zielonacki*, *Vierteilj.* IV. S. 108. *Kirchstetter*, S. 160. *Gyner*, *Trad.* S. 43 flg. (*Urb. M. Monti*, S. 129, wegen angeblicher Unmöglichkeit der Störung.) Auch die Praxis folgt der gleichen Anschauung, s. d. *Erl. d. D. L. G. Benedig* vom 1. Okt. 1852, §. 7750, in der *Ger. Zeit.* 1856, Nr. 112. *Entsch. v. 12. August* 1863. *G.-S.* 1863, S. 618 u. Nr. 505, 795. *Samml. Gl.-U.-W.* — Nach preuß. Rechte kann über diese Frage kein Zweifel sein, da das Landrecht ausdrücklich Besitz an Patronatsrechten, Bannrechten und Zehnten anerkennt. §. 3. I. 23. §§. 576. 861. 863. II. 11. Vgl. *Bruno*, S. 434. *Bornemann*, I. S. 568. *Temme*, I. §. 62. *Förster*, §. 160. R. 59. *Dernburg*, §. 160. — Für das franz. Recht bestreitet *Planck* die Möglichkeit eines Besitzschutzes an Bannrechten und Reallasten, weil der Besitzwille hier nie deutlich erkennbar sei und weil dieselben einen fortdauernden (einjährigen) Besitz, wie ihn art. 26. C. de P. fordert, nicht zulassen. (S. 173 u. Note 92<sup>a</sup>.) Beide Gründe sind offenbar nicht stichhaltig. Vgl. dagegen die bei *Planck*, Note 87, angeführten Dekrete vom Jahre 1808 u. 1809, wo ausdrücklich an solchen Rechten Besitz anerkannt wird; dann die das. Note 88. angeführten Kommentatoren, insbesondere den maßgebenden *Bothier* (*Tr. de la poss.* 3. S. 256): en général, la jouissance, que j'ai de quelque droit, que ce soit, en est une quasisession; und neuerdings *Bruno*, S. 452, obgleich Rechte dieser Art in Frankreich sehr selten vorkommen dürften, da sie fast durchweg aufgehoben sind. — Das sächf. b. G. B. kennt an Reallasten keinen Besitz (§. 512.), wohl aber das *Bürcher*. G. B. §. 529. und der *bayer. Entw.* III. 42.

Grund und Boden radizirten Rechte ausdrücklich in §§. 1142. 1469. 1470. und 1471., denn unter den „anderen auf fremdem Boden ausgeübten besonderen Rechten“, welche binnen 3 oder 30 Jahren ersehen werden, können nur die Realklasten und die Bannrechte begriffen sein; denn die Servituten sind ausdrücklich daneben genannt; das Pfandrecht aber (nur vom Faustpfande ist hier die Rede, denn der sog. Tabularbesitz der Hypothek gehört auf ein anderes Gebiet) ist kein Gegenstand des Besitzes. Mit der Sprachweise des §. 1469. stimmt die Fassung der Hofd. vom 19. Juli 1792 und vom 15. Mai 1798., in welchen die Zehntgerechtigkeiten (freilich ungenau) „Grunddienstbarkeiten“ genannt werden.<sup>39</sup>

Bisher war von jener Klasse von obligatorischen Rechten die Rede, welche passiv an den Besitz von Grund und Boden geknüpft sind. Wie nun bei den übrigen obligatorischen Rechten, vorausgesetzt natürlich, daß sie eine wiederholte Ausübung ohne Aufzehrung des Inhaltes gestatten, wie z. B. manche der vorgenannten Rechte, wenn sie nicht radizirt sind, die Benutzungsrechte aus dem Bestandsvertrage u. a. Man hat schon mitunter den Besitz von obligatorischen Rechten rundweg für ein „rundes Biered“, für eine juristische Unmöglichkeit erklärt. Savigny, §. 49., und Duncker, a. a. O. S. 53, halten die Annahme eines Quasibesitzes an Obligationen für so unhaltbar, daß sie eine Widerlegung derselben für überflüssig erachten. Die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller (vergl. z. B. Rosshirt, a. a. O. S. 22. Buchta, §. 137. Brinz, I. S. 104. Gerber, §. 170. Note 4. Seuffert, §. 113. auch noch Arndts, §. 218. in den älteren Auflagen [anders aber für das heutige röm. und moderne Recht in den neueren Aufl. §. 129. N. 3. und in der Recens. d. B. Krit. Viertelj. Schr. VIII. S. 385 flg.] und von den österr. Juristen Unger, I. S. 546) verwirft den Besitz an Obligationen aus dem Grunde, weil dieselben eine fortgesetzte Ausübung ihres Inhaltes ohne Aufhebung des Rechtes nicht zulassen, weil die volle Ausübung der Forderung dieselbe aufhebt. Allein dieser Grund trifft bloß rücksichtlich derjenigen obligatorischen Rechte zu, welche mit der einmaligen Ausübung erlöschen, z. B. die Rechte aus einem Darlehens-, Kauf-, Tausch-Vertrage. Daß an solchen Rechten, mögen dieselben

39) Vgl. auch Winiwarter, V. S. 181.

nun dingliche oder obligatorische sein, kein Besitz denkbar sei, wurde bereits am Eingange dieses Paragraphen auseinandergesetzt. Dieser Grund trifft aber nicht zu rücksichtlich jener obligatorischen Rechte, von denen eben die Rede ist, nämlich welche eine wiederholte Ausübung des Inhaltes ohne Aufhebung gestatten.<sup>40</sup> Mit Recht haben daher neuestens Arndts, §. 129. N. 3. (6. u. 7. Aufl.), Windscheid, §. 464. N. 1 (4. A.), der herrschenden Theorie den Scheidebrief gegeben: „In der That — sagt Windscheid — kann die Frage nur die sein, ob es Obligationen gibt, welche eine dauernde Ausübung zulassen; daß, wenn es solche gibt, an ihnen auch Besitz denkbar ist, sollte nicht bezweifelt werden; weder der Begriff des Besitzes noch der der Obligation legt irgend welche Schwierigkeit in den Weg.“ Vgl. auch Bruns, Besitzlagen S. 243, welcher bemerkt: daß für das heutige gemeine Recht der einzig mögliche Standpunkt, von dem man dem Miether und Pächter den possessorisches Schutz zuwenden könnte, der des Quasibesitzes nach Analogie des Nießbrauches sei.<sup>40a</sup>

Als fernerer Grund für die Unmöglichkeit des Besitzes an Obli-

40) Ueber die Auffassung Stobbe's, vgl. N. 8a. Wenn Unger, I. S. 545 und 613, und Arndts, §. 92., den Unterschied zwischen dinglichen Rechten und Realklasten einerseits und obligatorischen Rechten andererseits unter anderem auch darin finden, daß die ersteren eine fortwährende Ausübung ohne Erschöpfung gestatten, während bei letzteren die (einmalige oder wiederholte) Geltendmachung „das Recht erschöpft, woran auch der Umstand nichts ändere: daß die Leistung in gewissen Terminen wiederkehrt oder in einem längere Zeit dauernden Innehaben oder Gebrauchen einer Sache besteht, weil mit der jedesmaligen Geltendmachung des Rechtes ein Theil des Inhaltes des Rechtes konsumirt werde“, so kann dieser Unterschied als durchgreifender nicht zugegeben werden. Denn abgesehen davon, daß auch die gewiß dauernden Realklasten obligatorische Rechte sind, so ist die fortwährende Ausübung ohne Erschöpfung dem dinglichen Rechte weder wesentlich noch ausschließlich eigentümlich. Man denke an die dinglichen Rechte des Nießbrauches, der mit dem Tode des Fruchtars erlischt, des Pfandrechtes, ja selbst des sog. Nutzungseigentumes, — der betagten dinglichen Rechte nicht zu gedenken, — Rechte, die theils sofort mit der einmaligen Ausübung, theils nach wiederholtem Gebrauche erlöschen, und bei denen doch auch mit der jedesmaligen Geltendmachung ein Theil des Inhaltes konsumirt wird. Die Unererschöpflichkeit ist also kein wesentliches Moment der Dinglichkeit der Rechte; sie ist dieser aber auch nicht eigentümlich, auch manche obligatorische Rechte als Realklasten, Bannrechte haben den Charakter der Unererschöpflichkeit.

40a) Die moderne Praxis, sagt Bruns, S. 243 flg., hat sich dies populär gedacht und angenommen, daß der Pächter die Sache unmittelbar nutzen wolle, sie habe sein Verhältniß „soweit verdinglicht“, daß die Ausübung des Rechts auch Dritten gegenüber real hervortritt. Dem Einwande, daß diese Auffassung der Geschichte nicht entspreche, begegnet Bruns mit der Bemerkung, daß der heutigen Jurisprudenz die theoretische Begründung ebenso frei stehe, wie der römischen.

gationen wird mitunter angeführt, „daß das Objekt des Rechtes der verpflichtete Wille des Schuldners sei, und dieser, da dessen Wesen Freiheit ist, nicht besessen werden könne“ (vgl. Rierulff, I. S. 364). Sonderbar! Wie kommt es denn, daß dieser Wille rechtlich unterworfen sein kann? Wenn vom Privatrechte „als Macht des Willens über den Willen“ die Rede ist, so hat dies doch nur den Sinn, daß das allgemeine Medium und der endliche Erfolg der Ausübung jedes Rechtes eine gewisse Herrschaft über den Willen Dritter ist. In der That kann es sich also nur darum handeln, ob eine Herrschaft, wie sie die Obligation über fremden Willen rechtlich gewährt, auch faktisch möglich sei. Und dies kann doch keinem Zweifel unterliegen. Denn hat nicht derjenige, dem ein Zehent bereits mehrmals geleistet wurde, oder der faktisch ein Grundstück als angeblicher Pächter benützt, nicht ebensogut die faktische Möglichkeit der Wiederausübung des Rechtes, wie der Zehntherr oder Pächter die rechtliche? <sup>41</sup> <sup>42</sup> Vgl. Hartmann, Die Obligation S. 161 ff.

Schließlich sind noch die Gründe zu erwähnen, welche diejenigen österr. und preuß. Schriftsteller anführen, welche sich gegen den Besitz an obligatorischen Rechten erklären. Bachmann, a. a. D. S. 109,

Auch Paulus läugne noch in der bekannten L. 4. §. 27. D. de usuc. die Möglichkeit des Besitzes und der Dejektion bei Rechten (nec possidere intelligitur jus incorporale, nec de via quis i. e. mero jure detruditur) und noch bei Ulpian sei der Ususfructus nur durch ein I. U. P. utile geschügt. (Vat. fr. 90. 91.), während die Pandekten unter Ausmerzung des „utile“ das allgemeine I. U. P. zum Schutz desselben gewähren.

41) Vgl. Bruns, a. a. D. S. 481. Arndts Krit. B. Schr. 8. S. 386, und Sinenis, §. 43. Note 19. Oft wird die Möglichkeit des Besitzes an Forderungsrechten darum geläugnet, weil diese nicht körperliche Gegenstände zu ihrem unmittelbaren Objekte haben, somit keine Analogie zwischen dem Verhältnisse des Gläubigers zu dem Objekte seines Rechtes und dem Verhältnisse des juristischen Besitzers zu dem Gegenstande des Besitzes vorhanden sei (Böcking, P. §. 126.). — Dieser Grund trifft wohl zu für das römische Recht, welches in der That nur an dinglichen Nutzungsrechten eine quasipossessio anerkennt; allein er entfällt für das heutige gemeine Recht, und die neueren Modifikationen (die sächs. ausgenommen), welche ungewisselhaft an Reallasten, Patronats-, Jurisdiktions- und anderen Rechten Besitz annehmen, obwohl keines dieser Rechte körperliche Sachen zu seinem unmittelbaren Objekte hat. Und wie reimt sich mit jenem Grunde die gleichzeitige Bemerkung, daß die Ausdehnung des Quasibesitzes auf die letzterwähnten Rechte ganz konsequent sei? (Böcking, §. 126. S. 472. Meißcheider, S. 427.)

42) Man wende nicht ein: nur das Gesetz könne jene rechtliche und faktische Möglichkeit sicherstellen; denn letztere bedeutet bloß die Wahrscheinlichkeit ungeörter Wiederausübung — und diese ist beim Quasibesitz nicht geringer als die Herrschaft über entfernte Grundstücke. Vgl. S. 324.

dem im Wesen Dracki (Zeitschr. f. R. u. St. 1829. I. S. 342) folgt, und Temme, I. S. 218, wollen Besitz an Forderungsrechten aus dem Grunde nicht zugeben, weil das Besitzrecht unter die dinglichen Sachenrechte zu zählen und als Substrat desselben ein persönliches Sachenrecht gelten zu lassen unthunlich erscheine. Dagegen ist bloß zu bemerken, daß der Besitz kein dingliches Sachenrecht — überhaupt kein Recht, sondern Faktum ist, wie doch Bachmann selbst, S. 69, anerkennt. — Winwarter, V. S. 189, (auch Stubenrauch in d. 1. Ausg. III. S. 703<sup>41a</sup>) begründet seine Ansicht, daß Forderungen kein Gegenstand der Ersetzung sind (die Besitzfrage wird nicht selbstständig besprochen, damit, daß die obligatorischen Rechte stets einen besonderen Grund voraussetzen, durch den eine Person einer anderen zu einer Leistung verbunden wird (§. 859.). „Ist nun dieser Grund vorhanden, so entsteht das persönliche Recht; mangelt er gänzlich oder ist er ungültig, so gelangt man auch nicht in einen solchen Besitz, welcher durch die Fortsetzung zum wirklichen Rechte werden könnte, denn das ohne Grund Geleistete könne, wenn ein Irrthum vorliege, zurückgefordert werden (§. 1432.). Wurde aber mit Bewußtsein geleistet, so finde zwar die Rückforderung nicht statt, aber es könne daraus keine Verpflichtung zu künftigen Leistungen hergenommen werden, da darin keine stillschweigende Uebernahme der Verpflichtung für die Zukunft liege.“ — Abgesehen davon, daß sich diese Argumentation zunächst auf die Ersetzung bezieht, beruht dieselbe auf einer Verwechslung zwischen dem Inhalte und dem Objekte der obligatorischen Rechte; Inhalt derselben ist der Anspruch auf eine bestimmte Leistung eines Dritten, möge nun diese im Geben einer Sache (dare) oder in der Vornahme einer Handlung vom Vermögenswerthe (facere) bestehen; als Objekt desselben aber erscheint die vorzunehmende Leistung (das dare facere). Die in Erfüllung der Obligation geleistete Sache, das sogenannte mittelbare Objekt <sup>42</sup> der Oblig-

41a) In der 2. Auflage seines Kommentars hat sich jedoch Stubenrauch, I. S. 427, der von mir in der österr. Viertelj. XI. S. 22, vertheidigten Ansicht, daß Besitz an Obligationen mit wiederholten Prästationen möglich sei, angegeschlossen.

42) Es ist hierbei nur zu bemerken, daß hier der Begriff „(mittelbares) Objekt des obligatorischen Rechtes“ in einem anderen Sinne genommen ist, als in welchem man vom Objekte dinglicher Rechte spricht; Gegenstand dinglicher Rechte ist die körperliche Sache: und läßt sich dieser vom Inhalte derselben: der ganz-

gationen ist es, welche Winwarter a. a. D. vor Augen hat, wenn er davon spricht, daß die aus Irrthum geleistete Sache nicht usukapirt, die mit Bewußtsein ohne obligatorischen Grund gegebene keine Verbindlichkeit für die Zukunft begründen könne. Er übersteht dabei aber, daß es sich ja nicht um den Besitz der geleisteten Sache, sondern um den Besitz des obligatorischen Rechtes auf Leistung von Sachen handelt, und daß seine Beweisführung auf Obligationen, die in einem Thun bestehen, gar nicht zutrifft.<sup>43</sup> Uebrigens hindert offenbar das wirkliche Entstehen eines Rechtes (erster Fall, den Winwarter setzt) ebensowenig das gleichzeitige Entstehen seines Besitzes, als sein Nichtentstehen (zweiter Fall, den Winwarter setzt). Nicht das ist die Frage, ob eine obligatorische Leistung mit Grund oder ohne Rechtsgrund erfolgte, sondern ob sie überhaupt erfolgte und eine Wiederholung zuläßt (§§. 312. u. 313. A. b. G. B.). Wie wäre auch sonst ein unrechtmäßiger Besitz denkbar! Uebrigens scheint Winwarter selbst in der Note S. 191, ad 4. und II. S. 32, die Möglichkeit des Besitzes von Forderungsrechten anzuerkennen.

Nicht mit mehr Erfolg könnte zur Begründung der hier bekämpften Ansicht die Erwägung angeführt werden, daß sich bei obligatorischen Rechten ein Besitzschutz praktisch nicht als nothwendig herausstelle, zumal sie nicht wie die dinglichen Rechte absolut sind, daher die Person des eventuellen Verlegers auf die des Verpflichteten beschränkt ist.<sup>43a</sup> Denn abgesehen davon, daß auch manche obliga-

lichen oder theilweisen Herrschaft über eine Sache, wohl unterscheiden. Bei obligatorischen Rechten besteht der Inhalt in dem Anspruche auf eine Handlung des Dritten, und ist auch hier der Inhalt vom Objekte: der Leistung (Handlung) selbst ganz gut zu trennen. Ich kann daher der Ansicht Unger's, I. S. 500 u. 544, daß sich bei obligatorischen Rechten Inhalt und Gegenstand nicht in der Art, wie bei dinglichen unterscheiden lasse, nicht beitreten, und liegt wohl der Grund von Unger's Ansicht in der (wohl nicht richtigen) Definition des Inhaltes obligatorischer Rechte als Leistung Dritter, während doch der Inhalt in dem Anspruche auf die Leistung besteht. So wesentlich auch Hartmann, a. D. trotz S. 160.

43) Die geleistete Sache übergeht mit der Tradition nicht bloß in den Besitz, sondern sogar ins Eigenthum des Uebernehmers, was Winwarter wieder übersehen. Der von Stubenrauch zu der Ausführung Winwarter's hinzugefügte Grund, daß nach §. 1478. jede Erfügung eine Verjährung in sich begreife, und daß bei Erfügung einer Obligation nicht abzusehen sei, worin das „verjährte“ Recht bestehe — behebt sich durch die Hinweisung auf die unrichtige Textirung des §. 1478. Vgl. Unger, II. S. 274, Nr. 15.

43a) Dahin scheint die Bemerkung Savigny's, S. 141, 6. Aufl., S. 130

torische Rechte quasidinglichen Charakter annehmen können,<sup>44</sup> daß ferner, sofern dieselben in der Benutzung einer fremden Sache bestehen, Störung der Ausübung durch Dritte möglich ist, — kann das angeblich geringere Bedürfnis eines Besitzschutzes kein Grund sein, die Zulässigkeit desselben prinzipiell zu läugnen.<sup>44a</sup>

Koch endlich läugnet S. 111 flg. den Besitz an „bloß obligator. Rechten, weil eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Verletzung derselben nicht möglich sei. Denn die Leistungsverweigerung könne doch nicht als solche angesehen werden?“ — Wie kommt es denn aber, daß Koch an Realkasten Besitz anerkennt und wohl anerkennen muß? Die Ausflucht daß der Berechtigte, bei diesen, selbst wenn sie bloß in Geldabgaben bestehen, die Früchte des Grundstückes zu seiner Befriedigung nehmen kann, ist nicht nur sachlich unrichtig, sondern entfremdet auch den gedachten Widerspruch Koch's durchaus nicht. Sollte sich aber Koch auf den §. 150. I. 7. stützen wollen, so setzen wir ihm seine eigene, ganz richtige Bemerkung (S. 260) entgegen, daß der nicht wohl erwogene Ausdruck „solchergestalt“ nicht so genau zu

7. Aufl., zu zielen: „Für die Quasipossessio des Miethers fehlt es an einem selbstständigen Rechtsverhältnisse, woran diese angeknüpft werden könnte. Hauptsächlich ist aber kein praktisches Bedürfnis einer künstlicheren Behandlung vorhanden, da der Miether stets eine Kontraktssklage hat, wodurch er den Schutz des Vermiethers in Anspruch nehmen kann.“ — Ist etwa das Miethsverhältnis kein selbstständiges Rechtsverhältnis? Bedarf der Miether eines Schutzes in der Ausübung seines Rechtes, besonders gegen Dritte, oft nicht vielmehr als der Usufruktuar, dem gegen Jedermann, der sich einen Eingriff in sein Recht erlaubt, die *concessoria* zu Gebote steht? — namentlich wenn der mittelbare Schutz des Vermiethers in Folge seiner Abwesenheit, Prozessescheu etc. dem Miether entzogen bleibt? Gerade das praktische Bedürfnis eines unmittelbaren Schutzes gegen Dritte rief im sächs. G. B., welches einen Rechtsbesitz an obligatorischen Rechten nicht anerkennt, die Bestimmung des §. 208. hervor, der zu Folge auch dem bloßen Inhaber die Besitzklagen zustehen, wenn er eine Sache zur Benutzung (oder Sicherheit) inne hat. Vgl. Siebenhaar, Komm. S. 204.

44) So nach österr. Rechte durch die Eintragung in die öffentl. Bücher. Vgl. §. 1095. A. b. G. B., §. 9. G. G., Unger, I. S. 548 und oben §. 5. Nr. 2.

44a) In ähnlicher Weise befreitet Temme, I. §. 62., die Möglichkeit des Besitzes obligatorischer Rechte. Das Institut des Quasibesitzes als ein exceptioneller Zustand sei nämlich nur in soweit auszudehnen, als das Bedürfnis gehe; ein solches könne aber bei bloßen Forderungsrechten nie eintreten. Ueberdies sei bei denselben weder Beeinträchtigung noch Entsetzung denkbar. — Allein irrig ist die Voraussetzung, daß der Quasibesitz im Sinne des L. R. als ein exceptioneller Zustand erscheine; willkürlich ist die Behauptung, daß derselbe nur insofern anzuwenden sei, als das Bedürfnis reiche; unrichtig endlich der Einwand, daß eine Störung und Entsetzung bei obligatorischen Rechten unmöglich sei (arg. §. 126. I. 7.).

nehmen sei. Gegen die Koch'sche Begründung, welche auch in einem Erkenntniß des Obertribunals — (Entsch. 10. Nr. 1428.: „der Verweigerung der Leistung fehlt . . . der Charakter der Gewalt und Eigenmächtigkeit“) — Anerkennung fand, erklären sich nun auch Förster, §. 159. Nr. 41. Dernburg, §. 160. Nr. 9. und Meißcheider, S. 404 flg.<sup>44b</sup> Ueber die Ansicht dieser Schriftsteller Nr. 9. dieses §.

Aus dem Vorstehenden geht nun hervor, daß kein juristischer Grund vorhanden ist, den Besitz an obligatorischen Rechten, die eine wiederholte Ausübung gestatten, prinzipiell für unmöglich zu erklären. Vielmehr muß insbesondere nach österr. Rechte die Möglichkeit ihres Besitzes bei der ganz allgemeinen Fassung des §. 311. des G. B. anerkannt werden,<sup>45</sup> und dieselbe Ansicht drängt sich nach preussischem Rechte auf.<sup>46</sup> Es ist in der That auch gar nicht einzusehen, wa-

44b) Ganz richtig bemerkt Dernburg, a. a. D.: Nimmt man einmal Besitz bei solchen (affirmativen) Rechten an, so ist die Eigenmächtigkeit im Fall der Unterlassung der Leistung kaum in Frage zu stellen, und daß ein Possessorium nicht bloß im Falle . . . wirklicher Gewalt zulässig ist, erscheint ohnedem zweifellos.

45) Bemerkenswerth ist, daß die Wiener Fakultät zu §. 343. G. B. den Antrag stellte, neben dem Besitz des dinglichen Rechts auch den Besitz persönlicher Rechte zu erwähnen, damit auch der Miethsmann die Kaution fordern könne. Dieser Antrag wurde zwar von der Redaktionskommission abgelehnt, da auch nach R. N. der Miether die cautio damni inf. nicht beanspruchen könne, — allein der behauptete Besitz persönlicher Rechte wurde von keiner Seite beanstandet. (Protokoll der G. S. Komm. vom 25. April 1803.) — Unserer Ansicht sind von den österr. Schriftstellern Nippel, IX. S. 10, Winwarter, II. S. 32 (?). Ellinger, Handb. S. 544, letzterer mit der im Texte ausgeführten Beschränkung, Wittig, Zeitschr. f. R. und St. 1831. II. B. S. 2 flg. v. Helm, Haimel's Mag. XIII. S. 354 flg. Weiske, Ger.-Ztg. 1857 Nr. 95. und 96.; dann Brunß, S. 458. Arndts, Krit. Uebersch. I. 358. Windscheid, §. 464. und neuerlich in der 2. Aufl. f. Komm. I. S. 427 auch Stube nrauch (vgl. Note 41a). Kirchsteiner, S. 161, Note 4. Doch sind die von Nippel a. a. D. angeführten Gründe, mit Ausnahme der Berufung auf den §. 1471., der ein Beispiel des Besitzes eines obligatorischen Rechtes zu enthalten scheint (vgl. jedoch Note 56. d. §.), unwesentlich. — Offenbar vergriffen ist der von Wittig a. a. D. für die Besitzfähigkeit der Pachtrechte angeführte Grund, daß der Pächter durch die Uebergabe des Gutes den Naturalbesitz des Rechtes auf die Nutzungen des Gutes und mit diesem die an den Besitz geknüpften dinglichen Rechte erlange; — der Pächter habe dann ein dingliches Recht. — Nur weiter ausgeführt wird dieser Grund von Helm, a. a. D. S. 386 flg. Allein auch die Begründung Weiske's, der den Besitz an persönlichen Sachrechten läugnet, dagegen den Besitz an Bestandrechten darum behauptet, weil dasselbe ein dingliches Recht (Eigenthum am Gebrauche) sei, ist offenbar verfehlt und trägt willkürlich angeblich deutschrechtliche Spezialitäten ins Gesetzbuch hinein.

46) Mit dieser Ansicht stimmen Bornemann, I. S. 562. flg. Gräwell,

rum z. B. an dem Rechte auf den Bezug jährlicher Renten, oder an dem Benutzungsrechte aus einem Pachtvertrage ein Besitz, d. i. die thatsächlich bewährte faktische Möglichkeit der Ausübung ihres Inhaltes zu läugnen wäre, während hingegen an dem radizirten Rentenrechte und am Ususfruktus, welche doch den gleichen Inhalt haben oder doch haben können, ein Besitz unbestritten zugegeben wird. Welch' wesentlicher Unterschied besteht zwischen dem Benutzungsrechte aus dem Ususfruktus und dem Bestandrechte in der wirklichen Ausübung und der Möglichkeit der Verhinderung derselben durch den Eigenthümer, resp. Verpächter und durch Dritte? Etwa die Dinglichkeit? Aber diese tangirt nur den Charakter des Rechtes, nicht den seiner

Besitz S. 34. Brunß, S. 434. Dernburg, §. 160. Nr. 9., welcher mit Recht bemerkt, daß die entgegengesetzte Ansicht des Obertribunals (Präf. Nr. 1428. Entsch. X. S. 101) ganz unzureichend begründet ist. (Die Motive finden nämlich in der Verweigerung der Leistung keine Gewalt.) „Doch wir haben es hier mit einem bloßen Scheingrunde zu thun; in Wahrheit . . . sucht man nach Vorwänden, um es (das Possessorium) auszuschließen.“ Auch Meißcheider, §. 89. S. 402—404., erklärt sich gegen diese Motivirung und gegen die Beschränkung des Possessoriums auf radizirte Rechte. Dagegen beschränken den Besitz auf Realassen, Bannrechte und auf Forderungsrechte mit wiederkehrenden Leistungen bei „fortdauernder Existenz des Verpflichteten“ Korte, Gruchot's Beitr. V. S. 136, 139 flg., und Förster, §. 159. Nr. 23. 30., obgleich dieselben übrigens an Pacht-, Mieth-, Kommodatsrechten und Kapitalzinsen Besitz anzunehmen gezwungen sind. (21. I. 229. 258. 7. I. 192. 232.) Gegen diese Auffassung vgl. das oben Note 9. Bemerkte. Für die beschränkende Auslegung ist auch Temme und Koch, a. a. D., welcher Letztere jedoch in f. Komm. I. S. 396, Note 6. und S. 415, Note 45., prinzipiell anerkennt, daß das Landrecht den Begriff des Besitzes „auf alle Arten von Rechten, auch auf obligatorische, nicht mit dem Besitz einer Sache verbundene Rechte“ angewendet habe. Die Beschränkung des Besitzes auf dingliche und radizirte Rechte ist um so weniger gerechtfertigt, als das Landrecht ausdrücklich an persönlichen Bannrechten, Patronatsrechten, Zehnten, ja selbst an „verzinslichen Kapitalien und anderen nutzbaren Rechten“ (§. 3. I. 22. §. 192. I. 7.) Besitz anerkennt. Daß die Frage trotzdem so bestritten ist, hat, wie Brunß, S. 434 Note, mit Recht bemerkt, wohl darin seinen Grund, daß Manche nicht recht bedacht haben, daß Savigny's Buch erst 10 Jahre nach Vollendung des L. R. geschrieben wurde. — Die preussische Gerichtspraxis theilt fast durchwegs die im Texte vertheidigte Ansicht. Vgl. d. Erf. d. D.-Tr. v. 6. Nov. 1843 (Besitz affirmativer und negativer obligat. R.), v. 26. März 1860. (Genuß eines Grundstückes auf Grund eines Dienstvertrages in partem salarii — dagegen Erf. v. 9. Januar 1849. — sämmtlich bei Koch, Komm. I. S. 396, Note 6.; dann Erf. v. 8. März 1839 (Besitz eines Schulzenamtes) bei Koch, S. 416, Note 47a.; Erf. v. 18. März 1857 (Besitz des im Patronatsrechte enthaltene Rechtes auf Rechnungslegung und Mitverwaltung des Kirchenvermögens) bei Koch, S. 416, Nr. 48; Erf. v. 14. Juli 1863 (Verpflichtung, einen Grenzsaun zu erhalten) bei Striethorst, Arch. 2. F. I. Nr. 74. Ueber den Besitz an Pacht- und Miethrechten besteht kein Streit. S. Note 47.

Ausübung.<sup>47</sup> Bemerkenswerth sind in dieser Beziehung die Worte Arndts' (Krit. Ueberschau, I. S. 358): „Von Seite der juristischen Konsequenz läßt sich Nichts dagegen einwenden, daß man den Begriff des Rechtsbesitzes und dessen praktische Bedeutsamkeit weiter ausdehne, als es im röm. Rechte geschehen ist. Er beschränkt sich auch nicht nothwendig auf dingliche Rechte, ja nicht einmal auf Vermögensverhältnisse, nur darauf kommt es an, daß sich bei

47) Es bedarf daher nicht erst der Verweisung auf den Charakter der Absolutheit, den das Bestandrecht durch die Intabulation erlangt, um den Unterschied zwischen dem dinglichen und obligatorischen Benutzungsrechte auf Punkte zurückzuführen, die bei der Frage über die Möglichkeit eines Besitzes an beiden völlig irrelevant sind. (Daß im Wesen des Bestandrechtes Nichts liegt, was de I. f. der Auffassung desselben als dinglichen Rechtes widerspräche, ist schon oft bemerkt worden. Vergl. Bluntschli, d. Priv. R. I. §. 104. und Weiske, Ger.-Ztg. 1857. Nr. 95. Arndts, Krit. Uebersch. I. S. 358.). — Nach preuß. Rechte haben Pächter, Miether und Kommodatäre den Interdiktionsschutz nicht nur als (unvollständige) Sachbesitzer, sondern auch als Rechtsbesitzer, wie selbst diejenigen zugeben, welche den Besitz an obligatorischen Rechten läugnen, wie namentlich Koch, S. 45. 302., indem sie sich auf die dingliche Natur des Leih- und Bestandrechtes nach preuß. Rechte berufen. (Die Dinglichkeit läugnet jedoch wieder Koch selbst, Ford. III. S. 905. flg. s. auch Temme, I. §. 32.) — Das sächs. Recht gibt dem Pächter, Miether, Leiber die Besitzklagen als Inhabern, die die Benutzung der Sache haben. §. 208. — Das bayr. Recht anerkennt Schutz des Rechtsbesitzes im weitesten Umfange. Vgl. Roth, bayr. Civilt. §. 130. 2. (Kraittmayr bemerkt zu L. R. II. §. 2.: „Da auch alle jura incorporalia und zwar ohne Unterschied zwischen realia und personalia possessionem zulassen“ . . .) Insbesondere wird Besitz anerkannt an Patronat, Kommodat, Pacht, Miete, Firmen-, Kapitalszinsen, Firmen- und Urheberrechten, Familienrechten, (Roth, a. a. D. Heusler, Gew. S. 451.) — Auch das Züricher. G. B. §. 490. u. der Hessische Entw. eines b. G. B. erkennen bei Pacht, Miete, Leihe in gleicher Weise Besitz an, wie bei der Nutzung. Dagegen schließt der bayr. Entw. III. §. 42. den Rechtsbesitz bei allen aus Schuld- oder Familienverhältnissen entspringenden persönlichen Rechten aus. Bemerkenswerth sind übrigens die Worte Bluntschli's zu §. 529. Züricher. G. B.: „Unser Gesetz will hier den Begriff des Besitzes nicht abschließen, aber auch nicht der weiteren Entwicklung der Wissenschaft und Praxis vorgreifen. Es läßt sich z. B. auch ein Besitz von Familien- und Ständerechten, des Autorrechts u. s. f. denken.“ — Wir finden in dieser Ausdehnung des Rechtsbesitzes keine Nachklänge der altdeutschen Gewere an Mieth- und Pachtrechten, wie Bluntschli (s. dagegen Note 28, 29), sondern vielmehr das Streben, einem im praktischen Leben gefühlten Bedürfnisse entgegenzukommen. — Ob der Bestandnehmer nach franz. Rechte als Rechtsbesitzer die Besitzklagen habe, ist bestritten (der Praticien franç. gibt sie ihm als Detentor — gewiß ohne Grund — s. Planché, Note 19). Wir sehen im art. 23. C. de P. C., welcher einjährigen, ruhigen Besitz als Bedingung des Besitzschutzes fordert, kein Hinderniß der Anwendung desselben auf die einer dauernden Ausübung fähigen Rechte überhaupt und auf die Bestandrechte insbesondere. Vgl. auch Bruns, S. 452 u. oben Note 38. Dagegen beschränkt die herrschende Ansicht (auch Zacharia-Puchelt, §. 187 b.) den Besitzschutz auf Dienstbarkeiten. S. indeß auch Zacharia, a. a. D. Note 4, 7. — Das ital. G. B. §. 685. spricht nur von dinglichen Rechten.

einem Rechtsverhältnisse eine bestimmte thatsächliche Manifestation als etwas dauerndes denken lasse, ohne daß dadurch das Recht, selbst wenn es existirte, ein Ende hätte. Die Anerkennung eines solchen juristischen Verhältnisses bei Pacht und Miete insbesondere erscheint um so unbedenklicher, wenn man dem Pächter und Miether ein auch gegen den Singularaufsetzer geltend zu machendes . . . Recht beilegt.“ (Aehnlich Krit. V. Schr. 8. S. 386 flg.)

In der That hat die österreichische Gerichtspraxis keinen Anstand genommen, auch an obligatorischen Rechten, namentlich am Bestandrechte einen Besitz anzuerkennen (vgl. Note 51.). Daß diese Auffassung auch die der Verfasser des b. G. B. war, ist bei der ganz allgemeinen Fassung des §. 311. mit Grund zu vermuthen, da sowohl die ältere, bis in die Gegenwart<sup>48</sup> herabreichende Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes, als das kurz zuvor erschienene preuß. L. R. den Besitz an obligatorischen Rechten zuläßt. Die Savigny'sche Theorie scheint indeß auch auf unsere legislatorischen Kreise in der Folge nicht ohne Einfluß geblieben zu sein. Beweis dessen das nachstehende Gutachten der ehem. Hofkomm. in Justizgesellsch. und der obersten Justizstelle v. J. 1844, das von Schenk, Destr. Summ. Proz. S. 76, mitgetheilt wurde. „Wenn in den Vorschriften (sc. des A. b. G. B.) auch von einem Schutze in dem Besitze bloßer Rechte die Rede ist, — heißt es darin, — so können darunter abermals nur solche Rechte verstanden werden, an welchen ein Besitz im Sinne des A. b. G. B. möglich ist, was bei dem Bestandnehmer, welchem selbst in Beziehung auf den Gebrauch der Sache, den Fall des §. 1095. b. G.

47a) Heusler, Gewere S. 464, erklärt sich gegen den Besitzschutz der Usufruktuar, Pächter etc., zumal auch das deutsche Recht eine Gewere des Pächters nicht anerkenne und Kollisionen mit dem Sachbesitzer zu befürchten seien. Allein die letztere Befürchtung ist nicht begründet, da doch der Besitzschutz nur gegen Eigenmacht ankämpft. Was aber das historische Bedenken betrifft, so bemerkt S. selbst S. 468, daß die Theorie des Besitzschutzes aus dem deutschen Rechte keine Nahrung schöpfen könne, weil dasselbe keine „eigentlichen Besitzklagen“ ausgebildet habe. Ueber Meischer's Ansicht vgl. N. 25 a.

48) Die Besitzfähigkeit dauernder obligat. Rechte anerkennen von neueren gemeinrechtlichen Schriftstellern namentlich Thibaut, §. 203. und 230. Geiger, N. F. XIII. S. 279. Höpfer, Beschr. S. 45. Bruns, S. 481, Klagen S. 238. Bluntschli, §. 56., neuestens Arndts, §. 129. Roth, §. 130. und Windscheid, §. 464., während Stobbe, §. 76., den Rechtsbesitz nicht über den durch die Gewere des deutschen Rechtes gezogenen Kreis ausdehnen, also nur an räumlichen Obligationen Besitz anerkennen will.

B. ausgenommen (?), kein dingliches, sondern nur ein persönliches Vertragsrecht zukommt, keineswegs eintritt.“ — Worauf hin der Rechtsbesitz des b. G. B. auf dingliche Rechte beschränkt wird, ist nicht gesagt, und wir können, so sehr wir auch de lege ferenda eine zu weite Ausdehnung desselben scheuen, für die behauptete Beschränkung keinen genügenden Anhaltspunkt finden.

Aus den früher entwickelten Gründen nehmen wir keinen Anstand, einen Besitz nicht bloß an Rechten, welche auf ein Unterlassen<sup>48a)</sup> und auf gewisse wiederkehrende Leistungen gerichtet sind, z. B. an Renten, <sup>49</sup> sondern auch an Benutzungsrechten aus dem Pacht- und Mietvertrage, <sup>50</sup> und aus dem Commodat, sowie an Retentionsrechten (art. 313 flg. §. G. B.), <sup>50a)</sup> an dem Se-

48a) Vgl. Windscheid, §. 464. N. 1.

49) Vgl. Windscheid a. a. D. Roth, §. 130. Stobbe, §§. 76. u. 102. III. Abt. Anf. Monti, S. 129 (f. N. 38). In den bei Seuffert, Arch. XII. 340. und XIII. 32. XXIII. 32. angeführten Entsch. wird auch der Gehaltsbezug possessoriisch geschügt. Das Mißliche einer solchen Anwendung verkennen wir nicht.

50) Auch bei Benützung von Sachen, z. B. einer Wohnung oder eines Grundstückes auf Grund von Dienstverträgen (in partem salarii). Vgl. Note 46 und Roth a. a. D. Brunß, Besitzklagen S. 242 flg. (f. Note 40a). Rückfichtlich der Renten hat selbst Unger noch in der Schrift über den sächs. Entwurf die Möglichkeit des Besitzes zugegeben, aber diese Ansicht, Ept. II. S. 269, N. 56, zurückgenommen. Besitz am Benützungsrechte aus dem Bestandvertrage nehmen von österr. Schriftstellern nicht nur die in der Note 45 Genannten, sondern nimmt auch allgemein die Gerichtspraxis an, vgl. z. B. das Erf. des obersten G. S. vom 17. August 1858, Z. 9299. Ger. Ztg. 1860, Nr. 51, die oberstgerichtl. Entsch. Nr. 608, 969, 970, 1146, 1523, 1535, 2217, 3322, 3462, 3528, 3873 in Samml. Gl.-U.-W. — Prinz ipuell bejaht die Möglichkeit des Besitzes obligatorischer Rechte die Entsch. des Wiener D. L. G. und die bestätigende Entsch. des obersten G. S. vom 27. Mai 1862. Ger. Ztg. 1862, Nr. 144: „Weder der §. 2. der k. Verordn. v. 27. Oktober 1849, noch die §§. 339—345. des G. B. setzen den Besitz dinglicher Rechte voraus; es muß daher auch der Bestandnehmer im Besitze des Bestandrechtes geschügt werden.“ — Selbstverständlich kann nur bei solchen obligatorischen Verhältnissen von Rechtsbesitz die Rede sein, bei denen die Möglichkeit eines fortdauernden Rechtes vorhanden ist. Es ist daher ohne Sinn, von einem Rechtsbesitze des bediensteten Fabrikdirectors oder Wirthschaftsverwalters zu sprechen, da dieser doch nur die Pflicht — kein Recht zur Leitung der Fabrik oder Wirthschaft hat. Mit Recht hob daher der oberste G. S. in den Entsch. Nr. 256, 495, 604 u. 819 der Samml. Gl.-U.-W. I. und II. die Erkenntnisse der Untergerichte, die einen Besitz des Verwaltungrechtes (!) des Fabrik-, Wirthschaftsdirectors und Squesters annahmen und schügten, auf. Vgl. §. 26. N. 14. §. 24. N. 1a. Ueber das preuß. u. sächs. Recht vgl. Note 46, 47.

50a) Vgl. Roth, §. 130. N. 55. — Zwar bestreitet Brunß, Besitzklagen S. 239, die Besitzfähigkeit des Retentionsrechtes, weil es überhaupt gar kein selbstständiges Recht sei, sondern nur negativ in dem vorläufigen Nichtherausgebenmüssen

questrationsrechte (f. §. 24. N. 1a.), an oblig. gewerblichen und artistischen Berechtigkeiten anzuerkennen.<sup>51</sup> Vgl. auch die österr. Spruchpraxis N. 50. und §. 7b. N. 3. u. 11. Ueber den Besitz an Urheber-, Firmen- und ähnlichen Rechten f. den folg. Absatz 4.

Dagegen kein Gegenstand des Besitzes ist das Recht auf die Zinsen eines Kapitals. Dies ergibt sich am deutlichsten aus der Gegenstellung und Vergleichung des Interessenbezugsrechtes mit dem Wesen des Rentenrechtes. Das Rentenrecht wird nämlich ausgeübt durch Leistung und Empfang der einzelnen Rente; das Recht auf das Ganze besteht eben in dem Rechte auf die einzelnen, wiederkehrenden Leistungen, ist davon wesentlich nicht verschieden, bildet vielmehr die Einheit derselben. Durch die Leistung der einzelnen Renten wird das Rentenrecht selbst ausgeübt. Anders bei Kapitalszinsen; das Recht aus dem Darleihen auf das Kapital wird ausgeübt durch die Leistung und Empfangnahme der Darlehenssumme, verzehrt sich also mit der einmaligen Ausübung. Durch die Erhebung der Interessen wird also nicht etwa das Recht aus dem Darleihen, sondern ein besonderes accessorisches Recht ausgeübt, nämlich das obligatorische Recht auf das Entgelt für die Benützung des Kapitals; die Forderung auf jede Zinsrate ist eine besondere Obligation und verzehrt sich mit der Leistung des Zinses. Eben darum nun, weil jede einzelne Obligation mit der Zahlung erlischt, den einzelnen Obligationen aber kein einheitliches, stofflich-gleichartiges Recht entspricht (denn das Recht aus dem Mutuum hat einen anderen Inhalt), eben darum gibt es keinen Besitz an Kapitalszinsen.<sup>52</sup>

und dessen Schutz durch die Einrede besteht. Für das röm. Recht mag dies zugegeben werden; nach der Auffassung des Handelsgeseb. (art. 313—315.) hat jedoch das Retentionsrecht einen weiteren positiven Inhalt, der durch Klage realisirt wird und durch Verkauf der Sache zur Befriedigung des Gläubigers führt.

51) Der D. G. S. schügt in Entsch. Nr. 5276 Samml. Gl.-U.-W. den Besitz des societätsmäßig ausschließlichen Rechtes der artistischen Leitung der gepachteten Theaterunternehmung gegen Eingriffe der Socii; desgleichen in der Entsch. vom 30. Mai 1877, Z. 6102 (G. Z. 1878, Nr. 62) die factische Ausübung des Schankrechtes in den auf Grund eines Innominatkontrakts (Schank gegen Provision per Faß und Speisenverabfolgung auf eigene Rechnung) thatsächlich benützten Schanklokalitäten.

52) Die Ansicht einiger älteren gemeinrechtlichen Juristen, daß es einen Besitz an Zinsen gebe, welche auch ins preuß. Landrecht überging (L. N. I. 7. §. 192. und I. 11. §. 839.), ist daher eine irrige Anwendung des Grundsatzes, daß auch an

4) Eine eigenthümliche Kategorie von Rechten bilden die sog. Individualrechte. Zu diesen zählen wir gewisse ausschließliche Gewerberechte (gewerbliche Monopole, z. B. das erst jüngst aufgehobene obrigkeitliche Propinationsrecht [Böhm. G. v. 30. 4. 1869], das Tabaks- u. Postmonopol, monop. Ueberfuhrsgerechtigkeiten u., sodann das Autorrecht d. i. das ausschließliche Recht auf Veröffentlichung und mechanische Vervielfältigung literarischer oder artistischer (insbes. musikalischer) Produkte (Pat. v. 19. Oktober 1846 Z. 992), das Privilegien-, Erfinder- oder Patentrecht auf ausschließliche Verwertung von Erfindungen (Pat. vom 15. August 1852. Z. 184), ferner das ausschließliche Recht auf Führung einer Firma (art. 15. 26. 27. H. G. B.), das ausschließliche Recht auf eine bestimmte Marke (Markenschutzges. v. 7. Dezember 1858. Z. 230.), und auf Benützung eines bestimmten Modells (Ges. v. 7. Dezember 1858. Z. 237.).<sup>52a</sup> Alle diese Rechte gestatten eine ständige Ausübung und

Obligationen ein Besitz möglich sei. — And. Ansicht aber Windscheid, §. 464. R. 4. Arndts, Nr. B. VIII. S. 387, u. v. Canstein, VI. S. 155. Erstere ignoriren aber, daß die Zinsenobligation eine von der Darlehensobligation wesentlich verschiedene ist. Die Necessorietät der Zinsenobligation ist natürlich irrelevant. So wenig als die Geltendmachung der Bürgschaft oder des Pfandrechts eine Ausübung der Hauptforderung enthält, sowenig die Geltendmachung der Zinsenforderung eine Ausübung der Kapitalforderung. Eine Analogie zur Rente, wie sie Arndts a. a. O. behauptet, liegt nicht vor. Rückforderung des Kapitals ist Ausübung des Hauptrechts. Rückzahlung des für die Rente gegebenen Preises dagegen ist nicht Erfüllung des Rentenrechts, sondern Ausübung eines besonderen, auf Ablösung desselben gerichteten Nebenvertrags. (Kauf auf Rückverkauf.) Man kann daher den Rentenkauf nicht als eine locatio rei (Kapitalleihe oder Mieth) bezeichnen. Daran ändert selbstverständlich der Umstand Nichts, daß das Ablösungsrecht an vielen Orten gesetzlich feststeht. Vgl. dazu Stobbe, §. 104. und meine Schrift: Lehre von den Zinsen (1869. S. 5 flg.). — Selbst für das preuß. Recht darf man aber nicht, wie dies Bornemann, I. S. 561, thut, Alles, was Gegenstand des sog. Eigenthums im weiteren Sinne ist, auch als Gegenstand des Besitzes erklären, also „Alles, was einen Nutzen gewährt“, „alle Sachen und Rechte.“ Damit wird dem Besitzbegriffe aller reale Boden entzogen und Absurditäten Thür und Thor geöffnet. Vgl. dagegen auch Koch, S. 114, R. 13.

52a) Auch ich habe mich nach langem Sträuben überzeugt, daß die im Texte angeführten Rechte ohne schädlichen Zwang keiner der im röm. Rechte anerkannten Kategorien von Rechten eingereiht werden können. Im Wesen bin ich somit derselben Ansicht, welche (abgesehen von einzelnen Differenzen) neuerdings von Gareis, D. P. R. §§. 40—46., Busch's Archiv 35. S. 196 flg. Stobbe, §§. 158—163. Mandry, Civ. Arch. 60. S. 223. Schifffner, S. 97 flg. u. A. vertreten wird. Die Eingwängung in die Kategorie der Obligationen ist darum unhaltbar, weil es an einem die einzelnen Personen verpflichtenden obligatorischen Grunde (causa oblig.)

sind daher Gegenstand des Besitzes. (Vgl. Roth, §. 130. R. 55. Dernburg, §. 160. R. 7., dazu Hommeyer, Haus- und Hofmarken S. 308—313. über die mittelalterliche Gestaltung des Eigenthums- und Besitzschuzes an solchen Marken. Auch das Berliner D. Trib. schützt den Besitz des Firmenrechtes s. Strietzh. Rechtsgrundf. d. neuest. Entsch. d. D. Tr. VII. Nr. 194.)

5) Die Frage der Besitzfähigkeit kann ferner entstehen in Ansehung von Realrechten,<sup>53</sup> soweit sie nicht schon unter die bisher sub 1 bis 4 angeführten Gattungen von Rechten fallen. Die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis nimmt auch noch heut zu Tage an jenen (eine wiederholte Ausübung zulassenden) Rechten einen Besitz an, welche aktiv an den Besitz von Grund und Boden geknüpft sind, also an allen Realrechten, welche eine fortgesetzte Ausübung ihres Inhaltes gestatten.<sup>54</sup> So wird Besitz anerkannt am Patronatsrechte, an Jurisdiktions- und anderen Hoheitsrechten und auch an jenen

mangelt und weil die negative Verpflichtung Dritter nicht den Inhalt des Rechtes bildet, sondern die Folge der ausschließlichen Machtbefugniß der Berechtigten ist. Die Bezeichnung Mandry's „absolute nicht dingl. Verbotungsrechte“ erscheint nicht passend; vorläufig acceptire ich den fast zutreffenden Ausdruck: „Individualrechte“. Näheres anzuführen, wäre hier nicht am Orte. Ueber die neuen deutschen Reichsgesetze über Urheber-, Erfinder-, Marken- und Modellschutzrecht neuestens bes. Stobbe, III. §§. 157—163.

53) Realrechte sind Rechte, die dergestalt an ein Reale geknüpft sind, daß sie dem jeweiligen Eigentümer desselben zustehen. Privat- und öffentliche Rechte können diese Eigenschaft annehmen, und die ersteren den verschiedensten Gattungen der Rechte angehören, z. B. Realservituten, Zehntrechte, Gewerberechte, Patronatsrechte u. s. f. Vgl. Wächter, Handb. II. §. 49. B. Unger, I. S. 572. Schifffner, §. 27. Festzuhalten ist, daß das juristische Wesen eines Rechtes durch die Knüpfung desselben an das Eigenthum eines Reales durchaus nicht geändert wird. Hier wird von ihnen so weit gehandelt, als sie nicht schon als Servituten, Realkaften und passiv radicirte Wannrechte besitzfähig sind.

54) Vgl. die in der Note 23 angeführten Quellenstellen des kanonischen Rechtes. Dazu Savigny, §. 49. S. 613: „Durch die Verfassung der Kirche und der europäischen Staaten sind Rechte erzeugt und mit dem Besitze und Genusse von Grund und Boden verbunden worden, welche die Römer . . . nicht kannten. So hängt die Ausübung der bischöflichen Gewalt vom Besitze der bischöflichen Kirche und ihrer Güter ab, und ein ähnliches Verhältniß der Staatsgewalt (?) oder einzelner Zweige derselben zeigt sich bei der Landeshoheit der Fürsten, wie bei der Jurisdiktion der Grundbesitzer . . . Die Anwendung des Besitzes auf diese Rechte beruht . . . auf einer konsequenten Fortbildung jener Grundsätze.“ Vgl. die Entsch. d. österr. D. G. v. 1. Oktober 1873, Ger. Zeit. 1874, Nr. 60, mit welcher der obrigkeitliche Besitz des Fischereirechtes in öffentlichen Flüssen geschützt wurde. S. auch Seuffert, Arch. Bd. 24. Nr. 35 (Holzprästationen zum Bau von landesfürstlichen



Bannrechten, welche passiv nicht an den Besitz von Immobilien geknüpft sind.<sup>55</sup>

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch im österr. Rechte die Besitzfähigkeit solcher Realrechte, welche eine wiederholte Ausübung zulassen, anzuerkennen sei, aber nicht etwa wegen ihrer Eigenschaft als Realrechte, sondern weil überhaupt die Möglichkeit eines fortgesetzten Gebrauches bei ihnen zufolge der allgemeinen Norm des §. 311. des G. B. auch die Möglichkeit des Besitzes gewährt. Die Verknüpfung der Berechtigung mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache (die sog. Realeigenschaft) ist also für die Frage der Besitzfähigkeit nicht wesentlich und gibt bloß für die Stabilität des Rechtes eine größere Gewähr. Es werden sich daher auch nach österr. Rechte Realrechte, die eine wiederholte Ausübung zulassen, ihr Inhalt möge welcher immer sein, als Gegenstand des Besitzes darstellen, z. B. Verleihungsrechte, Vorschlagsrechte, Gewerbsrechte, Regalien u. s. f. Den gesetzlichen Beleg für die Richtigkeit dieser Ansicht bietet uns (vom §. 1142. G. B. abzusehen) der §. 1471. des G. B., in welchem von der Erfindung „von Rechten, die selten ausgeübt werden, z. B. des Rechtes, eine Pfründe zu vergeben“, gesprochen wird.<sup>56</sup>

Schlößern.) Ebenso die Entsch. d. D. U. G. Herbst (bei Mathiae, I. S. 122): „Ein possessorischer Rechtschutz findet da statt, wo eine gewisse Beziehung auf Grund und Boden existirt.“ Vgl. auch Sinentis, Civilt. §. 43. S. 453: „Dies ist eine konsequente Fortbildung des röm. Rechts . . . indem jene Rechte als eigenthümliche Attribute (?) des Eigenthumes an Grund und Boden, oder wenigstens als eine Beziehung auf ein Analogon davon, wie z. B. die Gerichtsbarkeit, erscheinen.“ Vgl. auch Stobbe, §. 76.

<sup>55</sup>) Daß ein Hoheitsrecht nicht etwa ein gewisses Obereigenthum (jus eminens) am Grundeigenthume der Unterthanen beinhalte, sondern bloß das persönliche Subjektionsverhältniß der Letzteren betreffe, ist heutzutage allgemein anerkannt. Auch bei Bannrechten ist die Verbindlichkeit nicht nothwendig an den Besitz einer Sache geknüpft, z. B. wenn die Verbindlichkeit sämmtlichen Gemeindeangehörigen obliegt. Vgl. Wächter, Syst. §. 48. a. G., dann die Entsch. bei Pfeifer, Prakt. Ausf. II. S. 26, 134, und bei Seuffert, Arch. IX. Nr. 126, worin eine Schule im Besitze des Rechtes auf eine gewisse Abgabe für jedes dieselbe besuchende Kind zweier Nachbargemeinden geschützt wird. Die Verpflichtung, bemerkt das D. U. G. Darmstadt, trifft die Einwohner der Letzteren kraft des Inkolatsverhältnisses. Werde nun bei nicht radizirten Bannpflichten und Kirchenverbandsabgaben ein Besitz angenommen, so müsse dasselbe von Abgaben aus dem Schulverbande gelten. — Ähnlich wird in der im Arch. f. prakt. Rechts. X. S. 37 angeführten Entsch. die ehemalige Grundherrschaft im Besitze der Gerechtfame geschützt, von jedem hausgeessenen Einwohner des Ortes X. einen Hahn und eine Meße Hafer zu fordern. Vgl. Note 37.

<sup>56</sup>) Winivarter, V. S. 182, und Stubenrauch, III. S. 117, beziehen

6) Schließlich erübrigt nur noch die Frage zu erörtern, ob das Erbrecht Gegenstand des Besitzes sei.<sup>57</sup> Von den österr. Schriftstellern wird die Möglichkeit des Besitzes (und der Erfindung) behauptet von Schuster, Zeitschr. f. österr. Recht. 1835. I. S. 248. Pachmann, S. 121, Note 1, ohne Angabe der Gründe, und von Ellinger, Handb. S. 544, weil eine Besitzergreifung der Erbmasse möglich sei, auch von Arndts, Krit. W. Schr. 8. S. 390 flg., weil das Erbrecht, als das Recht, Erbe zu sein, als statusähnliches Recht dauernde Ausübung zulasse. — Verworfen wird die Zulässigkeit der Erfindung des Erbrechtes von Winivarter, V. §§. 185—187. Rippel, IX. S. 9. Unger, II. S. 267, Note 57. Stubenrauch, III. S. 702. Monti, S. 134.<sup>58</sup>

Ein Besitz am Erbrechte ist nicht möglich, weil der Inhalt des Erbrechtes (einzutreten in den Mittelpunkt der Vermögenssphäre des Erblassers) eine fortgesetzte Ausübung in dem Sinne, wie dieselbe zum

zwar den §. 1471. bloß auf solche Rechte, die auf fremdem Grund und Boden, oder rücksichtlich desselben ausgeübt werden. Allein der §. 1471. geht offenbar viel weiter, als der übrigens nicht sehr glücklich textirte §. 1469.; er bezieht sich nicht auf Rechte, die auf fremdem Grunde ausgeübt werden; — denn das Recht, eine Pfründe zu vergeben, wird doch nicht auf fremdem Boden oder rücksichtlich desselben ausgeübt? Ob übrigens der §. 1471. von (aktiv) radizirten Rechten spricht, oder nicht (vgl. Rippel, ad §. 1471.), dürfte schwer zu entscheiden sein.

<sup>57</sup>) Gemeinrechtlich ist diese Frage in der älteren Doktrin bestritten, in der neueren Jurisprudenz wird dieselbe meist gar nicht mehr erwähnt, bez. fast immer verneint. Vgl. auch Arndts, a. D. S. 391, für das röm. Recht. Nichts gemein mit dieser Frage hat die auf ganz eigenthümlicher Sitte und Rechtsanschauung ruhende usucapio hereditatis des älteren röm. Rechtes. Wenn auch im neueren Rechte von poss. hereditatis (juris) die Rede ist, so ist damit nur wie in vielen anderen Stellen — das Beklagtenverhältniß verstanden (vgl. Savigny, §. 8.); in manchen Fällen wird auch der Erbprätendent, der sich im Besitze von Erbschaftsgegenständen befindet, hereditatis possessor genannt. Vgl. Brunns, a. a. D. S. 83. An einen Besitz des Erbrechtes wurde dabei nicht im Entferntesten gedacht. — Ganz willkürlich ist es, wenn Bluntzschli, §. 56. 4., auf Grund angeblich deutsch-rechtlicher Ideen von einem Besitze am Erbrechte spricht; weder das ältere, noch das neuere deutsche Recht enthält die leiseste Spur hiervon.

<sup>58</sup>) Die Gründe Winivarter's und Rippel's beziehen sich meist auf die Unzulässigkeit der Erfindung des Erbrechtstitels. Daß ein Besitz am Erbrechte nicht möglich sei, „weil eine fortgesetzte Ausübung des Rechtes zu beerben (worin eigentlich das Erbrecht bestehe) nicht gedacht werden könne“, behauptet Winivarter, V. S. 185. Dagegen läßt sich freilich einwenden, daß das Erbrecht nicht das Recht sei, „Jemanden zu beerben“. Ueber die Ansicht, welche dasselbe auffaßt als das Recht, Erbe zu sein, d. i. das hinterlassene Vermögen des Erblassers gerade so zu haben, wie es dieser gehabt hat, vgl. folgende Note und die Bemerkungen Unger's, Syst. VI. §. 2. R. 7—9, und I. S. 535, II. S. 270, R. 58.

Besitz erforderlich ist, nicht zuläßt;<sup>59</sup> denn dieser Eintritt erfolgt mit einem einzigen Akte — der Erbsantrittung (beziehentlich der Einantwortung); die Gerirung als Erbe enthält keine solche Ausübung, sondern nur Ausübungsakte einzelner Rechte, z. B. des Eigentumes, einer Servitut u. s. f. mit dem angeblichen oder wirklichen Erbrechtstitel.

Was in Besitz genommen werden kann, das ist das Nachlaß-

59) Vgl. Unger a. D., Stubenrauch, I. S. 427 (2. Aufl.). Es ist allerdings richtig, daß das Wesen des Erbrechts als des Rechts zur Gesamtnachfolge nicht bloß in dem Rechte besteht, den „Nachlaß in Besitz zu nehmen“ (§. 532. G. B.). Der Erbe hat als solcher gewiß auch das Recht, das hinterlassene Vermögen an der Stelle des Verstorbenen zu haben. Allein dieses „Haben“ ist nur eine Folge des Eintritts — des Erwerbes der Erbschaft — und dieser Eintritt vollzieht sich mit Einem Akte. Anders Arndts, a. D. S. 390, und Pfaff-Hofmann, Komm. II. S. 9.) Das sog. statushiliche Recht des Erbeseins ist nur eine gedachte juristische Qualität des Habens, ist die Charakterisirung des Rechtsgrundes für das Haben eines gewissen Vermögenskreises. Das sog. Recht, die Erbschaft als Ganzes zu haben, ist lediglich eine Konsequenz des Erbrechts und so wenig ein selbstständiges Recht, als etwa das Recht des Eigentümers, seine Sache zu haben. Die entgegengesetzte Ansicht ist ein unbewußter Nachklang der Theorie von der Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers. Nur der Umstand, daß in dem Gesamtvermögen des Erben das Erbvermögen seinem Ursprunge, seiner Erwerbart nach als Ganzes gedacht werden kann, ja bei der hereditatis petitio gedacht werden muß, bringt die Täuschung hervor, als ob es ein besonderes Recht des Erbeseins gäbe. Die intentio bei der her. pet. kann Nichts anderes als den Streitpunkt bedeuten und es liegt Nichts näher, als daß aus demselben Rechtsgrunde, aus dem ein Gesamtvermögen mit Einem Male erworben wird, dasselbe mit Einem Male eingeklagt werden könne. Vgl. Brinz, §. 156. a. G.; dazu Windscheid, §. 528. N. 6. — Mit Unrecht behauptet also Buchta, Rechtslex. II. S. 68, daß das Erbrecht an sich eine dauernde Ausübung und daher Besitz zulassen würde; nur kenne ihn das röm. Recht nicht. Und von derselben Ansicht geht für das österr. Recht aus Arndts a. D. Ueber die verschiedenen Auffassungen des „Erbrechts“ s. Unger, Windscheid, Brinz a. D. und Arndts, P. §. 521. N. 3. Sonderbar erklärt v. Canstein, VI. S. 159 flg., den Besitz des Erbrechts: Durch die Einantwortung erlange der Erbe nur vorläufig den Besitz des Erbrechts (§. 823.) und dieser müsse namentlich gegen die Entsetzung durch die von einem Dritten erwirkte Einantwortung geschützt werden. Allein durch die Einantwortung wird nicht „der Besitz des Erbrechts“ erlangt, sondern das Erbrecht im nichtstreitigen Verfahren gerichtlich anerkannt; auch findet eine neuerliche Einantwortung nie statt (§. 180. der k. Verordn. v. 9. August 1854), und wenn sie stattfände, läge darin keine Dejektion (§. 346. G. B.) — Merkwürdig sind die Gründe, welche Zieionaki, a. D. S. 108, für die Unzulässigkeit des Besitzes des Erbrechts anführt. „Das Erbrecht ist kein Vermögensrecht, wie das Eigentum, Dienstbarkeiten u. s. f., sondern es ist ein ideelles Recht, vermöge welches man Vermögensrechte, die dem Nachlasse angehören, mit einer erbrechtlichen Wirkung erwerben kann. Da dasselbe nun kein Vermögensrecht ist, so ist auch an ihm nach §. 311. kein Besitz möglich.“ Diese Folgerung bedarf wohl keines Kommentars.

vermögen, die einzelnen Sachen, die zu demselben gehören, nicht aber das Erbrecht.<sup>60</sup>

## Erwerb des Besitzes an Rechten.

### §. 25. Der Besitzwille.

Aus dem im §. 2. entwickelten Begriffe des Rechtsbesitzes ergibt sich, daß zum Besitzerverbe eines Rechtes wie zum Besitzerverbe einer Sache das Dasein zweier Momente erforderlich ist: nämlich der Besitzwille (animus) und der körperliche, den Willensentschluß realisirende Akt (corpus).

Beide Erfordernisse liegen in der Bestimmung des §. 312.: „In den Besitz von Rechten kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen.“<sup>1</sup> Hieraus geht hervor, daß der Gebrauch eines Rechtes beim Besitzerverbe desselben eben das ist, was beim Besitzerverbe einer Sache die Apprehension. Vgl. §§. 312. u. 313. des G. B. Es ist daher die doppelte Frage zu beantworten:

- a) Was für einen Inhalt muß bei Rechten der zum Besitze und dessen Erwerbe erforderliche Wille haben?
- b) Worin besteht der Gebrauch des Rechtes (die Ausübung seines Inhaltes) bei den einzelnen Klassen der Rechte?

60) Vgl. Winivarter, V. S. 185. Mit Unrecht behauptet aber Unger, Entw. S. 144, die Möglichkeit der Ersetzung der Erbschaft als Gesamtsache. Denn die Erbschaft ist einmal keine Gesamtsache im Sinne des N. b. G. B. (§. 302.), da darunter nur zusammengehörige körperliche, mit einem Kollektivnamen bezeichnete Sachen zu verstehen sind, sodann weil es an Gesamtsachen keinen Besitz gibt, sondern nur an den einzelnen körperlichen Individuen. Vgl. Unger selbst im Syst. I. S. 475 u. 485. Das preuß. Recht anerkennt Besitz an Erbrecht I. 9. §§. 495—498, dazu Förster, §. 159. N. 23. Worte in Gruchot's Beitr. V. S. 109. Roth, §. 130. a. G., doch negirt Meißcheider, S. 403, possessoriischen Erbrechtsschutz.

1) Vgl. L. 20. D. de serv.: Ego autem puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. — Es bedarf keiner Erwähnung, daß der Besitz eines Rechtes von der wirklichen Existenz des letzteren ebenso unabhängig ist, wie der Sachbesitz vom Eigentume. Schmidt, Comm. und Prec. unterscheidet, S. 132, quasiposs. und poss. juris, und will erstere nur dann annehmen, wenn das Recht selbst vorhanden ist, während er unter letzterer die bloß faktische Geltendmachung des einem Rechte korrespondirenden Zustandes (?) versteht. Diese ansich unklar gedachte Unterscheidung ist rein aus der Luft gegriffen und ihre angeblichen Konsequenzen (S. 133) quellenwidrig.

Die erste Frage, mit der wir uns zunächst beschäftigen wollen, ist für alle des Besitzes fähigen Rechte in gleicher Weise zu beantworten. Wie nämlich beim Sachbesitze der zum Besitze erforderliche Wille auf das ausschließliche Für-sich-Haben, also auf die faktische Ausübung des Eigenthumsinhaltes gerichtet sein muß: so der zum Rechtsbesitze erforderliche Wille auf die Ausübung des Inhaltes desjenigen Rechtes für sich, dessen Besitz erworben werden soll. Die Handlung, welche zum Besitze eines Rechtes führen soll, muß also in der Absicht ausgeführt werden, den Stoff eines Rechtes für sich auszuüben. Der Inhalt des Rechtes muß wie ein Recht ausgeübt werden.<sup>2</sup>

2) Die Quellen sagen, man müsse ein Recht gebrauchen: *tamquam id suo jure faceret*; bei Felddienstbarkeiten: *quasi fundo deberetur, quasi debita via*. L. 7. L. 1. §. 11. D. de itin. 43. 19. L. 22. D. quemadm. serv. amitt. (8. 6.). Vgl. auch L. 25. eodem: *Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit*. L. 7. de itinere und L. 1. §. 6. eod. Hierüber sind die gemeinrechtlichen Schriftsteller einig. Vgl. z. B. Savigny, S. 480—491. Albert, Unt. S. §§. 14. 15. Unterholzner (Schirmer), II. S. 164. Heerwart, S. 190. Dunfer, S. 67. Kierulff, S. 363, 364. Elvers, S. 681. Seuffert, §. 113. R. 3. Brinz, S. 80, 81. Böding, P. §. 126. S. 473. Windscheid, §. 163. R. 4. Gyner, Trad. S. 119, und Pfeifer, Prakt. Ausf., der seine Bemerkungen über den zur Immemorialverjährung erforderlichen juristischen Besitz im II. B. Abh. 1. §. 3., und im VII. B. Abh. S. §. 3., durch viele belehrende Rechtsfälle erläutert. Ganz richtig sind die Ausführungen Schuster's, Baur. Abs. 140, und Pachmann's, Verj. §. 42. R. 13, und die daselbst gezogene Konsequenz: daß derjenige noch nicht im Besitze des Wasserleitungsrechtes ist, der bloß das von dem höher gelegenen Grundstücke von selbst abfließende Wasser auf seinem Grunde benützt, da ja letztere Benützung bloß als eine Ausübung des Eigenthums am eigenen Grunde erscheint. Die zum Besitze erforderliche Absicht wäre erst dann vorhanden, wenn er Vorkehrungen zu dem Zwecke getroffen hätte, um den Wasserzuzufuß wie ein ihm auf dem nachbarlichen Grunde zustehendes Servitutsrecht zu sichern. Aus demselben Grunde hat derjenige, der auf eigenem Boden einen Brunnen gräbt, damit noch nicht den Besitz der Dienstbarkeit erlangt, dem Nachbar die Herstellung eines Brunnens auf dessen Boden zu verbieten, wenigleich in Folge dessen sein Brunnen verlegt wäre. Vgl. L. 8. §. 5. D. 8. 5.: *In suo enim alii haecenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*. Von einer Besitzstörung kann also in diesem Falle keine Rede sein. Vgl. auch Stubenrauch, I. S. 480 der 2. Aufl., und das Erk. des Berl. Kassationshofes vom 2. Juni 1854, bei Mathiae, I. S. 124. Holzschuher (Kunze), §. 91, und Elvers, §. 5. Monti, §. 2., auch David, österr. Ger. Zeit. 1870, Nr. 76—78, der jedoch darin irrt, daß er mindestens die Behauptung eines Rechts zum Dasein des Besitzes erfordert. (Siehe Note 3.) — Für das österr. Recht müssen wir um so mehr Gewicht auf das Erforderniß des Besitzwillens legen, als die Praxis leider nur zu oft von demselben keine Notiz nimmt. Um so auffälliger ist das Stillschweigen Kirchstetter's, S. 164, über diesen Cardinalpunkt des Rechtsbesitzes. Vgl. noch die Judikate in der Note 6.

Sehr richtig drückt sich diesfalls schon der §. 33. II. des westgal. G. B. aus: „In den Besitz der Rechte . . . setzt man sich, wenn sonst kein Hinderniß im Wege steht, durch den Gebrauch oder die Ausübung derselben für sich selbst.“<sup>2a</sup>

Ebendasselbe spricht das A. b. G. B. im §. 312. mit den Worten aus: „In den Besitz von Rechten kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen.“<sup>3</sup> Nicht erforderlich ist, daß

2a) Das preuß. L. R. unterscheidet bloße Ausübung des Rechtes und Ausübung des Rechtes für sich. Erstere nennt es Inhabung, letztere Besitz des Rechtes. §§. 4. u. 5. I. 7.

