

Der Besitz

nach

österreichischem Rechte

mit Berücksichtigung

des

gemeinen Rechtes, des preussischen, französischen und
sächsischen Gesetzbuches.

SYM 710.

Von

Dr. Anton Randa,

a. o. Professor der Rechte an der Prager Universität.

DAR
PŘÁVNICKÉ JEDNOTY
MORAVSKÉ.



Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1865.

V o r w o r t.

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,

OSTREDNÍ K. HOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND
Č. inv.: 028842

den inneren Zusammenhang der Rechtsfäße des Gesetzbuches mit denen des römischen Rechtes und seiner Doktrin bloßzulegen und zu verwerthen. Der unerschöpfliche Reichtum der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Rechtsprechung wurde, soweit mir derselbe zugänglich war, nach Kräften bemüht. 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 legislativischen 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 hervorragenden genannt: des unsterblichen Savigny's bahnbrechendes Buch: „Das Recht des Besitzes“ und das dasselbe wesentlich ergänzende dogmengeschichtliche Werk

von Bruns: „Das Recht des Besitzes 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 frei geblieben, und in wichtigen Punkten, namentlich in Fragen des Rechtsbesitzes, 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 bemüht 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 Defectlichkeit. 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.

- §. 1. Begriff des Sachbesizes. Das Erscheinen und die Gestalt des Besizes im Rechte S. 1—4. Begriff der Inhabung S. 5. Begriff des Besizes S. 6. Zum Besize wird der faktische Eigenthumswille erfordert, nicht aber der Wille oder Glaube, Eigenthümer zu sein S. 6—9. Fälle bloßer Inhabung S. 11. Das öferr. Recht kennt keine Ausnahme von jener Regel S. 12. Der sog. Nutzungseigenthümer ist Rechtsbesitzer S. 14—17; nur der Fideikommissbesitzer ist Sachbesitzer S. 16.
- §. 2. Begriff des Rechtsbesizes. Entwicklung desselben S. 18—19. Der Rechtsbesitz ist die thatsächlich bewährte Möglichkeit der faktischen Ausübung eines Rechtes im eigenen Namen S. 19. Sach- und Rechtsbesitz beruhen auf einem einheitlichen Prinzip S. 20, 21.
- §. 3. Rechtliche Natur des Besizes. Veräußerung und Werth desselben. Der Besitz ist kein Recht, sondern ein Faktum S. 22. Beweis hiefür S. 23—30. Der Besitz ist Gegenstand des Verkehrs S. 31. Er hat Vermögenswerth, wengleich dieser nicht immer eine ziffermäßige Darstellung gestattet S. 32. Der Besitz und die damit verknüpften Rechtsvorteile sind von einander unzertrennlich S. 33.
- §. 4. Der Sprachgebrauch des Gesetzbuches S. 33—35. Unter faktischem Besize ist Besitz und nicht Inhabung zu verstehen. Civil- und Naturalbesitz S. 35, 36. Verhältniß des Besizes zur Gewere S. 37.
- §. 5. Der Tabularbesitz. Begriff desselben S. 38. Bisherige Auffassungen des Verhältnisses des Tabularbesizes zum Naturalbesize S. 39—41. Der Tabularbesitz ist kein Besitz S. 43. Nachweisung der Verschiedenheiten des Begriffes, Erwerbes, Verlustes und der Rechtswirkungen Beider S. 43—45. Nur der (physische) Besitzer genießt den possessoriischen Rechtsschutz S. 45—48. Auch die §§. 323, 324, 329, 330, 344, 373—375. des G. B. beziehen sich nur auf den (physischen) Besitzer S. 48, 49. Rechtswirkungen des Tabularbesizes S. 50, 51. Erklärung der §§. 321, 322, 350. des G. B.
- §. 6. Die Rechtswirkungen des Besizes. Diese bestehen in dem gerichtlichen Schutze gegen Störung und Entsetzung und (beim Rechtsbesize) in der Unzulässigkeit der Aufforderungsklage S. 54—56. Keine Folgen des Besizes sind: 1) das Recht der Selbstvertheidigung S. 56, 57. Inwiefern dieselbe beim Rechtsbesize statthabe? S. 58. 2) Die angebliche Vermuthung eines gültigen Titels. Der §. 323 des G. B. enthält eine solche nicht S. 58—60. (Beweislast bei der Negatoria S. 61.) Der §. 323. normirt nur die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage und ist darum, soweit es sich um den Sachbesitzer handelt, überflüssig S. 63—65. Auch der Tabularbesitzer kann nicht zur Angabe des Titels aufgefordert werden S. 66. 3) Weiterer nur scheinbare Folgen des Besizes S. 67—69.

- §. 7. Der Besitz als alleiniger Gegenstand des gerichtlichen Schutzes. Das Gesetzbuch gibt dem Besitzer zwei Besitzklagen: wegen Störung und wegen Entziehung S. 70, jedoch nur dem Besitzer, nicht dem Inhaber S. 71—77. Uebrigens wird jeder Besitz geschützt, er mag von was immer für einer Beschaffenheit sein S. 77, — auch der unechte (vitiosus) Besitz, ausgenommen gegenüber Demjenigen, von dem derselbe vitiosus erworben worden ist S. 78—81.
- §. 8. Grund des Besitzschutzes. Dieser liegt nicht in dem Unrechte der Gewalt S. 83, in Gründen der Zweckmäßigkeit S. 84, in der mit dem Besitze angeblich verknüpften Vermuthung des Rechtes S. 84; sondern in dem positivrechtlich anerkannten Rechtspostulate, daß jede eigenmächtige Behandlung des wenn auch nur faktischen Willens hintangehalten werden soll S. 86—88. Inwiefern die Inhabung zu schützen ist S. 89, 90.
- §. 9. Subjekte des Besitzes. Besitzfähig sind nur Personen, welche vermögensfähig sind S. 91. Personen, welche Eigentum an gewissen Sachen nicht haben können, sind auch unfähig, Besitz daran zu haben. Die dahin gehörigen Fälle S. 92, 93.

Gegenstand, Erwerb und Verlust des Sachbesitzes.

- §. 10. Objekte des Sachbesitzes. Nur Sachen, welche Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können Objekte des Besitzes sein S. 95. Besitz ist daher unmöglich an Sachen, die aus natürlichen Gründen oder vermöge positiver Vorschrift kein Gegenstand des Verkehrs sind S. 96, insbesondere an öffentlichen Flüssen S. 97, an öffentlichen Wegen und Plätzen S. 99. Irrthümlich dahin gezählte Sachen S. 100—102.
- §. 11. Die Besitzergreifung. Zum Besitzerwerbe ist ein Akt erforderlich, der die faktische Macht über die Sache verschafft: Besitzergreifung S. 102. Zum Wesen der letzteren ist daher weder Berührung noch Betretung erforderlich, noch sind diese hierzu immer geeignet S. 103—106. Die Anwendung jenes Grundsatzes ist Sache des richterlichen Ermessens S. 105. Einzelne Apprehensionsakte: die Gegenwart S. 107, die Bezeichnung S. 109, Bewahrung S. 110, Bewachung, Vergrabung S. 111. Schlüsselübergabe, Bekung des Schatzes S. 112; Ergreifung des Wildes S. 113. Bearbeitung und Begrenzung des Bodens S. 115. Traditio brevi manu S. 115, 116. Die sog. Uebergabe durch Zeichen ist (Einen Fall abgerechnet) keine symbolische, sondern eine wirkliche Uebergabe S. 118—128. Der §. 429. des O. B. sündigt die Uebergabe S. 129.
- §. 12. Der Besitzwille. Zum Besitzerwerbe ist der Entschluß erforderlich, eine Sache wie eigen zu haben S. 130—132. Der Beweis dieses Willens kann auch aus Indizien erbracht werden S. 133. Mangels eines natürlichen oder rechtlich anerkannten Willens können Besitz nicht erwerben: juristische Personen, Kinder, Verstandeslose, Ordenspersonen, Auswanderer und Deserteur S. 134—136.
- §. 13. Unwesentlichkeit des Wissens des bisherigen Besitzers vom Besitzerwerbe des neuen Erwerbers S. 137—139.
- §. 14. Bedeutung des sogenannten Besitztitels. Zum Besitzerwerbe bedarf es nicht des Daseins eines Titels, S. 137—139, sowie andererseits dieser hierzu nicht genügt S. 140. Derselbe bewirkt nur die Rechtmäßigkeit des Besitzes S. 141. Es gibt keinen besonderen Besitztitel im Gegensatz zu den Eigenthumstiteln S. 142. Nemo sibi potest causam poss. mutare S. 143, 144.
- §. 15. Findet eine Succession in den Besitz Statt? Verneinung der Frage S. 145. Die sog. Einantwortung der Erbschaft erzeugt die Apprehension nicht S. 146—150. Aller Besitz ist originär S. 151. Weithlosigkeit der Eintheilung der Besitzerwerbarten in mittelbare u. unmittelbare S. 152.

- §. 16. Ausschließlichkeit des Besitzes S. 153, 154. Damit ist wohl vereinbar der Mitbesitz nach ideellen und realen Theilen, der Besitz verschiedener Personen an Theilen zusammengesetzter Sachen und der beschränkte Eigentumsbesitz S. 155.
- §. 17. Der Mitbesitz pro diviso und indiviso. I. Bei Größerem ist der Besitz der in gewisser Beziehung ein Ganzes bildenden Theile ein durchaus selbstständiger S. 157, 158. Einzelne Fälle des Mitbesitzes: An Grund und Boden ist derselbe denkbar, sofern nicht die Theilung durch ein Verbotsgesetz ausgeschlossen ist (wie bei Bauernwirtschaften) S. 161, 162. Bei Gebäuden ist der getheilte Mitbesitz nach der Natur der Sache unzulässig S. 163. Mitbesitz an Flüssen S. 164. 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 Mitbesitzerschaft S. 164, 165. Die Mitbesitzer müssen daher über die Herrschaftsantheile einverstanden sein, widrigens besitzt keiner derselben S. 167, 168.
- §. 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 eingebüßt haben S. 170, 171. Die Theorie Savigny's entspricht weder der Natur der Sache, noch den Quellen S. 172—177. Die Entscheidung liegt in dem obigen Principe, ohne Unterschied, ob die Sachen beweglich oder unbeweglich sind S. 174—177. Konsequenzen dieser Ansicht S. 177—180.
- §. 19. Besitz an Gesamtsachen, Pertinenzien und Akzessionen. An Gesamtsachen ist kein Besitz möglich S. 181, 182. Die Pertinenzqualität ist für die Besitzfrage nicht entscheidend S. 183, 184. Der Besitz der Nebensache bestimmt sich nach dem der Hauptsache S. 185.
- §. 20. Besitzerwerb durch Repräsentanten, Gehilfen und Ersahmänner. I. Allgemeine Voraussetzungen der Stellvertretung S. 186—188. Hauptfälle: Zum Besitzerwerbe juristischer Personen ist der Besitzwille ihrer Vertreter nöthig S. 189. Diese oder deren Beauftragte müssen auch die Apprehension vornehmen S. 190. Modifikation bei den zum allgemeinen Gebrauche dienenden Sachen u. bei Almenden S. 191—193. Besitzerwerb anderer handlungsunfähiger Personen S. 194—196. Bei freier Stellvertretung wird Auftrag (nicht notwendig Spezialmandat) oder Genehmigung erfordert S. 197—200. Letztere wird zurückgezogen S. 200. Das constitutum poss. S. 201. Der Repräsentante erwirbt Besitz, auch wenn der Uebernehmer dem Uebergeber nicht erklärt, daß er für einen Anderen Besitz erwerben wolle S. 203. Der Einkaufskommissionär ist an sich nicht Stellvertreter des Kommittenten S. 205. Die Untreue des Repräsentanten schadet dem Repräsentirten S. 206. II. Auch durch Gehilfen kann Besitz erworben werden S. 207. III. Der Ersahmann erwirbt immer zunächst sich selbst Besitz; von ihm kann ihn erst der Prinzipal erwerben S. 208, 209.
- §. 21. Fortdauer des Besitzes. Dieser dauert fort, solange nicht der Besitzwille geändert oder die Möglichkeit der faktischen Herrschaft aufgehoben ist S. 210—212.
- §. 22. Verlust des Sachbesitzes. Im Allgemeinen S. 212, 213. I. Animo. Die Dereliktion S. 214. Die Tradition S. 215. (Diese enthält ein unbedingtes Aufgeben des Besitzwillens S. 215.) Unterlassen von Besitzhandlungen S. 215, 219. Handlungsunfähige können den Besitz animo nicht verlieren S. 217. Wird die Sache dem Verkehrte entzogen, so hört der Besitz an ihr auf S. 220. II. Corpore hört der Besitz auf: A. bei Mobilien, wenn die Sache unterrecht, in Verlust, d. i. an einen Ort gerät, der dem Besitzer unzugänglich oder unbekannt ist S. 221 (welch letzterer Fall beim Verlegen und bei absichtlicher Bewahrung nicht vorliegt S. 222); endlich wenn die Sache in fremden Besitz gelangt S. 224. Besitzverlust an Theilen insbesondere S. 223. B. An Immobilien geht Besitz

verloren durch Bewältigung des Besitzers, durch dessen offene oder heimliche Entsetzung S. 225, 226. Der Besitz geht nicht verloren durch Erlösung des Rechtes zum Besitze S. 227.

- §. 23. Besitzverlust durch Stellvertreter. I. Durch Dereliction, Tod, Wahnfinn des Letzteren, oder durch Endigung des Vertretungsverhältnisses geht für den Vertretenen der Besitz nicht verloren, wohl aber durch unfreiwilligen Verlust der Detention Seitens des Vertreters S. 228, 229. Treuloses Verlassen oder Ueberlassen der Sache durch Letzteren hindert den Besitzergwerb Dritter nicht, auch wenn der Vertretene keine Kunde hievon hat S. 230. Eine Lücke in der Gesetzgebung S. 231. 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. 232—234.

Gegenstand, Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes.

- §. 24. Objekt des Rechtsbesitzes. Nur an Vermögens-, nicht aber an sog. Personen- und Familienrechten ist Besitz möglich S. 235—238, vorausgesetzt, daß sie eine wiederholte Ausübung gestatten S. 239. Hiernach sind wohl Servituten S. 240, nicht aber das Pfandrecht Gegenstand des Besitzes S. 242. Geschichtlicher Rückblick. Im röm. Rechte gelangte der generelle Begriff des Rechtsbesitzes, soweit es sich um den possessorschen Schutz handelt, nicht zur durchgreifenden praktischen Anwendung S. 244, 245. Dieser Prozeß vollzog sich erst im kanon. Rechte S. 245—247. Der Einfluß des deutschen Rechtes beschränkt sich auf die Viefierung eines großen Materials befähigter Rechte. Die Gewere an Rechten S. 248—250. 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. 250, 251. Die Kontroverse über den Besitz obligatorischer Rechte S. 253. An Realkasten und Bannrechten ist Besitz möglich S. 254—256. Erörterung der gegen den Besitz der übrigen obligatorischen Rechte angeführten Gründe S. 257—261. Deren Unhaltbarkeit. Resultate S. 262—267. Das Erbrecht ist kein Gegenstand des Besitzes S. 268, 269.
- §. 25. Der Besitzwille. Dieser muß auf die Ausübung des Inhaltes eines Rechtes für sich gerichtet sein S. 270—273. Auf die Anerkennung des Gegentheiles kommt Nichts an S. 274. Auch der präkaristische Gebrauch ist wahrer Rechtsgebrauch S. 274—277. Unterscheidung desselben von der bloßen Gefälligkeitserdung S. 277, 278. Auch die gewaltsame oder heimliche Rechtsübung kann Besitz begründen S. 279. Unter Glaube? S. 279. Beweis des Besitzwillens S. 280, 281. Die Behauptung der Unrechtheit des Besitzes enthält keine Negation des Besitzwillens. Beweis derselben S. 281—283. Bei Realservituten kann nur der Eigentümer (Besitzer) den rechten Besitzwillen haben, nicht aber der bloße Nutzungsberechtignte S. 284—286.
- §. 26. Das Corpus. Allgemeine Grundsätze und Erfordernisse: 1) Wirkliche Ausübung des Rechtes, nicht bloße Möglichkeit derselben S. 286, 287. Scheinbare Ausnahme bei Zustandservituten S. 288. 2) Ausübung des stofflichen Inhaltes des Rechtes S. 288. 3) Zahl der Ausübungsakte S. 289. 4) Die Widerrechtlichkeit der Besitzhandlung hindert den Besitzergwerb nicht S. 290. 5) Umfang des Besitzergwerbes S. 291—292. 6) Die *adminicula juris* S. 293. 7) Rechtsbesitz ist nur denkbar, wo das entsprechende Recht gedacht werden kann S. 294. Anwendung dieses Satzes auf die Realservituten S. 295 und auf öffentliche Wege S. 296. 8) Besitzergwerb durch Vertrag? Erbgang? Urtheil? S. 297. 9) Der Tabularbesitz S. 298.

- §. 27. Uebersicht der Fälle. I. Der Rechtsgebrauch bei affirmativen Rechten. Eintheilung der Rechte S. 298—300. Rechtsgebrauch bei den affirmativen Servituten. Bei denjenigen Personalservituten, welche die Detention der Sache voraussetzen, liegt der Gebrauch nicht schon in dem Erwerbe der Detention S. 301—302, vielmehr wie bei allen übrigen Servituten nur in der wirklichen Benützung der fremden Sache S. 303. Bloße Dispositionen über das Recht enthalten keinen Rechtsgebrauch S. 303—304. Die Kenntniß des Eigentümers von der Ausübung des beschränkenden Rechtes ist zum Besitzergwerbe nicht erforderlich S. 304—307. Daher genügen hiezu selbst die bloß gegenüber dem Pächter oder Verwalter vorgenommenen Benützungskakte S. 308. Rechtsgebrauch bei den Realservituten insbesondere; a) bei den in einer Anstalt bestehenden S. 309; b) bei den übrigen, namentlich bei den eine Anstalt bloß voraussetzenden S. 310—311.
- §. 28. II. Besitzergwerb negativer Rechte. a) Der negativen Servituten. Deren Wesen S. 312. Der Rechtsgebrauch bei denselben besteht in dem durch fremde Willkür bewirkten Unterbleiben der Veränderung eines gewissen Zustandes einer Sache S. 313—315. Formen der Neuzierung fremder Willkür: Privatverbot, Verhinderung S. 316, richterliches Verbot, S. 317. Rechtsgeschäft S. 318. Urtheil S. 319. Formen des Unterbleibens S. 319. Inwiefern „Beruhigung“ des Besitzers des dienenden Grundstückes zum Besitzergwerbe notwendig ist? S. 320, 321. Bedeutung der Protestation S. 321. R. 17. Es genügt, wenn auch nur der detimirende Nichteigentümer die Veränderung eines gewissen Zustandes über fremden Einspruch unterläßt S. 322, 323.
- §. 29. II. Fortsetzung. b) Besitzergwerb der Bannrechte. Deren Wesen S. 324, 325. Allgemeine Voraussetzungen des Besitzes derselben: Möglichkeit des Rechtes, Vermögensinteresse S. 326. Heutige Reste der Bannrechte. Der Provinationszwang S. 326. Der Rechtsgebrauch besteht in der über den Willen des Bannberechtigten unterbliebenen Abnahme von Waaren von Anderen als diesem S. 327, 328. Formen der Neuzierung jenes Willens: Verbot, Verhinderung, Rechtsgeschäft, richterlicher Spruch S. 329. Form des Unterbleibens S. 330. Bedeutung der Protestation und Freiheitsklage S. 330. Anwendung dieser Grundsätze auf gewerbliche Monopolrechte S. 331.
- §. 30. III. Besitzergwerb der Realkasten. Wesen und einzelne Arten derselben S. 331, 332. Der Rechtsgebrauch besteht einerseits in dem Abführen, andererseits in dem Empfangen einer Leistung als Ausfluß einer wirklichen oder angeblichen Realkast S. 333. Nähere Bestimmung des beiderseitigen Willens S. 334, 335. Auch die erzwungene oder erschlöhene Leistung begründet Besitz S. 335. Beweislast S. 336. Der Besitz der Realkast wird erworben, selbst wenn die Leistung nicht von dem Eigentümer, sondern von dem nutzungsberechtigten Inhaber des Grundstückes erfolgte S. 337, 338.
- §. 31. Besitzergwerb der Rechte durch Stellvertreter. Hierüber gelten im Allgemeinen die im §. 20. angeführten Grundsätze; insbesondere ist ein Repräsentationsverhältnis und der korrespondirende Besitzwille des Vertreters und des Vertretenen unerläßlich S. 339, 340. Anders, wenn es sich um die Fortsetzung des Besitzes handelt S. 340. *Constitutum poss.* beim Rechtsbesitze S. 341.
- §. 32. Fortdauer des Rechtsbesitzes. Dieser dauert so lange fort, als nicht der Besitzwille aufgegeben oder die Unmöglichkeit der Ausübung des Rechtes eingetreten ist S. 342. Modifikationen dieses Grundsatzes S. 343. Hieraus sich ergebende Arten des Besitzverlustes: Aufgeben des Besitzes, Unterlassung des Rechtsgebrauches, Unmöglichkeit desselben S. 344. Der Verlust des Rechtes hat den Verlust des Besitzes nicht zur Folge S. 345.

- §. 33. Verlust des Rechtsbesitzes durch Aufgeben des Besitzwillens. Hierzu genügt nicht Eintritt der Unmöglichkeit des Wollens, noch Unthätigkeit des Willens, noch bloße Nichtausübung S. 345—347.
- §. 34. Verlust des Rechtsbesitzes durch Nichtausübung. Kraft positiver Rechtsvorschrift erlischt der Rechtsbesitz durch Unterlassung des Rechtsgebrauches innerhalb der Verjährungszeit des Rechtes S. 348—350. Anwendung dieses Grundsatzes. I. Bei diskontinuirlichen Rechten verhält ein einziger innerhalb der Verjährungszeit vorgenommener Akt den Verlust S. 351. Fälle unnachtheiliger Unterlassung S. 352. Beschaffenheit des Ausübungsaktes. Beginn der Verjährungsfrist S. 353. II. Bei kontinuierlichen Servituten beginnt der Nichtgebrauch mit dem Aufhören der Anstalt S. 354; III. bei negativen Servituten mit der Nichtbenützung des vorteilhaften Zustandes S. 355.
- §. 35. Verlust des Rechtsbesitzes durch Unmöglichkeit der Ausübung. Dieselbe kann eintreten durch vom Gegentheile nicht bewirkte oder durch von ihm bewirkte Ereignisse S. 356. A. Ereignisse ersterer Art sind: Zufälle S. 357. Aenderungen von Rechtsverhältnissen S. 359. Handlungen Dritter S. 360. Sie haben sofortigen Besitzverlust zur Folge S. 361. B. Ereignisse der letzteren Art sind je nach Verschiedenheit der Rechte: Entziehung der Sache, Zerstörung der Anlage S. 365. Verhinderung der Gebrauchsbildung S. 364. Herstellung des verbotenen Werkes S. 364. Präkaristische Herstellung S. 365. Besitz und Erziehung der Freiheit der Sache S. 367, 368. Theilweiser Freiheitsbesitz S. 369, Verweigerung der Leistung S. 371, bannwürdiges Handeln S. 374. Ereignisse der zweiten Art haben den Verlust des Rechtsbesitzes nur dann zur Folge, wenn die Besitzstörungenklage nicht rechtzeitig ange stellt worden ist S. 375. Klagefrist S. 377. Inwiefern der Rechtsbesitz durch Selbstverteidigung und Selbsthilfe erhalten werden könne? S. 378—382.
- §. 36. Verlust des Rechtsbesitzes durch Stellvertreter. Dieser erfolgt nur beim Eintritte der im §. 34. und §. 35. angeführten Ereignisse S. 383.