3) Wird der Inhalt eines Rechtes im Namen eines Anderen geübt, so wird, wenn die sonstigen Voraussetzungen der Stellvertretung vorhanden sind, dem Anderen Besitz erworben. — Das Erforderniß des Besitzwillens ist auch im §. 313. speziell in Ansehung der auf eine Leistung gerichteten Rechte enthalten: „Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, wenn Jemand von einem Anderen etwas als eine Schuldigkeit fordert, und dieser es ihm leistet“ . . . — Das preuß. L. R. erwähnt des zum Besitzerwerbe erforderlichen Willens (wenn auch in ungenauer Fassung) in den §§. 80. 82. I. 7., dann allgemein im §. 627. I. 9., in welchem der Nachweis gefordert wird, „daß der Verjährende die Sache oder das Recht als sein eigen in Besitz genommen und besessen habe.“ Vgl. Koch, S. 154. Bornemann, I. S. 569. Förster, §. 160. R. 84, 90. Dernburg, §. 161. R. 2, 3. Rath, §. 132. R. 2. — Das franz. Recht enthält im art. 2228. die allgemeine Bestimmung, daß erforderlich sei: *jouissance d'un droit, que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre, qui l'exerce en notre nom* — also Ausübung im eigenen Namen. Dazu art. 2229., welcher vom *titre de propriétaire* spricht. Vgl. Zachariä-Puchelt, §. 188. R. 1. Die französische Jurisprudenz fordert den Beweis des Besitzwillens so strenge, daß sie zum Theile die Zulässigkeit des Besitzes an nicht in die Augen fallenden Servituten nur darum läugnet, weil ihre faktische Ausübung nur als *actes de pure faculté et de simple tolérance* anzusehen seien. Eben darum nehmen ältere *Coutumes* an *Serv. discontinuae* nur bei vorhandenem Titel Besitz (*poss. à titre*) an. Vgl. Planck, S. 136—149. So heißt es ferner in den öffentlichen Verhandlungen zu art. 2232.: *Les actes de pure faculté, ceux de simple tolérance ne peuvent pas être considérés comme des actes de possession, puisque ni celui, qui les fait, n'entend agir comme propriétaire, ni celui, qui les autorise, n'entend se dessaisir*. — Das ital. G. B. widmet der Bestimmung des *animus* mehrere Artikel: 686—688., es fordert *animus di tenere la cosa come propria* im Gegensatz zu *in nome altrui* und bestimmt weiter art. 688.: daß *atti meramente facoltativi et di semplice tolleranza* legitimen Besitz nicht begründen. Der art. 687. präsumirt wie art. 2230. des Code Eigenbesitz. Gute Bemerkungen über die sog. *facultative* und den Besitzwille enthält die Schrift A. Scotti's, *Tre quest. possess.* (1878). Das sächs. G. B. erwähnt des Besitzwillens nicht besonders; doch läßt die Fassung der §§. 557. 587. keinen Zweifel über dessen notwendigen Inhalt zu. Vgl. Schmidt, §. 94. Das Züricher G. B. §. 529. betont ausdrücklich das Erforderniß „der thatsächlichen und bewußten Ausübung des entsprechenden Rechts.“ Der bayr. Entw. III. art. 44. erwähnt: „den Willen, die Ausübung wie ein Dienstbarkeitsberechtigter vorzunehmen.“ Analog lautet art. 52. in Ansehung der Realkasten mit

der Ausübende den Inhalt des Rechtes als sein Recht ausüben wolle. So wenig als nämlich zum Sachbesitze der Eigenthumswille nothwendig ist, so wenig ist zum Rechtsbesitze der Wille nöthig, den Inhalt eines Rechtes als Recht auszuüben; es genügt der Wille, diesen Inhalt wie ein Recht zu üben, — also die auf das faktische Fürsich-Haben gerichtete Absicht. Der Wille, den Inhalt eines Rechtes als Recht auszuüben, enthält mehr als zum Rechtsbesitze erforderlich ist, nämlich die auf das rechtliche Fürsich-Haben gerichtete Absicht.<sup>4</sup> Es versteht sich übrigens nach der Natur des Besitzes, als eines

Präsumtion dieses Willens, wenn die Leistung von mehreren Sondernachfolgern ununterbrochen erfolgte.

4) Bezeichnend ist auch in dieser Hinsicht die Fassung der Quellen: L. 7. D. de itinere: Si quis per fundum tuum . . . commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret. L. 1. §. 11. D. eod.: quasi fundo deberetur. L. 22. D. quemadm. serv. amitt.: quasi debita via. Hiernach kann die Ausdrucksweise der L. 7. D. cit.: nam ut hoc interdictum (de itinere sc.) competat, jus fundi possedissee oportet, keinem Mißverständnisse unterliegen. Vgl. Kierulff, S. 364. Windscheid, §. 163. Es ist daher ebenfowenig genau, den Besitzwillen beim Rechtsbesitze als Willen: „den Inhalt eines Rechtes als ein Recht (statt wie ein Recht) auszuüben“ zu bezeichnen (so selbst Savigny, §. 46. S. 484 u. 489. Hoffmann, §. 94. Böcking, P. S. 473. Pachmann, S. 109), als es ungenau ist, denselben beim Sachbesitze als die auf eigenes Eigenthum gerichtete Absicht zu definiren (vgl. §. 1. Nr. 14 u. 15). Vgl. bes. Arndts, Zeitschr. N. F. III. S. 370: „der Besitz der Servitut ist ganz analog dem Eigenthumsbesitze, d. i. der thatsächlichen Beherrschung einer Sache mit dem Willen, sie gleich wie der Eigenthümer zu haben.“ S. auch Brinz, S. 80: „Die natürliche Grundlage des Quasibesitzes ist ein usus juris, nicht gerade eines wirklich bestehenden, sondern allenfalls eines angemessenen oder nur seinem Inhalte nach gewollten Rechtes.“ — Böcking, obgleich in der Sache der richtigen Ansicht, hat entschieden Unrecht, jene Fassung gegen Arndts a. D. zu vertheidigen (§. 126. Nr. 11); wer sich ein ihm nicht zustehendes Recht anmaßt, muß doch nicht nothwendig „Verbrecher oder verrückt sein?“ — Unsere Kommentatoren fehlen sämmtlich darin, daß sie einen auf das rechtliche Haben gerichteten Willen fordern. So selbst noch Stubenrauch, I. S. 638 (428) („Wille, durch diese Handlungen ein zuständiges Recht auszuüben“). Auch das preuß. L. N. ist im §. 82. I. 7. insofern ungenau gefaßt, als es daselbst heißt: „Es muß jedoch aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen die Meinung desselben, daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellen.“ Da wäre ja gar kein unredlicher Besitz denkbar. Dies überieht auch Bornemann, I. S. 565, 569. Monti, S. 16, 18, schließt sich meiner Ansicht an. Hingegen findet David, Ger. Zeit. Nr. 76—78, die hier gegebene Fassung des Besitzwillens unklar und unhaltbar. Indeß seine Argumentation, S. 302, überieht, daß ausdrücklich gefordert wird: Ausübung des Rechtsstoffes für sich, d. i. für den Handelnden. D. meint, dieser Wille sei undenkbar, wo kein Recht existire oder mindestens behauptet werde. „Das Recht müsse eine wenigstens ideale Existenz in dem Kopfe des Besitzwerbers haben“ (S. 306). Diese Ansicht scheint auf der irrigen Vorstellung zu beruhen, daß „das

dauernden Zustandes, daß die Absicht des Handelnden schon bei der ersten Ausübung dahin gehen müsse, dieselbe als Akt (Anfang) einer wiederholt vorzunehmenden Ausübung zu setzen.<sup>5</sup>

Hieraus ergibt sich, daß zum Besitzerwerbe von Rechten ein Rechtsgebrauch erfordert wird, von welchem nur nicht dargethan zu werden braucht, daß er im Rechte begründet ist.<sup>6</sup> Der zum Besitzerwerbe erforderliche Wille ist also dann nicht

Recht“ besessen werde, etwa so wie die Sache. (S. dagegen S. 30.) Was soll die bloße Behauptung eines nicht existirenden Rechts wider besseres Wissen des Besitzers, wie dies David, S. 306, verlangt? Muß der Dieb Eigenthum behaupten, um Besitzer zu sein? S. dagegen auch Windscheid, §. 163. Nr. 6.

5) Dies ist auch der Sinn des §. 82. I. 7. des L. N., wo es heißt, es müsse die Meinung des Handelnden erhellen: „daß ihm ein solches fortdauerndes Recht zustehe.“ Treffend bemerkt diesfalls das Erf. des Ober-Trib. v. 23. Januar 1857 (bei Koch, Komm. I. S. 419, Nr. 50 b.), dieser Ausdruck sage nur: „daß eine ohne die opinio juris gelegentlich für diesmal unternommene Handlung nicht als Besitzhandlung angesehen werden könne.“ Die erste Instanz hatte denselben irrig dahin verstanden, die Absicht müsse auf ein immerwährendes Recht gerichtet sein, und darum die Klage auf Schutz des Besitzes eines Durchfahrtsrechtes zu einer vom Kläger gemiethten Wagenremise darum abgewiesen, weil diese nur auf 5 Jahre gemietht war. Vgl. die bei Gruchot, Beitr. VIII. S. 26 fig., citirten Erkenntnisse; Seuff. Arch. XIV. 14. 221.: „Allerdings gehört der Animus, ein Recht auszuüben, zum Erwerb der quasiposs. Nur darf damit nicht verwechselt werden der Glaube des Possessors, daß ihm wirklich das Recht zustehe.“ . . . S. auch Seuff. XX. 212. Ebenso das Erf. des Ober-Trib. vom 1. Dezember 1857 bei Gruchot, S. 32: „Dieser Wille (sc. ein Recht auszuüben) müsse entweder aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen hervorgehen.“ — Auch Elvers, S. 681, legt darauf Gewicht, daß die Absicht des Handelnden auf eine wiederholte Ausübung gerichtet sein müsse, irrt aber darin, daß er S. 683 behauptet: bei unendlicher Ausübung müsse man trotz wiederholter Uebung vermuten, daß der Wille immer nur auf die einzelne Handlung gerichtet sei, „weil man eine solche Fülle rechtswidrigen Willens schon vermöge des Sages: quilibet etc. bezweifeln müsse.“ Für so eine Vermuthung fehlt es an jedem Halte.

6) Die oberste ger. bestätigte Entsch. d. böhm. D. L. G. vom 30. September 1858 (Ger. Zeit. 1863. Nr. 47) drückt sich dahin aus: „Zum faktischen Besitze eines Rechtes ist der Bestand eines Rechtsgebrauches nothwendig, von welchem nur nicht dargethan werden muß, daß er wirklich in einem Rechte begründet sei. . . . Der Besitz des Wasserschyffens also wäre erst dann vorhanden, wenn dasselbe von den Klägern als (besser: wie) ein Recht angesprochen, und von den Beklagten als eine Schuldigkeit gestattet worden wäre, was von den Klägern nicht erwiesen wurde.“ Vgl. ferner die Erf. Nr. 1588 und 2050 der Samml. Gl.-u.-W., in welchen Rechtsbesitz abgesprochen wurde, weil die Ableitung des Wassers (Dachtraufe), bez. der Wasserbezug aus des Nachbarn Brunnen nicht als Schuldigkeit in Anspruch genommen und als solche geduldet wurde. (Die „Schuldigkeit“ soll offenbar nur das Korrelat des animus possidendi bezeichnen, und zwar dort, wo der Eigenthümer des dienenden Grundes von der Ausübung des Rechts Kenntniß hat; da indeß letztere für den Besitzerwerb nicht unerlässlich ist [f. §. 27. Note 16], so darf

vorhanden, wenn der Inhalt eines Rechtes aus dem Drange der Noth oder als öffentliches Recht oder in der bloßen Voraussetzung ausgeübt wird, daß der Gegentheil die Ausübung aus gutem Willen oder als unschädlich gestatten würde (der sog. *usus ex jure facultatis*, *permissio*) oder in der Meinung, daß der Eigenthümer die Benutzung mit Rücksicht auf gewisse nachbarliche oder freundschaftliche Verhältnisse zulassen dürfte (der sog. *usus ex jure familiaritatis*). Vgl. Note 2. u. 4.<sup>6a</sup> Wer daher über einen Privatweg geht, in der Meinung, es sei dies ein öffentlicher (vgl. Nr. 4192. Samml. Gl.-U.-W.),<sup>6b</sup> oder wer einen solchen nur wegen Unfahrbarkeit des öffentlichen Weges benützt, oder wer eine geleistete Reallast nicht als Schuldigkeit,

„das Fordern als Schuldigkeit“ nicht als allgem. eines Erforderniß des Rechtsbesitzes, sondern nur als Bedingung des Besitzwerbs von Reallasten hingestellt werden, wie denn auch §. 313. G. B. dieses Postulat nur bei dieser Klasse von Rechten erwähnt.) Richtiger verlangt die Entsch. Nr. 2090 ders. Samml. zum Besitz eines Durchgangsrechtes den Nachweis von Umständen, aus welchen sich die Absicht der Rechtsausübung ergibt. Vgl. auch Nr. 3383 u. 4203 ders. Samml. S. §. 7 b. R. 27 a. In dem Falle Nr. 3252 (einmalige Benützung eines Synagogensitzes) nahm m. E. das D. O. G. Prag den Besitzwillen mit Recht für nicht erwiesen an, während der D. O. G. die Benützung keineswegs für „harmlos“, vielmehr für genügend ansah. S. hingegen ignoriert derselbe mit Unrecht in dem Rechtsfalle G. J. 1876, Nr. 91 den Besitzwillen; das Oeffnen der Fenster in des Nachbars Hof kann den Besitz einer (keineswegs illusorischen) Lichtservitut begründen. Richtiger motivirt ist die oberstger. bestätigte Entsch. des V. O. G. Smichow vom 15. Oktober 1860, S. 3296: „In der bloßen Thatfache, daß das Wasser von der Wiese des Klägers durch den Graben des Beklagten abfloß, kann noch kein Rechtsgebrauch erblickt werden und begründet diese Thatfache allein noch keinen Besitz des Wasserableitungsrechtes, zu dessen Erwerbe die Ausübung desselben wie eines Rechtes notwendig gewesen wäre, also Anstalten, aus denen der diesfällige Wille des Klägers hervorgehen würde.“ Vgl. Randa, Oesterr. Wasserrecht S. 38, R. 3, auch den Rechtsfall in Nr. 136 der Ger. Zeit. 1863.

6a) Das ital. G. B. art. 688. erklärt solche Akte ausdrücklich für ungenügend. Wenn daher Hoffmann, Servit. II. S. 137 fg., behauptet, Quasibesitz sei anzunehmen, auch wenn die Servitut in der Absicht geübt werde, die Ausübung in Verhinderungsfälle zu unterlassen, so widerspricht diese Behauptung dem Wortlaute der Quellen (L. 7. D. de itinere) und dem Begriffe des *animus poss.* Vgl. dagegen auch Heimbach, im Rechtslex. X. S. 301. Ueber den Gebrauch *ex jure facultatis et familiaritatis* vgl. besonders Albert, Unföhrp. S. §§. 73. 74. — Die franz. Juristen sprechen hier ganz richtig von *actes de pure faculté, de simple tolérance*. Vgl. Note 3.

6b) Vgl. die Entsch. des Berl. Ober-Trib. vom 12. Januar 1852 bei Koch, Komm. I. S. 418, R. 50 b.: „Die Meinung, einen Weg als Glied des Publikums benützen zu können, ist kein genügender *animus poss.*“, und Eu ff. Arch. 28. Bd. 14. Irrig dagegen die österr. oberstger. Entsch. v. 22. Mai 1878. Nr. 1328.

sondern als Liberalitätsakt annimmt, macht keinen Rechtsgebrauch, erwirbt daher auch keinen Rechtsbesitz (§. 313.).

Irrig ist es, wenn die österr. Kommentatoren (vgl. Zeiller, II. S. 46. Rippel, III. S. 67. Winiwarter, II. S. 41. Stubenrauch, I. S. 637, 4, richtig schon Bachmann, §. 42.) den zum Besitzwerbe erforderlichen Willen dahin charakterisiren, daß „das Leisten, Dulden oder Unterlassen, worin der Rechtsgebrauch bestehe (§. 313.), eine Folge der gemachten Forderung oder des Verbotes sein müsse, daß also der Besitzwerb auf der einen Seite die Zumuthung einer Verbindlichkeit und von der anderen Seite ein Nachgeben in Beziehung auf diese Zumuthung voraussetze, welches durch wirkliches Leisten, Dulden oder Unterlassen an den Tag gelegt werde.“ Denn bei den Servituten, also bei zwei der im §. 313. erwähnten drei Klassen von Rechten kommt auf den Willen des Gegentheils (nämlich des Besitzers der dienenden Sache) gar Nichts an, da ja der Inhalt der Servituten in einer unmittelbaren, wenn auch beschränkten Herrschaft über die dienende Sache besteht. Das Dulden des Eigenthümers ist nur eine Folge davon, jene Herrschaft kann auch ohne Beziehung auf den Willen und das Wissen<sup>7</sup> des Eigenthümers, ja selbst an derelinquirten Sachen, gedacht werden. Jene Behauptung hat nur Sinn, und ist nur richtig für die dritte im §. 313. angeführte Klasse von Rechten (die Reallasten), und selbst da gibt die ungenaue Fassung dem Mißverständnisse Raum, als ob dieses Nachgeben ein freiwilliges sein müsse, während auch der Zwang zur Leistung den Erwerb des Besitzes gewiß nicht ausschließt (vgl. §§. 345. und 346. d. G. B.).<sup>8</sup> So kommen denn in der That Zeiller und

7) Vgl. über die Natur der dinglichen Rechte, insbesondere der Servituten Unger, I. S. 511—539. Anders natürlich bei der Quasitradition, dazu Erner, S. 119.

8) Wer z. B. die Servitut des Fahrweges ausübt, mit der Absicht, die Fahrgerechtigkeit wie ein Recht auszuüben, erwirbt den Besitz derselben und es kommt gar nicht darauf an, ob der Eigenthümer des belasteten Grundstückes die Berechtigung des Ausübenden etwa anerkennt, oder nicht, und ob er in letzterem Falle die Ausübung aus Nachlässigkeit oder um Zwistigkeiten zu vermeiden oder aus anderen Gründen duldet; ja es ist gar nicht notwendig, daß er von der Ausübung wisse. (Ueber diesen Punkt vgl. §. 26.) — Mit Recht wurde daher die unrichtige Fassung des §. 34. II. des westgal. G. B. (Entwurfes) aufgegeben. Dieser lautete nämlich: „Der Gebrauch eines Rechtes tritt ein, wenn ein Anderer sich verbunden g l a u b t, und von Zeit zu Zeit etwas zu leisten und es wirklich leistet; ferner, wenn

Stubenrauch a. a. D. zu der abnormen Behauptung, daß der Erwerb des Besitzes hauptsächlich von der „Anerkennung“ des Gegentheils abhängt.

Wir gelangen nun zu der in Theorie und Praxis sehr bestrittenen Frage, ob der zum Rechtsbesitz erforderliche Wille dann vorhanden ist, wenn derjenige, welcher die Besitzhandlungen an einer Sache vornahm, der Meinung war, daß die Sache ihm gehöre? Man erwäge den praktisch nicht seltenen Fall, daß Jemand ein Grundstück als Weide, einen Wald durch Holzbezug in dem Glauben benutzt, daß ihm das Eigenthum daran zustehet, jedoch mit der Klage auf Schutz im Eigenthumsbesitz wegen Abgang eines genügenden Apprehensionsaktes nicht auskommt und hintendrein die Klage auf Schutz im Rechtsbesitz der Dienstbarkeit der Weide, des Holzbezugs u. s. f. anstellt. Gewiß kann nicht behauptet werden, daß der zum Rechtsbesitz erforderliche Animus vorliegt! Denn der Wille, die Sache als eigen (oder wie eigen) zu haben, schließt den Willen, sie als fremde bloß in gewisser Beziehung zu benutzen, also den Willen, eine Servitut oder ein anderes jus in re aliena daran auszuüben, notwendig aus. Mögen auch die Besitzhandlungen (das corpus) beim Sach- und Rechtsbesitz äußerlich oft identisch erscheinen; — gerade durch den Inhalt und die Richtung des Willens wird ihnen der ausschlaggebende individuelle Charakter aufgeprägt. Ganz irrig ist die Begründung der gegentheiligen Ansicht (die namentlich in einem Plenarbeschluss des preuß. Obergerichtes vom 13. Juni 1854, Präj. Nr. 2721. adoptirt wurde), daß der auf Servitutsbesitz gerichtete Wille in dem weiter gehenden animus domini enthalten sei. Im Gegentheil schließt dieser Willen jenen Willen juristisch geradezu aus. Man kann nicht an der eigenen Sache Servituten ausüben wollen! Jener Irrthum beruht auf der — bekanntlich falschen — Auffassung, welche die Motive jenes Beschlusses an die Spitze stellen,

uns Jemand gestattet, und uns berechtigt hält, eine ihm gehörige Sache zu unserem Nutzen zu verwenden; endlich wenn Jemand das, was er sonst zu thun befügt wäre, auf unser Verlangen oder Verbot unterläßt und sich dazu verpflichtet erkennt.“ — Die durchgeschossenen Stellen des Entwurfes wurden im §. 313. A. v. G. B. hinweggelassen. Schon dies hätte darauf aufmerksam machen sollen, daß von einer Anerkennung des Gegentheils als Bedingung des Besitzwerbes nicht die Rede sein kann.

daß die Servituten „einzelne vom Eigenthume abgelöste Bestandtheile desselben sind“. <sup>8a</sup> Man vgl. übrigens L. 20. D. 7. 4.

Es entsteht nun die Frage, ob denn die Ausübung eines Rechtes, dessen Gebrauch auf Widerruf gestattet worden ist (§§. 345. 1464. d. G. B.), als Rechtsgebrauch angesehen werden könne? Wir bejahen dieselbe. Denn derjenige, dem die Ausübung eines Rechtes auf Widerruf zugestanden worden ist, übt dasselbe bis zum erfolgten Widerruf wie ein Recht, für sich, — im eigenen Namen aus. Um dies nicht zu verkennen, muß man sich nur den Begriff des Prefariums gegenwärtig und die Verwechslung desselben mit einem bloßen Gefälligkeitsgebrauche fern halten. Prefarium (Bittleihen) ist nämlich das Rechtsgeschäft, mit welchem der Gebrauch einer Sache oder die Ausübung eines Rechtes bis zu dem seiner Zeit erfolgenden Widerruf überlassen wird (Arg. §§. 345. 479. 974. 1464. d. G. B.). Es unterscheidet sich hiermit von der Leihe, sofern man diese auch auf Rechte bezieht (was im Wege der Analogie auch nach österr. Rechte zulässig ist), <sup>9</sup> wesentlich nur durch die vorbehaltlose Widerruflichkeit. <sup>10</sup> Sowie nun

<sup>8a</sup> In unserem Sinne entscheiden auch die Erkenntnisse bei Seuff. Arch. VIII. 220. 236. XXII. 22.; dann das ehemalige D. N. G. Wolfenbüttel (bei Busch, Stimmen der Praxis S. 48 flg.), das preuß. Obertrib. Erf. v. 9. Februar 1852 (bei Gruchot, VIII. S. 41); dafür auch Busch a. D.; Sinjschius, Preuß. Anwaltszeit. 1863. S. 38 (bei Gruchot, VIII. S. 44 flg.). Gruchot selbst S. 46. Förster, §. 160. R. 92. — Dagegen erklären sich für die entgegengesetzte Ansicht außer dem citirten Plenarbeschluss des Obertrib. auch die Erf. bei Seuff. Arch. VII. 154. VIII. 292. XX. 19. XXII. 23. XXVII. 98. (andere s. bei Gruchot, S. 38 flg.); ferner Windscheid, §. 163. R. 6 a. E. Dernburg, §. 161. R. 3 (weil es angeblich „nicht notwendig sei, die besondere Natur des [ausgeübten] Rechts zu kennen;“ — aber doch mindestens dann, wenn sich die betreffenden Intentionen logisch ausschließen?). Die letztere Ansicht dürfte vielfach auf falschen Billigkeitsgründen beruhen. Auch die österr. Entsch. Nr. 3755 der Samml. Gl.-U.-B. will sonderbarer Weise kein Gewicht darauf legen, ob der Fahrweg aus dem Titel des Eigenthums oder der Servitut geübt wurde.

<sup>9</sup> Vgl. Stubenrauch, III. S. 165. Ebenso muß nach röm. Rechte, obgleich dieses kein Kommodat an Rechten kennt (wie irrig Thibaut, §. 557. Glük, 13. B. §. 857. und Schmidt, Comm. und prec. behaupten), der sehr wohl denkbare Vertrag dieses Inhaltes nach Analogie des Kommodats beurtheilt werden. Vgl. Sintonis, §. 111. R. 1, und §. 1186. sächs. G. B.

<sup>10</sup> Der Begriff des Prefariums, von dem schon bei der Darstellung der Besitzklagen (§. 7.) die Rede war, ist nach österr. Rechte derselbe wie nach röm. Rechte (L. 1. pr. D. h. t. 43. 26.). Mit dem österr. Rechte stimmt ganz das sächs. G. B. §. 1181. und wesentlich das preuß. L. R. §§. 231—233. I. 21. überein. Ebenso der bayr. Entw. III. art. 21. und wohl auch das Züricher G. B. §. 494., verglichen mit §. 505. „Mißbrauch einer Vergünstigung.“ (Irrig wendet also

derjenige, dem die Ausübung eines Rechtes auf eine bestimmte Zeit unentgeltlich verliehen wurde, dasselbe ohne Zweifel wie ein Recht

Bluntschli's Kommentar II. S. 30, den §. 505. auf jeden Mißbrauch des Vertrauens an). — Vgl. Savigny, §. 42. Vangerow, III. §. 691. Albert, Besitz unk. S. §. 68. Koch, Forderung. III. §. 270. Gruchot, Glossen IV. S. 311 flg., und Sinenis, §. 111. Dem Precarium für das heutige Recht die Existenz abzulugnen, wie dies Krig, S. v. Rechtsfällen I. N. 14, und Koch, a. a. D. S. 437, thun, denen in Ansehung der Mobilien Brinz, P. I. S. 86, bestimmt, halten wir für ungerechtfertigt. Vgl. Schmidt, a. a. D. §§. 9. u. 10. Bulling, Precarium (1846) §. 7. Sinenis, §. 111. N. 38, u. Vangerow, III. §. 691. 6. Arndts, §. 173. N. 3, und Windscheid, §. 160. N. 16. 18. §. 376. N. 2, und neuestens Dankwardt, Jhering's Jahrb. 14. S. 298 flg., 320 flg. Die Widerruflichkeit, die sein Wesen bildet, läßt es nimmer im Kommodate ausgehen. Wohl zu enge definiert m. G. Windscheid, §§. 154. 160. ad 2. und §. 376. das Precarium als Hingabe einer Sache an einen Anderen in dessen Interesse auf willkürlichen Widerruf. Allerdings ist es richtig, daß das precarium im röm. Recht ursprünglich nur Sachen und zwar Grundstücke zum Gegenstande hatte. Allein nicht nur auf Mobilien (L. 4. pr. h. t.), sondern auch auf den Inhalt von Rechten wurde später der Begriff des Precariums ausgedehnt. Vgl. L. 2. §. 3. D. h. t. und §. 7a, S. 139 d. B. So kann ohne Zweifel der Besitzer eines Grundstücks den Inhalt der Servitut des Balkens, des Erfers precario einräumen. Vgl. Savigny, S. 459. Ja auch der Ufsukruar, Emphyteuta, Superficiar darf die Ausübung seiner Befugnisse Anderen precario verstaten. Vgl. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. Kann doch selbst dem Eigentümer seine eigene Sache zu Besitz und Gebrauch precario überlassen werden, insbesondere vom Faustpfandgläubiger. Vgl. L. 6. §. 4. L. 11. h. t.: quaestio sin eo est, ut precarium rei suae consistere possit. Mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur non proprietatis (Ulpian). Cfr. L. 11. h. t. Vgl. auch Vangerow, a. a. D. §. 691. IV. Albert, a. D. §. 68. Brinz, S. 87. (Mit Unrecht läugnet Savigny, S. 465 a. G., die Unwendbarkeit dieses Falls im Justin. Rechte.) Allerdings findet aber das Interd. de precario nur in solchen Fällen statt, wo die Sache selbst dem Precaristen hingegeben worden ist. — Es will mir sohin die Bemerkung Windscheid's, §. 154. N. 4, nicht einleuchten, daß die Beziehung des Precariums auf die widerrufliche Einräumung von dinglichen Rechten (beziehtlich: des Inhalts derselben) für das röm. Recht entschieden unrichtig sei. Ja zu enge ist nach heutigem Rechte selbst die Definition des P. als Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache oder eines Nutzungsrechtes daran auf Widerruf. (So Sinenis a. D. Weischeder, S. 468.) Denn der Inhalt aller dinglichen Nutzungsrechte, ferner der Reallasten, Realrechte und ähnlicher einer dauernden Ausübung fähigen Rechte, z. B. Jagdrechte, privilegiirter Gemeinrechte — kann precario zur Ausübung überlassen werden. Neuestens will Dankwardt, a. D. S. 295, als Gegenstand des P. bloß res oder servitus anerkennen, je nach dem Ausübung des Eigenthums oder einer bestimmten Servitut concedirt sei. Allein er selbst gesteht, daß auch die Superficies precaristisch concedirt werden könne, soweit man quasiposs. derselben annehme, und die Emphyteuse schließt er nur darum aus, „weil in dem Emphyteuta der Precarist steckt.“ (?) S. 296, N. 1. — Pfeifer, Bes. S. 80, unterscheidet precarium rei und pr. juris, jenachdem die Sache zur beliebigen Anwendung oder nur zum usus oder usufructus überlassen worden sei.

ausüben kann, ebenso gewiß muß dies von demjenigen angenommen werden, dem der Gebrauch eines Rechtes auf unbestimmte Zeit unter Vorbehalt des Widerrufs eingeräumt worden ist.<sup>11</sup> Der Umstand, daß der Rechtsgebrauch von Rechtswegen aufzuhören hat, wenn der Widerruf erfolgt, steht offenbar mit dem Dasein des Willens, einen Rechtsinhalt bis dahin für sich, im eigenen Namen, wie ein Recht zu üben, durchaus nicht im Widerspruche. Wir müssen also sagen: auch der precaristische Gebrauch ist ein wahrer Rechtsgebrauch<sup>12</sup> und be-

Dagegen bemerkt Sinenis, §. 111. N. 41, mit Recht, es sei nicht einzusehen, wieso denn das prec. rei mehr solle einräumen können, als usus und ususfr. S. auch Schmidt, Note 72.

11) Ich weiß wohl, daß ich mit dieser Behauptung der in der Praxis herrschenden Ansicht, die ich selbst längere Zeit theilte, entgentrete; glaube jedoch im Texte deren Unrichtigkeit nachgewiesen zu haben. Unsere Kommentatoren begnügen sich mit einer Umschreibung des Gesetzeswortes. Meiner Ansicht ist insbes. David, G. Zeit. 1870, Nr. 78, entgegengetreten, weil es dem Precaristen an dem nöthigen animus: des Fürsichhabens fehle. Allein gerade daran fehlt es ihm nicht. Darauf, daß er anerkennt, „daß das Recht nicht in seiner Person begründet sei“ kommt — wie oben Note 5 gezeigt — Nichts an. L. 1. §. 11. D. 43. 19. hat mit dieser Frage Nichts zu schaffen. (S. Note 26.) Auch Monti, S. 66, 137, läugnet den Unterschied zwischen usus prec. und respectu famil., weil das Prec. immer (?) auf einer Günstbezeugung beruhe. S. dag. §. 7a. N. 23. Dort liegt widerruflicher — hier kein Rechtsgebrauch vor. Vgl. noch Windscheid, §. 163. Note 6.

12) Nach röm. Rechte ist dies gewiß der Fall. L. 2. §. 3. D. h. t. 43. 26. Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est, ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere a ut uti liceat. Vgl. L. 1. §. 6. de itinere. Darauf deutet auch die Gleichstellung des usus precarius mit dem usus violentus und clandestinus. Vgl. auch Vangerow, III. §. 691. 4. Albert, a. a. D. §. 71 flg. Gruchot, a. a. D., der mit Recht darauf hinweist, daß §. 106. I. 7. nicht vom Precarium, sondern vom usus famil. handelt (s. auch Dernburg, I. S. 299), Sinenis, §. 111. N. 33, auch Brinz, S. 91. (Anderer Ansicht ist Pfeifer, S. 129, und gelegentlich Busch, Arch. 31. B. S. 246, ersterer aus dem gewiß irrigen Grunde, weil nur einzelne Besitzhandlungen, nicht die quasiposs. selbst vitios sein könne. Vgl. dagegen L. 1. §. h. t.). Auch Dankwardt, S. 308, anerkennt neuestens die juris possessio des precaristischen Servitutbesizers. Bulling erwähnt die Frage gar nicht. Wunderlich sind die Ansichten Schmidt's S. 132 flg., welcher juris poss. und quasiposs. unterscheiden will. Erstere sei bloß factische Ausübung eines Rechtsinhaltes, letztere erfordere außerdem Dasein des Rechtes. Gegenstand der ersteren, von welcher angeblich L. 2. §. 3. cit. und L. 15. §. 2. eod. sprechen, seien nicht bloß Rechte, sondern auch Handlungen, Zustände, „soweit sie unter den juristischen Gesichtspunkt fallen.“ Konsequent müßte Schmidt, ein pr. juris und ein pr. an. Handlungen und Zuständen, soweit sie u. s. w.“ unterscheiden, was ganz quellenwidrig und grundlos wäre. S. auch Sinenis, §. 111. N. 33. — Auch nach pr. u. f. Rechte muß aus den im Texte angeführten Gründen der precar. Gebrauch für einen wahren Rechtsgebrauch erachtet werden. Zwar verordnet §. 106, I. 7., daß der

gründet daher Rechtsbesitz, der nur nicht gegenüber dem Koncedenten geschützt wird. (§. 346.) Die gegentheilige Ansicht scheint vielfach mit der h. z. T. gewiß unhaltbaren Auffassung zusammenzuhängen, daß das Prefarium gar kein Rechtsgeschäft ist.<sup>12a</sup> — In der That liegt der entgegengesetzten Behauptung eine Verwechslung des Prefariums im technischen Sinne mit einer bloßen Gefälligkeitssbuldung zum Grunde. Das Prefarium setzt nämlich wesentlich die (ausdrückliche oder stillschweigende) Gestattung der Ausübung eines Rechtsinhaltes zu eigenem Interesse auf unbestimmte Zeit (bis auf Widerruf) voraus. Der prefaristische Gebrauch beruht also auf einem Vertrage.<sup>13</sup> Wo diese Momente nicht vorhanden sind, kann von

vitiöse Rechtsgebrauch sowenig Rechtsbesitz begründen könne, als vitiöse Apprehension Sachbesitz. Vgl. §. 96 flg. Allein nach preuß. wie nach österr. Recht ist der prefaristische Besitz erst dann vitiös, wenn der Besitzer „das, was ihm aus bloßer Gefälligkeit gestattet ist, in ein fortdauerndes Recht zu verwandeln sucht“ (§§. 146 flg. I. 7. und §. 345. österr. G. B.). Die richtige Ansicht hat Koch, S. 157. u. Komm. I. S. 424. N. 64., während Albert, §. 75. N. 1., das Landrecht ohne Grund der Verwechslung des usus precarius mit dem usus ex famil. zieht. An Albert schließt sich Gruchot, S. 313, an, der jedoch S. 314 anerkennt, daß das „eigentliche Prefarium . . . bis zum Widerruf . . . als ein wahres Rechtsverhältnis erscheint“. Nicht genau ist der Begriff des Prefariums bei Förster, §. 162. ad N. 42., gegeben. — Das sächs. Recht stimmt mit dem österr. überein, arg. §§. 190. 583. 1181. Der §. 583. des G. B. supponirt stillschweigend den Rechtsbesitz des Prefaristen. Vgl. Schmidt, S. 159. — Ausdrücklich anerkennt der bayr. Entwurf art. 47. die trotz Widerrufs fortgesetzte Ausübung als (fehlerhaften) Besitz. — Dagegen scheint das franz. Recht den usus prec. und usus ex jure permiss. zu vermengen, indem es jeden Nichteigenbesitzer poss. à titre précaire nennt. Vgl. art. 23. Code d. P. und Planck, S. 128. Oder soll letztere bloß den Gegensatz zur p. à titre de propriétaire (a. rem sibi hab. 2228. 2229.) bezeichnen, wie Zachariä-Buchelt, §. 185a. N. 4. meint? Klarer bestimmt schon das ital. G. B. art. 685—687. den anim. poss. als animo tenere la cosa come propria. Zweifel erregt aber art. 688.

12a) Uns schreckt auch nicht die scheinbare Konsequenz: daß man sohin auch den prefaristischen Sachbesitzer als Besitzer ansehen müsse; denn da die Absicht des Prefaristen immer nur auf den Gebrauch der Sache gehen kann, so hat er nicht den zum Sachbesitze erforderlichen Besitzwillen, der auf die totale, auch den Verbrauch in sich schließende Herrschaft gerichtet ist. Ganz verkehrt erklärt Schmidt, S. 29, den Besitzwillen da für unmöglich, wo die Absicht auf den Verbrauch gehe.

13) Wenn es im §. 974. des G. B. heißt: „so entsteht kein wahrer Vertrag,“ so ist damit im Gegensatz zur Leihe nur gemeint, daß keine wahre Verbindlichkeit für den Leihner entstehe; sie entsteht aber für den Prefaristen. Die Vertragsnatur des heutigen Prefariums erkennen an: Thibaut §. 557. Sinterlin, §. 111. Windscheid, §. 160. N. 18. Koch, Ford. III. §. 270., während Andere die obligatorische Natur läugnen, so besonders Wangerow, a. a. D. S. 632. Schmidt S. 16. 104. Bulling, §. 5. Puchc, P. §. 136. Letztere übersehen,

einer bittweisen Rechtsübung keine Rede sein. Wenn daher z. B. Jemand über des Nachbars Feld fährt, um den unfahrbaren Fahrweg zu vermeiden, oder um den Weg zu kürzen, in der Ueberzeugung, der Nachbar werde Nichts dagegen haben; wenn Jemand in derselben Meinung bei Besuchen seines Freundes sich des sonst versperrten Durchganges durch dessen Gartenthür bedient; wenn Jemand im fremden Walde Erdbeeren pflückt, Laub und Streu sammelt, in der Voraussetzung, der Eigenthümer werde dies wohl erlauben: so macht er nicht nur keinen prefaristischen, sondern gar keinen Rechtsgebrauch, denn es fällt ihm nicht bei, jene Benutzung als oder wie ein Recht in Anspruch zu nehmen.<sup>14</sup> Ebenso macht derjenige, der ein oder das andere Mal über je besonders erteilte Erlaubniß des Nachbars aus dessen Brunnen Wasser schöpft, in dessen Teiche sein Vieh schwemmt, über dessen Einladung auf dessen Gründen jagt, in dessen Weihern fischt, keinen prefaristischen Rechtsgebrauch, da ihm die Erlaubniß immer nur von Fall zu Fall, und nicht auf unbestimmte Zeit vorbehalten des Widerrufs erteilt wurde. Gerade Fälle dieser Art aber sind es, in denen man mißbräuchlich von bittweisem Gebrauche zu sprechen und auf die man die Behauptung zu basiren pflegt, daß die prefaristische Uebung keinen Besitz zu begründen vermöge. — Es versteht sich nach dem Gesagten, daß der Eigenthümer (aber nicht bloß dieser) den Inhalt jedwedes auf die Sache sich beziehenden Gebrauchsrechtes zur Ausübung bittweise konzediten könne; hingegen derjenige, dem ein Recht

daß der Titel: De precario ein gutes Stück historischen Rechtes enthält. Siehe Buchta selbst §. 136b. und Savigny, §. 42. Ueber Danckwardt's Auffassung vgl. §. 7a. N. 28. Letzterer meint, daß das P. kein Vertrag sei, da der Prefarist kein vertragsmäßiges Recht, sondern eine Befugniß erhalte und seine Verpflichtung erst mit der Apprehension beginne. Ob man nun das Recht des Prefaristen Befugniß nennt, ist Geschmacksache; daß aber die Verpflichtung desselben erst mit der Uebernahme der Sache beginnt, beweist nur, daß hier ein streng einseitiger Realcontract vorliegt.

14) Es ist dies der sogen. usus ex jure permissionis oder familiaritatis (f. S. 564 d. B. und Albert, §§. 73—75.); dieser usus ist gar kein usus; daher L. 1. §. 6. D. de itinere von den obigen Fällen treffend bemerkt: inutile est interdictum, non quasi precario usum, sed quasi nec usum (Ulpian). Die Verwechslung dieses (uneigentlichen) usus mit dem prefaristischen Gebrauche ist in unserer Praxis gang und gebe; sie findet sich aber selbst bei einigen gemeinrechtlichen Schriftstellern (f. die bei Albert, S. 87, angeführten, und sogar Buch, Arch. 31. B. S. 246) und durchwegs bei unseren Kommentatoren (f. z. B. Stubenrauch, I. S. 637). Uebrigens geben wir zu, daß bei einem stillschweigenden Pref. die Grenzen Weider oft nicht leicht zu bestimmen sein werden. Im Falle



zusteht, die Ausübung dieses nur insofern, als dasselbe wenigstens der Ausübung nach übertragbar ist. So kann z. B. der Grundeigentümer den Inhalt von Servituten daran, der Jagdberechtigte das Jagdrecht, der Usufruktuar den Nießbrauch zur Ausübung auf Widerruf verleihen (§. 479. A. b. G. B.).<sup>15</sup>

Desgleichen kann die gewaltsame Ausübung des Inhaltes eines Rechtes dessen Besitzwerb begründen, nämlich wenn die Absicht auf den ständigen Gebrauch desselben und nicht etwa bloß auf Zueignung eines vorübergehenden Vortheils gerichtet ist. Mächt z. B. Jemand unter Beseitigung des vom Eigenthümer geleisteten Widerstandes dessen Wiese ab, um bei der herrschenden Futternoth sein Vieh zu erhalten, so liegt eine vereinzelte Gewaltthätigkeit, aber nicht der Anfang eines ständigen Rechtsgebrauches vor; denn es fehlt der zum Besitze erforderliche, auf die dauernde Uebung des entsprechenden Rechtes (ususfructus) gerichtete Wille. — Was von der gewaltsamen Ausübung eines Rechtsinhaltes, gilt auch von der heimlichen. Auch diese kann, aber muß nicht nothwendig einen Rechtsbesitz begründen. So ist Diebstahl der stehenden Feldfrüchte äußerlich wohl Uebung eines Rechtsinhaltes (der Nutznießung), aber begründet gewiß nicht Rechtsbesitz.<sup>16</sup>

Guter Glaube ist zum Besitzwerbe eines Rechtes ebenso wenig als zum Besitzwerbe einer Sache erforderlich; er ist nur eine

Nr. 4138 Samml. Gl.-u.-W. war freilich der Prefarist gegenüber dem Konzedenten nicht zu schützen.

15) Unbegreiflicher Weise behauptet wiederum Schmidt, §. 7., daß der Eigenthümer den Inhalt von Servituten nicht precario einräumen könne, weil das Prefarium voraussetze (?), daß das verliehene Recht in der Person des Konzedenten entstehe, und nach Beendigung des Prefariums in dessen Person unverändert fortbauere, was in Ansehung des Eigenthümers undenkbar sei. Dagegen f. L. 15. §. 2. u. L. 2. §. 3 h. t.

16) Dagegen ist der Dieb Besitzer der gestohlenen körperlichen Sache (§. 309.). Besitz bei clandestinum usus scheint zu läugnen Glück, IX. S. 133. Vgl. über den violentus und clandestinus usus die richtigen Ausführungen Albert's, Anköp. S. §§. 55. 59. u. 116. Nach preuß. R. §. 97. 98. I. 7. können allerdings gewaltsame oder heimliche Besitzhandlungen keinen Besitz begründen. Förster, §. 160. Nr. 95. 142. Dernburg, §. 158. Nr. 7., und die preuß. Praxis verstehen dies aber freilich nur in dem Sinne, daß gegenüber dem vitios Entsetzten die Besitzergreifung nicht wirksam ist. (Exc. vit. poss. ab advers.) Siehe auch Roth, §. 132. Nr. 52. — Das sächf. G. B. (§. 190.) und der bayr. Entw. art. 47. anerkennen ausdrücklich auch fehlerhaften Besitz; ebenso §. 494. Zürich. G. B. — allerdings mit beschränktem Schutze.

Voraussetzung des redlichen Besitzes.<sup>17</sup> Wo er aber vorhanden ist, wird über die Existenz des zum Besitze erforderlichen Willens kein Zweifel sein können.

Den Beweis des Umstandes, daß der Inhalt eines Rechtes wie ein Recht ausgeübt wurde, hat nach der allgemeinen Regel der angebliche Besitzer zu führen. Dieser Beweis wird in Fällen, wo der Ausübung ein Titel zu Grunde liegt, ein leichter sein; sonst aber meist nur aus schlüssigen Thatfachen geliefert werden können.<sup>18</sup> Ob durch dieselben der Beweis des Besitzwillens erbracht sei, ist eine Frage, die dem richterlichen Ermessen zu entscheiden vorbehalten bleibt.<sup>19</sup>

17) Nach röm. Rechte ist diese Frage durch die ungenaue Ausdrucksweise in L. 25. D. 8. 6. freitig geworden. Bona fides zum Besitzwerbe hält für nothwendig Heerwart, S. 192. Hoffmann, II. S. 272. und Zieronakti, Serv. S. 154. Dagegen sind mit Recht Savigny, §. 46. Nr. 3. Sintenis, I. S. 587. Muther, S. 33. Buchta, Vorl. I. S. 273. Albert, S. 114. Elvers, S. 740. Seuffert, B. §. 173. Nr. 1a. Brinz, S. 276. Windscheid, §. 163. Nr. 6. der entgegengesetzten Ansicht; die ersteren drei erblicken in der abweichenden Bestimmung der L. 1. §. 10. 19. u. 39. D. de aqua quot. eine Ausnahme von der Regel. Wir glauben: „das jure suo uti se credere ist bloß eine andere Fassung des zum rechten usus erforderlichen Willens, — nicht der Meinung“ (Buchta, Brinz, a. D.). Vgl. L. 1. §. 2. 4. D. de itinere und L. 2. §. 3. D. si serv. vind. Die Ausführungen Heerwart's zeigen nur den Mangel durchgreifender Prinzipien in der röm. Theorie der Lehre vom Besitze der Servituten. Aber selbst zugestanden, daß das interd. de aqua guten Glauben voraussetze, (wofür L. 1. §. 19. D. de aqua kein zu unterschätzender Beleg ist, vgl. Busch, Arch. 31. B. S. 413), so wäre dies ebenso eine Singularität dieses Interdictes, wie das Erforderniß der 30tägigen Uebung bei den Begegerechtigkeiten, welche Heerwart (§. 16.) selbst als solche bezeichnet. S. auch Hedemann, S. 124.

18) Vgl. Busch, Erztzung d. Serv. Arch. XXXI. S. 241 flg., der darüber ausführlich handelt, dann Heerwart, S. 190, 191. Albert, Unf. S. §§. 110 bis 114. Elvers, S. 682—683, dessen Bemerkungen gegen Busch (Note k. 2.) wir nicht beitreten können: denn der animus steht selbstständig neben dem corpus; eine selbstständige Beweisaufgabe in Ansehung desselben ist daher vollkommen zulässig. — Den Indizienbeweis läßt ausdrücklich zu §. 82. I. 7. des preuß. L. R., dazu Förster, §. 160. Nr. 91. Er wird auch für's öfter. Recht als zulässig anerkannt in den Entsch. des D. G. S. Nr. 916. 2090. 2107. 2267. 2778. 3252. 3383. Samml. Gl.-u.-W. Vgl. §. 12. Note 11. u. 12. Mit Recht hat in dem Falle Ger. 3. 1876. Nr. 91. das Tir. D. L. G. den Besitzwillen aus der langjährigen, offen (in Mitten der Stadt) vorgenommenen Ausübung bezuirt. S. §. 7b. Nr. 27.

19) Vgl. die bei Gruchot, VIII. S. 27—36. angeführten zahlreichen Erkenntnisse deutscher Gerichtshöfe; dazu Seuffert, Arch. XIV. 14. 211. XV. 185. XX. 210. 211. (Vgl. Note 5.) So auch die Praxis des D. R. G. Kassel, wie Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII. S. 456, billigend mit Seuffert's Worten ausführ: Der Richter hat aus dem Zusammenhange, der Wiederholung,

Ständige, langjährige Uebung eines Rechtes, Nichtthinderung der Ausübung Seitens des Gegentheiles trotz nachbarlicher Zwiste, Beseitigung allenfälliger gelegter Hindernisse u. dgl., werden hinreichende und nach österr. Rechte um so wichtigere Anhaltspunkte geben, als im possessoriischen Verfahren der Parteieneid ausgeschlossen ist (§. 14. der k. Verordn. v. 27. Oktober 1849). Ueber den Indizienbeweis überhaupt verweisen wir auf das im §. 12. d. B. Angeführte. — Hat aber derjenige, der den Besitzwillen behauptet, denselben nicht dargethan, oder ist derselbe zweifelhaft, so kann Rechtsbesitz nicht angenommen werden; denn Jedermann hat die Thatsachen, auf die er sein Klagerrecht gründet, zu beweisen (§. 104. A. G. D.).<sup>20</sup>

der besonderen Beschaffenheit der einzelnen nachgewiesenen Handlungen zu bestimmen, ob in denselben ein usus juris vorliege. — Busch, a. D., gelangt in seinen Erörterungen zu folgenden Ergebnissen: Der Beweis des Besitzwillens aus Indizien ist zulässig; doch kann weder aus der Mehrheit der Besitzhandlungen allein (§. 244), noch aus der bloßen Wissenschaft des Gegners hiervon (§. 245), noch (?) endlich aus der bona fides des Ausübenden an sich auf das Dasein jenes Willens geschlossen werden (§. 247); andererseits ist es irrig, öffentliche Ausübung zum Wesen der Besitzhandlungen zu fordern (§. 255). Busch irrt nur darin, daß er den usus precarius mit dem bloßen Permissionsgebrauche verwechselt (vgl. §. 246 und 254) und darum die bona fides für kein hinreichendes Merkmal des rechten Besitzwillens hält. Daß dieser Wille ausdrücklich erklärt werden müsse (Sedendorff, Arch. IV. S. 92), ist ebenso irrig, als die Annahme, daß derselbe vorhanden sei, wenn die Handlung „äußerlich offen und friedfertig“ vorgenommen worden ist (Hoffmann, II. 147.). Die letztere Beschaffenheit der Besitzhandlungen erscheint weder immer nothwendig, noch immer genügend. So z. B. wird der usus ex jure permissionis oder fam. durchwegs ein offenkundiger und friedlicher sein, und doch ist hier vom rechten Besitzwillen keine Spur.

20) Vgl. Albert, §. 113. Hoffmann, II. S. 133. Busch, a. D. S. 250, und Koch, S. 157. Das österr. Recht kennt weder eine Vermuthung für den Besitzwillen, wie ihn das franz. Recht (art. 2230.) und das ital. G. B. (art. 687.), ferner in Ansehung der Realassen das L. R. §. 107. I. 7. und bei Leistung durch Sondernachfolger auch der bayr. Entw. (art. 52.) aufstellt, noch eine Präsumtion gegen denselben, wie selbe in Ansehung der Dienstbarkeiten im bayr. Entw. (44.) ausgesprochen ist. Bei Servitutsausübung findet nach §. 107. 108. I. 7. preuß. L. R. nur bei Wissen des Beschränkten die Vermuthung für den an. possidendi statt. Vgl. Förster, §. 160. R. 150. Roth, §. 132. R. 47. Sonderbarer Weise behauptet Nippel, III. S. 68., dem Stubenrauch, I. S. 637. (428) folgt, daß bei affirmativen Servituten im Zweifel anzunehmen sei, daß der Ausübende den Besitzwillen gehabt habe (wie Nippel sich ausdrückt: daß der Eigentümer sein Recht stillschweigend anerkannt habe), unter Berufung auf den §. 479. A. b. G. B. und auf die abgeänderte Fassung des §. 34. II. des westgal. G. B., welche diese Anerkennung ausdrücklich forderte (vgl. Note 8.). Der eine wie der andere Grund ist offenbar vergriffen. Vgl. Note 8. u. 23. Ebenso unhaltbar ist die Ansicht Montt's, daß der Besitzwille nach §. 323. G. B. zu prä-

Mit der Frage, ob der Besitzer den Beweis, daß er den Inhalt des Rechtes wie ein Recht ausgeübt habe, zu führen habe oder nicht, ist jedoch nicht die davon ganz verschiedene Frage zu verwechseln, wer über Einwendung des Gegners, daß der Besitz fehlerhaft (vi, clam, precario) erworben worden sei, diesen Beweis zu führen habe. Da die Fehlerhaftigkeit (Unrechtheit) des Besitzes eine Einwendung im wahren Sinne des Wortes ist, also eine Ausnahme von der rechtsbegründenden Regel, die der Gegner für sich anführt, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Exeipient dieselbe zu beweisen habe.<sup>21</sup> Mit der Erhebung dieser Einwendung ist aber sehr gut das Zugeständniß des Exeipienten vereinbar, daß sein Gegner den Inhalt eines Rechtes wie ein Recht (suo jure) ausgeübt habe. Seine Einwendung bezieht sich ja bloß darauf, daß trotzdem, daß der Besitz des Rechtes erworben worden sei, dieser Besitz ausnahmsweise doch nicht geschützt werden könne, weil er fehlerhaft (unechter Weise §. 346. A. b. G. B.) erworben worden ist.<sup>22</sup> Die Behauptung des klagenden

sumiren sei. — Für das preuß. Recht s. noch Bornemann, IV. S. 559 fig., und die in diesem Sinne erfolgten, daselbst angeführten mehrfachen Entscheidungen des Kammergerichtes: „Schon nach allgemeinen Grundsätzen, heißt es darin, müsse derjenige, der eine Servitut durch Verjährung erwerben wolle, nachweisen, daß er die Servitut nicht bloß ausgeübt, sondern auch die Ausübung auf Grund eines ihm vermeintlich zustehenden Rechtes oder mit dem animus sibi habendi vorgenommen habe. Erst wenn dieser Beweis direkt oder ex factis concludentibus geführt sei, dürfe nach §. 82. I. 7. angenommen werden, daß der angeblich Berechtigte im wirklichen Besitze sei.“ Nichts Abweichendes bestimmt §. 14. II. 22. des Landr.

21) Im Besitzförderungsverfahren stützt sich nämlich der Kläger bloß auf seinen Besitz; dem jeder Besitz (ohne Rücksicht auf seine Beschaffenheit) wird geschützt. Arg. §. 339. A. b. G. B.; vgl. §. 7. d. B. Nur gegenüber demjenigen, von welchem der Besitz vi, clam, precario erworben wird, wird der richterliche Schutz verjagt. Die Behauptung der Bitiosität ist also eine Einrede (Exceptio vitiosae poss. ab adversario). Vgl. Unterholzner, II. S. 183. Sintenis, §. 64. R. 51. Albert, S. 96. Stubenrauch, I. S. 689. Unger, II. S. 488, 492 fig. Förster, §. 160. Note 142. 151. 152. Gruchot, Beitr. VIII. S. 172, und die daselbst citirten Erkenntnisse; auch Strieth. V. Nr. 863. In der österr. Praxis ist dies anerkannt. S. auch die ger. Entscheidungen bei Seuffert, Arch. IX. R. 133. 134. XXV. 108. XXVI. 81. 105. XXVIII. 16. Anderer Ansicht ist Rudorff, Nr. 128.

22) Die Behauptung des Beklagten, Kläger habe den Inhalt des Rechtes nicht wie ein Recht ausgeübt, enthält einen Widerspruch des Klagerfundamentes, ein Läugnen des Besitzes des Klägers überhaupt; dagegen liegt in der Behauptung, Kläger sei unechter (fehlerhafter) Besitzer, das stillschweigende Zugeständniß des klägerischen Besitzes und zugleich die Behauptung, daß dieser Besitz (ausnahmsweise)

Besitzers, daß er von einem Rechte in eigenem Namen Gebrauch gemacht habe, gehört zum Klagefundamente, weil sie einen Entstehungsgrund des Besitzes enthält, und ist daher als rechtserzeugendes Faktum von ihm zu beweisen; die Behauptung der Vitiosität des klägerischen Besitzes enthält ein dem klägerischen (anerkannten oder bewiesenen) Rechte entgegenstehendes selbstständiges Recht des Beklagten, durch welches das bestehende klägerische Recht elidirt wird. Die Bestreitung des klägerischen Besitzwillens ist also bloßer Widerspruch (nullam esse possessionem); die Bestreitung seiner Echtheit aber enthält die positive Behauptung seiner Fehlerhaftigkeit, also eine Einrede (viciosam esse possessionem). Diese Unterscheidung ist in praktischer Hinsicht nicht weniger wichtig als in theoretischer. Sie wird von unseren Kommentatoren nicht gemacht, und darin liegt der Hauptgrund ihrer irrigen Behauptungen, betreffend die Vertheilung der Beweislast im Besitzprozesse.<sup>23</sup> Festgehalten ist dieselbe in den Entscheidungen

wegen der fehlerhaften Erwerbung keinen gerichtlichen Schutz genieße. Will daher der Beklagte den klägerischen Besitz Mangels des erforderlichen Willens bestreiten, so muß er dem Besitzwillen besonders widersprechen. Man setze: A klagt den B wegen Störung im Besitze einer Wege servitut, die er seit mehreren Jahren in eigenem Namen auf dessen Grunde ausübt; B bestreitet die Ausübung in eigenem Namen und behauptet überdies, daß die einzelnen Ausübungsakte heimlich vorgenommen worden seien. Hier hat zunächst A den Besitzwillen zu beweisen; erst wenn er diesen Beweis erbracht hat, wird der Einredeweis des B, daß die Servitutsübung heimlich vor sich gegangen sei, nothwendig und relevant. Vgl. besonders die nützigen Ausführungen Albrecht's, Interd. uti poss. S. 122, Note 2. und Unkürp. Sach. S. 139—143, der diese auch in den Lehrbüchern des gemeinen Rechtes theils gar nicht, theils nur obenhin berührte, praktisch wichtige Unterscheidung mit Recht betont. S. auch Elvers, S. 685 flg.

23) So unterscheiden namentlich Nippel, III. S. 67, und Stubenrauch, I. S. 637, (428. d. 2. Aufl.), bei der Beweisfrage zwischen Realkasten und negativen Servituten einerseits und positiven Servituten andererseits. Bei ersteren soll derjenige, der den Besitz behauptet, den Beweis führen, daß er den Inhalt des Rechtes „als vermeintliches Recht“ ausgeübt habe, bei letzteren hingegen soll der Eigenthümer der dienenden Sache (also der Gegentheil) beweisen müssen, daß die Ausübung nur „aus gutem Willen“ gestattet wurde. — Schon die Gegenlegung der Begriffe: Gebrauch im eigenen Namen und vitioser Gebrauch (so wieder Monti S. 139 flg.) ist nicht logisch: denn auch der usus vitiosus ist ein juris usus. Sodann ist aber nicht einzusehen, warum derjenige, der den Besitz einer affirmativen Servitut behauptet, von dem Beweise frei sein sollte, daß er den Inhalt des Rechtes in eigenem Namen geübt habe, während der Besitzer negativer Servituten und Realkasten diesen Beweis, wie auch von Nippel und Stubenrauch anerkannt wird, führen muß? Die Verufung auf den §. 479. beruht abermals auf der Verwechslung der p. nulla und vitiosa und auf der irrigen Voraussetzung, daß dieser Paragraph

Nr. 257. 935. 2107. 2267. 2364. 2778. 3383. 4691. Samml. Gl.-U.-W. Noch ist zu bemerken, daß der einmal fehlerlos erworbene Besitz selbstverständlich dadurch nicht fehlerhaft wird, daß später einzelne Besitzfortsetzungsakte vitios vorgenommen werden.<sup>23a</sup>

Mit Rücksicht auf das Gesagte wird, um Wiederholungen zu vermeiden, des Besitzwillens bei Erörterung des Besitzerwerbes der einzelnen Klassen der Rechte keine besondere Erwähnung mehr gemacht werden.

Es erübrigt noch die Frage, ob die Ausübung von Real servituten durch dinglich oder obligatorisch Nutzungsberechtigte (z. B. den Fruktuar, Usuar, Pächter) als ein solcher Rechtsgebrauch angesehen werden könne, welcher zur Begründung des Besitzes von Real servituten für das benützte Grundstück erfordert wird. — Da bei Real servituten nur der Eigenthümer des herrschenden Grundes als berechtigtes Subjekt angesehen werden kann, wengleich dieselben zum vortheilhafteren Gebrauche des Letzteren dienen,<sup>24</sup> so kann auch nur

eine Vermuthung im technischen Sinne enthalte. Dagegen vgl. Unger, II. S. 591. Note 35a. — Unsere Gerichte haben diese willkürliche Unterscheidung in Ansehung der Vertheilung der Beweislast nie gemacht. Vgl. z. B. die im Texte und Note 6. angeführten Entscheidungen, welche gerade bei positiven Servituten mit gebührender Strenge vom angeblichen Besitzer den Beweis des Charakters der Rechtsübung fordern. — Auch Bornemann, I. S. 575, wirft die poss. vitiosa und poss. nulla durcheinander. Richtig sind die Ausführungen Koch's, S. 156 flg. Uebrigens stimmen wir mit der von Bornemann, S. 576, mitgetheilten Entscheidung: A hatte nämlich wiederholt seinen Weg nicht über die Landstraße, sondern über des B Feld genommen, und wurde ihm, als später eine verschließbare Schranke errichtet wurde, der Schlüssel jedesmal eingehändigt. Aus Anlaß einer Verweigerung klagt A den B wegen Besitzstörung. Da A attennmäßig gar nichts angeführt hat, woraus auf dessen Besitzwillen geschlossen werden konnte, war die abweisliche Entscheidung des D. L. G. (die Juristenfakultät Rostock hatte der Klage stattgegeben) umfomehr gerechtfertigt, als in der betreffenden Gegend bei der oft grundlosen Verschaffenheit der Straßen selbst Fremden das Ueberfahren anstandslos gestattet wird. — Der Beweis eines Prefariums wäre in diesem Falle ganz überflüssig gewesen, da Kläger das Klagfaktum nicht bewies. Aus demselben Grunde ist der abweislichen Entscheidung des Falles beizupflichten, welchen Bornemann, I. S. 570, anführt, wo Jemand auf fremdem Boden ein Wasserbett reinigte und daraus allein den Besitz des Wasserleitungsrechtes darthun wollte.

23a) Vgl. L. 1. §. 12. L. 2. L. 6. D. de itinere 43. 19.; L. 40. §. 2. D. de poss.; Förster, §. 160. Note 146. Meisehder, S. 474.

24) Vgl. Buchta, P. §. 28. R. 1. Arndts, P. §. 183. Brinz, I. §. 69. Unger, I. S. 325. Die Ansicht Böding's, §. 161., daß das Grundstück als berechtigtes Subjekt anzusehen sei, ist mit Recht vereinigt geblieben.

der Eigenthümer dieselben „für sich“ ausüben;<sup>25</sup> der Usufruktuar, Usuar, Pächter, denen die Benutzung des herrschenden Grundstücks (und daher auch der damit bereits verknüpften Servituten) überlassen worden ist, üben dieselben nicht im eigenen Namen,<sup>26</sup> sondern im Namen des Eigenthümers (oder bildlich gesprochen: Namens des herrschenden Grundstücks, — fundi nomine, wie die Quellen sagen L. 1. §. 11. D. de itinere).<sup>27</sup> Fangen also solche Nutzungsberechtigte den Inhalt von Realservituten „im eigenen Namen“ erst auszuüben an, so können sie hiemit den Besitz von derartigen Servituten nur für ihre Person, also nur als Personalservituten erwerben,<sup>28</sup> wo-

25) Dem Eigenthümer steht gleich der bonae oder malae fidei possessor; denn auch diese wollen ja die Sache wie eigen haben.

26) Vgl. Heerwart, S. 191. Schuster, S. 146. Dazu L. 1. §. 11. D. de itinere: quoties enim colonus meus aut is, cui precario fundum dedero, via utitur, ego ire intelligor, propter quod et recte dico, me itinere usum. (Wie der übrige Inhalt der Stelle zeigt, wird hier vorausgesetzt, daß der Besitz der Realservitut schon früher begründet war.) Anderer Ansicht ist Albrecht, §. 17., welcher behauptet, daß der Usufruktuar und precarius possessor die Grunddienstbarkeiten „für sich“ (im eigenen Namen) ausüben. So auch Windscheid, §. 163. R. 6. Allein dann müßten entweder diese Dienstbarkeiten als persönliche geübt werden, und das widerstreitet der Voraussetzung, da es sich nur um Ausübung bereits vorhandener Realservituten handelt, oder man kommt zu der Konsequenz, daß der Usufruktuar und Precarist solche Servituten auch für das Grundstück erziehen können müsse, was der L. 5. §. 7. D. de usufr. widerspricht. Man kann nicht behaupten, daß derjenige eine „eigene Herrschaft“, eine Herrschaft für sich ausübe, der eben nur ein fremdes Recht — wenn auch in eigenem Interesse und berechtigter Weise — ausübt.

27) Hier übt also der Nutzungsberechtigte die Servitut statt des Eigenthümers, und erhält ihm daher den Besitz der Servitut, daher von der Erlöschung derselben durch non usus keine Rede sein kann. Erwerb kann er den Besitz der Realservitut dem Eigenthümer selbst dann nicht, wenn er dieselbe bona fide als Realservitut geübt hätte, weil zum Erwerbe des Besitzes der Willensentschluß des Besitzers (hier des Grundeigenthümers) erforderlich ist, dieser aber vorausgesetzter Maßen nicht vorliegt. (Zur Fortdauer des Besitzes gehört nur quoad animum der nicht geänderte Wille, daher kann der Besitz durch Akte des Nutzungsberechtigten erhalten werden). Daher gilt, was Ulpian in L. 5. §. 7. D. de usufr. vom Erwerbe des Rechtes sagt: fructuarius quidem acquirere fundo servitutum non potest, retinere autem potest — auch vom Erwerbe des Besitzes: Sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur, per fructuarium autem interd. hoc (de itinere) domino non competere, Julianus ait (L. 3. §. 4. de itin.). Denselben Grundsatz spricht aus §. 561. des sächs. b. G. B. Auf den eben gedachten Unterschied zwischen Erwerb und Erhaltung des Besitzes basiren sich also die vorstehenden Entscheidungen Ulpian's und Julian's.

28) Hier liegt keine sog. irreguläre Prädialservitut vor, da ja auch der Umfang der Personalservituten nach dem Bedürfnisse eines vom Berechtigten besessenen Grundstückes bemessen werden kann. Vgl. Eivers, S. 198. Sintenis, §. 58. R. 2.

raus sich aber weiter ergibt, daß wohl sie (die Nutzungsberechtigten) im Besitze dieser Personalservituten geschützt werden müssen, daß aber der Eigenthümer des Grundes diesen Besitz nicht als Besitz einer Realservitut — also für sich — in Anspruch nehmen und als Besitzer derselben gerichtlichen Schutz fordern könne.<sup>29</sup> Sollte jedoch ein solcher Nutzungsberechtigter den Inhalt einer Servitut als (etwa vermeintliche) Grunddienstbarkeit ausgeübt haben, so kann durch nachträgliche Genehmigung des Eigenthümers der Besitz der Grunddienstbarkeit als solcher letzterem erworben werden.<sup>30</sup> Vgl. auch §. 31. d. B.

Wir halten übrigens mit der herrschenden Ansicht gegen Cohnfeld, Irregul. Serv. (1862), die Möglichkeit der Konstituierung des Inhaltes der Realservituten als Personalservituten fest; ja das, was Cohnfeld, S. 45, ausführt, scheint uns mit den von ihm im §. 5. zitierten Stellen, und ebenso mit den vorstehenden unvereinbar. Für das österr. Recht ist im §. 475. die Möglichkeit sog. irregulärer Servituten anerkannt.

29) Vgl. L. 3. §. 4. D. de itinere: per fructuarium autem interdictum hoc non competere. Auf demselben Principe beruht L. 1. §. 8. D. eod.: „si quis autem cum putaret, ad se fundum pertinere, suo nomine iter fecerit, amicus meus utique sibi, non mihi interd. adquisisse intelligitur; ferner L. 1. §. 11. D. eod., in welcher dem Eigenthümer, der die Servitut precario geübt, das Interdict ver sagt wird, obgleich derjenige, dem er das herrschende Grundstück zur Benutzung precario überließ, dieselbe als Realservitut (quasi fundo deberetur) geübt. Dem letzteren gibt der Jurist (Ulpian) das Interdict auf eigenen Namen, wie es scheint, nicht ohne Schwanken: quae ratio (inquit) efficit, ut, etsi ego viam precario rogavero et tibi fundum precario dedero, quamvis hac mente ieris, quasi fundo meo deberetur; . . . tu tamen eredo poteris hoc interdicto uti, et si de hoc nihil scribat Julianus. Vgl. dag. R. 30. — Von dem im Texte aufgestellten Gesichtspunkte geht aus L. 3. §. 5. D. de itinere: Idem Julianus scribit, si meus usufructus in fundo tuo, proprietatis vero tua fuerit, et uterque nostrum per vicini fundum ierit, utile interdictum de itinere nos habere, et sive forte ab extraneo fructuarium prohibeatur, sive etiam a domino. Hier hat also Fructuar und Eigenthümer das Interdict, jener für die Personalservitut, dieser für die Realservitut des iter. Die Zulässigkeit des interd. de itinere für Personalservituten bestreitet zwar Albert, §. 157. und Eivers, S. 820, namentlich mit Bezug auf L. 1. §. 1. D. h. t.; allein wie kommt es dann, daß der Nutzungsberechtigte überhaupt im Besitze dieser Servitut geschützt wird, denn als Realservitut kann er sie nicht in eigenem Namen erwerben, da er nicht Eigenthümer ist (wo nicht die Möglichkeit des Rechtes, da ist auch nicht die Möglichkeit des Besitzes), und doch wird dessen Besitz geschützt. L. 3. §. 5. cit. spricht es deutlich aus, daß er das interd. utiliter hat. Oder sollte man hier für das römische Recht analog dem sog. abgeleiteten Sachbesitz einen „abgeleiteten“ Rechtsbesitz annehmen? Berwirft man die vorliegende Auffassung, so muß man in der Einräumung des Interdicts an den Usufruktuar, Precaristen, bonae fidei possessor eine Singularität erblicken. — Für das österr. Recht ist die im Texte verteidigte Ansicht die allein konsequente und daher haltbare.