Sinnstörende Druckfehler.

- Seite 5 Note 11 Zeile 15 lese „psychische“ statt: physische.
 „ 23 Note 1 Zeile 6 hat „durch“ wegzubleiben.
 „ 44 Text 5. Zeile von unten lese „Diese“ statt: Die.
 „ 59 Note 10 vorletzte Zeile hat „sondern“ zu entfallen.
 „ 69 Text 4. Zeile von unten streiche: angeblische.
 „ 77 Text 4. Zeile von oben lese e. statt §.
 „ 78 Note 12 Zeile 4 von unten lese „Dienstbarkeiten“ statt: Grunddienstb.
 „ 98 Note 8 Zeile 15 lese „von nicht“ statt: selbst von.
 „ 155 Note 2 vorletzte Zeile lese nach: „Person“ die Worte: eine Ansicht.

Abkürzungen.

- R. Albert: Ueber das interdictum uti possidetis der Römer. Halle 1824.
 „ „ Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen oder sog. Gerechtigkeiten. Nr. I. Das interdictum de itinere actuque priv. Leipzig 1826.
 J. Baron: Die Gesamtrechtsverhältnisse im Römischen Recht. Marburg und Leipzig 1864.
 K. G. Brunß: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.
 K. Bulling: Das Precarium. Leipzig 1846.
 B. Delbrück: Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857.
 R. Evers: Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.
 Gräwel: Die Lehre vom Besitz und von der Verjährung nach Preuß. Recht. Halle 1820.
 M. P. Hedemann: Ueber Erwerb und Schutz der Servituten nach röm. Recht. Berlin 1864.
 G. Hoffmann: Die Lehre von den Servituten nach Röm. Recht. Darmstadt, I. 1838. II. 1843.
 L. Höpfner: Die Besitzrechtsmittel und Besitzprozesse des heutigen gemeinen und königl. sächs. Rechts. Leipzig 1841.
 G. 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.
 G. Lenz: Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. Berlin 1860.
 F. Ritter v. Minastewicz: Systematische Darstellung des Tabularbesitzes nach dem österr. h. Rechte. Lemberg 1832.
 Th. Muther: Die Erziehung der Servituten. Erlangen 1852.
 Th. Pachmann: Die Verjährung nach dem allgem. bürgerl. Rechte in Oestreich. Wien 1833.
 R. Pfeiffer: Was ist und gilt im röm. Rechte der Besitz? Tübingen 1840.
 D. W. Pfeiffer: Prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Mit Erkenntnissen des D. N. G. Cassel. Hannover 1826 fg. II. IV. VII.
 W. Planck: 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. u. XV.
 J. Carl v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 1. Auflage. Gießen 1803; 6. Aufl. 1837. Nach dieser wird citirt. Die siebente, von Rudorff besorgte und mit Zusätzen desselben versehene Ausgabe (Wien 1865) konnte nur bei der Korrektur der letzten acht Druckbogen berücksichtigt werden.

- Mich. Schuster: Ueber das Baurecht, Verbotungsrecht, Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten. Prag 1819.
- G. E. Schmidt: Das Commodatum und Precarium. Eine Revision der Grundlagen Beider. Leipzig 1841.
- E. Siebenhaar: Commentar zu dem bürgerl. Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. 1864.
- H. F. Thibaut: Ueber Besitz und Verjährung. Jena 1802.
- Unterholzner: Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. 1828. Neu bearbeitet von Schirmer. Leipzig 1858. Nach der letzteren Ausgabe ist citirt.
- J. Unger: Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für Sachsen. Wien 1853.
- S. Witte: Das interdictum uti possidetis. Leipzig 1863.
- Wirth: Die Libertatis usucapio. Erlangen 1854.
- Zielonacki: Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach röm. Recht. Breslau 1849.
- Der selbe: Der Besitz nach dem röm. Rechte. Berlin 1854.
- Zlobicki: Ueber Provisorien im streitigen Besitz nach Vorschrift der österr. Gesetzgebung. Wien 1826.
- Die Lehrbücher, Commentare und Systeme des römischen, deutschen, preussischen und österreichischen Rechtes sind kurzweg durch die Angabe des Namens der Verfasser bezeichnet. Die Zeitschriften sind in der üblichen Weise citirt.

§. 1. Begriff des Sachbesitzes.

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

Das allg. bürgerl. Gesetzbuch nennt übereinstimmend mit dem Sprachgebrauche jenen Zustand, in welchem eine Sache der ausschließlichen körperlichen Einwirkung eines Rechtssubjektes unterworfen ist: Inhabung.

Ist mit diesem thatsächlichen Verhältnisse der Wille des Rechtssubjektes verbunden, die Sache wie ein Eigenthum zu behandeln, so heißt dieser Zustand Besitz (possessio) (§. 309.).²

Im Begriffe des Besitzes liegen hiemit 2 Momente:

1. Das Moment der thatsächlichen Herrschaft über die Sache.
2. Der Wille, die Sache wie eigen zu behandeln.

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). Die neueren Codifikationen durchwegs vgl. §§. 1—3. I. 7. des preuß. L. R. art. 2228. Code civ. §. 309. des österr. G. B. §. 186. des sächsischen B. G. B.

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. §. 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 Commentar der Instit. §. 281., wo es heißt, „das 2. Erforderniß des Besitzes sei die Absicht, die Sache zu haben und zu behalten, — der Wille sei gar nicht, oder wenigstens jetzt nicht wegzugeben.“ —

Randa, Besitz n. österr. Recht.

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.³⁾

Diese Rechtswirkung besteht wesentlich in dem Schutze, den das Recht dem Besitze angedeihen läßt.

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. (§§. 339. 344—347. A. b. G. B.) Durch diesen Rechtsschutz wird der Besitz Gegenstand der Gesetzgebung und Theil des objektiven Rechtes.

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

In Folge dieser Aufnahme und rechtlichen Verarbeitung wird die ursprünglich rein faktische Natur des Besitzes vielfach modificirt.⁴⁾ Einerseits wird nämlich in Fällen Besitz angenommen, wo die thatsächlichen Voraussetzungen hiezu abgehen; anderseits wird er da rechtlich nicht anerkannt, wo er zu Folge seines natürlichen Begriffes angenommen werden müßte.^{4a)}

Fälle der ersteren Art finden wir beispielsweise in der Statuierung des Besitzerverwerbes auch ohne die natürlichen Voraussetzun-

3) Kierulff, 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. possessoriischen 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 u. G. 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.

4) Vgl. Savigny, §. 9. Puchta, P. §. 122. u. Rechtsf., II. S. 46. Bruns, §. 2. 15. 29. Brinz, P. I. S. 57, welcher gut bemerkt: „Die Natur des Besitzes ist unter die Herrschaft des Rechtes zurückgedrängt, auf dem Gebiete des Rechtes ist er ansässig (naturalisirt) und dann durch die Berührung 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.

4a) Es ist daher nicht richtig, wenn Baron Gesamtrechtsw. S. 3 behauptet: „Der Besitz, weil er gleichsam eine Naturwahrheit sei, sei frei von Fiktionen.“

gen desselben (§§. 427. 429. A. b. G. B.); in der Annahme des Besitzes 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) ausgegeben haben (§. 865. des Gesetzbuches);⁵⁾ in dem Besitzerverwebe durch Stellvertreter; in der Annahme der Fortdauer des Rechtsbesitzes trotz der eingetretenen Unmöglichkeit der Ausübung bei rechtzeitig erfolgter Einklagung der Verhinderung (§. 351. G. B.).⁶⁾

Dagegen wird Besitz nicht anerkannt, obgleich die thatsächlichen Voraussetzungen seines Daseins vorhanden wären, — an außer Verkehr stehenden Sachen (§. 311. des G. B.), bei Personen in Rücksicht von Sachen, welche sie nicht zu eigen erwerben können (vgl. §§. 9. u. 10. d. A.),⁷⁾ und endlich unter Voraussetzungen, wo auch das Dasein eines Rechtes durch die Vorschrift des Gesetzes ausgeschlossen ist, z. B. an Theilen eines untheilbaren Bauerngutes.

Die Modifikationen, welche die natürliche Gestaltung des Besitzes bei seiner juristischen Formung erfährt, liegen theils in der positiven Anordnung des Gesetzes, theils in der prinzipiellen Erwägung, daß der Besitz in Folge der Aufnahme in das Recht das Schicksal der

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

6) 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 desiit possidere), da hier der Besitz nur insofern in Betracht kommt, als er selbständige Quelle von Rechtsvorteilen ist. Dies überfließt noch §. 5. — Für das preussische Recht gelten gleichfalls die im Texte angeführten Modifikationen (mit Ausnahme der ersten und letzten) und außerdem für den Besitzerverwerb die Eigenthümlichkeit, daß vi. clam, precario vorgenommene Handlungen keinen Besitz zu gründen geeignet sind. Vgl. §. 96. 98. 106. I. 7. und Bornemann, I. §. 81. — Ziemlich regelmäßig gestaltet sich (in Ermanglung besonderer Bestimmungen) Erwerb u. Verlust des B. nach franzöf. 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.)

7) Vgl. L. 30. §. 1. u. 3. L. 3. §. 17. L. 30. §. 30. L. 49. §. 1. D. h. t. Puchta im Rechtsfey. S. 46.

Rechte da theilen muß, wo dieses gebietend oder verbiethend auftritt.⁸ Besitz kann da nicht anerkannt und rechtlich geschützt werden, wo das Gesetz selbst die Möglichkeit des Rechts absolut negirt. Gegenstand, Entstehung, Fortsetzung und Verlust des Besitzes sind also durch das positive Recht in vielen Beziehungen anders geregelt, als die logische Folgerung aus dem natürlichen Begriffe desselben ergeben würde.

Der Besitz in jener Gestalt, 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.⁹ Die mit dem Besitze verbundenen Rechtsvorteile bilden das Recht des Besitzes (Besitzrecht, *jus possessionis*) und ist dasselbe von dem Rechte zu besitzen (Recht zum Besitze, *jus possidendi*) wohl zu unterscheiden.¹⁰

8) Es sind dies Rechtsnormen, deren zwingenden Charakter unter Ausschluß jeder Privatwillkür unbedingte Geltung verlangt. *Jus (publicum), quod privatorum pactis mutari nequit.* Vgl. über diese Gattung von Rechtsnormen: Unger, I. §. 9.

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. v. 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 derselbe 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. v. G. B. und §. 5. des Besitzstörungsverfahrens), so ist es der Besitz an und für sich, welcher der alleinige Rechtsgrund dieses rechtlichen Schutzes ist.

10) Vgl. Savigny, S. 5. Pachmann, S. 59. Deutlich spricht diesen Gegensatz aus der §. 320. des Gesetzbuches: „Wer nur das Recht zum Besitze hat, darf sich in dem 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 eine Thatsache; — wer das Recht zum Besitze habe, eine Rechtsfrage. Das letztere gebührt nur dem Eigenthümer oder demjenigen, dem die Sache zu eigen übergeben werden soll, da nur dieser die Sache mit dem Eigenthumswillen in seiner Gewalt haben darf. Zu eng bezieht Pachmann, S. 70., Note 1., nur den ersteren Fall hieher.

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

Die Grundlage des Besitzes an Sachen ist die Inhabung.

Inhaber ist: „wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame 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 verschlossenen Schrank eine Sache ohne sein Wissen eingesperrt wurde; ebenso erscheint als Inhaber der Finder, der mit sich beräth, 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.¹¹

11) Vgl. Windscheid, P. §. 148. Von diesem Sprachgebrauche geben 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. L. R. ausdrücklich sagt, zu verstehen: das physische Vermögen, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen. — also dasselbe, was unter dem Worte „Macht.“ 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 Brunns, S. 466, dem Zielonaki, Besitz S. 4. Note, folgt, der zur Detention nicht nur Bewußtsein, sondern auch Willen, für sich oder Andern zu definiren, fordert, und den Unterschied zwischen Besitz u. Detention bloß in der Richtung des Willens (für sich oder Andern inne zu haben) finden will. „Innehaben, meint B., ist ein Begriff, der auf einer Thätigkeit des Subjektes zum Objekte beruht, also wesentlich eine physische Betheiligung des Subjektes voraussetzt. — Wir können dieser Deduktion vom Standpunkte des österr., preuß. u. sächsischen Rechtes nicht beipflichten; aber selbst in Hinsicht des Sprachgebrauches haben wir Bedenken gegen die Auffassung B.'s. — Wenn übrigens Brunns, 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. L. 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 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

Die Detention wird aber erst zum Besitze, wenn der Inhaber den Willen hat, die detinirte Sache seiner ausschließlich faktischen Herrschaft unterworfen zu haben, wenn also der Inhaber das, was er wirklich hat, — nämlich die Gewalt über die Sache — auch für sich will (§. 309. des G. Buches). 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.¹² Der so beschaffene Wille, wenn er auf ein rechtlich anerkanntes Verhältniß sich stützt, ist aber der Eigenthumswille (§. 354. A. b. G. B.).¹³ Denn nur das Eigenthum schließt die volle rechtliche Herrschaft über die Sache in sich. Der zum Dasein des Besitzes erforderliche Wille charakterisirt sich also als faktischer Eigenthumswille.^{13a}

(insbesondere gerichtlicher Schutz) verbunden sind, z. B. nach preuß. Rechte, §. 141. I. 7., was Zielona Act. d. O. übersieht.

12) Oder um mit Windscheid, §. 149., zu sprechen: „Der Besitzwille muß auf das faktische Fürsichhaben der Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen gerichtet sein.“ Daher 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.

13) Anders nach preuß. Rechte, welches zum Besitze nur 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 u. 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 voraussetzt, 2) unvollständigen Besitz, welcher die Absicht, die Sache für sich zu haben, voraussetzt, u. 3) vollständigen Besitz, d. i. Innehabung mit dem Willen, die Sache als seine eigene zu haben. Nur der vollständige Besitz ist Besitz im Sinne des österr. Rechtes. Mit jener Eintheilung des Besitzes sollte nach der Absicht der preuß. Redactoren die römische Eintheilung in *civilis* und *naturalis possessio* gegeben werden (vgl. die Heuserungen von Suarez und Kircheisen bei Koch, S. 25—35); aber es ist offenbar, daß die beiderseitigen Begriffsbestimmungen sich nicht decken. Vgl. Koch, S. 35 folg. Ueber die Worthlosigkeit jener Eintheilung dürfte wohl kaum ein Zweifel sein, und mit Recht wurde sie weder von der österr., noch von der franz., sächsischen, badischen Gesetzgebung adoptirt. Vgl. dagegen auch Brunz, S. 433 fg.

13a) Auch nach französischem Rechte wird zum Besitze im Gegensaße zur Innehabung 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 tient en notre nom.* Darauf weist auch hin die Stellung der Besitzlehre im Kapitel der Ersetzung des Eigenthums, dann art.

Sein Inhalt ist daher totale faktische Herrschaft über die Sache.^{13b} Wir können diesen Willen als „Besitzwille“ kennzeichnen: Dieser unterscheidet sich also vom Eigenthumswillen nur dadurch, daß dieser auf das rechtliche Haben der Sache gerichtet ist, während dem Besitzwillen schon das faktische Haben genügt. Es enthält also der Eigenthumswille begrifflich den Besitzwille, nicht aber umgekehrt. Diesen Unterschied festgehalten, was freilich die Meisten nicht thun, steht nichts entgegen zur besseren Charakterisirung der zum Besitze erforderlichen Willensrichtung, den Besitzwille als Eigenthumswille zu bezeichnen, wobei jedoch der Besitz „faktischer“ hinzugebracht werden muß.¹⁴ Ebenso sachlich gleichgiltig ist es sodann, ob man den Besitzwille als die Absicht, die Sache „wie eigen“ oder „als eigen“ zu behandeln, bezeichnet, sofern man nur die Ansicht fernhält, als müsse die Absicht auf das rechtliche Haben gerichtet sein.

2030. u. 2036., wo geradezu vom *titre de propriétaire* gesprochen wird. Vgl. Planck, Besitz nach franz. R. S. 5 u. 95. Brunz, S. 445. — Aehnlich das badische Landrecht, art. 543. —

13b) Das englische Recht kennt einen Besitz (*possessio*) im Sinne des römischen Rechtes und der heutigen kontinentalen Gesetzgebungen nicht. Vgl. das verdienstliche Werk: *Englisches Privatrecht I.* von Dr. Gundermann, 1864, bes. S. 310 flg. An Mobilien kennt es nur Eigenthum. Bei Immobilien hat sich ein eigenthümlicher Rechtszustand (*estate* (Besitzstand), herausgebildet, der mehre Abstufungen vom Pachtbesitze bis zum Erbgute umfaßt, und viel Aehnlichkeit 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 *Benutzungs-* 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. Gundermann führt zwar, S. 324, an: daß Demjenigen, der noch nicht ein Jahr im Besitze ist, gegen Entsetzung 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 verwertet werden. Vgl. auch Debrück, d. dingl. Klage, §. 50.

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. 112. 223. 269. 279. folg., welcher übrigens der Sache nach das Richtige festhält. Vgl. dessen Bemerkungen, S. 113, Note 3. — Uebrigens halten wir mit Arndts, Zeitschr. N. F. III. S. 371, gegen Böding, P. §. 123. Note 4., dafür, daß sich keine Verfügung über die Sache denken läßt, die der bloße Besitzer faktisch nicht ebenso vornehmen könnte, wie der Eigenthümer rechtlich. — Gegen B., §. 128. Note 1., bemerken wir, daß ja zum Veräußern einer Sache nicht das Eigenthum daran erforderlich wird.

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 Seite dem eines Eigenthümers.¹⁵ Man kann darum den Besitz einer Sache (insbesondere im Gegensatz zum sogenannten Rechtsbesitze) Eigenthumsbesitz nennen. Doch darf man darum noch immer nicht sagen, der Besitz sei „die faktische Ausübung des Eigenthums“,¹⁶ da es zum Erwerbe und daher zum Dasein des Be-

15) Nicht dem Willen des Eigenthümers, weil die Absicht, Eigenthum an der Sache zu haben, nicht erforderlich, also unwesentlich ist. Dies übersieht wieder Zielonacki, Besitz, S. 10. Vgl. dagegen auch Götschen, §. 204, Kierulff, S. 352, Brinz, S. 63, Buchta, Vorles. I. §. 123. Windscheid, §. 149. — 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 u. unvollständigen Besitz zu ermöglichen. „Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache (oder ein Recht) als sein eigen besitzt.“ An das österr. Recht schließt sich an, obgleich in der Fassung weniger glücklich, 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. —

16) So selbst Savigny, S. 3 und 209. Mackeldey, Lehrb., §. 218. Buchta, Rechtslex., II. S. 67, u. Vorles., I. S. 241: „Der Besitz kann als Ausübung des Eigenthums bezeichnet werden.“ Dagegen Bruns, S. 5 u. 81. Brinz, S. 80, u. Böcking, §. 123. R. 4., dessen Scheu vor der Parallelisirung des Besitzes und Eigenthums aber übertrieben ist. — Wer sich eines Grundstückes mit Gewalt bemächtigt, übt kein Eigenthum aus, und ist doch Besitzer. Wer eine Sache als Pächter oder Usufructuar benützt, übt eine Eigenthumsbefugniß aus, ist aber darum noch nicht ihr Besitzer. Worauf Zielonacki: Ueber den Besitz (österr. Viertel. 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 3. selbst an Gesamtsachen einen Besitz für zulässig hält.) — In der Schrift: Besitz nach R. R., vertheidigt 3. die Auffassung, daß der Besitz Eigenthumsausübung sei, selbst nach R. R., namentlich gegen Bruns: „Mit vollem Rechte, sagt 3. S. 11, Note, läßt sich so argumentiren: ist der Besitz eine faktische Herrschaft im Gegensatz zum Eigenthume, 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, der letztere Begriff ist weiter. — 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

festes weder des Eigenthumswillens noch einer Eigenthumsausübung bedarf, noch auch jede der letztern genügt.^{16a}

Daß 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. j. B. §§. 326. 327. 329. u. N.)¹⁷

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

fann“, finden wir 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. §. 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. Note 5., aufstellt: Die Ausübung des Eigenthums ist zwar der Besitz gewiß nicht; wohl aber eine Ausübung desselben. S. auch Bruns, S. 80.

17) Im gemeinen Rechte ist die Frage, auf welchen Inhalt der Wille des Besitzes gerichtet sein müßte, bestritten. Während Pfeiffer: Was ist der Besitz? S. 6—10 u. 63, und Böcking, Pand. §. 123. Sintenis, Civ. R. §. 42. R. 13. Koch, S. 26. 153. Haimberger, Röm. Priv. II. S. 13, lediglich das Dasein irgend eines rechtlichen Interesses für genügend erachten, Kierulff a. a. D. §. 352. Brinz, I. S. 63, und Esmarck, Pand. S. 24, den Besitzwillen als die Absicht „für sich zu haben“ und neuesten Lenz, Besitz, S. 104, als die Affectio, die Sache ganz und für immer (?) zu haben, charakterisiren will, faßt die Mehrzahl der Juristen (Savigny, a. a. D. §. 9. Thibaut, §. 2. Unterholzner, Verjährung, S. 5. Buchta, Pand. §. 123. Götschen, Pand. §. 202. I. Dworzak, Zeitschrift f. Rechtsgel. 1847. II. S. 137. Mackeldey, Lehrb. §. 211. Zielonacki, Besitz, S. 9. Bruns, S. 3 u. 468. Arndts, §. 135. Note 1 (mit treffenden Bemerkungen), Windscheid, §. 148., 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 bezeichnenden Ausdruck: *ψυχή δεσποζόντος* (a. dominantis), s. Böcking, P. §. 123. Note 7. Die Quellen kennen übrigens den Ausdruck animus domini ebensowenig als den „animus rem sibi habendi.“ Näheres bei Savigny, §. 9. Zus. der 6. Ausg. Die österr. Commentatoren sind sämmtlich unter Beziehung auf den §. 309. der im Texte vertheidigten Ansicht. Zeißler, II. S. 40. Rippel, III. S. 57. Ellinger, Handb. S. 129. Winwartner, II. §. 19. S. 32. Stubenrauch, I. S. 631. Dworzak, Zeitschr. für österr. R. 1847. II. S. 137. Unger, I. S. 524. Helm, im Magazin XIII. S. 357. Zielonacki, österr. Viertel. IV. 1. S. 100 ff.

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 Eigenthumswerb durch Occupation durch den Besitzerwerb bedingt ist und mit diesem zusammenfällt (arg. §. 381. erster Satz: „Bei freistehenden Sachen besteht der Titel in der angeborenen Freiheit, sie in Besitz zu nehmen“), so gibt auch die Bestimmung dieses §. entscheidenden Aufschluß über die zum Besitzerwerbe nothwendige Willensrichtung.¹⁸

Aus dem Vorstehenden ergibt sich jedoch zugleich, daß es nicht nothwendig sei, daß der Besitzer die Überzeugung habe, daß er Eigenthümer sei (*opinio dominii*), ja selbst der Wille des rechtlichen Habens ist außerwesentlich.¹⁹

Auf jene Überzeugung (*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.²⁰ Dies folgt aus der Erwägung, daß der Besitz eine Thatsache ist, daher die Beziehung auf das Recht gänzlich entfällt. Es ist daher der Dieb, der Räuber, der Finder, der die Sache verhehlt, obgleich sie alle das Bewußtsein der in ihrer Handlungsweise gelegenen Verletzung fremden Eigenthums haben, doch eben so gut Besitzer, als derjenige, der eine Sache redlicher Weise vom Nichteigenthümer gekauft, oder der Eigenthümer selbst, dessen faktische Macht den Inhalt seines Rechtes erfüllt. —

Der Besitz ist die faktische Herrschaft über eine Sache mit dem

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

19) Es ist daher, wie gesagt, keineswegs nöthig, daß der Besitzer den Willen haben müsse, Eigenthum an der Sache zu erwerben, 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, S. 63.

20) Vgl. Savigny, §. 9. Hierulf, 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.

Besitzwillen. Es sind daher Mangels des erforderlichen Willens (*animus domini s. possidendi*) nicht Sachbesitzer (Eigenthumsbesitzer), obwohl sie die Sache in ihrer Gewahrsame haben:

1. Der Usuar und Ususfruktuar; 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.²¹

Wesentlich aus demselben Grunde erscheint nicht als Besitzer der Sache:

2. Der Bestandnehmer (Pächter oder Miether, §. 1090.).^{21a}
3. Der Prefarist, dem die Sache zur Ausübung irgend eines Rechtsinhaltes auf Widerruf überlassen wird (§. 974.).
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 (§§. 957. u. 908.) und der Sequester (§. 968.). Insbesondere hat auch der gerichtlich bestellte Sequester keinen Besitz; er übt vielmehr den Besitz für einen Dritten (entweder für den wirklichen Besitzer, wie z. B. im Falle einer exekutiven Sequestration, oder den künftigen Sieger, wie z. B. im Falle eines Strittes um den Besitz, §. 347. des G. B.).²²

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 Depositem u. Sequestration

21) Dies ergibt sich schon daraus, daß der Servitutberechtignte 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 Besitzer bezeichnet wird; so selbst in der oberstger. Entsch. N. 1030. in Unger-Glaser's S. II.

22) Lenz, Besitz, S. 113, u. die Entsch. N. 819, bei Unger-Glaser, S. II.

auf die Erfüllung der Verbindlichkeit) und auf die Detention als die allfällige unerläßliche Voraussetzung derselben gerichtet. Doch kann in mehren der vorliegenden Fälle neben der Detention der Sache der Besitz des Rechtes vorliegen^{22a} (so in den Fällen 1, 2, 4, 5, und 9), wodurch aber selbstverständlich die Detention an der Sache nicht zum Besitze an derselben wird. 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 Sachbesitz des Eigenthümers (Eigenthumsbesitz) und der Rechtsbesitz des Berechtigten. Auf diese Möglichkeit weist der §. 327. A. b. G. B.²³

Das österr. Civilrecht kennt von der Regel, daß der Besitz durch den faktischen Eigenthumswillen bedingt sei, keine Ausnahme. Die Spezialität des röm. Rechtes, welches in mehren Fällen (beim Pfandgläubiger, Sequester und Prefaristen) Sachenbesitz annimmt,

22^a) So kann der Usufruktuar oder Usuar Besitzer des Rechtes der Servitut, der Pächter oder Miether Besitzer des Pacht- oder Miethrechtes, Leih-, Erb-, Erb- und Bodenzinsmann und der Lehnsherr Besitzer der ihnen an der Sache zustehenden Benützungrechte 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. §. 309. §. 631. Auch das röm. Recht erkennt keinen Besitz an der Sache an rücksichtlich des Servitutberechtigten, des Bestandnehmers, des Kommodatars, 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 creditur 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 (S. 27. §. 64.), Puchta (S. 123.), Arndts, §. 137.

23) Dies verkennet Lobitzki, Prov. §. 5., und die Entsch. des B. G. Karolinenthal und die bestätigende E. des Böhm. Oberger. N. 132. G. Zeit. 1863, 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 Rechtsalles 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 Grundstückes, so war er offenbar auch Besitzer des darauf erbauten Schuppens. Vgl. §. 17. d. N. — Vgl. auch über das Zusammentreffen von Sach- und Rechtsbesitz den §. 327. G. B.

ohne daß der Detentor den animus domini hat, ist ihm fremd.²⁴ — Es kann daher insbesondere keine Rede sein von einer selbstständigen

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. §. 12 ff.) Die einzelnen hieher gehörigen Fälle sind außerordentlich besritten. Der Sachbesitz ist unzweifelhaft anzunehmen beim Pfandgläubiger, L. 16. de usurp. L. 40. pr. de aequ. poss. L. 35. §. 1. de pign. act. (Savigny, §. 24. II. Brunß, §. 2. Puchta, §. 125. Vangerow, I. S. 406. Dworzak, a. a. D. S. 140. Arndts, §. 135. Brinz, I. §. 27. S. 65. Windscheid, §. 154. Baron Gesamtredesverhältn. §. 4.). — Alle übrigen Fälle: als Precarium, Sequester, Superficies, Emphyteusis sind mehr oder weniger besritten. 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, S. 125, wesentlich dahin: „der Besitz werde 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 liege 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 gehe.“ Wesentlich dieselbe Auffassung hat Thibaut, Pand. §. 208., Köstert, Archiv, VIII. S. 9—11. Sintenis, Civilr., I. §. 42. Burckhardt, Archiv, XX. S. 18. Götschen, §. 204. Puchta, Pand., I. §. 125. Infit., II. §. 229. Vangerow, I. §. 200. Brunß, §. 2. S. 5. u. 10. Arndts, §. 135. Zielenka, S. 9 flg. Brinz, §. 27., so daß Savigny's Ansicht noch immer als die herrschende betrachtet werden kann.

Die Gegner der Savigny'schen Ansicht fassen den zum Besitze erforderlichen Animus so weit, daß darunter auch die Fälle des abgeleiteten Besitzes subsumirt werden können; am weitesten Warnkönig, Archiv, XIII. S. 170. Kieraff, I. S. 352, und Böcking, Pand. I. §. 123., welchen der allgemeine Wille des Fürstlichhabens genügt; während Schröter, Ges. Zeit. II. S. 253, die Fälle des abgeleiteten Besitzes vergeblich unter den Begriff des animus domini zu zwingen sucht, was zum guten Theile eine Selbsttäuschung ist, denn dann ist nicht einzusehen, warum nicht auch der Usuar, Fruktuar, Pächter, Miether, Leih- u. s. f. Besitzer ist. Vgl. dagegen auch Windscheid, P. §. 149. N. 8. — Neuestens will Lenz, Besz. §. 104, der den animus possidendi als den Willen, „die Sache ganz und für immer zu haben und zu behalten“, bestimmt, die Anomalie des sog. abgeleiteten Besitzes bloß darin finden, daß der Besitzer die Sache nicht für immer haben wolle. Allein die auf das „immer haben“ gerichtete Absicht ist offenbar für den Besitzwillen unwesentlich; nach L.'s Ansicht wäre jeder zeitliche Besitzer, z. B. der Eigenthümer, dessen Recht mit Ablauf eines Termins erlischt, ein abgeleiteter, anomaler Besitzer, was gewiß quellenwidrig ist.

Nach Savigny nennt man die obigen Fälle, wo der Besitz ohne animus domini angenommen wird, abgeleiteten Besitz. Hierzu bemerkt Brinz (S. 66), daß hiernach jeder übertragene Besitz ein „abgeleiteter“ genannt werden könnte,

gen Uebertragung des Besizes (etwa einer traditio possessionis) ohne die begrifflichen Voraussetzungen desselben.

Zweifelhaft könnten 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 Winivarter, 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 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.)

und bringt dagegen von jenem Standpunkte (der Zulässigkeit der Besizesuccession) den Namen „andertrauter“ Besitz in Vorschlag. Zielonacki a. D. nennt ihn „irregulären“ Besitz. — Was das Verhältniß des abgeleiteten zum ursprünglichen Besize betrifft, so stimmen wir den Worten Windscheid's, §. 149. Note 8., vollkommen bei: „Das Richtige, sagt W., ist einfach, daß hier kraft positiver Rechtsbestimmung ein Besitzvorteil gewährt wird, auch ohne ein dazu der Regel nach notwendiges Erforderniß.“ — Mit Recht wird von den meisten die Möglichkeit der Uebertragung 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 in jenen die Zulässigkeit einer dahingehenden Uebereinkunft hervorgehoben ist, obgleich die Veranlassung hierzu nahe gelegen wäre. (Vgl. Savigny, §. 9. Goeschen, I. §. 205. u. 205. Brunß, §. 2. S. 11. Bangerow, I. S. 104. Arndt's, §. 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 röm. Recht in dem Interdictenbesize. Vergl. hierüber Gundersmann, engl. Privatr., S. 311 flg.

Dem das Eigenthum ist die unbedingte 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.²⁵

Der Begriff desselben wird durch eine wenn auch ihrem Inhalte nach noch so weit gehende Beschränkung durch das Recht eines Andern²⁶ 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, und 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 relativ sein.²⁷

25) Dies bisher nicht betonte charakteristische Kennzeichen des Eigenthums ist m. A. 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 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 hervorkehrt.

27) Das Miteigenthum Mehrerer an derselben Sache, dominium pro indiviso (§. 361. A. b. G. B.), ist keine Ausnahme hiervon, da hier das Recht selbst nur eine intellektuelle Theilung leidet, 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 homogene 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. A. Note 3.

Fragt es sich nun, welches Recht an der Sache, das des Obereigentümers oder das des Nutzungseigentümers, 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 Nutzungseigentums das Obereigenthum wieder seinen ursprünglichen ungetheilten Inhalt (recte unbeschränkten Umfang) wiedererhält (§. 1149. des G. B.), während dagegen niemals das Nutzungseigenthum durch Erlöschen des Obereigentums zum vollen Eigenthume wird, — kein Zweifel sein. Es erscheint demnach der Obereigentümer als der wahre Eigenthümer der Sache, der Nutzungseigentümer als dinglich Berechtigter, trotzdem, daß der Umfang der Befugnisse des Letzteren, und der Geldwerth seines Rechtes größer sein mag, als der des Obereigentümers.²⁸

Dagegen ist der Fideikommißbesitzer Sachbesitzer, 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 zwischen dem Fideikommißinhaber und allen Anwärtern (§. 629.) zu der sonderbaren, im positiven Rechte nicht begründeten Konsequenz, daß entweder die Anwärter als juristische Person gedacht werden müssen, oder daß das Subjekt des Obereigentums gar nicht existirt. Das Recht der Anwärter enthält überdies nichts von dem wesentlichen Inhalte des Eigenthums, ist vielmehr einfach ein eventuelles Erbrecht.

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

28) Ueber die Entstehung der Theorie vom Ober- und Nutzungseigenthume vgl. Thibaut, Versuche Nr. 3., Böcking, Instit. 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.“

29) Zwar fehlt es nicht an Germanisten (vgl. Vollgraf, Archiv, IX. Mittheilung, Deutsch. Privat-R., §. 156. Maurenbrecher, D. P. R., §. 188.), welche das Ober- und Nutzungseigenthum als ein dem deutschen Rechte eigentüm-

Das sogenannte Nutzungseigenthum 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 Inhalte nach dem Nutznießungsrechte am nächsten stehend; es sind erbliche, veräußerliche, dingliche, eigentümlich gestaltete Nutzungsrechte, welche unter den vom Gesetze selbst aufgestellten Begriff des Eigenthums (§. 354.) zu bringen, vergeblich versucht werden würde.

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, und nur rein theoretische Versuche von juristischen Konstruktionen der vorbenannten Rechte, die im Gesetzbuche besser ganz weggeblieben wären, als wissenschaftlich unhaltbar und mit den Prinzipien des Gesetzbuches selbst im Widerspruche aufgegeben worden.³⁰

liches Rechtsinstitut darzustellen sich bemühen (so auch Philipp, Deutsch. Priv. R. II. S. 19, welcher dasselbe aus der Möglichkeit der mehrfachen Gewere, z. B. Eigenthums- und Lehngewere abzuleiten versucht). Das deutsche Recht kennt aber diese Theilung des Eigenthums nicht (vgl. Duncker, 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. N. Folge Bd. 11. (854), u. P. R. §. 72. Trotzdem wird die Lehre vom getheilten Eigenthume vertheidigt von Beseler, 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 Eigenthums verwerfe, jedoch fordert, daß die Jurisprudenz dieselbe da, wo sie ist, anerkenne. „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 Obereigenthum, das sich seit Jahrhunderten immer mehr verflüchtigt hat, wieder zum realen Eigenthume zurückzuschrauben.“

30) Gegen die Beibehaltung der Worte: Ober- und Nutzungseigenthum ist übrigens Nichts einzuwenden. Wohl zu beachten ist jedoch, daß das Nutzungseigenthum, ohgleich nur ein dingliches Recht an fremder Sache, nach den Bestimmungen des Gesetzes (§. 357. f. und §§. 1122—1150.) in rechtlicher Beziehung analog dem Eigenthumsrechte und nicht analog der Servitut zu behandeln ist, daher die dem Nutzungseigentümer zustehenden Klagen nach Analogie der Eigenthumsklagen und nicht der Servitutsklagen und ebenso der Erwerb des Besitzes desselben nicht analog dem Erwerbe des Rechtsbesitzes, sondern analog dem des Sachbesitzes zu beurtheilen ist. Ebenso wird im röm. Rechte die Emphy-

§. 2. Begriff des Rechtsbesitzes.

Der Sachbesitz 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.¹ Allein das G. B. bezeichnet im §. 311. ausdrücklich „alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind,“ als Objekt des Besitzes.² 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 Besitzes an Rechten einen genügenden Anhaltspunkt zur Feststellung desselben. Denn offenbar ist der zwischen diesen beiden Ereignissen

tennis und Superficies aufgefaßt, die ihrem Rechtsinhalte nach (nicht aber nach ihrer rechtshistorischen und staatsrechtlichen Grundlage) mit dem Erbpacht- und Bodenzinsverhältnisse auffallende Ähnlichkeit hat. Vergl. Savigny, §. 9. Puchta, §. 175. u. 176. Brinz, S. 285 f. Arndts, §. 195. Note 4. Es erscheint demnach nach österr. Rechte der sogenannte Nutzungseigentümer nicht als Sachbesitzer, sondern als Rechtsbesitzer. Diese Folgerung wird durch die nachfolgende Betrachtung unterstügt:

Der Besitz ist die thatsächliche Möglichkeit der physischen Herrschaft über die Sache mit dem Eigenthumswillen. — Da nun Ober- und Nutzungseigentümer jene faktische Möglichkeit und vorausgesetztermaßen auch den Eigenthumswillen 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, wie 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). Frig zieht Bruns, S. 457, den §. 309. auf den Sach- und 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 französ. Recht stellt eine gemeinsame Begriffsbestimmung beider auf art. 2228.: *La possession est la détention ou la jouissance d'une chose, ou d'un droit, que nous tenons ou qui que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.* — Das sächs. Ges.-B. stellt (im §. 186.) nur den Begriff des Sachbesitzes auf, obwohl es (an Dienstbarkeiten) auch Rechtsbesitz anerkennt (§. 556.).

2) Ueber den Begriff der Sache und den Sprachgebrauch des G. B. vgl. die trefflichen Ausführungen Unger's, I. S. 356 ff.

gelegene Zustand jener, den das Gesetz unter Rechtsbesitz verstanden haben will.³

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

3) Was Brinz, I. S. 50, vom Besitze überhaupt sagt, „er sei nicht notwendig, 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 unsfruchtbare 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 Repräsentation, die Ausnahme 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 notwendig ist, vgl. §. 32. b. U.; doch ist diese Besonderheit für das Wesen des Rechtsbesitzes gleichgiltig.

6) Vgl. Kierulff, I. S. 441. u. 442. Bruns, a. a. D. P. 475. Brinz, I. S. 101. Arndts, §. 157. S. 262. Ungenau definiert Savigny a. a. D. §. 12. den Rechtsbesitz als die „Ausübung eines Rechtes,“ (sowie ebendasselbst den Eigenthumsbesitz ungenau als Ausübung des Eigenthumes). Vgl. dagegen Bruns, S. 81. Brinz, S. 80. Windscheid, §. 371. Note 4. Dieselbe Ungenauigkeit findet sich bei Winwartter, II. S. 32. Zielonaki, Besitz S. 182, bei diesem mit falschen Konsequenzen, und Wackelbei, Lehrbuch, §. 218. (Ausg. Frig). Die Ausübung des Rechtes ist nicht Besitz, sondern begründet den Besitz des Rechtes. Die Quellen sagen auch: *Usus juris pro traditione possessionis est.* Der Usus entspricht also der Apprehension beim Sachbesitze. Unbegrifflich ist, wie Zielonaki, Defter. Virfels. IV. S. 101, behaupten kann, daß die eben getadelte Begriffsbestimmung des

Da nun der Sachbesitz die durch erfolgte Apprehension begründete Möglichkeit der vollen faktischen Herrschaft über eine Sache, also Möglichkeit der faktischen Ausübung des Eigenthumsinhaltes ist,^{6a} 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.

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

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.⁷

Rechtsbegriffes nach österr. Rechte begründet sei? — Uebrigens ist der Ausdruck „Rechtsbesitz“ offenbar wenig zutreffend; nicht das „Recht“ ist es, welches „besessen“ wird; nur soviel will damit bezeichnet sein, daß derjenige realisirte Willensinhalt, welcher unter Voraussetzung der gesetzlichen Erfordernisse ein Recht ausmachen würde, auch ohne Beziehung auf das Recht rechtliche Anerkennung genieße. Vgl. Savigny, S. 200. Hierulf, S. 362. Note u. Windscheid, §. 163. Der Ausdruck ist dem römischen Sprachgebrauche nachgebildet, welcher von quasi possessio juris oder juris velut possessio spricht. Vgl. L. 2. D. 43. 26. L. 18. §. 1. D. 5. 3. und Böcking, §. 126. Note 1.

6a) Wir sagen: als Möglichkeit der faktischen Ausübung, — nicht: als faktische Ausübung des Eigenthums: vgl. Note 16. §. 1.

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 Hierulf'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- u. Sachbesitz nur Bescheinigungen eines und desselben höheren Begriffes sind, nämlich tatsächlicher Herrschaft über die Sache (und zwar bei jenem in einzelnen, bei diesem in allen Beziehungen der Sache); endlich Arndts, §. 129. a. G. Zeitschr. N. F. III.

Doch hat der Rechtsbegriff einen ungleich ausgedehnteren Um-

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 Rechtsbegriffe 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. Im Grunde erkennt auch Savigny, §§. 12. u. 49., an, daß die Anwendung des Besitzbegriffes 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). Dagegen vermeiden jene Verallgemeinerung des Besitzbegriffes: Noßhirt, Arch. VIII. S. 23. 27. Albrecht, Besitz unkörp. S. §. 100. Dunker, Zeitschr. für deutsch. R. II. S. 29—33. Zielonacki S. 8. und fast alle neueren Compendien, so Buchta S. 122. 137. Bangerow, I. S. 894. Böcking, P. §. 126. Brinz, I. S. 79. 80.; insbesondere Herrwart, Zeitschr. für Civ. u. Proz. S. 163 u. 182, welcher sogar jede Analogie der sog. quasi-possessio zum Sachbesitze läugnen will. Eingehend zeigt Glöck, 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, und Muther, S. 44 flg. — 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. Indes darf nicht übersehen werden, daß durch die im späteren Rechte ganz allgemein zugelassene Ersetzung der Servituten der Begriff des Rechtsbegriffes in der Form des Usukapionsbesitzes zur durchgreifenden Anerkennung kam. Neuestens erklärt zwar Hedemann, Erwerb u. Schutz d. Serv. (1864), den Begriff der Quasipossessio, wie derselbe bisher namentlich durch Savigny entwickelt wurde, für „ganz verfehlt“ und „falsch“, weil einerseits Quasibesitz ohne Interdiktenschutz 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 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 Interdiktenschutz undenkbar sei. Allein selbst dessen Richtigkeit zu zeigen, läge noch immer kein Grund vor, die herrschende Ansicht der Falschheit zu zeihen. Trotz jenes kühnen Vorwurfs hat uns G. nirgends eines Besseren belehrt. Vgl. übrigens über die Verschiedenheit der Quasipossessio und des Interdiktenbesitzes §. 34. d. A. — Sowohl in Ansehung des Usukapions- als des Interdiktenbesitzes gelangte der Begriff des Rechtsbegriffes zur allgemeinen Geltung in den neueren Kodifikationen. So ist es namentlich im österr. A. b. G. B., welches den Besitz ganz allgemein an allen Vermögensrechten anerkennt und schügt, die eine dauernde Ausübung gestatten (§. 311.); ebenso ist es nach preuß. Rechte §§. 4. u. 5. I. 7. (vgl. Koch, S. 108 flg. Bornemann, I. S. 594), und nach französischem, welches sogar Rechts- und Sachbesitz in Einer Definition (art. 2228.) zu vereinigen sucht. Vgl. auch Bruns, S. 443. — Da-

fang als der Besizbegriff, da letzterer die Möglichkeit einer dauernden Ausübung eines Rechtsinhaltes voraussetzt.⁸

§. 3. Rechtliche Natur des Besizes. Veräußerung und Werth desselben.

Der Sachbesiz erscheint nach den bisherigen Erörterungen seinem natürlichen und gesetzlichen Begriffe nach als die durch einen äußerlichen Akt begründete Möglichkeit tatsächlicher Selbstherrschafft über die Sache. Er beginnt mit dem Ergreifungsakte und endet mit dem Aufhören des körperlichen oder Willensmomentes. Es ist also das zeitlich zwischen dem Besizerwerbe und dem Besizverluste liegende Machtverhältniß des Rechtssubjektes zur Sache.¹⁾ Desgleichen

gegen nähert sich neuestens das sächsische b. G. B. dem röm. R. insofern, als es nur an Servituten Rechtsbesiz anerkennt.

8) Originell ist, was Bornemann, I. S. 363, über die Annahme des Rechtsbesizes sagt: „Streng genommen können nur Gegenstände der Natur, nicht Rechte im Besize sein, indem nur erstere sich im Naturzustande vorfinden;“ u. S. 455: „Durch das posit. R. wurden aber die Gegenstände des Besizes erweitert. . . Auch in Bezug auf Rechte wurde die Möglichkeit des Besizes anerkannt und zwar in demselben Umfange, in welchem die Gegenstände des Eigenthums erweitert . . . wurden. Denn da in diesem Umfange die den Sachen gleichquachtenden Objekte einer unmittelbaren juristischen Herrschafft sich vermehren, so ist es folgerichtig, in demselben Umfange auch die Gegenstände einer unmittelbaren tatsächlichen Herrschafft zu erweitern.“ — Dieses Argument bedarf keines Kommentars. — Neuestens will Helm in Haimerl's Viertelj. 13. B. S. 265 fgl. den Sach- und Rechtsbesiz 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 Besizes, 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) entziehen sich den Grenzen fahbarer juristischer Polemik.