30) Wenn z. B. ein Pächter bona fide eine vermeintlich mit dem gepachteten

## §. 26. Das Corpus. Allgemeine Grundsätze.

Für den Besitzerwerb aller Rechte lassen sich, soweit es die hierzu erforderliche Ausübung eines Rechtsinhaltes (das corpus) betrifft, folgende allgemeine Grundsätze aufstellen:

1) Es wird ein wirklicher Rechtsgebrauch, d. i. wirkliche Ausübung des wesentlichen Inhaltes des betreffenden Rechtes, dessen Besitz erworben werden soll, erfordert. §. 312: „In den Besitz von Rechten kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen.“ Denselben Grundsatz spricht aus L. 20. D. de serv. 8. 1.: Ego autem puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse (Javolenus). Die bloße Möglichkeit der Ausübung eines Rechtes ohne wirkliche Ausübung desselben genügt noch nicht, selbst nicht bei denjenigen Rechten, deren Ausübung die Detention der Sache voraussetzt. Denn das Gesetzbuch fordert ausnahmslos wirkliche Ausübung.<sup>1</sup> (§§. 312. u. 313. d. G. B.) Der bloße rechts-

Grunde verbundene Grunddienstbarkeit ausübt, so kann er dieselbe nicht durch Erfindung erwerben, es sei denn, daß die Ausübung über Auftrag oder nachträgliche Genehmigung des Besitzers erfolgt ist. Vgl. auch die Entsch. des Berliner Ober-Trib. v. 18. Juli 1863. Striethorst N. F. I. Nr. 78. Förster, §. 161. N. 88. Euff. Arch. XXIII. 214. u. XXIV. 191., und Holzschuher, II. §. 113. ad 12. Aber nicht einmal im Besitze der so geübten Servitut kann der Pächter gefügt werden; denn als Besitzer der Realservitut kann er nach dem Gesagten nicht angesehen werden (weil er sie nicht im eigenen Namen übt); aber auch als Besitzer der korrespondirenden Personalservitut kann er nicht betrachtet werden, weil eben sein Wille nicht auf Uebung einer Personalservitut ging. Anders freilich entschied Ulpian in L. 1. §. 11. D. de itin. (Note 29) — jedoch nicht ohne Bedenken; eine Entscheidung, der wir — als nicht konsequent — für's öfter. Recht nicht beipflichten. — Die L. 1. §. 11. D. h. t. bespricht weiter die Frage, ob der Prefarist, welcher die einem Grundstück gebührende Realservitut irrthümlich precario rogirte, gegen den Konzedenten mit Erfolg possessoriisch klagen könne? Ulpian verneint die Frage: et magis est ut noceat tibi exceptio (precarii) — und zwar m. G. mit Recht, da ja der Prefarist den Servitutsinhalt nur prefaristisch übte und daher der von ihm im eigenen Namen angestellten Klage die Exceptio precarii entgegensteht. Ulpian billigt aber ebendasselbst weiter die Meinung Julian's, daß wenn in demselben Falle klagenden Eigenthümer die except. vitiosae poss. nicht entgegengesetzt werden könne, m. G. mit Recht, weil der fehlerlos erworbene Besitz (und diesen setzt Ulpian Eingang offenbar voraus) selbst dann nicht fehlerhaft wird, wenn der Stellvertreter einzelne Fortsetzungssakte vitios ausübt. Vgl. L. 6. h. t. L. 40. §. 2. D. de poss. 41. 2. Bezieht man jedoch, wie Windscheid, §. 164. N. 8 (4. A.), ohne Noth thut, die Stelle auf den Besitzerwerb, dann wäre die Entscheidung freilich höchst „merkwürdig“.

1) Derselbe Grundsatz gilt auch nach röm. Rechte und nur bei den mit der De-

bestellende Vertrag oder die einseitig erklärte Bereitwilligkeit, die Ausübung des Rechtes zu dulden, reicht sohin zum Erwerb des Rechts-

tention der dienenden Sache verbundenen Personalservituten genügt zum Besitzerwerbe schon die bloße Inhabung der letzteren ohne Ausübung des Rechtsinhaltes. Vgl. L. 3. D. de usufr. 7. 1.: si induxerit in fundum eum ve patiat uti frui, und Arndts, §. 187. Böcking, P. §. 126. N. 16. Unzulässig scheint uns aber, aus dieser Modifikation das allgemeine Prinzip abzuleiten: daß zum Besitzerwerbe aller Rechte schon die bloße Möglichkeit der Ausübung genügt, wie dies Unterholzner, Verh. II. §. 109. S. 166. Bruns, S. 476. Sintenis, §. 64. N. 36. Windscheid, §. 163. N. 5. Duncker, S. 61, 62. Erner, Trakt. S. 120 flg. Wendt, Jen. Lit. Zeit. 1877. Nr. 9 (und für das franz. Recht auch Buchelt-Zachariä, §. 185a. N. 4) thun. Man beruft sich auf die Analogie des Sachbesitzes: „So wenig für den Erwerb des Sachbesitzes wirkliche Ausübung des Eigenthums erforderlich ist,“ sagt z. B. Windscheid, „kann für die Erwerbung des Rechtsbesitzes die wirkliche Ausübung der Servitut erforderlich sein; diese Konsequenz ist nicht abzuweisen.“ (Aehnlich Kindel, Gruchot's Beitr. 21. (I.) S. 441.) — In diesem Schlusse wird aber nichts mehr und nichts weniger vorausgesetzt, als daß der Sachbesitz durch Ausübung des Eigenthums erworben wird, was selbst Windscheid nicht zu behaupten versucht (vgl. §. 153. f. P.). Zum Sachbesitzerwerbe gehört eben nur Apprehension, d. i. thatsächlich konstatierte Möglichkeit ausschließlicher Macht über die Sache; zum Rechtsbesitzerwerbe aber gehört Ausübung des Rechtsinhaltes. — Apprehension in dem eben angegebenen Sinne (als unmittelbar realisirbare Macht) und wirkliche Ausübung, — das sind die beim Erwerbe des Sach- und Rechtsbesitzes einander entsprechenden Thatfachen, nicht aber: Eigenthums- und Rechts-Ausübung. Darum ist auch der Besitzesjuch der Realservituten durchwegs auf das uti gestellt (quo itinere usus es, aqua usus es etc.). Windscheid korrigirt sich selbst mit der weiteren Behauptung, daß, wenn die betreffende Handlung nie vorgenommen wurde, auch kein Besitz angenommen werden darf, weil (?) daraus folgt, daß der Besitzwille nie vorhanden war, oder wieder aufgegeben wurde. Gegen Unterholzner a. a. D., der sich gleichfalls auf die Analogie des Sachbesitzes beruft, vgl. Muther, S. 43, N. 41. Gegen Bruns vgl. Brinz, S. 80 (§. 196. 2. A.), u. Förster, §. 160. N. 81. Anders stünde es, wenn der Ufusfruktus (wie Wendt meint) schon mit dem Haben begänne, was aber zu bestreiten ist. (L. 1. 25. D. h. t. jus utendi, fruendi); das Haben ist doch wohl nur Voraussetzung des Uti-frui. An Windscheid schließt sich Erner, S. 121, N. 66, an, obgleich er bei Realkasten wirkliche Leistung fordert. Sein Argument, daß auch das positive Recht (§. 312.) nicht mehr verlange, als bloße Möglichkeit der Ausübung, ist aber nicht stichhaltig. Zum Sachbesitz verlangt das Gesetz grundsätzlich nur einen Akt, der die reelle Herrschaft konstatiert. „Das „Ergreifen“ nennt der §. 312. nur beispielweise, — daneben aber sofort: das „Betreten“. Wir könnten also sagen: es genüge Möglichkeit der realen Ausübung des Eigenthums. Dagegen begnügt sich das Gesetz beim Rechtsbesitze nicht mit der Konstatirung dieser Möglichkeit, sondern verlangt: reellen Gebrauch. Reelle Herrschaft und reelle Rechtsübung sind also die korrespondirenden Besitzerverbsakte, — nicht aber „virtuelle Herrschaft“ und „virtueller Rechtsgebrauch“. Auch sachlich liegen die Verhältnisse hier und dort nicht immer gleich. Anerkennt doch Erner, S. 122, selbst, daß Besitz am Wasserrecht durch Gegenwart beim Brunnen nicht erworben sei, wenn der Brunnen defekt ist. Gewiß auch nicht den Besitz der Wegservitut, wenn diese wegen morastigen Grundes nicht realisirbar ist. Richtig Montt, S. 140. — Das-

besitzes nicht hin. (Vgl. Erf. Nr. 3030 der Samml. Gl.-N.-B.)<sup>1a</sup> Hieraus ergibt sich ferner, daß auch der Besitz solcher Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, z. B. der Realservituten, der Realjagdrechte, Realgrundzinse u. s. f. nicht schon mit dem Besitze der letzteren erworben wird.<sup>2</sup> Nur scheinbar ist die Ausnahme bei

selbe gilt auch nach preuß. Recht, §§. 5—8. I. 7., mit Ausnahme derjenigen Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind. Vgl. Roth, §. 132. Förster, §. 160. Nr. 81—83, der dahin allerdings auch solche Rechte rechnet, deren Ausübung die Detention der Sache voraussetzt, z. B. Fruchtnießungs- und Pachtrechte. Vgl. folgende Note. — In der Besitzergreifung der Sache liegt noch keine Ausübung des Usus oder ususfructus oder Pachtrechts. Vgl. §. 27. Nr. 9. Anderer Ansicht Förster, Nr. 81. Ueber Brinz's Auffassung vgl. noch §. 2. Nr. 6b.

1a) Mit dem Erf. vom 3. November 1875. Z. 11948 (G. Z. 1876. Nr. 91) wurde selbst der bisherige Sachbesitzer, welcher eine Parzelle mit Vorbehalt des Sandaushebungsrechtes abgetreten hatte und später einmal Sand grub, wegen Besitzförderung verurtheilt, weil er von seinem Rechte früher keinen Gebrauch gemacht habe (§. 312.).

2) So auch konsequent nach röm. und sächsl. Rechte, welche über diese Frage keine Bestimmung enthalten. Vgl. Holzschuher, II. S. 62, 76. Die nach röm. R. statthafte Sukzession in die Wege- und Wasserinterdikte des Vorgängers ist eine Singularität, die nicht diese Frage berührt. — Anders jedoch nach preuß. Rechte, welches im §. 77. I. 7. bestimmt: „Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, werden mit der Sache zugleich übergeben.“ Vgl. Bornemann, I. S. 567. Förster, a. a. O. Note 82, dazu vorige Note (anders aber das Berliner Obertrib., Rechtsgrundsätze v. Strieth. 7. Nr. 180); auch Dernburg, §. 161. a. G., der darin aber mit Unrecht eine Anwendung des Grundsatzes (?) erblickt, daß der Besitz der Pertinenz mit der Hauptsache erworben wird. — Irzig behauptet Pachmann, S. 109, daß die Bestimmung des §. 77. I. 7. auch nach österr. Recht gelte; ebensowenig läßt sich diese Ansicht — wie in der oberstg. Entsch. v. 1. August 1877. Z. 9490. G. Z. 1877. Nr. 83 geschieht — aus dem §. 1493. G. B. deduciren. — Wohl aber wird nach Züricher. G. B. (§§. 490. 521.) Nießbrauchs-, Pacht-, Nießbesitz u. s. f. nach Analogie des Sachbesitzes erworben; dagegen der Besitz anderer Rechte, die nicht in der faktischen Herrschaft über die Sache sich äußern, nur durch Ausübung. — Der bayr. Entw. art. 44. erklärt bei Dienstbarkeiten die unmittelbare Möglichkeit der Ausübung für hinreichend, fordert aber trotzdem wirkliche Ausübung bei allen Servituten, mit Ausnahme des Usus und ususfructus (Arg. art. 45. 46.), ebenso bei Reallasten wirkliche Leistung. — In Ansehung der Realservituten bemerkt Elvers, S. 687: „daß, da hier eine wirkliche Sukzession (?) in den Servitutenbesitz (?) stattfindet, man hier vielleicht weniger strenge sein, und Besitzwerb schon annehmen könne, wenn der Erwerber nur in der Lage ist, die Servitut ungehindert auszuüben, und er seinen Willen, die Servitut zu besitzen, zu erkennen gegeben hat.“ Allein wir begreifen nicht, wieso Elvers von einer Sukzession in den Servitutenbesitz sprechen kann, und läugnen wie diesen, so die von Elvers daraus gezogenen Schlüsse. Uebrigens ist die wirkliche Ausübung die beste Offenbarung des Willens. Vgl. Note 24, und auch Seuff. Archiv 28. Nr. 165. Förster, §. 160. Nr. 81. — Ungerechtfertigt ist es m. G., wenn Temme, §. 64., und Förster, §. 160. Nr. 82, aus dem cit. §. 77. I. 7. herleiten wollen, daß der

denjenigen Realservituten, welche in einer ständigen Vorrichtung auf fremdem Boden bestehen, z. B. bei der Servitut der Balkeneinfügung, oder welche ein Recht auf einen gewissen unveränderten Zustand des dienenden Grundes verleihen, z. B. die Servitut des Nichthöherbauens. Denn da hier wie dort die Ausübung eben in dem ungeänderten Bestande der Vorrichtung, beziehungsweise in dem unveränderten Zustande der beherrschten Sache liegt, so wird sofort mit der Besitzergreifung des herrschenden Gutes in jenem Zustande auch der Besitz der in Rede stehenden Servituten erworben<sup>2a</sup> (vgl. §. 28.). Einer besonderen Aeußerung des Besitzwillens wird es hier wie überall nicht bedürfen, da derselbe schon in dem bereits realisirten Willen, die körperliche Sache in dem betreffenden Zustande zu haben, enthalten ist; ohnedies würde es auch regelmäßig an einer Gelegenheit zu einer solchen Aeußerung mangeln.<sup>3</sup>

2) Es wird ein wahrer Rechtsgebrauch erfordert, d. i. wirkliche Ausübung des wesentlichen stofflichen Inhaltes des Rechtes. Zum Besitz erwerbe genügen also nicht Handlungen, welche zwar Dispositionen über ein Recht (wirkliches oder angemaktes), aber keine Realisirung seines Inhaltes, keine Geltendmachung seines Stoffes enthalten. Es können daher insbesondere Veräußerungen eines Rechtes dessen Besitzwerb nicht begründen.<sup>4</sup>

Besitz derjenigen Rechte, deren Ausübung die Detention der Sache voraussetzt, mit dem Besitze der Sache erworben werde, und daß sich daher die §§. 80—89. I. 7. nur auf die übrigen Rechte beziehen.

2a) Vgl. Förster, §. 160. Nr. 80, mit Bezug auf §. 77. I. 7. — ebenso art. 92. bayr. Entw.

3) Vgl. Elvers, S. 687. — Durch Uebergabe von Urkunden wird selbstverständlich der Rechtsbesitz nicht erworben. (Dies beantragte der Entwurf des preuß. R. Vgl. Roth, Komm. I. S. 415, Nr. 45.)

4) Vgl. Arndts, Zeitschr. R. F. III. S. 371, Note. Unger, I. S. 613, Note, auch wohl Savigny, S. 476, und Duncker, S. 67. Förster, §. 160. Nr. 85. — Anderer Ansicht ist Pfeifer, S. 64, und Böcking, P. §. 128. Nr. 1, welche auch die Veräußerung dem Begriffe der Ausübung unterstellen. Gegen die richtige Bemerkung Arndts': „das Aufgeben eines Rechtes ist nicht Ausübung desselben“ — wendet Böcking ein: „man könne wohl nicht ein Recht aufgeben, das man nicht habe?“ — Mit rechtlichem Erfolge gewiß nicht. Allein faktisch ohne Zweifel. Sind doch auch Kauf und Verkauf fremder Sachen gültig. Uebrigens berührt dieser Einwand den Kern der Frage nicht. Offenbar faßt Böcking den Begriff der Rechtsausübung zu weit; sie ist ihm die durch Thun oder Unterlassung sich bekundende Bethätigung eines Willens als rechtlicher Macht; hiernach siele aber auch die Dereliction, ja selbst der absichtliche non usus unter die Ausübung, — was be-

3) Ein allgemein gültiger Grundsatz ist, daß zur Erwerbung des Besitzes eines Rechtes schon dessen einmalige Ausübung genügt. Denn der §. 312. sagt ganz allgemein: „In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen“, und der diesen Gebrauch in Ansehung der einzelnen Arten der Rechte näher bestimmende §. 313. fordert in jedem der dort angeführten drei Fälle nur je **Einen** Ausübungsakt.<sup>5</sup> Da nun jeder

griffswidrig ist. — Die Quellen scheinen widersprechende Entscheidungen zu enthalten. (Windscheid, §. 216. 4.). L. 38—40. D. de usufr. 7. 1. steht in der Veräußerung des Ususfructus einen usus juris: quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam quis principali re utifruitur. Wichtig findet dagegen Ulpian L. 29. pr. §. 1. D. quib. mod. usufr. 7. 4., daß der Ususfructuar die Servitut non utendo verliere, licet conductor (proprietaryus) pensionem solverit. — Schmidt, Comm. und Prec. S. 133, will Ausübung eines Rechtes und Geltendmachung eines demselben korrespondirenden faktischen Zustandes unterscheiden; jene nennt er quasiposs., diese juris poss. Gegen diese unklare und aus der Luft gegriffene Unterscheidung vgl. Sinentis, §. 111. R. 33 und §. 25. Note 12 d. B.

5) Vgl. auch Schuster, Baurecht S. 422. Pfeiffer, Pract. Ausf. VII. S. 457. Erner, S. 121, R. 66 und 123, R. 73; Entsch. Nr. 3252 der Samml. Gl.-u.-B. (einmalige Benutzung eines Synagogensitzes). Prinzipiell kann dies für das spätere römische Recht nicht geläugnet werden, welches zwar noch immer keinen allgemeinen Schutz des Quasibesitzes der Servituten (vgl. darüber Bangerow, §. 355. Anm. 2), aber doch eine Erziehung derselben anerkennt. Erziehung setzt aber Besitz voraus, und der Anfang desselben ist vom ersten Ausübungsakte zu zählen. Darauf deutet auch: L. 20. D. de serv.: Ego puto, usum ejus juris pro traditione accipiendum esse. Ausübung ist also der Apprehension gleichgestellt. (Gegen Hedemann, S. 96 flg., der die Servitutenerziehung läugnet, vgl. §. 2. Note 7 d. B.) In der Regel wird auch zum Schutze des Quasibesitzes, soweit das römische Recht Interdicte gibt, nur einmalige Ausübung in einem bestimmten, verfloffenen Zeitraum verlangt, so bei den Wasserleitungs-, Wasserhöpf- und Kloakenervituten; nur ausnahmsweise wird dreißigtägige Uebung bei den Wegerechtigkeiten erfordert, und es ist ganz grundlos, wenn Pfeiffer, S. 130, für alle Servituten Uebung „eine bestimmte Zahl mal (modico tempore)“ für nöthig erachtet. Vgl. L. 1. 3. 22. 29 flg. D. de aqua quot. et aest. L. 1. D. de cloacis. L. 1. D. de fonte; dazu Heerwart, S. 189. Pagenstecher, P. Pract. S. 168. Pfeiffer, a. D. VII. S. 458. Elvers, §. 79. (S. 661). Holzschuber, II. S. 58. Dunter, a. D. S. 58. Weischeder, S. 477 flg. Seuffert, Arch. XIX. 233. XXII. 16. XXVII. 92. 210. Für das spätere römische Recht wird daher der Erwerb des Quasibesitzes zweckmäßig allgemein und abgefordert von dessen Schutze behandelt, wie dies z. B. Puchta, §§. 138. 139. Arndts, §. 187. Böcking, P. §. 126. Elvers, §§. 62. 79. Sinentis, §. 64. Windscheid, §§. 163. 164., thun. (In ähnlicher Weise unterscheidet Bekker, Krit. B. J. Schr. XVIII. S. 15, beim Sachbesitz das possidere als das thatsächliche Verhältnis zur Sache und das rechtliche (?) Verhältnis, dessen Verlegung durch Interdicte geschützt wird.) S. auch Brinz, §. 196. R. 9 (2. U.). Und. Ansicht sind Pfeiffer, S. 467. Muthler, S. 58, u. wieder Puchta, §. 137., neuer-

Besitz geschützt wird (§§. 339. 346. U. b. G. B.), so ergibt sich hieraus, daß selbst der nur durch einmalige Ausübung erworbene Besitz des gerichtlichen Schutzes theilhaftig ist.<sup>6</sup> Vgl. Nr. 4691. Samml.

Es besteht daher nach österr. Recht kein Unterschied zwischen den Bedingungen des Erwerbes und des Schutzes des Rechtsbesitzes.<sup>6a</sup> — Es versteht sich, daß der Ausübungsakt ungehört vol-

lich auch Hedemann, Note 98, welche Quasibesitz nur da annehmen wollen, wo Interdicte gegeben sind. Ueber Fhering's Auffassung vgl. §. 33. R. 4. — Auch für das preuß., franz., ital. und sächs. Recht kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Besitz der Rechte schon mit der einmaligen Ausübung erworben wird. Vgl. §§. 80—87. I. 7. Landr.; art. 2228. C. C.; art. 685. C. ital.; §. 559. d. sächs. G. B. Bornemann, I. S. 569. Förster, §. 160. R. 87. Roth, §. 132. R. 49. Ebenso der bayr. Entw. III. art. 45. — Dagegen verlangt das Züricher G. B. §. 531. bei diskontinuirlichen Servituten und Real-lasten „zum Nachweise des Besitzes eine größere oder kleinere Zahl von (Besitz-) Handlungen, je nachdem aus den übrigen Umständen leichter oder weniger leicht auf die . . . Gesinnung der Beteiligten geschlossen werden kann.“ Dennoch hält Bluntzschli, II. S. 52, nach Umständen selbst einmalige Ausübung für genügend. — Für das franz.-ital. Recht muß Dasein des Besitzes und Schutz desselben wohl unterschieden werden; denn nur der Annualbesitz wird geschützt. Vgl. art. 23. C. de Pr.; art. 694. C. ital., dazu Zacharia, §. 188. Auch das sächs. G. B. §. 560. fordert (im Anschluß an die sächs. Prozeßordnung von 1724. §. 19. Anh.) zum Besitzeschutz von negativen, sowie von solchen positiven Servituten, welche eine Anlage voraussetzen, wenigstens einjährigen Besitz, und bei diskontinuirlichen Grunddienstbarkeiten wenigstens drei Besitzakte, von denen der letzte in das letzte Jahr fällt und wenigstens ein Jahr von der ersten Besitzhandlung entfernt ist. Bei Personalervituten, welche die Detention voraussetzen, konkurriert nach sächs. Recht (§§. 208. 530. 602.) überflüssiger Weise der doppelte Schutz des Sach- und Rechtsbesitzes. Ueber die eigentümliche ältere böhm. Doktrin vgl. Neumann v. Puchholz, De abusib. praxeos (1731) S. 122—154.

6) Zur Erziehung des Rechtes genügt aber die bloß einmalige Ausübung nicht, wie irrig Schuster, a. a. D. S. 422, behauptet. Dies beweist der §. 1471. U. b. G. B., welcher sogar bei selten ausgeübten Rechten mindestens dreimalige Ausübung bei jeder Gelegenheit fordert. Unsere Kommentatoren erklären sich hierüber nicht. S. auch Busch, Arch. 31. B. S. 259 flg. Mit Unrecht zählt Kirchfetter, S. 680, allgemein „Renten und Pensionen“ zu den selten ausgeübten Rechten (§. 1471.).

6a) Anders nach röm. Rechte (vgl. Note 5), ferner nach dem franz., ital. und sächs. G. B., welche letzteren drei Gesetzbücher zum Schutze einjährige Besitzdauer, das sächs. überdieß bei servitutes discontinuae auch wenigstens dreimalige Ausübung fordert. Die Bestimmung des franz. Rechts beruht nach Heusler, S. 374. 391 flg., auf dem normannischen Rechtsfah, daß der Besitz des letztverfloffenen Erntemonats (August) geschützt wird, während Andere ihren Ursprung in einem älteren Mißverständnisse des röm. Rechtes suchen, welches zwar durchwegs Ausübung im letztverfloffenen Jahre vor Anstellung des Interdictes, aber nicht einjährige Uebung fordert. Vgl. Planck, S. 116, R. 62, und Heerwart, S. 186, R. 2. Und. U. endlich Delbrück, S. 286, der darin einen Rest germanischen Rechtes

len det worden sein muß, wenn durch denselben Besitz erworben sein soll. Hat z. B. A die Weide X den ganzen Tag über beweidet, und wird er am Abend vom Besitzer derselben vertrieben, so kann von einer vollendeten Ausübung und daher vom Besitzerverbe der Weidgerechtigkeit keine Rede sein. — Späterer Widerspruch oder Widerstand hindert die Fortsetzung des einmal erworbenen Besitzes nicht, es sei denn, daß von der ferneren Ausübung gänzlich abgestanden wurde, was dessen Verlust zur Folge hat.<sup>7</sup>

4) So wie beim Sachbesitze die Widerrechtlichkeit der Apprehension den Besitzwerb nicht hindert, daher selbst Akte der Gewalt, der Hinterlist und des Vertrauensmißbrauches hiezu genügen: so hindert auch die Widerrechtlichkeit des Rechtsgebrauches den Besitzwerb des Rechtes nicht. Diesen Grundsatz anerkennt das N. b. G. B. in den §§. 345—347., in welchen es auch den fehlerhaft (unechter Weise — vi, clam, precario) erworbenen Besitz als Besitz agnoszirt und dem so geeigenschafteten Besitz nur den gerichtlichen Schutz gegen denjenigen verfährt, von dem er fehlerhaft erworben worden ist (vgl. §. 7. d. B.)<sup>8</sup>

(der Frist von Jahr und Tag) finden will. Dagegen s. Heusler, S. 415. Aus art. 1315. C. leitet Puchelt-Zacharia, §. 188. N. 5, die Regel ab: Olim possessor, hodie possessor, m. G. ohne Grund. Diese Präsumtion gilt aber nach art. 692. des ital. Cod. bei titulirtem Besitze. — Da die Ausübung solcher Servituten, die in einzelnen Handlungen bestehen, wie z. B. Begegerechtigkeiten, in geringer Zeit, und leicht unbemerkt geschehen kann, so ist es immerhin bedenklich, schon eine einmalige Ausübung derselben zu schätzen. Eine Bestimmung in der Art, wie sie der §. 560. des sächs. b. G. B. trifft, der wenigstens dreimalige Ausübung fordert, dürfte sich de lege ferenda empfehlen. Einigen Schutz gegen Nachteile einseitiger Besitzerverbungen bietet nach österr. Recht der §. 2. des Besitzförungs-Berf., welcher die Verfolgung des Ausübungs- (Störungs-) Aktes innerhalb 30 Tagen vom Zeitpunkte der erlangten Wissenchaft gestattet. Bedenklich ist die Bestimmung des bayr. Entw. III. art. 50., daß der Besitzerschutz nicht angesprochen werden könne, wenn der Besitzer der dienenden Sache nach erlangter Kenntniß von der Ausübung Widerspruch erhebt oder dieselbe thätlich verhindert. Einerseits kann doch dem Einspruche an sich, nämlich wenn er ohne Erfolg blieb, diese Wirkung nicht beigelegt werden: andererseits ist die thätliche Verhinderung eines bestehenden (fehlerlosen) Besitzes durchaus verwerflich. Vgl. Note 7.

7) Vgl. die Entsch. d. Berl. Obertrib. v. 11. April 1840, bei Koch, Komm. I. S. 420, N. 53, dazu §§. 83—85. I. 7., u. Förster, §. 160. N. 98. Die Verhinderung muß also gleich bei der ersten Besitzhandlung erfolgen. — Nach preuß. Recht genügt allerdings auch noch Verhinderung (Einspruch) nach der ersten vom Besizer erlangten Kenntniß. Vgl. §. 27. N. 20. §. 28. N. 20 d. B.

8) Ueber den im §. 313. gebrauchten, scheinbar entgegenstehenden Ausdruck: „mit dessen Gestattung“ vgl. §. 27. d. B. — Auch nach röm. Rechte hat die Vitiosität des Erwerbes des Besitzes regelmäßig nur die Wirkung, daß der Besitzer nicht

Auch diejenigen Paragraphen des G. B., welche den zum Besitzerverbe erforderlichen Rechtsgebrauch normiren, erwähnen des Erfordernisses der Rechtlichkeit desselben nicht (§§. 312. 313.).

5) Der Besitz von Rechten wird nur in jener Gestaltung und unter jenen Beschränkungen und Modifikationen erworben, in welcher und unter welchen sie thätlich ausgeübt worden sind. Wurde z. B. das Wegerecht nur über einen bestimmten Theil des Grundstückes, oder nur bei einem gewissen Zustande desselben geübt, so kann dasselbe nicht etwa auf jedem Theile des Grundstückes, oder bei jedem Zustande desselben geübt werden.<sup>9</sup> Oder wurde der Zehnt nur von gewissen Eingepfarrten erhoben, so ist damit noch nicht dessen Besitz gegen alle Glieder der Pfarrgemeinde erworben.<sup>10</sup> Oder wurde das

erfügen kann und gegenüber demjenigen, a quo vi, clam, precario usus est, im Besitze nicht geschützt wird. Vgl. Savigny, S. 480 (585), N. 2. Unterholzner, II. §. 209. Brinz, S. 91. Windscheid, P. §. 164. Dagegen behaupten Pfeifer, S. 129. Zielonacki, Besitz S. 12. Hedemann, §. 30. und Note 155, daß gewaltsame (überhaupt vitiose) Ausübung zum Besitzerverbe nicht geeignet ist. Allein wenn auch L. 25. D. de serv. dieses Falles nicht erwähnt, so ist doch die Berufung auf die Ediktsformel, welche die Exzeption vitioser Ausübung zuläßt, vollkommen stichhaltig. Vgl. L. 3. §. 7. L. 7. D. de itinere 43. 19. L. 1. pr. D. de aqua 43. 20. L. 1. pr. D. de rivis 43. 21. L. 1. pr. D. de fonte 43. 22. Sie alle verlangen usus nec vi, clam, precario. Denn diese Exzeption wäre hier wie beim Sachbesitze sinnlos, wenn vitioser Gebrauch überhaupt keinen Besitz begründen könnte. Wie wollte man auch sonst erklären, daß bei der Kloakenservitut selbst vitioser Gebrauch den Interdiktschutz begründet? Oder will man vom Schutze der Rechtsinhabung sprechen? — Das franz., sächs., ital. und Züricher. Recht und der bayr. Entw. stimmen wesentlich mit dem österr. Recht überein. (Art. 2229. Code C., art. 23. C. P.; dazu Zacharia, §. 188. N. 3; §. 206. sächs., art. 689. 694. C. ital.; §. 505. Zürich. G. B., art. 50. III. bayr. Entw.) — Dagegen fordert das preuß. Recht Fehlerlosigkeit des Erwerbsaktes; gewaltsame, listige und betrügerische Akte hindern den Besitzwerb (?). §§. 96—98. 106. I. 7. Vgl. dazu Koch, S. 174. Bornemann, I. S. 473 fg., 568 fg. Förster, §. 160. N. 95, 142, und oben §. 25. N. 16. Das preuß. Recht fordert also nahezu förmliche quasitraditio zum Besitzerverbe, eine Bestimmung, gegen welche wir uns bei der faktischen Natur des Besitzes schon an einem andern Orte erklären mußten. S. §. 14. N. 9. Die Theorie des Landrechtes billigt Bornemann, S. 574.

9) Dies ist praktisch von großer Wichtigkeit. Ist z. B. Jemand immer nur dann über ein Grundstück gefahren, wenn dasselbe brach lag, so kann nicht der Besitz der Servitut — auch über das bebaute Feld zu fahren — in Anspruch genommen werden. Dies ist im Wesentlichen auch die Ansicht der Praxis, welche sich hiebei mit Recht das Prinzip des §. 484. N. b. G. B. vor Augen hält. Vgl. §. 7 b. N. 18, und die Entsch. Nr. 2267, 3536, 5055 der Samml. Gl.-u.-W.

10) Es kommt hiebei Nichts darauf an, ob der Ausübende die Leistung auf



Wasserablenungsrecht nur unter gewissen Voraussetzungen geübt, z. B. gemäß Vertrag bei einer gewissen Höhe des Wasserstandes, so kann der Besitz eben nur in dem gedachten beschränkten Umfange geübt werden.<sup>11</sup> Ist hingegen der Besitz eines Rechtes in einem bestimmten Umfange erworben, so wird derselbe in diesem Umfange erhalten, auch wenn das Recht nicht immer in derselben Weise geübt

Grund eines weiteren oder beschränkteren Titels forderte, z. B. der Pfarrer den Zehnt auf Grund eines wirklichen oder angeblichen allgemeinen Parochialrechtes; denn der Titel hat überhaupt bei der Frage, ob Besitz erworben wurde, keinen Einfluß. Durch die Berufung auf einen allgemeinen Titel mag allerdings der Umfang des Besitzes willkürlich genügend charakterisirt sein; allein wurde das Recht wirklich nur in beschränkter Weise geübt, so ist das corpus hinter dem animus zurückgeblieben. Vgl. Duncker, Zeitschr. f. deutsch. R. II. S. 65 u. 78. — Anderer Ansicht Wendt in s. Anzeige Jen. Lit. Zeit. 1877. Nr. 9, soweit es sich um solche Rechte handelt, welche „unpersönlich gegen die Angehörigen ganzer Bezirke“ zuständig sein können. (Irrthümlich vermist W. die Erörterung dieser Frage in den bisher. Auflagen d. B.)

11) Vgl. Entsch. Nr. 206, 2267, 3536, 3689, 5055 Samml. Gl.-u.-W. In diesem Sinne wurde auch nachstehender, in der Ger. Halle, J. 1863, S. 524, angeführte Fall (s. Nr. 4127) in den höheren Instanzen entschieden: Ein Bergwerksbesitzer verpflichtete sich, aus seinem Teiche den am Ausflusse angebauten Mülkern wöchentlich 3 Zoll Wasser abzulassen. Dies geschah Jahre lang und zwar in der Regel am Dienstage; und wenn ein anderer Tag hiezu gewählt wurde, erfolgte dies über wechselseitiges Einverständnis. Wegen eingetretener Mißbilligkeiten ließ der Teichbesitzer das Wasser ohne vorherige Verständigung der Mülkern an einem andern Tage ab, und verweigerte die Ablassung am folgenden Dienstage. Der Schlußbitte der Mülkern, sie „im Besitze des Rechtes zum Bezuge von 3 Zoll Wasser am Dienstage jeder Woche zu schützen“, wurde in 2. und 3. Instanz stattgegeben. Unverständlich sind mir die Gegenbemerkungen und Einwendungen des Einsenders des Falles, welcher anderer Ansicht zu sein scheint. — Vgl. auch die Entsch. des Verf. Obertrib. vom 9. November 1855, bei Koch, Komm. I. S. 420, R. 53a): „Der bloß thatsächlich ausschließliche Bau auf nicht regale Fossilien auf fremdem Boden begründet den Besitz des Rechtes, mit Ausschluß des beschränkten Grundeigentümers den Bau zu betreiben, nicht; vielmehr ist hiezu der Nachweis eines besonderen Unterjagungsrechtes erforderlich.“ Dasselbe muß von Weiderechten auf fremdem Grunde gelten. Vgl. §. 502. d. G. B. S. auch Seuffert, B. §. 175., und die daselbst Note 5 angeführten Präjudikate. — Ohne Grund wies die Entsch. Nr. 2817 der Samml. Gl.-u.-W. eine Besitzklage wegen übermäßiger Wasserablenung aus dem nützigen Grunde zurück, weil über den Umfang des Benützungrechtes angeblich nicht in possess. verhandelt werden könne. Daß das possessoriische Verfahren unzulässig sei, wenn über die Grenzen der Befugnisse des Eigentümers einerseits und des Nutzungsberechtigten andererseits gestritten wird (s. auch Erf. des Verf. Obertrib. v. 9. Juli 1851, bei Koch, Komm. I. S. 417, R. 50), kann nicht zugegeben werden, sofern nicht etwa unter Befugniß die rechtliche Macht verstanden ist. Soweit das Nutzungsrecht wirklich geübt worden ist, soweit muß es gegen den Eigentümer auch possessoriisch geschützt werden. In diesem Sinne lautet auch das Erf. desselben Obertrib. v. 26. Januar 1852, bei Koch, S. 436, R. 92, und die Entsch. des D. O. S. Wien, Nr. 206, 2267, 3536 4127, 4357, 4468 der Samml. Gl.-u.-W.

worden sein sollte.<sup>12</sup> Denn der Inhalt eines Rechtes als Einheit läßt sich nicht in eine Summe von selbstständigen Theilbefugnissen auflösen. So lange also der Besitz des Rechtes in seiner Totalität dauert, kann es seinem ganzen Umfange nach geübt werden. Vgl. Nr. 4468 Samml. Gl.-u.-W. Dieser Auffassung steht die Möglichkeit theilweiser Erziehung der Freiheit nicht entgegen.

6) Hat Jemand den wesentlichen Inhalt eines Rechtes vollends ausgeübt, so hat er den Besitz desselben und selbstverständlich mittelbar auch den Besitz der darin nothwendig enthaltenen Nebenbefugnisse erworben, ohne daß es nöthig wäre, letztere erst besonders zu üben. Wer also z. B. den Besitz des Rechtes, Steine zu brechen, Sand zu graben, erworben hat, ist damit auch im Besitze des Rechtes, dieselben hinwegzuschaffen.<sup>13</sup> Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Bestimmungen des A. b. G. B. über die Ausübung des Rechtes der Servituten (§§. 496. 497.) als bloße logische Konsequenzen auch auf deren Besitz Anwendung finden. — Bildet aber

12) Vgl. §. 1482. A. b. G. B.: „Auf gleiche Weise wird derjenige, welcher ein Recht auf fremdem Grunde in Ansehung des Ganzen oder auf verschiedene Weise ausüben konnte, bloß dadurch, daß er es durch noch so lange Zeit nur auf einem Theile des Grundes oder nur auf eine bestimmte Weise ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt, sondern die Beschränkung muß durch Erwerbung oder Erziehung des Unterjagungs- oder Hinderungsrechtes bewirkt werden.“ (§. 351.)

13) Vgl. Schuster, Baur. S. 227, Note a. und b. Monti, S. 143, und Elvers, S. 677. Diese sog. *admicula juris* sind im Grunde keine besonderen Befugnisse, sondern nur Mittel zur Ausübung oder Verwerthung eines Rechtes und dahin gehört offenbar auch das Recht der Reparatur der zur Ausübung dienenden nothwendigen Vorrichtungen. Diesen Grundsatz hat auch das Berliner Ober-Trib. festgehalten in der Entsch. Nr. 21. Strieth. Arch. 3. F. I.; „Ist der Besitz des Servitutsrechtes festgestellt, so bedarf es nicht der besonderen Feststellung des Besizes des Reparaturrechtes.“ Vgl. auch Strieth. B. 47. S. 76. — Damit ist wohl auch nicht im Widerspruch, daß das röm. Recht zur Ausbesserung des Weges den Besitz des Wegerechtes nicht für hinreichend erklärt, sondern für das *interd. de itinere a. reficiendo* Beweis des Refektionsrechtes fordert. Denn die Ausbesserung eines Weges ist regelmäßig keine nothwendige Bedingung der Ausübung überhaupt, sondern nur der bequemeren Ausübung. Daher wird hinwieder für den possessoriischen Schutz des Refektionsrechtes bei Wasserleitungs- und Kanal-servituten der Beweis des Rechtes nicht gefordert, weil ohne Refektion die Ausübung regelmäßig unmöglich ist. Diesen Gesichtspunkt deutet an L. 4. D. de rivis: *non enim tam necessariam refectioem itinerum, quam rivorum esse; quando non refectis rivis omnis usus aquae auferretur; . . . at non refecto itinere difficultas tantum eundi agendi fieret.* — Wollte man diese Auslegung nicht zulassen, so müßte man L. 3. §. 13. D. de itinere als Singularität auffassen.

eine gewöhnlich — nicht nothwendig — mit dem Hauptrechte verbundene Befugniß den Inhalt eines besondern Rechtes, so muß deren Besitz besonders erworben werden, z. B. das Recht des Kalkbrennens oder Torfstroknens neben dem Rechte auf dessen Brechen und Stechen.

7) Der Begriff eines Rechtes setzt begrifflich die Möglichkeit seines wirklichen Daseins voraus; es muß daher in dem bestimmten Fall die Ausübung eine solche sein, daß sie als Ausfluß des betreffenden Rechtes, um dessen Besitz es sich handelt, gedacht werden könnte. §. 24. d. B.<sup>14</sup> Wenden wir diesen allgemeinen Grundsatz auf den Besitz von Realdienstbarkeiten an, so finden wir, daß bei denselben ein Gebrauch nothwendig ist, welcher sich möglicher Weise als Ausfluß einer wirklich zustehenden Realservitut darstellen könnte.<sup>15</sup>

14) Diesen Satz bringt neuestens besonders Jhering, Grund d. B. S. 145 flg., für den Sachbesitz zu Ehren. — Es ist daher ein juristisches Urding, von dem Besitze des „Bewirthschaftungsrechtes“ eines Gutes oder des „Rechtes der Betriebsleitung“ eines industriellen Unternehmens, z. B. einer Zuckerrfabrik, zu sprechen. Jeder Gutsverwalter, Prefarist, Fabrikverwalter wäre dann im Besitze dieses angeblichen Rechtes und müßte darin gegen den Guts- und Fabriksherrn geschützt werden. Von dem Besitze eines solchen Rechtes kann nicht die Rede sein, weil es überhaupt kein selbstständiges Recht mit einem derartigen Inhalte gibt. Mit Recht hat daher der D. O. Hof in den Rechtsfällen Nr. 256. 495. 604. der Samml. Gl.-U.-B. die Besitzstörungsklage eines Fabrikdirektors, welchem der Fabriksherr unter Kündigung des Vertrags den ferneren Zutritt zu dem Amtslöfale verweigerte, abgewiesen, allerdings mit der matten Begründung: weil das A. b. G. B. nirgends bestimme, daß der Bestellte berechtigt sei, dem Dienstherrn seine Leistung aufzunöthigen. (Die 1. Instanz hatte der Klage stattgegeben.) — Aus demselben Grunde kann m. E. auch dem Sequester nach österr. Rechte keine Besitzstörungsklage zugestanden werden, und zwar weder gegen die Parteien, noch gegen Dritte. Vgl. dazu die Entsch. Nr. 819. Samml. Gl.-U.-B. (Anderer Ansicht war die 2. Instanz, von dem Gesichtspunkte des Rechtsbesitzes (?) des Sequesters ausgehend.) Das Recht, bezieh. die Pflicht der Bewirthschaftung oder Betriebsleitung kann nur als Ausfluß entweder des Eigenthumes der Handlung (der Fabrik) oder eines dinglichen oder persönlichen Gebrauchsrechtes daran, oder eines Gesellschafts-, Mandats- oder Dienstvertrages gedacht werden; an sich aber ist es so wenig ein selbstständiges Recht, als etwa das Aufsichts- oder Kontrollrecht. Wo aber nicht das entsprechende selbstständige Recht gedacht werden kann, wie soll da von dessen Besitze die Rede sein können! Vgl. den von Pagenstecher, P. P. S. 166, angeführten Fall, wo ein Notherbe den Testamentserben, der sich in den Besitz der zum Nachlaß gehörigen Fabrik gesetzt hatte, aus der Fabrikleitung zu verdrängen sucht. Der Testamentserbe ist hier nicht etwa Quasibesitzer des Rechtes der Fabrikleitung, sondern einfach Sachbesitzer gewesen. Die in den §§. 1238. 1239. G. B. präsumirte Verwaltungsvollmacht des Mannes ist im Grunde ein usufr. precario concessus. Vgl. auch Nr. 5379 der Samml. Gl.-U.-B. (Bezügl. der Wohnung war also keine Ausnahme zu machen.)

15) Die Quellen drücken sich dahin aus, es müsse eine Servitut gelöst werden:

Hieraus folgt: einmal, daß derjenige, der den Besitz einer Realservitut behauptet, im Besitze desjenigen Grundstückes sein muß, zu dessen Vortheil er die Servitut übt; sodann daß das herrschende und dienende Grundstück in einem solchen Verhältnisse sich befinden müssen, daß die betreffende Dienstbarkeit zu Recht bestehen könnte.<sup>16</sup> Der letztere Punkt bedarf keiner Erörterung. Betreffend den ersten Punkt (nämlich die bloß faktische Ausübung einer Servitut zum Vortheile eines Grundstückes — das sog. corpus), liegt auf der Hand, daß eine solche Ausübung nicht bloß beim Eigenthümer (beziehungsweise beim Bestzer), sondern ebenso beim Usuar, Usufruktuar, Pächter, Prefaristen und überhaupt bei Jedermann denkbar ist, der das herrschende Grundstück zu seinem Vortheile benützt.<sup>17</sup> Das zum Besitze von Realservituten erforderliche corpus fände sich also auch bei den letztgenannten nuzungsberechtigten Nichteigenthümern. Anders aber, soweit es sich um den zum Besitze von Realservituten erforderlichen animus handelt; diesen, nämlich den Willen, den Inhalt einer Servitut als Realservitut, d. i. als eine dem herrschenden Grundstücke zustehende zu üben, kann nur der Eigenthümer (oder Bestzer) haben (denn nur dieser kann sie ja im eigenen Namen üben), — keinesweges aber die vorhin genannten dinglich oder persönlich Nuzungsberechtigten. Neben diese letzteren Realservituten aus (sei es wirkliche oder vermeintliche), so üben sie dieselben eben nicht im eigenen Namen, sondern Namens des Eigenthümers des herrschenden Grundstückes (vgl. §. 25. a. G.). Hieraus ergibt sich, daß nuzungsberechtigte Nichteigenthümer eines Grundstückes (vom Falle einer Stellvertretung abgesehen) dem Grundeigenthümer den Besitz einer Realservitut nicht zu erwerben vermögen, weil sie wohl das hiezu erforderliche corpus (die Ausübung zum Vortheile des Grundstückes), aber nicht den erforderlichen animus setzen können; daß sie hingegen den Besitz der Servitut insofern erhalten können, als dessen Verlust sonst durch quasi fundo deberetur, quasi debita via. L. 1. §. 11. de itin. Vgl. Albert, §. 15. Ebers, S. 684.

16) Praedia debent esse vicina. L. 14. §. 2. D. de serv.

17) Sind doch alle diese Personen berechtigt, die dem herrschenden Grundstücke zukommenden Dienstbarkeiten auszuüben, natürlich nicht im eigenen Namen, sondern fundi nomine (d. i. Namens des Eigenthümers). Vgl. L. 16. D. de serv. L. 1. pr. L. 5. D. de usufructu und §. 1096. A. b. G. B., welcher den Pächter ausdrücklich zur Ausübung der mit dem herrschenden Gute verbundenen Rechte für befugt anerkennt. Vgl. Schuster, S. 264. Ebers, S. 110.

Nichtausübung (non usus) eintreten würde.<sup>18</sup> Eine weitere Konsequenz ist die, daß der nungsberechtigte Nießguthümer, der eine vermeintliche Realservitut übt, im Besitze derselben nicht geschützt werden kann, weil nicht er als deren Besitzer angesehen werden darf.<sup>19</sup> — Uebrigens die Servitut im eigenen Namen, wenngleich mit Rücksicht auf ein von ihm benutztes Grundstück, so erwirbt er den Besitz derselben als Personalservitut.<sup>20</sup>

Aus dem hier entwickelten Prinzipie ergibt sich auch, daß an öffentlichen, d. i. zum allgemeinen Gebrauche dienenden Sachen der Besitz einer (privatrechtlichen) Dienstbarkeit nicht möglich sei, da eine exklusive Benutzung durch Einzelne an derartigen der allgemeinen Benutzung preisgegebenen Sachen dem Rechte nach nicht denkbar ist. (Vgl. Nr. 4192 Samml. Gl.-U.-W.)<sup>21</sup> Anders, wenn es sich

18) Daher heißt es in L. 3. §. 4. D. de itinere: Sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur; per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere Julianus ait. Die Stelle sagt also: ohne eine auf die Besitzergreifung lautende Vollmacht des Eigenthümers kann der Fructuar dem Grundstück den Besitz der Servitut nicht erwerben; allein die bereits bestehende Servitut übt er wirksam für das Grundstück aus und kann daher von Nonusus nicht die Rede sein. Die Bemerkung Windscheid's, §. 163. N. 9. be ruht wohl auf einem Mißverständnis meiner Ansicht. Vgl. §. 25. N. 29. 30. d. B. Ganz consequent bestimmt daher der §. 561, des sächs. G. B.: „Durch Personen, welche zwar zu den Besitzhandlungen keinen Auftrag haben, welche jedoch diese in der Meinung, daß die Dienstbarkeit dem Grundstück zustehe, vornehmen, kann der Rechtsbesitz erhalten werden.“ Denselben Grundsatz sprach auch das Berliner Ober-Trib. in der Entsch. vom 7. März 1854 und vom 8. Juli 1863. (Striet horst, 22. B. S. 17, und N. F. I. Nr. 78: „der Pächter kann als solcher die Er führung einer Grunddienstbarkeit für den Eigenthümer ohne dessen Auftrag nicht an fangen, wohl aber erhalten“). Vgl. Koch, Komm. I. S. 426, N. 70. Ebenso die Entsch. Seuff. Arch. XXIII. 214. XXIV. 191. Zur Ausübung des bestehenden Besitzes sind diese Personen als ermächtigt anzusehen. §. 1096. G. B.

19) Anders freilich entschied Ulpian in L. 1. §. 11. D. de itinere, vielleicht nicht ohne Skrupeln (erodo!) — eine Entscheidung, die wir, als der strengen Konse quenz nicht entsprechend, für das österr. Recht nicht theilen können. Vgl. Näheres im §. 25. N. 30.

20) Prinzipiell theilt auch Schuster, Baurecht S. 146, 264, diese Auffassung für die Bestellung des Rechtes der Servitut.

21) Vgl. Pagenstecher, P. Prakt. S. 163. Seuff. Arch. XXV. 9. (Speisung von Privatbrunnen aus öffentlichen Brunnen), XXVII. 6. (Wasser leitung aus einem öffentlichen Flusse), ebend. 89. (Wasserleitung über eine öffentliche Straße); ferner 27. B. 14. (Berechtigt an öffentl. Straßen), 164. ebend., 31. B. 107. 108.; ferner Striet horst, Rechtsgr. V. 114. und die Entsch. des böhm. D. L. G. vom 2. Dezember 1859. J. 15822 (ungedruckt), und des Münchner D. L. G. bei Mathiae, I. S. 449, worin der Quasibesitz von Wege servituten an

um Sachen handelt, die im Privateigenthume der Gemeinden oder des Staates stehen. Sind z. B. von städtischen Wasserreservoirten auf Grund von Verträgen zwischen der Gemeinde und den betreffenden Hausbesitzern Wasserleitungen in Privathäusern angebracht, so liegt der Gebrauch eines Privatrechtes und daher Möglichkeit des Besitzes vor.<sup>22</sup>

Aus demselben Prinzipie ergibt sich, daß Rechtsbesitz nicht anerkannt werden kann bei jenen Servituten, welche das Gesetz geradezu verbietet oder deren rechtliche Existenz es aus Rücksichten der öffentlichen Wohlfahrt an gewisse Bedingungen knüpft, welche bei der bloß faktischen Ausübung nicht erfüllt wurden. Dies gilt insbesondere von den im §. 1. unter 1. 2. 3a und §. 2. des Gesetzes vom 5. Juli 1853. J. 130. R. G. B. angeführten Wald- und Weideservituten. Vgl. auch die Entscheidung N. 488. Samml. Gl.-U.-W., in welcher die Ersetzung von Holzservituten in Reservatwäldern für unzulässig er kannt wird; auch Seuff. Arch. 30. Bd. Nr. 115.

8) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Rechtsbesitz so wenig als der Sachbesitz durch bloßen Vertrag<sup>23</sup> oder durch Erbgang (Erbchaft oder Vermächtniß) oder Urtheil<sup>23a</sup> erworben werden

öffentlich in Klagen für unmöglich erklärt wird; ebenso die Entsch. des D. L. G. Kassel, Nr. 94, bei Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII. S. 493, und die Entsch. des Stuttgarter Obergerichtes bei Tafel, V. Nr. 3, während das Dresdner L. G. in einem bei Mathiae, I. S. 122, angeführten Falle der entgegengesetzten Ansicht beipflichtete. Daß die letztere Ansicht unrichtig sei, geht unzweifelhaft aus L. 2. §. 2. D. 43. 7. und L. 14. §. 2. D. 8. 1. hervor. Vgl. Höpfer, Bespr. S. 34, N. 64. S. auch §. 10. u. §. 24. N. 1a. d. B. Nur besondere Konfession der dispositi ons berechtigten Behörde (und nach gemeinem Rechte: unvorordentliche Verjährung) könne ein Privatbenutzungsrecht begründen. Diesen Grundsatz machen die citirten Judi kate konstant geltend.

22) Vgl. auch Pagenstecher, P. Prakt. S. 165, der diesen Fall im obigen Sinne entscheidet. Das Verhältniß ist ganz gleichartig dem Falle, wenn aus einer Gemeindegasanstalt in Privatwohnungen mittelst Röhren Gas geleitet wird, nur mit dem Unterschiede, daß im letzteren Falle meist nicht von einer Servitut, sondern von einem obligatorischen (übrigens gleichfalls bestsfähigen) Rechte die Rede sein wird. — Die Benutzung öffentlicher Brunnen erscheint als Ausfluß des Jedermann zustehenden Gebrauchsrechtes einer res publica, quae in communi usu est (§. 287. d. G. B.).

23) Irrig behauptet Stubenrauch, I. S. 639 (429 der 2. Aufl.) in An sehung der Servituten Besitzwerb durch bloßen Vertrag ohne Angabe von Gründen. Wichtig geht die Entsch. Nr. 3030 der Samml. Gl.-U.-W. von dem im Text auf ge stellten Grundsätze aus, trotzdem der Vertrag in Kratau sogar unter der Herrschaft des franz. Rechts abgeschlossen war.

23a) Mit Unrecht nimmt die Entsch. d. oberst. G. S. Nr. 505 der Samml. Gl.- Randa, Besitz n. österr. Recht. 3. Aufl. 38

kann, da hiezu ausnahmslos eine Ausübung des bezüglichen Rechtes erfordert wird. Ein Sukzession in den Rechtsbesitz findet daher so wenig statt, als in den Sachbesitz.<sup>24</sup> Insbesondere erwirbt nicht derjenige, welcher den Besitz einer Sache erlangt hat, dadurch schon den Besitz der mit der Sache verbundenen Rechte, z. B. des Jagdrechtes, der Realfervituten, Realrechte u. s. f., da hiedurch erst die Möglichkeit der Ausübung geworden ist.<sup>25</sup> Ueberhaupt gilt, was im §. 15. d. B.

U. B. II. Erwerb des Besitzes des Zehntrechtes durch richterlichen Zuspruch an: „da dieser die Einführung des Berechtigten in den Besitz des zuerkannten Rechtes mit sich bringe.“ Wir wünschten das Gesetz kennen zu lernen, das mit dem Urtheil diese Wirkung verknüpfte? Anders wäre es, wenn in Folge des Urtheils wirklich geleistet, gehandelt oder geduldet worden wäre. (Vgl. §. 313.)

24) So auch nach röm. Rechte; denn L. 23. pr. D. de poss. enthält ein allgemeines Prinzip. Die Singularität, daß bei den Wege- und Wasserservituten die Interdikte auch dem Nachfolger im Besitze des herrschenden Grundes gegeben werden (L. 6. de itinere. L. 1. §. 37. D. de aqua quot. cf. L. 3. §§. 6—10. D. de itin. L. 2. §. 3. D. de interd. 43. 1. — vgl. Heerwart, S. 199. Savigny, §. 46. S. 485. Windscheid, §. 164. R. 4), gestattet noch keinen Schluß auf die Annahme einer Sukzession in den Besitz. Vgl. Holzschuher, II. S. 76, auch Glöckner, S. 686, R. p. 2, der jedoch gleich darauf, S. 687, doch wieder von einer Sukzession in den Servituten besitz spricht. Die Zurechnung der Besitzakte des Vormanns für den Zweck des Besitzschutzes erschien insbesondere bei den Wegservituten mit dreißigtägiger Ausübung als ein dringendes praktisches Bedürfnis. Die Römer selbst erkannten aber ganz wohl, daß das Interdikt in dem Falle, wo der Auktor alle in die Servitut ausübte, sein Int. retin. vel recuper. poss., sondern adipisc. poss. sei. Vgl. L. 2. §. 3. D. de interd. 43. 1. Adipiscendae possessionis sunt interdicta, qui ante sunt non nacti possessionem . . . ex hoc genere est: quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto. Vgl. Savigny, §. 46. S. 486. Die Anomalie dieser Bestimmung, welche dem Singular- und Universal Sukzessor im Besitze des herrschenden Grundes zu Statten kommt (L. 6. D. de itin. L. 1. §. 37. D. de aqua), liegt auf der Hand; — es wird eine Besitzklage gewährt, obgleich Besitz in der Person des Sukzessors noch nicht vorhanden ist. Die Singularität verkennt neuestens wieder Meißner, S. 473, der das durch usus hergestellte Verhältniß (?) der beiden Grundstücke nach Analogie des Sachbesitzes (?) als Besitzstand ansehen möchte. Daß indeß aus dieser Anomalie für den prinzipiellen Gesichtspunkt Thering's, Grund d. B. S. 67 flg., Nichts gefolgert werden darf, wurde schon früher §. 1. R. 10 c. bemerkt. — Das sächs. Recht spricht im §. 2288. den Satz aus, daß Sukzession in den Sachbesitz nicht stattfindet; doch gestattet §. 560. des sächs. G. B. beim Besitzschutze der Grunddienstbarkeiten Hinzurechnung des Besitzes der Vorgänger zum Annualbesitze des Nachfolgers. Ueber das preuß., franz. ital. und Züricher G. B. vgl. §. 15. d. B. — Es versteht sich jedoch, daß die bereits begründeten Besitzklagen auf den Universal Sukzessor übergehen. Vgl. §. 7 d., R. 1 flg. d. B.

25) Das Gegentheil behauptet Bachmann, §. 42. R. 15. Vgl. das Nähere oben unter Zuf. 1, wo auch die abweichende Bestimmung des preuß. R. N. §. 77. I. 7. angeführt ist, welche sich vom praktischen Gesichtspunkte empfehlen dürfte. Uebri-

über die Unstatthaftigkeit der Sukzession in den Sachbesitz gesagt ist, auch von der Sukzession in den Rechtsbesitz. Vgl. Seuff. Arch. 28. Nr. 165.

9) Selbstverständlich wird der Besitz solcher Rechte, die einen Gegenstand der Eintragung in die öffentlichen Bücher bilden, nicht etwa durch diese Eintragung erworben: denn letztere bewirkt bloß den sog. bürgerlichen oder Tabularbesitz.<sup>26</sup>

## §. 27. Uebersicht der Fälle. I. Der Rechtsgebrauch bei affirmativen Rechten.

Nach Voraussendung dieser allgemeinen Grundsätze schreiten wir nun zur Untersuchung der Frage, welche Handlung, beziehungsweise Unterlassung je nach Verschiedenheit der einzelnen Rechte zum Besitz-erwerbe derselben als nothwendig sich darstellt. Wir werden hiebei zweckmäßig nachstehende Gruppen von Rechten unterscheiden:

I. Rechte, welche in dem Gebrauche einer fremden Sache bestehen. Als Prototyp derselben erscheinen die affirmativen (positiven) Servituten, welche durchwegs eine gewisse Benutzungsbefugniß ertheilen, als da sind die Wege-, Weide-, Grafereirechte etc. (S. quae in patiendo consistunt.) — Der Besitz der sog. Individualrechte (z. B. des Urheber-, Firmen- und ähnlicher Rechte s. S. 554) ist nach Analogie dieser Rechtsgruppe zu beurtheilen, da die Untersagungsbe-fugniß Dritten gegenüber nur eine Folge des Rechts ist.

II. Rechte, welche ihrem Wesen nach ein Nichtthun Anderer bezwecken. Hieher gehören hauptsächlich:

gens macht sich der praktische Unterschied zwischen dem österr. und preuß. Rechte nur bei diskontinuirlichen (unterbrochenen) Rechten geltend; denn bei kontinuierlichen und negativen Servituten besteht ja die Ausübung eben in dem ungeänderten Bestande der dienenden Sache, und bedarf es dazu keiner positiven Handlung.

26) Vgl. über die Verschiedenheit des Natural- und Tabularbesitzes den §. 5. d. B. — Irrig behauptet Bachmann, S. 109, daß solche Rechte „nur dadurch, aber auch schon dadurch allein in Besitz genommen werden, daß sie auf des Besitzwerbers Namen eingetragen werden.“ Diese Behauptung ist nur eine Konsequenz der Ansicht Bachmann's, daß es an eingetragenen Immobilien keinen Naturalbesitz gibt, deren Unhaltbarkeit im §. 5. nachgewiesen ist. Der Erwerb des Tabularbesitzes gehört überhaupt auf ein anderes Feld, und es ist nur irreführend, wenn man (vgl. selbst Stubenrauch, I. S. 639, u. 2. Aufl. S. 429) gleichsam als Modifikation der Regel des §. 313. d. G. B. lehrt, daß „der rechtmäßige Besitz solcher Rechte nach §. 321. nur durch die Einverleibung derselben erworben werde.“ — Die Unmöglichkeit, den Besitz durch das Grundbuchs-system aus der Welt zu schaffen, anerkennt neuestens auch B. v. Lieber, Der Besitz als Recht in thesi S. 172.

a) negative Servituten, welche dem Berechtigten ein Recht auf einen gewissen, ungeänderten Zustand des dienenden Grundstücks, daher eine Verbotsmacht einräumen (§. 476. A. b. G. B., S. quae in non faciendi [prohibendo] consistunt). Z. B. die Servituten des Lichtes, des Nichthöherbauens.<sup>1</sup>

b) Bannrechte, deren Inhalt darin besteht, daß der Verpflichtete gewisse Handlungen (Abnahme gewisser Bedürfnisse von anderen Personen als dem Bannberechtigten) unterlassen muß und hiedurch indirekt zur Abnahme der betreffenden Waare oder Leistung von dem Bannberechtigten gezwungen wird, z. B. der Bierzwang.

III. Rechte welche darin bestehen, daß dauernd von der einen Seite Leistungen gemacht, von der anderen Seite in Empfang genommen werden. Deren Prototyp sind die Reallasten, z. B. Zehnt- und Frohndrechte, Ausgedinge u. dgl.

Die vorstehende Eintheilung erscheint vom Standpunkte des heutigen gemeinen Rechtes und der neueren Kodifikationen ebenso natürlich als zweckmäßig.<sup>2</sup> — Was die Servituten betrifft, so wurde vom Gesichtspunkte des österr. Rechtes (mit dem hierin das preussische übereinstimmt) unterlassen, den Unterschied zwischen Personal- und Realservituten, und sohin den zwischen Rural- und Urbanal-

1) Darüber, ob die Servituten als „vom Eigenthume abgelöste“ Befugnisse oder als primitive Rechte anzusehen seien, besteht ein wenig fruchtbarer Streit. Vgl. Brinz, §. 70. (186. 2. A.). Arndts, §. 175. Zeitschr. N. F. III. S. 250 ffg. Vangerow, I. §. 338. Windscheid, §. 200. N. 3. — Gewiß ist die Einräumung einer positiven Befugnis (Macht) der nächste Zweck der Servitutenbestellung, — der wahre Inhalt der Servitutsrechte, woraus denn von selbst folgt, daß das entsprechende Verhinderungsrecht (jus prohibendi) des Eigentümers hinwegfällt, aber es ist eine Umkehr dieses Verhältnisses, das Verhinderungsrecht in den Vordergrund zu stellen (vgl. Arndts a. a. D.). Vom Standpunkte jener positiven Befugnis des Berechtigten ist die Eintheilung in affirmative und negative Servituten gefasst, die wir (gegen Brinz a. a. D.) als logisch und praktisch in Schutz nehmen. Sie wird benutzt im Code art. 690. 691., im preuß. L. R. §§. 81. 86. I. 7., im A. b. G. B. §§. 313. 477., sächs. b. G. B. §. 559., Züricher. G. B. §§. 529. 530. u. bayr. Entw. III. 45. 46.

2) Dieselbe Unterscheidung findet sich im Wesen im preuß. L. R. §§. 80. 81. 86. I. 7., und im österr. A. b. G. B. §. 313. Nach der Analogie der hier aufgeführten Grundformen wird der Besitzerwerb der nicht ausdrücklich angeführten Rechte zu beurtheilen sein, z. B. der Regalien, wo solche noch vorkommen. — Es wurde schon früher bemerkt, daß der Besitzerwerb und Besitzverlust der auf das sogenannte Nutzungseigenthum gegründeten dinglichen Rechte nach Analogie des Sacheigenen zu beurtheilen ist. Vgl. auch Höpfner, Besitzrechtsmittel S. 21.

dienstbarkeiten zum Ausgangspunkte einer Unterabtheilung zu machen. Denn:

a) was zunächst die Personalservituten betrifft, so gelten, wie sofort gezeigt werden wird, nach österr. (und preuß.) Rechte über deren Besitzerwerb und Besitzverlust dieselben Grundsätze, wie über jenen der Realservituten.<sup>3</sup>

b) Was aber die römischrechtliche Unterscheidung zwischen Urbanal- und Ruralservituten betrifft, so hat diese für das moderne Recht nur einen historischen Werth ohne praktisches Interesse, wie wohl alle Jene zugeben müssen, die diese Eintheilung nicht mit jener in S. *continuae* und *discontinuae* identifiziren.<sup>4</sup>

In der Natur der Sache gegründet und praktisch wichtig ist dagegen eine andere Eintheilung der Rechte, welche auch in der Folge benutzt werden soll, nämlich die eben erwähnte:

1) in kontinuierliche (ununterbrochene), die in einem dauernden Zustande bestehen, wohin namentlich die in einer Vorrichtung beruhenden und die negativen Servituten gehören;<sup>5</sup>

2) in diskontinuierliche (unterbrochene), welche in gewissen zeitlich unterbrochenen Benutzungen bestehen.<sup>6</sup>

3) Anders nach röm. Recht, dem sächs. und Züricher. G. B. Vgl. N. 10.

4) Vgl. Savigny, S. 480 (584), Note. Hoffmann, I. §. 33. II. §. 64. Elvers, S. 377—384. Heimbach, im Rechtsl. X. S. 326. Zielonacki, Serv. S. 214. Dagegen behaupten Unterholzner, II. §§. 190—193. und Sintenis, I. §. 62. N. 15, die Identität beider Eintheilungen. Allein selbst Unterholzner muß nach einer vielfach gekünstelten Beweisführung zugestehen, daß es „Ausnahmen“ davon gibt, und endlich zugeben, daß das Zusammentreffen der beiderseitigen Eintheilungen „ein zufälliges“ sei. Vgl. gegen Unterholzner auch Schirmer, II. S. 125, Anm., und Muther, S. 58. Darüber, ob die fragliche Unterscheidung nach röm. Recht praktische Bedeutung habe, sind die Ansichten getheilt. Bestritten wird dieselbe namentlich von Elvers, §§. 37—40. (im Anschluß an Zacharia v. Lingenthal: über die Unterscheidung von S. R. und U.), Cohnfeld, Irreg. Serv. S. 83 ffg. u. a.; dagegen aber neuerlich behauptet von Windscheid, §. 210. N. 2 u. §. 216. Arndts, §. 184. N. 3. Brinz, §. 189. 8. Für die Besitzfrage ist die Kontroverse ohne Interesse. — Nach österr. Rechte hat die Eintheilung in Feld- u. Hauservituten (§§. 475—477. b. G. B.) keinen praktischen Werth.

5) Dies ist auch die herrschende Ansicht, vgl. Vangerow, §. 339. Arndts, §. 184. Unterholzner, I. §. 190. Muther, S. 58. So auch art. 688. des Code. (Abweichend Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 116.) Im Sinne Vangerow's bilden die S. habendi und prohibendi die kontinuierlichen, die S. faciendi die unterbrochenen Servituten. — Mit welchem Rechte Hedemann, S. 47, diese Eintheilung für eine Erfindung der Verlegenheit erklärt, begreifen wir nicht.

6) Gewöhnlich sagt man, in Handlungen des Berechtigten (Arndts,

Wir schreiten nun zu den einzelnen Arten der Rechte.

### I. Die affirmativen Servituten.

In Ausführung des allgemeinen Grundsatzes des §. 312. des G. B.: „In den Besitz . . . von Rechten kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen,“ bestimmt der §. 313. in Ansehung der bezahenden Servituten: „Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht . . . wenn Jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet.“

Es wird daher der Besitz der persönlichen Dienstbarkeiten namentlich der Nutznießung (*ususfructus* §. 509. des G. B.) und des Gebrauches (*usus* §. 504. d. G. B.) erworben durch die dem Inhalt des Rechtes entsprechende Benutzung der fremden Sache: also der Besitz des *Ususfructus* durch wirkliche, ausschließliche Benutzung, der Besitz des *usus* durch den auf das persönliche Bedürfnis beschränkten Gebrauch; endlich der Besitz affirmativer Real-

Muthher a. D.). Dies ist nicht immer genau. So z. B. ist die *S. stillicidii imm.* (*sine projecto*) gewiß eine diskontinuirliche, und doch liegt hier keine Handlung vor. Dasselbe gilt in Ansehung der Servitut des Wasserabzugsgrabens. Vgl. dazu *Bangerow*, I. S. 797. — Zweifelhafter ist, wohin jene Gattung von Servituten zu zählen sei, die gleichfalls in unterbrochenen Benutzungsarten bestehen, die aber eine gewisse ständige Anlage mitunter auf fremdem Grunde voraussetzen, so z. B. die *S. aquaeductus* bei zeitweiliger Leitung, die *S. fumi immitt.*, *aquae immitt.*, *vaporis immitt.*, *cloacae immitt.* Gewöhnlich zählt man sie zu den kontinuierlichen Servituten, so namentlich *Unterholzner*, II. §. 192., „weil der Besitz nicht auf dem Abfließen des Regenwassers und dem Emporfsteigen (?) des Rauches, sondern auf der Vorrichtung beruht.“ — Allein dies ist nicht richtig. — Nicht in dem Dasein der Anlage besteht der Inhalt dieser Servituten, sondern in der *Summation* des Wassers, Rauches, Unrathes u. s. f., hiemit in zeitlich unterbrochenen Akten. Vgl. die sehr guten Ausführungen *Bangerow's*, I. §. 339. S. 797, und *Heimbach*, *N.-Lex.* X. S. 326, auch *Windscheid*, §. 210. N. 10, dann die folg. Note 24. Rein willkürlich und praktisch ganz unbrauchbar ist die von *Hoffmann*, II. §. 64., verjuchte Eintheilung der Dienstbarkeiten, wie am besten dessen eigene unverdäuliche Ausführungen (§§. 65—75.) darthun.

7) Die Zahl der Personalservituten ist nach österr. Rechte unbeschränkt (*arg.* §. 479.), sowie nach der herrschenden Ansicht (*Arndts*, §. 177. *Elvers*, §. 20. *Windscheid*, §. 202. N. 2, dagegen *Cohnfeld*, *Irreg. Servituten* 43, besond. S. 40) nach röm. Rechte und den neueren Kodifikationen (§. 601. *säch. G. B.*). Denn ohne Zweifel können einzelne Befugnisse oder Seiten der Fruchtnießung oder des Gebrauches Gegenstand einer Personalservitut sein, z. B. Weg- und Wassergechtigkeiten; daß diese Servituten freilich nicht der *Ususfructus* oder *Usus* sind, ist klar. Vgl. auch *Windscheid a. D.* Indeß werden hier der Kürze wegen nur die zwei Hauptarten derselben erwähnt. Die Servitut der Wohnung ist entweder *usus* oder *ususfructus* §. 521.

servituten durch jene Benutzung eines Grundstückes zum Vortheile eines andern, wie solche dem Inhalte der betreffenden Servitut entspricht.