1) Diese Charakterisirung des Besizes — als das zeitlich zwischen dessen Erwerb und Verlust liegende Verhältniß der Person zur Sache, ist zwar keine materielle Begriffsbestimmung, aber bei dem Umstande, als die aus dem Begriffe desselben fließenden Grundsätze über Erwerb und Verlust desselben durch das positive Recht mehrfach modifizirt sind, gewiß die untrüglichsste Bezeichnung. S. Brinz, P. §. 29. Uebrigens sind diese Modifikationen nach österr. Rechte beim Sachbesize so gering, daß die im Texte vorausgeschickte Definition des Besizes auf den natürlichen und gesetzlichen Begriff desselben gleichmäßig zutrifft. Es entfallen daher für das österr. Recht

ist der Rechtsbesiz die durch einmaligen Gebrauch bewährte Möglichkeit der faktischen Ausübung eines Rechtes. Dieses Verhältniß ist — wie seine Begründung und Endigung — tatsächlicher Natur. Der Besiz ist ein Faktum.² Er ist kein Recht, — kein Unrecht, — er geht neben dem Rechte einher.³

Aus der faktischen Natur des Besizes folgt, daß an sich die gesetzlichen Bestimmungen über Erwerb und Verlust von Rechten auf den Erwerb und Verlust des Besizes nicht anwendbar sind, insbesondere daß es eine Succession in den Besiz nicht gibt. Ebenso ergibt sich hieraus, daß die Existenz des Besizes von der Art des Erwerbes (ob nun dieser mit Recht oder Unrecht, List oder Gewalt, Redlichkeit oder Unredlichkeit erfolgt sein mag) gänzlich unabhängig ist.⁴

Diese faktische Natur des Besizes wird dadurch nicht geändert, und es wird der Besiz dadurch nicht zum Rechte, daß das positive Gesetz mit demselben gewisse rechtliche Folgen verbindet. Auch

die Bedenken, welche Brinz a. D. für das röm. Recht gegen die Möglichkeit einer Definition des Besizes erhebt. Vgl. dagegen Kierulff, S. 342. Die obige Begriffsbestimmung trifft auch für das französische und sächsische; selbst für das preussische Recht zu; und ist kein genügender Grund vorhanden, für Letzteres einen besonderen Begriff des Besizes aufzustellen, weil nach §§. 96. 98. 106. I. 7. Handlungen unerlaubter Privatgewalt, desgleichen durch heimliche oder betrüglich vorgenommene Handlungen zur Erwerbung des Besizes nicht geeignet sind. Vgl. Bornemann, I. 476.

2) Vgl. Savigny, §. 5. S. 25. Buchta, §. 122. Arndts, §. 135. Kierulff, S. 340 f. Windscheid, §. 150. Brinz, §. 27. Dies sprechen aus L. 19. ex quib. caus. L. 53. D. de acq. rer. dom. L. 1. §. 3. de poss.: Osklius 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. Bachmann, S. 69. Rippel, III. S. 57. Winwartner, II. §. 18. S. 30 und §. 24. S. 39. Stubenrauch, I. S. 629. Daß Mehre der Vorgenannten den Besiz zugleich als Recht auffassen, davon im Verlaufe dieses §.

3) Kierulff, I. S. 341, dessen kritische Bemerkungen daselbst zu dem Besize gehört, was hierüber geschrieben worden ist, sagt mehr geistreich als bezeichnend: „Der Besiz sei ein Nichtrecht.“ — Nur soweit stimmen wir bei der Polemik Lenz's S. 85.

4) Wenn Rippel, III. S. 51—54, die Unterschiede zwischen dem Erwerbe und Verluste des Besizes 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. Rechtes, daß vi. clam, precario kein Besiz erworben werden kann. S. Note 1.

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. 200. des G. B.), an das eheliche und Kindesverhältniß 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?⁵

Der Besitz wird 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, oder dessen rechtliches Dasein nicht anerkannt wird, wo dieselben vorliegen.⁶

Denn diese Modifikationen betreffen wohl die besondere Gestaltung des thatsächlichen Verhältnisses 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 rückichtlich einer Sache wird. — Der Besitz bleibt trotz der damit verknüpften rechtlichen Fol-

5) Ueber die verkehrte Auffassung der in §§. 16—39. A. b. G. angeführten Zustände als konkreter Rechte durch die Mehrzahl der österr. Kommentatoren vgl. Unger's treffende Bemerkungen, I. S. 504—511.

6) So Savigny, §. 5. S. 27. Daraus, daß in diesen Fällen nicht die Wirkung es ist, welche den Besitz zum Rechte macht, sondern daß der Besitz selbst, als Bedingung dieser Wirkung, hier juristische Bestimmungen erhält, ergibt sich nur, daß Modifikationen der natürlichen Voraussetzungen seines Daseins durch das positive Recht geschaffen sind; der Schluß aber, daß darum der Besitz ein Recht sei, ist ungerechtfertigt. Denn der Besitz hat nicht das Charakteristikon des Privatrechtes an sich, eine vom objektiven Rechte anerkannte Herrschaft des individuellen Willens in Ansehung eines Gegenstandes, eine rechtliche Macht über denselben zu sein. Vgl. Savigny selbst, §. 6. S. 35. „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. Brunß, 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 Thatfachen 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.

gen und der Modifikation im Einzelnen durch das Gesetz — ein thatsächlicher Zustand, ein Nichtrecht.⁷

7) Thibaut, §. 2. Koch, §. 2. Bornemann, I. S. 476. Rospirt, Arch. VIII. §. 1. Böcking, Inst. I. §. 123. Herulf, I. S. 349. Brunß, §. 3. Zielonaki, Besitz S. 31 folg. Arndts, §. 135. Brinz, §. 29. Windscheid, P. §. 150. Bachmann, §. 26. Unger, I. S. 221. u. 515. Dagegen wollen den Besitz als Recht aufgefaßt wissen Gans, Grundlagen d. Bes. S. 53. Puchta, Pand. §. 122. Inst. II. §. 24. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. VII. S. 99, welche den Charakter des Besitzes als Rechte's auf das Recht der Persönlichkeit stützen, dann Mühlenthal, Pand. §. 227. Pfeifer, Besitz S. 10 folg. Sinteris, Prakt. Civilt. §. 42, welche den Rechtscharakter des Besitzes auf die Interesse gründen, und sämmtliche österr. Kommentatoren (vgl. folg. Note), welche diesen Charakter in der Bestimmung des positiven Rechtes finden wollen. „Die speziellen Gründe der einzelnen sind so mannigfach, als die Uebergangsstufen ihrer Auffassungen, welche die Klassificirung der Meinungen sehr schwierig macht. Savigny, §§. 3. u. 6., erblickt im Besitze den doppelten Charakter, den des Faktum's und Rechte's. „Der Besitz ist Faktum, sofern ihm ein bloß faktisches Verhältniß zum Grunde liegt; . . . er ist ein Recht, insofern mit dem bloßen Dasein jenes faktischen Verhältnisses Rechte (?) verbunden sind; . . . er ist Recht und Faktum zugleich.“ (§. 5. S. 30.) Allein dies stimmt wenig zu dem, was Savigny a. andern D. über diese Rechtsfolgen des Besitzes sagt: „Da der Besitz kein Rechtsverhältniß 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. 41 u. 45. „Der Besitz als Recht hat keine Stellung, da er kein Recht ist; das Recht aber, das er wirkt, ist ein obligatorisches.“ Der Schluß, der von Sav. und Andern, neuerlich von Lenz §. 97 gemacht wird: weil die Störung des Besitzes 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. ist Diebstahl und Raub unerlaubt, ja strafbar, auch wenn sie bloß am Inhaber verübt werden, und doch ist die Innehabung kein Recht. Uebrigens ist gegen Sav.'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. Wenn Puchta a. a. D. den rechtlichen Charakter des Besitzes auf das Recht der Persönlichkeit stützen will (vgl. auch Savigny, §. 6. Zusatz d. 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, wann und insofern die Persönlichkeit (der offenbare 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, Casse, Huschke u. a. vergleiche die po'emischen Ausführungen Savigny's in dem Zusätze zur 6. Ausgabe, S. 40—58. In ähnlicher Weise wie Savigny spricht Brinz §. 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 fg. — Neuestens

Worin sollte auch der Inhalt dieses Rechtes bestehen? Die Besitzesklagen bilden ihn offenbar nicht; denn Klagen sind ja keine Rechte, sondern nur zum Schutze regelmäßig von Rechten bestimmt.⁸ Außerdem sind aber mit dem Besitze, wie im §. 6. d. U. gezeigt wird, wohl Rechtsvortheile, aber keine Befugnisse zur Vornahme irgend einer Handlung mit der Sache verbunden.⁹

sucht Lenz, S. 86 flg., zu beweisen, daß der Besitz ein Recht, ja daß er 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 Eigentümer ist nur sofern Herr der Sache, als er dieselbe besitzt“ (S. 87). So lange Lenz seine Behauptungen aus den Quellen nicht nachweist, — und daß dies in der gedachten Schrift nicht geschehen, wird keinem unbefangenen Beurtheiler entgehen, — müssen sie einfach als rein subjektive Auffassungen dem Gebiete der juristischen Paradoxen ohne realen Halt überwiesen werden. — Die Rechtsnatur des Besizes stützt Lenz auf folgende Umstände: Nur Rechtssubjekte können Besitz haben; nur Rechtsobjekte Gegenstand desselben sein; der Besitz ist Gegenstand von Rechtsgeschäften, z. B. eines Kaufes, der Besitz kann kondizirt werden, und es ist ein Mitbesitz *pro indiviso* möglich. S. 86—97. — Allein daß nur Rechtssubjekte 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 austritt, gegen Eigenmacht Schutz findet; wird aber der Wille im Rechte überhaupt nicht, nicht einmal 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 Vermögenswerth hat, eignet sich hierzu, selbst die bloße Detention. — Die *Condictio possessionis* endlich kann den Besitz so wenig als *Interdiktenschutz* zum Rechte machen. Warum endlich eine intellektuelle Theilung der faktischen Macht über eine Sache nicht denkbar sein sollte, ist wahrhaftig nicht einzusehen. Vgl. gegen Lenz auch Windscheid, Pand. §. 150. Note 1.

8) Vgl. Savigny selbst, S. 41—45. Unger, I. S. 221. Note 32. Brinz, I. §. 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 Aktionsrecht, *Interdikttenmacht*, bloßes *posse*, ohne *licere*.“

9) Von den österr. Schriftstellern stimmen Pachmann, S. 70, Minasiewicz, Tab. Bes. §. 9. u. Unger, I. S. 314, mit der im Texte gegebenen Anschauung überein; dagegen halten die Kommentatoren die Rechtsqualität des Besizes fest; ja Drdačić, Zeitschr. f. Rechtsg. 1829, I. S. 335, versichert uns, daß, nachdem die Besitzklage gegen 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,

Zwar zählt das Gesetzbuch im §. 308. den Besitz zu den dinglichen Rechten.

Die Verfasser des allg. bürgerl. Gesetzbuches folgten hierbei der irrigen, zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuches üblichen, heute allgemein aufgegebenen gemeinrechtlichen Doctrin der fünfgliedrigen Theilung der dinglichen Rechte.^{9a}

Allein diese verkehrte theoretische Schematisirung des Besizes, welche besser der Doctrin überlassen worden wäre, steht im Widerspruch mit den Bestimmungen des Gesetzes selbst (vgl. §. 309. 312—315. 349. u. a.), welche durchwegs von der Auffassung des Besizes als Faktums ausgehen. Ja das Gesetz vom 27. Oktober 1849 §. 5. erklärt ausdrücklich, daß es im Besitzstörungsverfahren einzig auf die Erörterung und den Beweis „der Thatsache des letzten faktischen Besizes“ ankomme¹⁰ und bekennt sich damit unzweifelhaft zu der Auffassung, daß der Besitz ein thatsächliches Verhältniß sei. Wäre

daß der Besitz seiner primären Natur nach ein thatsächliches Verhältniß sei (so Zeilner, II. S. 240. Rippel, III. S. 50. 57. Winowarter, II. §. 18. 20. 24. Stubenrauch, I. S. 629—630 (S. 424 b. 2. Aufl.); sie verbessern ihm jedoch in verschiedener Weise zur Qualität eines Rechtes, so z. B. Stubenrauch a. D.: „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.“ Winowarter, §. 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 ff. 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 Befugnis, und andere Rechtswirkungen hat der Besitz nicht. Vgl. meinen Aufsatz in Saimers Viertelj. XIII. 1.

9a) Das preussische Recht vermeidet es ebenso wie das sächsische bürgerl. G. B., die dinglichen Rechte anzuführen, und zählt nirgends den Besitz zu den dinglichen Rechten. Ebenjowenig das französische Recht. Das sächsische Gesetzbuch handelt von Besitzen an der Spitze des II. Theils, der das Sachenrecht enthält, und gibt dadurch der Anschauung Raum, daß der Besitz einen sachenerrechtlichen Charakter habe. Richtiger wäre es wohl gewesen, es nach dem Vorgehänge des preuß. Landrechtes zu vermeiden, dem Besitze durch Einschlebung in das Sachenrecht von vornherein den Stempel des Rechtes aufzudrücken.

10) Daß der in diesem Gesetze normirte Besitzeschutz den Besitz (§. 309.) und nicht etwa die Inhabung zum Gegenstande habe, darüber vgl. Gr. Zeit. Nr. 41. J. 1855 und meinen Aufsatz in Nr. 61. u. 62. Gr. Zeit. 1863.

der Besitz ein Recht, dann wäre wahrhaftig nicht einzusehen, warum er nicht in gleicher Art wie jedes andere Recht durch Klagen geschützt wird, vielmehr die Rechtsmittel des Besitzers ganz eigentümlich gestaltet sind; warum über seinen Erwerb und Verlust besondere, aus der faktischen Natur desselben sich ergebende Bestimmungen bestehen; warum bei seinem Schutze, allem Rechtsprinzipie zuwider, auf die Art des Erwerbes Nichts ankommt, vielmehr selbst der widerrechtlich erworbene Besitz, z. B. der des Diebes und Räubers, geschützt wird;¹¹ warum nicht jede Besitzentsetzung, sondern nur die durch Gewalt, Hinterlist und Mißbrauch des Bittleihers bewirkte einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt (§. 345. 346), während doch bei einer Rechtsverletzung die Art derselben gleichgiltig ist.¹² Der Besitz ist also überhaupt kein Recht.¹³ Es kann daher insbesondere kein dingliches Recht sein, trotzdem ihn der §. 308. des G. B. dazu zählt.¹⁴

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. 447. 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 expellas, tamen usque revertet!* Vgl. auch Zielonacki, 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 B.'s S. 12 Note: „daß der Besitz-erwerb 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 Sachbesitz Eigenthum. Savigny selbst gibt (§. 6. S. 34) zu, „das Recht, welches der bloße Besitz gibt, besteht lediglich in dem Anspruche, den der Besitzer auf die Inderbitte hat, sobald eine bestimmte Form der Verletzung hinzukommt.“

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

14) Wenn auch die Behauptung, daß der Sachbesitz 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

Der Besitz ist auch kein vermuthetes oder provisorisches Eigenthum; und die Besitzklagen sind keine provisorischen vindikationen.¹⁵

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.¹⁶ Denn da der Besitzer ohne Rücksicht auf ein ihm zustehendes Recht selbst bei zugestandenem Abgange jedwedes Rechtes sogar gegen den Eigenthümer 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 giltigen Titels für sich,“ denn der §. 323. enthält, wie im §. 6. d. A. gezeigt

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 Pfandrecht an Forderungen gleichfalls nicht zu den dinglichen Rechten gehören kann. Vgl. Unger, I. §. 61. S. 535; Hoffmann, Hatmerl's Viertelj. XIII. S. 10 flg.

15) Deutlich genug sprechen dies aus die §§. 309. 345 — 347. 372. A. b. G. B. §. 2—5. des 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 erwerben oder ein stärkeres (?) Recht zum Besitze geltend machen will, muß den ordentlichen Rechtsweg betreten“ . . . Vgl. L. 12. §. 1. de poss. Nihil commune habet proprietatis cum possessione und L. 52. pr. eod. Nec possessio et proprietatis misceri debent. Vgl. Savigny, §. 6. S. 39, der in der 6. Auflage von dem Versuche, den Besitzschutz auf die Präsumtion des Eigenthumes zu bauen, gänzlich zurückkam. Selbst Unger hält noch im sächs. Entwurfe S. 104 diese irrige Ansicht fest.

16) So nicht bloß die älteren, sondern auch noch Hufeland, Besitz S. 31. Rosshirt, Archiv f. civ. Pr. VIII. S. 15, von den österr. Schriftstellern Zeilner, II. S. 59. Rippel, III. S. 91. 2. Winivarter, II. S. 70 u. 105. Stubenrauch, I. S. 630, von den preussischen noch Bornemann, I. S. 453. Von dieser irrigen Anschauung gingen namentlich die Redaktoren des preuß. Landrechtes aus: Suarez bemerkt über die Monita: „für den vollständigen Eigenthümer streitet die Vermuthung des Eigenthumes“; v. Levenar: der Besitz ist eine interimistische Legitimation zu einer Sache, sowie die Verjährung eine vollständige Legitimation; Goffler: Besitz ist ein Zwischenzustand, der die Vermuthung des Eigenthums wirkt. Vgl. hierüber Koch, S. 18—20, der mit Recht gegen die von Grävell, der von Befugnissen des Besitzers spricht, erfolgte Verwischung der Grenzen zwischen Besitz und Eigenthum auftritt. Was Koch dort bemerkt, paßt ebenfugot gegen Rippel, III. S. 91. —

ist, gar keine wahre Vermuthung. Es entfällt daher die Frage, welcher Klasse von Rechten der Besitz einzureihen sei.¹⁷

17) In den Institutionen wird der Besitz im IV. 15. Tit. »de interdictis«, in den Digesten im 41. Buche im Anschlusse an den Eigenthümerwerb, im Codex im 7. dann im 8. Buche bei den Interdicten behandelt. — Im preuß. A. Landrechte fand der Besitz Platz im VII. Titel zwischen dem allgemeinen Theile und dinglichen Rechten. — Im sächf. bürg. G. B. wird der Sachbesitz an der Spitze des Sachenrechtes, der Rechtsbesitz bei den Servituten behandelt (§. 186—216. u. 556—562.). — Das französ. Civilgesetz handelt vom Besitze im XX. Titel von der Verjährung im 2. Kapitel Art. 2228—2235. und im Civilprozeße im IV. Titel. — Savigny (§. 6. D. 31. und Zusatz S. 45) weist den Besitz dem Obligationenrechte zu, weil das Recht der possessoriischen Interdicte dem Obligationenrechte angehört, indem sich dieselben nach seiner gewiß irrigen Ansicht auf Obligationes ex maleficiois gründen. Andere rechnen ihn zu den Jura in re, so nach Uciat namentlich Sahn Diss. de jur. in re 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. D. Buchta, §. 122 fg. Böcking, Pand. I. §. 123 fg. Brinz, §. 27 fg., obgleich der Besitz, wie schon Savigny (§. 6.) bemerkt, um nichts allgemeiner ist, als jedes Recht. Zielonaki, S. 3, reißt ihn in das Sachenrecht, trotzdem er selbst bemerkt, daß es ja auch einen Rechtsbesitz gibt. Andere, wie Arndts, handeln vom Sachenbesitze beim Eigenthume, vom Rechtsbesitze bei den Servituten (§. 135. fg. §. 187.); Donellan zwei Orten: bei der Usukapion (V.) und im Obligationenrechte (XV.) bei den Interdicten. Hehnlich Göschen, Pand. im allgemeinen Theile (§. 200 fg.) bei den Obligationen (§. 605.) und der Usukapion. Wir stimmen wesentlich Brunß, 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.“ — Die österr. Kommentatoren fassen den Besitz nach Vorgang des Gesetzbuches, welches hier der Doktrin des vorigen Jahrhunderts gefolgt ist, als dingliches Recht auf und behandeln ihn in der Reihenfolge der dinglichen Rechte. Zeiller, II. S. 36. Winwarter, II. §. 20. u. §. 61. S. 103. Rippel, III. S. 52. Stubenrauch, zu §. 308. u. 309. S. 630. — Unger (I. §. 28.) will ihn an die Spitze des besondern Theiles stellen; dies thut neuestens Windscheid, B. §. 150. a. C. Die Frage, wo der Besitz im Systeme einzureihen sei, ist übrigens nicht nur aus der Natur des Besitzes, sondern auch aus dem besondern Plane eines Werkes zu beantworten. Vgl. Savigny a. a. S. 45 u. Böcking, §. 123. Anm., der gut bemerkt, daß die Stellung des Besitzes im Systeme durch seine Rechtswirkungen nicht bestimmt werden kann, — wir fügen bei: nicht alle in bestimmt werden kann. Faßt man den Besitz als Recht auf, so kann man nach röm. Rechte Savigny, S. 45, nur bestimmen: „Der Besitz selbst als Recht hat keine Stellung, da er kein Recht ist, das Recht aber, das er wirft, und um dessen willen er am meisten Hehnlichkeit mit einem Rechte annimmt, — dieses Recht ist das Recht der possessoriischen Interdicte, also ein obligatorisches.“ Anders freilich nach der Auffassung der Redaktoren des österr., sächsischen und preussischen Rechtes, welche den Besitz als ein wirkliches Recht ansehen und (obwohl seiner Natur zuwider) mit einem sachenrechtlichen Charakter bekleiden. Vgl. Koch, S. 20, und Schwaneck, zur Systematik des österr. R. Magazin VI. S. 178.

Aus gleichem Grunde kann für uns gar nicht die Frage entstehen, ob der Besitz (oder das Besitzrecht) selbst wieder Gegenstand des Besitzes und der Erziehung sei.^{17a}

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 rechtl. Verkehrs und von Rechtsgeschäften werden.¹⁸

Es ist daher recht wohl ein Kauf, eine Mieth, ein Prefarium des Besitzes denkbar und statthaft.¹⁹ Doch wird selbstverständlich der

17a) Diese Frage wurde von manchen unserer Schriftsteller ernstlich erörtert (Winwarter, Rat. VII. S. 199. Komm. II. S. 105. Perthaler, Zeitschr. f. österr. R. 1842. II. S. 53 f.) und nur darum verneint, „weil das Besitzrecht zugleich 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 besseren 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 geschenehen Benützung gerichtlich geschützt worden ist, wieder in seinen Besitz zurückbekommen. 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. De contr. emt. L. 28. u. 37. De poss. L. 35. §. 1. u. L. 37. De pign. act. L. 6. §. 4. L. 22. De prec. Savigny, §. 5. S. 29. Rosshirt, 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. Wie so Manche läugnen konnten, daß der Besitz kein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sei (vgl. Winwarter, II. S. 104. Minasiewicz, a. a. D. §. 9. S. 27 u. 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 Gegenstand des Verkehrs sei.

Besitz nicht schon durch das Rechtsgeschäft selbst übertragen, sondern nur der Besitzerwerb möglich gemacht.²⁰ Zu diesem selbst ist Apprehension erforderlich.

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 Besizes verschieden sei vom Werthe der Sache, oder, was dasselbe ist, vom Werthe des Eigenthums. Denn wird eine Sache geschätzt, so ist bei der sprachgebräuchlichen Identifizirung von Sache und Eigenthum daran doch nur das letztere gemeint. Eine Schätzung des Besizes müßte den Vermögenswerth der Vortheile angeben, die mit dem bloßen Besitze verbunden sind. Mit diesem ist aber nur die Möglichkeit der faktischen Herrschaft über die Sache, daher auch des Genusses ihrer Früchte und Erträgnisse 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. v. G. B.) nicht wohl möglich. Anders, wenn sich jene Momente genau stellen 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 nicht zu.²¹

20) Durch bloßen Vertrag wird kein Besitz erworben. Vgl. die in der Note 19. angeführten Schriftsteller, von den österr. insbesondere Rippel, III. S. 64. Winwarter, II. S. 50. —

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 B., §. 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 Besizes 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 ist doch u. G. ganz klar der Werth des Besizes und des Eigenthums (fundi) einander entgegen gestellt. Die Beurtheilung ins Dop-

Nahe liegt 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. als 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 Grundsätze hat das österr. 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.²²

§. 4. Verschiedene Bedeutungen des Wortes Besitz.