Hiebei entsteht die Frage, ob der Besitz derjenigen Personalservituten, deren Ausübung durch die Detention der Sache bedingt ist, nicht schon durch Besitzergreifung oder durch Uebergabe der Sache (selbstverständlich mit der auf den Erwerb der Personalservitut gerichteten Absicht) erworben werde? Dies ist nach gemeinem Rechte allerdings der Fall. *L. 3. pr. D. de usufr. : Dare autem (usumfructum) intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti.*<sup>8</sup> Es könnte scheinen, daß dasselbe nach österr. Rechte gilt. Man könnte sich etwa darauf berufen, daß in der Apprehension, beziehungsweise in der Uebernahme einer Sache bereits eine Ausübung dieser Personalservituten liege; man könnte weiter anführen, daß, wie zum Erwerbe des Sachbesitzes nicht wirkliche Ergreifung, sondern nur unmittelbare gegenwärtige Möglichkeit erforderlich sei, dasselbe auch beim Rechtsbesitze Platz greifen müsse. Der erstere Grund wäre offenbar unrichtig; denn die faktische Macht über die dienende Sache ist bei den in Rede stehenden Personalservituten allerdings eine Voraussetzung ihrer Ausübung, allein in der Erwerbung jener Macht liegt keine Ausübung derselben; diese besteht nur in der wirklichen Benutzung.<sup>9</sup> Der zweite Grund trifft allerdings für das römische Recht zu, welches auf den Erwerb, Verlust und Schutz des mit der Detention verbundenen *usus* und *ususfructus* die Regeln des Sachbesitzes anwendet,<sup>10</sup> allein er trifft ebenso gewiß nicht zu für

8) Vgl. *Savigny*, S. 474 (576). *Elvers*, S. 674. *Windscheid*, §. 163. N. 4, und oben §. 26. N. 1. Die Aelteren führten darüber Streit, ob der Besitz der Servituten schon mit der bloßen Einführung in das dienende Grundstück erworben werde, oder nicht. Während Mehre dies bejahten, unterschieden Andere zwischen Personal- und Realservituten. Andere endlich läugneten dies gänzlich. Vgl. hierüber die bemerkenswerthe *Summa possessionis* des Grafen *Wrschows*, c. 5. *Abf.* 12—18. (Wien 1738). Von Neuern hält *Hoffmann*, II. S. 134. *Sintenis*, I. §. 64. S. 588, und *Zielonacki*, *Serv.* S. 153, wirkliches *uti-frui* für eine Bedingung des Besitzwerbes der Personalservituten. Gegen Letzteren siehe nun *Hedemann*, *Serv.* S. 122.

9) Irrig sieht *Böcking*, §. 126., und *Förster*, §. 160. N. 81, in der Apprehension der Sache schon eine Ausübung solcher Servituten. Siehe dagegen auch *Sintenis a. D.* und *Brinz*, §. 196. N. 7 (2. A.).

10) Daher ist die Entscheidung der *L. 3. pr. cit.*, welche das *inducere* in *fundum* dem *uti* gleichstellt, vom Standpunkte des röm. Rechtes ganz konsequent.

das österr. Recht, welches für den Erwerb und Verlust des Rechtsbestandes (die in Rede stehenden Personalservituten nicht ausgenommen) besondere Grundsätze aufstellt, und insbesondere für dessen Erwerb wirklichen Rechtsgebrauch fordert.<sup>11</sup> Derjenige also, dem ein Grundstück zum Fruchtgenusse legirt wurde, erwirbt den Besitz des Letzteren nicht schon mit der Einführung in dasselbe, etwa durch Betretung des Grundes (§. 312. erster Absf.), sondern erst durch wirkliche Benützung (§. 313. d. G. B.). Hat daher der Usufruktuar das Grundstück nie benützt, so kann er trotz der erfolgten Uebergabe den possessorsischen Schutz nicht ansprechen.

Bei denjenigen affirmativen Servituten, welche nicht die Detention der dienenden Sache zur Voraussetzung haben, also insbesondere bei allen affirmativen Realservituten kann nach dem Gesagten darüber kein Zweifel bestehen, daß wirkliche Ausübung ihres Inhaltes eine unerläßliche Bedingung des Besitzerwerbes sei. Wenn also z. B.

Vgl. auch Glövers, S. 674 fg., und Muther, S. 43, N. 41. — Aber eben darum, weil nur auf die mit der Detention verknüpften Personalservituten die Grundsätze des Sachbestandes, insbesondere dessen Interdiktionsschutz angewendet wird [vgl. Savigny, S. 476 (580)], ist es nicht richtig, eben diese Grundsätze ohne Weiteres auf alle übrigen Servituten auszudehnen, und insbesondere die nur beim Sachbestande geltende Regel, daß zu dessen Erwerbe nicht wirkliche Ergreifung der Sache, sondern nur unmittelbare Möglichkeit derselben hinreicht, für den Rechtsbesitz dahin zu formuliren: daß schon die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit der Ausübung zu dessen Erwerbe genüge, wie dies Unterholzner, Verj. II. S. 166. Brunz, S. 476. Windscheid, §. 163. N. 5, und Gyner, Trad. S. 120, thun. Vgl. noch §. 26. N. 1 d. B.

<sup>11</sup>) Vgl. auch Bachmann, §. 42. N. 12, der irrig behauptet, daß Zeiller, II. S. 303, anderer Ansicht sei. Anderer Ansicht Gyner a. D., siehe oben §. 26. N. 1. — Das sächs. Recht fordert zum Besitzerwerbe der die Detention voraussetzenden Personalservituten nur Erwerb der Detention (§. 602.); bei den übrigen Personal- und allen Grunddienstbarkeiten aber wirkliche Uebung (§. 602. u. 556 fg.); dasselbe fußt also auf jener Auffassung, die wir für das röm. Recht vertheidigen. (Ebenso der bayr. Entw. III. art. 45.) Sehen wir auf den Interdiktionsschutz (§. 208.), so ergibt sich, daß der Nuznießer und Usuar als Detentoren und als Rechtsbesitzer geschützt werden. Und dasselbe Resultat ergibt sich nach dem bayr. Entw. (art. 40. 45. 50.) und selbst nach preuß. Rechte, welches zwar zum Rechtsbesitze wirkliche Ausübung fordert (§. 81 fg. I. 7.), jedoch den Usuar und Usufruktuar schon als (unvollständigen) Sachbesitzer schützt. Vgl. Koch, S. 147. Anderer Ansicht Temme, §. 64. Förster, §. 160. S. 50 (N. 79), welcher mit Berufung auf §. 77. I. 7. für das preuß. R. dasselbe behauptet, was nach röm. und sächs. R. gilt. Umständiger spricht §. 529. des Züricher. G. B. von Rechtsbesitz und dessen Schutz nur bei solchen Dienstbarkeiten, die sich nicht in der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache äußern.

der Eigenthümer des dienenden Grundstückes mit demjenigen, dem er das Weiderecht oder eine Wegegerechtigkeit eingeräumt hat, das dienende Grundstück betritt, ihm dem Weideplatz oder Weg zeigt, oder wenn er demselben den Schlüssel zu dem verschließbaren Wegeschränken übergibt, so ist damit noch nicht der Besitz jener Servituten erworben.<sup>12</sup> Ebenso wenig liegt eine wirkliche Benützung vor, wenn Jemand auf eigenem Grund an die Hauptmauer des Nachbarn dergestalt Läden anbaut, daß jene die Rückwand der letzteren bilden, ohne daß jedoch eine reelle Verbindung der Seitenwände mit der Rückmauer oder eine Belastung der letzteren stattfände. Vgl. Nr. 5771. Samml. Gl. U. W., woselbst der D. G. S. richtig bemerkt, daß nur solche Handlungen als (affirmative) Benützungssakte der fremden Sache angesehen werden können, durch welche ein in die Sinne fallender Einfluß auf dieselbe geübt wird, — Akte, welche der Eigenthümer hindern könnte, daß hingegen ein bloß passives Verhalten oder der bloß zufällige Nutzen, den man aus des Nachbarn Anstalten zieht, zum Rechtsbesitze nicht genüge.

Wir bringen hier den schon im §. 26. erörterten Grundsatz in Erinnerung, daß in dem bloßen Abschlusse von Rechtsgeschäften über die Ausübung eines Rechtes oder über das Recht selbst, z. B. in der Verpachtung, bittweisen Verleihung, Verpfändung, Veräußerung desselben kein „Gebrauch“ desselben liege. Denn „Gebrauch“ des Rechtes ist Ausübung eines stofflichen Inhaltes. Eine solche Ausübung liegt aber in dem bloßen Abschlusse eines Rechtsgeschäftes, in der bloßen rechtlichen Disposition über ein Recht nicht, und es wird daher durch solche Akte allein der Besitz eines Rechtes ebensowenig erworben, als dieselben zum Besitzerwerbe einer Sache genügen.<sup>13</sup> Wohl

<sup>12</sup>) Die Berufung auf §. 427. zum Beweise des Gegentheiles wäre aus den in der N. 10 angeführten Gründen unzulässig. Vgl. auch L. 17. D. quem. s. am. 8. 6.

<sup>13</sup>) Die L. 12. §. 2. D. de usufr. spricht nicht gegen, sondern für die im Texte vertretene Ansicht: Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendum concedere . . . vel locare, vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. Mit den letzten Worten will der Jurist nicht etwa sagen: daß durch den Akt der Vermietung oder des Verkaufes von einem Rechte Gebrauch gemacht wird, sondern daß es für die Fortdauer des Rechtsbestandes gleichgültig sei, ob der Usufruktuar sein Recht selbst oder durch den Pächter oder Käufer desselben ausübe. Dies zeigt deutlich nicht bloß der Vorderatz: Usufructuarius vel . . . vel, sondern auch die Fortsetzung der Stelle: Quid tamen, si non locavero, sed absente et ignorante me negotium meum gerens utatur quis et fruatur? Vgl.

aber wird der Besitzerwerb dann eintreten, wenn auf Grund eines solchen Rechtsgeschäftes der Dritte das Recht im Namen und mit dem Willen des anderen Kontrahenten wirklich ausübt; denn alsdann liegt ein Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter vor (vgl. §. 31. d. B.). Es wird also z. B. durch die bloße Verpachtung des Ususfruktus einer Wirthschaft der Besitz desselben nicht erworben, wohl aber dadurch, daß der Pächter von seinem Pachtrechte wirklich Gebrauch macht.

Wir gelangen nun zu der schon früher angeregten Kontroverse, ob zum Besitzerwerbe der Servituten nothwendig ist, daß der Eigenthümer der Sache von der Ausübung derselben Kenntniß habe oder nicht. Es ist dies eine Frage, die sich in der Praxis in den meisten Besitzstörungenfällen aufwirft.<sup>14</sup> Von den österr. Kommenta-

auch L. 38. pr. D. 7. 1.: Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, puta qui emit vel conduxit, vel cui donatus est. Anders freilich L. 39. eod., vgl. §. 26. R. 4 d. B.

14) Unter den älteren Romanisten war dieselbe kontrovers. Die herrschende Ansicht war, daß *patientia* und *scientia domini* aut ejus, de cujus agitur *praejudicio*, zum Besitzerwerbe der Servituten nothwendig sei. Man berief sich auf c. 2. Cod. de serv. acq. 3. 34.: Si aquam per possessionem *Martialis* eo sciente duxisti: servitutum exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. L. 1. D. de S. P. R. Vgl. *Mevius*, Decis. IX. 165. (wenigstens in Ansehung des Usufapionsbesitzes: cum scientia et pat. . . pro titulo sit), *Carpzo*, Opus Decis. Dec. 225. 288. R. 2—4., ebenso *Wrschowej*, l. c. cap. 5. *Faber*, *Vinnius*, *Leysen* u. A.: dagegen schon *Boet*, Comm. ad P. 8. B. 4. R. 4. Neque . . . scientia domini praedii serv. desideratur l. ult. C. de praescr. Vgl. dazu *Gruchot*, Beitr. VIII. S. 47 flg. Gegen jene ältere Meinung sprechen aber die zahlreichen Quellenstellen, welche zur Erfügung nur fehlerfreien Besitz erfordern, ohne des Erfordernisses der *scientia* oder *patientia* domini zu erwähnen. Vgl. insbesondere c. ult. C. de praescript. long. temp.: nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis intricabilis oriatur occasio. Die Neueren gehen durchaus von der richtigen Ansicht aus, daß zum Besitzerwerbe der Servituten weder Wissen noch Duldung des Eigenthümers des dienenden Grundstückes nothwendig sei. Vgl. *Savigny*, S. 480, (585). *Albert*, Unförs. S. 105—109. *Seerwart*, S. 195. *Sintenis*, I. §. 64. R. 42. a. G. *Brinz*, I. S. 276. *Böding*, R. §. 126. *Heimbach* im Rechtslex. X. S. 305. *Windscheid*, §. 163. R. 4. §. 213. R. 5. Bedenken könnte nur erregen die oben angeführte c. 2. Cod. Ueber die letztere Stelle vgl. *Unterholzer*, Berj. II. §. 212. *Olvers*, Serv. S. 742. Note, die mit Recht betonen, daß die Worte »eo sciente« in dem betreffenden Falle aus der Anfrage in das Reskript aufgenommen worden sein dürften. Daß sich die Worte »eo sciente« auf den zur Erfügung erforderlichen (?) Titel beziehen, behauptet *Müller*, S. 27 flg. Im obigen Sinne wurden auch die Rechtsfälle Nr. 71. und 76. bei *Pfeiffer*, B. Ausf. VII. S. 356 u. 371 entschieden. Vgl. *Seuff. Arch.* IX. 130. XV. 109. XXI. 106.

toren wird sie nicht erörtert, doch geht aus ihren anderweitigen Ausführungen hervor, daß sie das Wissen des Eigenthümers vom Ausübungsakte des Gegentheils zum Besitzerwerbe für nothwendig erachten. Vgl. *Zeiller*, II. S. 46. *Rippel*, III. S. 67, *Winiwarter*, II. S. 41. *Stubenrauch*, I. S. 637. Der Wortlaut des §. 313. scheint diese Ansicht zu bestätigen, ja noch mehr zu fordern, nämlich förmliche Gestattung: „Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, wenn Jemand die einem Anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet.“<sup>15</sup>

Es wäre jedoch irrig, wenn man den Worten des Gesetzbuches „mit dessen Gestattung“ den Sinn unterlegen wollte, als ob die Ausübung des Rechtes an einer Sache ohne die Zustimmung des Eigenthümers den Besitz des Rechtes nicht begründen könnte. Denn die nächste Konsequenz dieser Annahme würde die sein, daß der Erwerb des Besitzes eines dinglichen Gebrauchsrechtes ohne die freiwillige Gestattung des Eigenthümers der dienenden Sache ganz unmöglich wäre. Eine solche Auslegung würde nicht nur gegen die Grundprinzipien der Lehre vom Besitze verstoßen, denen zu Folge der Erwerb des Besitzes als eines Faktums von dem guten Willen Dritter ganz unabhängig ist, sondern auch mit anderweitigen Bestimmungen des Gesetzbuches im Widerspruche stehen. Denn nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung ist auch derjenige, der sich durch Gewalt, List oder Vertrauensmißbrauch in den Besitz eines Rechtes, insbesondere einer Dienstbarkeit gesetzt hat, Besitzer; — sein Besitz ist nur fehlerhaft (unecht). Beweis dessen sind die §§. 345. u. 1464. A. b. G. B. Es ist also Besitzerwerb „ohne Gestattung“, ja gegen den Willen des Eigenthümers anerkannt.<sup>16</sup> Indem sich das Gesetz jener Worte bediente,

15) Das weöfal. G. B. II. §. 34. (Entwurf des A. b. G. B.) lautete: „der Gebrauch eines Rechtes tritt ein, wenn uns Jemand gestattet, und uns berechtigt hält, eine ihm gehörige Sache zu unserem Nutzen zu verwenden.“ Siehe §. 25. R. 8.

16) Dies hat schon *Pachmann*, S. 111. Note 12., richtig erkannt; „der §. 313. spricht zwar von einer „Gestattung“; soll aber zwischen diesem Paragraphen und dem §. 345. keine Antinomie statthaben, so kann jener Ausdruck keinen anderen (?) Sinn haben, als daß man die fremde Sache wirklich gebrauche.“ Diese Auslegung des Wortes „Gestattung“ halten wir für unmöglich. Auch die Deutung im Sinne von „Duldung“ (*patientia*) genügt nicht, da ja selbst das Wissen des Eigenthümers von der Ausübung nicht erfordert wird. Es erübrigt daher — um den Widerspruch zu beseitigen — nur die im Texte versuchte Auslegung. So nun



hatte es wohl bloß den gewöhnlichen Fall vor Augen, — nämlich Besitzerwerb auf Grund eines mit dem Eigenthümer abgeschlossenen, die Bestellung der betreffenden Servitut bezweckenden Rechtsgeschäftes. Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß nicht einmal das Wissen des Eigenthümers von der Benutzung seiner Sache durch einen Dritten zum Besitzerwerbe der Servituten erforderlich sei, da das Gesetz selbst denjenigen, welcher durch „List oder Bitte heimlich in den Besitz sich einschleicht“, als Besitzer, wenn auch nur als unechten anerkennt (§. 345. 1464. des G. B.). So müssen wir denn die Frage, ob scientia und patientia des Eigenthümers der dienenden Sache zum Besitzerwerbe von Servituten erforderlich sei, verneinen.<sup>17</sup>

Doch erübrigt noch ein Einwand zu entkräften, der gegen diese Meinung erhoben werden dürfte. Man könnte sich nämlich auf den §. 2. des Besitzstörungenverfahrens berufen, dem zu Folge die Besitzklage binnen 30 Tagen von der erlangten Wissenschaft der Störung einzubringen ist, und hieraus etwa den Schluß ziehen, daß eine ohne Wissen des Eigenthümers vorgenommene Verfügung mit der Sache ihm in keiner Weise präjudizieren, daher auch zum Besitzerwerbe eines ihn beschränkenden Rechtes nicht hinreichen könne. So argumentirt wesentlich Helm in Haimers Magazin XIII. S. 363, Note. Indes, wenn auch der Eigenthümer der dienenden Sache den ohne sein Wissen erworbenen Rechtsbesitz einer Servitut durch die ihm im §. 2.

auch Forlani, S. 212 und Monti, S. 146. — Unzutreffend ist (abgesehen vom preuß. Recht) die Einwendung Förster's §. 160. N. 95., daß der fehlerhafte Besitz gegen über demjenigen, von dem er erworben, kein Besitz sei. Nur der rechtliche Schutz wird in diesem Falle dem Besitzer versagt. Der Besitz kann nicht an sich existiren und zugleich (relativ) nicht existiren. Vgl. übrigens §. 25. N. 16. §. 27. N. 20. u. §. 28. N. 20. d. B.

17) Vgl. Entsch. Nr. 644. 2336. 2892. 3269. 3383. 4988. Samml. Gl.-u.-W. und Pachmann a. D. — Daß nach röm. Rechte scientia und patientia des Eigenthümers nicht nöthig sei, wurde bereits in der Note 14 bemerkt. — Dasselbe gilt nach sächf. Rechte (§. 559.): „Besteht eine Grunddienbarkeit in der Vorannahme einzelner von Zeit zu Zeit sich wiederholender Handlungen des Berechtigten, so wird der Rechtsbesitz durch diese Handlungen erworben.“ Vgl. §. 612., welcher die Möglichkeit der Ersetzung der Dienstbarkeiten ohne Wissen des Eigenthümers ausdrücklich anerkennt. Auch das Züricher. G. B. §§. 530. u. 531. verlangt nicht das Wissen des Besitzers des dienenden Grundes — wohl aber der bayr. Entw. III. §. 45. — Die franz. Jurisprudenz (der Code hat hierüber keine Bestimmung) fordert gleichfalls nicht patientiam d., vgl. Planck, S. 142. S. auch art. 511. ital. Cod. — Anders freilich nach preuß. Rechte. Vgl. Note 20. und §. 28. N. 20.

cit. vorbehaltenen Klage wegen Störung im (unbeschränkten) Besitze der Sache (denn jede Servitutsausübung enthält offenbar eine solche Störung) wieder rechtsunwirksam machen kann, so folgt daraus doch in keiner Weise, daß Rechtsbesitz überhaupt nicht vorhanden gewesen sei. Der Rückschluß von der Salvirung der Besitzstörungsklage auf die Erfordernisse des Besitzerwerbes wäre beim Rechtsbesitze offenbar ebenso unbegründet als beim Sachbesitze (§. 13. d. B.). Die Frage, ob Besitz erworben ist, ist eine andere als die, ob der Besitz-erwerb wieder unschädlich gemacht werden könne.

Aus dem Grundsätze, daß zum Besitzerwerbe eines Rechtes das Wissen des Eigenthümers der dienenden Sache nicht nothwendig ist, sowie aus der Erwägung, daß zum Rechtsbesitzerwerbe schon die einmalige Ausübung genügt (§. 26. 3.), ergibt sich die wichtige Konsequenz, daß nur der erste Ausübungsakt der Servitut (der Anfang des Rechtsbesitzes) eine Störung des Sachbesitzes involvirt, daß hingegen die ferneren Ausübungsakte nur als Fortsetzung (Nebung) des bereits erworbenen Rechtsbesitzes erscheinen, in welchem der Rechtsbesitzer ebenso geschützt werden muß, wie der Sachbesitzer im Besitze der Sache. Hätte daher letzterer seiner Klage nicht den ersten Ausübungsakt zu Grunde gelegt, so müßte er über die Einwendung des Beklagten, daß er (Beklagter) im Besitze des beschränkenden Rechtes sei, abgewiesen werden, ohne daß ihm jedoch hieraus ein Präjudiz für die Anstellung einer anderen Klage unter Zugrundelegung des ersten Ausübungsaktes erwüchse.<sup>18</sup> Hieraus ergibt sich die in praktischer Beziehung bemerkenswerthe Folgerung: daß bei wiederholt vorgekommener Anmaßung einer Servitut jederzeit der erste Ausübungsakt der Besitzstörungsklage des Sachbesitzers zu Grunde gelegt werden müsse.<sup>19</sup>

18) In einem praktischen Falle hatte ein Herrschaftsbesitzer einige Gemeindefassen auf Störung im Besitze einer Weide wegen der im letzten Herbstes geschehenen Anmaßung des Weiderechtes geklagt. Die Letzteren wiesen nach, daß sie schon seit drei aufeinander folgenden Jahren das Weiderecht übten, wovon Kläger erst aus der Einrede Kenntniß erhielt. Statt nun von der Klage vorbehaltenlich einer neuen abzulassen, und der neu anzustellenden das erste Ausübungsaktum zu Grunde zu legen, setzte derselbe den Prozeß fort, wurde in allen Instanzen abgewiesen, und versäumte darüber die 30 tägige Frist zur Einbringung der neuen Klage. Vgl. auch die Entscheid. d. D. G. S. Nr. 644. 2892. 3634. 5701. Samml. Gl.-u.-W. und §. 7d. Note 41. — Die exceptio rei judicatae fände hier offenbar nicht statt, da aus verschiedenen Thatsachen (Störungsakten) geklagt wird.

19) Nicht unbemerkt mag bleiben, daß in Folge des §. 2. cit. und bei dem

Nach den bisherigen Ausführungen ist nicht zu bezweifeln, daß der Besitzerwerb von affirmativen Servituten dadurch nicht gehindert wird, daß die Ausübungsakte ohne Wissen und Willen des Eigenthümers gegenüber dem Pächter, Nutznießer oder Verwalter des dienenden Grundstückes vorgenommen worden sind (etwa selbst im dolosen Einverständnis mit Letzteren), da ja überhaupt Wissen und Einwilligung des Eigenthümers gleichgiltig sind.<sup>20</sup>

Mangel einer kürzeren Verjährungsfrist die Besitzstörungsklage noch im 30. und 40. Jahre nach dem ersten Ausübungsakte mit Erfolg angestellt werden kann, wenn der Sachbesitzer früher von derselben nicht wußte, und daß daher selbst ein nahezu 30 jähriger Rechtsbesitz durch dieselbe unwirksam gemacht werden kann (§§. 1470. 1479. A. b. G. B.), eine Abnormität, welche neuere Gesetzgebungen dadurch vermeiden, daß sie für diese Klage die einjährige Verjährungsfrist (ohne Rücksicht auf das Wissen des Besitzers) festsetzen. Vgl. §. 7d. Note 42.

20) Ohne Grund verlangt Thibaut, P. §. 221., ein positives Faktum gegen den Eigenthümer, s. dagegen N. 14. Dem Letzteren entspringt hieraus nach österr. Rechte insofern kein Nachtheil, als er die Klage nach erlangter Wissenschaft noch immer mit Erfolg anstellen kann. Ist freilich die Servitut schon erloschen, so wird sich der Gegner hierauf berufen (§. 523. A. b. G. B.). Ob der Eigenthümer hierwegen am Pächter und Usufruktuar sich regressiren könne, ist nach der Besonderheit des Falles zu beurtheilen. (Die Regresspflicht des Usufruktuars statuiert für diesen Fall ausdrücklich art. 614. Code, art. 511. des ital. G. B. und die §§. 612—614. des sächf. G. B., nach welchen hiernach das im Texte Gesagte ebenso Geltung hat, wie nach dem österr. A. b. G. B.). — Anders nach preuß. Rechte, für welches auf Grund der §§. 81. 99. 103—105. I. 7. §. 521. I. 9. und §§. 90. 91. I. 21. zu behaupten ist, daß zum Nachtheile des Gutseseigenthümers der Besitz (besonders Erstbesitz) einer Servitut durch Ausübung gegen den Pächter oder Nutznießer nicht erworben wird, es sei denn, daß er davon gewußt, oder daß ihm dieselbe durch eigenes Verschulden unbekannt geblieben ist. Nur bei Bestellung eines Verwalters ist das Wissen desselben unerheblich. Vgl. auch Koch, S. 219—228., und Bornemann, I. S. 574, sowie die Entsch. des Berl. Ober-Trib. vom 1. November 1849 und 19. Februar 1859 bei Koch, Komm. I. S. 424, Note 65.: „Die Besitzergreifung eines negativen Rechtes (eines affirm. in unjerem Sinne) gegen den Eigenthümer eines Grundstückes, dessen ganze Nutzung einem Dritten zusteht, ist in der Regel nur dann für vollzogen zu erachten, wenn aus den Umständen erhellt, daß der Eigenthümer von der Handlung des Besitzergreifenden Kenntniß erlangt habe.“ Ein Schluß a contrario aus dem §. 103. I. 7. wäre mit Rücksicht auf den §. 521. I. 9. vergriffen. Siehe Striethorst, Neueste Entsch. V. 111. 112. Förster, §. 160. N. 147. 148. Dernburg, §. 161. N. 9., der freilich Dulden des Pächters für hinreichend hält. (Uebrigens ist es streitig, ob die §§. 103—105. nicht auf Real-lasten zu beschränkt seien. Insbesondere meint dies Gruchot, VIII. S. 50 ff., welcher die §§. 81. 107. I. 7. in dem Sinne auslegt, daß das Nichtwissen des Eigenthümers nur für die Beurtheilung der Heimlichkeit des Besitzes in Betracht kommt). Doch verlangt die Praxis nicht, daß der Besitzer die Wissenschaft des Eigenthümers beweise, läßt vielmehr diesen die Unkenntniß beweisen. Siehe Dernburg, a. a. D. Die Bemerkungen der Redaktoren bestätigen die Richtigkeit unserer Auf-

Es erübrigt nur noch, den Inhalt der gewöhnlichen Realservituten und den hiernach zum Besitzerwerbe erforderlichen Ausübungsakte näher zu erörtern. — Zwei Klassen von Servituten sind hier zu unterscheiden:

a) solche, deren Inhalt in einer gewissen, zum Vortheile der herrschenden Sache dienenden ständigen *Vorrichtung auf fremdem Grunde* beruht (S. *continuae*), z. B. die *s. tigni immittendi, oneris ferendi* (§. 475. 1. u. 2. A. b. G. B.);

b) solche, welche die Befugniß zu einzelnen, zeitlich auseinander liegenden *Handlungen auf fremdem Grunde* ertheilen (S. *discontinuae*), z. B. die *Wegegerechtigkeiten* §. 477. G. B.

ad a) Da bei Servituten der ersteren Art das *haben* der *Vorrichtung* den Inhalt derselben erschöpft, so wird deren Besitz erworben: durch die wirkliche Herstellung der betreffenden *Vorrichtung auf fremdem Grunde*,<sup>20a</sup> (also z. B. durch Einfügung des Balkens, Aufbau auf der fremden Wand, Vollendung des vorragenden Daches u. s. f.).<sup>21</sup> Bloße Vorbereitungen zur Herstellung der *Vorrich-*

fassung. So beantragte Suarez daß sich der Eigenthümer nach längerer Zeit mit dem Nichtwissen nicht solle entschuldigen können, und Goffler bemerkt: „Ein Verwalter oder Pächter kann zwar kein Recht konstituiren; allein die von ihm zugelassene Ausübung des Rechtes sollte billig den Besitz ebenso begründen, als ob der Eigenthümer selbst sie zugelassen hätte. Warum bekümmert er sich nicht besser um sein Grundstück?“ S. Koch, S. 525. — Während das sächf. G. B. §. 559. und das Zürich. G. B. §§. 530. 531. dem österr. Rechte folgen, verlangt dagegen der bayr. Entw. III. art. 45. bei Grunddienstbarkeiten Vornahme der Besitzhandlungen oder Anlagen „mit Wissen des Besitzers der dienenden Sache.“ Unter dem „Besitzer“ verstehen die Motive S. 25 den Eigenthümer.

20a) Eine Servitut dieser Art kann nie bloß durch eine Anlage auf dem eigenen Grunde begründet werden; denn solche Handlungen erscheinen lediglich als Ausübungsakte des Eigenthümers. Vgl. L. 1. §. 21. L. 3. §. 2. D. 39. 3., dazu Holzschuher, Civ. II. S. 111. Von der gegentheiligen Ansicht scheint Hoffmann, II. §. 70., bes. S. 40 auszugehen.

21) So auch nach röm. Rechte L. 20. pr. D. de S. P. U. Servitutes, quae in superficlie consistunt, possessione retinentur. Vgl. Savigny, S. 492. (601). Hoffmann, II. S. 26. Glvers, S. 676. Muther, S. 44. So auch §. 557. des sächf. G. B. „An Grunddienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung eine Anlage oder Vorrichtung auf dem dienenden Grundstücke erfordern, wird der Rechtsbesitz durch Herstellung der Anlage oder Vorrichtung erworben“; ebenso der bayr. Entw. III. art. 45. 3.: „durch Errichtung oder Benutzung der Anstalt“. Die Worte: „oder Benutzung“ beziehen sich ohne Zweifel nur auf Servituten der zweiten Art (lit. b.), bei denen allerdings trotz des Bestandes der Anstalt (der *via, cloaca* etc.) der Besitz erloschen sein kann, z. B. durch Auflassung oder *non usus*.

tung, z. B. Ausmauern der für den Balken bestimmten Deffnung, genügen nicht zum Besitzerwerbe.<sup>22</sup> Denn wirklicher Rechtsgebrauch, nicht bloße Möglichkeit wird hierzu erfordert. Ganz regelrecht wird ferner deren Besitz erworben: durch Erwerb des Besitzes des herrschenden Grundes. Denn da die Ausübung in dem ungeänderten Bestande der Vorrichtung beruht, so muß mit dem Besitze des herrschenden Anwesens zugleich der Besitz der damit physisch verbundenen Anlage erworben sein.<sup>23</sup>

ad b) Der Besitz der Servituten der letztgenannten Art wird nur durch wirkliche (einmalige) Vornahme derjenigen Handlung (Benutzung der fremden Sache) erworben, zu welcher die entsprechende Servitut die Befugniß erteilt; bloße Möglichkeit der Vornahme der Handlung genügt auch hier nicht (vgl. Note 10).

Diejenigen Servituten, welche zwar zu ihrer Ausübung gleichfalls eine gewisse Vorrichtung auf fremdem Grunde erfordern

22) Dem steht nicht entgegen: L. 6. D. de S. P. U.

23) Vgl. die einleitenden Grundsätze (Abs. 1.) des §. 26. Es könnte sehr natürlich scheinen, diesen Satz mit der Behauptung zu fügen: daß die in einer ständigen Vorrichtung bestehenden Servituten „eigentlich nur Qualitäten des Besitzes der Hauptsache sind“ (Savigny, S. 495 (605). Hoffmann, I. S. 29. Albert, Uti poss. §. 83. Heerwart, S. 175. 285. Sintenis, §. 61. Roschirt, S. 44. Hedemann, S. 135, [prinzipiell, obgleich vorsichtiger im Ausdrucke auch] Givers, S. 651, 830. Arndts, §. 192. Bruns, S. 89. Brinz, S. 97.) — eine Behauptung, mit welcher auch die Ausdehnung des interd. uti poss. auf den Schutz dieser Servituten begründet zu werden pflegt. Allein mag auch diese Auffassung römischen Juristen vorgeschwebt haben (L. 3. §. 6. uti poss.): vor der juristischen Logik hält sie nicht Stich. Denn der Inhalt des Eigenthums besteht in der vollen rechtlichen Herrschaft über eine Sache. Erhält der jeweilige Eigentümer kraft einer Servitut zugleich ein Recht an einer fremden Sache, so kann doch gewiß von einer Erweiterung des Eigenthums über seine Sache (denn was anderes könnte der unfaßbare Begriff: „Qualität“ oder „Modifikation“ des Eigenthums bedeuten?) keine Rede sein. Der Schutz der in einer gewissen Vorrichtung bestehenden Servituten kann also nur als Schutz des Rechtsbesitzes in Betracht kommen. Vgl. auch Pfeifer, Besitz S. 134. Zielonaci, Serv. S. 246 und 249, deren Gründe aber ungenügend sind. In petitorio schützt in der That auch das röm. Recht diese Servituten mit der für alle Servituten gleichmäßig geltenden actio confessoria. Wenn es in L. 98. D. de V. S. heißt: Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia ut bonitas, salubritas, amplitudo (vgl. auch L. 12. D. quemadm. s.), so ist dies ein poetischer Vergleich, eine Phrase, die sich nebenbei hören läßt, — allein ein Rechtsprinzip darf in diesen Stellen nicht gesucht werden. Denn sonst müßte man konsequent alle Servituten (auch die S. discontinuae und die negativen) als „Qualitäten“ der herrschenden Sache ansehen, — was wohl keinem röm. Juristen befiel. Vgl. auch Bruns, S. 89—92.

oder doch zulassen, deren eigentlicher Inhalt aber in gewissen Handlungen besteht, sind ohne Zweifel der letztgenannten Klasse von Servituten beizuzählen, weil eben ihr Wesen in der Vornahme einer gewissen Handlung beruht und die Vorrichtung auf dem dienenden Grunde nur ein Mittel zu ihrer Realisirung ist. Dahin gehört z. B. die Servitut einer zeitlich unterbrochenen Wasserleitung; denn nicht in dem Vorhandensein der Röhren auf dem dienenden Grundstücke (wie Unterholzner, II. §. 192., meint), sondern in dem Leiten des Wassers besteht der wahre Inhalt dieser Servitut. Ist doch auch bei den Wegegerechtigkeiten eine besondere Vorrichtung auf fremdem Boden, z. B. Pflasterung des Weges, Legung von Schienen, nicht selten, ohne daß darum diese Servitut aufhören würde, eine S. discontinua zu sein.<sup>24</sup> Dasselbe gilt von der Servitut des Kalkbrennens auf frem-

24) Auf diesen nicht beachteten Umstand macht mit Recht Schuster, Baur. S. 220 aufmerksam, dessen lehrreiches Buch leider viel zu wenig bekannt ist. Vgl. auch Pfeifer, Besitz S. 128 Note, und Zielonaci, Serv. S. 157. Auch Heerwart, S. 185, theilt im Prinzipie diese Auffassung, indem er gegen Savigny, S. 496 (606), die Kloakenervitut trotz der zu deren Ausübung erforderlichen Kanäle zu den in positiven Handlungen bestehenden Servituten rechnet, — mit Recht, da die Ableitung des Unrathes deren wahren Inhalt bildet. Dagegen neuestens Rudorff, Nr. 169., ohne ausreichende Gründe; via (angelegte Straße) ist doch eben so gut Vertlichkeit (locus) wie cloaca und dennoch ist die S. viae eine S. discontinua. Vgl. auch L. 1. §. 7. D. h. t. 43. 23. (qui talem usum habuerit) und die Stellung des Titels de cloac. im Anschluß an das I. de aqua, de rivis, de fonte. Auch Schneider, Ztschr. f. schweiz. R. II. S. 600 tritt der bekämpften Ansicht bei, weil hauptsächlich die Vorrichtung das dienende Grundstück belastet. Dies mag mitunter richtig sein, aber der Inhalt des Rechts besteht doch wesentlich in der Benützung der Anstalt. — Dasselbe gilt, wie Vangerow, I. §. 339., und Hoffmann, II. S. 509, richtig ausführen, von der S. aquaeductus. Darum heißt es: uti priore aestate duxit aquam, L. 1. §. 9. D. de rivis: uti hoc anno aquam duxisti, L. 1. pr. D. de aqua quot., analog dem quo itinere . . . usus es. Darum sind für die Wasserleitungservituten ebenso gut besondere Interdikte gegeben, wie für die Wegeservituten, und findet auf sie das zum Schutz einer ständigen Vorrichtung dienende int. uti possidetis keine Anwendung. Wichtig ist diese Unterscheidung auch beim Verluste durch non usus. Vgl. Note 6. — Nach dem sächsl. G. B. §. 357. wird wohl der Erwerb des Besitzes dieser Servituten analog dem der bloß in einer Vorrichtung bestehenden zu behandeln sein. Ebenso auch nach dem bayr. Entw. III. art. 45., verglichen mit art. 44. Vgl. Note 21. — Ebenso nach franz. Rechte art. 688. 707. Code und dem ital. Cod. art. 617. und 697. (aber auch art. 698!). Vgl. Forlani, p. 210 flg. (Die französisch-italienische Unterscheidung zwischen ständigen und ununterbrochenen Servituten übersieht die im Text hervorgehobene Differenz). Auch die Entscheidung des Berliner Ober-Trib. Nr. 21. des Striethorst. Arch. 3m. J. I. scheint von der letzteren Ansicht auszugehen.

dem Boden, wenn hiezu ein Kalkofen hergerichtet ist. Zu den kontinuierlichen Servituten können nur diejenigen gezählt werden, bei denen das Vorhandensein der betreffenden Vorrichtung den Inhalt der Servitut völlig erschöpft. Hieraus ergibt sich denn, daß der Besitz von Servituten der in Rede stehenden Art nicht schon durch die Herstellung der entsprechenden Vorrichtung, z. B. des Abzugsgrabens, der Legung der Röhren, der Schienen u. s. f., erworben wird, sondern erst durch wirkliche Vornahme der bezüglichen Handlung, also des Ausschüttens, des Zuleitens oder Ableitens des Wassers, des Fahrens, des Brennens u. s. f.<sup>25</sup> Denn einerseits besteht der wesentliche Inhalt in der Vornahme der Handlung, andererseits genügt zum Besitzerwerbe eines Rechtes nicht schon die bloße Möglichkeit der Ausübung, sondern wird der wirkliche Gebrauch erfordert.<sup>26</sup>

25) Darum heißt es auch in L. 1. pr. de aqua quot.: *Uti hoc anno aquam duxisti . . . L. 1. §. 29. D. eod.: Uti priore aestate aquam . . . duxisti.* Vgl. auch Paulus, R. sent. I. 17. 1.: *Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur.* Vgl. den im gleichen Sinne entschiedenen Rechtsfall Nr. 95. in Girtanner's Rechtsfällen, und Pagenstecher, P. Pratt. S. 164. Anderer Ansicht sind Unterholzner, a. a. O. und S. 116, und Sintonis, §. 64. N. 36., der die Gegenmeinung „an sich klar“ findet und für dieselbe die das gerade Gegentheil beweisende L. 20. D. de S. 8. 1. zitiert.

26) Vgl. Schuster, S. 225.: „Das Werk verhält sich also gegen das Recht als ein Mittel; daß aber der Bestand eines Mittels keineswegs schon die Ausübung des Rechtes selbst sei, bedarf keiner Beleuchtung.“ — Daher hindert auch das Bestehen der Vorrichtung den Verlust solcher Servituten durch Nichtgebrauch nicht. Vgl. Schuster, a. a. O. — Ewers, S. 677, behauptet, daß bei Wasserleitungsrechten schon die Herstellung der betreffenden Vorrichtungen zum Erwerbe der *quasi possessio* genügt; diese Behauptung setzt voraus, daß entweder schon in dem Legen der Röhren die Ausübung dieser Servitut erblickt, oder daß schon die Möglichkeit der Ausübung zum Besitzerwerbe für hinreichend erachtet wird. Der ersten Annahme widerspricht die Natur der Servitut; die letztere verwirft Ewers selbst S. 674 flg. — Ob die *Serv. fumi immittendi* zu den kontinuierlichen Servituten gehöre, könnte zweifelhaft scheinen. Unterholzner, II. §. 192., und Pfeifer, S. 127, zählen sie zu denselben, weil ihre Ausübung nicht in dem „Emporsteigen des Rauches“, sondern in der diesfälligen Vorrichtung bestehe. Der entgegengesetzten Ansicht ist Schuster, a. a. O. Wir stimmen letzterem bei; denn offenbar besteht der Inhalt dieser *Serv. in der immissio fumi* und diese ist doch ebenjogut eine Handlung, wie die *immissio aquae*. Die Quellen sagen dies ausdrücklich in L. 8. §. 5. D. 8. 5.: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alium immittat; fumi autem sicut aquae esse immisionem.* Irrig spricht Unterholzner vom „Emporsteigen“ statt vom Hinüberleiten des Rauches. S. auch Ziefionacki, S. 150.

### §. 28. IIa. Besitzerwerb negativer Servituten.

Der Inhalt negativer Real-Servituten besteht in dem Anspruche auf unveränderte Aufrechterhaltung eines gewissen Zustandes des dienenden Grundstückes zum Vortheile eines anderen.<sup>1</sup> Eine nothwendige Folge dieses Rechtes ist: die Verpflichtung eines jeden Besitzers des dienenden Grundes, Handlungen zu unterlassen, wodurch jener Zustand geändert würde, — welcher Verpflichtung das Recht des Servitutsberechtigten entspricht, dergleichen Handlungen zu verbieten. Nicht dieses Verbotrecht bildet also den Inhalt der negativen Servitut, sondern das Recht auf einen gewissen ungeänderten Zustand der fremden Sache.<sup>2</sup>

Wenden wir den allgemeinen Grundsatz: „der Besitz der Rechte wird erworben durch Ausübung ihres Inhaltes im eigenen Namen“ (§. 312. A. b. G. B.) auf negative Servituten an, so finden wir, daß zu deren Besitzerwerbe nothwendig ist:

- 1) soweit es die Ausübung (*corpus*) betrifft: ein gewisser unveränderter Zustand des dienenden Grundstückes zum Vortheile eines anderen;
- 2) soweit es den *Animus* betrifft, muß dieser Zustand da sein: in Folge des geäußerten Willens des Eigenthümers des herrschen-

1) Daß auch diese Servituten nicht bloß als Real-, sondern auch als persönliche Dienstbarkeiten bestellt werden können, darüber vgl. §. 25. Note 28. und §. 27. Note 7., sowie den §. 479. A. b. G. B.

2) Mit Unrecht stellen Manche, z. B. Scheurl, Zeitschr. f. gesch. R.-W. XII. S. 242, das Verbotrecht (*ius prohibendi*) in den Vordergrund, während dieses bloß eine Folge des wirklichen Rechtsinhaltes ist, und sich daher auch bei den positiven, ja überhaupt bei allen dinglichen Nutzungsrechten an fremden Sachen in gleicher Weise findet. Vgl. Arndts, Zeitschr. R. F. III. S. 253 flg., u. Ewers, S. 30 flg. und S. 47. Daß die Verschiedenheit der Auffassung auch praktisch eine Verschiedenheit der Konsequenzen hervorzubringen geeignet ist, zeigt sich gerade bei der Frage vom Besitzerwerbe der negativen Servituten; denn konsequent könnte deren Besitz nach jener Anschauung nur *prohibendo* erworben werden. — Ebenso unrichtig ist die Theorie, welche in den Servituten eine Uebertragung eines Theiles der Eigenthumsbefugnisse erblickt, in der Art, daß das Eigenthum *quoad* jus um so viel weniger enthält, als die durch die Servitutsbestellung abgelösten Bestandtheile enthalten. Ueber diese Ansicht siehe Scheurl und Arndts, a. a. O. Ewers, §. 5. Dafür Brinz, §. 186. 2. A., dagegen Böcking, §. 159. Nr. 7. Windscheid, §. 200. N. 3. Schönemann, S. 18 flg. Ueber andere unrichtige Auffassungen besond. Windscheid, a. a. O., u. Wangerow, §. 388. (7. A.).

den Grundstückes, und der Inhalt dieses Willens muß dahin gehen, den gewissen Zustand wie kraft eines Servitutsrechtes unverändert zu haben. Die Rechtsausübung der negativen Servitut besteht also darin, daß der gewisse ungeänderte Zustand der dienenden Sache als Folge des geoffenbarten Willens des Eigenthümers der herrschenden Sache tatsächlich besteht.<sup>3</sup> Wo daher ein gewisser unveränderter Zustand einer Sache nicht als Folge des so geeigenchafteten Willens eines Anderen vorhanden ist, sondern eben nur zufällig, etwa weil eine solche Veränderung dem Besitzer bisher nicht beliebte, — mit anderen Worten: wo das Unterlassen von Eigenthumshandlungen ohne eine solche Beziehung auf den Willen eines Anderen, hiermit ohne alle (rechtliche oder tatsächliche) Nothwendigkeit erfolgte, da kann von einem Rechtsgebrauche, und daher von einem Rechtsbestiße keine Rede sein.<sup>4</sup> So z. B. wird ein Hauseigenthümer auf die bloße

3) Mit Recht kehren diesen prinzipiellen allgemeinen Gesichtspunkt hervor Savigny, S. 494. (604), Elvers, S. 680. Seuffert, Pand. §. 173. Arndts, §. 187. Brinz, §. 190. Windscheid, §. 163. R. 4, während gewöhnlich Verbot und Vertrag, welche doch nur verschiedene Aeußerungen desselben einseitlichen Willens sind, als die eigentlichen Ausübungsakte dargestellt werden (vgl. Puchta, §. 138. Muther, Erf. d. S., S. 44.), wobei dann die Erwerbung des Besitzes dieser Servitutsgattung durch Vertrag immer auffällig bleibt.

4) Dies haben die österr. Schriftsteller im Principe anerkannt: vgl. z. B. Pachmann, §. 42. Winigarter, II. S. 41. Stubenrauch, I. S. 639. (429. 2. Aufl.), nur in ungenauer Ausdrucksweise. Richtig Grner, Trad. S. 122. R. 68.; ohne Aufschluß läßt uns Kirchner, S. 165 flg. Nach gemeinem Recht besteht hierüber heut zu Tage kein Zweifel. Vgl. z. B. Glück, IX. S. 132. Unterholzner, II. §. 209. Pfeiffer, Besth. §. 45. Pfeiffer, Prax. Ausf. II. S. 13 und IV. Abh. 1. Puchta, §. 136. Arndts, §. 187. Pagenstecher, P. P. S. 360. Böcking, §. 126. Windscheid, §. 163. Elvers, S. 680. Stölzel, O. N. N. S. 442 flg., Arch. 52. S. 232. Savigny, S. 492. (603), der die entgegengesetzte Ansicht in den zwei ersten Auflagen vertheidigte, unter Berufung auf L. 6. §. 1. D. 8. 6. Die Ansicht einiger Aelteren, daß schon das bloße Nichtthun den Besitzerwerb begründe, findet sich noch bei Holzschuber, II. §. 85. ad 8., und wird neuerlich vertheidigt von Hedemann, Serv. S. 161 flg., welcher sich darauf stützt, daß ja der Nachbar den Neubau durch die operis novi n. hindern könne, und sich weiters auf L. 6. §. 1. D. cit. beruft. Allein um die operis novi n. und seiner Zeit das interd. demolitorium gebrauchen zu können, bedarf es der Existenz eines Rechtes, nicht aber seines Besitzes. Vgl. L. 1. pr., L. 2. 5., L. 6. §. 7. L. 15. 20. D. h. t. 39. 1. Vgl. nun die gründliche Monographie von Stölzel: die Lehre von der operis novi n. u. d. i. quod vi a. clam. (1865) S. 33 bis 59. 166 flg., 533 flg. und Windscheid, II. §. 466. Die operis novi n. ist daher nicht Schutz eines Rechtsbestißes, sondern ein außerordentliches Mittel zur Erhaltung des status quo bis zur Ermittlung des Rechtszustandes. Vgl. auch Sinenis, §. 124. R. 59. Schmidt, Zeitschrift N. F. 8. B. S. 31, und Rudorff,

Thatfache, daß der Nachbar bisher seinen angrenzenden Hofraum nicht als Bauplatz benutzte, nimmermehr den Besitz des Rechtes der Aussicht, des Lichtes (servitus, ne prospectui, ne luminibus officiat) zu stützen vermögen. In gleicher Weise wird ein Grundeigenthümer aus dem Umfande, daß sein Nachbar auf eigenem Grunde durch noch so lange Zeit keinen Brunnen grub, oder das durch seinen Grund fließende Regenwasser nicht benutzte, nicht den Besitz des Rechtes ableiten können, dem Nachbar das Graben eines Brunnens oder die Benutzung des Regenwassers zu verbieten.<sup>4a</sup> Wollte man das Gegentheil behaupten, so käme man zu der absurden Konsequenz, daß sich jeder Grundeigen-

Jahr. f. g. d. R. IV. S. 127 flg. Hesse, Rechtsverh. d. Grundstücksnachb. S. 93 flg. Karlowa, Beiträge zur Gesch. d. röm. Civilpr. (1865) S. 60 flg., und über die ganze Kontroverse Stölzel und Windscheid a. D. — Was L. 6. §. 1. cit. betrifft, so verstehen wir dieselbe (abweichend von Savigny, a. D.) so: Bei der S. altius non toll., meint Ulpian, ist der Servitutsberechtigte immer auch Besitzer, vorausgesetzt, daß der Gegner nicht gebaut hat; der Servitutsbefiße hindert aber die Vindicatio S. nicht. Hat also der Gegner zu bauen angefangen, so kann der Berechtigte sowohl die a. confessoria, als auch das int. quod vi a. clam anstellen (possessorische Interdikte erwähnt Ulpian nicht, weil es für negative Servituten deren keine gab). Diese Stelle beweist also u. E. vielmehr, daß mit der vertragsmäßigen (L. 5. D. eod.) Einräumung einer negativen Servitut immer auch deren Besitz erworben werde. Auch Stölzel, S. 442 flg., cfr. 415 flg., beruft sich auf diese Stelle, um zu beweisen, daß der Besitzer als solcher gegen das Verbot quod vi a. clam geschützt sei, während Windscheid, §. 163. R. 4., §. 465. R. 18. (2. Aufl.) unter possessor nur denjenigen verstehen will, dessen Rechtsbehauptung der rein faktische Zustand entspricht, gleichviel ob kraft seines Willens oder in Folge zufälliger Umstände. Rudorff, Anh. R. 167., bezieht die fraglichen Worte (nach Bethmann-Hollweg) auf das der Beklagtenvolle zu Grunde liegende Besitzverhältniß (L. 8. §. 3. D. si serv., L. 6. D. de S. P. U. 8. 2.). — Auch nach preuß. Rechte kann nach §§. 86. 87. I. 7. kein Zweifel über die Richtigkeit der im Texte vertheidigten Ansicht bestehen. Vgl. Koch, S. 149. Bornemann, I. S. 571. Förster, §. 160. R. 102. 103. Korte, Gloss. V. S. 138. — Gleiches gilt für das sächs. Recht, §. 558. b. G. B., und auch die franz. Jurisprudenz hat nie daran gezwweifelt. Siehe Planché, §. 10., bes. R. 77., und Forlani, S. 214 flg. — Das Züricher G. B. §. 530. bestimmt ausdrücklich, daß negative Dienstbarkeiten „in Ermangelung eines auf Besitzwerb (nur?) gerichteten Rechtstitels nicht schon durch das bloße Nichtthun des angeblich Verpflichteten, sondern erst dann erworben werden, wenn der Besitzer (?) eine dem Inhalt der Servitut widersprechende Handlung gethemmt hat.“ Vgl. auch art. 46. bayr. Entw.

4a) Diese Fälle heben schon Schuster, Baur. S. 314, und Pachmann, S. 111. N. 13., richtig hervor. — Auch unsere Gerichte haben überwiegend in diesem Sinne entschieden. Vgl. die Entscheidungen Nr. 235. 787. 2587. 3740. der Samml. Gl.-U.-W. und die Entsch. vom 24. März 1863. 3. 1907. (Prävnik 1864. S. 28) u. v. 30. Januar 1877. 3. 9051 (Präv. 1877. S. 450).

thümer im Besitze einer unzähligen Menge von negativen Servituten an benachbarten Grundstücken befände, ja es wäre regelmäßig nicht zu bezweifeln, daß alle diese Servituten, als da: die Servitut des Nichthöherbauens, des Lichtes, der Luft, der Aussicht, der Nichtableitung des Regenwassers (§. 476. A. b. G. B.) an nachbarlichen Grundstücken vorläufigt erfaßt sind.<sup>5</sup> Den oben entwickelten Grundsatz hat auch die Rechtsprechung festgehalten. So heißt es in einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. November 1856 (Nr. 235. der Samml. Gl.-U.-W.): „daß die bloße Existenz eines Fensters in des Klägers Mauer weder den Besitzerwerb einer Servitut der Nichtentziehung von Licht und Luft darthut, noch den Besitz des Rechtes, den Nachbar in der beliebigen Verfügung über sein Eigenthum zu beschränken.“<sup>6</sup> Vgl. auch die Entsch. vom 13. April 1864, G. H.

5) Gegen die eigenthümliche Ansicht von F a h n e, Das Fenster- und Lichtrecht (Berlin, 1835 u. 1840), daß der Besitz dieser Servituten schon durch das Dasein der Fenster erworben werde, indem der Eigentümer des Gebäudes den Raum über dem nachbarlichen Grunde dadurch benutze, daß er aus demselben Licht und Luft in sein Gebäude hole (?) und hierdurch den Raum des Nachbarn in Gebrauch nehme und diesem den Gebrauch desselben Raumes rechtlich unmöglich mache, vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII. S. 334 flg., welcher mit Recht darauf hinweist, daß es dem Eigentümer der Wand kraft seines Eigenthumsrechtes zustehe, in derselben Oeffnungen, insbesondere Fenster anzulegen, und daß die ganze künstliche Beweisführung F a h n e's auf der irrigen Voraussetzung beruhe: daß in dem bloß passiven Einströmen der Luft und des Lichtes in die angebrachten Oeffnungen eines Gebäudes dem nachbarlichen Grundstücke etwas von der darauf befindlichen Luft- und Lichtmasse entzogen und dadurch eine Benutzung des nachbarlichen Raumes vorgenommen werde. Die Beweisführung F a h n e's muß nicht nur für das röm. Recht, sondern auch für das preuß. Landrecht und den franz. Code als völlig vergriffen zurückgewiesen werden. Vgl. W a n g e r o w, I. §. 342. S. 827, §. 137. I. 8. des Landr. und art. 676. C. C., zu letzterem die fast einstimmige Ansicht der franz. Civilisten (bei F a h n e, §. 12.), welche F a h n e vergeblich zu widerlegen sucht. Ueber das kurhessische Recht vgl. Pfeiffer's lehrreiche Ausführungen a. D.

6) Daß mitunter, namentlich in erster Instanz, leider aber auch bisweilen im höherer, Entscheidungen im entgegengesetzten Sinne erlossen sind, ist jedem Praktiker bekannt; glücklicher Weise kommt dies immer seltener vor; die konstante Spruchpraxis des obersten Gerichtshofes wird dieser ebenso gesetzwidrigen, als praktisch gefährlichen Rechtsanwendung bald ein Ende machen. Auch die Spruchpraxis des gemeinen Rechtes ist fast durchwegs der hier vertheidigten Ansicht (vgl. Seuff. Arch. I. 4. VI. 15. u. 315. XIV. 13. XVI. 7. XXV. 8.); — ebenso die des preuß. Rechtes, vgl. neuerlich die Entsch. des Berliner Obertrib. vom 11. Februar 1859, bei Striethorst, Arch. Zw. F. I. Nr. 1, und ähnlich Nr. 10; Striethorst, Neueste Entsch. V. Nr. 111, 112. Anders war es allerdings nach einigen älteren Partikularrechten, z. B. nach Lübecker, Mainzer, Hamburger Stadtr. (vgl. die bei F a h n e, a. D. Note 23, 24, abgedruckten Stellen, und S o l z s c h u h e r, II. S. 102),

Nr. 104., ferner das Erf. Nr. 2587. der Samml. Gl.-U.-W. und neuestens die Entsch. dess. Nr. 3740. derselben Samml.: „Durch das Bestehen des Fensters (an sich), wobei das Einströmen der Luft und des Lichtes lediglich eine durch Naturgesetze bedingte Folge war, ist Kläger nicht in den Besitz eines Rechtes am fremden Grund und Boden gelangt.“ Vgl. auch Nr. 4803 und 4981 ders. Samml.

Es wurde gezeigt, daß das Unterlassen gewisser Eigenthums-handlungen den Charakter einer Rechtsübung nur dann an sich trage, wenn diese in Folge des Willens des Eigenthümers des herrschenden Grundes unterbleiben. Dieser Wille kann sich aber in nachstehender Weise äußern und geltend machen:

1) in der Form eines einseitigen Verbotes gegentheiliger Akte. Diesen Fall normirt das A. b. G. B. im §. 313.: „Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, . . . wenn auf fremdes Verbot ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt.“ Vgl. auch §§. 1459. und 1482.

2) in der thatsächlichen Verhinderung des Versuches einer entgegenstehenden Handlung. In beiden Fällen wird also vorausgesetzt, daß Handlungen letzterer Art wirklich unternommen oder zu unternehmen versucht worden sind.<sup>7</sup> Von dem zweiten Falle handelt

welche theils Bauten und Fensteranlagen in unmittelbarer Nähe des Nachbargrundstückes verbieten (wohl nur eine modifizierte Auflage der c. 12. C. de aedificiis priv.), theils den Satz enthalten, daß Niemand gegen des Nachbarn Hof ein Fenster ausbrechen solle. Vgl. auch die böhm. Stadtrechte, K. 16.: „Es soll einer dem anderen mit neuen Gebäuden nicht mutwilliger Weise das Licht verbauen oder verfenstern.“ K. 17.: „Es soll ein Nachbar dem anderen gegen seinen Hof keine neuen Fenster . . . bauen.“ Daß letzterer Satz gemeines deutsches Privatrecht sei, wie besonders F a h n e, §. 8., behauptet, ist unewiesen; das Fensterrecht ist vielmehr in den einzelnen Partikularrechten in der heterogensten Weise geregelt. Vgl. Bluntzli, D. P. R. §. 87. lit. i. Sillebrand, D. P. R. §. 75. Gerber, D. P. R. §. 87., und neuestens Stobbe, D. P. R. §. 86. Ueber die cit. c. 12. C. und die älteren österr. Landrechte vgl. die Bemerkungen Schuster's, S. 9 flg., und S. M. Schuster, Wiener Stadtrechtbuch S. 121.

7) Daß ein bloßes Verbot ohne den Versuch einer entgegengesetzten Handlung zum Besitzerwerbe nicht genüge, geht aus dem §. 1459. hervor, welcher fordert, daß sich der Gegentheil dem Verbote oder der Verhinderung „gefügt“ habe. — Von einem Fügen kann nicht wohl die Rede sein, so lange nicht ein Versuch, anders zu handeln, vorliegt. Das preuß., sächs. und Züricher. Recht lassen hierüber keinen Zweifel. Vgl. Note 8. Einen Versuch entgegenstehenden Handelns setzenöhnlich auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller voraus. Vgl. z. B. Savigny, S. 493 (S. 602). Puchta, R.-Ler. S. 70. Böcking, P. §. 126. Elvers, S. 681. — Eine entgegengesetzte Bestimmung wäre praktisch bedenklich.

das Gesetzbuch ausdrücklich nur im Kapitel von der Erztzung, jedoch unter Berufung auf den §. 313., in welchem also das Wort „Verbot“ im weiteren Sinne (wörtlichen und thatsächlichen Widerspruchs) zu nehmen ist. Vgl. §. 1459.: „Hat aber eine Person der Anderen die Ausübung eines solchen Rechtes (sc. eines jus merae f.) unter sagt, oder sie daran verhindert, so fängt der Besitz des Unter sagungsrechtes von Seite des Einen gegen die Freiheit des Anderen von dem Augenblicke an, als sich dieser dem Verbote und der Verhinderung gefügt hat.“ ( §§. 313. und 351.)“ So auch §. 1482. A. b. G. B.<sup>8a</sup>

3) Der Wille des Erwerbers kann ferner zur Geltung kommen in einem auf sein Ansuchen ergangenen richterlichen Verbote eines entgegenstehenden Versuches.<sup>9</sup> Dieser Fall kann sich leicht, z. B. in

8) Auch für das gemeine Recht wird (gewöhnlich auf Grund von L. 15. D. 39. 1. und L. 45. D. 39. 2.) Besitzwerb der negativen Servituten durch Verbot oder Verhinderung behauptet. Vgl. Savigny, S. 493 (602), Puchta, S. 136. Arndts, §. 187. Böcking, §. 126. Windscheid, §. 163. Elvers, S. 681. Dagegen läugnet Heerwart, S. 287, daß diese Behauptung durch die zitierten Stellen bewiesen sei, wie uns scheint mit Recht, da darin nur von den prozessualischen Folgen der Kontumaz die Rede ist. Allein an der prinzipiellen Richtigkeit der Behauptung ist darum nicht zu zweifeln. Die Quellen mögen den Fall darum nicht erwähnt haben, weil sie für negative Servituten keinen Besitzschutz geben. Vgl. auch Rudorff, zu Puchta's P., §. 139. Nr. 9, und Brinz, S. 96. — Das preuss. L. R. §. 86. I. 7. bestimmt: „den Besitz eines Unter sagungsrechtes erwirbt derjenige, auf dessen Verbot der andere von der unternommenen Handlung absteht.“ — Das sächs. Recht fordert im §. 558.: „Abstehen von der Handlung auf wörtlichen oder thatsächlichen Widerspruch.“ — Ähnlich das Züricher. G. B. §. 530.: „wenn der Besitzer eine dem Inhalt der Servitut widersprechende Handlung geheim hat.“ Ebenso der bayr. Entw. III. art. 43.: „Unter sagung der Handlung einer- und Unterbleiben derselben anderseits.“

8a) Es versteht sich, daß, wenn der Widerspruch nicht in der Absicht gesetzt wurde, eine wirkliche oder angemaste Servitut geltend zu machen, von Besitzwerb derselben keine Rede sein kann, z. B. wenn der Verbotende glaubte, der Platz, auf welchem der Nachbar baut, sei ein öffentlicher Platz oder sein Eigenthum. Das Dasein des Willens aus konfludenten Thatfachen zu erschließen, ist Sache des richterlichen Ermessens (§. 25. Nr. 18). Von einer „Bermuthung“ des Besitzwillens in den obigen Fällen spricht Pfeiffer, S. 141, — gewiß mit Unrecht, sofern darunter mehr als einfache praes. hominis gemeint sind.

9) Vgl. Savigny, Böcking a. D. und Sintenis, §. 64. Nr. 37. Weder die römischen Quellen, noch die neueren Kodifikationen erwähnen ausdrücklich dieses Falles. (Die operis n. n. kann schon darum nicht als Beleg angeführt werden, weil die Nuntiatio ein Privatakt war. Die Berufung Seuffert's, P. §. 426. Nr. 20, auf L. 3. §. 10. h. t. ist offenbar irrig. Vgl. auch Bangerow, III. §. 676. Rudorff, Jahrb. f. gem. D. R. IV. S. 127.) — Doch liegt die Analogie dieses Falles zu den bereits erwähnten auf der Hand. Nimmt man an, daß bei der operis

der Weise ereignen, daß der Besitzer des herrschenden Grundstückes gegen seinen Nachbar, der zu bauen begann, ohne sich nach Vorschrift der Gerichtsordnung geschützt zu haben, auf Grund der eingebrachten Besitzstörungsklage nach Maßgabe der §§. 340—342. A. b. G. B. und §. 8. des Besitzstörungsverfahrens ein provisorisches richterliches Verbot der Fortsetzung des Baues erwirkt, der Prozeß aber nicht fortgesetzt wird, und der Beklagte es dabei bewenden läßt; wobei selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß Kläger nicht schon im Besitze der betreffenden negativen Servitut war.<sup>10</sup>

4) Der Wille des Erwerbers kann sich endlich äußern in Form eines mit dem Besitzer des dienenden Grundstückes abgeschlossenen, auf Bestellung der Servitut gerichteten Vertrages,<sup>11</sup> und wenn die Servitut durch letztwillige Anordnung bestellt wurde, durch einen Akt, worin sich der Wille des Bedachten, die Servitut für sich zu haben, äußert.<sup>12</sup> Denn alsdann ist das Unterlassen von gewissen sonst zulässigen Eigenthümshandlungen kein zufälliges mehr, sondern

novi n. heut zu Tage an die Stelle des Privatverbots ein richterliches zu treten habe (vgl. Sintenis, §. 124. Nr. 59, und Arndts, §. 330. Nr. 8), so gewinnt dieser Fall an praktischer Bedeutung auch für das heutige röm. Recht.

10) Der Erlass eines solchen vorläufigen Verbotes setzt nicht den Beweis des Besitzes voraus.

11) Vgl. Savigny, S. 495 (604). Rosshirt, S. 44 und 70. Unterholzner (Schirmer), II. §. 209. Pfeiffer, S. 141. Arndts, §. 187. Böcking, §. 126. Elvers, S. 681. Windscheid, §. 163. Nr. 4. — Dagegen Heerwart, S. 227, wegen angeblichen Mangels gesetzlicher Belege; so auch Bessel, Civ. Arch. 13. B. S. 410. Vgl. indes L. 6. §. 1. D. 8. 5. und Note 4. Würden jedoch auch Quellenstellen mangeln, so könnte dies doch keinen Grund abgeben, der juristischen Schlussfolgerung willkürliche Grenzen zu setzen. — Auch das österr. A. b. G. B. erwähnt diesen Fall nicht; die analoge Anwendung des §. 313. kann aber keinem Zweifel unterliegen. Vgl. Stubenrauch, I. S. 639 (428). Pachmann, §. 42. Gyner, S. 122. Forlani, S. 212. Und. Ansicht ist Unger, Entw. d. sächs. G. S. 92. Auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 18. Februar 1857 (Nr. 300 der Samml. Gl.-II.-W.) geht von der obigen Anschauung aus. Vgl. Nr. 505 ders. Samml.

12) Eine solche Äußerung ist aus dem Grunde nöthig, weil ohne Willen und zwar geäußerten Willen des Erwerbenden überhaupt kein Besitz begründet wird. Dies wird gewöhnlich übersehen. Nur mit diesem Vorbehalte ist die Behauptung stichhaltig: „daß der Besitz solcher Servituten durch jede juristische Handlung erworben wird, welche ihrer Form nach das Recht der Servitut übertragen kann“ (Savigny, S. 495 (605)), oder „die Apprehension geschieht durch Vertrag oder letztwillige Verfügung des Eigenthümers“ (Böcking, P. §. 126.), oder „der Besitz wird erworben durch die Erklärung des Beschränkten, die Handlung unterlassen zu wollen“ (Puchta, §. 138. Muther, S. 44).

beruht auf rechtlicher Nothwendigkeit, und da diese Nothwendigkeit eben in dem Willen des Eigenthümers des herrschenden Grundstückes ihren Grund hat, so sind alle Bedingungen des Besitz-erwerbes erfüllt. Der Vornahme eines Scheinverbotes bedarf es also nicht; was damit erreicht werden soll: ein Unterlassen in Folge des Willens eines Anderen, ist ja schon vorhanden.<sup>13</sup> Hieraus ergibt sich auch, daß in diesem Falle nur eine scheinbare Ausnahme von der Regel vorliegt, daß durch Vertrag oder Erbgang allein niemals Besitz erworben wird.

5) Der Besitzwille ist endlich vorhanden, wenn Jemand auf die von ihm erhobene Servitutenklage (actio confessoria) ein günstiges Urtheil erwirkt hat, dem sich der Beklagte fügte oder fügen mußte, sofern der obstehende Theil nicht schon früher im Besitze war.<sup>14</sup>

Allein wie überhaupt der Besitzwille (animus) an sich zum Besitzerwerbe nie genügt, sondern nur der realisirte Wille (animus et corpus), so wird auch hier dazu erfordert, daß der Wille auch zur that-

13) Ein solches Scheinverbot fordern manche ältere Schriftsteller und selbst noch Thibaut, Besiz §. 16. Dies hängt mit der einseitigen Auffassung zusammen, daß der wesentliche Inhalt der negativen Servituten in einem „Verbieten“ bestehe. — Das preuß. Recht §. 87. I. 7. u. d. sächs. G. B. §. 558. bestimmen ausdrücklich, daß der Besitz der negativen Servituten erworben wird: „wenn die Dienstbarkeit eingeräumt oder anerkannt wurde.“ Aehnlich genügt nach d. Zürich. G. B. „ein auf Besitzerwerb gerichteter Rechtstitel.“ Auch der bayr. Entwurf III. 46. erwähnt neben dem Verbot: die Bestellung des Dienstbarkeitsrechtes. Das preussische R.-N. scheint aber von der irrigen Ansicht auszugehen, daß der Besitzerwerb auf einer Fiktion beruhe: ( . . . „wird im Besitze zu sein erachtet“ . . . ), so auch Koch, S. 149, der diesen §. als eine Ausnahme betrachtet. Dagegen sieht Bornemann, I. S. 571, darin mit Recht eine Anwendung der Regel. Temme, §. 64. bemerkt, daß diese Bestimmung eingeführt sei, „weil sich das Gesetz (?) überzeugt habe, daß eine konsequente Durchführung des wirklichen Handelns und Absehens zu Spiekerien führen müßte.“ Wirklich nur darum? Selbst Förster, §. 160. N. 105., sieht es als eine „Eigenthümlichkeit“ an, daß der Besitz des Untersagungsrechtes durch Vertrag erworben wird. Genauer: Dernburg, §. 161. N. 10.

14) Denn auch hier liegen dieselben Gründe vor, aus denen im Falle 4. Besitz-erwerb angenommen werden mußte. Vgl. auch die Entscheid. des Berl. Ober-Trib. vom 24. März 1851.: „Durch ein negatives (affirmatives in unserem Sinne) absprechendes Judikat gelangt der Sieger in den Besitz des entgegengesetzten Untersagungsrechtes.“ S. Koch, Komm. I. S. 420. N. 54. Förster, §. 160. N. 106. Zu tabeln ist nur, daß hier von einem selbstständigen Untersagungsrechte gesprochen wird, wo es sich nur um den Wegfall eines das Eigenthum beschränkenden Rechtes handelt. Vgl. §. 35. N. 2. Zu weit geht die Entsch. N. 505. der Samml. Gl.-u.-W. Vgl. §. 26. Note 23a.

sächlichen Geltung gekommen sei.<sup>15</sup> Es muß also dem auf einen gewissen unveränderten Zustand des dienenden Grundstückes, daher auf ein Unterlassen aller entgegenstehenden Handlungen gerichteten Willen des Eigenthümers des herrschenden Grundstückes — das Belassen dieses Zustandes, das Unterlassen entgegenstehender Handlungen auf Seite des Besitzers des dienenden Grundstückes entsprechen. Der Wille des Letzteren muß sich also dem Willen des Ersteren gefügt haben. Dieses Belassen, bezüglich Unterlassen („Sich-Fügen“) kann sein: entweder ein freiwilliges (auf Grund eines Rechtsgeschäftes), oder ein unfreiwilliges (in Folge eines Urtheils, Verbotes oder tatsächlicher Verhinderung).<sup>16</sup> Es äußert sich entweder in der Form des Abstehens von dem Versuche einer entgegenstehenden Handlung, oder einfach in deren Nichtvornahme. Des Ablaufes eines gewissen kürzeren oder längeren Zeitraumes, durch welchen hindurch das Nichtthun angedauert hat, bedarf es daher nicht, — genug, daß von dem beeinträchtigenden Versuche abgestanden, beziehungsweise daß ein solcher nicht sofort nach Abschluß des Rechtsgeschäftes oder Erlaß des Judikates vorgenommen wurde. Das positive Recht (§. 313.) fordert nicht mehr.<sup>17</sup>

15) Adipiscimur possessionem et corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. L. 3. pr. D. h. t.

16) Satz. B. der A den B durch tatsächliche Gewaltanwendung an der Ausführung eines versuchten Baues verhindert, und hat sich dieser der Verhinderung gefügt, so ist zwar der Besitz fehlerhaft (vi) erworben — aber er ist erworben. — Irrig ist die Meinung Pfeiffer's, S. 141, und Stubenrauch's, I. S. 637. (428. der 2. Aufl.), daß der Besitzerwerb nur dann angenommen werden könne, wenn der Unterlassende „die entgegenstehende Servitut anerkennt.“ Weder das Dasein des Servitutsrechtes, noch dessen Anerkennung durch den Gegentheil ist eine Bedingung des Besitzerwerbes der Servituten überhaupt und der negativen insbesondere. Vgl. dagegen §. 25. Note 8. und §. 26. Note 8. Eben darum aber, weil es nicht auf die Anerkennung des gegentheiligen Rechtes, sondern einfach auf die Thatfache der zufolge fremden Willens unterbliebenen Vornahme der versuchten Handlung ankommt, kann auch die Protestation, daß man die Handlung nicht unter Anerkennung des fremden Rechtes, sondern z. B. nur der Gewalt weichen unterlassen habe, den Besitzerwerb der Servitut nicht hindern, wie Pfeiffer a. D. meint. Genug, daß die Handlung über den Widerspruch des Anderen unterblieb; — mehr wird eben zum Besitzerwerbe nicht gefordert. Vgl. auch §. 29. N. 5.

17) Gleiches muß konsequenter Weise nicht nur für das römische, sondern auch für das preussische, sächsische und Züricher. Recht behauptet werden; denn auch diese fordern nur: Abstehen von einer unternommenen Handlung oder Einräumung der Dienstbarkeit — ohne der Nothwendigkeit eines längeren Andauerns des gewissen ungeänderten Zustandes zu erwähnen. Hierdurch beheben sich die von Heerwart,



Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß sich der Besitzerwerb der negativen Realservituten nicht denken läßt: einerseits ohne den Willen des Besitzers des herrschenden, andererseits ohne den entsprechenden Willen des Besitzers des dienenden Grundes.<sup>18</sup> Hierbei entstehen nun zwei Fragen:

§. 288 u. 300, angeregten Zweifel über die Möglichkeit, die Bedingungen des Besitzerwerbes negativer Servituten nach röm. Rechte zu fixiren. Er fragt: Welche Zeit muß abgelaufen sein, damit gesagt werden kann, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes sich dem Verbote „gefügt“ (sich beruhigt) habe? Gilt es als Beruhigung, wenn er gegen das Verbot oder die thatsächliche Verhinderung protestirt und sein Recht behauptet? Genügt es, wenn eine Stunde, einen Tag, eine Woche, einen Monat u. s. f. der Bau nicht fortgesetzt, oder wenn eine Klage erhoben worden ist? „Augenscheinlich“, schließt er, „geräth man in ein endloses Meer von Willkürlichkeiten, in welchem man sich vergeblich nach einem sicheren Anhaltspunkte umsieht“ (§. 288). Er hält daher eine positive Bestimmung der Zeit, aus deren Verlaufe ohne Klagenstellung oder dem Verbote zuwiderlaufendes Handeln die Beruhigung geschlossen werden kann, für unerläßlich (§. 300). — Wir glauben im Gegentheile, daß, sofern das positive Recht eine solche Frist nicht ausdrücklich zu diesem Zwecke bestimmt (wie z. B. die von Heerwart angeführte kursächsische P. O.), ein Fügen des Gegentheiles, ein Beruhigen desselben angenommen werden muß, sofern er nicht sofort, d. i. sobald es thunlich ist, die entgegengesetzte Handlung vornimmt, beziehungsweise dieselbe fortsetzt. Man erwäge doch, daß das Erforderniß des „Fügens“ („Beruhigens“) doch nur ein anderer Ausdruck für „Unterlassen“ gewisser Handlungen, für das „Belassen eines gewissen Zustandes“ ist, und daß dieser Zustand sofort nicht mehr als zufälliger, sondern als gewillkürter besteht, sofern dem nicht ungesäumt durch entgegengesetztes Handeln vorgebeugt wird. Vgl. die Entsch. Nr. 795 in der Samml. Gl.-u.-W. Weder bloße Protestation des Prohibirten, noch Einreichung einer Klage (interdictum uti possidetis oder actio negatoria) können an sich diesen Erfolg hindern. Vgl. auch §. 29. d. B. Note 15. Die Frage, von welchem Zeitpunkte Beruhigung anzunehmen sei, ob hiezu zwei Tage genügen (wie Leyser meint) oder mehr oder weniger, sollte also gar nicht gestellt werden. — Sollte der Besitzer eines Grundstückes so unvorsichtig gewesen sein, sich dem fremden Verbote gefügt zu haben, so kann er diesen Fehler nur durch die Anstellung der actio negatoria (§. 523. A. b. G. B.), und wenn die Bedingungen der Besitzstörungsflagge vorliegen, durch Anstellung dieser wieder gut machen. Denn die erste thatsächliche Verhinderung stellt sich ja als Störung des Sachbesitzes dar, — ich wiederhole die erste Verhinderung; denn die Verhinderung späterer wiederholter Versuche erscheint nur als Wahrung des bereits erworbenen Besitzes. Hiedurch begeben sich die ferneren von Heerwart, §. 287, erhobenen Zweifel über die Möglichkeit eines Besitzschuzes negativer Servituten. Er sagt: „Wenn der Eigenthümer eines Grundstückes . . . von seinem Nachbar gehindert wird, auf seinem Eigenthume etwas zu thun, so ist dies ohne Zweifel eine Störung im Besitze des Grundstückes. Er kann unstreitig das interdictum uti possidetis anstellen. . . . Damit steht im direkten Widerspruche (?), daß in jenem Falle der Nachbar im Quasibesitze der angemessenen Servitut geschützt werden soll; denn beides zugleich ist unmöglich.“ — Wird der Besitzstörungsflagge des Eigenthümers die erste Verhinderung zu Grunde gelegt, so kann sich offenbar der Gegentheil auf einen schon bestandenen Quasibesitz nicht berufen.

18) Wird doch der Besitz, wie oben gezeigt, bei entsprechender Sachlage entweder

1) Wer kann den Besitz einer negativen Realservitut für ein Grundstück erwerben? Nur dessen Eigenthümer oder auch ein Nichteigenthümer?

2) Muß das Belassen, beziehentlich Unterlassen vom Eigenthümer des dienenden Grundstückes ausgehen, oder genügt es, wenn der detinirende Nichteigenthümer sich dem fremden Verbote fügt, beziehungsweise ein dahin abzielendes Rechtsgeschäft abschließt?

ad 1) Was den ersteren Punkt betrifft, so ist schon früher (vgl. §. 25. a. G.) nachgewiesen worden, daß nur der Eigenthümer (beziehungsweise der juristische Besitzer) den zum Besitzerwerbe einer Realservitut erforderlichen Willen haben könne, nicht aber der Nutznießer, Pächter, Miether u. s. f., weil diese letzteren den Inhalt von Realservituten nicht im eigenen, sondern nur Namens des Grundeigenthümers üben können.<sup>18a</sup> Nutzungsberechtigte Nichteigenthümer können negative Servituten faktisch wie rechtlich „für sich“ nur als Personalservituten haben.

ad 2) Was den zweiten Punkt betrifft, so müssen wir aus denselben Gründen, aus denen wir die Möglichkeit des Besitzerwerbes von affirmativen Servituten ohne Wissen und Willen des Eigenthümers des dienenden Grundstückes nachwiesen, behaupten, daß auch zum Besitzerwerbe negativer Servituten die Kenntniß des Letzteren von deren faktischer Ausübung (d. i. von dem in Folge Verbotes oder Rechtsgeschäftes stattfindenden Belassen des bezüglichen Zustandes durch den dormaligen Detentor) nicht erforderlich, daher auch sein Wollen oder Nichtwollen gleichgiltig ist. Denn einmal folgt dies aus der Natur des Rechtsbesitzes als bloß faktischer Ausübung eines Rechtes, sodann daraus, daß das Gesetzbuch (§§. 345. 346. A. b. G. B.) selbst die hinter dem Rücken des Eigenthümers (clam) vorgenommene Uebung eines Rechtes als Besitz anerkennt, mag derselbe immerhin fehlerhaft (unecht) sein. Die entgegengesetzte Meinung müßte zu der gewiß unhaltbaren Konsequenz führen, daß selbst das dem vermeintlichen Eigenthümer (bonae fidei possessor) gegenüber erlassene Ver-

durch ein Verbot oder durch ein Rechtsgeschäft (beziehungsweise dessen Surrogat: das Urtheil) erworben. Das Verbot kann aber ebensowenig an das Grundstück ergehen, als das Rechtsgeschäft mit dem Grundstück abgeschlossen werden. Eine Beziehung auf den Willen des Besitzers des Grundstückes ist daher unvermeidlich.

18a) So nun auch Monti, §. 157.

bot, oder ein mit diesem abgeschlossener Vertrag zum Besitzerwerbe nicht hinreichen würde.<sup>19</sup> Es genügt also, daß das Verbot an den Nutznießer, Pächter, Miether u. s. f. ergangen, und daß diese sich dem Verbote gefügt und von dem Versuche zuwiderlaufender Handlungen abgelassen haben; das Wissen oder die Genehmigung des Eigenthümers hat für die Frage, ob Besitz erworben ist, keine Bedeutung.<sup>20</sup> In gleicher Weise muß nicht nur ein mit dem vermeint-

19) Dem Eigenthümer kann, namentlich nach österr. Rechte, der ohne sein Wissen erfolgte Erwerb nicht leicht zum Nachtheile gereichen, da er binnen 30 Tagen von der erlangten Wissenschaft die Klage auf Störung im Sachbesitze anstellen kann, wenn die Bedingungen dieser Klage vorliegen, außerdem aber die *actio negatoria*, nach gemeinem Rechte auch das *rem. ex lege Diffamari* (nach österr. und preuß. Rechte steht der Aufforderungsklage der §. 323. A. b. G. B. u. §. 125. I. 7. R. entgegen). Allerdings kann durch Ablauf von 30 oder 40 Jahren die Ersetzung der Servitut eintreten; allein dies ist dann des Eigenthümers oder seines Vertreters Schuld; am letzteren mag jener sich regressiren. Vgl. Erf. d. D. G. §. in d. G. Z. 1879. Nr. 45.

20) Irrig geht die Entsch. d. D. G. §. vom 26. Mai 1875. Z. 5219 (Prävnik, 1875. S. 624) ohne Motivirung von der entgegengesetzten Ansicht aus. — Dasselbe muß aus Gründen innerer Konsequenz auch für's röm. Recht behauptet werden. Savigny, S. 495 (605), erkennt dies im Prinzipie an: „Der Unterschied, sagt er, zwischen dem Erwerbe des Rechtes und des Besitzes (sc. durch ein Rechtsgeschäft) liegt nur darin, daß jener lediglich von dem wahren Eigenthümer des benachbarten Grundstückes, dieser gewiß auch von dem bloßen Besitzer desselben verschafft werden kann.“ — Es ist daher nicht richtig, zu sagen: „der Eigenthümer des Grundstückes müsse sich dem Verbote gefügt, — den Vertrag abgeschlossen haben“ (vgl. z. B. Thibaut, P. §. 221. Böcking, §. 126. Muther, S. 44). — Diese Ungenauigkeit vermeiden durch die allgemeinere (ja zu allgemeine) Fassung Buchta, §. 138. Arndts, §. 187. Ewers, S. 681; genau unterscheidet nur Windscheid, §. 163. R. 4. — Das sächs. G. B. nennt zwar im §. 558. den Eigenthümer als diejenige Person, an die das Verbot ergangen sein soll. Allein daß auch nach sächs. Rechte dasselbe gelte, was nach österr. Rechte, ergibt sich aus dem §. 612., welcher bestimmt, daß der Nutznießer dafür Sorge zu tragen habe, daß an der Sache keine Dienstbarkeiten durch Ersetzung entstehen, und daß er die Annahmung solcher Rechte Seitens Dritter dem Eigenthümer anzeigen solle. Nach Inhalt der Motive unterblieb die Entscheidung der im Texte berührten Frage, weil man die allgemeinen Grundätze auch für diesen Fall für ausreichend hielt, „auch im Falle einer nicht ganz erschöpfenden Aufzählung der dabei möglicher Weise in Frage kommenden Personen die Beforgnis hegte, daß von dem *arg. a contrario* eine der Sache nicht entsprechende Anwendung gemacht werden möchte.“ Siehe Siebenhaar, Komm. I. S. 396. — Dagegen muß für das preuß. Recht auf Grund der §§. 99. 105. I. 7. §. 521. I. 9. §§. 90. 91. I. 21. behauptet werden, daß durch ein gegen den Pächter oder Nutznießer erlassenes Verbot der Besitz nicht erworben wird, es sei denn, daß der Eigenthümer davon gewußt, oder daß ihm dasselbe durch eigenes Verschulden unbekannt geblieben wäre. Ist aber ein Verwalter bestellt, so gilt das diesem gegenüber erlassene Verbot gerade so, als wäre es gegen den Eigenthümer erlassen. §. 521. I. 9. Vgl. Koch, S. 219—228, und Komm. I. S. 424, R. 65, und die daselbst ange-

lichen Eigenthümer des dienenden Grundes, sondern selbst ein mit dem Pächter, Miether, Nutznießer abgeschlossener, auf Errichtung einer negativen Dienstbarkeit gerichteter Vertrag zum Besitzerwerbe für genügend erachtet werden; denn es liegen alle Bedingungen des Besitzerwerbes vor, und derselbe kann dadurch nicht gehindert werden, daß der Besteller zur Einräumung der Dienstbarkeit nicht beauftragt war.<sup>21</sup> Vgl. das in N. 19 cit. oberstger. Erkenntnis.

Schließlich muß bemerkt werden, daß, wer den Besitz einer Sache erwirbt, an und für sich damit noch nicht den Besitz der mit dieser verknüpften negativen Servitut erlangt. Hierzu bedarf es jedoch nur des auf die Servitut gerichteten Willens des neuen Besitzers, nicht auch eines neuen Verbotes, oder einer neuen Anerkennung des Rechtes; denn die Ausübung liegt ja schon in dem zu Folge des bestehenden Verbotes oder Rechtes nothwendigen Belassen, beziehungsweise Unterlassen auf Seite des Besitzers des dienenden Grundstückes.<sup>22</sup>

### §. 29. IIb. Besitzerwerb der Bannrechte.

Eine dem deutschen Rechte eigenthümliche Gattung von Rechten sind die Bannrechte. Das Wesen derselben besteht in der Befugniß

führten Erkenntnisse des Obergerichtes; auch Förster, §. 160. R. 148. Ausdrücklich ist die Frage in diesem Sinne bloß in Ansehung der sog. affirmativen Rechte (d. i. derjenigen, die in einem Thun bestehen) entschieden (§§. 103. 104. I. 7., vgl. hiezu §. 27. d. B. Note 20). — Unsere Kommentatoren erwähnen die Frage nicht; Monti, S. 150, entscheidet sie im Sinne d. preuß. R.; dazu s. §. 30. R. 14.

21) Der zweitgenannte Fall könnte zweifelhaft scheinen; allein man bedenke, daß es sich hier lediglich um die Frage handle, ob eine faktische Rechtsübung vorliege. Es versteht sich jedoch, daß, wenn die Absicht der Parteien nicht auf Bestellung einer Dienstbarkeit, sondern bloß auf eine persönliche Obligation des Detentors gerichtet war, vom Besitzerwerbe der Servitut keine Rede sein kann.

22) Irrig wäre die Begründung dieses Satzes mit der Behauptung, daß negative Servituten „Qualitäten (Modifikationen) des Besitzes der herrschenden Sache“ seien (so Savigny, S. 495 (605): „Wer z. B. das *jus altius non tollendi* besitzt, hat eigentlich nur den Besitz des Hauses, so oder anders modificirt,“ und ähnlich Noßhirt, S. 44, und Albert, Interd. uti possidetis S. 108). „Qualität“ in diesem Sinne ist ein juristisch nichtsagender, unhaltbarer Begriff. Vgl. dagegen §. 27. R. 23. d. B. Vollends ohne Sinn ist jene Bezeichnung in Ansehung der negativen Servituten, wie die trockene Erwägung der obigen sachwidrigen Behauptung Savigny's ergibt. Ebenso unhaltbar ist die aus dieser Behauptung gezogene Konsequenz, daß die Störung einer negativen Servitut eine Störung des Sachbesitzes des herrschenden Grundes beinhalte. Mit Recht erklären sich gegen diese

des Berechtigten, zu verlangen, daß die Eigenthümer gewisser Realitäten oder Gewerbsgerechtigkeiten oder die Einwohner eines bestimmten Bezirkes — Bedürfnisse gewisser Art, z. B. Bier, Wein u. s. w., nur von ihm (dem Berechtigten) abnehmen, oder gewisse gewerbliche Arbeiten, z. B. Vermahlung des Getreides, nur von ihm verrichten lassen. Es enthält also das Bannrecht keinen unbedingten rechtlichen Zwang des Verpflichteten zu einer bestimmten Handlung (Abnehmen von Waaren, Mahlenlassen u. s. f.), sondern nur einen bedingten (hypothetischen), nämlich für den Fall, als er überhaupt eine solche Handlung vornimmt. Das Wesen derselben besteht daher primär in der negativen Verpflichtung des Bannpflichtigen, Etwas nicht zu thun, nämlich bestimmte Waaren u. dgl. nicht von Dritten abzunehmen; dieser negativen Verbindlichkeit entspricht das Recht des Bannberechtigten, jenes Unterlassen zu fordern, und jede dem zuwiderlaufende Handlung (das Abnehmen der Waaren von Anderen) zu verbieten oder zu verhindern. Das Bannrecht ist daher wesentlich ein Verbotrecht und korrespondirt den negativen Servituten).<sup>1</sup>

widernatürliche Auffassung die meisten Neueren. Vgl. Heerwart, S. 285. Brunß, S. 89. Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. 11. B. S. 348 flg. Zielenacki, Serv. S. 249 flg. Windscheid, §. 163. R. 5. Hedemann, S. 156. Daraus folgt für das römische Recht, daß das Interd. uti possidetis auf negative Servituten nicht anwendbar ist. Vgl. Windscheid, §. 164. R. 15.

1) Vgl. Heimbad, R.-Lex. XV. S. 704. Walter, D. P. R. §. 493. Gerber, D. P. §. 156. R. 3. Duncker, a. a. D. S. 68. Wächter, II. §. 48. S. 319. Heerwart, S. 298. Korte, Gruchot's Beitr. V. 138. Anschütz, Civ. Arch. 54. S. 407 flg. Stobbe, D. P. R. §. 105. S. 261. Kössler, Verwalt. Recht §§. 170. 171., welche mit Recht den negativen Charakter der Bannrechte herauskehren. Maurenbrecher, P. R. §§. 183. 184., findet in den Bannrechten 1) ein Verbotrecht, 2) einen positiven Zwang. Ungenau sagt auch Puchta, R.-Lex. S. 70, daß Bannrechte ein Thun und ein Unterlassen beinhalten. Ueber den obligatorischen Charakter derselben vgl. §. 24. R. 37 d. B. Mitunter werden jedoch die Bannrechte als eine Art der Reallaßen aufgefaßt, nämlich als die Verbindlichkeit, Bedürfnisse bestimmter Art durch den Bannberechtigten befriedigen zu lassen, — hiemit als Zwang zu einem gewissen Thun. Dies thut nicht vielen Aelteren noch Rosshirt, a. a. D. S. 70 flg. Die letztere Auffassung, welche auch in unserer Praxis als die herrschende angesehen werden kann, muß notwendig zu irrigen praktischen Konsequenzen führen. Man denke, um vom Besitzwerbe abzusehen, z. B. an die Exekution eines Urtheiles, welches dahin lautet: „A als Besitzer des Wirthshauses X ist verpflichtet, aus dem herrschaftlichen Bräuhaus Y Bier abzunehmen.“ Soll etwa der Besitzer nach Maßgabe des §. 309. U. G. D. durch Geldstrafen zu diesem „Abnehmen“ gezwungen werden? Offenbar hat die Klagschlussbitte und das Urtheil dahin zu lauten: A habe sich der Abnahme des Bieres von jedem Anderen als dem Bannberechtigten zu enthalten; — die Exekution ist dann nach Maßgabe

Diesen negativen Charakter desselben anerkennt das U. v. G. B. ausdrücklich im §. 1459.

Beispiele solcher Rechte liefern in Oesterreich der Bierzwang (Propinationsrecht), nämlich das Recht eines Brauberechtigten, den Eigenthümern gewisser schankberechtigter Wirthshäuser den Ausschank jedwedes anderen, als des von ihm abgenommenen Bieres zu untersagen;<sup>2</sup> ehemals der Mühlzwang, d. i. die hypothetische Verpflichtung der Bewohner eines besonderen Bezirkes, ihr Getreide in einer bestimmten Mühle malen zu lassen;<sup>3</sup> der Branntweinzwang u. a.

Bei der Frage, ob Besitz eines Bannrechtes vorliegt, hat man sich vor Allem den Grundsatz vor Augen zu halten, daß von einem solchen nur da die Rede sein kann, wo die Möglichkeit des Rechtes selbst vorhanden ist (vgl. 26. Abs. 7.). Ist nach dem Stande der Gesetzgebung ein gewisses Bannrecht absolut unzulässig, so kann umso weniger dessen bloß faktische Ausübung Anspruch auf rechtlichen Schutz machen. Hiernach findet auch nur bei gesetzlich zulässigen Bannrechten ein Besitz statt.<sup>4</sup>

der Exekution von Unterlassungen (durch Geld-, event. Arreststrafen auf zuwiderlaufende Handlungen) zu führen. Vgl. §. 9. der kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849. Jene irrige Auffassung verleitete sogar ein Fiskalamt zu der merkwürdigen Behauptung, daß die Propinationsrechte darum keinen praktischen Werth haben und darum abzulösen seien, weil die Exekution der ihnen entsprechenden Verpflichtung nicht möglich sei! — Von unseren Schriftstellern erwähnen der Bannrechte nur Winiwarter, V. S. 162, und Unger, II. S. 272, R. 64, ohne sich jedoch näher über ihre Natur auszusprechen.

2) Das Propinationsrecht blieb von der Aufhebung des Unterthansverbandes unberührt. Vgl. d. böhm. Statth. Erl. vom 10. März 1856. J. 14. L. G. B. Wie jedes Bannrecht, enthält auch das Propinationsrecht einen indirekten Zwang zur Abnahme. In neuester Zeit ist selbst dieser letzte Rest obrigkeitlicher Hoheit (vielleicht: herrschaftlicher Annahmung!) durch besondere Landesgesetze in den meisten Ländern des österreichischen Reiches gegen billige Ablösung aufgehoben worden. Vgl. für Böhmen das Gesetz v. 30. April 1869. J. 55. L. G. Bl., mit welchem das landesverfassungsmäßige Propinationsmonopol der ehemaligen Obrigkeiten, kgl. Städte und brauberechtigten Bürger beseitigt wurde; ferner das L. G. v. 11. Mai 1869. J. 87, nach welchen die Propinationspflicht (zur Bierabnahme), soweit sie auf einem emphyteutischen oder sonst auf Theilung des Eigenthums gerichteten Vertrage beruht, gegen Entgelt abgelöst werden kann. In Galizien besteht die Propination auch heute noch.

3) Der Mühlzwang der Obrigkeiten wurde in Oesterreich schon mit dem Unterthanspatente vom 1. November 1781 aufgehoben und neuerlich durch die Mühlordnung vom 1. Dezember 1814, art. 3. unter sagt.

4) In Oesterreich wurden die Bannrechte schon im Laufe des vorigen Jahrhunderts insbesondere durch das Unterthanspatent v. 1. November 1781 fast durchwegs

Nach Aufhebung der auf dem Unterthansverbande beruhenden Zwangsrechte haben wir es hiermit nur mit Bannrechten zu thun, welche aktiv und passiv mit dem Besitze (Eigenthume) gewisser Realitäten verbunden sind; und dahin gehört vor Allen der Propinationszwang.<sup>5</sup>

Ueber den Besitzerwerb der Bannrechte enthält das A. b. G. B. im Kapitel „Von dem Besitz“ keine besonderen Rechtsregeln. Dagegen findet sich im Hauptstücke von der Ersetzung und Verjährung eine Bestimmung, welche sich direkt auf den Besitz und die Ersetzung der Bannrechte bezieht, nämlich der §. 1459. Dieser bestimmt: „Die Rechte eines Menschen über seine Handlungen . . . z. B. eine Waare da oder dort zu kaufen, . . . unterliegen . . . keiner Verjährung. Hat aber eine Person der anderen die Ausübung eines solchen Rechtes untersagt, oder sie daran verhindert, so fängt der Besitz des Untersagungsrechtes von Seite der einen gegen die Freiheit der anderen von dem Augenblicke an, als sich diese dem Verbote oder der Verhinderung gefügt hat,

aufgehoben. Vgl. Hofd. v. 27. Februar 1788: „Desgleichen ist Jedem unbenommen, seine Getränke in und außer der Herrschaft, von wem er will, in den Erblanden beizuschaffen.“ und Hofd. vom 26. März und 17. August 1787: „Kein Unterthan ist schuldig, Feilschaften, Lebensmittel oder Getränke zum Kauf oder Verkauf . . . sich aufbringen zu lassen.“ Hofd. vom 11. Dezember 1786: „Auch das Salz sind die Unterthanen nicht gehalten von der Obrigkeit zu nehmen.“ Hofd. v. 30. Juli 1789: „Jedem Unterthan steht frei, sein Getreide, wo er will . . . vermahlen zu lassen, und ist aller herrschaftliche Mühlzwang aufgehoben.“ Vgl. auch Winwartter, V. S. 162. — In Preußen sind mit Edikt vom 28. Oktober 1810 der Mühl-, Brau- und Brantweinzwang, durch Edikt vom 2. November 1810 und mit Gesetz vom 7. September 1811 alle nicht vertragmäßigen Bannrechte aufgehoben worden. Das Bannrecht der öffentlichen Schlachthäuser in Preußen (Ges. vom 18. März 1868) ist nicht privatrechtlicher Natur. Anders Anschütz, S. 408. Vgl. noch §§. 7—10. deutsche R. Gew. D., dazu Mandry, Civ. Arch. 60. S. 224 flg.

5) Aus dem Grundsätze: daß da, wo die Möglichkeit des Rechtes fehlt, auch die des Besitzes nicht vorhanden ist, ergibt sich, daß der Besitzer des Bannrechtes ein vermögensrechtliches Interesse daran haben muß, daß der Gegentheil die Abnahme der Waaren von Dritten unterläßt. Denn, mag man nun die Bannrechte als dingliche oder obligatorische Verbotsrechte behandeln, und hiernach auf die Analogie der Servituten oder auf die Grundsätze des Obligationsrechtes zurückgreifen, immer ist die Existenz des Bannrechtes durch ein vermögensrechtliches Interesse bedingt. (§§. 472. 473. 484. 497. 500. 653. 861. 881. A. b. G. B., worin dieses Prinzip in Ansehung der Servituten und Obligationen zur Geltung gebracht ist; vgl. schon Schuster, S. 115. Unger, I. S. 490 (anders, Beitr. z. Günst. S. 72). Ohne Interesse an dem Unterlassen des Anderen — kein Besitz von Verbotsrechten. Dieses Interesse wird im Allgemeinen darin bestehen, daß der Verbotsleger gewerbemäßig jene Waaren erzeugt, deren Abnahme durch das Bannrecht indirekt erzwingen werden soll. Vgl. auch Duncker, a. D. S. 72. Buchta, Vorl. I. S. 274.

und es wird dadurch, wenn alle übrigen Erfordernisse eintreffen, die Ersetzung oder die Verjährung bewirkt (§. 313. und 351.).<sup>6</sup> Das G. B. handelt hier von den sog. Handlungen freier Willkür (jura merae facultatis)<sup>7</sup> und bestimmt, daß das gemäß dem Willen eines Anderen erfolgte Unterlassen derselben für diesen zum Besitzerwerbe (und eventuell zur Ersetzung) desjenigen Rechtes führe, dessen Inhalt in dem Unterlassen solcher Handlungen von Seite des Einen zum Vortheile des Anderen besteht. Das Unterlassen solcher Handlungen bildet nun eben den Inhalt der Bannrechte. — Mit Rücksicht auf den §. 1459. und den allgemeinen Grundsatz des §. 312., nach welchem zum Besitzerwerbe von Rechten überhaupt Ausübung ihres Inhaltes „in eigenen Namen“ erforderlich ist, muß hiernach behauptet werden, daß zum Besitzerwerbe eines Bannrechtes erfordert wird:

I. was das Faktum der Ausübung betrifft: ein Unterlassen, nämlich die unterlassene Abnahme von gewissen Waaren, z. B.

6) Ausgelassen sind jene Worte, welche sich auf negative Servituten beziehen. Das G. B. behandelt daher ganz richtig den Besitzerwerb der Bannrechte und der negativen Servituten ganz analog; hierauf weist auch die ausdrückliche Berufung des §. 313. — Dagegen bezieht sich dieser Paragraph in keiner Weise auf Realkasten, wie irrig Zeiller, III. S. 201, und Stubenrauch, III. S. 704, voraussetzen.

7) Daß diese jura merae facultatis keine Privatrechte sind, sondern einfach Ausflüsse der freien Persönlichkeit, darüber ist heut zu Tage kein Streit. Vgl. bes. Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 17 u. 98 flg., und Unger, I. S. 496. Die ältere naturrechtliche Auffassung, die sich auch im §. 1459. abspiegelt, beruht auf der unjuristischen Anschauung, daß jedes „Dürfen“, welcher Art immer, ein Privatrecht sei. In diesem Sinne müßte man auch von einem Rechte zu nießen, zu schmäßen, zu essen u. s. f. sprechen! Nur da und nur insofern, als durch die positive Gesetzgebung die Möglichkeit gewisser, die persönliche Freiheit des Einen beschränkender Rechte des Anderen anerkannt wird (wie dies eben bei Bannrechten der Fall ist), kann die nach dem Willen des Einen unterlassene Vornahme solcher Handlungen seitens Anderer zum Besitzerwerbe des betreffenden Rechtes führen. Vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 17 flg. Ueber die Auslosigkeit des Begriffes: res merae facultatis vgl. Unterholzner (Schirmer), Berj. I. §. 25. In dieser Beziehung bemerkt schon Kriz: „Tauscht mich nicht Alles, so schlägt man sich mit einem durchaus müßigen Begriffe herum, von dem Theorie und Praxis ganz unbeschadeter Weise völlig abstrahiren können.“ Vgl. auch Pfeiffer a. D. und noch im VII. B. S. 188 flg. Der Grund, warum sog. res merae facultatis regelmäßig kein Gegenstand des Besitzes und der Ersetzung sind, ist also der: daß es bei denselben an den wesentlichen Merkmalen einer Rechtsübung fehlt. Insofern aber nach dem bestehenden positiven Rechte eine solche denkbar ist, ist auch an ihnen Besitz und Ersetzung möglich. Hält man sich dies vor Augen, so wird es nicht schwer fallen, begreiflich zu machen, daß z. B. „das Recht (!), sich da und dorthin zu begeben, oder gewisse Geschäfte zu verrichten“ (vgl. selbst noch Winwartter, V. S. 162), nicht verjährt werden kann!

des Bieres, Salzes von Dritten, d. i. von Anderen, als dem wirklich oder angeblich Bannberechtigten.<sup>8</sup> Denn in diesem Unterlassen liegt der wesentliche Inhalt eines Bannrechtes — nicht in der Abnahme.

II. Dieses Unterlassen darf nicht etwa ein willkürliches sein, sondern muß sich darstellen als Folge des hierauf gerichteten und offenbaren Willens des (wirklich oder angeblich) Bannberechtigten.<sup>9</sup> Hieraus ergibt sich, daß beim Besitzerwerbe der Bannrechte sowohl der Wille des (angeblich oder wirklich) Bannberechtigten, als der Wille des (angeblich oder wirklich) Bannverpflichteten in Betracht kommt; die Willensintentionen Beider müssen einander entsprechen. Insbesondere muß also:

a) der Wille des Ersteren dahin gerichtet und geäußert sein, daß der Andere die bestimmte Waare von Niemand Anderem abzunehmen habe, als von ihm,<sup>10</sup> und dem entsprechend muß

b) der Wille des Letzteren dahin gehen, in Unterordnung unter diesen Willen des Ersteren die bestimmte Waare von Niemand Anderem abzunehmen, als von diesem.<sup>11</sup>

8) Ein positives Thun, nämlich wirkliche Abnahme der Waare von dem Bannberechtigten ist also nicht erforderlich, da eben das Wesen des Bannrechtes bloß in einer negativen Verpflichtung beruht. Vgl. auch Dunker, a. D. S. 69. Höpfner, a. D. S. 22. Anderer Ansicht scheint Buchta, R.-Ver. S. 70, und Vorles. I. S. 299, zu sein: „Zum Besitzerwerbe ist es also nicht hinreichend, daß der Gegner von dem Erwerber und von keinem Anderen z. B. Bier bezogen, sondern es muß noch ein Akt hinzutreten, in welchem der Animus des Erwerbers erkennbar wird (nämlich Verbot oder Rechtsgeschäft).“ So auch Heimbach, S. 706. Dies hängt mit der ungenauen Auffassung des Inhaltes des Bannrechtes zusammen. Vgl. N. 1.

9) Wenn die Besitzer eines Wirthshauses seit Menschengedenken immer nur aus einem bestimmten Bräuhaus Bier abnahmen, etwa weil dieses das beste und billigste Bier in der Umgegend lieferte, so ist die Nichtabnahme von Dritten offenbar eine zufällige, willkürliche; von einem Rechtsgebrauche auf Seite des Besitzers des Bräuhauses kann keine Rede sein.

10) Hierin liegt, daß die Absicht desselben dahin gehen müsse, den Inhalt des Bannrechtes als ein Recht oder wie ein Recht auszuüben. Wer also die Besitzer der benachbarten Wirthshäuser ersucht, nur bei ihm Bier abzunehmen, indem sie bei ihm auf das Beste und Billigste bedient würden, bei dem ist der erforderliche Besitzwille nicht vorhanden.

11) Wegen Abgang dieses Erfordernisses wurde in dem von Pfeifer, VII. S. 264, angeführten Erkenntnisse des D. A. Ger. Rassel Besitz eines Mühl-Bannrechtes nicht angenommen. „Dieser, heißt es daselbst, könne darin nicht gefunden werden, daß die Einwohner seit Menschengedenken in der Mühle gemahlen und auch geglaubt hätten, hizu verbunden zu sein, dazu vielmehr auch von Seiten des Müllers die Ausübung eines Bannrechtes als solchen hinzukommen müsse, namentlich also, daß dies Recht von Seiten des Mühlenbesizers jemals mit Zwang (?) ausgeübt

Der Wille jenes Ersteren kann sich äußern entweder:

1) in der Form eines Verbotes oder thatsächlicher Verhinderung des Versuches entgegenstehender Handlungen:<sup>12</sup>

2) in einem zwischen beiden Theilen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, welches darauf gerichtet ist, das Bannrecht zu begründen;

3) in einem über Ansuchen des einen Theiles ergangenen richterlichen Spruche (provisorischen Verbote, Urtheile), womit dem anderen Theile die Unterlassung gewisser, dem Inhalte des beanspruchten Rechtes entgegenstehender Handlungen aufgetragen wird.<sup>12</sup>

Der Wille des anderen Theiles muß sich in allen diesen Fällen äußern, entweder in dem Abstehe von Handlungen entgegenstehender Art über den wörtlichen oder thatsächlichen Widerspruch des Anderen, oder in der Nichtvornahme derartiger Handlungen zu Folge eines Rechtsgeschäftes oder Urtheiles.<sup>13</sup> In allen diesen Fällen liegt also ein „Sich-Fügen“ in den beschränkenden Willen des Anderen vor. Dieses Fügen ist aber nicht ein selbstständiges Erforderniß des Besitzerwerbes, sondern eben nur ein anderer Ausdruck des „gewillfürten Unterlassens.“<sup>14</sup> Daher kann, wenn der Prohibirte über die wörtliche

und sich von Seiten der angeblich Gebannten dabei beruhigt worden sei.“ Worauf hin das D. A. Ger. einen Zwang für nöthig erachtete, sehen wir nicht ein; es sei denn, daß darunter bloß der stringente Wille des Bannherrn verstanden worden wäre.

12a) Ohne die thatsächlich vollbrachte oder versuchte Vornahme solcher entgegenstehenden Handlungen entbehrt das Verbot der realen Unterlage. Vgl. §. 1459. A. b. G. B. Dunker, S. 70. Heimbach, S. 706.

12) Man sehe, daß über die Besitzstörungsklage des angeblichen Rechtsbesizers ein provisorisches Verbot nach Maßgabe des §. 9. der kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849 ergeht und der Prozeß nicht fortgesetzt wird, oder daß über dessen petitorische Klage ein günstiges Urtheil erfolgt.

13) Hieraus ergibt sich, daß das auf Grund eines Vertrages erfolgte Unterlassen entgegenstehender Handlungen ebenso gut zum Besitzerwerbe eines Bannrechtes genügt, wie das Abstehe davon in Folge Verbots oder thätlicher Verhinderung; denn in beiden Fällen ist „das Unterlassen“ (in welchem doch die Ausübung der Verbotsrechte beruht) kein willkürliches und zufälliges, sondern ein gewillfürtes notwendiges. Die Analogie der negativen Servituten ist hier vollkommen am Platze.

14) Des Ablaufes eines gewissen kürzeren oder längeren Zeitraumes, durch welchen hindurch das Fügen (Unterlassen) angebauer haben muß, bedarf es hier ebensowenig, als bei den negativen Servituten. Vgl. §. 1459. A. b. G. B. — Hier wie dort entfällt bei unserer Auffassung die Frage, wann auf Seite des Prohibirten eine „Beruhigung“ bei dem Verbote anzunehmen sei? Eine solche „Beruhigung“ — wenn sie etwas anderes bedeuten soll, als: „Abstehe“, „Unterlassen“, „Fügen“ — ist ebensowenig eine Bedingung des Besitzerwerbes der Bannrechte als der Servituten. —

oder thätliche Verhinderung des Anderen von dem Versuche entgegenstehender Handlungen abgestanden ist, oder selbe in Folge Vertrages freiwillig unterlassen hat, oder in Folge richterlichen Erkenntnisses unterlassen mußte, weder die bloße Protestation (Verwahrung gegen die aus dem Unterlassen zu ziehenden Konsequenzen), noch selbst die Anstellung der Klage auf Freiheit (actio negatoria utilis) den Besitzwerb des Gegners hindern.<sup>15</sup> Denn Protestationen können ihren Zweck, gewisse Schlussfolgerungen des Willens aus den konkludenten Handlungen auszuschließen, nur dort erreichen, wo über den Inhalt des Willens Zweifel möglich sind, nicht aber da, wo, wie in unseren Fällen, das Handeln (Abstehen, Unterlassen) gar keine andere Deutung zuläßt.<sup>16</sup> Die Anstellung von „Klagen“ kann aber, wo nicht positiv das Gegentheil vorgeschrieben ist, selbstverständlich den Besitzwerb eines Rechtes in keiner Weise verhindern.<sup>17</sup> Ob das Sich-Fügen (Unterlassen) ein freiwilliges ist, wie im Falle eines Rechtsgeschäftes, oder ein erzwungenes, oder hinterlistig erschlichesenes oder mißbräuchlich angemaßtes, erscheint bei der Frage, ob Besitz erworben ist, ganz gleichgültig, und kann nur bei der Frage, ob fehlerfreier (echter) Besitz vorliegt, in Betracht kommen.<sup>18</sup>

Das Dasein des erforderlichen Willens auf der einen und der anderen Seite hat derjenige zu beweisen, der den Besitz behauptet. Ueber den Umfang des Besitzwerbes vgl. §. 26. N. 10.

Die aus den Zweifeln: wann „Beruhigung“ angenommen werden könne, gegen die Möglichkeit eines Besitzes an Bannrechten hergeholten Gründe (Heerwart, S. 299) entbehren daher der Berechtigung. Vgl. auch §. 28. N. 17, und die Entsch. des D. G. S. Nr. 795 der Samml. Gf.-u.-W. II., welche Erwerb des Besitzes des Unterfügungsrechtes mit dem Augenblicke annimmt, wo der Andere sich dem Verbote gefügt.

15) Anderer Ansicht ist Dunker, S. 69. Pfeifer, S. 141. Heim bach, S. 705, und Heerwart, S. 299. Darum kann für uns auch hier ebensowenig als bei den negativen Servitutibus die Frage entstehen, wie lange der Prohibirte bei dem Verbote sich beruhigt haben mußte, ehe von einem Besitzwerbe des Gegners die Rede sein kann. „Beruhigung“ (wenn dies Wort mehr als „gewillkürtes Unterlassen“ bedeuten soll) ist eben keine Bedingung des Besitzwerbes.

16) Vgl. Unger, Syst. II. S. 105.

17) Anders z. B. nach der kursächsischen Prozeßordnung (§. 19.), der zu Folge durch die binnen Jahresfrist angestellte Klage der Besitzwerb verhindert wurde. Vgl. Heerwart, a. D. S. 300. — Für das österr. Recht ist vor dem Versuche einer analogen Anwendung des §. 351. A. b. G. B. zu warnen.

18) Man denke, daß der brauberechtigte A den Wirth B durch Drohungen dahin brächte, daß dieser sich dem Verbote, von anderen Brauern Bier abzuziehen, gefügt hat, so hat jener den Besitz ohne Zweifel erworben.

Analog dem Besitzwerbe der Bannrechte ist der Besitz derjenigen privatrechtlichen Gerechtigkeiten zu beurtheilen, welche die Berechtigung zum ausschließlichen Betriebe eines Gewerbes innerhalb eines gewissen Ortes oder Bezirkes erteilen.<sup>19</sup> Dahin gehören z. B. ausschließliche Braugerechtigkeiten, Ueberfuhrrechte, Backofenrechte u. dgl.

### §. 30. III. Besitzwerb der Realkaften.

Die der Realkast entsprechende Berechtigung auf gewisse von Zeit zu Zeit wiederkehrende, von jedem Eigenthümer oder Besitzer des belasteten Grundes als solchem zu leistende Dienste oder Gaben ist, wie früher (§. 24.) gezeigt wurde, Gegenstand des Besitzes, da eine wiederholte Ausübung des Rechtsinhaltes ohne Aufzehrung zu ihrem Wesen gehört. — Rechte dieser Art sind namentlich das Frohnd-, Zehnt- und Ausgebingsrecht (Leibzucht, Auszug).<sup>1</sup> — Das Wittthum und die Apanage, Leibrenten und Beholzungsrechte können die Qualität einer Realkast haben;<sup>2</sup> die letzteren selbstverständlich nur dann,

19) Vgl. hierüber Heerwart, S. 302 fig. Anschütz, S. 410 fig. Dazu §§. 7 fig. deutsch. R. Gew. D.

1) Das Ausgebingsrecht — das heut zu Tage praktisch bedeutendste Recht dieser Art — besteht in den deutsch-slavischen Ländern Oesterreichs meist in der jährlichen Leistung eines bestimmten Quantums von Vorküsten (Getreide, Mehl, Butter, Milch, Eier, Federvieh u. s. f.), von Geld, von Beheizungs- u. Beleuchtungsmaterial u. s. w. und ist regelmäßig mit der Servitut des Wohnungsrechtes verknüpft. Die Uebung, Ausgebings zu bestellen, ist außerordentlich verbreitet. Ich glaube namentlich von Praktikern keinen Widerspruch zu erfahren, wenn ich die Erlassung eines die Bestellung, Ablösung und den Umfang der Leistungen regulirenden Gesetzes für ein ebenso dringendes wirtschaftliches Bedürfnis erkläre, als die privatrechtliche Normirung dieses Instituts für ein Postulat einer gleichmäßigen Rechtsprechung in diesem Zweige.

2) Dann nämlich, wenn sie in gewissen sich wiederholenden Prästationen bestehen, und von jedem Eigenthümer oder Besitzer eines Grundes als solchem zu leisten sind. Das Eigenthum, bez. der Besitz (dies ist von Fall zu Fall zu entscheiden, vgl. Stobbe, D. P. R. II. S. 222) des belasteten Grundes ist also der Verpflichtungsgrund, und nicht etwa ein Vertrag, eine Singular- oder Universal-succession in ein von einem Anderen begründetes Obligationsverhältniß u. s. f.; kurz, es sind Verbindlichkeiten aus einem Zustande und nicht aus einem Kontrakte. Allerdings kann die Zustandsobligation auch durch Vertrag begründet werden, — doch nicht durch diesen allein, sondern nur bei Eintrag desselben in das öffentliche Buch. (§§. 4. 9. 12. des Grundb. G. v. 1871 — ebenso nach sächs. G. B. §§. 506. 517. und Züricher. G. B. §§. 756. 757.). Ist also z. B. in einem Vertrage bestimmt, daß der Uebernehmer der Wirthschaft dem Verkäufer durch eine be-

wenn der Berechtigte vom Waldeigentümer die Ablieferung einer gewissen Quantität des vom Letzteren selbst zu schlagenden Holzes verlangen kann.<sup>3</sup> Dagegen sind Abgaben und Dienste öffentlich-rechtlicher Natur, als da: Steuern, Gemeindeabgaben, Begräberdienste, vom Begriffe der (privatrechtlichen) Realkaften unbedingt auszuschließen.<sup>3a</sup>

Wie zum Besitzwerbe von Rechten überhaupt zweierlei notwendig ist, nämlich Ausübung eines Rechtsinhaltes und der auf den Gebrauch im eigenen Namen (für sich) gerichtete Wille, so ist dies auch bei Realkaften der Fall.<sup>3b</sup>

stimmt Zeit jährlich 50 Fl. zu zahlen habe, und daß diese Verpflichtung pfandrechtlich sichergestellt werden soll, so liegt ein einfaches Kontraktverhältnis vor, das auch durch die Verbücherung nicht zur Realkaft wird. Der Uebernehmer und seine Universalsuccessoren sind zur Zahlung verpflichtet; übergeht die Realkaft auf Dritte, so haben diese nur das Pfandrecht übernommen (§§. 443. 928. N. b. G. B.), aber nicht die persönliche Zahlungsverbindlichkeit. Geht es aber im Vertrage, daß der Uebernehmer und jeder nachfolgende Besitzer verpflichtet sein soll, jene Leistung zu entrichten, so liegt eine Realkaft vor. — Ueber das Wesen der Realkaften, die in der Praxis mit hypothekarischen Lasten und Leistungen öffentlich-rechtlicher Natur in einen Topf geworfen zu werden pflegen, vgl. Wächter's, §. 48. und Unger's treffliche Ausführungen I. §. 63. Feimbach sen., Rechtsler. IX. Gerber, D. P. R. §. 170. Bluntzschli, D. P. R. §§. 89—93. Walter, D. P. R. §. 147. Friedlieb, Realk. S. 152 flg. Erner, Trad. S. 43 flg. Roth, bayr. G. R. II. §. 169., neuest. bes. Stobbe, D. P. R. §§. 100—104. Prodlowski, Verjähr. S. 27 flg., und §. 24. N. 37 d. B.

3) Denn hat der Berechtigte das benötigte Holz im fremden Walde selbst zu fällen, so liegt einfach eine affirmative Servitut vor (§§. 477. und 482. d. G. B.). Vgl. über das Beholzungsrecht den gründlichen Aufsatz Pfeiffer's, Prakt. Ausf. VIII. Nr. 4, der jedoch formell darin irrt, daß er die Realkaft der Beholzung als „deutschrechtliche Servitut“ bezeichnet, und dieselbe nach Analogie der römischen Servituten behandelt wissen will, weil angeblich bisher (der VIII. Band erschien 1846) die Lehre von den Realkaften noch nicht zu praktisch anerkannten Resultaten geführt habe (S. 176—178). Sachlich trifft Pfeiffer das Richtige. S. auch Stobbe, II. S. 203, 37.

3a) Unger, I. S. 566. Gerber, P. R. §. 168. N. 2. Walter, P. R. §. 147. Feimbach, im Rechtsl. IX. S. 63. Erner, a. D. R. 55. Stobbe, §. 100. N. 17. — Regelmäßigkeit der Leistung ist zum Begriffe der Realkaft nicht erforderlich.

3b) Ueber die Quasipossessio an Realkaften vgl. besonders Dunker, Zeitschr. f. d. R. II. S. 28—114. Brun's, S. 185 flg., 201 flg., 278 flg. Feimbach, a. a. D. S. 76 flg. Stobbe, D. P. R. §. 77. S. 47, und §. 102. S. 225 flg., für das preuß. Recht f. Korte, bei Gruchot, V. S. 118 flg. Gruchot, V. S. 292 flg. Förster, §. 160. N. 89—90. Nicht wohl begreiflich ist, wieso Dunker, dem Feimbach folgt, den Beweis erbracht zu haben vermeint, daß der

I. Was zunächst den Inhalt der Realkaften betrifft, unter denen wir hier das Recht der Realkaft verstehen, so besteht derselbe, wie dies bei allen obligatorischen Rechten der Fall ist:

1) einerseits in einem Leisten von Diensten oder Abgaben durch den Eigentümer des (wirklich oder vermeintlich) belasteten Grundstückes (oder dessen Nutzungsinhaber) und zwar als Realkaft,

2) andererseits in dem Empfangen dieser Leistung als Realkaft durch den Anderen.<sup>4</sup>

Nur die wirkliche Ausübung, nicht die bloße Möglichkeit derselben begründet den Besitz der Realkaft.<sup>4a</sup> Die Erwerbung des Be-

Begriff des Besitzes an Realkaften aus dem deutschen Rechte in das kanonische übergegangen sei, während doch der Besitz an sich in jenem keinen selbstständigen Schutz genöß. Vgl. besonders Brun's, S. 328 flg., und Delbrück, dngl. Klage §§. 5 bis 11. Das kanon. Recht wendet offenbar nur den generalisirten römischen Begriff der quasiposs. auf die Realkaften an. So wesentlich auch Stobbe, §. 102. N. 13, der gegen Gerber, §. 171. N. 5, zwar hervorhebt, daß der Begriff des Besitzes als bloß faktischer Uebung der Realkaft dem deutschen Rechte nicht fremd war, aber anerkennt, daß der Besitzschutz (ohne den freilich der Besitz als selbstständiges Institut nicht existirt) auf das kanonische Recht zurückzuführen ist. S. auch Heusler, S. 108, 256 flg.

4) Der Berechtigte kann wieder Eigentümer eines bestimmten Grundstückes, aber muß es nicht notwendig sein; im ersteren Falle liegt zugleich ein Realrecht vor. Hierüber vgl. Unger, I. §. 64. Stobbe, II. S. 208, 233. Ein berechtigtes Grundstück wird also nicht erfordert. Vgl. auch Pfeiffer, VIII. S. 176, 191. Besonders häufig stehen Beholzungsrechte einzelnen juristischen Personen oder Bewohnern eines gewissen Ortes, oder nur gewissen Gemeindegliedern als solchen zu. Im zweiten Falle ist es nicht notwendig, daß gerade die klagenden Besitzhandlungen vorgenommen haben. Vgl. die Entsch. des Kasseler D. U. G. bei Pfeiffer, a. a. D. S. 191 u. N. 45. — Das Fordern der Leistung ist kein wesentliches Moment der Ausübung obligatorischer Rechte, sondern nur der Empfang, das Entgegennehmen derselben. Dies gilt insbesondere auch von Realkaften. Es ist also ungenau, wenn es im §. 313. N. b. G. B. heißt, daß dieselben ausgeübt werden: „wenn Jemand von einem Anderen etwas als Schuldigkeit fordert und dieser es ihm leistet.“ Dieselbe Ungenauigkeit findet sich in §. 80. I. 7. des preuß. L.-R., bei unseren Kommentatoren, vgl. z. B. Winwartner, II. S. 41. Stubenrauch, I. S. 639, und auch bei Koch, S. 151. Bornemann, I. S. 568. Förster, §. 160. N. 89. Gruchot, V. S. 294. Die Plenar-Entsch. v. 5. März 1848 bei Gruchot, N. F. III. S. 144, erklärt mit Recht, daß das Fordern für den Besitzwerb irrelevant sei. — Richtig gefaßt ist art. 52. III. bayr. Entw. Das Züricher G. B. §. 530. spricht nur allgemein von tatsächlicher und bewußter Ausübung.

4a) Daher beginnt der Besitz bei einer postnumerando entrichteten Abgabe erst mit der wirklichen Leistung und nicht mit dem Anfange des Termins. S. Entsch. d. Berl. Obertrib. vom 27. Januar 1846 bei Koch, Komm. I. S. 416, Note 48. Dernburg, §. 161. N. 5. Abrechnung der Leistung steht dieser der

fißes desjenigen Gutes, mit welchem das Recht der Reallast verbunden ist (die Einführung in das zinsberechtigende Gut), genügt daher ebenso wenig zum Besitzerwerbe der Reallasten, als die bloße Anerkennung des Rechtes, oder die Zusage der Leistung, oder der konstituierende Vertrag, oder die Erbfolge.<sup>5</sup>

II. Was das Willensmoment betrifft, so kommt nach der Natur der Reallast als obligatorischen Rechtes der Wille sowohl des Empfangenden, als des Leistenden in Betracht.<sup>6</sup> — Entsprechend dem allgemeinen Erfordernisse des Besitzwillens, der nothwendig auf die Ausübung eines Rechtsinhaltes im eigenen Namen gerichtet sein muß, ist daher erforderlich:

1) daß der Wille des Empfängers dahin gehe, eine Leistung von dem Anderen als Grundeigentümer zu empfangen, und zwar so,

Wirkung nach jedenfalls gleich. S. Duncker, S. 61. Dernburg a. a. D. Förster, §. 160. R. 90. Erner, S. 124. — Zweifelhafte ist, ob der Erlaß dieselbe Wirkung habe. Dafür Duncker a. a. D., auch Erner a. a. D. Bei parater Leistungswilligkeit des Pflchtigen stimme ich dieser Ansicht bei.

5) Vgl. hierüber die in Note 4 citirten Stellen und §. 26. Abs. 1. So auch Rosshirt, Civ. Arch. VIII. S. 70. Holzschuber, II. S. 76. Friedlieb, Reall. S. 320. Korte, V. S. 124. Förster, §. 160. R. 90, wohl auch Gruchot, V. S. 295. Vgl. auch c. 31. X. de decimis (3. 30.): ne decimas percipias et pacifice possideas in futurum. — Dagegen behauptet von seinem Standpunkte folgerichtig Brun s, S. 200 und 475, daß bei Reallasten schon die bloße Möglichkeit der Ausübung zum Besitzerwerbe genüge, und beruft sich namentlich darauf, daß nach kanonischem Rechte schon die Einweisung in das Kirchenamt (institutio corporalis) den Besitzerwerb der damit verbundenen Temporalien und Spiritualien bewirke (c. 4. u. 7. X. de conc. praeb.). Wir finden hierin eine Eigenthümlichkeit des kanonischen Rechtes speziell in Ansehung der Kirchenämter, und können Brun s nicht beistimmen, welcher hierin eine konsequente Durchführung der Analogie des Sachbestandes sieht, und den Grund dafür, daß das röm. Recht die bloße Möglichkeit der Ausübung zum Besitzerwerbe eines Rechtes nicht für hinreichend erklärt, in der geringen Entwicklung sucht, die der Besitz der Rechte überhaupt im röm. Rechte fand. Vgl. dagegen §. 26. Abs. 1. Auch Duncker, Zeitschr. f. D. R. II. S. 61, 62, begnügt sich grundsätzlich mit der Möglichkeit der Ausübung. An Brun s schließen sich an Erner a. a. D., — und für den Fall, wenn der bisherige Besitzer der Reallast dieselbe einem Andern einräumt, auch Stobbe, II. S. 226, R. 15 (§. 102.). — Auch Heim bach, S. 79, will, ausgehend von der Analogie des Sachbestandes, schon die bloße Erklärung des Besitzers des pflichtigen Grundes, leisten zu wollen, zum Besitzerwerbe für hinreichend erachten, obwohl dieselbe nach dem Willen des Berechtigten unterblieb. Gegen diese Deduktion vgl. §. 26. R. 1.

6) Vgl. Rosshirt, a. a. D. S. 72. Duncker, II. S. 58. Bluntzschli, §. 56. 4. Heim bach, S. 80. Stobbe a. a. D. Erner, S. 123. Winigwartner, Material. VII. S. 124, Komm. II. S. 41, dem Nippel, III. S. 69, und Stubenrauch, I. S. 637 (428) folgen.

als wäre diese Leistung Ausfluß einer jedem Eigenthümer des Grundes obliegenden Verbindlichkeit. Nicht erforderlich ist, daß der Empfänger glaube, ein Recht auf die Realleistung zu haben; es genügt eben, wenn er sie wie eine Realleistung entgegennimmt. Das zum Besitzerwerbe erforderliche Willensmoment enthält also zweierlei. einmal muß die Absicht des Empfängers auf die Empfangnahme der Leistung für sich, sodann muß dieselbe auf Empfangnahme derselben als Ausfluß einer (wirklichen oder angeblichen) Reallast gerichtet sein.<sup>7</sup>

2) Der Wille des Leistenden muß dahin gerichtet sein, eine Leistung als Grundeigentümer und zwar in der Art vorzunehmen, als wäre dieselbe Ausfluß einer jedem Eigenthümer obliegenden (wirklichen oder angeblichen) Verbindlichkeit.<sup>8</sup> Gleichgültig ist, ob derselbe der Meinung war, daß auf dem Grundstücke die Realleistung wirklich laste, oder ob er nur aus Furcht, oder was immer für Beweggründen die Leistung vornahm.<sup>8a</sup> Es versteht sich übrigens, daß bei physis-

7) Denn bei der Reallast kommt ja das Recht in der Totalität und das Recht auf die einzelne Leistung zu unterscheiden; nur erstere ist Gegenstand des Besitzes. Auf die Ausübung des Rechtes in der Totalität muß daher die Absicht bei Empfang der Einzelleistung gerichtet sein. Dies Erforderniß drückt der §. 80. I. 7. des preuß. R. R. mit den Worten aus: „Wer eine Handlung, die ein Anderer als eine Fortdauer der Schuldigkeit von ihm gefordert hat, wirklich leistet.“

8) Besonders nothwendig zeigt sich die Erforschung der beiderseitigen Willen bei der Frage, ob wirklich Besitz eines Beholzungsrechtes vorliegt, was noch heut zu Tage für viele industrielle Etablissements (z. B. Glasfabriken), ja selbst für Gemeindschulen von Wichtigkeit ist. Aus der bloßen Thatsache, daß ein Waldeigentümer an die Fabrik X oder die Schule Y durch noch so viele Jahre Holz unentgeltlich geliefert oder gegen geringe Preise verkauft hat, kann offenbar noch nicht der Bestand einer Verpflichtung hergeleitet werden. Der Empfang einer Holzlieferung muß also den Charakter einer Rechtsausübung an sich tragen. Eine solche wird z. B. unzweifelhaft vorliegen, wenn die Holzverabreichung einmal verweigert, sodann aber nach Androhung gerichtlicher Geltendmachung dennoch erfolgte. Vgl. auch Pfeiffer, VIII. S. 180, und die Rechtsfälle 42 und 44.

8a) Vgl. Heim bach, S. 86, R. 193. Man nehme an, daß der Besitzer einer Realität weiß, daß er zur Leistung nicht verpflichtet ist, aber (ohne ausdrückliche Verwahrung) leistet, weil etwa sein Vorgänger geleistet hat, oder weil er bei der Geringfügigkeit der Abgabe einen Prozeß oder überhaupt Reibungen mit dem Gegentheile, z. B. dem Pfarrer, dem einflußreichen Herrschaftsbesitzer vermeiden möchte. — Daß die durch Drohungen erzwungene Leistung nur einen fehlerhaften (unechten) Besitz bewirkt, versteht sich von selbst, und ebenso, daß der unechte Besitzer gegenüber dem Gezwungenen keinen gerichtlichen Schutz genießt. §§. 345—347. d. G. B. (Die Einrede der Vitiosität will für das gemeine Recht nicht zulassen Heim bach a. a. D.) Wie die erzwungene, so Begründet auch die hinterlistig bewirkte Erfüllung einer angeblichen Reallast Besitz — obgleich fehlerhaften (§. 346. d. G. B.). — U. U. scheint Brun s, S. 194 u. 201, zu sein, welcher unter Berufung auf das kanonische



ischem Zwange zur Leistung von einem Besitzerwerbe keine Rede sein kann; denn die Handlung des physisch Gezwungenen erscheint eben nicht als Handlung des Letzteren, sondern als die des Zwingenden.<sup>9)</sup>

Die beiderseitigen Willen (Gesinnungen) des Empfängers und Gebers müssen demnach einander entsprechen.<sup>9a)</sup>

Was den Beweis des Willens betrifft, so hat nach der allgemeinen, bereits früher ausgeführten Regel derjenige, der den Besitz behauptet, darzuthun, daß auf seiner und des Gegners Seite der erforderliche Wille vorhanden war. Denn die Leistung mit einer bestimmten Absicht gehört ebenso wesentlich zum Besitzerwerbe der Realkaften, und daher zum Klagsfundamente, als der Empfang. Hat aber Kläger diesen Beweis (der regelmäßig ein Indizienbeweis sein wird) erbracht und behauptet der Gegentheil, daß er nur precaristisch geleistet (also der Besitzer die Leistung nur precario erbeten und empfangen habe), so hat er (Prästant) diesen Beweis zu führen. Denn diese Behauptung enthält die Einwendung, daß der gegnerische Besitz fehlerhaft (unecht) sei.<sup>10 10a)</sup>

Recht bemerkt: „Einseitiges Durchsetzen des Rechtes durch Gewalt . . . gibt hier keinen Besitz. Bei Realkaften ist daher eigentliche (?) Zahlung des Zehnten, des Zinses u. s. w. nöthig.“ Wir finden in keiner der von Brunus angeführten Stellen: c. 19. X. de praescript., c. 8. de causa poss., c. 24. de elect., c. 31. de decimis, c. 15. 31. de priv. und c. 7. de priv. in VI. auch nur den entferntesten Beleg jener Behauptung; insbesondere ist im c. 7. de priv. cit. nur gesagt, daß vitioser Besitz nicht zur Erstigung führen könne. Im Gegentheil liegt gerade in dieser Stelle die stillschweigende Anerkennung, daß der usus vitiosus quasipossessio begründe. (Der vieldeutige c. 17. X. de rest. spol. bezieht sich auf ein geistliches Hoheitsrecht.) Noch weniger will uns einleuchten, auf welchen Grund hin Brunus, S. 201 u. 202, sogar Anerkennung des Gegentheils zum Besitzerwerbe der Realkaften fordert. — Daß nach preuß. Rechte vitiose Ausübung zum Besitzerwerbe der Rechte nicht hinreicht, darüber vgl. §§. 96—106. I. 7. und §. 26. R. 8 d. B.

9) Vgl. über den Unterschied des physischen und psychologischen Zwanges §§. 869. und 871. A. b. G. B., dazu Unger, II. §. 80., für das gemeine Recht Savigny, Syst. III. S. 100 fig.; für das sächs. b. G. B. §§. 92. und 93; für das preuß. Recht Bornemann, I. S. 334. Förster, §. 29.

9a) Hat z. B. A eine Leistung als Realkaft gefordert, B sie bloß geschenktweise gegeben, oder umgekehrt, so kann von einem Besitzerwerbe keine Rede sein. Es bedarf also „der Darlegung und des Beweises solcher Thatumstände, aus welchen sich darauf schließen läßt, daß auf der einen Seite die Absicht, ein Recht auszuüben, und auf der anderen Seite bei der Leistung der Wille, diesem Rechte zu entsprechen, vorhanden gewesen sei“ (Entsch. des Kasseler D. A. G. bei Pfeiffer, VIII. Nr. 44, S. 215). Vgl. auch Stobbe, a. a. D. S. 226.

10) Ist z. B. die Leistung einmal zu verweigern versucht worden, später aber zufolge Geltendmachung eines rechtlichen Anspruchs, Herkommens u. dgl. dennoch er-

Die eben auseinandergesetzten Erfordernisse des Besitzerwerbes der Realkaften spricht das Gesetzbuch, wenn auch nicht in ganz genauer Fassung (s. Note 4.) im §. 313., Abs. 1. aus: „Der Gebrauch eines „Rechtes wird gemacht, wenn Jemand von einem Andern etwas als „eine Schuldigkeit fordert und dieser es ihm leistet.“<sup>11)</sup> Aus dieser gesetzlichen Bestimmung ergibt sich auch, daß, wie zum Besitzerwerbe von Rechten überhaupt, so insbesondere zum Besitzerwerbe von Realkaften eine einzige Leistung und deren Empfang genügt, da das Gesetz eine Wiederholung derselben nicht fordert.<sup>12)</sup>

folgt, so kann über den Charakter der Rechtsausübung kein Zweifel sein. Schwieriger ist es, wenn solche Thatfachen nicht vorliegen; alsdann wird jener Charakter regelmäßig nur aus konfludenten Thatfachen geschlossen werden können. Als solche nahm das D. A. G. Kassel beim Beholzungsrechte an: langjährige gleichmäßige Holzpreise trotz eingetretener Preisänderungen (Pfeiffer, S. 189, u. Nr. 41), Widerspruch gegen versuchte Preiserhöhung und Nachgeben (ebend. Nr. 36), unverweigerte Lieferung an den Einen, während Anderen die Lieferung verweigert wurde (Nr. 39, 41, 42). Mit Recht nahm auch das D. A. G. an, daß der Charakter der Rechtsausübung dadurch nicht beeinträchtigt werde, wenn dieselbe aus forspolizeilichen Gründen gewissen Beschränkungen unterliege (Entsch. Nr. 45). Willkürlich ist dagegen die Behauptung Pfeiffer's, S. 179, und der Entscheidungsgrund in Nr. 44, daß der Charakter der Rechtsausübung „ohne Weiteres“ anzunehmen sei, wenn die Holzverabreichung unentgeltlich erfolgte. — Das preuß. Recht, §. 107. I. 7, spricht die Präsumtion aus, daß die Handlung aus Schuldigkeit geleistet wurde. Vgl. Gruchot, V. S. 295, nicht ohne Bedenken Förster, §. 160. R. 90. Ebenso nach dem bayr. Entw. III. 52. Vgl. §. 25. R. 20.

10a) Hat z. B. ein Schullehrer jährlich gewisse Gaben von allen Grundbesitzern des Ortes eingefordert, etwa unter der Berufung auf Herkommen, wurde dieser Aufforderung entsprochen, und behauptet nun der Eine und der Andere, er habe nur über Bitten geleistet, so liegt diesem der Beweis ob. Vgl. oben §. 25. R. 22.

11) Mit Recht wurde die irreführende Fassung des §. 34. II. Theils des westgal. G. B.: „Der Gebrauch eines Rechtes tritt ein, wenn ein Anderer sich verbunden glaubt, uns von Zeit zu Zeit etwas zu leisten, und es wirklich leistet“ — fallen gelassen. — Der §. 80. I. 7. des preuß. L. R. lautet gleichfalls ungenau: „Wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit von ihm gefordert hat, wirklich leistet, der setzt denselben in den Besitz des Rechtes, die Wiederholung von ihm zu fordern (affirmatives Recht).“ Das sächs. G. B. anerkennt an Realkaften keinen Besitz (§. 512.). Das franz. G. B. enthält nur die bereits öfter erwähnte allgemeine Bestimmung des art. 2228., ebenso das ital. G. B. art. 685. Allgemein lautet §. 530. Züricher. G. B.; genau textirt art. 52. bayr. Entw.

12) Vgl. oben §. 25. Abs. 3. Duncker, S. 57. Brunus, S. 202. Heimbach, S. 59. Gerber, §. 170. Stubenrauch, I. S. 639. Cyner, S. 123. Förster a. a. D. Stobbe, §. 102. S. 226. Seuff. Arch. XXIV. 35. So verordnet schon der Reichsabsch. von 1548, §. 59.: „daß ein ausgezogener Stand innerhalb Menschengedenkens eines, zwei oder mehrmals hätte dem heil. Reiche gesteuert, und also das Reich in quasi possessione wäre“; vgl. ferner die bei Duncker, S. 57 sub III. bis VIII. angeführten Urkunden. Zur Erstigung ist natür-

Es erübrigt noch die Frage, ob der Besitz einer Realkaft erworben werde, wenn die Leistung als Realleistung nicht von dem Eigenthümer des belasteten Grundes, sondern von dem gutgläubigen Besitzer, vom Verwalter, oder von einem Nutzungsberechtigten, z. B. vom Nutznießer, Pächter, Miether erfolgte<sup>13</sup> — Wir bejahen dieselbe. Denn es sind auch in diesen Fällen alle Bedingungen des Besitzerwerbes vorhanden: Vornahme einer Leistung als Ausfluß einer auf dem Grundstücke (wirklich oder angeblich) haftenden Realkaft, und Empfangnahme dieser Leistung in derselben Intention.<sup>14</sup> Der Einwand, daß der Nichteigenthümer dem Grundstücke keine bleibende Last auferlegen könne, berührt bloß den Rechtspunkt, nicht aber die Frage über das rein thatsächliche Verhältniß des Besitzes.<sup>15</sup> Doch versteht es sich hierbei, daß der Eigenthümer nach erlangter Kenntniß von der Leistung die negative Klage des Inhaltes anstellen könne: daß die Realität frei von der Realkaft sei, eine Klage, die er so lange mit Erfolg anstellen wird, als ihm die Ersetzung der Realkaft nicht eingewendet werden kann.<sup>16</sup>

lich eine einmalige Ausübung nicht genügend. Vgl. §. 1471. A. b. G. B., der sogar bei selten ausübbarcn Rechten wenigstens dreimalige Ausübung fordert.

13) Es versteht sich, daß, wenn diese Personen über Auftrag oder mit Genehmigung des Eigenthümers leisten, die Sache so anzusehen ist, als ob dieser selbst geleistet hätte. Allein die Frage ist die: ob auch ohne ein solches Stellvertretungsverhältniß die Leistung eines detinirenden Nichteigenthümers genüge?

14) Ob die Leistung auf der einen und auf der anderen Seite bona oder mala fide erfolgte, berührt die Frage, ob Besitz vorhanden ist, nicht. Wurde die Leistung betrügerischer Weise entlockt, oder die prekarietische Prästation als Recht angemäßt, so ist der Besitz fehlerhaft (unecht). Vgl. §. 345. A. b. G. B. Aber unrichtig ist die Ansicht Montis's, S. 150, daß jede vom Nichteigenthümer erfolgte Leistung nur klandestinen Besitz begründen könne. S. dag. §. 7c. N. 18.

15) Anders ist die Frage im preuß. L.-R. gelöst. „Dadurch allein, daß der Pächter eines Gutes auf eine nur an ihn ergangene Aufforderung sich zu einer gewissen Leistung verstanden hat, wird gegen den Eigenthümer der Besitz des Rechtes, die Wiederholung dieser Leistung zu fordern, nicht begründet“ (§. 103. I. 7.); es sei denn, „daß der Eigenthümer die Leistung gewußt, oder daß ihm dieselbe durch sein grobes oder mäßiges Verschwen unbekannt geblieben“ (§. 104. I. 7.). Durch die Leistung des Verwalters wird dagegen Besitz begründet (arg. §. 99. I. 7. und 521. I. 9.; — ein weiteres Argument liegt darin, daß im §. 103. aus der Fassung des Entwurfes „Verwalter oder Pächter“ das erstere Wort hinwegblieb). Aus den Bemerkungen Suarez's und Goshler's geht hervor, daß diese die Bestimmung des §. 103. cit. ganz richtig als singular ansehen. Vgl. hierüber die Ausführungen Koch's S. 250 flg. Bornemann's I. S. 574 Note. Försters, §. 150. N. 147. Dernburg's §. 161. N. 6., welche Letztere umgekehrt in §. 103. gerade eine Konsequenz erblicken. Vgl. noch §. 27. d. B. Note 20.