Obwohl das Wort Besitz regelmäßig in seiner eigenthümlichen Bedeutung als faktische Herrschaft mit dem Eigenthums-Willen (§. 309. b. G. B.) gebraucht wird, so bedient sich doch der Sprachgebrauch und selbst die Gesetzgebung dieses Wortes zur Bezeichnung auch anderweitiger rechtlicher Verhältnisse. Insbesondere wird das Wort Besitz gebraucht:

a) Im Sinne des Eigenthums.¹

pelte 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.“

22) Die Zulässigkeit einer solchen Besitzübertragung behauptet Thibaut, Pand. §. 208. und Schweppé, Privatr., §. 215. Kierulff, I. S. 356, weil angeblich in der Natur des Verhältnisses kein Hinderniß liege, wie schon der Umstand beweise, daß nach röm. Rechte (L. 17. §. 1. de poss. 16. 3) 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 statuiert oder für zulässig erklärt. Vgl. Savigny, §. 9. S. 127. Wangerow, I. S. 104. Brunß, §. 2. Arndts, §. 135.

1) Auch im röm. Rechte kommt dieser Sprachgebrauch („Unart“ nennt ihn Windscheid, P. §. 148. N. 2.) nicht selten vor. Vgl. L. 78. DeV. S.: »Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat, sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.« Die Entstehung dieses Sprachgebrau-

Randa, Besitz n. österr. Recht.

Das A. b. G. B. hat zwar diesen ungenauen und oft irre führenden 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. f. f. Besitz statt Eigenthum gebraucht. Doch ist gerade in jenen Kapiteln und gesetzlichen Bestimmungen, wo der Gegensatz Beider am schärfsten hervortritt, die richtige Terminologie gewahrt. Vgl. die Kapitel vom Besitz, Eigenthum und Erfindung.

Viel häufiger kommt der gedachte Sprachgebrauch in anderweitigen Gesetzen und Verordnungen vor, insbesondere da, wo es sich um das Eigenthum unbeweglicher Sachen handelt. Ja in vielen Gesetzen wird das Wort Besitz fast ausschließlich im Sinne als Eigenthum gebraucht. Beispielweise wird hier anzuführen sein das Patent v. 1789 über die Erbfolge in Bauerngüter; das Patent v. 1. Nov. und 25. Jänner 1781, über die Untheilbarkeit der Bauerngründe, und von neuen Gesetzen die kais. Verordnungen vom 8. Febr. 1860. Z. 44. und 45. N. G. B., welche die Fähigkeit der Israeliten zum Eigenthumserwerb von Realitäten normiren und dabei stets nur von Besitzfähigkeit sprechen.

b) Bisweilen, doch selten, bedeutet Besitz: *Innehabung*, vgl. §. 366. des G. B., während umgekehrt das Wort *Innehabung* öfter für Besitz vorkommt. Vgl. §. 315. 325. 334. u. A.² Ebenso spricht das Gesetz 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.³

ches im gemeinen Leben ist leicht erklärlich, da der Besitz das auffälligste Merkmal des Eigenthumes ist, und übergang von da aus unvermerkt in den juristischen. Vgl. Savigny, a. a. D. §. 7. — Das Wort Besitz kam übrigens nach Grimm in der Rechtssprache sehr spät auf; gewiß nicht vor dem Eindringen des röm. Rechtes. Vgl. Delbrück, a. D. S. 102, Note 2.

2) Auch im röm. 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.

3) Im röm. Rechte wird *possessio* zur Bezeichnung des Verhältnisses des Be-

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 denselben dem *juridischen*, *bürgerlichen* oder *Civilbesitze* entgegen, worunter sie den *bücherlichen* (*Tabular-*) Besitz verstehen.⁴

Diese Terminologie ist unglücklich gewählt. Ist denn der *physische* Besitz nicht auch ein *juristischer*? Die Ausdrücke *bürgerlicher* oder *Civilbesitz* aber sind willkürliche und wenig charakteristische Benennungen des *Tabularbesitzes*, der eigentlich gar kein Besitz ist, sondern die davon gänzlich verschiedene und ganz eigenthümliche Rechtswirkungen nach sich ziehende Thatsache der *bücherlichen* Verschreibung eines Rechtes für Jemanden.

Mitunter wird in der Praxis der Besitz im Gegensatz zur Detention „*civilrechtlicher*“ Besitz oder „*Civilbesitz*“ genannt, und letzterer als „*natürlicher* oder *faktischer* Besitz“ bezeichnet. Diese willkürliche Terminologie könnte an sich gleichgültig erscheinen, wenn daran nicht irthümliche Folgerungen geknüpft würden. Es wird nämlich diese Terminologie dem Gesetzbuche selbst untergeschoben und sohin behauptet: auch der *natürliche* Besitz (*Detention*) genieße den Schutz des Gesetzes (§. 339. 340—348. A. b. G. B.); insbesondere habe die k. Verordn. vom 27. Oktober 1849 Z. 12. N. G. Bl. den Schutz dieses *natürlichen* Besitzes (denn dieser sei unter dem *faktischen* Besitze zu

klagen im *Vindinations-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. Bruns, §. 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 von *physischen* und das Hofdekret vom 11. Oktober 1821 Z. 1809 vom *Naturalbesitze* und die k. Verordn. vom 27. Oktober 1849 vom *faktischen* Besitze und begreifen darunter den Besitz schlechthin. Das A. b. G. B. kennt diese Terminologie nicht. Das preuß. Allg. 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 Eigenthümer. Diese Begriffe haben mit dem *Besitze* nichts zu thun. Der hier gemeinte *Civilbesitzer* hat gar keinen Besitz.

verstehen) zum Gegenstande. — Dies ist aber eine ganz willkürliche und mit dem Wortlaute des Gesetzbuches und der cit. *BD.* im Widerspruche stehende Annahme. Das *U. b. G. B.* läßt nur dem Besitze (nicht der Innehabung) den Besitzeschutz angedeihen (§§. 339. 340—343. 344—347. *U. b. G. B.*). Daß aber die *k. Verordn. v. 27. Oktober 1849* keinen neuen Schutz (Detentionschutz) einführen, keinen neuen Begriff des Besitzes schaffen, sondern nur den im *U. b. G. B.* normirten Besitzeschutz den Parteien rasch zu Theil werden lassen wollte, geht unwiderlegbar aus der im §. 2. vorkommenden Berufung auf die §§. 339. 346. 347. u. 851. *U. b. G. B.* und aus der Motivirung des Gesetzes hervor: „Daß die Verordnung erlassen sei, um jene Rechtsmittel, welche das *U. 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 *U. b. G. B.* über den Besitz, ein spezielles Rechtsverfahren zur Realisirung des im materiellen Rechte normirten Besitzeschutzes.⁵

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

Die gedachte Ansicht ist vielleicht ein unbewußter Nachklang der römischen Eintheilung in *possessio civilis et naturalis*,⁶ deren Sinn

5.) Vgl. *Stubenrauch*, I. S. 691. (452 der 2. Aufl.) und die Bemerkungen über das Verfahren in Besitzstörungsfreitigkeiten in *Nr. 41. Ger. Zeit. 1855*, dann *Ragel*, *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. de poss. L. 38. §. 10. de usurp. 221. 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. S. 199. Brunß, S. 20 flg. Sentenis, §. 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* sei wieder entweder Interdikten-Besitz (*possessio per eminent.*) oder es fehlt ihm diese Wirkung*

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 Terminologien an sich schon jahrhundertlange Irthümer zu erzeugen vermögen.⁷

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

(*possessio naturalis* im gewöhnlichen Sinne). Savigny's Ansicht ist noch heute die herrschende. Vgl. *Puchta*, *Pand. §. 124.*, und besonders *Arnolds*, *Pand. §. 136. Koch*, S. 41. Eine zweite Meinung, die von *Thibaut* im *3. Archiv XVIII. S. 315* und *XXIII. S. 167. Hierulff*, *Theorie, I. S. 346. Warnkönig*, *civ. Archiv, XX. S. 178. Pfeifer*, *Was ist der Besitz? S. 4 u. 30. Sentenis*, I. S. 444 Note, geht dahin, daß *poss. civilis* nicht bloß Usukapions-, sondern auch Interdikten-Besitz begreife, daß daher *poss. naturalis* (*civiliter non possidere*) immer nur den Nicht-Interdikten-Besitz bedeute. Eine 3. Ansicht endlich, welche im Wesentlichsten übereinstimmend von *Rohhirt*, *Civilt.*, II. §. 218. *Brunß*, a. a. D. S. 20 flg. *Bangerow*, I. §. 199. *Brinz*, I. §. 29. u. *Windscheid*, *P. §. 148. Note 12.* vertheidigt wird, gelangt zu dem Resultate, daß *poss. naturalis* im Gegensatz zu *civilis* dann vorhanden sei, wenn Jemand die Detention mit dem *Animus* entweder nicht hat, oder darum nicht haben darf, weil die besessene Sache *extra commercium*, oder der Besitzer *eigentumsunfähig*, oder der Besitz auf ein nichtiges Rechtsgeschäft sich gründet. Im praktischen Resultate macht die erste und dritte Ansicht keinen Unterschied, wol aber die zweite wegen der ihr zu Grunde liegenden *L. 1. §. 9. 10. D. de vi* (*Arnolds*, S. 201 Note 2. u. *Brinz*, S. 78.). Noch unauzugesprochen ist, ob und welchem praktischen Ziele die Römer bei dieser Unterscheidung zustrebten. Vgl. *Brinz*, §. 29. a. G.

7.) Vgl. hierüber besonders *Brunß*, S. 106 flg. 252, 338 und *Delbrück*, *Dingl. Klage*, S. 101—111. Die verbreitetste Ansicht war die von *Ugo* vertheidigte, welche unter *nat. p.* die Detention, unter *civ. poss.* den Besitz *solo animo* verstand. Nachklänge dieser ins vorige Jahrhundert hinreichenden Theorie finden sich insbesondere auch bei älteren österr. Schriftstellern. Vgl. *J. B. Wrazek*, *Verjähr. S. 100*, und in dem sog. *Mentalbesitze* unserer Kommentatoren. Vgl. *Winiarter*, II. §. 21. 57. *Rippel*, II. S. 161. Welchen Antheil an jener un-römischen 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.

rechtliches Herrschaftsverhältniß zur Sache, oder als juristische Gewere, d. i. auf einem Rechtsgrunde (Auflassung, Urtheil, Erbschaft) beruhendes Besizrecht auffassen. Denn weder die Detention noch der Eigenbesitz (der vom Begriffe der Gewere nicht ausgeschlossen ist) genießt nach deutschem Rechte selbstständigen possessorischen Rechtsschutz, wie ihn das röm. Recht, und diesem folgend die neueren Kodifikationen dem Besitze einräumen.⁸ Inwiefern in einzelnen Punkten der Besitzlehre deutschrechtliche Anschauungen ihre Spuren hinterlassen haben, soll an den betreffenden Orten gezeigt werden.

§. 5. Der Tabularbesitz.

Die österreichische Gesetzgebung und Rechtswissenschaft spricht neben dem Besitze im Sinne des §. 309. des G. B. — dem sogenannten Naturalbesitze¹ — auch von einem bürgerlichen Besitze — Tabularbesitze. Es sei hier versucht, das Wesen desselben näher zu erörtern. Zufolge der Einrichtung der öffentlichen Bücher ist zunächst selbstverständlich, daß der Tabularbesitz nur bei dinglichen und solchen obligatorischen Rechten auf un-

8) Vgl. Bruns, §§. 36—38. Delbrück, Zeitschr. f. deutsch. R., XVI. S. 251, u. dingl. R. §. 11. Gerber, D. P. §. 72. 73. Bluntzschli, D. P. §. 54. Hillebrand, D. P. §. 42. Schulte, D. Rechtsz. §. 146.

1) Diese Bezeichnung: „Naturalbesitz“, auch „faktischer Besitz“, gebrauchen nicht nur die österr. Schriftsteller, sondern auch die Gesetzgebung. Vergl. Hofdekr. v. 13. November 1812 Z. 1013, vom 11. Oktober 1821 Z. 1809, kais. Verordn. v. 27. Oktober 1849. §. 5. — Winiwarter, Pratoh. Mat. VII. S. 118, stellt dem Naturalbesitze den juristischen oder bürgerlichen entgegen, und versteht unter diesem a) den sog. Mentalbesitz (§. 352. U. 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 Besitzbegriffes auf registrierte Gewerbebefugnisse, und der grundlosen Entgegensetzung des Natural- und sog. Mentalbesitzes, geht diese Eintheilung von der irrigen Auffassung aus, daß Natural- u. 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 Rippel, III. S. 83. 84. (der ausdrücklich bemerkt, der Tabularbesitzer sei wirklicher Besitzer) und Stubenrauch, I. S. 433. N. 1. (Ausg. 2.) gefolgt.

wegliche Sachen zur Sprache kommen kann, welche zum Erwerbe des Charakters der Absolutheit der Eintragung in die öffentlichen Bücher bedürfen.² — Tabularbesitz ist die Thatsache der bürgerlichen Vorschreibung eines Rechtes für Jemanden. Derjenige, auf dessen Namen das Recht eingetragen ist, heißt Tabularbesitzer.^{2a} — Bezüglich des Tabularbesitzes enthält nun der §. 321. U. 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 §. 322.: daß, „wenn eine Sache unbeweglich ist und die öffentlichen Bücher eingeführt sind, das Besizrecht ausschließlich — demjenigen zustehet, 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 öff. 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?³ Aus der Bestimmung des §. 322.

2) Im Wesen der Dinglichkeit eines Rechtes liegt es, daß dasselbe gegen jeden Dritten wirksam — absolut — ist; obligatorische Rechte erhalten diesen Charakter nur ausnahmsweise; nach österreichischem Rechte, wenn sie sich auf unbewegliche Sachen beziehen, nur durch Eintragung in die öffentlichen Bücher, so in den Fällen der §§. 1070. 1073. 1079. 1095 des G. B. Vergl. über die Dinglichkeit und Absolutheit der Rechte Unger, Syst. I. S. 518 und 549, dessen Verdienst es ist, diesen Unterschied im österreichischen Rechte zuerst in's Klare gestellt zu haben.

2a) Im Wesen ist und kann über die Bestimmung dieses Begriffes kein Zweifel sein, mag auch nebenbei Unrichtiges mit einfließen, so z. B. bei Minasiwicz, 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 Verhältniß desselben (des Rechtes also!) zu einer Person, in welcher ihr durch die Gesetze gewisse Befugnisse (?) eingeräumt werden.“ — Der Ausdruck „Tabularbesitz“ findet sich in W. nicht in der Gesetzgebung, letztere bedient sich dafür bisweilen des Ausdruckes: „Civilbesitz“ (Hofdekr. v. 17. Okt. 1821 Z. 1809) und noch häufiger in Rücksicht der Landtafeln „landtäfelicher Besitz.“ Vgl. auch Unger, II. S. 285.

3) Wenn hier eine von der bisherigen wesentlich verschiedene Auffassung des sogenannten Tabularbesitzes versucht wird, so geschah dies gewiß nicht aus Neuerungssucht, sondern in der Ueberzeugung, daß nur in dieser Weise der Widerspruch, der sonst im Gesetzbuche nicht hinwegzuläugnen ist, gelöst werden kann. Ich stelle insbesondere an Praktiker die Bitte, diesen Versuch nicht von vornherein mit ungün-

cit., welchem zufolge rücksichtlich unbeweglicher Sachen, da wo öffentliche Bücher bestehen, das „Besitzrecht“ ausschließlich demjenigen zusteht, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist, könnte man versucht sein, den Schluß zu ziehen, daß das Gesetzbuch an unbeweglichen Sachen und denjenigen Rechten darauf, welche im Erwerbe denselben rechtlich gleichgestellt sind, gar keinen Natural-, sondern bloß einen Tabularbesitz kenne, daß es also dem physischen Besitze daran jede Rechtswirkung („das Besitzrecht“) abspreche.^{3a} Die Folge dessen wäre, daß der Besitzbegriff des §. 309. des G. B. in Rücksicht unbeweglicher Sachen und der darauf sich beziehenden Rechte ganz unpraktisch, der sogenannte Naturalbesitz hieran also in seiner Rechtswirksamkeit zur bloßen Inhabung herabsinken würde.

Diese Auffassung wird auch wirklich vertheidigt von Drdacki (Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrf. 1827. I. S. 69 fg. 1829. I. S. 341 fg. 1833. II. S. 235 fg. und Pachmann (Verj. S. 74. Note 11., und Haimerl's Mag. VIII. S. 52 fg.) unter Berufung auf den unzweideutigen Wortlaut des §. 322. des G. B.^{3b}

Allein trotz des §. 322. und der scharfsinnigen Ausführungen Pachmann's ist diese Ansicht in Theorie und Praxis vereinzelt ge-

stigem Auge zu betrachten. Die Lösung praktischer Fragen wird durch die hier gegebene Beantwortung eine sehr einfache und dem positiven Gesetze doch nirgends widersprechende.

3^a) Unter „Besitzrecht“ muß man nach den Gesetzen der logischen Auslegung die mit dem Besitze verbundenen Rechtsvorteile (jus possessionis) verstehen; denn in diesem Sinne ist es offenbar im ersten Satze des §. 322. gebraucht, dessen Gegenpart die zweite Hälfte desselben enthalten soll. Dagegen versteht das G. B. in den §§. 851. u. 853. darunter das Recht zum Besitze (j. possidendi). In jenem Sinne gebraucht diesen Ausdruck auch der §. 319.

3^b) Drdacki, Zeitschr. 1827. I. S. 69, verfährt summarisch. Ueber ein einfaches Gesuch wird der Inhaburthe gegen den physischen Besitzer geschügt; ja sogar gerichtlich in den Besitz eingeführt, den er noch gar nicht gehabt oder dem Geflagten 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 D. im §. 322. A. b. G. B. finden konnte! — D. geht in seiner unverhohlenen Mißachtung des Naturalbesitzes so weit, daß er S. 72 Note (gegen Winwarter) den Tabularbesitzer mit einem graduirten Arzte, den Naturalbesitzer mit einem Kurpfscher vergleicht! — Es mag hier bemerkt sein: daß Drdacki 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 geschügt wird. Zlobitzki fand einen gewandten Vertheidiger an Wittig (Zeitschr. 1831. II.). Alle drei Schriftsteller waren Landrechtspräsidenten und später Appellationsräthe in Galizien.

blieben. — Vgl. schon Zlobitzki, Provisorien im Besitze, §. 13. Wittig, Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1831. II. S. 1—15. Winwarter, II. S. 34. 51 fg. Minasiwicz, Tabularbesitz, §. 21. Rippel, III. S. 85. 86. Ellinger, Handb., S. 131. Stubenrauch, I. S. 646 (432). Unger, zum Entwürfe des A. b. G. B. für Sachsen, S. 111, Syst. II. S. 285, und Entscheidungen des obersten Gerichtshofes vom 11. Mai 1856, vom 16. u. 17. Dezember 1857, bei Peitler, Samml. Nr. 823, u. 835, dann vom 9. Dezember 1857, bei Unger-Glaser, S. Nr. 484. Nr. 61. Ger.-Zeit. v. 1862. Nr. 132. Ger.-Zeit. v. 1863.^{3c}

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 Erßigung (vgl. insbesondere §§. 312. 313. 1468. 1470. 1498. A. b. G. B.) in solchem Widerspruche, daß bei Festhaltung derselben von vornherein auf die Möglichkeit eines juristischen Aufbaues der Lehre zu verzichten wäre.⁴ Denn die §§. 1498. 1470. 1498. handeln von der Erßigung unbeweglicher Sachen und ihnen im Erwerbe gleichgestellter 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 bürgerlichen Besitzer. Da nun die Erßigung Besitz (und nicht bloß Detention) voraussetzt (§. 1460.), so erkennt also das Gesetzbuch in den §§. 1468. 1470. u. 1498. wirklich physischen juristischen Besitz (und nicht bloß Inhabung) auch an unbeweglichen Sachen und darauf sich beziehenden Rechten an.⁵

3^c) Geradezu widersprechend sind die Bemerkungen Zeiller's, II. S. 56, wo er den §. 339. nur auf den Tabularbesitzer und S. 85, wo er denselben sogar auf den bloßen Inhaber bezieht. — Eigenthümlich äußert sich Rößler: Ueber die Bedeutung u. B. der Geschichte d. Rechts S. 12 über den §. 321.: Dieser §., meint R., bringe „eine bedeutende Veränderung in der röm. Besitztheorie hervor (?) u. habe seine Grundlage in der frühesten deutschen Verfassung.“

4) Im Wesen haben diesen eventuellen Widerspruch zum Theil ausdrücklich anerkannt: Wittig, a. D. S. 22. Winwarter, II. S. 53, Note 1. Stubenrauch, I. S. 648. (433).

5) Ueber diesen Punkt ist auch die Mehrzahl der österreichischen Schriftsteller und die Praxis einig. Vergl. die in der vorigen Note Genannten a. a. D. und Unger. Zum sächf. Entwürfe eines bürgl. G. B. S. 111 ff. — Dagegen wendet

Allein über die rechtliche Bedeutung und das Verhältniß 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.⁶

Es erscheint daher geboten, hierauf näher einzugehen. Bei der klaren Anordnung des §. 321., daß das Besitzrecht, also die mit

Pachmann (Magaz. VIII. a. a. D.) ein, daß sich die §§. 1468., 1470. u. 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 zugestehet, aber meint: er mache dem Gesetzbuche den Vorwurf des Ueberflüssigen, „Unger aber den des Widerspruchs; wer den besten Theil habe, möge sich Jeder beantworten,“ — so kann es wohl in Anbetracht des im Texte Gesagten keinem Zweifel unterliegen, daß P. einen unhaltbaren Posten angenommen hat. — Seit dem Erscheinen der k. Verordn. v. 27. Oktober 1849 hätte die gegentheilige Ansicht nicht wieder aufgenommen werden sollen. Heißt es doch im §. 1. ders. am G., 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 öff. Bücher eingetragenen Gütern wird ausdrücklich gerichtlich geschützter Besitz anerkannt. So auch die Prax. Uebrigens muß ich zur Steuer der Wahrheit bemerken, daß Pachmann's Ansicht im älteren böhmischen Rechte wirklich gegründet ist. Vergl. böhmische L. D. L. 1. 9., wo unter den Hindernissen der Erstzueignung angeführt wird: wenn Landgüter von Jenem, der die Verjährung anspricht, in die Landtafel nicht eingelegt sind.

6) Vergl. die in der Note 3. angeführten Kommentatoren. Nur Winiwarter bemerkt, II. S. 53, Note 1., daß im Kollisionsfalle der Tabularbesitz als der eigentliche Besitz anzusehen sei. Nicht ganz klar ist die Bemerkung Stubenrauch's, I. S. 648: „daß die volle Wirksamkeit des Besitzes nur dem Tabularbesitze zukomme, und daß derselbe noch vor dem Naturalbesitze begünstigt erscheine.“ Zeißler, 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 hiezu räumt er dennoch im VI. Bande, S. 215 u. 268, auch dem physischen Besitzer die letztgedachten Vortheile ein.

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 Erstzueignung (§. 1468.) — Rechtsfolgen beilege; für den äußersten Fall ließe der §. 321. höchstens noch die Auslegung zu, daß zwar bei der unlängbar vom Gesetze (§§. 1468. 1470. 1498.) erfolgten Anerkennung des physischen Besitzes neben dem Naturalbesitze beiden gleiche Rechtswirkungen zukommen, daß aber im Kollisionsfalle des Tabularbesitzes mit dem Naturalbesitze nur der Erstere geschützt werde.⁷ 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,^{7a} sein Begriff und rechtliches Wesen 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 einzige 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

7) Dies ist die Ansicht Rippel's, III. S. 156, Helm's, XIII. B. Magazin S. 372—276, Pawlowicz, Viertelj. VIII. 123. u. IX. S. 306, vielleicht auch Winiwarter'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- u. Naturalbesitz unsere Kommentatoren ohne Ausnahme auf; ja Winiwarter betrachtet sogar die Eintragung in die öff. Bücher als Surrogat der Apprehension. Vgl. Note 1.; so auch Drdacki, Zeitschr. 1827. II S. 69.

die öffentlichen Bücher.⁸ 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.⁹ Das dem ersteren zu Grunde liegende Prinzip ist lediglich das Erscheinen des Rechtsverhältnisses in den öffentlichen Büchern.¹⁰

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.; 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. A.).

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.).¹¹

Die Rechtswirkung kommt auch in Ansehung unbeweglicher Sachen und der sich darauf beziehenden Rechte ohne Zweifel dem physischen Besitze zu. Beweis dessen die eben citirten §§. 339. 345. 346. u. 347. des G. B., und die kaiserl. Verordn. v. 27. Okt. 1849, §. 12. R. G. Bl. §§. 1. 2. u. 5.¹²

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. Minasiewicz, §. 14.

10) Des Rechtsverhältnisses; denn der Besitz ist kein Gegenstand der Eintragung in die öffentlichen Bücher. Hofdekret v. 1. Juli 1835, §. 51.

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. A. 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 Drdačič's und Pachmann's a. a. D. sind Theorie und

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 Paragrafhe 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 1851) verordnet, daß dergleichen Streitigkeiten rücksichtlich „unbeweglicher Güter ohne Rücksicht auf das öffentliche Buch, in welchem sie ineliegen, vor demjenigen (auch städtisch delegirten) Bezirksgerichte zu verhandeln sind, in dessen Sprengel dieselben gelegen sind.“ Vergl. auch §§. 7. u. 8. ders. B. D.

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.¹³ Der Beweis ist nicht schwer zu führen:

Praxis hierüber auch noch vor dem Erscheinen der kaiserlichen Verordnung vom 27. Oktober 1849 einig gewesen. Vergl. Winwarter, II. S. 34. u. 51. Wittig, Zeitschr. 1831. II. S. 27. Ellinger, Handbuch, S. 134. u. 133. Stubenrauch, I. S. 646. Unger, Zum sächs. Entw. eines A. b. G. B. S. 110 f.

13) Daß der Tabularbesitzer den Besitzeschutz genieße, behauptet ausdrücklich Drdačič, Zeitschr. f. Rechtsg. 1827. II. S. 69. 72. Pachmann, Verj. S. 74. Note 11. Rippel, III. S. 156. Helm, S. 373 flg. und neuerlich Pawlowicz, Viertelj. IX. S. 307. Während jedoch Drdačič nur dem Tabularbesitze 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 Stritte mit dem Tabularbesitzer soll er diesem weichen müssen (arg. §. 322. cit.); der Letztere brauche daher nur den Tabularextrakt zu produziren, 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 kaiserl. Verordn. v. 27. Oktober 1849 noch immer vertheidigen kann, trospdem der §. 5. verordnet, daß es im Besitzverfahren einzig und allein auf den faktischen Besitzstand ankomme, begreifen wir

Aus dem Vorstehenden ergibt sich nämlich als unbestreitbar, daß der faktische Besitzer unbeweglicher Sachen und darauf sich beziehender Rechte den in den §§. 339. 345—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 Tabularbesitze diese Rechtswirkung gänzlich ver sagt.¹⁴

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 Eigenschaften durch adäquate Eintragung in das öffentl. Buch, dessen Jedermann zur Einsicht freistehende Blätter die mit Immobilien gefüllte Räumlichkeit speciell konzentriren, ... zur Erscheinung und Anschauung komme“, „daß das Faktische in der Macht habung in der Natur und das Thatsächliche des Verbuchtsfeins vollkommen identifißirt 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 Stube n r a u c h's, I. S. 433, Note 1. (2. Ausg.): daß die Eintragung vermöge gesetzlicher Fiktion die Inhabung erzeuge, 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 Win i w a r t e r im Falle der Kollision des Tab.- u. 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 geübt; seit dem Jahre 1849 ausnahmslos; früher, wie es scheint, nicht ohne Schwanken. Vgl. z. B. D r d a c k i, Zeitschr. 1830. II. S. 127 fg.

14) Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß der faktische Besitz nur in dem durch die citirte k. Verordnung eingeführten summarischen Besitzstörungsverfahren geschützt würde; im ordentlichen Verfahren dagegen werde dieser Schutz nur dem Tabularbesitze 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. S a v i g n y, Besitz, §. 51.), ist dem österreichischen Rechte unbekannt. Der ordentliche Rechtsweg, von dem die §§. 5. u. 15. der citirten Verordnung sprechen, und auf welchen Jene 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. U n g e r,

In der That enthielte auch 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.

Ja schon aus dem Gesetzbuche selbst, aus dem Wortlaute der den Besitzeschutz normirenden §§. 345—347. ergibt sich, daß dasselbe nur den faktischen, nicht den bürgerlichen Besitz vor Augen hatte.¹⁵

Der §. 339. des G. B. lautet nämlich: „Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist Niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören.“

Ist aber Störung des bürgerlichen Besitzes denkbar?^{15a} Ferner verordnet der §. 346. A. b. G. B.: „Gegen den unechten

Entwurf, S. 86. S c h u s t e r, C. 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.

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 M i n a s i e w i c z's, a. D. S. 112—122. Letzterer will dem Tabularbesitzer a u s n a h m s w e i s e 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 in die Zukunft unmöglich würde (S. 122). Allein M. geht von der irrigen Ansicht aus, daß hier eine Störung des Tabularbesitzes vorliege (S. 107), während er doch selbst im Principe richtig auseinandersetzt, daß eine Störung, d. i. Veränderung eines faktischen Zustandes nur beim physischen Besitze vorkommen kann. Bleibt doch der Tabularbesitzer vor wie nach ungeändert.

15a) Das Faktum der Intabulation läßt sich nicht im Sinne des §. 339. stören. Denn daß die Pränotation oder Streitannmerkung eine Störung sei, wird wohl Niemand ernstlich behaupten. Siehe auch M i n a s i e w i c z, S. 109, der diese Meinung ernstlich zu widerlegen bemüht ist. Auch das Hofdekr. v. 5. Dezember 1812, Z. 1017, womit für Galizien und die a. G. v. 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 erstereß 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 Produzirung des Contractes genügt? Was soll dann der Beweis des faktischen Besitzes?

Besitzer kann sowohl die Zurückversetzung in die vorige Lage, als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden.“

Allein gibt es einen unechten bürgerlichen Besitz, — eine Tabularbesitzentsetzung *vi, clam, precario*? Offenbar nicht! Denn wie wäre es auch möglich, sich mit Gewalt, oder durch Vertrauensmißbrauch, durch List oder Bitte¹⁶ in den bürgerlichen Besitz zu setzen?

Hiernach widerlegt schon die aufmerksame Zergliederung des Wortlautes des Gesetzbuches die Annahme, daß der Tabularbesitz den 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 (Rechtmäßigkeit, Redlichkeit, Echtheit) knüpft.¹⁷

Zunächst hat das Recht der Selbstvertheidigung („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.¹⁸

16) Die entgegengesetzte Meinung hat unbegreiflicher Weise Dr d a c k i, Wag. Zeitschr. 1830. II. S. 129—131 (dessen Ausführungen überhaupt monstros Unrichtigkeiten enthalten). Zwar erkennt Dr d a c k i selbst S. 134 an: daß sich die Möglichkeit der Unechtheit 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 eindränge, einschleiche oder einbettle.“ Gegen diese Auffassung erklärt sich schon M i n a s i e w i c z, S. 97—100, der nur irrig behauptet, daß die auf Grund eines Falsifikates erfolgte Intabulation eine listige Tabularbesitzerwerbung sei, — irrig, da ja der Erwerbsakt: „die Intabulation,“ bei der Publizität der öffentlichen Bücher nicht *clam* geschehen kann. Vergl. über diesen Begriff S a v i g n y, Besitz, §. 41. Die Kommentatoren scheinen durchwegs nur den physischen Besitz vor Augen zu haben, wenn sie von der Echtheit des Besitzes sprechen. Die Ansicht Dr d a c k i's hat noch Keiner ausgesprochen. Vgl. dagegen auch die Entsch. N. 883. in Unger-Gläser S. II.

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. U. und S a v i g n y, §. 3.

18) Daran hat auch wohl nie ein österr. Schriftsteller gezeifelt; sie Alle beziehen unverkennbar den §. 344. auf den Naturalbesitzer M i n a s i e w i c z, II. S. 76 richtig auf den Inhaber; ausdrücklich spricht dies aus M i n a s i e w i c z, §. 17. S e l m a. a. D. S. 373. —

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.¹⁹ 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;²⁰ 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. Vergl. Hofdekret v. 29. August 1818. Z. 1488. §. 4. (S. §. 6. d. U.)

Auch die §§. 329—330., welche von den Rechten des redlichen Besitzers sprechen, lassen nach ihrem Wortlaute und der Natur der Sache die Anwendung auf den Tabularbesitz nicht zu.²¹ 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, darzuthun hat, die Echtheit des Besitzes 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.²²

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

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 Eigenthums keine Rede mehr sein? M i n a s i e w i c z, I. B. S. 106. S e l m, a. D. S. 371 finden die §§. 323. u. 324. auf den Tabular- und Naturalbesitz anwendbar, und Letzterer gibt im Kollisionsfalle dem Ersteren den Vorzug.

21) Daß die angeblichen Rechte des redlichen Besitzers gar keine Rechte sind, sondern unrichtige theoretische Abstraktionen aus den allgemeinen Regeln über die Bedingungen der Schadenersatzforderungen (§. 1295. d. G. B.), hat schon S t u b e n r a u c h, I. S. 657, richtiger erkannt. Vergl. Unger, I. S. 222.

22) Vgl. auch §. 374.: „Saben Geklagte und Kläger einen gleichen Titel ihres A n d a, Besitz u. österr. Recht.“

So hat denn die vorstehende Erörterung ergeben, daß der Begriff und das rechtliche Wesen des sogenannten Tabularbesitzes von jenem des physischen Besitzes gänzlich verschieden, daß der Tabularbesitz die Rechtswirkungen des bloßen physischen Besitzes nicht theilt, daß derselbe im Grunde gar kein Besitz, sondern der davon ganz unabhängige, allerdings auch faktische Zustand des Erscheinens eines Rechtsverhältnisses in den öffentlichen Büchern ist.²³ Dieser faktische Zustand wird nun dadurch zu einer juristisch bedeutungsvollen Thatsache, daß das Gesetz an denselben besondere Rechtsfolgen knüpft.²⁴ Die Eintragung in die öffentlichen Bücher

echten Besitzes, so gebührt dem Beklagten kraft des Besitzes der Vorzug.²⁵ Spricht sich hier nicht die gemeinrechtliche prozessuale Regel aus: *In pari melior conditio possidentis?* (Vgl. auch §. 161. I. 7. Land-R.) *Drdačič*, *Zeitschr.* 1830. S. 131 räumt die *actio Publ.* nur dem Tabularbesitzer, *Helm*, a. D. S. 375 und *Pawłowicz*, IX. S. 308, räumen sie diesem und dem Naturalbesitzer ein. *Minasiewicz*, S. 114, glaubt, daß der Tabularbesitzer die *actio Publ.* nur wieder gegen den Naturalbesitzer anstellen könne (ein nach u. N. undenkbarer Fall); gegen den Naturalbesitzer habe er die possessoriische 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.

23) Prinzipiell erkennt dies an *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 Tabularbesitzes (§§. 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. Es scheint mir, daß man bei einem streng juristischen und konsequenten Vorgehen zu keinem andern Resultate gelangen kann. Die Ähnlichkeit zwischen Tabular- und Naturalbesitz besteht im Grunde nur darin, daß beide zunächst nur faktische Verhältnisse sind, welche aber wegen der vom Gesetze daran geknüpften Rechtswirkungen zu juristischen Begriffen werden. — Unhaltbar ist die Ansicht *Unger's* (zum §. Entwurf S. 102), daß bei intabulirten Rechten der Besitz fingirt werde. Vgl. nun auch *Hoffmann*, öfterr. Viertelj. XIII. S. 14, Note 28.

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 erschöpfend 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 fg., und *Handbuch*, I. S. 367 fg. Den Tabularbesitz freilich kennt *Wächter* zu wenig als das würtemb. Privatrecht. Ebenso fremd sind die vielen Mißverständnisse, zu denen der sog. Tabularbesitz bei uns Veranlassung gab, dem sächs., preuß. u. bairisch. Rechte. Vgl. *z. B. Koch*, S. 54, welcher anführt, daß die preuß. Praxis den eingetragenen Besitzer bisweilen Civilbesitzer nenne und hierzu bemerkt: „diese Begriffe haben mit dem Besitze nichts zu schaffen. Der hier gemeinte Civilbesitzer hat gar keinen Besitz.“

hat nämlich rücksichtlich der dinglichen Rechte auf unbewegliche Güter die Wirkungen der Tradition der Sache bei beweglichen Sachen (§§. 431—439. 445. 446. 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 (§§. 928. u. 1398. d. G. B.), dagegen aber auch der Stand des öffentlichen Buches demjenigen, der im Vertrauen darauf handelt, nicht zum Nachtheile gereichen kann (§§. 469. 526. 1443. 1446. u. 1500. des N. b. G. B.);²⁵ — sie hat die Wirkung, daß obligatorische Rechte durch die Einverleibung den Charakter der Absolutheit erlangen, so in den Fällen der §§. 1070. 1073. 1079. 1095. 1021. 1022. 1236. 1252. (ein juristisches *Curiosum*²⁶) und 1256. N. b. G. B., wobei man nur den Irrthum fernhalten muß, als ob die obligatorischen Rechte dadurch zu dinglichen würden;²⁷ endlich gibt die bürgerliche Eintragung unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit der Sicherung des eingetragenen Rechtes gegen allen Widerspruch — also die Möglichkeit der sogenannten Tabularererbung (§§. 1467. 1468. 1469. 1498. N. b. G. B.).²⁸ 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 §§. 321. 322. 358. u. 350. enthaltenen Normen: „daß der recht-

25) Ein Grundsatz, dessen weitgreifende rechtliche Bedeutung leider bisher ohne eingehende Erörterung blieb. Vergl. *Arnold's*, *Krit. Ueberschau*, I. S. 95.

26) Ein *Curiosum*, weil die Verbücherung des Erbvertrages gar keine Rechtsfolgen nach sich zieht, daher ganz gleichgiltig ist. Vergl. *Stubenrauch*, III. S. 453, wo auch die abweichenden Ansichten Uelterer angeführt sind.

27) Vergl. *Unger*, I. S. 518 u. 549, gegen die öfterr. Kommentatoren, welche von der irrigen (in sich widersprechenden) Ansicht ausgehen, daß die obligatorischen Rechte durch die Einverleibung dinglich werden. — Uebrigens können nicht bloß die im Texte berührten obligatorischen Rechte behufs der Erwerbung des Charakters der Absolutheit intabulirt werden, sondern alle obligatorischen Rechte, welche dieses Charakters fähig sind, da Nichts darauf hindeutet, daß die im Texte angeführten Fälle als Ausnahmen zu betrachten seien.

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

mäßige 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 Besizrecht ausschließlich demjenigen zustehet, welcher als Besitzer derselben eingetragen ist,“ zu erwägen.

Es sind dies Normen, welche mit der hier verteidigten Auffassung, daß nur der physische Besitz an unbeweglichen Sachen und den denselben in der rechtlichen Behandlung gleichgestellten Rechten den dem Besitze überhaupt zukommenden Rechtsschutz und alle Rechtswirkungen desselben genieße, in offenem Widerspruche zu stehen scheinen. — Nach der hier gegebenen Auffassung des Tabularbesitzes besteht 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 Besizrecht,“ zukommen, — Bestimmungen, die bei der Einfachheit des Verhältnisses gut hätten entbehrt werden können, und durch ihre Aufnahme die unschuldige Veranlassung wahrhaft monströser Mißverständnisse waren.

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.²⁹

29) Die Erörterung der diesfälligen Kontroversen (vgl. Helm, a. a. D. S. 372 bis 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 Rechtsrunde: das ist mit dem Stadtbuche oder durch andere Rechtsordnung versichert, zu dem Besitze eines Grundes kommt und dieselben 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. U. b. G. B. Die L. D. und Stadtbücher konnten, soweit es sich um die Tabularerfizung handelt, mit Recht sagen: Nur der Eingetragene besizt *justo titulo*, da sie eine Erfizung contra

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. U. b. G. B. Vielmehr geht das Gesetzbuch nur von der als Regel richtigen Voraussetzung aus, daß die Eintragung nicht anders als auf Grund eines vorhandenen Titels bewilliget werden kann; daher der Besitz regelmäßig ein rechtmäßiger sein wird.³⁰ 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 Erfizung neben jenen über den (physischen) Besitz hingestellt sind, erklärt sich einerseits aus dem althergebrachten Sprachgebrauche der älteren Legislation,³¹ andererseits bleibt es ein theoretischer, im Principe verfehlter Versuch der Kompilatoren, durch Generalisirung des Begriffes „Besitz“ die rechtlichen Wirkungen der bürgerlichen Eintragung in Ansehung der sog. bürgerlichen Erfizung zu erklären und in der beliebten Generalisirungsweise die gleiche Behandlung der physischen und bürgerlichen Erfizung zu ermöglichen.³²

tabulas nicht zulassen; — nicht so aber das U. b. G. B. — Wir können daher den Vorwurf Unger's (Zum sächs. Entw. S. 111): daß sich das G. B. 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.) entfällt er.

30) Vergl. Rippel, III. S. 84. Winiwarter, II. S. 51. Unger, Entw. S. 113, Note. In den Materialien, VII. S. 152, deutete Winiwarter das Wort: „rechtmäßig“ im Sinne „gesetzmäßig,“ — Minastewicz, 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. —

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

32) Ueber das rechtliche Wesen der sogenannten bürgerlichen Erfizung, die nichts anderes ist, als die in römische Formen zugeschnittene deutschrechtliche Verschweigung, vgl. besonders Unger, II. S. 284. — Wie unklar übrigens den Kompilatoren Wesen und Verhältniß des sogenannten Tabularbesitzes vorgeschwebt haben mochte, zeigen am besten die widersprechenden Bemerkungen Zeiller's, II. zu §. 321. u. 322., insbesondere S. 56, 57 u. VI. zu §§. 1460, 1468, 1498, insbesondere S. 215. — Bemerkenswerth ist übrigens, daß die böhm. Stadtrechte und Landesordnungen den Naturalbesitz *ad usucapionem* nicht anerkennen. Vergl.

§. 6. Die Rechtswirkungen des Besizes.

Das Gesetz verbindet mit der Thatsache des Besizes gewisse rechtliche Folgen — die s. g. Rechte des Besizes. Den Inbegriff derselben nennt der juristische Sprachgebrauch: Das Recht des Besizes — *jus possessionis*.¹ Um dieser rechtlichen Folgen willen ist der Besitz Glied des Rechtes geworden, und hat als integrierender Bestandtheil desselben Platz und Stelle im Rechtssysteme erlangt.² Die Rechtswirkungen des Besizes, deren die ältere gemeine Literatur³

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“ und *Declar. L. 1. 7.* „Keine Verjährung findet Statt: 7. an Landgütern, die Jener, der die Verjährung anspricht, in die Landtafel nicht einlegt.“ — Hier zeigt sich der Charakter der deutschrechtlichen Verschweigung noch unverkümmerter ausgeprägt, als im A. b. G. B.

1) Vgl. *Savigny: Recht des Besizes*, §. 3—5. *Puchta, Rechtsl. II. S. 43. 44.* *System*, §. 132. *Kierulff, S. 400.* *Pachmann, Verjährung*, §. 27. *Winiwarter, II. S. 69.* *Rippel, III. Erläut. S. 80.* *Stubenrauch, I. S. 649.* *Unger, System, I. S. 508.* *Jus possessionis* wird auch in anderem Sinne genommen, nämlich als Inbegriff der rechtlichen Normen über den Besitz, vgl. *Brinz, I. S. 27. 29.*

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

3) Als mit dem Besitze verbundene Vortheile (*beatitudines, commoda, jura possessionis*, „Rechte des Besizes“) wurde von vielen älteren Rechtslehrern des gemeinen Rechtes bald eine größere bald eine geringere Zahl, als die im Texte im Verlaufe dieser Abhandlung angeführten Rechtsfolgen dargestellt. Man brachte die Zahl dieser *beatitudines* bis auf 72! Vgl. *dag. Savigny*, §. 3., dem die Späteren mit wenigen Modifikationen folgen. Während nämlich *Savigny* als Rechtswirkungen des Besizes *Interdiktionsschutz* und *Usurpation* anführt, stellen die Meisten (*Puchta*, §. 132. *Böding*, §. 123. *Note 42. 43.* *Windscheid*, §. 148. *Note 3.* *Brinz*, §. 26.) nur den ersteren als reine Rechtsfolge des Besizes hin. Noch weiter geht *Kierulff*, S. 400, und *Sintenis*, §. 42. *Note 14. 15.*, welche selbst den *Interdiktionsschutz* nicht als juristische Wirkung des Besizes gelten lassen wollen, da letzterer eine dem Besizer angethane Gewalt (Delikt) voraussetze. Allein die beiden Letzgenannten übersehen, daß nur der Besizer (nicht z. B. der Detentor) den gerichtlichen Schutz gegen Vergewaltigung (im weitesten Sinne) genießt und daß letztere nur eine Voraussetzung der Nativität der Klage (des konkreten Klagerrechtes) ist, vgl. auch *Windscheid*, §. 148. *N. 3.* — Gegen *Savigny* versucht die ältere Theorie, die sich theilweise auch noch bei *Solzkyher* (*Runze*), II. §. 86., findet, zu stützen. *Hedemann*, S. 103. — Die ältere Theorie, wie sie sich am Schlusse des vorigen Jahrhunderts vorfand (vgl. *Höpfer, Komm.*, §. 283.),

und die österreichischen Commentare viele anführen,^{3a} lassen sich auf folgende zurückführen:

1. Der Besitz genießt gerichtlichen Schutz (*Interdiktionsschutz*). Da der Besitz ein bloßes Factum ist, hiemit der allgemeine Rechtsschutz auf denselben nicht anwendbar ist, so kann ein richtiger Schutz desselben gegen Störung und Entziehung nur dort und insofern statthaben, wo und inwiefern ihn das Gesetz ausdrücklich normirt. Einen solchen Schutz gewährt das A. b. G. B. dem Besizer in den §§. 339. 345—348. jedoch nur gegen gewisse Arten der Verletzung. Indem hier bloß das thatsächliche Verhältniß der Person zur Sache geschügt wird, es daher auf das Dasein eines Rechtes gar nicht ankommt, erscheint dieser Schutz als eine reine Folge des Besizes.⁴

hat im preuß. Landr. und theilweise auch im A. b. G. B. Ausnahme gefunden. Ueber das erstere vgl. *Koch*, §. 5., u. *Vornemann*, I. S. 522 flg. — Das sächs. G. B. hat die ältere Theorie ganz fallen gelassen; auch dem französischen Rechte ist sie fremd. Vgl. *Plank*, §. 7. *N. 43.*

3a) Unsere Commentatoren sind über den älteren Standpunkt der gemeinrechtlichen Theorie nicht herausgekommen, wenn sie auch zum Theil in einzelnen Punkten das Schiefe derselben nicht übersehen. Dasselbe gilt von *Vornemann*, I. §§. 91—98. *Pachmann*, §. 27. *N. 3.* nimmt zwar einen Anlauf, mit derselben abzurechnen, allein nur, um dieselbe sofort wieder aufzunehmen. W. macht bei dieser Gelegenheit die dunkle Bemerkung: Uebrigens sind die Vortheile, die dem Besizer zustehen, von so heterogener Natur, daß es unter allen Wissenschaften wohl nur die Juristik (?) ist, die ein so verschiedenartiges Vieles mit einem Namen bezeichnet.“ Vgl. schon *Zeiller*, II. S. 85, und besonders *Winiwarter*, II. S. 69, der die Besitzrechte unterscheidet: 1) in allgemeine, welche schlechterdings jedem Besizer zustehen, und 2) in besondere, welche nur den Besizern gewisser Art zukommen, z. B. dem redlichen. Zu den ersteren rechnet er: 1) der Besizer kann zur Angabe des Titels nicht aufgefordert werden, §. 323.; 2) im Zweifel gebührt dem Besizer der Vorzug (§. 324.); 3) Niemand darf den Besitz eigenmächtig föhren, (§. 339.); 4) er kann sich eigenmächtig im Besitze schügen (§. 344). Ihm folgt *Rippel*, III. S. 88 fl. 93. 132. *Ellinger*, S. 133, und *Stubenrauch*, I. S. 677, 1.