16) Vgl. Bluntschli, D. Pr. R. §. 93. Nach gemeinem Rechte hat der

Ist das Recht der Realkaft auch aktiv an den Besitz eines Reales geknüpft, so kann nur der Eigenthümer (bez. der redliche Besitzer) den Besitz des Rechtes als Realrechtes erwerben.<sup>17</sup>

### §. 31. Besitzerwerb der Rechte durch Stellvertreter.

Ueber den Besitzerwerb durch Repräsentanten gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, welche im §. 20. bezüglich des Besitzerwerbes an Sachen ausgeführt wurden. Auch hier wird 1) der Wille des Vertretenen, ein Recht für sich zu gebrauchen, 2) der Wille des Vertreters, den Inhalt des Rechtes für den Vertretenen zu üben, und 3) ein zwischen beiden bestehendes Repräsentationsverhältniß vorausgesetzt.<sup>1</sup> Auch hier ist zu betonen, daß nur in dem Faktum der Ausübung (corpus), nicht aber in dem Besitzwillen handlungsfähiger Personen eine Stellvertretung statthat,<sup>2</sup> daß daher zum Besitzererbe

Eigenthümer auch noch die Aufforderungsklage. (Nach österr. und preuß. Rechte stünde derselben der §. 323. A. b. G. B., resp. der §. 180. I. 7. L.-R. entgegen). Auch die negative Besitzklage kann gemeinrechtlich sinngemäß nicht versagt werden.

17) Hieron gilt, was in §. 26. Abs. 7. in Ansehung der Realservituten bemerkt wurde.

1) Besonders wichtig ist der Fall, wenn es sich um den Besitzerwerb solcher Rechte für eine Gemeinde handelt, deren Ausübung den einzelnen Gemeindegliedern als solchen zusteht, z. B. die Gemeindegeweg-, Hut-, Wässerungs-, Holz-, und ähnlichen Gerechtigkeiten. Hier genügt (den Besitzwillen der Gemeinde als solcher vorausgesetzt) die Ausübung des Rechtes, z. B. der Weg-, Weidgerechtfame durch die Gemeindegewissen, wofern diese als solche gehandelt haben. Vgl. S. 448. So hat namentlich D. A. Ger. Cassel und der oberste Gerichtshof in Wien vielfach diesen Grundsatz anerkannt. Vgl. die im Arch. f. prakt. Rechtsw. X. 1. von Martin, Note 26—40., angeführten Erkenntnisse und Sammlung Gl.-U.-B. Nr. 101. 1695. — Von demselben Gesichtspunkte geht die Plenar-Entsch. des Berliner Ober-Trib. vom 2. Mai 1846. (Koch, Komm. I. S. 402, Note 17.) aus: „Nach preussischem und gemeinem Rechte können solche Sachen und Rechte, welche zur Benutzung der einzelnen Gemeindeglieder als solcher bestimmt sind, nicht bloß durch die gesetzlichen Vertreter der Gemeinde, sondern auch durch die Mitglieder selbst (alle oder die Mehrheit [?]) mit der Wirkung der Erwerbung des Besitzes für die Gemeinde in Besitz genommen werden.“ Nur darin können wir dieser Entscheidung nicht bestimmen, daß darin Besitzerwerb selbst ohne Beschluß der kompetenten Gemeindevertretung angenommen wird. S. dagegen S. 450. — Bei Handlungen innerhalb der resorrtmäßigen Grenzen des Amtes bedarf es keiner Vollmacht der Vertreter der jurist. Person. Vgl. die Plenar-Entsch. des Berliner Ober-Trib. v. 5. April 1852 bei Koch, I. S. 404, Note 20.

2) Possessionem acquirimus corpore et animo, animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno (Paulus Sent. V. 2.). — Auftrag und Genehmigt-

von Rechten der Wille des Erwerbenden, also entweder Auftrag oder Genehmigung unter allen Umständen unumgänglich nothwendig sei. Der auf den Besitzerwerb gerichtete Willensentschluß des Vertretenen wird keinesfalls ersetzt durch gewisse juristische Verhältnisse, welche an sich einen Auftrag zu Besitzerwerbungen nicht enthalten. Es hat daher insbesondere die von einem Pächter oder Pächter in der Absicht, dem benutzten Grundstücke eine Realfervitut zu erwerben, vorgenommene Ausübung nur im Falle eines Auftrages oder nachträglicher Genehmigung die Wirkung der Besitzergreifung durch Stellvertreter.<sup>3</sup>

Anders gestalten sich die Verhältnisse bei der Fortsetzung des Rechtsbestandes. Da nämlich zum Besitzverluste entweder Aufgeben des Besitzwillens oder Unmöglichkeit der Ausübung nöthig ist, so genügt zur Fortdauer des Rechtsbestandes — soweit hiezu Ausübung

gung können auch stillschweigend erteilt sein, z. B. wenn der Knecht mit Wissen des Eigentümers des herrschenden Grundes über das nachbarliche Grundstück fährt, wenn Diensthofen, Hausgenossen, Gäste u. a. unter den Augen des Herrn über das fremde Grundstück gehen.

3) Vgl. L. 3. §. 4. D. de itinere: Sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur; per fructuarium autem hoc interdictum non competere, Julianus ait; besonders L. 1. §. 11. D. eod.: Quae ratio efficit, ut etsi ego viam precario rogavero et tibi fundum precario dedero, quamvis haec mente ieris, quasi fundo deberetur, inutile esse (sc. mihi) interdictum, et precario eo itinere usus esse videar non immerito, non enim opinio tua, sed mea quaerenda est (Ulpian). Denselben Grundsatz stellt der §. 561. des säch. b. G. B. auf: „Durch Personen, welche keinen Auftrag haben, ... jedoch in der Meinung, daß die Dienstbarkeit dem Grundstücke zustehe, Besitzhandlungen vornehmen, kann der Rechtsbesitz erhalten werden.“ Dieser Satz ist auch wiederholt ausgesprochen in Entsch. des preuß. Ober-Trib. v. 7 März 1854 und 18. Juli 1863 in Striethorst's Arch. 22. B. S. 17. und N. F. 1. B. Nr. 78; dann in Seuffert's Arch. II. 11., III. 10., V. 111., IX. 131. Savigny, S. 481. Irrig ist daher die Ansicht Albert's, Unterp. S. §. 19. Geerwart's a. a. D. S. 197. Unterholzner's, II. §. 194., daß bei Realfervituten der usus juris durch Akte jeder Person, die fundi nomine handelte, sie mag nun im Repräsentationsverhältnisse stehen oder nicht, zum Besitzerwerb hinreiche. Vgl. dagegen Busch, Arch. 31. Bd. S. 248. Evers, S. 688 u. 821. Sintenis, Civil. §. 64. Note 40., und Schirmer zu Unterholzner, II. N. 613. Brinz, I. S. 279. Arndts, §. 194. Windscheid, §. 163. N. 10., der übrigens N. 9. meine Auffassung irrig dahin versteht, daß hiernach in L. 3. §. 4. D. cit. Besitz ohne Besitzwillen des Eigentümers erworben würde. Vgl. ferner Förster, §. 160. N. 123. 125., dessen Opposition gegen die oben citirten Erkenntnisse ich in sofern nicht bestimme, als das Gehen und Fahren der Mahlgäste, Holzfäufer fundi nomine mit Vorwissen und stillschweigender Genehmigung des Müllers, Waldbesizers vor sich ging. Zu unbestimmt äußert sich Meißfelder, S. 472. 475.

überhaupt erfordert wird<sup>4</sup> — jede Uebung des Rechtsinhaltes, welche als Ausfluß des bestehenden Rechtsbestandes erscheint, ohne daß es hiezu nothwendig eines Repräsentationsverhältnisses zwischen dem Ausübenden und dem Besitzer bedürfte; denn durch die Uebung wird die thatsächliche Möglichkeit der Wiederausübung — das corpus — konstatirt; daher genügt z. B. bei Realfervituten die Ausübung Namens des herrschenden Grundstücks (fundi nomine) durch wen immer, also durch Fremde, Gäste u. dgl.<sup>5</sup>

4) So nach österr. und preuß. Rechte, wenn der Besitz nicht durch Nichtausübung erlöschen soll, — und nach röm. Rechte nach der Ansicht vieler. Nach röm., säch., franz. und ital. Rechte ist übrigens Uebung im letzten Jahre jederzeit eine Voraussetzung des Besitzeschutzes. Vgl. L. 1. pr. D. de itinere, L. 1. pr. D. de aqua u. §. 560. d. säch. G. B.; art. 23. Code d. P.; 694. 700. Code ital.

5) Vgl. §. 33. d. B. Auf diesem Grundsatz beruht: L. 3. §. 4. D. de itinere, L. 1. §. 11. D. eod.: Is, cuius colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere, vel actu, vel vi. . . . L. 3. §. 4. D. eod.: Uti videtur servitutibus etiam per servos, vel colonos, vel amicos, vel etiam hospites, et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutum. — Den Unterschied zwischen den Erfordernissen des Erwerbes und der Fortdauer des Rechtsbestandes übersieht namentlich Unterholzner, II. §. 194.; — daher einerseits seine irrige Behauptung, daß zum Besitzerwerb von Realfervituten Ausübung ohne Repräsentationsverhältnis genüge, andererseits die ebenso unhaltbare Ansicht: daß bei Personalfervituten selbst zur Fortsetzung des Besitzes ein Vertretungsverhältnis des Besitzers zum Ausübenden erforderlich sei. Vgl. dagegen besonders Evers, S. 654. Doch können wir der weiteren Ansicht Evers', S. 654. Note, nicht bestimmen, daß jene Ausübungsakte, welche den Untergang der Servituten durch non usus verhindern, und daher das retinere derselben bewirken, „eine durchaus vereinzelte Schöpfung“ und wesentlich von jenen Akten verschieden seien, die der Quasipossessio zu Grunde liegen. Dagegen sprechen viele Stellen, welche das retinere dem usus geradezu gleichstellen, z. B. L. 1. §§. 7. 11. L. 3. §§. 4. 5. D. de itinere. Der Grund, warum Ausübungsakte gewisser Personen oder gewisser Art wohl zur Erhaltung, nicht aber zum Erwerbe des Besitzes hinreichen, liegt nicht in ihrer stofflichen Verschiedenheit, sondern in der verschiedenen Beschaffenheit oder Energie des Besitzwillens, wie solcher zum Erwerbe und zur Fortdauer des Besitzes erfordert wird. Siehe auch Windscheid, §. 163. N. 14. Ich möchte diese Rechtsübung nicht mandirter Personen (hospites, amici) dem Falle gleichstellen, wo ein nicht mandirter Wächter für den Sachbesitzer die custodia ausübt. Das corpus (Macht und usus) ist hier und dort vorhanden. (S. §. 33. N. 3.) Dies übersieht Sintenis, §. 64. S. 488, welcher die Erhaltung der Realfervituten durch die in der L. 3. §. 4. cit. angeführten Personensfür eine „Eigenthümlichkeit“ der Realfervituten hält. Stillschweigende Genehmigung setzt in jenen Stellen voraus Pfeiffer, S. 130. — Meißfelder, S. 472, und Hoffmann, II. S. 212 fordern, unbekümmert um dieselben, allgemein ein Repräsentationsverhältnis. — Auf einem besonderen favor retinendae poss. beruht u. G. die Bestimmung der L. 38—40 D. 7. 1. in Ansehung des Ausstruktus. Vgl. Unterholzner, §. 194. a. G.

Auch das *constitutum possessorium* (§. 318. A. b. G. B.) kann beim Besitzerverbe der Rechte vorkommen. Wenn z. B. der bisherige Besitzer eines Grundzinses das Recht verkauft, dasselbe aber sofort vom Käufer pachtet, so erwirbt dieser sofort Besitz desselben durch den Pächter. Kein *const. p.* liegt vor, wenn der Zehntpflichtige den Naturalzehnt gegen eine gewisse Geldleistung ablöst; hier erwirbt der Zehntberechtigte den Besitz, wenn er ihn nicht schon hat, mit dem Zeitpunkt, wo das Geldrelutum entrichtet wird.<sup>6</sup> Wohl aber liegt Besitzerverb durch Stellvertreter vor, wenn der Pflichtige zu leisten bereit ist, jedoch die Leistung gemäß Uebereinkommens in *solutum* einer Gegenforderung behält.

### §. 32. Fortdauer des Rechtsbesitzes.

Der Rechtsbesitz stellt sich nach dem Gesagten dar als die durch die einmalige Ausübung bethätigte Möglichkeit der Wiederausübung des Inhaltes eines Rechtes in eigenem Namen. Zwei Momente sind also zum Dasein desselben erforderlich: einmal wirkliche, wenigstens einmalige Ausübung, sodann der Wille, den Inhalt eines Rechtes wie ein Recht, und zwar dauernd zu üben (vgl. §. 2.). Ist nun der Besitz einmal entstanden, so muß er — wenn auch äußerlich nicht wahrnehmbar — fort dauern, bis eines der beiden, seinen Begriff konstituierenden Momente: Möglichkeit der Wiederausübung oder der Besitzwille aufgehört hat.<sup>1</sup> Nicht fortdauernde Ausübung, und fortdauernder auf dieselbe gerichteter Wille ist also zur Fortsetzung des Besitzes nötig, sondern nur Möglichkeit der Reproduktion beider.<sup>1a</sup>

6) Vgl. den von Rosshirt, a. a. D. S. 73, angeführten Fall. Der Besitzerverb erfolgt nicht schon mit dem bloßen Uebereinkommen über die Relutition; denn dieses gewährt bloß die Möglichkeit der Ausübung; realisiert wird diese Möglichkeit erst mit der wirklichen Entrichtung des die Naturalleistung vertretenden Relutums. Dagegen will Duncker, a. a. D. §. 10., schon mit der Fälligkeit der Leistung den Besitzerverb eintreten lassen. Irrig spricht Rosshirt im obigen Falle vom Besitzerverbe im Wege des *const. poss.* und vom Pacht des Zehnts.

1) Man hat also, um dies zu erklären, weder nötig, auf die angebliche Präsumtion für die Fortdauer eines faktischen Zustandes (Puchta, Pand. §. 97.) zu rekurrieren, noch (wie Pfeifer, Bespr. S. 128.) von einer Fiktion der fort dauernden Uebung zu sprechen.

1a) Man darf daher auch nicht sagen: Der Rechtsbesitz besteht in der Ausübung, wie z. B. Heerwart, a. a. D. S. 158. Zielonacki, Bespr. S. 178.

Der Rechtsbesitz hört daher weder dadurch auf, daß der Erwerber an die Ausübung nicht denkt, noch dadurch, daß er irgend welche Gelegenheiten zur Ausübung verabsäumt.<sup>2</sup> Den eben ausgesprochenen, aus der Natur der Sache fließenden Grundsatz finden wir auch im b. G. B. §§. 349. 351. und 352. anerkannt, jedoch mit nachstehenden Modifikationen:

a) nämlich, was den Besitzwillen betrifft, genügt zum Besitzverlust nicht der Eintritt der Willensunfähigkeit, sondern es wird ein

Pachmann, §. 43. Winiwarter, V. S. 183. Temme, §. 69., sondern nur: er besteht in der durch einmaligen Gebrauch bewährten Möglichkeit des Wiedergebrauchs eines Rechtes. Vgl. schon Höpfner (Weber), Inst. Komm. §. 282. Note 11.: „Wie der Sachbesitz nicht ein beständiges Definiren . . . erfordert, so ist auch beim Quasibesitz vernunftmäßig eine fortdauernde Ausübung des Rechtes nicht nötig.“ — Es ist daher unrichtig, wenn Manche, wie z. B. Pachmann, a. a. D. bemerken: Streng genommen sollte der Besitz aufhören, wenn die Ausübung aufhört. — Irriger Weise findet Zeiller, II. S. 104, den Grund der Fortdauer des Rechtsbesitzes in der „Anerkennung des Verpflichteten.“

2) Vgl. die Entsch. d. D. G. S. Nr. 787. 1003. 3837. Samml. Gl.-u.-B. Der Rechtsbesitz geht daher durch die bloße Unterlassung der Ausübung nicht verloren, sondern erst durch die Unmöglichkeit derselben. Dieser Grundsatz ergibt sich, wie im Texte gezeigt ist, nicht bloß aus der Natur der Sache, und der Analogie des Sachbesitzes (*nulla possessio amittitur, nisi qua utrumque in contrarium actum* L. 8. D. de poss.), sondern für das österr., preuß. u. sächs. R. auch aus der positiven Anordnung des Gesetzes. Vgl. §. 351. des b. G. B.: „Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz . . . nicht verloren;“ ebenso lautet der §. 130. I. 7. L.-R. (s. Förster, §. 161. R. 57. Dernburg, §. 162.) und von derselben Auffassung geht aus der §. 562. des b. G. B. für Sachsen: „Der Rechtsbesitz . . . geht verloren, wenn ein Zustand hergestellt wird, welcher die Ausübung der Dienstbarkeit für die Dauer unmöglich macht.“ So auch der bayr. Entw. III. 48. 49. (Das Züricher. G. B. hat keine besondere Bestimmung.) Mit dieser Ansicht stimmt auch die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller; vgl. Savigny, S. 474 (577). Puchta, Pand. §. 138. Busch, Arch. 31. B. S. 267. Arndts, §. 187. Böcking, §. 126. Brunß, S. 476. Elvers, S. 678. Windscheid, §. 163. Note 12. Hedemann, S. 121. Roth, §. 133. Dagegen scheint Heerwart (S. 156—159 u. S. 312.) Besitzverlust anzunehmen, wenn das Recht im letzten Jahre nicht geübt wurde, ausgehend von der irrigen Behauptung, daß der Quasibesitz in der Ausübung bestehe. — Eine andere Frage ist die, ob der Rechtsbesitz den Interdiktschutz genieße, wenn in der letzten Zeit keine Ausübungshandlungen vorgefallen sind. Das röm. Recht fordert bei den mit speziellen Interdikten geschützten Servituten Uebung im letzten Jahre. Vgl. hierüber Heerwart, S. 184; ähnlich das sächs. b. G. B. §. 560., und dasselbe muß für das franz. Recht (art. 22. C. P.) behauptet werden, ebenso für das ital. G. B. art. 694. 700. Vgl. Zachariä-Buchelt, §. 188. R. 4. Dies gilt aber nicht nach österr. und preuß. Rechte, auch nicht nach dem bayr. Entw. III. 43. Vgl. jedoch §. 34. Note 8. — Für den Usufapionsbesitz gelten besondere Bestimmungen; vgl. §. 34. R. 7, und dazu noch Brodowski, Verjähr. §§. 4. 10.

Willensentschluß mit entgegengesetztem Inhalte (a. non possidendi) erfordert. §. 352. b. G. B.;<sup>3</sup>

b) was das körperliche Moment betrifft, wird der Rechtsbesitz für fortdauernd angesehen, wenn die vom Gegentheil bewirkte Verhinderung der Ausübung rechtzeitig durch gerichtliche Klage verfolgt und ein günstiges Erkenntnis erwirkt wird. §. 351. b. G. B.;<sup>4</sup>

c) endlich hört der Besitz eines Rechtes auf, wenn dessen Inhalt durch die für die Verjährung des Rechtes bestimmte Zeit nicht ausgeübt wurde.<sup>4a</sup>

Hieraus ergeben sich mittelbar die Verlustarten des Besitzes: Aufgeben des Besitzwillens, Unmöglichkeit der Ausübung und Unterlassung der Ausübung. Dies sind aber auch die alleinigen Arten des Verlustes des Rechtsbesitzes. Ein Rückschluß von der Erlöschung des Rechtes auf den Verlust des Besitzes wäre ebenso unzulässig, als der Schluß vom Erwerbe des Rechtes auf den des Besitzes.<sup>5</sup> Es hört daher insbesondere der Rechtsbesitz nicht

3) Es wurde schon im §. 21. Note 5. gezeigt, daß die Annahme der Fortdauer des Besitzes trotz der eingetretenen Willensunfähigkeit des Besitzers eine singuläre Bestimmung ist, die übrigens auch nach röm., preuß., sächs. und Zürich. Rechte gilt. Vgl. L. 44. §. 6. D. de usurp., §. 115. I. 7. R. u. §. 211. des sächs. G. B. art. 523. Zürich. G. B.

4) Diese Bestimmung ist dem österr. Rechte eigenthümlich. Weder das röm. Recht, wie irrig Seuffert, P. §. 173. Note 10. behauptet, noch die neueren Modifikationen kennen dieselbe. Vgl. übrigens noch §. 24. N. 41 a. d. B.

4a) Dieser Fall darf nach österr. und preuß. Rechte keineswegs (wie Koch, S. 205. annimmt) als besonderer Fall des Besitzverlustes durch Aufgeben des Besitzwillens angesehen werden, während dies nach röm. Rechte allerdings zulässig ist. Vgl. §. 34. und Förster, §. 161. N. 42. Letzterer irrt aber, wenn er den Besitzverlust bei Verjährung des Rechtes für eine juristische Nothwendigkeit erklärt und dieselbe mit dem Verlust der Sache beim Sachbesitze in eine Reihe stellt. Denn zur Existenz des Besitzes eines Rechtes ist ja nicht der rechtliche Bestand des letzteren erforderlich. Verlust des Rechtes macht also den Rechtsbesitz nicht „gegenstandslos“.

5) Dieser Grundsatz wurde sowohl vom obersten Gerichtshofe (s. Note 5a), als vom Berliner Ober-Trib. (s. Koch, Komm. I. S. 429, Note 80a.) wiederholt anerkannt. Irrig nimmt gelegentlich Ulvers, S. 669, an, daß mit dem Erlöschen des Rechtes auch der Besitzwille aufhöre. — Auch durch ein das Recht abschprechendes Judikat geht daher der Besitz desselben nicht verloren, wie irrig das Berliner Ober-Trib. (s. Koch, Komm. I. S. 420. Note 54.) annahm. Wurde der Besitz richterlich aberkannt, so muß angenommen werden, daß er nie vorhanden gewesen oder früher schon erloschen war.

auf, wenn das Recht durch Ablauf der Zeit oder Eintritt der Resolutivbedingung erloschen ist.<sup>5a</sup> Führt daher in diesen Fällen der Rechtsbesitzer fort, das Recht auszuüben, so darf der Gegentheil die Ausübung nicht eigenmächtig verhindern, sondern er muß dieselbe im gerichtlichen Wege hintanhaltend, widrigens setzt er sich der Besitzstörungsklage desselben aus.<sup>6</sup> Vgl. die in der Note 5a cit. oberstger. Entscheidungen.

Wurde der Besitz eines Rechtes auf eine bestimmte Zeit oder unter einer Resolutivbedingung eingeräumt, so geht derselbe mit dem Ablaufe der Zeit oder dem Eintritte der Bedingung an sich nicht verloren, es sei denn, daß der Besitzer in jenem Momente den Besitzwillen aufgäbe.<sup>7</sup>

5a) Vgl. die Entsch. des obersten Gerichtshofes Nr. 206. in Samml. Gl. u. B.: „Die Frage, ob das Nutzungs- oder Pächtrecht des Klägers bereits erloschen, . . . muß im abgeordneten (petitorischen) Wege ausgetragen werden. Es war daher der Eigenthümer nicht berechtigt, die Wiese gegen den Willen des bisherigen Nutznießers ohne Weiteres einzuziehen, und sich mit Beseitigung des Gerichts der Selbsthilfe zu bedienen.“ In diesem Sinne entschied auch neuestens der D. O. G. (Nr. 3135. d. Samml.) den celebren Besitzstreit der Prager Stadtgemeinde mit der Karolinenthaler Gasanstalt. Das Recht der letzteren war durch Zeitablauf erloschen und versagte ihr deshalb die Prager Stadtgemeinde die weitere Benutzung des städtischen Gasgrundes zu diesem Zwecke. Mit Recht schloß der D. O. G. die Gasanstalt in dem Besitz des Rechts der Gasleitung und in der Vornahme der hierzu erforderlichen Vorkehrungen. Und. Ans. ist v. Canstein, VI. S. 138, 143 flg., welcher aus der Rechtsqualität des Besitzes die Erlöschung des Rechtsbesitzes mit Ablauf der Zeit deduzieren will. Dauere der Besitzwille fort, meint C., werde Besitz neu und zw. u. n. e. h. t. er erworben. Allein von einem Neuwerb der faktischen Herrschaft kann hier nicht die Rede sein, insbes. aber nicht von einem vitiösen Erwerb, da weder Gewalt, noch List, noch Mißbrauch des Prefariums vorliegt. (S. §. 7c.) Wenn ferner C. fragt: Gewährt das Gesetz gegen den Bestandnehmer „den energischen Schutz des Bestandsverfahrens“, warum sollte es keinen Schutz gegen den säumigen Kommodatar gewähren? — so ist dies eine Frage de lege ferenda; auch darf nicht übersehen werden, daß das Bestandsverfahren ein petitorisches — kein possessorisches ist. Auch das Erk. G. Z. 1877. Nr. 67. geht von der Ansicht aus, daß der Pachtbesitz mit Ablauf der Pachtzeit erlösche, daher Verpächter den Pächter eigenmächtig depossidiren dürfe. Dazu N. 7.

6) Irrig behauptet Bornemann, I. S. 588, daß der Besitz der Realkasten und positiven Servituten mit dem Erlöschen des Rechtes verloren gehe, ohne sich jedoch treu zu bleiben; denn schon S. 589 gesteht er, daß, wenn der Besitzer der positiven Servituten nicht freiwillig mit der Ausübung aufhöre, die richterliche Hilfe ange sucht werden müsse, angeblich: weil bei denselben mit dem Aufhören des Rechtes nur der Verlust des Besitzes, nicht aber der Detention des Rechtes (sic) eintrete. Vgl. gegen die Annahme einer „Detention“ bei Rechten Bornemann selbst I. S. 472, N.\*\*\*

7) Ohne diese Einschränkung verfügt den Besitzverlust in diesen Fällen der

Wir wollen nun von den Erlösungsgründen des Besitzes näher handeln, und zwar zuerst von dem Besitzverluste durch Aufgeben des Besitzes, dann von dem Besitzverluste durch Zeitablauf, endlich von dem Besitzverluste durch Unmöglichkeit der Ausübung.

## §. 33.

## Verlust des Rechtsbesitzes durch Aufgeben des Besitzwillens.

Zur Fortdauer des Rechtsbesitzes animo ist, wie gezeigt, nicht nöthig, daß sich der Besitzer des Besitzwillens ununterbrochen bewußt sei. Nicht schon das Absein des Bewußtseins bewirkt den Besitzverlust, es wird vielmehr eine Aenderung des Willens, nämlich der Entschluß, nicht mehr zu besitzen (animus in contrarium), erfordert.<sup>1</sup> Hieraus ergibt sich:

1) daß der Besitz, sofern dessen Verlust nicht durch Unmöglichkeit der Ausübung oder Zeitablauf (§. 351. b. G. B.) eingetreten ist,<sup>2</sup> fort dauert, auch wenn der Besitzer an die Ausübung gar nicht denkt, oder nicht denken kann, z. B. wegen eingetretenen Wahnsinnes (§. 352. b. G. B.);

2) daß daher, soweit Ausübungsakte erforderlich sind, um den Verlust des Besitzes durch non usus zu verhindern, dieselben zwar als Ausübungen des bereits vorhandenen Rechtsbesitzes gesetzt werden müssen; daß es aber nicht nöthig ist, daß in Bezug auf das Willens-

§. 131. I. 7. des preuß. R. R. Vgl. Bornemann, I. S. 581. Förster, §. 161. R. 65. liegt darin eine irrige Anwendung des §. 131. cit., wenn das Berliner Ober-Trib. den Verpächter für befugt hält, den Pächter nach Ablauf der Pachtzeit aus dem Besitze zu setzen, „da sodann der Pächter nur Inhaber sei, und daher nach §. 144. I. 7. von dem, in dessen Namen er besitzt, entsetzt werden könne.“ Zwar ist der Pächter von Anfang an Inhaber bez. unvollständiger Besitzer, sodann ist ihm der Besitz des Pachtrechtes vom Verpächter nicht übertragen. Und darum erklärt sich gegen dieses Erkenntniß Koch, I. S. 429. Indes trotzdem scheint mir nun die Entsch. des Ober-Trib. richtig zu sein, da der §. 144. die Stellvertretung im Sachenbesitz vor Augen hat. S. Förster, a. D. u. §. 7c. R. 35.

1) Analogie des §. 349. b. G. B. Vgl. Stubenrauch, I. S. 699. So auch nach röm. Rechte, vgl. L. 8. D. h. t. Böcking, §. 126. Puchta, Rechtsf. II. §. 71., nach preuß. Rechte (anal. §. 117. I. 7.) u. d. §. 562. b. sächs. G. B.

2) Nur nach österr. und preuß. Rechte geht der Besitz durch Nichtausübung während einer bestimmten Zeit verloren, nicht aber nach röm. Rechte. Anderer Ansicht ist Savigny, S. 474 (577), der mit dem Verluste des Rechtes durch non usus auch den Verlust des Besitzes eintreten läßt. Darüber s. §. 34. R. 1.

moment jene Erfordernisse vorhanden sind, welche zum Besitz erwerbe erfordert werden;<sup>2a</sup> daß daher selbst die Ausübung durch dritte, in keinem Repräsentationsverhältnisse stehende Personen, ja selbst die ohne menschliche Thätigkeit sich vollziehende Übung z. B. bei Wasserleitungen hinreicht, den Besitzverlust non utendo hintanzuhalten;<sup>3</sup>

3) daß Personen, welche nicht vollkommen handlungsfähig sind, insbesondere Verstandeslose, Pupillen und Verschwender (§§. 21. 273. 865. b. G. B.), den Besitz animo nur insofern verlieren können, als ihre gesetzlichen Vertreter in Form Rechts den Besitz aufgeben. Denn ihr alleiniger Wille, auf den Besitz zu verzichten, hat keine rechtliche Wirkung. (Vgl. §. 22. R. 10.)

Der Willensentschluß, den Besitz aufzugeben, braucht nicht nothwendig ausdrücklich erklärt zu sein; er kann auch aus schlüssigen Thatfachen entnommen werden (§. 863. G. B.). Doch müssen diese Thatfachen der Art sein, daß über den behaupteten Verzicht kein Zweifel bestehen kann (§§. 388. 863. G. B.).<sup>3a</sup> Aus der Nichtausübung eines

2a) Wie häufig angenommen wird. So fordert z. B. Hoffmann, II. S. 212, ausdrückliche Ausübung mit der Absicht, die Servitut als (?) Recht auszuüben, als „natürliches“ Requisite der Unterbrechung des non usus.

3) Dies ist daher nichts „Auffallendes“ (Unterholzner, II. S. 214), „Eigenthümliches“ (Sinenis, I. §. 64. R. 40) oder gar „Exorbitantes“ (Pfeifer, Besitz, S. 130), sondern etwas ganz Natürliches, — bloße Konsequenz. Daher wird der Besitz eines Wasserleitungsrechtes nicht verloren, so lange das Wasser fließt, auch wenn der Besitzer an dasselbe seit dreißig und mehr Jahren gar nicht mehr dachte (L. 12. D. 8. 6.: Etsi aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquae duocendae retinetur). Daher dauert der Besitz von Wegerechten fort, wenn auch der Besitzer des herrschenden Grundes seit dreißig und mehr Jahren an die Ausübung gar nicht mehr dachte, sobald nur irgend Jemand (mag er nun dessen Stellvertreter sein oder nicht) die Wege servitut fundi nomine geübt hat. Denn ein animus in contrarium liegt nicht vor; und der Besitzverlust corpore konnte bei dem fort dauernden corpus (der Ausübung — entsprechend der Detention beim Sachbesitze) nicht eintreten. Darin, daß nur zum Besitz erwerbe, nicht aber zur Fortsetzung des Besitzes der Willensentschluß: zu besitzen, erforderlich ist, erklärt sich die verschiedene Qualifikation der zum Erwerbe und zur Fortsetzung des Rechtsbesitzes erforderlichen Ausübungsakte. Daher heißt es in L. 3. §. 4. D. de itinere: uti videtur servitutibus etiam per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites et fere per eos omnes, qui nobis retinent possessionem . . . . Per fructuarium quidem servitus retinetur, per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere Julianus ait. Vgl. auch L. 1. §§. 7. und 11. D. eod., L. 12. §. 2. D. de usufr., L. 5., L. 20—24. D. 8. 6., welche alle denselben Grundsatz in verschiedener Weise aussprechen. Vgl. auch §. 31. R. 3 u. 5. Elvers, S. 654. Heimbach, Rechtsleg. X. S. 331. Windscheid, §. 163. R. 14, endlich den §. 561. des sächs. G. B.

3a) In dem Rechtsfall Nr. 4788 Samml. Gl.-u.-W. hielt der D. O. S. die

Rechtes durch längere Zeit könnte zwar auf das Aufgeben des Besitzes geschlossen werden;<sup>4</sup> indeß steht einem solchen Schlusse nach österr.

Erklärung des Kolonen, den Pacht aufzugeben, sonderbarer Weise nicht zum Verlust des Pachtbesitzes für genügend und wies die Besitzklage des Verpächters wegen neuerlichen Feldanbaues des Pächters zurück. Man über sah augenscheinlich, daß der Verpächter durch jene (acceptirte) Erklärung sofort den unbeschränkten Sachbesitz erwarb, daher nicht nöthig hatte, „auf Erfüllung zu klagen.“

4) Dies wird für das röm. Recht (mitunter nur mit Beziehung auf die discontinuirlichen Servituten) behauptet von Unterholzner, II. §. 214. Duncker, §. 12. Elvers, S. 679, 680. Muther, Serv. S. 62. Arndts, §. 187. Roth, §. 133.; für die Reallasten: Heim bach, Rechtslex. IX. S. 80. Wie lange Zeit hindurch die Servitut oder Reallast nicht geübt worden sein mußte, damit auf das Aufgeben des Besitzwillens geschlossen werden darf, überlassen die Neueren (im Gegensatze zur älteren Doktrin, welche 10 jährigen Nichtgebrauch forderte) dem richterlichen Ermessen. So Elvers, S. 680. Seuffert, Pand. §. 173. N. 10. Arndts, §§. 187. 194. Nach Muther genügt hiezu schon einjähriger Nichtgebrauch. Unterholzner a. a. O. fordert ungewöhnliche Unterbrechungen. Legterer bringt diese Art des Besitzverlustes mit Recht in Verbindung mit dem Verluste des Sachbesitzes durch negligentia domini (vgl. §. 22. N. 14). Windscheid, §. 163. N. 13 (4. Aufl.), führt im Anschlus an Ihering, Grund S. 174, 211 flg., die bleibende Unterlassung der Ausübung als selbstständigen Erlösungsgrund des Rechtsbesitzes an, und zwar mit Bezug auf L. 37. §. 1. D. de usurp. 41. 3. (possessio . . . . quae ex negligentia domini vacet); darüber vgl. §. 22. N. 14—16 d. B. — Auch Savigny, S. 474 (577) behauptet, daß der Besitz der Servituten durch deren Nichtausübung verloren gehe, jedoch nur in dem Falle, wenn das Recht selbst durch non usus erloschen sei (so auch Heerwart, a. a. O. §. 5.); er gründet diese Art des Besitzverlustes nicht auf das vermutete Aufgeben des Besitzwillens, sondern auf einen Schluß aus dem Wesen des Rechtsverlustes in Folge unterlassener Ausübung. Das Unzutreffende dieses Schlusses ist an einem anderen Orte (§. 34. N. 1) nachgewiesen. Uebrigens pflichtet Savigny, S. 475, N. 2 (Zus. zur 6. Ausg.), der Ansicht Unterholzner's für den Usukapionsbesitz bei. Hier ist nur die Frage zu entscheiden, ob schon aus dem bloßen non usus auf das Aufgeben des Besitzwillens geschlossen werden könne, und da müssen wir mit Rücksicht auf L. 37. §. 1. D. de usurp. L. 15. §. 21. D. de damno inf. 39. 2., c. 4. C. de poss. 7. 32.; c. 8. C. de agro des. 11. 58. der Ansicht der Eingangs citirten Schriftsteller bestimmen. — Gegen die Ansicht Buchta's, Weiske's Rechtslex. II. S. 72 flg., daß der Quasibesitz (selbst nach Erlösung der Servitut durch non usus) fortdaure — allerdings ein Besitz, dessen „Existenz in abstracto“ (wie Buchta selbst zugestehet) weder für den Interdiktionsschutz noch für die Usukapion Bedeutung hat, — ist neupens Ihering, Grund d. B. S. 175 flg., scharf aufgetreten, meines Erachtens insofern mit Recht, als nach Buchta's Meinung der Besitz trotz der Nichtausübung „in alle Ewigkeit“ fort dauern könnte! — Gewiß muß, wie die eben citirten Stellen beweisen, in der dauernden Nichtausübung das Auflassen des Besitzes erblickt werden. (Vgl. §. 22. N. 14, 15.) Regelmäßig wird es auch nicht erst des Ablaufes der Verjährungszeit bedürfen, um diesen Schluß zu rechtfertigen. Da es dem praktischen Erfolge nach gleichgiltig ist, ob man die dauernde Nichtausübung (wie Ihering, S. 211 flg. will) als eine selbstständige Art des Besitzverlustes (durch Negligenz) oder (wie hier geschieht) als eine Spezie des Besitzverlustes animo auffaßt, so be-

Rechte die bestimmte Fassung des §. 351. a. E. entgegen: „Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen nicht verloren.“<sup>5</sup> Damit ist indeß nicht ausgeschlossen, daß die Nichtausübung unter Hinzutritt anderer Indizien den Schluß auf das Auflassen des Besitzes gestatten kann.

Der Willensentschluß, den Besitz aufzugeben, muß selbstverständlich äußerlich geoffenbart worden sein, und in Streitfällen von dem Behauptenden bewiesen werden. — Ist der Besitz eines Rechtes einmal aufgegeben, so kann durch neuerliche Ausübung desselben wohl neuer Besitz begründet, aber der erloschene nicht wieder hergestellt werden.<sup>6</sup>

steht zwischen der Ihering'schen und der hier vertretenen Anschauung sachlich keine Differenz. Immer bleibt es dem richterlichen Ermessen anbeingegeben, zu beurtheilen, ob eine dauernde Nichtausübung vorliege. — Allein ich vermag Ihering nicht beizutreten, soweit er einen Besitz, der weder Interdiktionsschutz genießt, noch zur Usukapion führt, für das Richtenberg'sche Messer ohne Stiel und Klinge erklärt. Es darf nämlich nicht außer Acht gelassen werden, daß für den Interdiktionsschutz und Usukapionsbesitz positive rechtliche besondere Qualifikationen vorgeschrieben sein können, welche zu dem allgemeinen Begriff des Rechtsbesitzes als der thatsächlichen Möglichkeit der Ausübung eines Rechtsinhaltes — der Thatsächlichkeit des Rechts (s. Ihering selbst, S. 158—160) als rein äußerliche, zufällige Zugabe hinzutreten, z. B. die bona fides, die justa causa, die Fehlerlosigkeit, die ziffermäßig fixirte Wiederholung des Besitzaktes. So z. B. wird Besitz an Wegerechtigkeiten so gut wie an Wasserbezugsrechten und Kloakenservituten schon durch einmalige Ausübung erworben, der Besitzwerb wird selbst durch die Vitiosität des Aktes (bez. der dreißig Akte) nicht verhindert, während der Besitzschutz im ersten Falle nur bei dreißigtägiger fehlerloser Ausübung, im zweiten Falle schon bei einmaliger fehlerloser — im dritten Falle sogar bei einmaliger fehlerhafter Ausübung der betreffenden Servitut gewährt wird, — von der bona fides im zweiten Falle nicht zu reden! Ist aber darum der Begriff des Rechtsbesitzes in allen diesen Fällen ein verschiedener? Gewiß nicht! Der Begriff des Quasibesitzes bleibt trotz jener äußerlichen Differenzen so gut ein einheitlicher wie jener des Sachbesitzes. Besitz kann also da sein, trotzdem weder Interdiktionsschutz noch Usukapion Platz greift. Man muß also zwischen Rechtsbesitz an sich und dem rechtlich geschützten, bez. dem Usukapionsbesitze unterscheiden, — ein Unterschied, welchen von den neueren Legislationen auch das sächs. G. B. (vgl. §§. 557—559. a. contr. §§. 560. 580—583.) anerkennt und der besonders scharf nach franz. und ital. Rechte hervortritt, da diese nur Annualbesitz schützen. Vgl. §. 26. N. 5.

5) Vgl. §. 130. I. 7. des preuß. R. R. Das sächs. und Züricher. Recht enthält keine Bestimmung hierüber. Vgl. §. 34. N. 3.

6) Diese Unterscheidung ist da wichtig, wo, wie bei den röm. Wegerechten, mehrmalige Ausübung eine Bedingung des Besitzschutzes ist, oder wo es sich um die Erfindung des Rechtes handelt.

Schließlich ist zu bemerken, daß der Verzicht auf einzelne Ausübungsakte noch keinen Schluß auf das Aufgeben des Besitzes überhaupt gestatte, vielmehr der Besitz trotz derartiger Verzichte als fort-dauernd angesehen werden muß.<sup>7</sup>

### §. 34. Verlust durch Nichtausübung.

Da der Rechtsbesitz so lange fort dauert, so lange nicht entweder der Besitz aufgegeben, oder die Ausübung unmöglich geworden ist, so könnte vom Gesichtspunkte der juristischen Konsequenz die selbst durch längere Zeit unterbliebene Ausübung eines Rechtes an sich nicht den Besitzverlust desselben corpore bewirken. Dieser würde nicht einmal dann eintreten, wenn das Recht selbst durch Verjährung erloschen wäre, da die Verjährung als eine Erlösungsart der Rechte auf den Besitz keinen Bezug haben kann.<sup>1</sup> Inwiefern in diesem Falle Besitz-

<sup>7</sup>) Vgl. Evers, S. 684, und den in der G. Halle 1863, S. 524, angeführten Rechtsfall. Ob nicht in solchen Fällen Besitzverlust durch Zeitablauf eingetreten sei, muß nach §. 351. G. B. beurtheilt werden.

<sup>1</sup>) Durch einen merkwürdigen Schluß gelangt Savigny, S. 474 (577), zu der Behauptung, daß mit dem Verluste der Servituten durch non usus auch deren Besitz verloren gehe: „Da nämlich, sagt Savigny, durch bloßen non usus die (persönliche) Servitut selbst verloren wird, so muß es in der ganzen Zwischenzeit der Besitz verloren gewesen sein. Auf der anderen Seite aber kann man nicht behaupten, daß jeder noch so kurze Nichtgebrauch den Besitz wirklich entziehe, . . . . Deswegen bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß während des bloßen Nichtgebrauches der Besitz in suspensio ist, und daß es sich erst durch Erneuerung des Gebrauches oder durch Ablauf des ganzen Zeitraumes zeigt, ob er in der ganzen Zwischenzeit dagewesen, oder nicht dagewesen ist.“ Dies billigt Sintonis, §. 64. N. 48. Den Savigny'schen Grundgedanken entwickelt näher Heerwart, a. a. D. S. 157: „Denn wenn, wie allgemein behauptet wird, der Quasibesitz bei diesen Rechten einzig und allein in der Ausübung, im Gebrauche bestehen kann, so muß es als ein Widerspruch erscheinen, bei einem Nichtgebrauche, der gesetzlich für hinreichend, um das Recht selbst aufzuheben, erklärt wird, dennoch eine Fortdauer des Quasibesitzes, also des Gebrauches anzunehmen.“ — Allein abgesehen davon, daß es sonderbar und unpraktisch ist, daß die Frage, ob einer im Augenblicke besitze, erst aus der Zukunft beantwortet werden soll (Heerwart selbst a. a. D.), so beruht die ganze Schlußfolgerung auf der unrichtigen Voraussetzung: daß der Quasibesitz in der Ausübung bestehe. Der Quasibesitz aber besteht so wenig in der Ausübung, als der Sachbesitz in der Apprehension. Durch die Ausübung wird nur der Quasibesitz erworben. Der Quasibesitz besteht in der durch wenigstens einmalige Ausübung herbeigeführten und gewollten Möglichkeit der Wiederausübung eines Rechtes für sich. Diese Möglichkeit kann aber offenbar auch dann noch fort bestehen, wenn das Recht selbst durch non usus erloschen wäre. — Mit Recht wird daher die Savigny'sche An-

verlust durch Auflassen des Besitzwillens angenommen werden dürfe, ist im §. 33. besprochen worden.

Doch finden wir im österr. bürgerl. G. B. eine Bestimmung, welche diese Erlösungsart auch auf den Besitz ausdehnt, eine Bestimmung, die wohl unschwer aus der Auffassung zu erklären ist, daß

sich von Puchta, Rechtslex. II. S. 73, verworfen: „Es bestehe, sagt er, kein wesentlicher Zusammenhang zwischen Recht und Besitz. So gut Jemand den Besitz einer Servitut erwerben kann, ohne das Recht selbst erworben zu haben, so gut kann er Besitzer bleiben, während das Recht untergegangen ist.“ Vgl. auch Böcking, P. §. 126. Note 27. Schirmer zu Unterholzner, Verjähr. II. S. 180, Note. Hedemann, S. 121. Windscheid, §. 163. Note 11: „Der Irrthum (Savigny's) ist der, daß der Verlust jener Dienstbarkeiten an fortgesetzten Nichtbesitz geknüpft sei.“ „Gegen die wunderliche Gestalt,“ die nach Savigny's Auffassung das Besitzverhältnis in der Zwischenzeit erhält, erklärt sich in scharfer Weise neuestens Jhering, Grund d. B. S. 174 flg. (Ueber dessen eigene Ansicht vgl. §. 33. N. 4.) Ebenso unhaltbar ist die Bemerkung Evers', S. 680: daß, wenn mit dem Ablaufe der Verjährung schon ein Verzicht auf das Recht gesetzlich vermuthet (?) werde, daraus noch vielmehr ein Verzicht auf den Besitz entnommen werden muß. Die Verjährung beruht doch nicht auf einem vermutheten Verzicht? S. Brinz, I. S. 279 und 121. Eine andere Frage ist es, ob nicht aus der dauernden Unterlassung der Rechtsausübung auf das Aufgeben des Besitzwillens geschlossen werden dürfe? Die Frage ist für das röm. Recht gewiß zu bejahen. So wohl auch Brinz, §. 196. 2. N. (Vgl. §. 33. N. 4.) — Windscheid, §. 163. N. 13, findet im Anschluß an Jhering, S. 211 flg., in der bleibenden Unterlassung der Ausübung einen selbstständigen Erlösungsgrund (durch Negligenz). — Da jedoch bei dem durch spezielle Interdikte geschützten Quasibesitze Ausübung im letzten Jahre eine Bedingung des gerichtlichen Schutzes ist, nach der Analogie Gleiches in Ansehung der übrigen diskontinuirlichen Servituten gefordert wird (vgl. schon Bartolus, Comm. in leg. 1. §. 1. de itinere Nr. 1., von Neuern besonders Savigny, §. 50. S. 518 flg. [und Rudorff, Anhang Nr. 179], noch entschiedener Puchta, §. 139. a. G. Arndts, §. 192. N. 6. Heerwart, S. 182 flg. Brinz, S. 98. Windscheid, §. 165. N. 18), so ist die Frage, ob der Besitz durch Nichtausübung verloren sei, für das röm. Recht, so weit es sich um den Interdiktschutz handelt, unpraktisch (vgl. auch Puchta, Schirmer a. a. D. und Böcking, §. 126. a. a. D.). Aber ebenso unpraktisch ist die Frage, soweit es sich um den Usukapionsbesitz handelt, da gewiß nicht der erste Ausübungsakt, wenn er der einzige geblieben ist, beziehentlich die öftere Ausübung, sofern diese späterhin Jahrelang unterließ, nach dem Ablaufe von zehn oder zwanzig Jahren zur Ersetzung der Servitut genügt. Vgl. Unterholzner, II. S. 181. Heerwart, S. 158, N. 1. Savigny, S. 475, N. 2. Windscheid, §. 213. N. 3. — Den Unterschied zwischen Verlust des Quasibesitzes und Verlust des Interdiktschutzes übersehen die bei Heerwart, S. 153 und 154, angeführten älteren Schriftsteller, namentlich Mevius, Berger, Rind, welche eine einzige Ausübung, und wäre sie auch vor Jahren vorgefallen, für hinreichend ansehen, um den Besitzeschutz zu begründen, während hingegen Andere, wie Hommel und Gottschalk, das Edikt mißverstehend, mit dem Interdiktschutze auch den Besitz für verloren erachten, wenn die Klage nicht binnen Jahresfrist nach geschehener Störung eingebracht wurde.



der Besitz ein Recht sei (§. 308.).<sup>2</sup> Es verordnet nämlich der §. 351. a. E.: „Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen nicht verloren.“<sup>3</sup> Nach der ganz allgemeinen Fassung dieses Paragraphen trifft die Norm desselben nicht bloß den Fall, wenn wirklich ein Recht vorhanden, sondern auch den, wenn ein solches nicht vorhanden ist,<sup>4</sup> und läßt sich

<sup>2</sup>) Von derselben Auffassung gehen auch unbedenklich aus: Zeiller, II. S. 104. Rippel, III. S. 167. Winivarter, II. S. 101; vorsichtiger ist Stubenrauch, I. S. 700.

<sup>3</sup>) Der Besitz im Schlusse des §. 351. b. G. B. „außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen“, welcher sich im §. 72. II. des Entwurfs noch nicht findet, wurde bei der ersten Lesung über Zeiller's Antrag in der Sitzung vom 25. April 1803 beschlossen. Zeiller ging hierbei von der Ansicht aus, daß ja „durch Nichtgebrauch in der Verjährungszeit die meisten Rechte verloren gehen“, dasselbe also auch beim Besitzrechte festzusetzen sei. Ähnlich bestimmt der §. 130. I. 7. d. preuß. R. N.: „Uebrigens wird der einmal erlangte Besitz eines Rechtes durch die unterlassene fernere Ausübung desselben in der Regel noch nicht verloren (Tit. IX. Abschnitt IX.).“ Der in diesem Paragraphen berufene 9. Abschnitt des 9. Titels handelt aber von der Verjährung. Mit Unrecht fast Koch, a. D. S. 210, den Verlust des Besitzes durch Ablauf der Verjährungszeit als eine Art des Verzichtes auf. Nicht darum tritt nach preuß. wie nach österr. Rechte Besitzverlust ein, weil aus der Nichtausübung auf den animus in contrarium geschlossen wird, sondern weil das Gesetz die Verjährung (wenn auch in unjuristischer Form) auf den Besitz ausdehnt. Bornemann erwähnt des Falles nicht. Irrig will Förster, §. 160. R. 42, die Verjährung des Rechtes gegenstandslos werde. Diese Ansicht scheint mit der Vorstellung zusammenzuhängen, daß der Rechtsbesitz Existenz des „beseffenen Rechtes“ voraussetze. Vgl. dagegen §. 2. a. E. und §. 33. R. 4a. Dernburg, §. 161. R. 4, findet im §. 130. lediglich eine Anwendung des Gedankens, daß der Rechtsbesitz durch dauernde Unterlassung der Ausübung verloren gehe. Allein diese allgemeine Prinzip wollte §. 130. nicht aussprechen, wie die im Gesetzes-Text bezogene Ausnahme (Titel IX. Abschn. IX.), welcher von der Verjährung handelt) klar darthut. Offenbar gingen die Redactoren von derselben Ansicht aus wie Zeiller. Die Verjährung des Rechtes kann also der Besitz desselben keinesfalls überdauern. — Das sächs. G. B. hat diese Bestimmung des preuß.-österr. Rechtes nicht angenommen; allein die Frage ist, soweit es den Interdiktengang betrifft, nach sächs. wie nach röm. Rechte darum nicht praktisch, weil dieser Ausübung im letzten Jahre voraussetzte (§. 560.). — Sachgemäß bestimmt der bayr. Entw. III. art. 48.: „Das Aufgeben des Besitzes kann nach Umständen auch aus der freiwilligen längeren Nichtausübung der Dienstbarkeit trotz gegebener Veranlassung gefolgert werden.“

<sup>4</sup>) Nur den ersten Fall hat Stubenrauch, I. S. 700, vor Augen. — Schwer begreiflich ist, wie neuerlich Helm, österr. Vierteljahrschr. 13. Bd. S. 295, behaupten kann, daß die obige Ansicht auf einer Verwechslung des Besitzes mit dem Rechte zum Besitze beruhe, da der Besitz jedenfalls schon früher wegen der unterlassenen Einflagung verloren gehe. Wir stellen hingegen die Frage: Wegen wem und auf welchen Grund hin soll geklagt werden?

daher der dieser Bestimmung zu Grunde liegende Grundsatz folgender Maßen fassen: Der Besitz eines Rechtes geht verloren, wenn der Inhalt desselben nicht innerhalb jenes Zeitraumes ausgeübt worden ist, mit dessen Ablauf das Recht selbst verjährt.<sup>5</sup> Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die einzelnen Arten von Rechten führt zu nachstehenden Ergebnissen:

I. Besteht das Recht in gewissen sich wiederholenden Handlungen (Benutzungsakten), so geht der Besitz durch Ablauf der Verjährungsfrist nicht verloren, sobald innerhalb derselben die Handlung, wenn auch nur einmal vorgenommen wurde.<sup>6</sup> Vielmehr dauert der Besitz selbst dann fort, wenn von einzelnen Gelegenheiten, das Recht auszuüben, kein Gebrauch gemacht worden ist, z. B. wenn durch mehre Jahre das Zehntrecht oder Wegerecht nicht ausgeübt wurde.<sup>6a</sup> Den Besitzverlust durch Zeitablauf zu verhindern,

<sup>5</sup>) Die Verjährungszeit beträgt in der Regel 30, ausnahmsweise bei juristischen Personen 40 Jahre (§§. 1479. 1485.). Die kürzeren Verjährungsfristen treffen durchwegs Rechte, welche eines Besitzes nicht fähig sind, vgl. z. B. §. 1480. — Die kürzere dreijährige Verjährungsfrist des §. 1488. (wenn der verpflichtete Theil der Ausübung der Servitut sich widersetzt) ist in Ansehung des Besitzverlustes unpraktisch, da dieser im Falle einer Widersetzlichkeit schon mit dem Ablaufe der (30tägigen) Klagefrist verloren geht. §. 351. G. B. Vgl. auch Schuster, Baur. S. 445. Ohne triftigen Grund läugnet Prodowski, Verjähr. S. 23 ff., die Verjährung der Servituten. Der §. 1479. „Recht gegen einen Dritten“ ist nicht werthlos.

<sup>6</sup>) Die Regel, daß der Rechtsbesitz durch Nichtausübung während der Verjährungszeit verloren gehe, trifft auch auf jene Personalservituten zu, welche die Detention zur Voraussetzung ihrer Ausübung haben. Es kann daher Recht und Besitz des usus und ususfructus trotz der Detention durch non usus erlöschen. Dieser Ansicht sind für das röm. Recht Savigny, §. 45. Unterholzner, II. S. 181. Muther, S. 63. Sintenis, §. 66. Note 17., wogegen Buchta, Rechtsler. S. 71. Elvers, S. 775, und Hedemann, S. 121, Besitzverlust der Personalservituten bei fortdauernder Detention sich nicht zu denken vermögen, weil in der Detention eine Ausübung derselben liege. Vgl. dagegen Note 10. Das sächs. G. B. hat die letztere Ansicht adoptirt (§. 602.).

<sup>6a</sup>) Richtig entschied der D. O. H., Nr. 787. Samml. Gl.-U.-W., daß der Besitz des Wasserbezugsrechts eines Grundbesizers, welcher seine Wiese in ein Feld umgewandelt, dasselbe aber nach Jahren wieder als Wiese benutzte, durch den mehrjährigen Nichtgebrauch nicht erlosch. Vgl. Nr. 1003 ebend. — In dem Falle Nr. 2002 Samml. Gl.-U.-W. wurde indeß ein Hausherr, dessen Miethleute durch 5 Jahre die Servitut des Wassererschöpfens nicht ausgeübt hatten, mit der Klage abgewiesen, weil dadurch der Besitz des Rechtes verloren gegangen sei. M. E. ist diese Entscheidung nach österr. Rechte (§. 351.) nicht zu rechtfertigen. — So auch nach preuß. Rechte §. 130. I. 7. Es ist wohl kaum zu rechtfertigen, wenn Koch, Romm. I. S. 420, 430, und Besitz G. S. 210, ebenso Förster, §. 161. R. 43, behaupten, daß ausnahmsweise der Besitz derjenigen Rechte, die nur zu gewissen Zeiten oder bei

genügt also ein einziger Ausübungsakt während der ganzen Verjährungsfrist.<sup>7</sup> Selbst also wenn am letzten Tage vor Ablauf der

gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden, verloren gehe: durch die nicht gerechtfertigte Unterlassung bei einer Gelegenheit. Die Verurteilung derselben auf den von der Erstigung handelnden §. 651. I. 9., der gewiß singular ist, ist unzulässig. Müßten denn sonst nicht auch §§. 596. 597. I. 9. auf den Interdiktenbesitz angewendet und alljährige fehlerfreie Uebung verlangt werden? Dagegen s. Dernburg, §. 162. R. 5. — Für das röm. Recht vgl. auch Windscheid, §. 163. R. 11.: Der Besitz geht nicht verloren durch Unterbrechung der Ausübung.

7) Es gilt hier im Allgemeinen dasselbe, was von der Unterbrechung der Verjährung durch Ausübung, vgl. Unterholzner, II. S. 213 u. 225. Sintonis, I. S. 596. Schuster, a. D. S. 456. — Irrig behauptet Pachmann, S. 112, mit Berufung auf den §. 1471., daß bei periodisch auszuübenden Rechten von jeder Gelegenheit Gebrauch gemacht werden müsse, wenn der Besitz fortzudauern solle. Dem steht nicht nur der §. 351. cit., sondern auch der §. 1484. A. b. G. B. entgegen, welcher bestimmt, daß zur Verjährung solcher Rechte, die selten ausgeübt werden, erfordert wird, daß während 30 Jahren wenigstens dreimal die Gelegenheit zur Ausübung sich ergab, und niemals davon Gebrauch gemacht worden sei (vgl. §. 597. des sächs. G. B.). Der von Pachmann citirte §. 1471. spricht übrigens von der Erstigung. Die richtige Ansicht hat Zeiller, II. S. 104., (anders IV. 219.), Rippel, III. S. 167, freilich mit der beim Besitze unrichtigen Motivirung: weil im Begriffe des Rechtes die Befugniß der beliebigen Ausübung liege. Ueber einen ähnlichen Irrthum Koch's siehe Note 6a. — Eine andere Frage ist, ob so ein Besitz zur Erstigung hinreiche. Nach gemeinem Rechte gewiß nicht, selbst dann nicht, wenn die ganze Erstigungszeit hindurch keine weitere Gelegenheit zur Ausübung sich geboten hätte. Vgl. Unterholzner, II. S. 181 (welcher früher in der Schrift: Verjähr. d. fortgef. B., die entgegengesetzte Ansicht ausdrückte), Sintonis, §. 64. Note 48. Buchta, Rechtsler. II. S. 72. Heerwart, S. 158. Note. Evers, S. 659, 751. Seuffert, Pand. §. 175. Note 2., und Muther, S. 52, 62, welcher sogar bei Wegeservituten in jedem Jahre 30 tägige, bei anderen alljährige Uebung fordert, worin ihm bedingt Hedemann, Note 98., zustimmt. (Gegen diese unmotivirte Uebertragung der Bedingungen des Interdiktenbuses auf den Usukapionsbesitz spricht sich mit Recht Evers, S. 659, Note \* aus.) Wir pflichten Busch, Arch. 31. B. S. 260 fg. bei, welcher eine vielfältige, häufige Ausübung fordert, so daß der Richter die Ueberzeugung erhält von einem usus diuturnus, s. longa consuetudo. Vgl. L. 1. §. 23. D. 39. 3. L. 10. pr. D. 8. 5. So wesentlich auch Windscheid, §. 213. R. 3., und die Gerichtspraxis (Seuffert's Arch. IX. 129. XIII. 83. XV. 206. XXI. 107 u. a.). Zu vag ist die Behauptung Unterholzner's (dem Savigny, S. 475. R. 2., beitrifft), daß die Fortdauer des Besitzes nur bei gewöhnlichen Unterbrechungen anzunehmen sei. — Nach österr. Rechte kann es nach §. 1471. G. B. keinem Zweifel unterliegen, daß bloß einmalige Ausübung zur Erstigung nicht genügt. Fordert doch der §. 1471. G. B. sogar bei Rechten, die selten ausgeübt werden, daß der Fall der Ausübung wenigstens dreimal sich ergeben, und das Recht ein jedes Mal ausgeübt worden sei. Wir halten die vorhin in Ansehung des röm. Rechtes ausgesprochene Ansicht auch für das österr. Recht fest. Unsere Kommentatoren äußern sich hierüber nicht. Schuster, Baur. S. 422, hält sonderbarer Weise einmalige Ausübung für hinreichend. Richtig Brodowski, S. 87. Nebelhaft sind die Bemerkungen Kirchsteiter's, S. 680, der von der irrigen Meinung aus-

letzteren eine Störung vorgefallen wäre, kann der Gestörte (sonderbarer Weise) mit der am selben Tage angebrachten Klage um Schutz im Besitze ansuchen, ohne daß ihm eingewendet werden könnte, daß er außer dem vor (z. B. nahezu dreißig) Jahren vorgenommenen ersten Ausübungsakte keinen weiteren Rechtsgebrauch gemacht habe.<sup>8</sup> Bot sich während der Verjährungszeit gar keine Gelegenheit zur Ausübung, so geht der Besitz durch Nichtgebrauch nicht verloren.<sup>9</sup> Um den Besitz eines Rechtes zu erhalten, ist übrigens nicht nöthig, daß der Inhalt desselben vollinhaltlich geübt werde (§. 1482. G. B.).<sup>10</sup> Gleich-

zugehen scheint, daß durch Erstigung eines kündbaren Rechtes das Kündigungsrecht ausgeschlossen wird. — Nach preuß. Rechte muß das Recht, das eressen werden soll, jährlich wenigstens einmal ausgeübt werden, sonst ruht die Erstigung §§. 596. 599. I. 9. — Nach sächs. Rechte wird bei Rechten, die jederzeit oder zu regelmäßig wiederkehrenden Zeiten ausgeübt werden, außer der Ausübung am Anfange und Ende der Erstigungszeit alljährliche Ausübung (bez. wo diese nicht möglich ist, Ausübung in dem betreffenden längeren Zeitraum) erfordert, widrigens gilt der Besitz als unterbrochen. Doch wird, wenn in der Zwischenzeit drei (über Jahresfrist auseinanderliegende) Ausübungen erwiesen sind, ununterbrochene Ausübung vermutet. §. 581. Nach den Motiven sollte durch diese „Fünffakttheorie“ die bisherige allzu milde Praxis beseitigt werden.

8) Weit entfernt, diese unnatürliche Gestaltung des Besitzverhältnisses zu billigen, beschränke ich mich eben nur darauf, die Konsequenzen der positiven Normen zu ziehen! Die Praxis wird allerdings vor denselben zurückweichen. Vgl. das Erk. in Note 6a. — Nichtwissen schließt freilich den Besitzwillen hier wie überall aus. Vgl. R. 12a. — Das preuß. Landr. fordert im §. 154. I. 7. zum Besitzes schutze den auf den Rechtsbesitz nicht wohl passenden Nachweis, daß sich der Kläger unmittelbar vor der Störung oder Entsetzung im ruhigen Besitze befand. Zweckmäßig fordert das röm., sächs., franz. und ital. Recht Ausübung im letzten Jahre zwar nicht als Bedingung der Erhaltung, wohl aber des Schutzes des Quasibesitzes. Vgl. §. 33. R. 4. Durch Anstellung der Klage wird die Verjährung unterbrochen, und daher der Verlust des Besitzes verhindert (§. 1498. G. B.).

9) Vgl. §. 1478.: „Zur Verjährung ist der bloße Nichtgebrauch eines Rechtes, das an sich schon hätte ausgeübt werden können, hinreichend;“ und dazu §. 1484. So auch Schuster, S. 407. Stubenrauch, III. S. 730. Brodowski, §. 10. Anders nach R. R., welches aber hiergegen Restitution zuläßt. Vgl. Unterholzner, II. S. 216. Windscheid, §. 216. R. 5. A. M. Dunker, S. 76. Auch die bei Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 124, angeführte Entscheidung. d. D. A. Ger. Kassel nimmt Unterbrechung des Besitzes nicht an, wenn keine Gelegenheit zur Ausübung war; nur wird der betreffende Zeitraum zur Einrechnung in die Immemorialverjährungsfrist nicht für geeignet erachtet.

10) Vgl. L. 8. §. 1. D. 8. 6. Glück, IX. S. 375. Unterholzner, II. S. 214. Evers, a. D. S. 775. Heimbach, Rechtsler. X. S. 330. Windscheid, §. 216. R. 4. Auch die geringste Ausübungshandlung hält den Verlust hintan, vorausgesetzt, daß damit der wesentliche Inhalt der Servitut, wenn auch partiell, geübt wurde, und nicht etwa der Charakter des Rechtes geändert wird. Vgl. L. 20. 25. D. quib. m. ususfr. 7. 4., L. 2. D. quemadm. serv. 8. 6.

giltig ist im Allgemeinen, aus welchem Grunde die Ausübung des Rechtes unterblieb.<sup>10a</sup> Nur dann, wenn der Besitzer die Ausübung bloß über die Bitte des Gegentheils unterlassen, oder sich mit einem Surrogate der Ausübung begnügt hat, wird der Besitzverlust gerade so wie durch wirkliche Ausübung verhindert.<sup>11</sup>

Wie bereits früher (§. 33. Abs. 2.) hervorgehoben wurde, genügt es zur Erhaltung des bereits bestehenden Rechtsbesitzes, wenn die bezügliche Bestzhandlung als Ausfluß desselben durch dritte, nicht gerade im Repräsentationsverhältnisse stehende Personen vorgenommen wurde; ja sofern die Benutzung nicht in einer Bestzhandlung, sondern in einer gewissen nutzbringenden Naturthätigkeit beruht, genügt die Fortdauer dieser Letzteren — das bloße Wirken der Naturkräfte.<sup>12</sup>

Immer wird jedoch das Dasein des Besitzwillens vorausgesetzt. Von Fortdauer des Rechtsbesitzes kann daher nicht die Rede sein, wenn der Besitzer von dem angeblichen Bestzverhältnisse gar keine Kenntniß hat.<sup>12a</sup>

(Gehen erhält die Serv. actus). Dagegen wird der Besitz der serv. aquae haustus durch bloßes Gehen zur Quelle nicht erhalten. Vgl. L. 17. D. quemadm. serv. am. 8. 6. S. auch Schuster, S. 230.

10a) Auch wenn die Ausübung durch Zwang verhindert wurde, geht also der Besitz verloren; vgl. Heim bach, Rechtslex. X. S. 331, und Sentenis, §. 66. Note 19.

11) Vgl. §. 1497. b. G. B. L. 32. D. 8. 2. L. 17. D. 8. 4., Elvers, S. 774. Note e. — S. auch den in der Ger. Halle 1863. S. 524. angeführten oberstgerichtlich entschiedenen Fall, in welchem ein Leichbesitzer die Verpflichtung hatte, allwöchentlich am Dienstage 3 Zoll Wasser zu Gunsten der thalabwärts angelegten Mühlenbesitzer abzulassen. Einsender fragt, ob nicht durch die das letzte Mal vor der Störung einverständlich erfolgte Verlegung des Ablasses vom Dienstage auf einen anderen Tag der Rechtsbesitz unterbrochen worden sei? Gewiß nicht. Wäre doch selbst bei gänzlicher Unterlassung der Besitz noch immer nicht verloren gegangen. — Das preuß. Landr. hat diesen Fall im §. 653. I. 9. ausdrücklich in dem im Texte angeführten Sinne entschieden.

12) So wird der Besitz einer Wasserleitung erhalten, wenn das Wasser durch dieselbe zu- oder abfließt. L. 5. 12. 19. D. 8. 6. Vgl. hierzu §. 31. N. 5, und §. 33. N. 3 d. B., wo diese Frage näher erörtert ist. Windscheid, §. 216. N. 3, und §. 163. N. 14. Seuffert, Arch. 23. B. S. 214.

12a) §. B. wenn ihm nicht bekannt ist, daß das nachbarliche Grundstück den Abfluß des Wassers dulden muß und wirklich duldet. Die petitorische Klage ist selbstverständlich dadurch nicht ausgeschlossen. Vgl. L. 20. D. quib. mod. 7. 4.: Si vero ignoret, puto eum amittere usumfructum; non enim (ex) eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere.

Die Verjährungsfrist beginnt von dem Augenblicke an zu laufen, in welchem die an sich mögliche Ausübung des Rechtsinhaltes unterlassen wurde, daher, wenn diese Möglichkeit immer erst nach längeren Zeiträumen eintritt, z. B. alljährlich im Herbst, erst mit jenem Zeitpunkte, wo die Handlung wieder vorgenommen werden konnte, und nicht etwa unmittelbar nach der letzten Ausübung.<sup>13</sup>

Bei denjenigen Servituten, deren Ausübung zwar gewisse Vorrichtungen auf fremdem Grunde voraussetzt, deren eigentlicher Inhalt jedoch in gewissen Handlungen besteht, ist die Nichtausübung nach den vorstehenden (für diskontinuirliche S. geltenden) Grundsätzen zu beurtheilen, und beginnt daher insbesondere die Verjährung schon mit der unterlassenen Ausübung, und nicht etwa erst mit der Vernichtung der Vorrichtung.<sup>14</sup>

Dies Alles gilt sinngemäß auch bei Reallaften.

II. Bei Rechten, die in einer gewissen Vorrichtung oder Anlage auf fremdem Grunde bestehen, z. B. bei der Servitut der Balkeneinfügung, dauert die Ausübung so lange, als jene Vorrichtung (Anlage) besteht, sie hört auf, sobald diese durch Naturereignisse oder willkürliche Handlungen vernichtet oder entfernt ist, z. B. wenn bei der S. tigni immitt. der Balken verfaulte oder vom Besitzer der Reparatur wegen entfernt wurde.<sup>15</sup> Nach dem Schlußsatze des §. 351 b. G.

13) §. B. wenn das Weiderecht im Herbst 1870 zuletzt geübt wurde, beginnt die Frist erst mit der Unterlassung im Herbst 1871. S. Heerwart, a. a. D. S. 323. Elvers, S. 773. Brodowski, Verjähr. S. 41.

14) Vgl. über das Wesen dieser Servituten §. 27. N. 6 u. 24. Daher beginnt z. B. die Verjährung eines Bewässerungsrechtes mit der unterlassenen Leitung des Wassers, auch wenn der Abzugsgraben oder die Röhren noch unversehrt in fremdem Grunde sich befänden. Vgl. Schuster, S. 223 ff. — Dagegen müßte nach sächs. und nach franz. Rechte, welche diese Servituten den sub II. folgenden gleichstellen (vgl. §. 557. b. G. B. und art. 688. u. 707. des C.), allerdings behauptet werden, daß deren Gebrauch erst mit der Zerstörung der Anlage aufhöre. So müssen überhaupt jene urtheilen, welche, wie namentlich Unterholzner, II. §. 192., zwischen den in Rede stehenden und den im Texte sub II. angeführten Servituten keinen Unterschied machen.