4) Daher kommt es auch bei diesem Schutze auf die Qualität des Besizes durchaus nicht an. Vgl. m. *Aussag* in der *Gerichtszeitung* 1863. *N. 64. 65.* Ohne Grund bestreitet *Sintenis*, *Civilt.*, §. 42. *N. 15.*, daß die *Interdikte* eine absolute Wirkung des Besizes seien, weil nur der fehlerfreie Besitz geschügt werde. — Das richtige Verhältniß ist offenbar dies: jeder wie immer geartete Besitz genießt den *Interdiktionsschutz*, nur ausnahmsweise wird dieser gegenüber Demjenigen verweigert, von dem injuste besessen wird. — Nach preuß. u. sächsischem Rechte, welche auch dem Inhaber im Allgemeinen denselben Schutz gewähren, wie dem Besizer (§. 145. I. 7. Landr. u. §. 208. sächs. G. B., letzteres nur bei eigenem Interesse des Inhabers), ist der gerichtliche Schutz keine dem Besitze ausschließliche zukommende Wirkung.

Der Grund des Besitzschutzes liegt in dem Principe, 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.⁵

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

Die Möglichkeit, thatsächlich über die Sache und ihre Früchte zu verfügen, ist zwar auch ein Vortheil des Besitzes, — 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 sogenannte Recht des Besitzers, wenn richterliche Hilfe zu spät käme, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, um sich im Besitze zu erhalten (§. 344. A. b. G. B.).⁷ Dieses angebliche Recht ist kein civilrechtlicher Schutz desselben. Es normirt nämlich der §. 344. im Grunde nur die Straflosigkeit 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 Straf-

5) Buchta, §. 122. Bruns, §. 58., Unger, Sächs. Entw., S. 104; in mancher Beziehung anderer Ansicht ist Savigny, §. 2. Vgl. hierüber §. 8. d. B.

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 Sache in seiner Macht habe (§. 369. A. b. G. B.). Da nun eben nur der Nichtbesitzer die Vindictationsklage 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 Erhebung der Rei Vindicatio niemals provocirt werden könne. — 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. und 325. seinen Grund.

7) So Zeiller, II. S. 85. Rippel, III. S. 131. Winivarter, II. S. 69. Stubenrauch, I. S. 677; freilich gestehen Winivarter, §. 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 versagt werden kann (S. 79).

recht erklärt im §. 2. lit. g die Nothwehr als straflos.⁸ 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 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 folglich gar nicht in das Civilrecht.⁹

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. R. N., §. 178. sächs. G. B., ohne Rücksicht auf ein dem Angegriffenen zustehendes Recht. Das Selbstvertheidigungsrecht kommt daher nicht bloß dem Eigenthümer und Besitzer, sondern auch dem Inhaber zu. Vgl. Savigny, §. 3. S. 17. Kierulff, S. 400. Buchta, R. Ver. S. 43. Unger, II. S. 344. Note 20. Wessely, Nothstand S. 75. Koch, S. 63. — Der Begriff der Selbstvertheidigung wird sachgemäß ausgedehnt auf die unmittlere Wiedererlangung (in continenti) des eben Abgenommenen, da hier Angriff und Vertheidigung als Ein Akt erscheinen. Savigny, S. 520. Albert, interd. uti p. §. 16. Unger, a. D. R. 20 a., §. 181. sächs. G. B. L. 1. §. 28. D. unde vi u. §. 188. lit. a. Straf.-G. B. — Es ist bemerkenswerth, daß, während das ältere deutsche Recht die Selbsthilfe weit über die Grenzen der Nothwehr hinaus gestattete, das altböhm. Recht selbst das Nothwehrrecht als fraglich behandelt. Vgl. Bschred. Hanka's Ausg. S. 138. — Von dem Rechte der Selbstvertheidigung ist wohl zu unterscheiden das Recht der Selbsthilfe (Nothstand), 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. u. §. 8. a. G. d. N. — Das sächs. G. B. spricht richtig von der Selbsthilfe und Selbstvertheidigung im allgemeinen Theile. (VIII. T.)

9) Vgl. Koch, S. 63. — 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 Mafsen bloß ein thatsächliches Verhältniß (kein Recht) ist, auch der Angriff desselben nicht als ein rechtswidriger erscheinen, der §. 2. lit. g. also auf die Ver-

Es entsteht aber hiebei die Frage, ob denn 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 in der Ausübung seines Besizes auf fremdem Grunde sich bereits befinde oder nicht. Im ersteren Falle (der sog. aktuellen Ausübung des Rechtes) ist Nothwehr statthaft, denn hier wird Gewalt geübt zur Abwendung eines Angriffes auf das Vermögen; — im letzteren Falle aber, wo der Besitzer erst im 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.^{9a} 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. A. 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

theidigung des bloßen Besizes keine Anwendung habe; hiermit auch die Bestimmung des §. 344. kein Ausfluß des Rechtes der Nothwehr sei, sondern ein wirkliches Recht des Besizers 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. cit. nicht etwa bloß auf die Verletzung eines Privatrechtes zu beschränken, sondern ist vielmehr derselbe auf das Strafrecht zu beziehen, in der Art, daß die nöthige Vertheidigung gegen jeden strafrechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen als Nothwehr erscheint. Strafbare 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.

^{9a} Vgl. insbesondere Wessely, a. D. S. 60. — Anderer 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.

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.¹⁰ Allein daß die Aufstellung einer solchen Vermuthung nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen sein konnte, geht schon daraus hervor, daß unter Voraussetzung 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.^{10a} Denn aus dieser Präsumtion würde folgen, daß der Kläger, wenn er im Besitze

10) Die österr. Kommentatoren erblicken in dem cit. §. eine wahre Vermuthung und folgern dieselbe aus dem angeborenen Rechte auf Unbescholtenheit. Vgl. Zeiller, II. S. 59. Kremer, Versuch über Vermuthungen, §. 48. Rippel, III. S. 89. Winiwarter, II. S. 69. 70. Stubenrauch, I. S. 649. Rippel will den philosophischen (?) Grund dieser Präsumtion darin finden, daß aus der Thatsache der äußeren Erscheinung auf die Existenz des Rechtes zurückgeschlossen werden müsse, bis das Gegentheil dargethan ist. — Wie ganz vergriffen diese Motivierung ist, geht aus der einfachen Erwägung hervor, daß der Besitz ohne Rücksicht auf ein gleichzeitig vorhandenes Recht, sondern bloß um seiner selbstwillen selbst gegen den zum Besitze Berechtigten geschützt wird.

10a) Die angebliche Vermuthung des §. 923. ist eine Hauptstütze der stark verbreiteten Ansicht (vgl. Nagel, Ger. Z. 1861. N. 136. Zeiller, II. S. 366. Stubenrauch, II. S. 223., Entsch. des oberst. G. S. N. 43. G. Halle 1861, dann N. 14. u. 208. in Unger-Claser'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 hiebei, daß diese Ansicht konsequent dahin führt, daß auch der die Rei Vind. anstellende Eigentümer nebst seinem Eigenthumsrechte den Beweis führen müßte, daß der geklagte Besitzer der Sache kein Eigenthumsrecht auf diese habe. — Hat er doch die Vermuthung eines giltigen Titels für sich! Daß der §. 323. eine solche Vermuthung nicht enthalten könne, hat auch der oberste G. S. in der Entsch. v. 29. Juni 1864, 11. November 1857, 24. Dezember 1857 (sämmtlich in N. 59. Ger. Zeit. 1859), in der Entsch. v. 24. Jänner 1860, N. 71. Ger. Z. 1860 mit speziellem Bezuge auf die Negatoria ausdrücklich anerkannt. Wir citiren hier nachstehende Bemerkung aus einem Urtheile der ehem. obersten Justizstelle in Verona vom 10. Mai 1845 (Ger. Zeit. N. 59. J. 1859), als Beleg, wie ein gesunder Takt gegen jene angebliche Vermuthung sich sträubt: „So wie diese Meinung (nämlich von der angebl. Präsumtion) in der praktischen Jurisprudenz zur Geltung kommt, ist die Eigenthums- und Negatorienklage unmöglich, das Institut der Acquisitivverjährung unnütz und der Besitz, 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 Vorchrift der §§. 323. u. 324. ableiten, um so weniger, als durch diese Auslegung die Anordnungen des A. b. G. B. in Widerspruch mit sich selbst gesetzt würden.“

der Sache ist, auch im petitorischen Prozesse den sonst erforderlichen Beweis des Erwerbsgrundes (Titels) eines Rechtes nicht zu liefern habe, daher, wenn es sich um dingliche Rechte auf die Sache handelt, nicht Titel und Erwerbungsart, sondern lediglich die letztere (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. dgl. (§. 480. A. b. G. B.). Es würde aus jener Präsumtion weiter folgen, daß der im Besitze befindliche Kläger dort, wo zum Erwerbe des Rechtes der sogenannte Titel allein hinreicht, wie bei obligatorischen Rechten, z. B. bei Reallasten, sich bloß auf seinen Besitz zu berufen brauchte, da ja das Vorhandensein des Titels nach §. 323. ohnedies vermuthet werde.¹¹ Schon diese Konsequenz läßt auf die Unrichtigkeit der ihr zu Grunde liegenden Hypothese zurückschließen.

Die völlige Haltlosigkeit einer solchen Annahme ergibt sich aus positiven Bestimmungen des Gesetzbuches selbst. So verordnet der §. 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^{11b}; nach

11) Z. B. wer das Recht auf eine Realleistung, z. B. den Zehnten einklagte, hätte hiernach bloß die einmalige faktische Ausübung desselben zu beweisen. Er ist ja im Besitze, hat als Besitzer die Vermuthung des Titels für sich! Diese Ansicht wurde auch in der That zur Geltung gebracht, in etwa ein Duzend Prozessen des P. . . er K. Dresden, gegen mehre Karolinenthaler Insassen, in welchen der Kläger sich nur auf seinen Besitz 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 N. 10. a) citirte Entsch. des Veroneser Senats vor Augen halten. — Selbst Winivarter, V. §. 191. Note ad 4. zieht die gerügte irrige Konsequenz, wenn auch nur heiläufig: „Hätte also Jemand durch 31 Jahre eine Leibrente bezogen, so braucht er zwar nicht den Leibrentenvertrag zu erweisen, weil er im Besitze des Rechtes ist.“

11b) Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß ja der Kläger vorausgesetzter Maßen den Besitz eben nicht hat, da er ihn mit der actio Publ. erst wieder erlangen will. Denn da an den Besitz 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?¹²

Anm. 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 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 gerade entgegengesetzt, der Beklagte habe immer das Vorhandensein desselben zu beweisen; eine dritte vermittelnde Meinung unterscheidet, ob der Beklagte im Besitze des Rechtes sei oder nicht; sei er im Besitze, so 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 aber dies nicht der Fall, so sei die zweite Meinung die richtige. Die erste Ansicht, die sich bloß auf das Wort „Annahmung“ im §. 523. stützt, ist schon oft widerlegt. Die Haltlosigkeit der Unterscheidung und Begründung der dritten kann nach dem Bargesagten keinem Zweifel unterliegen. So erübrigt denn nur die

12) Vgl. Unger, II. S. 591, N. 38, Berger, Krit. Beitr. S. 91. Die angebliche Vermuthung des §. 323. ist der Ausfluß der älteren Doctrin, welche die Beweislast in ganz verkehrter Weise durch Vermuthungen zu regeln versuchte, und in undegreiflicher 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 statt Aller die gelungenen Ausführungen Unger's, II. S. 577—601, und von älteren: Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 63—65, und Pratobera, Materialien, II. S. 54 ff. — 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.

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.^{12a}

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.^{13 13a} Vgl. auch §. 325. A. b. G. B.

Sollte nach dem Gesagten noch ein Zweifel über den Sinn des

12^a) Vgl. Note 10^a). Dies bestimmt ausdrücklich das preuß. L. R. §. 181. I. 7. in der Form einer stärkeren Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums (vgl. Koch, S. 96) und das sächf. Gesetzb. §. 323.; dies ist auch nach gemeinem R. die herrschende Meinung, vgl. Arndts, §. 169. Note 4., dagegen neuerlich Brinz, I. S. 238.

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 Verkenntung des Wesens des Aufforderungsprozesses. Vgl. dagegen schon Kippel, III. S. 89 und 94, den ein gesunder praktischer Sinn vor irrigen Schlussfolgerungen aus der (von ihm übrigens theoretisch anerkannten) angeblichen Vermuthung des §. 323. fernhielt.

13^a) 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 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, dieser enthält in der That eine illusorische Bestimmung; denn er befreit nicht im Prozesse vom Beweise des behaupteten Rechtes, vgl. §. 181. 182. I. 7. u. §. 34. I. 15. Unbefriedigend ist die Ausführung Koch's, S. 95, u. Bornemann's, I. §. 91. — Das französ. und sächfische G. B. wissen von so einer Vermuthung nichts.

§. 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 giltigen 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.

Ist es nun auch gewiß, daß der §. 323. eine gesetzliche Vermuthung eines giltigen 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 Allgemeingiltigkeit 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. Hiezu ist es nöthig, das Wesen des Aufforderungsprozesses im Kurzen zu berühren. Unsere Civil-Prozess-Ordnungen (§. 66. der allg. u. galiz., und §. 598. der siebenb.-ungar. C. B. D.) enthalten die Bestimmung: „daß, wenn sich Jemand gerüht habe, daß ihm wider „einen Dritten ein Recht gebühre, diesem freistehe, ihn gerichtlich zu „belangen und zu bitten, daß ersterem, sein Recht auszuführen auf- „getragen, in Ermangelung dessen aber das ewige Stillschweigen auf- „getragen werde.“

Hieraus folgt nun, daß nur derjenige mit der Aufforderungsklage Jemanden belangen könne, gegen den sich dieser eines Rechtes gerüht 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.¹⁴

14) Vgl. Franke, Civ. Archiv XVIII. S. 227, Martin, Lehrbuch des Proz. §. 225. „Nur der künftig rechte Beklagte kann provociren“, Bayer, Summ. B. §. 53., Schuster, Comment. zur siebenb.-ung. C. B. D. S. 922, 6. Ann. Denn da der mit der Provokationsklage Belangte zur Anstellung einer Klage gegen

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.¹⁵

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 (§§. 396. u. 375. d. G. B.), daß also (a contrario) der Inhaber einer Sache niemals zur Erhebung der Eigenthumsklage aufgefordert werden kann, weil eben die Inhabung der Sache zum Fundament der Provokationsklage, zur Erhebung der *Rei Vindicatio* gehört.¹⁶ Es kann daher aus eben diesem Grunde der Sachbe-

den Provokanten verurtheilt werden soll, eine Verurtheilung zu einem Thun aber die rechtliche Möglichkeit dieses Thuns zur Voraussetzung hat, so muß der Aufgeforderter auch die aufgeforderter Klage gegen den Aufforderer rechtlich anstellen können. Ist diese rechtliche Möglichkeit für ihn nicht vorhanden, so kann er vom Provokanten mit der Aufforderungsklage überhaupt nicht belangt werden. Daher: Nur der im aufgeforderter Prozesse rechte Kläger kann provocirt werden und nur der in eben diesem (aufgeforderter) Prozesse rechte Beklagte kann provociren.

15) Muther, Jahrb. f. gem. deutsches Recht, II. F. 1858, welcher die Diffamationsklage als eine *actio poenalis* und die ihr zu Grunde liegende Obligation als *obligatio ex delicto* auffaßt (§. 19. d. M.) 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 Verühen mit einem bedingten oder betagten Rechte aus dem Grunde keine Diffamation sei, weil dasselbe angeblich keinen Angriff auf die ökonom. Ehre enthalte (?).

16) Es ist hiemit nicht der Besiz, sondern schon die bloße Innehabung, welche gegen die Aufforderungsklage zur *Rei Vindicatio* schützt (§. 369. G. B.), und ist daher auch in dieser Beziehung der §. 323. nicht genau gefaßt. 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. Ellinger, I. Hdb. S. 150.

figer — als Inhaber mit dem Eigenthumswillen §. 309. d. G. B. — mit der Aufforderungsklage zum Erweise seines Eigenthumsmittels nicht aufgefordert werden.

Dies ist der wahre juristische Grund der Bestimmung des §. 323. d. G. B., betreffend die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage gegen den Besizer.^{17 17a}

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 Verühmung des Sachbesizers mit dem Eigenthumsrechte.

Bezüglich der Verühmung 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.

Indeß trotz der Irrigkeit des im §. 323. angeführten Grundes kann an der Anwendbarkeit der Norm dieses §., daß der Besizer nicht mit der Aufforderungsklage belangt werden könne, auch auf den Rechtsbesizer kein Zweifel bestehen. Denn das Gesetz ist in ganz allgemeiner Fassung hingestellt, und aus der bloßen Unrichtigkeit der Begründung kann kein Grund der Aufsechtung seiner Geltung hergenommen werden. Es ist also nach österreichischem Rechte ein wirk-

17) Die irrige Motivirung des §. 323. d. G. B. enthält auch noch §. 599. der sieb.-ung. G. B. D. Uebrigens geht schon aus dem Wortlaute des §. 66. a. G. D. (§. 598. sieb.-ung. G. B. 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 Verühmung des Eigenthumsrechtes einer Sache kann sich aber offenbar Niemand Anderer, als nur der Inhaber betroffen fühlen. — Wie so aber Schuster, a. a. O., S. 921, Nr. 4. behaupten kann, „dingliche Rechte sind auch Gegenstand der Verühmung, denn sie sind, insofern der angeblich Berechtigte nicht den Besiz derselben hat, gleichfalls nur Forderungsrechte“ — ist unbegreiflich.

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

licher Vortheil des Rechtsbesizers, daß er mit der Aufforderungsklage zur Angabe des Titels des faktisch geübten Rechtes nicht aufgefordert werden darf.¹⁸ 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 gehalten werden.

Es dürfte hier am Plage 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 cit. §. nur den Naturalbesitz vor Augen hat. Der Grund liegt vielmehr darin, daß auf die Verühmung eines Rechtes, das für den Verühmer bürgerlich vorgeschrieben ist, der Begriff der Diffamation gar nicht paßt.¹⁹ Ein positiver Grund für die Verneinung der Frage liegt darin, daß derjenige, der die Giltigkeit

18) Anders nach gemeinem Rechte (vgl. Franke, Bayer und Martin a. a. D.). N. N. ist Muther, §. 27., und Weßell, Syst. S. 90. Die Praxis des gemeinen Rechtes läßt nämlich die Provocationsklage, abgleich der R. Absch. v. 1532, Art. 3. §. 2. und die Kam. O. v. 1555, II. 25. zunächst nur denjenigen zu provoziren gestatten, der in friedbrüchigen, oder in dergl. Sachen unverschämmt hat, also uns eines Friedensbruches, oder eines andern Delikts beschuldigte, doch ganz allgemein gegen Jedermann zu, der sich eines Rechtes gegen uns berühmt, wenn auch darin kein Vorwurf eines begangenen Delikts liegt. Dieselbe ist nur da ausgeschlossen, wo die Klaganstellung nicht möglich ist, nicht aber (wie namentlich Weßell 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 stattfindende, wo wie z. B. bei Servituten der Eigenthümer den Verühmer 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 Provocationsprozesses. Denn 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. ff.

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

einer den öffentlichen Büchern einverleibten Urkunde bestreiten will, binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist die Klage auf Löschung derselben einbringen (Hofdekr. vom 29. August 1818, J. 1488, Abf. 4), hiemit als Kläger auftreten muß.²⁰ 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. Als weitere angeblich mit dem Besitze verbundene Vortheile werden angeführt:

3. Daß der Sachbesitzer mit der Aufforderungsklage nicht belangt werden könne (§. 323. u. 324. N. b. G. B.).²¹ Allein es wurde bereits im vorhergehenden Absätze gezeigt, daß auch ohne die Bestimmung dieses Paragraphen der Besitzer nie zur Erhebung der Rei Vindicatio provozirt werden könnte, weil nur er allein zur Anstellung der R. P. auffordern kann.

4. Der Vortheil, daß der Besitzer im Vindikationsprozesse auch dann, wenn von keiner Seite Etwas bewiesen wird, obsiegt. § 324. N. b. G. B. „Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug.“²² Allein dieser Vortheil ist eine Folge des allgemeinen prozessualischen Grundsatzes, daß der Beklagte gewinnt, wenn der Kläger nicht sein Recht beweist, welcher Grundsatz im Eigenthumsprozesse darum auffällig hervortritt, weil der mit der Rei Vindicatio belangte Beklagte immer die Sache in seiner Macht hat, was bei oberflächlicher Betrachtung

20) So verordnet schon das Landtafelpat. für Böhmen und Mähren vom 22. April 1794, §. 171 J. G. S. im §. 15. mit allerdings sonderbarer Begründung: „Die Wirkung der ... Intabulation ist, daß sie den Besitzstand befestigt und einen dermaßen 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.“

21) So alle österr. Commentare, Zeiller, II. S. 60, Rippel, III. S. 93. Winwarter, II. S. 70, Stubenrauch, I. §. 323. S. 651, Minasiewicz, Tabularbesitz, §. 16. Winwarter 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 jedes gesetzlichen Grundes entbehrenden 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.

22) So Winwarter, II. §. 38. und 39. u. f., doch vgl. §. 45. S. 77, wo dies als ein Vortheil auch des bloßen Inhabers dargestellt wird.

dazu verleitete, diesen Erfolg als einen mit dem Sachbesitze verbundenen Vortheil darzustellen. Ein Vortheil des Besizes ist dieser Erfolg schon darum nicht, weil derselbe auch bei dem bloßen Inhaber eintritt (§. 369.).²³ Dasselbe Verhältniß wiederholt sich beim Rechtsbesitze.

5. Das Retentionsrecht, sofern es nach österr. Rechte überhaupt statt hat (vgl. §. 471. N. b. G. B. 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 einer körperlichen Sache zu verweigern, zum Schutze einer Gegenforderung).²⁴

6. Der Eigenthümerwerb durch Occupation und Tradition. In beiden Fällen wird zwar mit der Besitzergreifung Eigenthum erworben (§. 381. u. 425. N. b. G. B.). Allein der Erwerb des Eigenthums ist keine Folge des Besizes 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.²⁵

23) L. 9. Cod. de rei vind. Savigny, §. 3. Hierulff, S. 400. Dagegen neuestens Fedemann, S. 103. 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.