15) Es darf nicht übersehen werden, daß mit der bloßen Zerstörung der Vorrichtung nur die Ausübung dieser Gattung von Dienstbarkeiten aufhört, — daß aber damit noch nicht der Besitz derselben verloren geht, da der Besitzverlust überhaupt nicht schon mit der unterlassenen Ausübung, sondern erst mit der Unmöglichkeit derselben (a. in contrarium) eintritt. Die Behauptung Savigny's, S. 492 (601). Böcking's, §. 126., und Unterholzner's, II. §. 178, daß der Besitz dieser Gattung Servituten aufhöre mit dem bloßen Hinwegfalle der Anlage, — (so auch der bayr. Entw. III. art. 49.) — läßt sich weder durch die Natur

B. geht aber durch bloße Nichtausübung der Besitz auch dieser Gattung von Servituten erst dann verloren, wenn seit der erfolgten Vernechtung der Anlage die Verjährungszeit. (von 30 bez. 40 Jahren) abgelaufen ist. Vorausgesetzt wird hierbei selbstverständlich, daß die Ausübung möglich war; denn wird diese dauernd unmöglich, so tritt der Besitzverlust sofort mit der Unmöglichkeit der Ausübung ein, z. B. wenn der Gegentheil die Anlage in der Absicht zerstörte, deren Gebrauch für die Zukunft zu verhindern.<sup>16</sup>

III. Ebenso dauert die Ausübung negativer Servituten so lange, als jener Zustand unverändert fort dauert, in welchem das dienende Grundstück dem herrschenden den bestimmten Vortheil gewährt. Ändert sich der Zustand in der Art, daß dieser Vortheil aufhört, so hört auch die Ausübung auf, z. B. wenn bei der S. des Licht- und Ausichtsrechtes der Eigenthümer des herrschenden Gebäudes die gegen den dienenden Grund hin angelegten Fenster verschalt.<sup>17</sup>

der Sache, noch durch Quellenstellen rechtfertigen. Vgl. §. 35. N. 8 u. 9. Jedoch ist auch in diesem Falle für das röm. Recht die Frage, ob mit der Nichtausübung der Besitz verloren gehe, in Betreff des Interdiktenschutzes (nicht aber in Betreff der Ersetzung) unpraktisch, da das interd. uti poss., welches zum Schutze dieser Servituten dient, voraussetzt, daß die Vorrichtung im Momente der Störung oder Beistrettung vorhanden gewesen sei. L. 1. pr. D. 43. 17.: Uti eas aedes . . . possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto. Zog daher der Eigenthümer des herrschenden Grundes den Balken heraus, z. B. der Reparatur wegen, so hatte er kein Interdikt zum Schutze seines Besitzes, wenn der Nachbar die Wiedereinfügung verhinderte. Dies vermuthet Civeris, S. 831. Vielleicht, daß L. 14. D. si serv. vind. diese Frage entscheidet: Si, cum meus proprius esset paries, passus sim immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me poteris, imo etiam agere tecum potuero, ut ea, quae nova immiseris, tollas. Vgl. Schuster, S. 346. So sonderbar diese Entscheidung vom Standpunkte der neueren Kodifikationen erscheinen mag, — vom Standpunkte des röm. Rechtes, welches keinen selbstständigen Besitzschutz dieser Servituten kennt, ist sie ganz konsequent. Vgl. auch L. 20. pr. D. 8. 2. Richtiger bezieht Writh, Usucapio lib. Note 83, diese Stelle auf die Vermehrung der Balken; dafür sprechen die Worte: „quae antea habueris.“

16) Es geht daher der Besitz der Servitut der Gebäudelast oder der Balkeneinfügung nicht verloren, wenn z. B. der Eigenthümer des herrschenden Gebäudes die gefügte Wand einreißt und den Balken entfernt, um eine neue Wand herzustellen oder einen neuen Balken einzufügen. — Auch für das röm. Recht ist die Bemerkung, daß durch bloßen Nichtgebrauch (bei Möglichkeit desselben) der Besitz nicht verloren gehe, insofern von Wichtigkeit, als in solchen Fällen eine Unterbrechung des Usukapionsbesitzes nicht angenommen werden kann, vorausgesetzt, daß der Nichtgebrauch nur ein vorübergehender war.

17) Hieraus ergibt sich, daß die Behauptung Heimbach's, Rechtsler. IX. S. 326: bei negativen Servituten lasse sich eine Nichtausübung ohne factum con-

Auch hier ist zu betonen, daß mit dem bloßen Nichtgebrauche der Besitz dieser Dienstbarkeiten nicht verloren geht; daß vielmehr der Besitzverlust erst dann eintritt, wenn der Zustand des Nichtgebrauches durch die gesetzliche Verjährungszeit angehalten hat (§. 351. G. B.). Es versteht sich jedoch, daß, wenn der Nichtgebrauch in einem Ereignisse beruht, das die Ausübung unmöglich macht, der Besitzverlust schon mit dem Eintritte dieses Ereignisses erfolgt. Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Nachbar die Aussicht verbauen würde.<sup>18</sup> Klar spricht den Gegensatz zwischen bloßem Nichtgebrauche und Verhinderung des Gebrauches in dem eben dargestellten Sinne aus L. 6. D. de S. P. U. 8. 2.: »Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucipiat; veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus officiantur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes altius sublatae habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. In der Fenstervermahlung durch den Besitzer selbst wird also ein bloßer Nichtgebrauch, und erst in der Bauführung des Nachbarn ein die Ausübung vereitelndes Factum erblickt. Auflassen des Besitzwillens oder Unkenntniß des angeblichen Besitzverhältnisses schließt natürlich das Dasein des Besitzes aus. (N. 12a.)

### §. 35. Besitzverlust durch Unmöglichkeit der Ausübung.

Der Rechtsbesitz muß aufhören, wenn die Ausübung des Rechtes unmöglich geworden ist (§. 32. d. B.). Die Unmöglichkeit kann eintreten entweder:

trarium nicht denken, nicht stichhaltig sei. Denn um das im Texte gegebene Beispiel beizubehalten, kann doch wohl einerseits Nichtausübung nicht geläugnet, andererseits das Verschalen der Fenster durch den Hauseigenthümer selbst nicht als factum contrarium angesehen werden, wie z. B. Sintonis, §. 64. N. 50, anzunehmen scheint, da doch derselbe die verschalteten Fenster jeden Augenblick wieder öffnen und die Verschalung aus Utilitätsgründen nur zeitweilig, z. B. für die Wintermonate erfolgen kann. Vgl. L. 6. D. de S. P. U.

18) Auch hier gilt die in der Note 16 gemachte Bemerkung, daß die bloße Nichtausübung (wenn sie eine vorübergehende ist) den Usukapionsbesitz nicht unterbreche.

1) in Folge von Ereignissen, welche vom Willen des dem Besitzer gegenüberstehenden (belasteten) Theiles unabhängig sind; insbesondere durch Zufälle, Aenderung von Rechtsverhältnissen (z. B. Konsolidation, s. Nr. 4066 Samml. Gl.-U.-B.) und Akte Dritter;

2) in Folge von Handlungen, welche der dem Besitzer gegenüberstehende (belastete) Theil vornimmt.<sup>2</sup>

Thatsachen, welche die Ausübung des Rechtes nicht unmöglich machen, haben den Besitzverlust nicht zur Folge. Dies gilt insbesondere von bloßen Protestationen gegen die Ausübung, und von bloßen Störungen, d. i. Handlungen, welche die Ausübung wohl beeinträchtigen, aber nicht gänzlich vereiteln.<sup>3</sup>

1) Gewöhnlich wird von diesen Fällen des Besitzverlustes gar nicht gesprochen. Auch die neueren Kodifikationen erwähnen desselben nicht, was Gräwe II, Besitz Note zu §. 130, für das preuß. Recht zu der Behauptung veranlaßte, daß der Rechtsbesitz durch Eintritt der physischen Unmöglichkeit der Ausübung nicht verloren gehe.

2) Analog dem Verluste des Sachbesitzes ist ein factum contrarium erforderlich. Irrig ist es aber, wenn Bornemann, I. S. 579, meint: „das factum contrarium, worauf es hier ankomme, sei die Erwerbung des Besitzes eines entgegenstehenden Rechtes.“ Oder erwirbt etwa der Eigentümer eines Grundstückes, der dem Nachbar die Ausübung einer Wegservitut durch Absperrung des Durchganges unmöglich macht, den Besitz eines solchen Rechtes? Unjuristisch Weise sprechen in diesem Falle wirklich von Besitzwerb eines „Untersagungsrechtes“ des Sachbesitzers Gräwe II, Besitz, Note zu §. 81. und Temme, I. S. 237, N. 2, was Bornemann selbst, S. 580, für ein „Urding“ erklärt. — Ebenso grundlos ist die auf derselben irrigen Anschauung beruhende Ansicht Temme's, §. 69., daß in Konsequenz der beim Sachbesitze geltenden Grundsätze angenommen werden müsse, daß der Rechtsbesitz durch den Widerspruch des Gegentheiles noch nicht verloren gehe, vielmehr hierzu erfordert werde, daß der Rechtsbesitzer das Aufhören der fremden Willensunterwerfung unter seinen Willen anerkenne. Den Beweis hiefür ist uns Temme schuldig geblieben; denn daß der vom Verluste des Sachbesitzes handelnde, höchst singuläre §. 122. I. 7. auf den Rechtsbesitz nicht anwendbar sei, liegt auf der Hand. Die §§. 126 flg. I. 7. enthalten keine Spur jener Auffassung.

3) Vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 24—26, und die daselbst zitierte Entscheidung des Kasseler O. A. G. Schon hieraus ergibt sich die Nothwendigkeit der Unterscheidung zwischen bloßer Störung und Entsetzung, welche beide sprachgebräuchlich mit dem gemeinschaftlichen Namen: „Besitzstörung“ bezeichnet zu werden pflegen, auch in Ansehung des Rechtsbesitzes. Es ist ein leichtes Gebahren, diesen Unterschied als angeblich unpraktisch hinwegzuläugnen, wie dies besonders Höpfner, Besitzrechtm. S. 52, thut. Selbst mit der Behauptung, daß der Rechtsbesitz trotz der Verhinderung der Ausübung animo fort dauern (Höpfner, S. 52) und durch Einklagung erhalten werden könne, ist die Nothwendigkeit jener Unterscheidung nicht beseitigt, da bei bloßen Störungen trotz unterbliebener Klage der Besitz nicht verloren geht, wohl aber bei völliger Verhinderung, hiemit doch immer die Frage übrig bleibt, wann Störung und wann Entsetzung anzunehmen ist. S. auch N. 20, 46, 47, auch Seewart, S. 177, auf den sich Höpfner mit Unrecht beruft.

Während nach römischem Rechte, welchem hierin das preussische Landrecht und das sächsische b. G. B. gefolgt sind,<sup>4</sup> in den beiden oben angeführten Fällen der Unmöglichkeit der Reproduktion des Rechtsgebrauches der Besitzverlust ohne Weiteres eintritt, erfolgt derselbe nach österreichischem Rechte in dem zweitangeführten Falle nur dann, wenn die vom Gegentheile vorgenommene Verhinderung nicht rechtzeitig mittelst Klage verfolgt wird (§. 351. A. b. G. B.). Wir haben daher von beiden Fällen abge sondert zu handeln.

#### A. Besitzverlust durch vom Gegentheile nicht bewirkte Ereignisse.

Ereignisse dieser Art sind:

I. Der Tod des Besitzers, der Untergang des herrschenden Grundstückes bei Prädialservituten, der Untergang der dienenden Sache bei allen Servituten, der Untergang des berechtigten Reales bei allen Realrechten, der Untergang des pflichtigen Grundstückes bei Reallasten und Bannrechten.<sup>5</sup> Dem Untergange stehen gleich solche Veränderungen, welche die Ausübung des Rechtes dauernd unmöglich machen. So bewirkt z. B. das vollständige Versteigen der Quelle den Verlust des Besitzes der Wassererschöpfungsberechtigte. Eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit der Ausübung dagegen hat den Besitzverlust nicht zur Folge.<sup>6</sup>

4) Das französische und italienische Civilgesetzbuch enthält keine Bestimmungen über den Besitzverlust der Rechte. Nach der Ansicht Planché's, Besitz S. 65, müßte auch bei Rechten der Verlust des Besitzes erst dann eintreten, wenn die Unmöglichkeit der Ausübung durch ein Jahr gedauert hat. Es wurde indeß schon im §. 24. N. 1 gezeigt, daß der von Planché berufene art. 2234. nur vom Usucapionsbesitze spricht. Vgl. auch Note 47. Lakonisch sind die Bemerkungen Zachariä's, franz. C.-N. §. 185 b., über Besitzverlust. — Auch das Züricher G. B. enthält keine Bestimmungen über Besitzverlust an Rechten. — Der bayr. Entw. III. art. 49. schließt sich in der Hauptfache der Savigny'schen Theorie an.

5) Dahin gehört z. B. der gänzliche Einsturz des stützenden Gebäudes bei der S. oneris ferendi oder tigni immitt. Doch muß der Untergang ein vollständiger sein. Daher wird z. B. bei einem bloß theilweisen Einsturze des Hauses der Besitz jener Servituten fort dauern, wenn auch einige der Stützbalken ihre Basis verloren hätten (§. 1482. A. b. G. B.). Vgl. Schuster, S. 222. Koch, S. 205.

6) Denn der Rechtsbesitz beruht in der realisirten Möglichkeit der Ausübung eines Rechtes; diese dauert aber auch dann fort, wenn der sofortigen Ausübung ein momentanes Hinderniß entgegensteht. Nur die absolute, dauernde Unmöglichkeit macht daher dem Besitze ein Ende. Dieser Schluß wird durch die Analogie des Sachbesitzes unterstügt. Vgl. §. 352. des G. B.: „Solange Hoffnung (recte Möglichkeit) vorhanden ist, eine verlorene Sache zu erhalten, kann man sich durch den bloßen (?) Willen in ihrem Besitze erhalten.“ Vgl. auch Pachmann, a. a. D. S. 112. —

Es geht daher z. B. der Besitz des Bewässerungsrechtes nicht verloren durch die zeitweilige Vertrocknung des Baches im Hochsommer. Darum erlischt ferner der Besitz der Servitut des Bauverbotes allerdings durch den Aufbau eines Gebäudes auf einem zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstücke gelegenen Grunde, nicht aber durch die Errichtung eines Baugerüstes auf demselben.<sup>7</sup> Eben hieraus ergibt sich aber, daß der Besitz derjenigen Servituten, die in einer Vorrichtung auf fremdem Grunde bestehen, nicht schon, wie oft behauptet wird,<sup>8</sup> mit dem Hinwegfalle der Vorrichtung (deren Vernichtung, Aufhebung) verloren gehe, sondern erst durch die Unmöglichkeit ihrer

Der §. 562. des sächs. G. B. sagt ausdrücklich, daß der Besitz der Realervituten erst verloren gehe, wenn ein Zustand hergestellt wird, der deren Ausübung für die Dauer unmöglich macht. Der bayr. Entwurf III. art. 48. bestimmt, daß der Rechtsbesitz verloren gehe, wenn dem Besitzer „durch einen außer ihm gelegenen Umstand die Möglichkeit beliebiger Ausübung entzogen wird.“ Der art. 49. spezialisiert die Fälle. Vgl. dazu Roth, §. 133. N. 19.

7) Vgl. Unterholzner, II. S. 179. Sintonis, §. 64. S. 592. Civers, S. 678. Muther, S. 59. Ob das Zumauern der Fenster des herrschenden Grundstückes durch dessen Besitzer selbst den Besitzverlust des Nichtrechtes bewirke, wie Unterholzner und Sintonis a. a. D. behaupten, hängt von der Art und dem Zwecke der Vermauerung ab; an sich kann darin nur eine Thatsache gesehen werden, welche die Ausübung einstellt, nicht aber eine solche, welche sie unmöglich macht. Gar keine Aenderung in dem bestehenden Zustande bewirkt bei dieser Servitut ein Pflanzenwuchs auf dem dienenden Grundstücke. S. §. 35. N. 26. Vgl. L. 7. D. de S. P. U. und dazu Wirth, Lib. Usuc. (1854) S. 54 fig. Irrig Sintonis, §. 64. N. 50.

8) So namentlich Savigny, S. 492 (601). („Die Erhaltung ihres Besitzes ist sehr leicht zu bestimmen, da sie immer in einer dauernden Anstalt bestehen, durch deren Dasein das Recht wirklich ausgeübt wird.“) Unterholzner, II. S. 178. und Schirmer, das. Note. Hoffmann, II. S. 28. Böcking, §. 126. („durch Vernichtung der Vor- oder Einrichtung“). Ebenso der bayr. Entwurf III. art. 49. Widerspricht schon diese Ansicht dem Sage, daß zum Besitzverluste ein actus in contrarium notwendig sei (vgl. Böcking selbst, S. 475), so ist es auch nicht möglich, für sie den Beweis aus den Quellen zu liefern. Böcking beruft sich (Note 25, 21) auf L. 15. D. 39. 1. L. 45. D. 39. 2. L. 9. pr. D. 8. 5., von denen aber keine unseren Fall bespricht. Savigny bezieht sich auf L. 20. pr. D. 8. 2.: „Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione refinentur.“ Allein abgesehen davon, daß diese Stelle von Paulus herrührt, dessen Theorie über den Rechtsbesitz das spätere Recht weit überholte (vgl. z. B. L. 4. §. 27. D. de usurp. und L. 14. pr. D. 8. 1. einerseits, und andererseits L. 11. §. 1. D. 6. 2. [Ulpian] und c. 2. C. 3. 34.), — sagt dieselbe nur, daß Servitutenebesitz fort-dauere, wenn die Commission des Balkens vorliege, und erst durch ein nicht unbedenkliches arg. a contrario könnte man zu der Behauptung Savigny's gelangen. Vgl. auch Civers, S. 679, Note e. Windscheid, §. 216. N. 2. a.: „Man verwechselte nicht Nichtausübung und Nichtbesitz.“

Wiederherstellung; denn mit dem Wegfalle der Anlage hört wohl augenblicklich die Möglichkeit der Ausübung auf, nicht aber wird dadurch die Ausübung dauernd verhindert.<sup>9</sup>

Inwiefern aus der bloßen Nichtausübung auf ein Aufgeben des Besitzwillens geschlossen werden könne, beziehungsweise nach österreichischem und preussischem Rechte der Besitzverlust durch Ablauf der Verjährungsfrist eintrete; endlich ob, wenn der Gentheil die Anlage absichtlich vernichtet, hiedurch der Besitz verloren gehe, muß nach den darüber bestehenden Regeln beurtheilt werden.

Der Besitz von Servituten, deren Ausübung die Detention der Sache voraussetzt, geht verloren mit dem Verluste der physischen Herrschaft über die letztere, da ohne diese die Ausübung des Rechtes unmöglich ist.<sup>10</sup>

II. Aenderungen von Rechtsverhältnissen zu Folge des Sages: wo das Recht nicht möglich ist, ist es auch nicht der Besitz (vgl. §. 26. Abs. 7. d. B.). Es wird daher der Besitz von Realervituten und Realrechten aufhören mit dem Eigenthume oder Besitze am berechtigten Grunde,<sup>11</sup> durch Vereinigung des herrschenden und dienenden Grundes

9) Vgl. Civers, S. 678. Sintonis, §. 64. S. 592. Puchta, Rechtsler. S. 72. Der Quasibesitz geht verloren, sagt Kestner richtig, „nicht schon dadurch, daß die Anstalt zeitig entfernt wird, z. B. der Balken einer Reparatur wegen herausgenommen, die Projektion der Dachrinne u. s. w. augenblicklich fortgenommen wird, sondern erst dann, wenn der Besitzer gehindert ist, jenen Zustand nach Belieben wieder herzustellen.“ Vgl. auch Muther, S. 58. Windscheid a. a. D.

10) Vgl. Muther, S. 63. Temme, §. 69. Hierüber gelten die für den Verlust des Sachbesitzes gegebenen Vorschriften. S. §. 602. sächs. G. B. und bayr. Entw. art. 49. Roth, §. 133.

11) Unterholzner, II. S. 177. Hoffmann, I. S. 30. Puchta, Rechtsler. S. 72. Böcking, §. 126. Muther, S. 58. Windscheid, §. 163. N. 12. Stubenrauch, S. 700. Denn nur der Eigenthümer des Grundes kann Realervituten haben. L. 1. D. 8. 4. Hoffmann, I. S. 29 fig. und Civers, S. 695. Dagegen kommt auf die Detention des Reales Nichts an. Es läßt sich daher nicht rechtfertigen, wenn Böcking a. a. D. sagt: „Der Quasipossessor der Prädialservituten höre auf, es zu sein, sobald er nicht mehr Inhaber des Grundstückes ist.“ Uebt z. B. der frühere Eigenthümer nunmehr als Pächter Realervituten aus, so ist nicht er Besitzer derselben, sondern der derzeitige Eigenthümer: sein Besitz hat mit dem Eigenthume am Grunde aufgehört. In L. 1. D. 8. 4. bedeutet habere offenbar das rechtliche Haben. Auch der Verlust des Besitzes bedeutet habere offenbar das rechtliche Haben. Auch der Verlust des Besitzes des berechtigten Grundes muß den der Realrechte nach sich ziehen. Vgl. S. 591, und die §§. 77. u. 129. I. 7. des L. R. und §. 562. des sächs. b. G. B. „Der Rechtsbesitz einer Grunddienbarkeit geht verloren mit dem Besitze des Grundstückes“ . . . Ebenso der bayr. Entw. III. art. 49. Zu tabeln ist, daß Pachmann, S. 112,

in Einer Person (Nr. 4066 Samml.), durch Rechtsfah, der die dienende Sache dem Verkehre entzieht oder die Unzulässigkeit des betreffenden Rechtes oder doch seines Besitzes oder seiner Erziehung für die Zukunft verordnet. Ein Beispiel für die letzterwähnte Erlösungsart liefert das Gesetz vom 5. Juli 1853. Z. 130. N. G. B., welches im §. 43. verordnet, daß vom Tage der Kundmachung desselben gewisse (im §. 7. a. bezeichnete) Wald- und Weideservituten nicht mehr ersitzbar sind, ein noch nicht vollendeter Besitz für unterbrochen zu erachten ist, und daß dieselben nicht anders als durch Vertrag, letzten Willen oder Richterspruch begründet werden können.

III. Handlungen Dritter, nämlich anderer Personen als des Gegentheiles, d. i. des Inhabers des dienenden oder belasteten Grundstückes. Fälle dieser Art kommen seltener vor, sind aber sehr wohl denkbar. Denn es liegt zunächst auf der Hand, daß der Besitz derjenigen Servituten, deren Ausübung die Detention der dienenden Sache vor- aussetzt, also namentlich der Besitz des Gebrauchs- und Nutznießungs- rechtes durch Handlungen Dritter verloren gehen könne, nämlich durch Entziehung der Detention der Sache.<sup>12</sup> Allein auch bei Rechten, die in einzelnen Handlungen, oder in Leistungen bestehen, ja sogar bei negativen Servituten und Bannrechten lassen sich Fälle denken, in welchen die Ausübung des Rechtes durch Handlungen Dritter dauernd verhindert werden kann.<sup>13</sup> In Fällen dieser Art hört mit der Möglich- keit der Ausübung auch der Besitz auf; so insbesondere:

a) bei positiven Servituten, z. B. wenn sich zwei Nachbarn im Besitze des Wasserschoß- oder Wasserleitungsrechtes befinden, und einer derselben durch Sperrung der Leitung oder des Brunnens oder ständige thätliche Verhinderung die Ausübung des Rechtes durch den Anderen vereitelt;<sup>13</sup>

den Besitzverlust damit begründet, daß solche Rechte „Zugehör der Sache“ seien. Gegen die mißbräuchliche Anwendung des Begriffes „Zugehör“ auf Rechte vgl. Unger, I. S. 437 flg. Anderer Ansicht ist Bluntshli, D. P. R. §. 52., der darin eine Eigenthümlichkeit des deutschen Rechtes sehen will. Dagegen s. Gerber, §. 59. Stobbe, D. P. R. §. 65. N. 3.

12) Vgl. L. 4. D. Uti poss. und Savigny, S. 477 (581).

13) Von der Verhinderung der Ausübung der Wegservituten durch Dritte spricht ausdrücklich L. 3. §. 5. D. de itinere; von dem im Texte lit. a. erwähnten Falle die L. 1. §. 26. D. de aqua quot. Auch behördliches Verbot ist hieher zu rechnen. Vgl. Windscheid, §. 163. N. 12.

b) bei negativen Servituten, wenn z. B. der Besitzer eines zwi- schen dem herrschenden und dienenden Grundstücke gelegenen Grundes durch Aufführung eines Baues die Servitut der Aussicht vereitelt;

c) bei Reallasten und Bannrechten, wenn Jemand den Pflichtigen durch Gewalt oder Drohungen an der Vornahme der Leistung oder an der Abnahme des Bannobjektes dauernd hindert.<sup>14</sup>

In den bisher besprochenen Fällen I.—III. tritt der Besitzverlust sofort mit der Unmöglichkeit der Ausübung ein.<sup>15</sup> Die Bestim- mung des §. 351. N. G. B., daß der Besitz eines Rechtes im Falle der Verhinderung der Ausübung von Seite des Gegentheiles durch rechtzeitige Anstellung der Besitzstörungs-klage erhalten werden könne, gestattet bei ihrer Singularität auf diese Fälle keine analoge Anwendung.<sup>15a</sup>

14) Vgl. c. 22. X. de off. jud. und c. 31. X. de decimis und den aller- dings sonderbaren c. 19. X. de rest. spol. Brunß, S. 217. Unger, I. S. 562, N. 28, dagegen Duncker, S. 87. Heerwart, S. 309. — Nimmt der Andere nur die Reallast als ihm zukommend in Anspruch, und bewirkt er wirklich die Leistung an sich, so verliert dadurch der bisherige Besitzer der Reallast den Besitz noch nicht (denn es ist ja möglich, daß der Pflichtige in der bisherigen Weise ihm zu leisten fortfährt), sondern erst dann, wenn der Pflichtige ihm die Leistung verweigert. Hier geht also der Besitz nicht durch den Dritten, sondern durch den Gegentheil ver- loren. Vgl. Heerwart, S. 309. Duncker a. a. D., und Heim bach, S. 83. Dagegen wollen Andere, besonders Brunß, S. 218 u. 219. Gerber, §. 170. Stobbe, §. 102. N. 18, auch in diesem Falle Besitzverlust durch Dritte annehmen. Das kanonische Recht (c. 2. de rest. spol. in VI., c. 15. X. Coll. I. de decimis; c. 9. X. de decimis u. a.) sieht die Grundlasten als ein bestimmtes Objekt an, welches als solches nur einmal geleistet werden kann, und durch dessen einmalige Leistung der Pflichtige, sofern er nur außer Schuld ist, frei wird. Vom Standpunkte des öfter. Rechtes können wir hierin nur eine Störung des Besitzes, aber keine Besitzentziehung erblicken. Anderer Ansicht scheint Nippel, III. S. 165, 1. und S. 168, 5, zu sein. — Auch die dauernde Verhinderung des Besitzers, die Leistung in Empfang zu nehmen, hat den Verlust des Besitzes der Reallast zur Folge. Vgl. Heim bach, S. 83. Heerwart, S. 309.

15) Der Besitz des Rechtes geht unbedingt verloren, daher auch gegenüber dem Besitzer des dienstbaren Grundes, auch wenn dieser gar Nichts zur Vereitlung der Ausübung beigetragen hätte. Stellt der Entsetzte gegen den Dritten, der ihm die Ausübung unmöglich gemacht hat, die Besitzklage an, und erwirkt er ein günstiges Erkenntniß, so kann er wohl den Besitz wieder von Neuem erwerben; — allein der Besitz ist unterbrochen. Nur bei sofortiger eigenmächtiger Beseitigung des Hinder- nisses kann der Besitz als ununterbrochen angesehen werden. Vgl. §. 188. lit. a. Est. G. und L. 1. §. 28. L. 3. §. 9. L. 17. D. unde vi; vgl. auch §. 7 d. Note 33 d. B.

15a) Anderer Ansicht ist Trodowski, Civilr. Untersuchungen S. 53 flg., und Krausz, G. Zeit. 1872. Nr. 12, welche in der fraglichen Bestimmung des

### B. Besitzverlust in Folge von Handlungen des Gegentheiles.

Der Besitz eines Rechtes geht verloren durch Handlungen oder Veranstaltungen des Gegentheiles, welche die Ausübung des Rechtes auf die Dauer unmöglich machen.<sup>16</sup> Von allen Fällen des Besitzverlustes in Folge Unmöglichkeit der Ausübung erwähnt das A. b. G. B. nur diesen Fall und zwar im §. 351.<sup>16a</sup> Unter dem „Gegentheil“ ist im Sinne des Gesetzbuches nur Jener, aber auch Jeder zu verstehen, der die faktische Herrschaft über die dienstbare, beziehungsweise leistungspflichtige Sache hat, und daher durch den Rechtsbesitz des Anderen in dieser Herrschaft thatsächlich beschränkt, beziehungsweise in Folge desselben leistungspflichtig erscheint, gleichviel ob er Eigenthümer, Besitzer, Nutznießer oder Pächter (§. 1099.) dieser Sache ist. Dies ergibt sich einmal aus dem Wortlaute des §. 351. cit.; denn die daselbst geforderte Leistungsverweigerung, Verhinderung der Benutzung und verbotswidrige Handlung kann ja nicht bloß der Eigenthümer, sondern jeder Inhaber des Grundstückes vornehmen; sodann fließt dies auch aus der Vergleichung mit dem §. 313. des G. B., in welchem, wie gezeigt, unter dem „Anderen“ (ent-

§. 351. keine Singularität erblicken. Dagegen vgl. die Bemerkungen §. 13. a. G. Daß die Unterbrechung des Besitzes eine unverschuldete ist, darauf kommt Nichts an. Vgl. L. 4. §. 27. D. de usurp. 41. 3.

16) Nach österr. Rechte, wie weiter gezeigt ist, nur dann, wenn die Verhinderung nicht rechtzeitig gerichtlich verfolgt wird. §. 351. des G. B. — Zwar behauptet Buchta, Vorles. I. S. 299, 300, und Seuffert, P. §. 173. N. 3 und 10, daß der Besitz der Prädialservituten und Reallasten erst dann verloren gehe, wenn der Besitzer nicht durch sofortigen Gebrauch der possessoriischen Rechtsmittel diesen Verlust verhindere. Allein diese Behauptung entbehrt jeder quellenmäßigen Begründung und ist mit der factischen Natur des Quasibesitzes gänzlich unvereinbar. Die von Seuffert citirte L. 4. §. 27. D. de usurp. enthält kein Wort davon. Vgl. über diese jedenfalls antiquirte Stelle auch Note 21 a., und Glük, IX. S. 112 fg.

16a) §. 351.: „Bei anderen Rechten hört der Besitz auf, wenn der Gegentheil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erklärt, wenn er die Ausübung des Rechtes eines Anderen nicht mehr duldet, oder wenn er das Verbot (richtiger: Gebot), etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet.“ . . . Auch das preuß. L. R. erwähnt nur dieses Falles in den §§. 126—129. I. 7. — Dagegen ist der §. 562. des sächs. G. B. so gefaßt, daß er alle Fälle der Unmöglichkeit der Ausübung begreift. Der bayr. Entw. III. art. 49. ist in Ansehung der negativen Servituten gleichfalls zu enge gefaßt. S. Note 6.

sprechend dem „Gegentheil“ des §. 351.) gleichfalls jeder Inhaber des dienstbaren, bez. pflichtigen Grundes begriffen ist.<sup>17</sup>

Die Verhinderungshandlungen des Gegentheils stellen sich bei den verschiedenen Klassen von Rechten verschieden dar:

1) bei denjenigen Servituten, welche die Detention der dienenden Sache voraussetzen, kann diese Handlung nur in der Entziehung der Herrschaft über die Sache selbst beruhen, und kommen diesfalls die Bestimmungen über den Verlust des Sachbesitzes in Anwendung;<sup>17a</sup>

2) bei denjenigen Servituten, die in gewissen Anlagen auf fremdem Grunde bestehen, oder solche nothwendig voraussetzen,<sup>18</sup> besteht die Verhinderung in der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung der Vorrichtung.<sup>19</sup>

17) So auch die Praxis. S. z. B. Nr. 1771. 2002. 2336. Samml. Gl.-u.-W. Die Bedeutung des Ausdruckes „Gegentheil“ ist nach österr. Rechte darum von Wichtigkeit, weil bei Verhinderung der Ausübung durch den „Gegentheil“ der Besitz des Rechtes durch Einbringung der Klage erhalten wird. Sinegen ist es nach gemeinem, preuß. und sächs. Rechte gleichgiltig, wie und von wem die Ausübung des Rechtes unmöglich gemacht wurde.

17a) Vgl. L. 3. §. 13. 14. D. de vi. Savigny, S. 478 (582). Böcking, §. 126. Ruther, S. 63. Der §. 602. des sächs. b. G. B. und art. 49. bayr. Entw. bestimmt dies ausdrücklich. Vgl. auch die Entsch. d. D. G. S. v. 26. November 1856. Nr. 1099 der Samml. Gl.-u.-W.

18) In Ansehung dieser Art des Verlustes besteht also zwischen diesen beiden Arten der Servituten kein Unterschied. Anders beim Erwerbe des Besitzes und beim Verluste desselben durch Nichtausübung. Vgl. §. 34. Note 14. Auf letztere Art der Servituten hat überdies auch das sub 3 Angeführte Anwendung.

19) Bei der S. tigni oder aquaeductus z. B. durch Entfernung des Balkens, Zerstörung der Röhrenleitung. Vgl. L. 9. pr., L. 6. §. 1. D. Si s. vind. 8. 5. Vermauerung der Oeffnung ist zum Besitzverluste der Serv. tigni immitt. nicht nothwendig; denn schon durch die bloße Hinwegräumung des Balkens durch den Gegner ist die Rechtsausübung unmöglich geworden; sein Wille, die Servitut nicht zu dulden, hat sich genügend bethätigt. Wenn man sich zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht auf L. 6. §. 1. D. de S. P. U. beruft (so namentlich Unterholzner, II. S. 218. Heimbach, Rechtsl. X. S. 259, und Evers, S. 363); so ist dagegen zu bemerken, daß L. 6. cit. nicht von diesem Falle (Verhinderung durch den Gegentheil) spricht, sondern von dem ganz verschiedenen, wenn der Besitzer selbst den Balken entfernt hat; — kurz, diese L. sagt nur, daß S. P. U. durch bloßen non usus nicht erlöschen. Vgl. auch §. 34. Note 17. — Das A. b. G. B. bestimmt im §. 351. ganz allgemein: der Besitz von Rechten höre auf, „wenn er (der Gegentheil) die Ausübung des Rechtes eines Anderen nicht mehr duldet.“ Die Bestimmung des preuß. L. R. §. 127. I. 7., daß der Besitz verloren gehe, „wenn der Andere das Untersagungsrecht erwirbt,“ paßt auf diesen Fall gar nicht; wie kann von dem Verbote einer unternommenen Handlung (§. 86. I. 7.) da die



3) Bei denjenigen Rechten, die in unterbrochenen Benutzungs- handlungen bestehen, ist ein Akt erforderlich, der die Vornahme derselben verhindert, also entweder thätliche Hintanhaltung des Versuches derselben oder eine Vorrichtung, welche die Ausübung vereitelt. Das bloße Verbot oder eine Vorkehrung, welche die Ausübung zwar erschwert, aber nicht hindert, genügt also zum Besitzverluste nicht. Denn das Gesetz fordert der Natur der Sache entsprechend: daß der Gegentheile „die Ausübung des Rechtes eines Anderen nicht mehr dulde“ (§. 351.).<sup>20</sup> Steht der Besitzer über bloß wörtlichen Widerspruch des Gegentheiles von dem Versuche der Besitzhandlung ab, so geht gleichfalls der Besitz verloren, aber nicht corpore, sondern ani-

mede sein, wo die Ausübung lediglich in einer Anlage besteht? Der §. 562. des sächs. b. G. B. fordert korrekt: „Herstellung des Zustandes, der die Ausübung auf die Dauer unmöglich macht.“ Minder genau art. 49. III. bayr. Entw.: daß die Vorrichtungen und Anlagen beseitigt werden oder wenn sonst der Ausübung dauernde Hindernisse entgegentreten, und dieselben nicht sofort gehoben werden. Der Wegfall der Vorrichtungen kann doch auch nur vorübergehender Natur sein? Vgl. auch Roth, §. 133. R. 21, 23.

20) Vgl. Buchta, a. D. S. 72. Böcking, Band. §. 126. „wirksame Negation der Handlung.“ Arndts, §. 187. Windscheid, §. 163. Bloße Erschwerungen der Ausübung können jedoch die Besitzstörungsklage begründen. Wenn daher z. B. der Eigenthümer des dienenden Grundstückes bei einer Wegservitut etwa Schlehdorne oder Disteln quer über den Fußsteig legt, oder eine Quersurche an beiden Endpunkten des Weges zieht, oder diesen gar einackert, so ist dies gewiß keine Vorkehrung, welche den Besitz des Wegerechtes aufhebt; anders aber, wenn er den Steg, über welchen der Fußsteig geht, abbricht, an den Endpunkten einen unpässbaren Graben zieht u. s. f. Der hiernach sehr wichtige Unterschied zwischen bloßer Störung und totaler Verhinderung wird in gerichtlichen Erkenntnissen häufig übersehen. Freilich ist hier das Meiste Thatfrage. Für das österr. Recht ist speziell zu bemerken, daß hiernach bei bloßen Störungen selbst bei unterlassener Einklagung derselben der Rechtsbesitz nicht verloren geht (§. 351. G. B.). Irrig wurde in den oben angeführten drei Fällen in einigen (ungedruckten) gerichtl. Entscheidungen das Gegentheile angenommen. — Wichtig bestimmt das sächs. G. B., daß der Besitz verloren gehe, „wenn ein Zustand hergestellt wird, welcher die Ausübung der Dienstbarkeit für die Dauer unmöglich macht.“ Wehlich art. 49. II. des bayr. Entw.: („dauernde Hindernisse der Ausübung“). — Ungenau und irreführend ist dagegen die Bestimmung des §. 127. I. 7. des preuß. Landr.: „Der Besitz des Rechtes, etwas zu thun, hört auf, wenn der Andere den Besitz des entgegengesetzten Unterfügungsrechtes erworben hat;“ denn vom Erwerbe eines selbständigen Unterfügungsrechtes des Eigenthümers kann doch hier nicht die Rede sein. Vgl. dagegen auch: Bornemann, I. S. 580, und Förster, §. 161. R. 64, wogegen Temme, I. S. 237, R. 2, jene Bestimmung verkehrter Weise damit zu rechtfertigen sucht, „daß es hier überall auf kein Eigenthum und überhaupt auf kein Recht ankommt, als auf den Besitz selbst.“

mo.<sup>21</sup> Es versteht sich, daß die Absicht des Gegentheiles dahin gehen muß, die Ausübung des Rechtes durch sein Einschreiten oder durch eine Anstalt dauernd zu verhindern; will derselbe die Ausübung bloß bei einer bestimmten Gelegenheit hintanhalten, ohne hiedurch der Ausübung für die Zukunft Hindernisse in den Weg legen zu wollen, so geht dadurch der Besitz nicht verloren.<sup>21a</sup>

4) Bei den negativen Servituten besteht der Verhinderungssakt in der Vornahme derjenigen Handlung oder der Errichtung desjenigen Werkes, auf deren Unterbleiben der Inhalt derselben gerichtet ist.<sup>22</sup> Es wird also z. B. die Servitut der Nichterhöhung des Nachbarhauses verloren durch wirkliche Erhöhung desselben: die Servitut der Aus-

21) In dem Abstecken liegt hier offenbar ein Aufgeben des Besitzwillens. Vgl. §. 1482. A. b. G. B., der übrigens ungenau vom Erwerbe des Unterfügungs- oder Hinderungsrechtes spricht. Vgl. die vorige Note. Ueber die Erhaltung des Besitzes durch Einbringung der Klage s. Note 46.

21a) Wenn Hofmann, II. S. 134, unter Berufung auf L. 4. §. 27. D. 41. 3. behauptet, daß Verhinderung einzelner Gebrauchshandlungen überhaupt nie den Besitzverlust der diskontinuirlichen Servituten bewirke, so übersieht er, daß die L. 4. §. 27. cit. im Sinne des Justin. Rechtes als antiquirt betrachtet werden muß. Glövers, §. 62. Windscheid, §. 163. R. 12. Vgl. z. B. L. 9. D. 8. 5. mit L. 6. §. 1. eod., welche offenbar von dem oben vertheidigten Grundsätze ausgehen. S. auch L. 8. D. 8. 6.

22) Das A. b. G. B. bestimmt im §. 351., der Besitz solcher Rechte gehe verloren, „wenn er (der Gegentheile) das Verbot, etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet,“ — eine im Wesen richtige, nur zu enge Fassung; denn zum Erwerbe einer negativen Servitut wird ja nicht nothwendig ein Verbot vorausgesetzt. — Das sächs. b. G. B. sagt viel zu allgemein: „durch eine der Dienstbarkeit zuwiderlaufende Handlung,“ §. 562., ebenso der bayr. Entw. art. 49. — Zu tabeln ist dagegen die Fassung des §. 128. I. 7. des preuß. L. R.: „Der Besitz eines Unterfügungsrechtes geht verloren, wenn der Andere sich in den Besitz des entgegenstehenden negativen Rechtes (etwas zu thun) setzt,“ — als bildeten die Benutzungsbehandlungen, die der Eigenthümer an der eigenen Sache vornimmt, den Inhalt selbstständiger Rechte! (Derselbe Vorwurf trifft Bornemann, I. S. 581. Temme, I. §. 69., u. Rippel, III. S. 167.) Die ungenaue Fassung des §. 128. cit. gab wohl zu der irrigen Auslegung Anlaß: daß die Verhinderungshandlung, welche der Besitzer des dienenden Grundstückes vornimmt, „als Recht“ unternommen worden sein müsse (so Roth, S. 205). Ebenso könnte man ja weiter daraus folgern, daß hier alle Bedingungen des Besitzerwerbes der positiven Servituten vorhanden sein müssen! Dies lag wohl auch der preuß. Gesetzgebung fern. Es handelt sich ja eben nur um eine Handlung, welche die Ausübung der negativen Servitut unmöglich macht; von wem, wie, und in welchem Glauben dieselbe vorgenommen wurde, ist vollkommen gleichgültig. So z. B. ist Besitz der Serv. altius non tollendi verloren, wenn etwa der Pächter des dienenden Grundes ohne Wissen des Eigenthümers den fraglichen Bau aufgeführt hat. S. auch Förster, §. 161. R. 64, der die Ausdrucksweise der §§. 127. 128. I. 7. eine „ungeschickte“ nennt, und Roth, §. 133. R. 21.

sicht durch Errichtung eines Werkes, welches dieselbe thatsächlich benimmt.<sup>23</sup> Ob die Handlung im guten oder bösen Glauben, gewaltsam oder heimlich erfolgte, ist gleichgültig. Wurde jedoch die Errichtung eines Werkes präkaristisch zugestanden, so geht dadurch der Besitz nicht verloren, so lange der Besitzer des Werkes dasselbe eben nur bittweise haben will; denn alsdann ist ja jeden Augenblick die Möglichkeit der Wiederausübung des Verbotrechtes gegeben, indem der Besitzer des Werkes dasselbe auf jedesmaliges Verlangen zu besetzung bereit ist, — und ein Mehreres als die Möglichkeit der Reproduktion der Ausübung ist zur Erhaltung des Besitzes nicht erforderlich.<sup>24</sup> Soll überhaupt die Handlung oder Vorrichtung den Besitz der negativen Servitut aufheben, so muß sie die Ausübung ihres Inhaltes dauernd unmöglich machen, und auf diese dauernde Verhinderung muß also die Absicht des zuwiderhandelnden Besitzers gerichtet sein.<sup>25</sup> Ebensovienig erfolgt der Besitzverlust, wenn die entgegenstehenden

23) Vgl. L. 32. §. 1. D. de S. P. U. Savigny, S. 493 (605). Unterholzner, II. S. 178. Puchta, Rechtslex. S. 72. Evers, S. 681, und Böcking, §. 126., der sich aber ohne Grund auf L. 15. D. 39. 1. L. 45. D. 39. 2. und L. 9. D. 8. 5. beruft.

24) Daßer ist auch in diesem Falle der Verlust der Servitut durch usucapio libertatis ausgeschlossen. Vgl. L. 17. D. 8. 4. (Caeterum si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit: neque libertas usucapietur et interdicto, quod precario habet, utiliter cum eo agetur. Dagegen will Evers, S. 367, diese Stelle damit erklären, daß zur usucapio libertatis der animus domini nothwendig sei, den der Präkarist nicht habe. Allein es geht nicht an, die Erfordernisse der Errichtung ohne Weiteres auf die usucapio libert. auszuwehnen; wird doch dieselbe, wie Evers, S. 777, selbst ausführt, weder durch mala fides, noch durch clandestinitas und vis ausgeschlossen (vgl. auch Wirth, a. a. D. S. 59—62, wohingegen Unterholzner, II. S. 219. Schirmer, ebendas. Note \*\*. Hoffmann, II. §. 116, und Windscheid, §. 216. R. 9, zur usuc. libert. „fehlerlosen Freiheitsbesitz“, letztere sogar bona fides fordern). — Selbst von einem Verluste der Servitut durch Nichtgebrauch (§. 351. G. B.) würde nicht die Rede sein können; — soweit es das röm. Recht betrifft, nicht: weil hier ein Schluß auf den animus non possidendi unzulässig ist; — soweit es das österr. und preuß. Recht angeht, auch nicht: weil eine Unterbrechung der (sit venia verbo) „Verjährung“ (§. 351. des G. B. und §. 130. I. 7. Landr.) durch Anerkennung eintritt. (§. 1498. A. b. G. B. und §. 562. I. 9. Landr. Gegen die Anwendung der Unterbrechungsarten der Verjährung auf den Besitzverlust durch Nichtgebrauch kann bei der Auffassung des österr. und preuß. G. B. kaum ein begründeter Zweifel erhoben werden.)

25) Hat also z. B. der Besitzer des mit dem Bauverbote befaßten Grundstückes aus Anlaß einer Festlichkeit Schautribünen errichtet, so geht dadurch der Besitz des Verbotberechtigten nicht verloren. Vgl. Note 6.

Handlungen die Ausübung wohl theilweise beeinträchtigen, aber nicht unmöglich machen.<sup>26</sup>

Durch Handlungen oder Vorrichtungen, wodurch die Ausübung der negativen Servitut unmöglich gemacht wurde,<sup>27</sup> erlangt der Besitzer des bisher beschränkten Grundstückes wieder die faktische Möglichkeit, unbeschränkt über dasselbe zu verfügen, unbekümmert um den Widerspruch Desjenigen, der sich bisher im Besitze eines die freie Verfügung hindernden Verbotrechtes befand; mit anderen Worten: sein Sachbesitz, der bisher durch den Besitz eines gegentheiligen Verbotrechtes thatsächlich eingeschränkt war, wird unbeschränkt. Dies und nichts Anderes kann gemeint sein, wenn Gesetzgebung und Wissenschaft in diesem Falle sagen: man besitze die Freiheit des Grundstückes, und sohin: man ersehe die Freiheit des Eigenthumes (usucapio libertatis).<sup>28</sup> Die „Freiheit“ ist

26) Z. B. die Errichtung eines Baugerüstes, einer Schauvorrichtung, obgleich nach Umständen in Handlungen dieser Art eine Besitzstörung liegen kann. Vgl. Unterholzner, II. S. 179. Evers, S. 363 und Note 20. Darum wird auch die Freiheit von der S. altius non tollendi und S. luminibus non officendi nicht durch das natürliche Wachsthum eines Baumes erlangt und ersehen. L. 7. D. de S. P. U.: Quod autem aedificio me posse consequi, ut libertatem usucapere dicitur, idem me non consequatur, si arborem eodem loco sitam habuissem, Mucius ait: et recte: quia non ita in statu suo maneret arbor, quemadmodum paries propter motum naturalem arboris (Pomp.). Vgl. Evers, a. a. D. S. 363, Note p. Ueberdies beruht diese Entscheidung auch auf der Erwägung, daß zur usucapio libertatis eine die Ausübung hindernde Handlung des Gegentheiles verlangt wird. L. 6. D. 8. 2.: Alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Natürliche Ereignisse, so namentlich das Wachsthum des Baumes, können die gewillkürte Bethätigung des Willens des Anderen nicht ersetzen. Vgl. Unterholzner, II. S. 218. Schirmer, das. R. 670. Windscheid, §. 216. R. 8, und wesentlich auch Wirth a. a. D., der sich mit Recht gegen die „wunderliche“ Auslegung von der Unterbrechung der Freiheit „durch das Wehen des Windes“ erklärt.

27) Die bloße Erklärung, ein Verbot nicht mehr beachten zu wollen, genügt nicht. Vgl. auch §. 1488. A. b. G. B., welcher positive Widerleglichkeit fordert.

28) Vgl. L. 32. §. 1. D. de S. P. U. 8. 2.: Libertas usucapitur, si aedes possideantur. L. 6. D. eod. Vgl. dazu Evers, S. 362 flg. Brinz, P. S. 279. Heimbach, im Rechtslex. X. S. 259 flg., und Wirth, a. a. D. S. 10 flg. — Auch das österr. Gesetzbuch spricht von der „Bermuthung“ (?) für die Freiheit des Eigenthumes (§. 324.), und „von dem Besitze des Unterfügungsrechtes von Seite der Einen gegen die Freiheit der Anderen“ (§. 1459.), geht aber von dem ganz richtigen Gesichtspunkte aus, daß es sich hier nicht um die erwerbende Verjährung (Errichtung eines Eigenthumsbestandtheiles), sondern um die Erlösung eines beschränkenden Verbotrechtes handelt. Vgl. §. 1488. „Das Recht der Dienstbarkeit wird durch Nichtgebrauch verjährt, wenn sich der verpflichtete Theil der

weder eine Sache, noch ein Recht, und ist daher so wenig Gegenstand des Besitzes, als der Erziehung. Die „Freiheit“ ist nur der positive Ausdruck der unbeschränkten rechtlichen oder faktischen Herrschaft über eine Sache — mit Rücksicht auf mögliche Beschränkungen der letzteren.<sup>29</sup> Besitz der Freiheit ist daher nur ein bildlicher Ausdruck für „unbeschränkter Sachbesitz.“ Ebenso ist „Erziehung der Freiheit“ nur eine Metapher für „Wegfall einer rechtlichen Beschränkung des Eigenthumes in Folge langjährigen thatsächlich unbeschränkten Besitzes.“<sup>30</sup> Der Besitzer der Sache, der den Besitz der „Freiheit“ erworben, kann daher jeden die Verfügung über die Sache hindernden Akt des Anderen im Wege der Selbstvertheidigung zurückweisen, beziehungsweise Beseitigung und Verbot desselben mit der zum Schutze des (begriffsmäßig unbeschränkten) Sachbesitzes bestimmten Klage (*interdictum uti possidetis*, Besitzstörungsklage) gerichtlich fordern.<sup>31</sup>

Ausübung der Servitut widersezt, und der Berechtigte durch drei aufeinanderfolgende Jahre sein Recht nicht geltend macht.“ (Ohne Freiheitsbesitz ist 30-jähriger Nichtgebrauch zur Verjährung erforderlich.) — Auch das preuß. Recht spricht von der Vermuthung für die Freiheit des Eigenthumes und der Person (§. 181. I. 7.) und vom Erwerbe des Besitzes des entgegenstehenden negativen Rechtes, etwas zu thun. (Freiheitsbesitz §. 128. I. 7.) And. N. Rodlowski, Verjähr. S. 24.

29) Besitz „der Freiheit“ eines Grundstückes ist daher ohne den Besitz des bisher dienstbaren Grundstückes gar nicht denkbar; und es ist höchst sonderbar, wenn Unterholzner, II. S. 218, bemerkt: „Werkwürdig (?) ist dabei noch dieses, daß der Freiheitsbesitz notwendig den Besitz der dienenden Sache voraussetzt.“

30) Es ist daher nicht zu rechtfertigen, wenn Vangerow, I. §. 357. S. 898, die lib. usucapio als „erwerbende Verjährung des Stückes Eigenthumes, welches durch die Servitut von dem Komplex der Eigenthumsrechte losgerissen war, charakterisirt. Nicht ein „Stück Eigenthum“ wird zurück erworben, sondern eine Beschränkung desselben fällt weg. Jene Behauptung Vangerow's steht übrigens im Zusammenhange mit seiner eigenthümlichen Ansicht, daß S. P. U. als „vom Eigenthume abgelöste Eigenthumsbefugnisse“ den Eigenthumsinhalt „vermindern“, eine Ansicht, die all' sein Scharfsinn nicht zu halten vermag. Da müßte es am Ende möglich sein, das Eigenthumsrecht durch eine gewisse Summe negativer Servituten ganz aufzuheben? Vgl. dagegen auch Arndts, Zeitschr. N. F. III. S. 250 flg. Zielonacki, Serv. S. 212. Brinz, Pand. I. S. 259, auch Windscheid, §. 200. N. 4; um so auffälliger ist, daß letzterer mit Unterholzner und Vangerow die usucapio lib. nach Analogie der Dienstbarkeitserziehung behandelt wissen will (§. 216. N. 9, 10).

31) Während diese Klage unter Voraussetzung des Besitzes eines beschränkenden Rechtes durch die *exceptio possessionis* (sc. juris) unwirksam gemacht wird, muß ihr Statt gegeben werden, wenn der Besitz eines solchen Rechtes entweder nie vorhanden war, oder bereits wieder verloren gegangen ist. Ganz analog ist es bei der „Erziehung der Freiheit des Eigenthums“. Während bei Bestand eines entgegen-

Der Besitz der „Freiheit“ des Eigenthumes ist nach österreichischem Rechte nur insofern von Bedeutung, als einmal von dem Bestzer jede Beeinträchtigung der willkürlichen Verfügung über die Sache mit der Besitzstörungsklage zurückgewiesen werden kann, sodann als bei dessen Vorhandensein die Verjährung des entgegenstehenden Servitutsrechtes in der sehr kurzen Zeit von 3 Jahren (statt 30 Jahren) erfolgt. (§. 1488. des G. B.)<sup>32</sup>

Ist die verhindernde Handlung oder Veranstaltung einmal gesetzt, so bedarf es selbstverständlich nicht der Wiederholung derselben (soweit diese überhaupt möglich wäre), und ebensowenig der fortwährenden Dauer der verhindernden Anlage.<sup>33</sup> — Die Zerstörung der An-

stehenden Rechtes die a. negatoria durch die *exceptio servitutis* paralytirt wird, hat dieselbe wieder volle Wirkung, wenn die Servitut in Folge eines ihre Ausübung unmöglich machenden Zustandes, der die Verjährungszeit hindurch andauerte, erloschen ist. Die Bedingungen der *usucapio lib.* sind daher nicht Bedingungen „der Erziehung der Unbeschränktheit (Freiheit)“, sondern Bedingungen der Erloschung der beschränkenden Servitut. Es ist daher unzulässig, die Erfordernisse der Erziehung auf die *usucapio lib.* zu übertragen, wie dies namentlich Glük, IX. S. 377. Unterholzner, II. S. 219. Schirmer, das. Note \*\*. Hoffmann, II. §. 116. Vangerow, I. S. 898. Windscheid, §. 216. N. 10, thun. Vgl. dagegen auch Elvers, S. 777. Zielonacki, S. 209, und Wirth a. D., welcher gegen auch Elvers, S. 777. Zielonacki, S. 209, und Wirth a. D., welcher letztere mit Recht darauf hinweist, daß der Ausdruck *usucapio lib.* auf der altrömischen mehr natürlichen als juristischen Anschauung beruht, welche auch da von *usucapio* spricht, wo kein körperlicher (Sach-) Besitz vorhanden ist, sondern nur ein gewisser Zustand durch längere Zeit gedauert hat, z. B. in der *usu in manum conventio*, bei der *usucapio pro herede*, wo also das Bindikationsrecht durch eine wenigstens der natürlichen Anschauung nach vorhandene *possessio* vermittelt wurde. „Die *usucapio lib.* allein, schließt er, wurde von dem (späteren) Umschwunge der Usufapionsprinzipien durch Juristen und Gesegebung merkwürdiger Weise nicht betroffen, als höchst interessanter Beweis, wie auch im Gebiete des Rechtes oft einzelne Gewächse noch fortleben, nachdem der Boden, wo sie aufwuchsen, seit Jahrtausenden zu anderen Kulturen verwendet worden ist.“ (S. 18.)

32) Nach röm. Rechte ist sie überhaupt eine Bedingung der Verjährung der konstitutischen, daher regelmäßig der Urbanalservituten. Vgl. L. 6. D. 8. 2. — Siehe übrigens über diese höchst streitige Materie Unterholzner, II. §. 217 flg. Vangerow, I. §. 357. Arndts, §. 192. Elvers, S. 357 flg. Windscheid, §. 216. N. 2, welcher mit Recht betont, daß es sinnlos wäre, in dieser Frage Alles auf den Umstand zu stellen, ob eine Servitut einem Praed. U. oder P. R. zusteht. S. auch Cohnfeldt, Freg. Serv. S. 94 flg.

33) Es lebt daher z. B. der verlorene Besitz der Servitut der Aussicht nicht wieder auf, wenn die vorgebaute Mauer einstürzt. — Auch zur *usucapio lib.* ist daher die unterbrochene Dauer des Werkes während der Usufapionszeit nicht erforderlich. Das Gegentheil wird freilich mit Berufung auf L. 6. D. 8. 2. behauptet; doch deuten die Worte: „*si nihil novi feceris*“ im Gegensatze zu „*et ego fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero*“ nur darauf hin, daß der Zustand der Freiheit nicht durch Handlungen des Bestzers selbst bewirkt worden sein darf, kurz,

lage unter Erneuerung des Verbots Seitens des früheren Besitzers kann nur als Neuerwerb des Besitzes in Betracht kommen, es sei denn, daß sie in continenti erfolgt wäre. — Es erübrigt nur noch die Frage, ob negative Servituten durch Vornahme entgegenstehender Handlungen auch theilweise erlöschen können? *Elvers*, welcher dieselbe, S. 778 u. 779, einer eingehenden Untersuchung unterwirft, behagt sie aus dem Gesichtspunkte des Besitzes der Freiheit: „Wie Grundstücke nur so weit eressen werden, als sie besessen werden, so wird auch die in gleicher Weise zerlegbare Freiheit von der Servitut nur soweit erworben werden, als von derselben durch häusliche Einrichtungen Besitz ergriffen wurde.“ Auch wir halten einen solchen theilweisen Besitzverlust der Servitut, worunter wir eine Einschränkung ihres Umfangs verstehen, — für juristisch möglich, wenn wir auch die von *Elvers* bezogene Analogie des Eigenthumsbesitzes entschieden ablehnen müssen (vgl. Note 28. u. 31.). Denn zum Besitzverluste einer negativen Servitut einerseits, beziehungsweise zum unbeschränkten Rechtsbesitze andererseits ist ein Akt oder eine Anlage erforderlich, welche die Ausübung des Rechtes völlig unmöglich macht; ist diese Unmöglichkeit nur eine theilweise, so geht auch nur soweit, als sie reicht, der Rechtsbesitz verloren, beziehentlich wird nur soweit die bisher dienstbare Sache als frei besessen.<sup>34</sup> Ist also z. B. nur auf einem Theile des dienstbaren Grundes ein Gebäude erbaut worden, so hört allerdings der Besitz der Servitut der Aussicht, des Lichtes bezüglich dieses Theiles auf, nicht aber bezüglich des übrigen Grundes.<sup>35</sup> Oder ist auf dem mit der Aussichtsdienstbarkeit belasteten Grunde eine Stallung erbaut worden, welche lediglich die Aussicht des Erdgeschosses des herrschenden Gebäudes stört, so geht damit noch nicht

daß bloßer non usus nicht genüge. Vgl. Note 19. Die Worte per hoc tempus in L. 6. cit. stehen dieser Ansicht wohl nicht entgegen.

34) Das *N. b. G. B.* erkennt in §. 1482. ausdrücklich die Möglichkeit einer solchen theilweisen Erlöschung der Servituten, resp. theilweisen Ersetzung der Freiheit an: „Auf gleiche Weise wird derjenige, der ein Recht auf einem fremden Grunde in Ansehung des Ganzen oder auf verschiedene beliebige Arten ausüben konnte, bloß dadurch, daß er es durch noch so lange Zeit nur auf einem Theile des Grundes oder nur auf eine bestimmte Weise ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt, sondern die Beschränkung muß durch Erwerbung oder Ersetzung des Untersagungs- oder Hinderungsrechtes bewirkt werden“ (§. 351.).

35) Die Möglichkeit einer solchen Einschränkung ist in L. 6. D. de Serv. ausdrücklich anerkannt: Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest.

der Besitz des Ausichtsrechtes, soweit er noch vorhanden ist, nämlich aus dem ersten und zweiten Stockwerke desselben verloren. — Der Einwand, daß Servituten untheilbar seien, steht unserer Behauptung nicht entgegen: denn die sog. Untheilbarkeit der Servitut hat nur den Sinn, daß eine theilweise Bestellung, Veräußerung oder Aufhebung der Servitut nach i deellen Bestandtheilen unthunlich ist.<sup>36</sup> Die entgegengesetzte Ansicht würde auch zu dem gewiß unhaltbaren Sage führen, daß jede, auch die geringste Veränderung im Zustande des dienstbaren Grundes den Besitz der entgegenstehenden Servitut aufheben müßte, z. B. die Errichtung einer fußhohen Sommerterrasse, welche allenfalls nur die Aussicht aus einigen Fenstern des Erdgeschosses beeinträchtigt, den Besitz der Aussichtsersivitut in ihrer Totalität.

Bei der Frage, ob eine theilweise Erlöschung der Servitut möglich sei, muß man sich jedoch jederzeit den konkreten Inhalt der Servitut vor Augen halten, indem dieser eine derartige theilweise Einschränkung allerdings geradezu ausschließen kann.<sup>37</sup>

36) Vgl. L. 6. L. 8. §. 1. D. de Serv. L. 32. 34. D. de S. P. U. L. 6. §. 1. L. 16. D. quemadmodum S. am. — Durch reelle Theilung des herrschenden und dienenden Grundstückes entstehen im Grunde ebensoviele selbstständige Servituten, als Stücke des bisherigen ganzen Grundes; sie stellen sich jedoch als Theile der dem Ursprunge nach Einen Servitut dar, und es darf daher deren Totalität den Umfang der letzteren nicht überschreiten. Dies scheint mir der Sinn der eben citirten Stellen, dann des §. 485. des *N. b. G. B.* und des §. 539. des *sächf. G. B.* zu sein. Vgl. über diese schwierige Frage *Vangerow*, I. §. 340. Anm. 2. *Elvers*, S. 224 u. 778, bes. *Hoffmann*, I. §. 32., u. *Brinz*, I. S. 281—284, welcher letztere ganz richtig bemerkt: „Die partes servitutis (in L. 16. D. cit.) sind in Wirklichkeit selbstständige einzelne Servituten, sowie die aus der Zertrümmerung des alten fundus hervorgegangenen neuen fundi auch noch partes (pro diviso) heißen.“ Man bedenke doch, daß durch reelle Theilung selbstständige Sachen entstehen, und daß der ehemalige Zusammenhang derselben rein historisch ist. Gegen die (namentlich von *Vangerow* a. a. D.) aus der Untheilbarkeit gezogenen scheinbaren Konsequenzen s. *Brinz* a. a. D. Vgl. *Schönemann*, *Servit.* S. 110 flg., und nun neuestens die fleißigen Ausführungen *Steinlechner's*, I. S. 53 flg., II. S. 197 flg., 247, welcher im Anschluß an *Brinz* bemerkt, daß die Theilung des Servitutsrechtes (bei Theilung des herrschenden Grundes) nur eine *Per vielfältigung* der ursprünglichen Einen Servitut ist (S. 56, 60), und daher mit der Theilbarkeit des dinglichen Rechts Nichts (?) zu thun hat. Dies verkennt im Grunde auch *Windscheid*, §. 209. R. 8, nicht.

37) Dies übersieht *Elvers*, S. 778. Ist z. B. das dienstbare Grundstück mit der Servitut des Baulverbotes oder des Nicht-Höherbauens beschwert, so wird deren Besitz durch jedweden auf demselben aufgeführten Bau aufgehoben, und wir können daher der Ansicht *Elvers's*, S. 353 u. 779, nicht beistimmen: „daß die

5) Wir gelangen nun zu der Frage, worin bei Reallasten die den Rechtsgebrauch verhindernde Handlung des Gegentheiles bestehe? Es liegt zunächst auf der Hand, daß die bloße Unterlassung der Leistung von Seiten des Verpflichteten den Besitzverlust einer Reallast nicht bewirke, gleichviel ob die Leistung in Folge der Zahlungsunfähigkeit oder einer Nachlässigkeit des einen oder des anderen Theiles unterblieben ist, da überhaupt die Nichtausübung eines Rechtes an sich zum Besitzverluste nicht genügt, vielmehr der Rechtsbesitz fort dauert, so lange die faktische Möglichkeit der Ausübung vorhanden ist.<sup>38</sup> Diese Möglichkeit hört aber auf, wenn der Gegenheil erklärt: nicht mehr leisten zu wollen, mit anderen Worten, wenn er die Leistung verweigert. Vgl. §. 351. A. b. G. B.: „Bei (anderen) Rechten hört der Besitz auf, wenn der Gegenheil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erklärt.“ . . .<sup>39</sup> Denn in diesem Falle

Freiheit von der Serv. altius non tollendi nur so weit besessen werde, als gebaut wurde, also z. B., wenn das Haus nur 10 Schuh erhöht wurde, nur bis zu diesem Maße, so daß der Berechtigte noch immer die Erhöhung um weitere 10 Schuh verbieten könne.“ Denn die Servitut: nicht höher zu bauen, oder gar nicht zu bauen, schließt jeden Bau, resp. Höherbau aus, und es kann Nichts darauf ankommen, ob nun 10 oder 20 Schuh hoch gebaut wurde. Es ist insbesondere nicht richtig: „daß das Recht, jeden Höherbau zu untersagen, sich . . . gleichsam in mehrere Befugnisse auflösen lasse, nämlich in die, zunächst den Höherbau für die ersten so und so viel Fuß, . . . dann in die, ihn für die nächsten so und so viel Fuß zu untersagen.“ (So Elvers, S. 353.) Denn die Servitut, den (also jeden) Höherbau zu untersagen, und die Servitut, den Höherbau über ein gewisses Niveau zu verbieten, sind ganz verschiedene Servituten. Auch Unterholzner, II. S. 189, verwechselt in ähnlicher Weise die S. altius non tollendi mit den Nicht- und Ausschichtservituten (vgl. dagegen auch Schirmer, Ann. 117). Gegen die weiteren Ausführungen Elvers', S. 778, bemerken wir, daß wohl auch praktisch der Unterschied zwischen Reparatur und Neubau, Beeinträchtigung und gänzlicher Verhinderung nicht schwer zu finden ist.

38) Vgl. Heimbach, S. 80, 81. Anderer Ansicht ist Heerwart, S. 313: „Gilt bei Rechten der Satz: usus est pro traditione (Savigny, S. 577, 585), so kann im Falle des Nichtgebrauches, also bei den Reallasten im Falle der Nichtleistung, unmöglich eine Fortdauer des Besitzes angenommen werden; denn das wäre ein offenkundiger Widerspruch.“ So auch S. 315 flg. Allein Heerwart geht von der irrigen Voraussetzung aus, daß der Quasibesitz in der Ausübung des Rechtes bestehe, was die von ihm angeführte Stelle wortdeutsch nicht sagt; nur erworben wird der Besitz durch die Ausübung; er besteht in der Möglichkeit der Wiederausübung, und der behauptete Widerspruch existirt also nicht. — Vgl. auch die Entsch. Nr. 221 bei Seuffert, Arch. VIII.

39) So auch die Entsch. Nr. 795 Samml. Gl.-U.-W. Vgl. auch §. 126. I. 7. des preuß. R. R.: „Der Besitz eines affirmativen Rechtes geht verloren, wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung verweigert und der Andere sich dabei be-

bleibt nur die Möglichkeit des gerichtlichen Zwanges, welche aber — wo nicht das positive Recht etwas anderes verordnet — den einmal verlorenen Besitz nicht zu erhalten vermag.<sup>40</sup> Es versteht sich hie-

ruhigt.“ Soll dieser letztere Beisatz bedeuten, daß etwa eine Protestation, eigenmächtige Selbsthilfe, oder die eingebrachte Klage den Besitz zu erhalten vermögen? Weder Koch, noch Bornemann und Temme äußern sich hierüber, nehmen vielmehr diesen Beisatz wie selbstverständlich hin. Vgl. über dessen Sinn die Note 46. — Das sächsl. b. G. B. kennt bekanntlich keinen Besitz an Reallasten. Das Zürich. G. B. entscheidet die Frage nicht. Der bayr. Entw. III. art. 54. enthält eine dem österr. Rechte ähnliche Bestimmung. S. Note 46, und Roth, §. 133. N. 24.

40) Vgl. die Entsch. d. O. L. G. Venedig v. 1. Oktober 1852, G. 3. 1856. S. 451. Dunfer, S. 79. Heimbach, S. 81 flg. Bruns, S. 210—214, und Klug, S. 252. Gerber, §. 170. a. E. Bluntzschli, D. P. R. §. 93. N. 4. Windscheid, §. 464. Nr. 7, §. 164. Nr. 18. Stobbe, §. 77. Nr. 46, und die zahlreichen Erkenntn. in Seuff. Arch. 3. B. XVI. 115. 174. XVII. 46. XVIII. 250. XXIII. 32. XXIV. 35. (aber auch die entgegengesetzte Ansicht zuletzt B. 29. Nr. 7). Diese Ansicht ist auch deutlich im canon. Rechte ausgesprochen, so in c. 15. X. de privil., c. 10. 26. X. de decimis, c. 22. X. coll. de decimis, c. 8. X. de transactionibus. Der technische Ausdruck der Besitzentziehung (des Zehnten) ist „subtrahere“; v. g. c. 15. X. cit. „quum monachi decimas diu pacifice possedissent, nunc Templarii eis ipsas subtrahere non verentur.“ c. 22. cit.: Hospitalarii . . . solvere contradicunt . . . Inde est, quod eos inducatis, ut praedictas decimas aut aestimationem earum restituant. Mit Unrecht behauptet daher Heerwart, S. 313: „Die Ansicht, daß erst die Verweigerung den Quasibesitz aufhebe, stehe ohne Beweis da.“ Wenn Heerwart weiter anführt, unsere Ansicht werde durch keine Analogie unterstützt, da ja auch zum Besitzverluste der Wegerechtigkeit Nichtausübung im letzten Jahre genüge: so übersieht er, daß durch Nichtausübung im letzten Jahre nur der Interdiktenschutz, nicht aber der Besitz des Rechtes verloren gehe (vgl. §. 34. Nr. 1). Dagegen behauptet Roschirt, Arch. VIII. S. 72, daß selbst Verweigerung der Leistung zum Besitzverluste nicht genügt; dieselbe könne nur als Störung des Besitzes angesehen werden; und in ähnlicher Weise wird in einem von Heerwart (S. 307, Nr. 5) angeführten Erkenntnisse der Besitz der Reallast trotz der Leistungsverweigerung für fortdauernd angesehen, „weil die Möglichkeit zu fordern fortbestehe.“ Nach dieser Ansicht wäre es ganz unmöglich, den Besitz anders zu verlieren, als durch Verzicht oder Tod! Das Verfehlen dieser Meinung liegt auf der Hand; nicht in dem „Fordern“, sondern in dem Leisten und dessen Empfangnahme liegt bei Reallasten der Rechtsgebrauch, und nicht das Vorhandensein der ersteren, sondern der letzteren Möglichkeit ist daher entscheidend. Vgl. Seuff. Arch. XXIX. Nr. 7, in der Verweigerung kein Spolium, weil keine Thathandlung, sondern bloße Willenserklärung vorliege. Falls indeß unter Thathandlung vis gemeint ist, so wird übersehen, daß durch das röm. Recht das Erforderniß derselben auf ein Minimum reduziert erscheint. Vgl. §. 7 b. Nr. 8, und §. 7 c. Nr. 10 d. B. — Wenn in der oben citirten Entsch. des Venetianer O. L. G. von einer Störung im Besitze des Zehntrechtes gesprochen wird, obgleich die Entrichtung verweigert wurde, so erklärt sich dies aus der in Note 46 erwähnten Singularität des österr. Rechtes. — Manche fordern zum Besitzverluste der Reallasten außer der Verweigerung der Leistung auch noch „Beruhigung des Besitzers“ (so namentlich Puchta, Vorl. I. S. 300). Diese willkürliche Behauptung — ein Nachklang

bei von selbst, daß sich die Absicht der Verweigerung auf die Reallast in der Totalität und nicht auf eine vereinzelte Leistung beziehen müsse.<sup>41</sup>

6) Es erübrigt nur noch die Frage, durch welche Handlungen des Gegentheiles der Besitz der Bannrechte verloren gehe? Es liegt auf der Hand, daß die Erklärung des Pflichtigen, sich der Bannpflicht nicht mehr zu fügen, den Besitzverlust des Bannrechtes ebenso zur Folge haben müsse, als die Verweigerung der Leistung den Besitzverlust der Reallast (Analogie des §. 351. A. b. G. B.).<sup>42</sup> Allein zweifelhafter könnte scheinen, ob schon die Abnahme der fraglichen Waare von einem Anderen als dem Besitzer des Bannrechtes den Besitzverlust bewirke? Wir bejahen die Frage nur unter der Voraussetzung, daß die bannwidrige Abnahme in der Absicht geschehen ist, sich der thatsächlichen Verpflichtung dauernd zu entziehen; denn in diesem Falle liegt die stillschweigende Willenserklärung vor, sich der

älterer Theorien, s. Note 47 — widerspricht der faktischen Natur des Besitzes, ganz abgesehen davon, daß die Frage, wann Veruhigung anzunehmen sei, ein Heer unlösbarer Zweifel schafft. Vgl. dagegen auch Duncker, S. 79, 84. Heimbach, S. 82, und Friedlieb, Reall. S. 321. — Daß zum Besitzverluste der Reallasten Verweigerung der Leistung wie einerseits erforderlich, so andererseits genügend sei, wird schon von den Glossatoren, und später ziemlich einhellig von der Theorie und Praxis des kanonischen Rechtes, und endlich übereinstimmend mit der älteren italienischen Doktrin überwiegend von den deutschen Civilisten des 16. bis 19. Jahrhunderts anerkannt. Vgl. die Nachweisungen bei Brunß, S. 123 flg., 210 flg., 280 flg. und 384. Keine Ausnahme besteht (wie irrig Heimbach, S. 82, meint) bei Frohnen. Daß nach deutschem Rechte Verweigerung des Zinses nicht den Verlust der Zinsgewere zur Folge hatte, kann nicht bestreuen, da dasselbe keinen selbstständigen Rechtsbesitz, ja überhaupt keinen (nämlich an sich geschützten) Besitz kennt. Gewere ist eben nicht die römische und kanonische possessio. Vgl. Brunß, S. 332, und Stobbe, §. 72., auch §§. 2. u. 24. d. B.

41) Vgl. Heimbach, S. 82. Stobbe, §. 102. S. 227. Denn außerdem hat ja der Verpflichtete eben den Willen, fernerehin zu leisten; nur eine bestimmte Rate will er nicht entrichten, etwa weil er ein Kompensationsrecht, einen Nachlaß oder einen ähnlichen Erlösungsgrund gerade dieser Leistung behauptet. Daß jedoch die Leistungsverweigerung notwendig „unter Behauptung der Freiheit von der Reallast“ (Puchta, Rechtsler. S. 72. Heimbach, Rechtsler. S. 82) oder unter „Ablängnung des Bestehens“ derselben (Gerber, P. R. §. 170. a. G.) erfolgen müsse, ist eine zu weit gehende Behauptung. Denn was hat die Anerkennung fremden Rechtes mit dem Besitze desselben zu schaffen? Genug, daß die Leistung für die Zukunft schlechthin verweigert wird.

42) Ohne Grund behauptet Rosshirt, Arch. VIII. S. 72, daß der Besitz der Bannrechte mit der Verweigerung noch nicht eintrete, sondern erst mit der Vernehmung der dem Rechte entgegenstehenden Handlung. S. auch Heimbach, Rechtsler. XV. S. 707.

Bannlast künftig nicht mehr zu fügen.<sup>43</sup> Ist der Besitz des Bannrechtes durch die Widersegligkeit des Gegentheiles (wozu nach österr. Rechte noch der fruchtlose Verlauf der Klagefrist hinzutreten muß) verloren gegangen, so gelangt der Besitzer des bisher thatsächlich bannpflichtigen Grundes<sup>44</sup> in den freien Besitz des letzteren.<sup>45</sup>

Die bisherigen Erörterungen ergaben, daß der Besitzverlust der Rechte nach der Natur der Sache eintreten muß, sobald die Ausübung derselben unmöglich geworden ist, wobei es an sich gleichgiltig ist, ob diese Unmöglichkeit durch Handlungen des Gegentheiles, eines Dritten, ein natürliches oder juristisches Ereigniß bewirkt wurde. Von dieser natürlichen Regel hat jedoch das österr. Gesetzbuch im §. 351. eine wichtige Ausnahme für den Fall eingeführt, wenn die Ausübung durch Handlungen oder Anstalten des Gegentheiles unmöglich gemacht wurde.<sup>46</sup> In diesem Falle geht nämlich der Besitz erst dann verloren,

43) Vgl. die Entsch. des obersten G. H. Nr. 795. in Samml. Gl.-U.-B. II. Gesah die Abnahme nicht in dieser Absicht, so stellt sich dieselbe nur als eine Besitzförderung dar. Hiernach heben sich wohl die von Heerwart, S. 301, angeregten Zweifel, ob dergleichen Zuwiderhandlungen gegen das Verbot den Besitz des Bannrechtes aufheben oder bloß stören. — Ebenso geht der Besitz nicht verloren, wenn der Gegenheil über die präferirte Bewilligung des Bannberechtigten zeitweilig die Waaren anderswoher holt. Hierüber sind die bezüglich der negativen Servitut gemachten Bemerkungen zu vergleichen.

44) Wie bereits gezeigt, sind heutzutage in Oesterreich nur solche Bannrechte übrig, welche wenigstens passiv an den Besitz eines Grundes geknüpft sind. Die in einem persönlichen Subjektionsverhältnisse (Untertanschaft u. d.) beruhenden haben längst aufgehört.

45) Gegen die fernere Annahmung des Bannrechtes kann sich der Besitzer durch Anstellung der Freiheitsklage (a. negatoria utilis, §. 523. G. B., Bluntzschli, D. P. R. §. 93. 3.) oder der Aufforderungsklage schützen. Aber selbst ein possessorischer Schutz dieser Freiheit ist trotz Mangels jedweder Bestimmung hierüber kaum abzuweisen. And. Ans. Duncker, a. a. D. §. 18. S. 112. Heimbach, S. 86, dessen Bemerkung, daß die Zulassung eines possessorischen Rechtsmittels zu Widersprüchen und Verwicklungen führen würde (Note 193), unrichtig ist. Vgl. §. 28. Note 17. Zum Erwerbe des Besitzes der Freiheit ist daher nach dem Obigen (vom österr. Rechte abgesehen) nicht erforderlich, daß sich der bisherige Besitzer bei der Verweigerung auch „beruhige.“ Es entfallen somit die von Heerwart, S. 301, darüber angeregten Zweifel.

46) §. 351. des G. B.: „Bei anderen Rechten hört der Besitz auf, wenn der Gegenheil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erklärt; wenn er die Ausübung des Rechtes eines Anderen nicht mehr duldet; oder wenn er das Verbot, etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet; der Besitzer aber in allen diesen Fällen es dabei bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt.“ Ueber die Ansicht Prodlowski's, Civilr. Erört. S. 53 flg., welcher in dieser Bestimmung die Anwendung eines allgemeinen Rechts-

wenn der Besitzer des Rechtes „es dabei bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt“, §. 351. des G. B. 47 Es wird da-  
 grundsatzes erblickt und dieselbe daher in allen Fällen der Besitzentsetzung zur  
 Geltung bringen will, vgl. §. 13. a. G. und §. 35. N. 15a. — Nach röm., preuß.  
 und sächs. Rechte kommt Nichts darauf an, wie und durch wen die Ausübung ver-  
 eitelte wurde. Die Anstellung der possessoriischen Klagen kann daher den Besitzverlust  
 nicht hindern. (Die abweichende Ansicht Seuffert's, P. §. 173., Note 3. und  
 10., u. Puchta's, Vorl. I. S. 299, entbehrt für das röm. Recht jedes Grundes.)  
 Dasselbe muß Mangels besonderer Bestimmungen für das zürich., franz. und  
 ital. Recht gelten. (Vgl. über eine abweichende Ansicht Plank's die Note 4.)  
 Nur für das preuß. Recht gilt in Ansehung der Reallasten dasselbe, was nach  
 österr. Rechte für den Besitzverlust der Rechte überhaupt. Denn nach §. 126. I. 7.  
 hört der Besitz bejahender Rechte auf, „wenn die fernere Erfüllung verweigert wird  
 und der Andere sich dabei beruhigt.“ Unter „Beruhigung“ kann aber im Sinne  
 der älteren Theorie nur die unterlassene Klageanstellung gemeint sein. Diese Be-  
 deutung unterlegt diesem Ausdrucke auch die Entsch. des Berl. Ober-Trib. bei Koch,  
 Romm. I. S. 431, Note 86. Worte, in Gruchor's Erläut. V. S. 149, u. Förster,  
 §. 161. N. 61. S. auch die folgende Note. Gegen die Ansicht Puchta's, Vorl. I.  
 S. 300, daß der Besitz der Reallasten bei Verweigerung der Leistung durch die sofort  
 angestellte Besitzklage konservirt werden könne, s. Note 16. und 40. — Nach art. 54.  
 des bayr. Entw. geht der Besitz der Reallast verloren, wenn der Besitzer auf die  
 Verweigerung der Leistung nicht vor Eintritt des nächsten Leistungstermins den An-  
 spruch auf Besitzesschutz (Klage?) geltend macht. Vgl. dazu Stobbe, §. 77. N. 48.,  
 auch Roth, §. 133. N. 24., welcher in dem bayr. Entw. die herrschende bayr.  
 Praxis ausgesprochen findet.

47) Dieser Bestimmung des G. B. scheint eine Generalisirung der Ansicht  
 mehrerer älteren italienischen Juristen zu Grunde zu liegen, daß der Besitz von Real-  
 lasten trotz der Verweigerung *animo* fortbauere, so lange die Möglichkeit des  
 gerichtlichen Zwanges (*interd. uti poss., a. spoli*) vorhanden ist. Vgl. z. B. die  
 bei Bruns, S. 280—282, angeführten Stellen von Valbus und Postius: *Si*  
*denegatur solutio, potest possessor animo retinere civilem p. et petere,*  
*ut manuteneatur in possessione sua.* Diese mit der italienischen Praxis nach  
 Deutschland gedrungene, allmählig generalisirte Ansicht findet sich auch bei zahlreichen  
 Schriftstellern des vorigen Jahrhunderts (s. Heerwart, S. 154. Bruns,  
 S. 409). Sie ist wohl ein Gegenstück zu der irrigen Behauptung derselben Civi-  
 listen, daß der *Sachbesitz* trotz der Defektion *solo animo* erhalten werden könne,  
 so lange dem Dejjizirten das *interd. uti poss. iure* zusteht. Hier wie dort sprach man vom  
 Civil- oder Mentalbesitz. Erst bei zehnjähriger Negligenz sollte der Besitz ver-  
 loren gehen. Vgl. die Nachweisungen bei Bruns, S. 124, 244, 260, 280, 384,  
 409, und bei Delbrück, Dingl. Klage S. 104—111. Daß es die „germanische  
 Gewere gewesen, welche unter dem Namen der *civilis p.* ihre Herrschaft fortge-  
 setzt habe“ (Delbrück, a. a. D. §. 19. S. 101), scheint doch noch nicht erwiesen,  
 obgleich germanische Anschauungen auf die Entwicklung jener Theorie nicht ohne  
 Einfluß gewesen sind. Vgl. Bruns, Jahrb. Better's IV. 1. bes. S. 48, 66—69,  
 101. Meißneider, §. 24. Heusler, §. 24., deren Ausführungen hierüber  
 kaum einen Zweifel übrig lassen; s. nun auch Stobbe, §. 73. N. 1. und Laband,  
 Krit. B. J. Sch. XX. S. 410 flg. Gegen Heusler, Gewere S. 209 flg., 269 flg.,  
 452 flg., welcher dem dejjizirten Nichtbesitzer kraft Fiktion fortdauernden Besitz zu-  
 schreibt und sich S. 270 hauptsächlich auf Schwab. Sp. Behr. 96, beruft, vgl.  
 Laband a. D.

her trotz der eingetretenen Unmöglichkeit der Ausübung der Besi-  
 erhalten: durch die eingebrachte Besitzklage.<sup>48</sup>

Hieraus folgt, daß die oben unter Z. 1—6. angeführten Hand-  
 lungen des Gegentheiles, welche die Ausübung eines Rechtes un-  
 möglich machen, im Sinne des österr. Rechtes nicht als Besitzent-  
 setzungs-, sondern nur als Besitzstörungenakte anzusehen sind,  
 und daß daher wegen solcher Handlungen des Gegentheiles nicht die  
 Besitzentsetzungsklage (§. 346. A. b. G. B.), sondern immer nur  
 die Besitzstörungsklage (§. 339. des G. B.) anzustellen ist.<sup>49</sup> Beim  
 Rechtsbesitze können daher die Besitzentsetzungs klagen nur wegen  
 Handlungen Dritter Platz finden.<sup>50</sup>

48) Daß im §. 351. cit. nur die Besitzklagen verstanden sind, geht nicht nur aus  
 dem Wortlaute desselben, sondern auch aus der Einleitung und dem §. 1. der kaiserl.  
 Verord. vom 27. Okt. 1849. Z. 12. unzweifelhaft hervor. Vgl. auch Rippel, III.  
 S. 166. Stubenrauch, I. S. 699, (464). Unbegreiflich ist die Bemerkung  
 Zeiller's, II. S. 104, daß zwar durch Nichtanstellung der possessoriischen  
 Klagen der Besitz aufhöre, daß jedoch dem Berechtigten noch immer vorbehalten  
 bleibe: „theils bloß die Wiedereinsetzung seines Besitzes (possessorisch), theils das  
 Recht selbst (petitorisch) einzuklagen.“ Ebenso sonderbar ist aber die Bemerkung  
 Winwarter's, II. S. 101: „ob die summarische oder die ordentliche Besitzklage  
 Statt finde, wird in vielen Fällen zweifelhaft sein, weil (?) man nicht weiß, wie  
 lange (?) die dem Besitze entgegenstehende Handlung als eine „Störung“ angesehen  
 werden könne. So z. B. sei die eigenmächtige Verschließung des Raumes, wo der  
 Nachbar den Durchgang hatte, eine Störung des Besitzes des Fußsteiges; soll sie  
 aber noch als solche angesehen werden, wenn sie der Nachbar durch mehrere Monate  
 oder Jahre gesehen ließ?“ Als ob die sog. ordentliche Besitzklage (worunter Win-  
 warter richtig die a. Public. versteht [S. 96]), nur bei Entziehung, die sog. sum-  
 marische (wahre) Besitzklage aber nur bei Störung des Besitzes stattfände (s. dagegen  
 Winwarter selbst S. 96, und §. 7. Note 9. d. B.); als ob ferner auch die Ein-  
 bringung der sog. ordentlichen Besitzklage zur Erhaltung des Besitzes genüge, und  
 als ob endlich die Verschließung des Durchganges eine bloße Störung wäre? An W.  
 schließt sich an Montti, §. 56.

49) Denn entweder ist die Klage gegen den Gegenheil (rechtzeitig) angebracht  
 worden oder nicht; im ersteren Falle wird die Entziehung bloß als Störung angesehen  
 und die Fortdauer des Besitzes fingirt; im letzteren Falle ist der Besitz verloren ge-  
 gangen und kann durch kein possessorisches Rechtsmittel wieder verschafft werden. —  
 Abgesehen von den in der Note 48. erwähnten Irrthümern Zeiller's und Win-  
 warter's, ist es daher nicht zu rechtfertigen, wenn Stubenrauch, I. S. 699  
 (464), bemerkt, der Besitzer könne im Falle des §. 351. entweder die „Unterfagung“  
 des Eingriffs (nach §§. 339—343) gerichtlich fordern, oder (?) die Erhaltung des  
 Besitzes einklagen (§§. 346. und 351).“

50) Beim Besitzverluste durch zufällige Ereignisse gibt es kein possessorisches  
 Rechtsmittel. — Nur bei Hinderungsakten Dritter ist also nach österr. Rechte die  
 Frage praktisch, ob die Besitzstörungs- oder die Besitzentsetzungsklage anzustellen sei,  
 nicht aber in dem weitaus wichtigsten Falle, nämlich bei Verhinderung durch den  
 Gegenheil, — ein Ergebnis, daß bei den in concreto oft schwer zu unterscheiden-

Es entsteht nun die Frage, binnen welcher Zeit die Besitzklage anzustellen ist, damit der Besitz als fortdauernd angesehen werden könne? — Dies war, da das A. b. G. B. darüber keine Bestimmung enthält, vor Einführung der sogleich anzuführenden Verordnungen nicht wenig zweifelhaft.<sup>51</sup> In Uebereinstimmung mit den schon früher für das lombardisch-venetianische Königreich, für Dalmatien und Tirol erlassenen a. h. Entschliessungen vom 22. Juni 1825, 2. März 1830 und 29. November 1836 verordnet die für Oesterreich, Salzburg, Steiermark, Kärnten, Krain, Görz, Gradiska, Istrien, Triest, Böhmen, Mähren, Schlesien, Galizien und Bukowina erlassene, und mit der kais. Verordnung vom 23. März 1852, Z. 78. auch auf Krafau ausgedehnte kais. Verordnung vom 27. Oktober 1849, Z. 12., „daß die Besitzklagen längstens binnen 30 Tagen von der erlangten Wissenschaft der Störung (Entziehung) angebracht werden müssen.“<sup>51a</sup>

den Grenzen zwischen Störung und Entziehung des Rechtsbesitzes vom praktischen Gesichtspunkte nur willkommen sein kann. Ueber letzteren Punkt siehe auch Pfeiffer, Prakt. A. VII. S. 471. Brun s, Jahrb. S. 49. 67 und Besiz S. 127. — Daß übrigens die Unterscheidung zwischen Störung und Entziehung noch in anderer Beziehung wichtig ist, darüber s. Note 20. Das Nähere im Klagenrechte. §. 7b. N. 8. §. 7c.

51) In der Sitzung der C. C. vom 25. April 1803 referirte Zeiller, daß die Wiener Fakultät und das Ostgalz. App.-Gericht zu §. 72. Entw. (§. 351. G. B.) den Vorschlag machen, „eine Zeit etwa von 3 Monaten zu bestimmen, binnen welcher das Recht (?) eingeklagt werden müsse.“ Dagegen erklärte sich aber Zeiller: denn durch die hier angeführten Arten der Verhinderung kann der Berechtigte nicht einmal aus dem Besitze, und könne daher dieser die Klage „bis zur Verjährungszeit,“ welche in dem III. Theile festgesetzt sei — einbringen. Winwarter, II. S. 101, regte die Frage an, entschied sie aber nicht. Rippel, III. S. 166 flg., glaubt, daß die Frist nach Verschiedenheit der Umstände verschieden sein müsse; beim Zehnt z. B. müsse die Klage vor Abräumung des Getreides vom Felde angebracht werden; bei der Servitut der Aussicht vor Vollendung des Baues; bei affirmativen Servituten „in nicht zu langer Zeit.“ — Andere übergängen die Frage mit Stillschweigen. Man sieht, daß der richterlichen Willkür Thür und Thor geöffnet war. — Die Italiener und ihre Nachfolger (s. Note 47) nahmen eine zehnjährige Klagefrist an. S. Delbrück, a. a. D. S. 108. Vgl. dazu Meißner, §. 24. S. 132 flg.

51a) Vgl. die Entscheid. des obersten G. S. Nr. 644. in Samml. Gl. II. W. (Besitzentziehung durch Verhinderung des Holzschlagens bei nicht rechtzeitig eingebrachter Klage). Diese Frage umgibt die Entsch. des oberst. G. S. in Nr. 795. ebend. Der Berufung auf die §§. 1459. und 1488. A. b. G. B. daselbst bedurfte es nicht, wohl wäre aber die Beziehung des §. 2. cit. am Plage gewesen. In der Praxis ist hierüber kein Zweifel.

Schließlich erübrigt uns noch, zu erörtern, inwiefern der Rechtsbesitz durch Selbstvertheidigung erhalten werden kann.<sup>52</sup> Es wurde schon im §. 6. d. B. Z. 1. nachzuweisen versucht, daß das Recht der Selbstvertheidigung beim Besitze derjenigen Rechte, welche nicht die Detention der dienenden Sache voraussetzen, nur insofern Statt habe, als der Besitzer eben in der aktuellen Ausübung des Rechtes sich befindet. Mit Rücksicht auf diesen Grundsatz gelangen wir zu nachstehenden Ergebnissen:

a) Bei denjenigen Rechten, welche die Detention der fremden Sache voraussetzen, greift die Selbstvertheidigung in derselben Weise Platz, wie beim Sachbesitze. Insbesondere ist Besitzverlust gar nicht anzunehmen, wenn sich der Besitzer die ihm entriessene Sache in continenti (in ipso congressu) unmittelbar nach der Entziehung wieder verschafft.<sup>53</sup>

b) Dasselbe gilt bei denjenigen Servituten, welche in einer gewissen Vorrichtung auf fremdem Grunde bestehen, z. B. wenn der Gegentheil den eingelegten Balken eigenmächtig entfernen und der Besitzer denselben sofort wieder einfügen würde.<sup>54</sup>

c) Bei denjenigen Rechten, die in gewissen sich wiederholenden Benutzungsakten der fremden Sache bestehen, ist Selbstvertheidigung

52) Vgl. hierüber Albert, Besitz unöf. S. §. 119 flg. Hoffmann, II. S. 278. — Unsere Kommentatoren sagen ganz allgemein: Der Besitz könne in den Fällen des §. 351. erhalten werden: wenn der Besitzer entweder Gewalt mit Gewalt abtreibe, oder die Erhaltung des Besitzes einlege. Vgl. Rippel, III. S. 166. Winwarter, II. S. 101. Stubenrauch, I. S. 699 (464). Aus dem Folgenden ergibt sich, daß nur bei einigen Rechten die Erhaltung des Besitzes im Wege der Selbstvertheidigung möglich ist.

53) Vgl. Note 8. des §. 6. d. B. Spätere Wiedererschaffung (ex intervallo) erscheint bereits als Selbsthilfe. Irrig nimmt Rodlowski, Civilt. Erört. S. 62. an, daß der Besitz für ununterbrochen zu halten sei, wenn sich der Entsetzte den Besitz innerhalb der dreißigtägigen Frist wieder verschafft (oder dieserhalb die Klage eingebracht hat). S. dagegen §. 13. a. G.

54) Anders, wenn es sich um die Wiedereinfügung eines zeitweilig herausgenommenen Balkens handelt. Für das röm. Recht kommt hierbei besonders in Betracht, daß diese Servituten mit dem interd. uti poss. gerade so geschützt sind, wie der Sachbesitz, und daß daher diejenigen Stellen, die von der Selbstvertheidigung des Sachbesitzers sprechen, auch auf den Besitzer dieser Servituten anwendbar sind. L. 7. §. 3., L. 20. §. 1., L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam 43. 24.; L. 27. pr. D. de S. P. U. 8. 2., L. 3. §. 9. D. de vi 43. 16. und die bemerkenswerthe L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Vgl. folg. Note.



nur dann vorhanden, und daher zur Erhaltung des Besitzes geeignet, wenn der Besitzer bereits auf dem dienstbaren Grunde in der wirklichen Ausübung des Rechtes begriffen ist, z. B. wenn bei der Servitut des Weiderechtes der Besitzer desselben das auf den fremden Grund schon aufgetriebene Vieh wirklich weidet.<sup>55</sup> Denn unter dieser Voraussetzung liegt in der Wahrung der tatsächlichen Ausübung gegen eigenmächtige Hinderungsversuche in der That nur „Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs auf das Vermögen“ (§. 2. lit. g. Straf.-G. B.); es wird ganz innerhalb der Grenzen des §. 344. A. b. G. B. „Gewalt mit Gewalt abgetrieben.“ — Anders aber, wenn der Besitzer noch nicht in der aktuellen Ausübung des Rechtes begriffen ist, z. B. wenn er das Vieh erst auf die Weide austreiben will, und der Grundeigentümer den Auftrieb verhindert. Hier kann von einer „Abwehr eines Angriffes“ keine Rede sein,<sup>56</sup> daher auch nicht von einer Erhaltung des Besitzes durch Selbstvertheidigung.

d) Bei negativen Servituten ist offenbar eine Selbstvertheidigung im Besitze derselben nicht denkbar. Baute z. B. der Nachbar trotz des auf dem Grunde haftenden Bauverbotes, so würde die eigenmächtige Zerstörung des Baues unter den Gesichtspunkt der unerlaub-

55) Dahin gehören auch diejenigen Servituten, welche zu ihrer Ausübung gewisse Vorrichtungen auf fremdem Grunde voraussetzen, z. B. Wasserleitungsservituten. — Hält man sich den Unterschied zwischen diesen Servituten und den in einer Vorrichtung bestehenden vor Augen, so könnte die vielbesprochene L. 29. §. 1. D. ad leg. Aqu. 9. 2. auch aus diesem Gesichtspunkte erklärt werden. Denn bei der Zerstörung der Wasserleitung handelt der Grundbesitzer in suo, bei der Verlegung des projectum aber in alieno. Vgl. noch §. 7b. R. 62.

56) Vgl. Wessely, Nothwehr S. 60 flg., und Albert, Besitz unkörperl. Sachen §. 120—124., welcher Letztere jedoch darin zu weit geht, daß er selbst bei aktueller Ausübung eine Selbstvertheidigung nicht annehmen will. Die Glosse scheint die im Texte vertheidigte Ansicht zu haben: In secundo prodest (usus): quia, si turbetur in utendo, non solum resistere potest, sed etiam in iudicio agere. Hoffmann, II. S. 279, will die Selbstvertheidigung bei der Servitutsausübung überhaupt zulassen, „namentlich (?) wenn der Besitzer gerade in der Ausübung sich befindet,“ es sei denn, „daß die Ausübung durch Anstalten aufgehoben worden ist.“ Hoffmann übersieht, daß nur bei aktueller Ausübung von Selbstvertheidigung die Rede sein kann. Noch weiter gingen manche Aeltere (Meronchius, Struve, Heffter), welche selbst in der eigenmächtigen aggressiven Durchsetzung der Servitut nur eine Selbstvertheidigung erblicken wollen. Vgl. dagegen Albert a. a. D. Einen Anhaltspunkt für unsere Unterscheidung gibt die L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Ueber die ältere Doctrin s. Meißfelder, §. 24.

ten Selbsthilfe fallen;<sup>57</sup> der Besitz dieser Servituten kann daher durch Selbstvertheidigung nicht erhalten werden.

e) Was endlich die Reallasten betrifft, so ist eine Selbstvertheidigung im Besitze derselben, soweit es sich um das Verhältniß zu dem Verpflichteten handelt, regelmäßig undenkbar; denn ein Zwang zur Leistung ist offenbar nicht mehr „Abwehr eines rechtswidrigen Angriffes“, sondern unerlaubter Eingriff in die fremde Rechtssphäre.<sup>58</sup> Dagegen läßt sich gegen einen Dritten, der die Vornahme der Leistung durch Gewalt verhindert, eine Selbstvertheidigung wohl denken.

Kann nun auch im zweiten und vierten Falle nur bedingungsweise, im dritten aber gar nicht von der Erhaltung des Rechtsbesitzes durch Selbstvertheidigung die Rede sein, so drängt sich doch sofort die Frage auf, welchen Einfluß die eigenmächtige Durchsetzung der Rechtsübung (Selbsthilfe) auf den Bestand des Besitzes habe?

Bei Beantwortung dieser Frage haben wir wohl zu unterscheiden, ob die Durchsetzung sofort im Momente der Verhinderung (in continenti), oder später erfolgte.

1) Im ersteren Falle ist im Grunde die Handlung, welche die Ausübung des Rechtes unmöglich machen sollte, gar nicht vollzogen worden; es liegt nur ein Versuch der Vereitelung, aber keine wirkliche Vereitelung (Unmöglichkeit der Ausübung) vor. Der Besitz des Rechtes kann also nicht verloren gegangen sein. — Hieraus ergibt sich, daß Selbsthilfe, falls sie sofort im Entstehen des Verhinderungsaktes geübt wurde, den Besitz erhält. Man setze z. B., daß der Besitzer eines Fahrweges die Plankenverschalung in demselben Momente hinweggeräumt hätte, wo sie errichtet wurde, oder daß der Besitzer einer Wasserleitung die Sperrung des Wasserzufflusses im Beginn vereitelt hätte. Die Klage des Sachbesizers wegen Besitzstörung wäre gegenstandslos, da sich im Gegentheil seine Vorkehrung

57) Vgl. Wirth, Usucapio lib. S. 60. Vgl. L. 3. §. 2. D. Uti poss. und dazu L. 5. §. 10. D. de O. N. N.

58) Von Aelteren sieht namentlich Baldus in dem Zwange zur Leistung nur eine Vertheidigung im Besitze. Vgl. Brunus, a. a. D. S. 280 flg. — Nur dann ließe sich eine Selbstvertheidigung denken, wenn der Berechtigte bei der Ausübung des Rechtes allein thätig wäre und in dieser Thätigkeit vom Gegentheil gefördert würde, z. B. bei jener Form des Zehntrechtes, bei welcher der Zehntherr das Getreide auf dem Felde selbst zehnet und abführen läßt.

gegen die Ausübung des Rechtsbesses als unbefugter Eingriff in die fremde Besitzsphäre darstellt.

2) Ließ hingegen der Rechtsbesitzer die Verhinderungshandlung ruhig geschehen, so geht der Besitz sofort mit der eingetretenen Unmöglichkeit der Ausübung verloren;<sup>59</sup> eine später angewendete Selbsthilfe kann wohl neuen Besitz begründen, aber den verlorenen in der Regel nicht erhalten.<sup>60</sup> Zwar kann der Besitzer der Sache in diesem Falle wegen der eigenmächtigen Selbsthilfe des Rechtsbesizers Klage führen.<sup>61</sup> Der Erfolg dieser Klage wird vereitelt, wenn der Beklagte rechtzeitig die Einrede der eigenmächtigen Verhinderung der Besitzausübung erhebt. Wird die Einwendung unterlassen, so ist zu unterscheiden:

a) Der Sachbesitzer klagt (rechtzeitig) wegen Störung im Sachbesitze und der Rechtsbesitzer (rechtzeitig) wegen Störung im Rechtsbesitze.<sup>62</sup> Hier muß beiden Klagen Statt gegeben werden. Jenem wird die Störung des Rechtsbesses unter sagt; dieser wird wegen der eigenmächtigen Hilfe (Begräumung des Hindernisses), welche als Störung des Sachbesses erscheint, verurtheilt. Wegen der rechtzeitig<sup>63</sup> angebrachten Besitzklage wird der Rechtsbesitz gar nicht als

59) Nach österr. Rechte §. 351. gilt der Besitz als fortdauernd, wenn die Besitzstörungsklage rechtzeitig eingebracht wurde.

60) Vgl. auch Evers, a. a. O. S. 686. Dies scheint Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 25, und die von ihm daselbst angeführte Entscheidung des Kasseler D. N. G. zu übersehen. Es wurde nämlich eine Unterbrechung des Besitzes des Sütungsrechtes nicht angenommen, „obgleich das Hüten von dem Eigentümer nicht gelitten wurde, bei dem Nachgeben, daß dasselbe doch nicht unterblieben sei.“ — Hier kommt alles darauf an, ob das Hüten im einzelnen Falle wirklich vereitelt, oder nur zu vereiteln versucht wurde; nur im letzteren Falle könnten wir der Entscheidung beistimmen. — Für das österr. Recht ist insbesondere zu bemerken, daß die eigenmächtige Selbsthilfe an sich selbst dann den Besitz zu erhalten nicht geeignet ist, wenn dieselbe innerhalb der 30 tägigen Klagefrist geübt wurde. (M. N. ist Prodlowski, Civilr. Unterf. S. 62.) Denn nur durch Einbringung der Klage kann nach §. 351. des G. B. der Besitz erhalten werden. Denselben Erfolg wie die Klage dürfte aber die except. vit. poss. ab advers. haben, sofern diese Einrede rechtzeitig erhoben wird. (Die abweichende Ansicht der 1. Aufl. erscheint mir unhaltbar; vgl. S. 248, N. 33.) Der Ablauf der Verjährung sanirt die Bittlosigkeit.

61) Diese Klage ist für das römische Recht das interd. uti possidetis, nach Umständen quod vi aut clam; für das österr. Recht die Klage des §. 339. des G. B.; für das preuß. Recht die der §§. 150—154. I. 7.: für das sächs. Recht die des §. 205. des h. G. B.

62) Die bereits erfolgte Beseitigung des Hindernisses hebt die Besitzklage nicht vollständig auf (wie irrig die oberstgerichtl. Entscheidung in Nr. 83. Ger.-Zeit. 1864 annimmt), da ja der Rechtsbesitzer noch immer das Verbot der Störung für die Zukunft und Schadenersatz fordern kann.

63) „Rechtzeitig.“ — hiemit nach österr. Rechte binnen 30 Tagen vom Zeit-

unterbrochen angesehen. §. 351. Die nach ergangenem günstigem Erkenntnis vorgenommenen Besitzhandlungen des Rechtsbesizers stellen sich als bloße Fortsetzung des als ununterbrochen fingirten Rechtsbesses dar. Dasselbe gilt, wenn nur der Rechtsbesitzer klagt.

b) Der Sachbesitzer stellt (rechtzeitig) die Klage wegen Störung im Sachbesitze an, der Rechtsbesitzer verabsäumt die rechtzeitige Klageanstellung, bez. Einwendung. Hier wird dem Letzteren die eigenmächtige Durchsetzung der Rechtsübung als Besitzstörung unter sagt. Die Folge davon ist, daß er auf dieselbe keinen neuen Besitzerwerb gründen kann, insofern er auch den früheren Rechtsbesitz verloren hat.<sup>64</sup>

c) Keiner von Beiden hat (rechtzeitig) Klage geführt. Hier hat sich der Rechtsbesitzer durch die eigenmächtige Selbsthilfe von Neuem in Besitz gesetzt.

### §. 36. Besitzverlust durch Repräsentanten.

Der Rechtsbesitz geht verloren: durch Aufgeben des Besitzwillens, durch Nichtausübung während der Verjährungszeit,<sup>1</sup> und durch Eintritt der Unmöglichkeit der Ausübung. Mit Rücksicht auf die im §. 23. d. B. über den Verlust des Sachbesses durch Stellvertreter entwickelten, auch hier zur Geltung kommenden Grundsätze gelangen wir zu nachstehenden Ergebnissen:

1) Die Willensänderung des Stellvertreters, insbesondere sein Entschluß, den Besitz aufzugeben, kann den Verlust des Rechtsbesses für den Vertretenen nicht zur Folge haben, da es beim Besitzverluste animo eben nur auf den Willen des Besitzers selbst ankommt.

2) Der Besitzverlust durch Nichtausübung wird dadurch nicht hintangehalten, daß der Repräsentant schuldbarer Weise es unterließ, das ihm zum Gebrauche überlassene Recht auszuüben. Es geht daher

punkte der erlangten Wissenschaft der Störung. §. 1. der kaiserl. Verordnung vom 27. Oktober 1849.

64) Vgl. die Entscheidung des oberst. Gerichtshofes v. 6. Mai 1858. Z. 4254. (Ger.-Halle Nr. 39. J. 1858). „Wenn der Eigentümer eines Grundstückes eigenmächtig Vorrichtungen macht, um den Servitutberechtigten in der Ausübung der Servitut zu verhindern, und der Letztere (die rechtzeitige Einklage verabsäumt) diese Vorrichtung eigenmächtig wegschafft, so kann der Eigentümer gegen ihn wegen eigenmächtiger Besitzstörung Klage anstellen.“ Denselben Erfolg, den die rechtzeitige Klage, muß doch wohl auch die rechtzeitige Einwendung haben.

1) Dies gilt nur nach österr. und preuß. Rechte; bestritten ist es nach röm. Rechte. Vgl. §. 34. d. B. Note 1.

3. B. der Besitz einer Weggerechtigkeit verloren, wenn der Pächter oder Nugnießer des herrschenden Grundes dieselbe durch die bestimmte Verjährungszeit zu gebrauchen verabsäumte. Gleichgiltig ist, ob der Stellvertreter hiebei dolos gehandelt hat oder nicht. Hieran kann auch der Umstand, daß für die Ueberlassung des Rechtsgebrauches vom Stellvertreter an den Vertretenen fortdauernd ein Entgelt entrichtet wird, Nichts ändern.<sup>2</sup> Der Verpächter eines Gutes verliert den Besitz der damit verbundenen Wasserleitung, Holz- oder Zehntgerechtigkeit non utendo, wenn der Pächter diese Rechte durch 30 Jahre nicht ausgeübt hat, wenn er auch alljährlich das Pachtgeld bezogen haben sollte.<sup>2a</sup>

3) Was schließlich den Besitzverlust durch Unmöglichkeit der Ausübung betrifft, so kann es offenbar keinen Unterschied machen, ob zur Zeit der eingetretenen Unmöglichkeit der Inhalt des Rechtes von dem Besitzer selbst oder für ihn von einem Stellvertreter geübt wurde. Denn es handelt sich eben nur um die Thatsache der möglichen faktischen Ausübung. Es wird daher z. B. der Eigenthümer eines Grundes den Besitz eines mit diesem verbundenen Wegrechtes verlieren, wenn dem Pächter die Ausübung desselben durch Verschließung der Durchfahrt, Aufführung einer Mauer u. dgl. unmöglich gemacht wurde, und es kann hiebei Nichts darauf ankommen, ob der Eigenthümer davon wußte oder nicht.<sup>3</sup>

2) Zwar bestimmt L. 38—40. D. 7. 1., daß wirkliche Ausübung durch den Stellvertreter bei der S. ususfructus nicht erforderlich ist, wenn der Fruktuar von Vesterem das Entgelt fortdauernd beziehe. — Allein diese Bestimmung ist gewiß eine Singularität; denn nicht der Ususfructus wird durch den Bezug des Entgelts geübt, sondern das persönliche Recht aus dem Veräußerungsvertrage. Und wie bei Schenkung des Ususfructus, von dem der Jurist doch auch spricht! Richtig entscheidet L. 29. pr. §. 1. D. quib. mod. u. 7. 4., daß ohne wirkliche Ausübung des Stellvertreters die Servitut non utendo verloren geht. Dies scheint auch die Ansicht Unterholzner's, II. §. 194. zu sein. Vgl. §. 26. N. 4.

2a) Vgl. auch die Entscheidung Nr. 2002. Samml. Gl.-u.-W., in welcher der Besitzverlust der Wasserschöpfbarkeit, welche einem Hause zustand, durch Nichtausübung Seitens der Miether ausgesprochen wurde. S. §. 34. N. 6a.

3) Selbstverständlich steht jedoch dem Eigenthümer die Besitzklage so lange zu Gebote, als dieselbe nicht durch Zeitablauf erloschen ist, daher nach österr. Rechte noch 30 Tage vom Zeitpunkte der erlangten Wissenschaft. Vgl. die Entsch. des Berliner O. T. bei Koch, Komm. I. S. 404. Note 21. „Wenn einem für den Dienst gemietheten Hirten bei der Ausübung der Viehtriebzigerechtigkeit von dem Besitzer des dienenden Grundstückes die Ausübung verboten und hiernach von dem Hirten das Verbot beachtet wurde, so ist dadurch der Besitz für den Besitzer des herrschenden Grundes verloren, wenngleich der Hirt seinem Dienstherrn von dem Verbote keine Anzeige gemacht hat.“

## Register.

Die größeren Ziffern bedeuten die Seitenzahl, die Exponenten die Noten. Nähere Erläuterungen sind durch Sternchen angebeutet.

### Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

§. 15. . . . . 518 flg.	§. 321. . . . . 64* flg. 79* flg.
§. 16. . . . . 37. 518 flg.	§. 322. . . . . 64* flg. 65 flg. 69* flg. 72 <sup>13</sup> 14. 79* flg.
§. 18. . . . . 37. 296.	§. 323. . . . . 52 flg. 75 flg. 89* flg. 199.
§. 19. . . . . 213. 518.	§. 324. . . . . 75 flg. 95 flg. 101.
§. 21. . . . . 296. 376. 452 flg. 518.	§. 325. . . . . 86 <sup>9</sup> . 95.
§. 24. . . . . 518.	§. 326. . . . . 213.
§. 26. . . . . 296. 374 <sup>13</sup> . 444. 518.	§. 327. . . . . 21. 462.
§. 27. . . . . 444. 518.	§. 329. . . . . 75. 104.
§. 152. . . . . 452 flg.	§. 330. . . . . 76 <sup>21</sup> . 104 <sup>20</sup> .
§. 233. . . . . 509 <sup>6</sup> .	§. 334. . . . . 59.
§. 273. . . . . 376. 452 flg. 492.	§. 337. . . . . 44 <sup>6</sup> * flg.
§. 275. . . . . 454.	§. 339. . . . . 79. 60. 71 flg. 85 flg. 106* flg. 151* flg. 160* flg. 255 flg.
§. 276. . . . . 454 <sup>9</sup> .	§. 340. . . . . 60. 181 flg. 191 <sup>68</sup> . 193* flg. 200 flg.
§. 279. . . . . 492 <sup>11a</sup> .	§. 341. . . . . 60. 181 flg. 194. 201* flg.
§. 285. . . . . 28 <sup>2</sup> . 517 <sup>2</sup> .	§. 342. . . . . 60. 194. 201 flg.
§. 287. . . . . 303* flg. 309. 448*.	§. 343. . . . . 60. 149* flg.
§. 288. . . . . 303 <sup>5</sup> . 309*. 448.	§. 344. . . . . 60. 75. 86* flg. 111.
§. 292. . . . . 28 <sup>2</sup> . 517 <sup>2</sup> .	§. 345. . . . . 73. 205 <sup>1</sup> . 210*. 216*. 228*. 575* flg.
§. 294. . . . . 438.	§. 346. . . . . 3. 7. 9. 50 flg. 60. 71. 73 flg. 107* flg. 205*. 257 flg.
§. 295. . . . . 344. 438.	§. 347. . . . . 3. 20. 51 <sup>15</sup> . 60. 71 flg. 85 flg. 120 <sup>20</sup> . 122 flg. 266.
§. 297. . . . . 163 <sup>27</sup> . 166. 189. 438 flg.	§. 348. . . . . 60 flg. 174.
§. 302. . . . . 434* flg.	§. 349. . . . . 49. 70. 480 <sup>4</sup> . 481* flg. 487. 498. 643 flg.
§. 304. . . . . 56.	§. 350. . . . . 65* flg. 70.
§. 305. . . . . 56.	§. 351. . . . . 5. 29. 70. 154. 156. 172. 211. 495* flg. 644* flg. 652* flg. 676. 680* flg.
§. 308. . . . . 48* flg. 521 <sup>8</sup> .	§. 352. . . . . 62 <sup>1</sup> . 480 <sup>4</sup> . 480* flg. 488. 496 <sup>20</sup> . 498 <sup>23</sup> . 501* flg. 661 <sup>6</sup> .
§. 309. . . . . 12. 11* flg. 28 flg. 50 flg. 62 flg. 70. 315 flg. 367 flg.	§. 353. . . . . 353 <sup>40</sup> .
§. 310. . . . . 296. 454. 459. 492.	§. 354. . . . . 22. flg. 26. 189 flg. 190 <sup>67</sup> . 354.
§. 311. . . . . 6. 28. 327. 151. 300* flg. 494. 517 flg. 521.	§. 357. . . . . 22* flg. 26 flg.
§. 312. . . . . 28. 70 flg. 315* flg. 559* flg. 580* flg.	§. 358. . . . . 22. 27.
§. 313. . . . . 50 <sup>14</sup> . 151 flg. 172. 559* flg. 580* flg. 603* flg. 633* flg.	
§. 314. . . . . 28 <sup>2</sup> . 398.	
§. 315. . . . . 59. 347. 350* flg. 398.	
§. 316. . . . . 81. 205 <sup>1</sup> . 227*. 381* flg.	
§. 317. . . . . 81. 381* flg.	
§. 318. . . . . 385.	
§. 319. . . . . 65 <sup>3a</sup> . 384. 460. 514.	
§. 320. . . . . 81 <sup>0</sup> . 213. 228. 381* flg. 386* flg.	

359. . . . 22. 26 flg.  
 361. . . . 24<sup>27</sup>. 414<sup>16a</sup>.  
 362. . . . 23. 190<sup>67</sup>.  
 364. . . . 184<sup>64</sup>. 188 flg. 190<sup>67</sup>.  
 366. . . . 76.  
 369. . . . 98.  
 371. . . . 355<sup>48</sup>.  
 372. . . . 65<sup>3a</sup>. 73<sup>14</sup>. 76. 80<sup>28a</sup>. 91.  
 103. 112<sup>9</sup>.  
 373. . . . 74<sup>14</sup>. 76.  
 374. . . . 74<sup>14</sup>. 76.  
 375. . . . 98.  
 376. . . . 8.  
 377. . . . 57.  
 381. . . . 17. 103.  
 398. . . . 341.  
 404. . . . 439<sup>7</sup>.  
 407. . . . 307<sup>8</sup>.  
 §. 417—419 . . . 408 flg. 432.  
 422. . . . 166. 381. 417.  
 424. . . . 466<sup>20</sup>.  
 425. . . . 103.  
 426. . . . 353<sup>45a</sup>.  
 427. . . . 333. 347\* flg. 352\* flg.  
 428. . . . 345. 364\* flg.  
 429. . . . 4. 366\*.  
 §. 431 flg. . . . 77 flg.  
 435. . . . 466<sup>20</sup>.  
 438. . . . 175<sup>49</sup>.  
 441. . . . 64. 65<sup>3a</sup>. 70 flg.  
 443. . . . 77.  
 445. . . . 77 flg.  
 469. . . . 78 flg.  
 471. . . . 102.  
 473. . . . 58. 626<sup>5</sup>.  
 475. . . . 607.  
 476. . . . 58. 614.  
 479. . . . 572.  
 504. . . . 192<sup>1</sup>. 598.  
 509. . . . 192<sup>1</sup>. 598.  
 523. . . . 90<sup>10a</sup>. 93\* flg.  
 530. . . . 539<sup>97</sup>.  
 532. . . . 558<sup>59</sup>.  
 547. . . . 157<sup>15</sup>. 387<sup>4</sup>. 388<sup>5</sup>. 6.  
 797. . . . 383. 388.  
 810. . . . 387<sup>4</sup>. 388<sup>5</sup>.  
 812. . . . 230.  
 816. . . . 230.  
 819. . . . 388.  
 825. . . . 58. 414 flg.  
 833. . . . 414\* flg.  
 §. 841—843 . . . 405 flg.  
 850. . . . 176\* flg.  
 851. . . . 60. 65<sup>3a</sup>. 80<sup>28a</sup>. 175\* flg.  
 852. . . . 175 flg. 179\*.  
 853. . . . 81<sup>0</sup>. 57<sup>3a</sup>. 80<sup>28a</sup>. 112<sup>9</sup>.  
 179\* flg.

854. . . . 157. 416\* flg.  
 855. . . . 403. 416\* flg.  
 856. . . . 416\*.  
 857. . . . 58.  
 858. . . . 58.  
 861. . . . 626<sup>5</sup>.  
 865. . . . 5. 296. 376. 452. 492.  
 870. . . . 211<sup>8</sup>.  
 §. 871—876 . . . 370.  
 931. . . . 234<sup>11</sup>.  
 972. . . . 220.  
 973. . . . 220 flg.  
 974. . . . 19. 220\* flg. 567\* flg.  
 975. . . . 225.  
 1016. . . . 233 flg. 458.  
 1017. . . . 234. 444. 454.  
 1018. . . . 233.  
 1070. . . . 63.  
 1074. . . . 63.  
 1079. . . . 63<sup>2</sup>.  
 1095. . . . 58. 63. 63<sup>2</sup>.  
 1096. . . . 63<sup>2</sup>.  
 1109. . . . 164<sup>32</sup>.  
 §. 1122—1150 . . . 19. 273<sup>0</sup>.  
 1238. 1239. . . . 590<sup>14</sup>.  
 1295. . . . 169. 183.  
 §. 1301 flg. . . . 234.  
 1305. . . . 161<sup>24</sup>. 189. 190<sup>67</sup>.  
 1321. . . . 167.  
 1323. . . . 259 flg.  
 1324. . . . 259 flg.  
 1331. . . . 259.  
 1369. . . . 525.  
 1392. . . . 354<sup>47</sup>.  
 1393. . . . 354.  
 §. 1431 flg. . . . 466<sup>20</sup>.  
 1458. . . . 519\* flg.  
 1459. . . . 616. 626. 627<sup>7</sup>. 629<sup>14</sup>.  
 671<sup>28</sup>.  
 1460. . . . 67. 103 flg. 383.  
 1463. . . . 231<sup>4</sup>. 389<sup>6</sup>.  
 1464. . . . 205<sup>1</sup>. 210 flg. 231.  
 1466. . . . 67. 90 flg.  
 1467. . . . 79.  
 1468. . . . 67. 68<sup>5</sup>. 6. 79. 81<sup>29</sup>. 82<sup>32</sup>.  
 523.  
 1469. . . . 523 flg. 541 flg.  
 1470. . . . 67. 81. 523. 542.  
 1471. . . . 654<sup>7</sup>.  
 1482. . . . 172. 616. 655. 674<sup>34</sup>.  
 1483. . . . 526.  
 1488. . . . 671<sup>28</sup>. 673 flg.  
 1493. . . . 390.  
 1498. . . . 67. 68<sup>5</sup>. 79. 81<sup>29</sup>. 82<sup>32</sup>.  
 175<sup>49</sup>.  
 1499. . . . 175<sup>49</sup>.  
 1500. . . . 68<sup>6</sup>. 78.

Allgem. Gerichtsordnung.  
 §§. 58—60. . . . 234<sup>11</sup>.  
 §. 66. . . . 96 flg.  
 §. 72. . . . 93. 197\*.

Auswanderungs-Patent  
 v. 24. März 1832. §. 255<sup>7</sup>.  
 §. 297. 376.

Das Besitzstörungsverfahren  
 v. 27. Oktober 1849. §. 12.

überhaupt . . . 61 flg. 261\* flg.  
 §. 1. . . . 68<sup>5</sup>. 71.  
 2. . . . 51<sup>15</sup>. 60. 109. 112<sup>9</sup>.  
 261\* flg. 377.  
 §. 3. . . . 265\*.  
 §. 5. . . . 81<sup>0</sup>. 49. 62. 68<sup>5</sup>. 71 flg.  
 109. 112<sup>9</sup>. 156. 265\* flg.  
 §. 6. . . . 265 flg.  
 7. . . . 265 flg.  
 8. . . . 202.  
 9. . . . 185. 194. 203<sup>88</sup>.  
 10. . . . 194. 266.  
 12. . . . 262<sup>56</sup> flg.  
 13. . . . 262<sup>56</sup>. 267.  
 14. . . . 262<sup>56</sup>. 267.  
 15. . . . 60. 73<sup>14</sup>. 185. 267.  
 16. . . . 262<sup>56</sup>. 266 flg.  
 17. . . . 262<sup>56</sup>. 267.  
 18. . . . 262<sup>56</sup>. 266 flg.  
 19. . . . 268.

Gez. v. 18. Februar 1878. §. 30. und  
 Min. Verordn.  
 vom 14. September 1854. §. 238.  
 §§. 9. u. 13. . . . 165. 311.

Kaiserl. Patent  
 v. 9. August 1854. §. 208.

§§. 43. 46. . . . 387<sup>45</sup>.  
 125. . . . 175<sup>49</sup>.  
 145. . . . 8. 230. 383. 387<sup>4</sup>.  
 146. . . . 230. 388<sup>5</sup>.  
 149. . . . 9.  
 174. . . . 9. 26.  
 §. 182. . . . 297.

Bauordnungen.  
 §. 195 flg. bis 205.

Gewerbeordnung  
 v. 20. Dezember 1859.  
 §§. 31—38. . . . 189 flg.

Grundbuchsgesetz  
 v. 25. Juli 1871. §. 95.  
 §. 4. . . . 62 flg. 631<sup>2</sup>.  
 §. 5. . . . 62 flg.  
 9. . . . 62. 70<sup>10</sup>. 79. 631<sup>2</sup>.  
 18. . . . 153<sup>6</sup>.  
 §. 40 flg. . . . 175<sup>49</sup>.  
 §. 61—68. . . . 78. 175<sup>49</sup>.  
 §§. 69—71. . . . 70.

Gez. v. 4. Mai 1874. §. 50.  
 §§. 38. 46. 49. . . . 25<sup>27a</sup>. 27.

Grundbuchsanlegungsgesetze.  
 §§. 9. 10. . . . 26.  
 §§. 3. 16. 18. 19. 23. 27. . . . 58.

Wassergesetzgebung.  
 Reichswasserges. v. 30. Mai 1869. §. 93.  
 §. 304\* flg. 417.

Böhm. L.-Wasserges.  
 v. 28. August 1870. §. 71.  
 §§. 2—7. . . . 304\* flg.  
 §. 5. . . . 417.  
 §§. 11. 12. 16. 17. . . . 305 flg.  
 §§. 75 flg. . . . 196. 262\* flg.

Handelsgesetzbuch.

§. 52. . . . 444<sup>4</sup>.  
 56. . . . 472<sup>23b</sup>.  
 302. . . . 361<sup>57</sup>. 363.  
 306. . . . 354. 459<sup>18a</sup>.  
 307. . . . 354<sup>48</sup>.  
 313. . . . 103. 552.  
 344. . . . 366<sup>63</sup>. 473.  
 360. . . . 473.  
 402. . . . 366<sup>63</sup>.  
 §§. 413 flg. . . . 361<sup>57</sup>. 363.  
 §§. 443. 445. . . . 366<sup>63</sup>.

Gesetz über Lagerhäuser  
 v. 19. Juni 1866. §. 86.  
 §. 363 flg.

## Inhaltsverzeichnis.

Die größeren Zahlen bezeichnen die Seiten, die Exponenten die Noten.

- Abgeleiteter Besitz 21.  
 Abwesenheit (Verlust durch) 501.  
 Actio Momenti 133<sup>20</sup>. 227<sup>38</sup>.  
 Actio Negatoria 93 flg. 184<sup>64</sup>. 187.  
 Actio Publiciana 76. 91. 103.  
 Akzession 439.  
 Alimendengut 451<sup>54</sup>  
 Animus poss. s. Wille.  
 Anrainer 197 flg. 204.  
 Apprehension, natürliche 314\* flg.  
 „ symbolische 347 flg.  
 Aufforderungsklage 95. 101.  
 „ insbes. bei Bauten  
 93. 198 flg.  
 Auftrag 454.  
 Ausländer 298.  
 Ausschließlichkeit des Besitzes 399\* flg.  
 Ausübung 580\* flg. 653 flg. 661 flg.  
 Auswanderer 297<sup>3a</sup>. 376.
- Bannrechte 539<sup>37</sup>. 540.  
 „ Erwerb d. Besitzes 623\* flg.  
 „ Verlust des Besitzes 665\*.  
 Bauerngüter 298.  
 Bauführung 180. 190\* flg. 198 flg.  
 Bauverfahren 194\* flg.  
 Bauverbot 202\* flg.  
 Bedingung 334. 505 flg. 645.  
 Benefiziat 25.  
 Besitz.  
 Begriff des Besitzes 1 flg.  
 „ des Sachbesitzes 1. 11.  
 „ des Rechtsbesitzes 28—31.  
 Eintheilung des Besitzes 12<sup>13</sup>. 13<sup>a</sup>. 13<sup>b</sup>.  
 59 flg.  
 Erwerb des Besitzes.  
 „ an Sachen 314\* flg.  
 „ an Rechten 580\* flg. 598\* flg.  
 Fortdauer d. Besitzes 478 flg. 642 flg.  
 Gegenstand des Besitzes 300\* flg.  
 517 flg.  
 Klagen 8. 106 flg. 117 flg. 130 flg.  
 151\* flg. 205 flg..
- Modifikationen des Besitzes 2.  
 Natur des Besitzes 35 flg.  
 Rechtsbesitz s. Recht.  
 Störung des Besitzes, s. Klage. 160 flg.  
 681.  
 Titel des Besitzes, s. auch Rechtmäßigkeit 89. 227\*. 381\*.  
 Tabularbesitz 62 flg.  
 Terminologie des Besitzes 57 flg.  
 Verlust d. Besitzes an Sachen 482\* flg.  
 „ d. Besitzes an Rechten 646\* flg.  
 Werth des Besitzes 55.  
 Besitzrecht 65. 80 flg.  
 Beweis des Besitzes 372. 573.  
 Bezeichnung 336 flg. 460<sup>19a</sup>.  
 Bittleihe 220\* flg. 567\* flg.  
 Brevi manu trad. 345. 364.  
 Büchlerliche Rechte 63<sup>2</sup>
- Causa poss. 384.  
 „ beim const. poss. 466\* flg.  
 „ beim Eigenthum 466<sup>20</sup>.  
 Cautio damni infecti 149.  
 „ de a. non turb. 287.  
 Civilbesitz 60. 154<sup>8</sup>. 680<sup>47</sup>  
 Clandestina poss. 143. 216. 503<sup>34</sup>.  
 Commodat 220. 224.  
 Competenz 262.  
 Complainte 143.  
 Compossessio 378. 399\* flg. 403\* flg.  
 Connoissement 361<sup>57</sup>.  
 Conditionen 8.  
 Constitutum poss. 345. 464\* flg.  
 Controversia poss. 168. 170<sup>40</sup>. 173<sup>48</sup>.  
 Custodia 319<sup>11</sup>. 338. 494.
- Delikt 168 flg. 214. 225.  
 Dejection 131. 154<sup>8</sup>. 157.  
 Detention, s. Inhabung.  
 Dereliction 487.  
 Desertion 297. 377.  
 Dienstbarkeiten  
 Erwerb des Besitzes 598\* flg. 611\* flg.
- Dienstbarkeiten  
 als Gegenstand des Besitzes 523 flg.  
 Verlust des Besitzes 653. 658 flg.  
 666 flg.  
 Dingliche Rechte 50<sup>14</sup>  
 Drohungen 171.  
 Duplizität 126. 180. 268 flg.
- Echtheit des Besitzes 74. 1537. 2051.  
 228.  
 Echtheit des Rechtsbesitzes 117. 575.  
 635.  
 Eigenmacht, s. Klagen 165. 212.  
 Eigenthum 22.  
 Eigenthum getheiltes, s. Nutzungseigenthum 22 flg.  
 Einantwortung 387<sup>4</sup>.  
 Eisenbahnen 165. 311.  
 Entsetzungsklage 130\*. 205\* flg., s.  
 noch Klagen.  
 Erbrecht als Objekt des Besitzes 557.  
 Erbschaft (ruhende) 229. 388 flg.  
 Erbsmann 477\* flg.  
 Ersetzung 103. 6547.  
 Exceptio spoli 144. 254.  
 „ vitios. p. 121. 246. 567.  
 Expropriation 165.
- Faktischer Besitz 61. 71.  
 Faktura 361.  
 Familienrechte 519.  
 Faustpfandrecht 525.  
 Fehlerhaftigkeit, s. Echtheit.  
 Fensterrecht 164<sup>32</sup>. 614.  
 Fideikommiß 25.  
 Findex 226<sup>36</sup>.  
 Firmenrecht 152<sup>3</sup>.  
 Fischereirecht 152<sup>3</sup>. 308<sup>8</sup>. 554.  
 Flußeigenthum 306\* flg. 409  
 Fortdauer d. Besitzes 478\* flg. 642\* flg.  
 Frachtbriefe 361.  
 Frachtführer 366<sup>63</sup>.  
 Freiheitsbesitz 671\*.  
 Früchte 440.
- Gegenwart als Apprehension 334.  
 Gehilfe (beim Erwerbe) 475.  
 Genehmigung 457 flg.  
 Gesamtsachen 434\* flg.  
 Gemeindesachen 303. 448\* flg.  
 Gewalt 125. 231. 311 flg.  
 Geweihte Sachen 313.  
 Gewerbeanlagen 189 flg.  
 Gewerberechte 554. 625.  
 Gewere 34. 533. 585<sup>6a</sup>.  
 Grenzschleiben 175. 416\* flg.  
 Grenzsteine 158. 162. 416 flg.
- Grenzfreitigkeiten 175\* flg.  
 Grund des Besitzeschutzes 271\* flg.
- Hammerschlagsrecht 163<sup>26a</sup>  
 Heimlichkeit des Besitzes 216 flg.  
 Hereditas jacens 229. 358.  
 Hinterlegung 338.
- Inmissionen 184<sup>63</sup>. 609.  
 Inhabung 11. 19. 57. 103<sup>30</sup>. 107 flg.  
 259.  
 Inhaberpapiere 355.  
 Indizienbeweis 373\* flg. 573.  
 Interdict. adipisc. poss. 9<sup>10d</sup>. 594<sup>24</sup>.  
 „ recup. poss. 130 flg.  
 „ retinend. poss. 123 flg.  
 „ de arborib. caed. 166<sup>35</sup>.  
 Interdict. uti poss. 123 flg. 184<sup>64</sup>. 65.  
 „ unde vi 130 flg.  
 „ de precario 135 flg.  
 „ de clandestina p. 143.  
 „ quod vi aut clam 192<sup>69</sup>.  
 Israeliten 300.  
 Jagdrecht 152. 169<sup>38</sup>.  
 Jura merae facult. 6277.  
 Juristische Personen  
 Juristische Natur ders. 374<sup>13</sup>.  
 Besitzserwerb ders. 374. 390. 445\* flg.  
 Justa poss. 205<sup>1</sup>.
- Kinder  
 Besitzserwerb 376. 452.  
 Besitzverlust 508. 647..  
 Klagen 40 flg. 106 flg.  
 Klagen wegen Störung 123. 151 flg.  
 681.  
 Klagen wegen Entsetzung 130 flg. 205 flg.  
 655.  
 Klagsbegehren 255\* flg.  
 Kommissionär 472.  
 Konnoissement 361<sup>57</sup>.  
 Kridatare 492<sup>11a</sup>.
- Ladescheine 361<sup>57</sup>.  
 Lagerscheine 361<sup>57</sup>  
 Legitimation 232 flg.  
 Lehen 25. 26<sup>28a</sup>  
 Leihe 138. 220\* flg.  
 Lose 302.
- Mandat beim Besitz 454 flg. 470.  
 „ zur Störung 232.  
 Mentalbesitz 621. 498<sup>23</sup>. 680<sup>47</sup>.  
 Nießher, jus tollendi ders. 164<sup>32</sup>.  
 Nießrecht als Objekt des Besitzeschutzes  
 111<sup>8</sup>. 552\* flg.  
 Nießthe (Restitution) 224.

Minderjährige 376. 453. 492. 508.  
 Mitbesitz pro diviso 404\* flg.  
 „ pro indiv. 411\* flg.  
 „ Schug desj. 158. 414 flg.  
 Mittelbarer Besitzwerb 398 flg.  
 Momentaria a. 133<sup>20</sup>.  
 Mühlenbau 198<sup>6</sup>.

Nachbarn bei Bauten 196\* flg.  
 Nachbarrecht 184<sup>64</sup> 65. 187\* flg.  
 Naturalbesitz 59. 61.  
 Nebensachen 438\* flg.  
 Negligenz 494 flg. 648<sup>4</sup>.  
 Nothwehr 86\* flg.  
 Nutzungseigenthum 22. 26 flg.

Oberigentum 22. 26—33.  
 Obligationenrechte als Objekt d. Besitzes  
 539\* flg.  
 Objekt des Sachbesitzes 300\* flg.  
 Objekt des Rechtsbesitzes 517\* flg.  
 Okkupation 342. 503<sup>34</sup>.  
 Öffentliche Plätze s. res. publ.  
 Orden 297. 299.  
 Ordenspersonen 297. 299.  
 Ordinarium 129.

Pachtrechte als Objekt des Rechtsbesitzes  
 1118.  
 Pächter, Besitzwerb durch P. 458.  
 578 flg. 591.  
 Pächter, B. gegen P. 602.  
 Personenrechte als Objekt des Besitzes  
 518\* flg.  
 Pertinenzen 438 flg.  
 Pfandbesitz 19. 110<sup>5</sup>. 525.  
 Pfändungsrecht 167.  
 Possessorium summar. 112<sup>9</sup>. 128 flg.  
 262<sup>56</sup>.  
 Possessorium ordinar. 129. 262<sup>56</sup>.  
 Präjudizialität 127. 173 flg.  
 Precarium 135\* flg. 200\*. 567\* flg.  
 Propinationsrecht 152<sup>3</sup>. 625.  
 Propinationszwang 625.  
 Provocatio s. Aufforderung.  
 Publiciana a. 73<sup>14</sup>. 76.  
 Publizitätsprinzip 78 flg.

Quasibesitz s. Rechtsbesitz.

Realkaften 152 flg. 540 flg.  
 „ Erwerb d. Besitzes 631\* flg.  
 „ Verl. d. Besitzes 665. 675 flg.  
 Realkrechte 152. 540 flg. 556. 577 flg.  
 Rechtsbesitz  
 Begriff 28 flg.  
 Erwerb 559 flg. 580 flg.

Rechtsbesitz  
 Fortdauer 642 flg.  
 Objekt 570 flg.  
 Schug 584<sup>5</sup>. 648<sup>4</sup>. s. Klagen.  
 Rechtsnachfolge s. Sukzession.  
 Rechtmäßigkeit des Besitzes 81. 89 flg.  
 227\* flg. 381 flg.  
 Rechtswirkungen des Naturalbesitzes  
 71 flg. 85 flg.  
 Rechtswirkungen des Tabularbesitzes  
 77 flg.  
 Redlicher Besitz 75. 104. 572.  
 Regal 307<sup>8</sup>. 554.  
 Reintegrande 143.  
 Rentrechte 539 flg. 556.  
 Repräsentanten, s. Stellvertreter.  
 Res publicae 303\* flg. 448.  
 Res sacrae 313.  
 Retentionsrecht 102. 552.

Schadenersatz 169. 256\*.  
 Schap 341 flg.  
 Schlüsselübergabe 340.  
 Schuldscheine 353.  
 Schulgebäude 312<sup>11a</sup>.  
 Selbsthilfe 165 flg. 226<sup>35</sup>. 286<sup>11</sup>.  
 685 flg.  
 Selbstverteidigung 56. 682\* flg.  
 Sequester 20. 110<sup>5</sup>. 516<sup>1a</sup>.  
 Servituten, s. Dienstbarkeiten.  
 Signirung, s. Bezeichnung.  
 Stellvertreter.  
 „ Besitzwerb durch Stellv. 441\* flg.  
 639\* flg.  
 „ Besitzverlust durch Stellv. 506\* flg.  
 687\*.  
 Störungsklagen s. auch Klagen.  
 s. auch Turbation.  
 Spezifikation 497.  
 Spolienklage 144 flg.  
 Straßen, s. res. publ.  
 Subjekte des Besitzes 295\* flg.  
 Sukzession 229. 386\* flg.  
 Summarissimum s. Possessorium.  
 Symbol. Ueberg. überhaupt 311\* flg.  
 durch Urkunden 347\* flg.  
 durch Werkzeuge 340\*. 345 flg.  
 durch Erklärung, s. const. poss.  
 Synagogenfuge 152<sup>3</sup>

Tabularbesitz 62 flg.  
 Terminologie 57 flg.  
 Theile, Besitz an 420 flg.  
 Theilung 405 flg.  
 „ von Häusern 408 flg.  
 Thiere 342. 494.  
 Titel, s. Rechtmäßigkeit.

Tradition 103. 346 flg. 488 flg.  
 (symbolische Tradition, siehe  
 „ Symbol).  
 Tradition d. Versendung 366 flg. 460.  
 Traditio possess. 396<sup>14</sup>.  
 Turbation 1548. 156. 160\*. 660<sup>3</sup>.  
 durch Bauten 180. 190 flg.  
 Türken (Besitzfähig?) 298.

Uebergabe, s. Tradition.  
 Ueberhangsrecht 166.  
 Universitas, siehe Gesamtsachen und  
 juristische Personen.  
 Unmündige s. Minderjährige.  
 Unterbrechung des Besitzes 380. 451 flg.  
 Unterlassung von Besitzakten 494. 652 flg.  
 Unreue 509.  
 Urkunden, s. Symbol. Uebergabe.  
 Usucapio libertatis 671\*.  
 Usus juris 560. 580 flg.  
 Usus ex j. famil. 564.

Veräußerung des Besitzes 54  
 Verbote 171. 202. 615.  
 Verfahren in Besitzstreitigkeiten 261\* flg.  
 Verjährung des Besitzes 652\* flg.  
 der Klagen 248\* flg.  
 Verlassen, s. Dereliction.  
 Verlust d. Sachbesitzes 482\* flg. 502 flg.

Verlust des Rechtsbesitzes 646\* flg.  
 Vermuthung des Titels? 89 flg.  
 Verschweigung 79. 82<sup>32</sup>.  
 Verschwender 453. 492. 508 flg.  
 Versendung 366. 460<sup>10a</sup>.  
 Vertrauen auf das öffentl. Buch 78 flg.  
 Vis 125. 131. 311 flg.  
 Vitiosa poss., s. Echtheit.  
 Vermund 452. 454. 508. 647.

Wahnsinnige 376. 452. 480. 492. 508.  
 Wasseranlagen 196. 597. 609<sup>24</sup>.  
 Wasserrecht 304 flg.  
 Wege, s. res. publ. 303. 309. 448. 592.  
 Wegservituten 592.  
 Werth des Besitzes 55.  
 Wild 342.  
 Wille beim Sachbesitz 12. 367\* flg.  
 „ beim Rechtsbesitz 558 flg. 645 flg.  
 Willensunfähigkeit 352. 481. 492. 508.

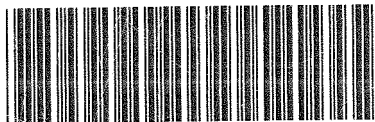
Zeichenübergabe, s. Symbol. Ueberg.  
 Zeitablauf 506. 645.  
 Zubau 408. 432.  
 Zuwachs 439.  
 Zusammengesetzte Sachen, s. Theile.  
 Zuehör, s. Pertinenz.  
 Zustandsobligation 624. 631.



Druckfehler.

Seite 390, Zeile 4 lies 1493 statt 1593.  
 „ 418, „ 4 „ 838 „ 830.  
 „ 458, letzte Zeile lies 1016 statt 1061.

ÚK PrF MU



3129S11461