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

25) Savigny, §. 3. Puchta, R. Lex., S. 44. Windscheid, §. 148. N. 8. Winiw., II. S. 43. Da bei der Zuweisung 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 Besizes 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. Nr. 12. Dagegen vgl. schon Winiwarter, II. S. 43. und Stubenrauch, I. S. 638.

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 Erziehung erfordert wird (Usucapionsbesitz). 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.²⁶

8. Die Erziehung.²⁷ Allein auch die Erziehung ist keine Folge 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.).²⁸ 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 Lozählung von jeder Verantwortung ist nicht der Besitz, sondern der Mangel des Verschuldens auf Seite des redlichen Besitzers; es mangelt der eventuellen Entschädigungsklage des Eigenthümers das rechtliche Fundament, das Verschulden des Beklagten (§. 1295.). Aber selbst das angebliche Recht des redlichen Besitzers auf die Früchte (§. 330.) und auf den Ersatz des Anschaffungswerthes der Sache, sofern im letzteren Falle dadurch dem Eigenthümer ein erweislicher Nutzen verschafft wurde (§. 333.), ist keine Folge des bloßen Besizes; sondern Vor-

26) Savigny, §. 3. 2). Koch, S. 102. Gut bemerkt Windscheid, §. 148. Nr. 7., daß die A. P. bloß redlichen Besitzerverwerb voraussetze.

27) So selbst Savigny, §. 2., der aber selbst indirekt die Richtigkeit der im Texte ausgesprochenen Ansicht dadurch bewährt, daß er in seiner Monographie von der Erziehung weiter nicht mehr handelt, und im §. 12. sogar ausdrücklich anführt: „Bei der Usucapion sei es nicht der Besitz allein, was sie möglich mache, sondern es müßten noch andere juristische Bestimmungen hinzukommen. Das einzige Recht des bloßen Besizes bestehe in den Interdikten“. Vgl. Puchta, Rechtslex., S. 44, Sentenz, §. 42. Nr. 15., Böcking, P., §. 123. S. 457; während neuerlich Zielonacki, S. 40, neben dem Interdiktenschutze auch die Usucapion und den Früchterwerb als Wirkungen des Besizes, freilich nur „als mittelbare“ anführt.

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

theile, die das Gesetz aus Billigkeitsgründen mit der Redlichkeit des Besitzers verbindet.²⁹

Hieraus geht nun hervor, daß als die einzigen mit dem Besitze als solchem verbundenen Rechtswirkungen: der Schutz gegen Störung und Entziehung, sodann (und zwar nur in Ansehung des Rechtsbesitzes) die Unzulässigkeit der Aufforderungsklage erscheinen.³⁰

§. 7. Der Besitz als alleiniger 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 (Besitzentziehung) bestehen.¹ 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. Verordn. vom 27. Oct. 1849

29) Daß Winiwarter, II. §. 47. S. 80, den redlichen Besitzer auch das Eigentum an dem, dem Grundeigentümer gebührenden Theile eines Schages erwerben läßt, beruht auf der irrigen Subsumirung des Schages unter den Begriff der Früchte. Vgl. dagegen schon Stubenrauch, §. 330. S. 662. —

30) Aus dem Gesagten ergeben sich auch die mit der bloßen Detention verbundenen Vortheile: nämlich Recht der Nothwehr (Note 8.), Vortheil der Beklagtenrolle (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 Winiwarter, II. S. 77.

1) Vgl. Savigny, §. 3. Puchta, §. 132. Böcking, §. 123. Windscheid, §. 148. Brinz §. 26. Winiwarter, II. S. 69. Stubenrauch, I. S. 677.

§. 12. R. G. Bl.: „Wenn Jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechtes beeinträchtigt, oder wenn er dieses Besitze widerrechtlich entsetzt worden, hat derselbe die richterliche Hilfe anzusuchen und sein Begehren genau auszudrücken (N. b. G. B. §§. 339. 345. 346. 347. u. 851.).“ Das Gesetzbuch stellt hiemit in Uebereinstimmung mit dem römischen und dem heutigen gemeinen Rechte 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 (possessio), d. i. das faktische Machtverhältniß zur Sache mit dem Eigenthumswillen (§. 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 Innehabung als solche genießt keinen gerichtlichen Schutz gegen Verletzung und zwar weder gegen Störung (im eng. Sinne), noch gegen Entziehung.² Die Behauptung einiger Kommentatoren

2) Daß der bloße Detentor im Falle eigenmächtiger Entziehung der Sache keinen Anspruch auf Restitution derselben habe, daß also auch dem bloßen Inhaber das Rechtsmittel des §. 346. des G. B. nicht zukomme, darüber sind die österr. Kommentatoren einig. Vgl. Zeiller, II. S. 97. Winiwarter, II. S. 69, 93—95. Rippel, III. S. 147. u. 159. Stubenrauch, I. S. 686. u. 691. Ellinger, S. 140. Ganz unerklärlich ist, wie dieselben (mit Ausnahme Zeiller's und Rippel's, welche die richtige Ansicht verfechten) dem bloßen Inhaber den gerichtlichen Schutz dennoch in dem Falle der bloßen Störung einräumen können. So Winiwarter, II. S. 78 u. 69, angeblich „weil die Inhabung eine Befugniß sei, welcher der allgemeine Schutz der Rechte nicht versagt werden könne“ — als ob die Inhabung eine Befugniß (d. i. Berechtigung) wäre. So selbst noch Ellinger, Hdb. S. 137, u. Stubenrauch in der ersten 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 ungegründet, 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 widerrechtlich sei; die Verletzung eines bloß tatsächlichen (also nicht-rechtlichen) Zustandes kann an sich nicht widerrechtlich sein; denn nur Rechtsverletzungen sind an sich widerrechtlich. Dagegen hat Stubenrauch in der zweiten Aufl. in Erwägung der hier angeführten, von mir bereits in der Allg.

(vgl. Note 2.), daß der Inhaber (Detentor) 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 Eigenmacht gegen den Inhaber ungeahndet geübt werden kann, wenn sie bis zu völliger Beraubung geht, dagegen civilrechtlich verantwortlich machen soll, wo sie als bloße Vereinträchtigung auftritt.

Insbesondere 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 Innehabung zu beziehen seien. Der Vorwurf ist geradezu ungerecht. Das Gesetz spricht da, wo es den gerichtlichen Schutz des Besitzes normirt, konsequent nur vom

öfterr. G. Z. 1863. Nr. 64. 65. dargelegten Gründe seine Ansicht geändert und die hier verteidigte angenommen. Auch Ungar (Entwurf d. bürg. G. f. Sachsen, S. 81) behauptet, daß nach öfterr. Rechte der Detentor den Besitzeschutz genieße. Er beruft sich 1) zunächst auf den schwankenden Sprachgebrauch des Gesetzbuches, so dann 2) darauf, daß sonst der Inhaber nicht einmal gegen Gewalt sich schützen könnte, da der §. 344. nur vom Besitzer spreche; endlich auf den früheren Gerichtsgebrauch in Österreich. Der erste Einwurf dürfte durch das im Texte Gesagte behoben sein; der zweite bekehrt 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. S. 17. W. Wessely, Nothstand und Nothwehr, S. 75). Die Berufung endlich auf den früheren Gerichtsgebrauch, insbesondere den in seiner Zeit hochgehaltenen J. B. Suttinger, ist m. E. unstatthaltig. Im Gegentheile sprechen die von Suttinger in den verneuertten *Observationes practicae*, Nürnberg 1669, angeführten gerichtlichen Entscheidungen (*Observ.* IV. 1. 2.) und seine eigenen Bemerkungen dazu dafür, daß immer nur der Besitz, nicht die Innehabung geschützt wurde. Ebenso geschieht auch in den *Consuetudines Austriae* J. B. Suttinger's mit *Abnotationen* von Dr. B. Walther, Nürnberg 1718, sub verb. *possessio* nur des Possesses und niemals der Detention als Gegenstand des Besitzeschutzes Erwähnung. So auch der *Tractatus de juribus incorp.* von 1674, XVII. Tit. §. 6. das Receptum vom 29. Jänner 1712. und die Lehrbücher des 17. u. 18. Jahrhunderts, wie der *Tractatus novus* von Christ. Kyllin, (1663) VII. 7. *Adnotat. ad Westenbergii Pand.* (1778) 43. 1. ad §. 1—29; Donner, Einleit. in d. öfterr. R. (1778) §. 368; Tiller, System 1787, II. 2. Th. 8., die Dissert. des com. K. Kollowrath, *beatitudo poss.* 1738 u. a. Ueberdies war auch in der Doktrin des ersten Jahrzehnts dieses Jahrhunderts die Beschränkung der Interdicte auf den Besitzer die vorwiegende Meinung. Aus diesem Grunde stimme ich auch nicht mit der Behauptung Unger's, System II. S. 342, soweit er die sog. *Spolienklage* auch dem Detentor geben möchte.

„Besitze“ — nicht ein einziges Mal von „Innehabung.“ 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 will, oder ein (stärkeres) Recht zum Besitze geltend machen will, den ordentlichen Rechtsweg ergreifen muß“ (§. 5., 2. Absatz des cit. Pat. u. S. 35 d. B.).

Die bloße Innehabung civilrechtlich zu schützen, ist auch kein ausreichender Grund vorhanden. Denn beruht die Innehabung auf einem juristischen Verhältnisse 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 possessorischen Wege (von petitorischen Rechtsmitteln ganz abzusehen) wahren, beziehungsweise wieder verschaffen; er bedarf also selbstständiger Rechtsmittel gar nicht, und die Furcht, daß „sonst auch der Besitz nicht erhalten werden könnte“ (Winiwarter, II. S. 78), ist eine leere.³ Ist der Detentor überdies Besitzer eines Rechtes an der Sache, welches die Detention zur Voraussetzung seiner Ausübung hat, z. B. des *Ususfruktus*, der *Pacht-* und *Miethrechte*, so hat er als Rechtsbesitzer (nicht als *Sachbesitzer*) selbstständige

3) 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 irrig.

possessorische Klagen zur Wahrung der Detention.⁴ 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.⁵ 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 hiervon, so ist auch gar kein Grund vorhanden, ihm einen Rechtsschutz in diesem Verhältnisse zu gewähren.⁶

Die Vortheile schließlich, welche mit der bloßen Inhabung verknüpft sind, sind durchwegs so zufällige Ergebnisse anderer weitiger 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.).⁷

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

5) Nur ausnahmsweise können Fälle eintreten, in denen sich der Schutz der Detention aus Utilitätsgründen empfiehlt: nämlich 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 (fog. abgeleiteter) Besitzer die Interdikte gegeben sind.

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. und 190. des St. G.), der Störung der öffentlichen Ordnung (§. 344. des A. b. G. B., Hofd. vom 3. März 1797, J. G. S. N. 342., Hofk. Dekr. vom 14. Februar 1811, Nr. 927., organ. Gesetz vom 14. September 1852 und 10. Jänner 1853, §. 26.). „Bei gewaltsamen oder in böser Absicht vorgenommenen Besitzstörungen hat das Bezirksamt Alles vorzulehnen, damit die öffentliche Ordnung erhalten und wieder hergestellt und weitere Angriffe hintangehalten werden, mit Vorbehalt des gerichtlichen Einschreitens über Besitzstörungsklagen.“

7) Die faktischen Vortheile, die mit der bloßen Inhabung einer Sache verbunden sind: so das angebliche Recht, sich in der Inhabung zu schützen und Gewalt mit

Im Gesetzbuche ist auch in der That kein Anhaltspunkt, den dem Besitze in den §§. 339. u. 346. fg. 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.⁸

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 W. D. vorkommenden Berufung auf die §§. 339. 346. u. 347. des G. B. und aus der Einleitung zu diesem Gesetze, in welcher die Erlassung desselben damit motivirt wird, „um jene Rechtsmittel, welche das A. b. G. B. überhaupt und insbesondere im 1. Hauptstücke des 2. Theiles zum Schutze des bedrohten und zur Wiederherstellung des gestörten Besitzes an dem angeordnet hat, ohne prozessualische Weitläufigkeit in Wirksamkeit zu setzen, wird . . . folgendes

Gewalt abzuwehren (§. 344. des G. B.), der Vortheil, nicht mit der Aufforderungsflage 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: so die Unzulässigkeit der Provokation zur Eigenthumsflage und des Obfiegens im Eigenthumsstritte, wenn der Kläger nicht beweist (§. 323. und 324.) Konsequenzen der Vertheilung der Beweislast; theils Ausflüsse eines besonderen Grundsatzes 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. Vgl. das Nähere im §. 8. d. Abh.

8) Vergl. selbst die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 22. April 1856, Ger. Z. 1862, Nr. 148., in welcher 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. 300. 235., in Glaser-Unger's Sammlung, dann 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, u. Nr. 61. u. 62. Ger. Ztg. 1862; letzterer mit lehrreicher Kasuistik von A. Mag es, dann Nr. 132. Ger. Zeit. 1863.

summarisches Verfahren vorgeschrieben.“ Damit bezeichnet sich das Gesetz selbst als bloße Prozeßnorm in Besitzstörungssachen.⁹⁾

Es sei gestattet, hier die treffenden Bemerkungen aus dem gemeinschaftlichen Berichte der Hofkommission in Justizgesetzsachen und der obersten Justizstelle vom 26. September 1844, Z. 86 an den lombard.-venet. Senat (bei Schenk, Der summar. Prozeß, S. 76) anzuführen:

„Die allerhöchste Entschließung 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 N. b. G. B. über den Besitz vorkommenden Bestimmungen zurück. — Das N. b. G. B. erkennt aber, indem es den Begriff des Besitzes nur in der juristischen und nicht in der Bedeutung eines bloßen Naturalbesitzes aufsaßt, 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 keineswegs, denn auch die Anerkennung des bloß faktischen Besitzstandes setzt doch die Ausübung solcher Handlungen voraus, welche als Akte des Besitzes und nicht eines bloßen Innehabens angesehen werden können.“

Zu welchen verwerflichen Konsequenzen die Annahme des Schutzes der bloßen Detention nach österr. Rechte namentlich beim

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 geschützt werde. Auch in dem letzteren Verfahren wird nur der Besitz geschützt; im sog. ordentlichen Besitzprozesse aber nicht mehr der bloße Besitz, sondern das Eigentumsrecht (vgl. §. 372. des G. B., actio Publiciana, und §. 2. u. 5. der cit. B. D.). Der sog. ordentliche Besitzprozeß ist der petitische — der Rechtsweg. Die nähere Begründung Unger, Bespr. des sächs. Entw. S. 86. System, II. S. 366, Note 2. Schuster, Civ. P. D. S. 941, Vgl. auch Nagel's Actio neg. (Ger. Zeit. 1861, Nr. 136. Note 4.).

sog. Rechtsbesitze führen muß, wurde bereits von Anderen, namentlich in vielen gerichtlichen Entscheidungen,^{9a)} dargethan, auf welche zu verweisen hier genügen mag. Vgl. den Aufsatz Nr. 41. Ger. Z. 1857, dann Mag es, Ger. Z. 1862. Z. 61, und die vortrefflichen Bemerkungen des gewiegten Mich. Schuster's, Baurecht, §§. 51. 90. 117. 140. Derjenige, dessen Fenster zufällig auf des Nachbarn Grund sehen, wäre hiernach berechtigt, die Untersagung jedwedes Baues auf jenem Grunde zu verlangen, — ist er doch Inhaber des Aussichtrechtes!

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 Gerichtsgebrauche geworden sei. Es ist zwar allerdings richtig, daß in Folge des Mißverständnisses des §. 3. C. 3. q. 1. durch die Praxis des 16., 17. und 18. Jahrhunderts in der actio spolii ein ganz neues Klagerrecht eingeschoben wurde, welches die bloße Detention (ohne Rücksicht auf juristischen Besitz) zur Voraussetzung hatte. Allein dieses exorbitante Mißverständniß wurde frühzeitig durch die tüchtigsten Juristen bloßgelegt und seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts sollte in der Rechtswissenschaft über die gänzliche Haltlosigkeit jener Annahme kein Zweifel mehr sein.¹⁰⁾

Auch die gemeinrechtliche Praxis ist allmählig unter dem Einflusse der Doktrin von dem willkürlichen Gebrauche jenes den Quellen fremden Klagerrechtes wieder zurückgekommen.¹¹⁾ Insbesondere war zur Zeit der Abfassung des österr. Gesetzbuches die Rückkehr bereits entschieden¹²⁾ und es wäre daher die Berufung auf die angeblich zu jener Zeit herrschend gewesene Doktrin ohne Halt.

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

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

11) Vgl. Matthia, Kontroversen-Verikon, II. S. 336, Präj. 1. u. S. 337, Präj. 4. An der Behauptung, daß zu dem inderdictum de vi auch Detention hinreiche, halten jedoch fest: Thibaut, Syst. §. 250., und Archiv XVIII. S. 362. Geiger, Gieß. Zeitschr. XIII. §. 3. u. 15. Dagegen Savigny, §. 40. Puchta, §. 135. R. a. Arndts, §. 173. Ann. Bruns, §. 7. Brinz, P. I. S. 202. Windscheid, P. §. 162.

12) Von Aelteren abgesehen hat schon insbesondere Böhmmer (J. eccl. II. 13.

Es ist also nur der Besitz, welchem der in den §§. 339—343. u. 346—347. des G. B. normirte gerichtliche Schutz gegen Störung und Entziehung zu Statten kommt. Nur der Besitz; — aber auch jeder Besitz,¹³ 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.¹⁴ Im römischen Rechte 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.). Daß es bei dem Besitzeschutze auch auf die Redlichkeit und Rechtmäßigkeit des Besitzers nicht ankomme, wird ausnahmslos zugestanden.¹⁵ 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.

1744.) überzeugend das Unquellenmäßige der damaligen Praxis dargethan. 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*). 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 Nießtheilstitel, vgl. art. 2236. 2239. Code c., f. Planch, S. 95. Brunß, S. 445.) Das sächs. b. G. B. gibt die Besitzklagen 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 Grunddienßbarkeiten Rechtsbesitz anerkennt (§§. 512. 556. 647.), und sogar dem Pfandgläubiger die petitorische Pfandklage auf Herausgabe des Faustpfandes abspricht (§. 479.). Vgl. Siebenhaar, Komm. d. sächs. G. B. S. 204.

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

14) So auch im römischen Rechte, vgl. z. B. L. I. pr. §. 5. L. 3. pr. D. uti poss. L. 1. §. 7. de cloac. L. b. I. de interd. L. 1. §. 30. de vi: qui a me vi possideat, si ab alio deiciatur, habet interdictum. L. 14. D. eod. u. a. Dazu Savigny, §. 37. S. 483. §. 40. S. 544 u. §. 41. S. 551.

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

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 genieße.¹⁶ Diese Behauptung muß schon darum von vornherein befremden, weil, wenn es der Besitz an 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.¹⁷ 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 §. 346.: „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

16) Vgl. Zeiller, II. S. 97. Wittig, Zeitschr. f. R. 1831. II. S. 27. Winiwarter, II. S. 69 u. 93. (Ausschrift des §. 85.). Stubenrauch, I. S. 691. Schuster, sieb.-ung. Civilproz. S. 938 u. 941. Es ist nur auffällig, daß Winiwarter (II. S. 69), Stubenrauch, I. S. 677, und Ellinger, S. 137, trotz ihrer Behauptung, daß der unechte Besitzer sich keines Schutzes erfreuen könne, 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 Lobitzki, Prov. §. 3. Unger, Entw. S. 81, Brunß, S. 459, und nunmehr unter Annahme der oben (und schon früher in m. Aufsatz, Ger. Z. Nr. 65. J. 1863) entwickelten Gründe Stubenrauch in der 2. Aufl. I. S. 460. — Eigentümlich ist Drack'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 entgegengesetzten Falle sei der Besitz unecht.“ Man begreift nicht, woher D. diesen Begriff der Unrechtheit entnommen hat. Aus dem G. B. gewiß nicht.

17) L. 3. §. 5. D. de poss. cit L. 1. §. 30. D. de vi: Qui a me vi possidebat, si ab alio deiciatur, habet interdictum. Dazu Savigny, §§. 37. 40. 41. Puchta, §. 133. u. 135. Arndts, §. 173. Brunß, §. 6. u. 7.

gegen Störung zu schützen ist.¹⁸ Im §. 346., welcher von der Restitution gegen eigenmächtige Besitzentziehung (unechten Besitz-erwerb) spricht, ist allerdings die Person des Klägers gar nicht bezeichnet, sondern bloß die Person des Beklagten¹⁹ und die Nationalität des Klagerrechtes. Es ist im §. 346. bloß gesagt, gegen wen 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 entsezt 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, die Person des Klägers auf den echten Besitzer zu beschränken, daher das Rechtsmittel des §. 346. dem unechten Besitzer zu entziehen. Deutet doch Nichts, weder in

18) Dies gestehen doch die gedachten Kommentatoren selbst zu; vgl. Zeiller, II. S. 85. 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, welche übrigens durchwegs nur beiläufig angeführt und gleichsam als selbstverständlich ohne Angabe von Gründen hingestellt wird, 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 Entziehung 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 notwendig. Dies übersehen unsere Schriftsteller, insbesondere der Verfasser des Aufsages „Ueber die Besitzstörungsklage“ in Nr. 127. Ger. Z. 1861.

den §§. 339. u. 346., noch in den den Besitzeschutz im Einzelnen normirenden §§. 340—345. u. 347. darauf hin, daß nur der echte Besitzer Schutz gegen Eigenmacht genießen soll.²⁰ 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 juristischen Grunde des Besitzschutzes die Achtung vor dem sich im Besitze verkörpernden Willen in Betracht zieht. Eine Ausnahme hiervon tritt nach österr. wie nach gemeinem Rechte 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).²¹ Denn da in diesem Falle der Beklagte selbst den Kläger auf Restitution der ihm widerrechtlich entzogenen Sache klagbar belangen 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.²² Auf diese n

20) Vgl. Brun s. 459, auf dessen gelungene Beleuchtung der neueren Gesetzgebungen hiemit gewiesen sein möge. Der einzige Paragraph, der mit einigem Scheine (in dem Aufsatze Nr. 41. Jahrg. 1855. Ger.-Zeitg.) dafür angeführt wurde, ist der §. 347.: „Zeiget 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.

21) 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 schützen, daß der Kläger im Verhältnisse zu ihm fehlerhaft besitze.“

22) Doch wird vorausgesetzt, daß auch die Einwendung der Vitiosität des klägerischen Besitzes innerhalb der im §. 2. bestimmten 30tägigen Frist eingebracht worden sei. Vgl. auch die Entsch. Nr. 106. im Glaser-Unger's Samml. u. Schuster a. a. D. S. 942, z. B. Kläger fordert vom Beklagten die Herausgabe der ihm gewaltsam entzogenen Uhr. Beklagter wendet ein, daß sie ihm kurz zuvor vom Kläger heimlich entzogen worden sei. Hier wird dieser sachfällig werden müssen. Wollte

Fall 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 kaiserl. 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.²³

§. 8. Grund des Besizschuzes.

Ist der Besitz kein Recht, sondern ein thatsächlicher Zustand, — so fragt es sich, warum denn der Besitz geschützt werde?¹ Diese Frage

man die Einwendung der Vitiosität des Besitzes unzulässig finden, so müßte man doch dem sachfälligen Besitzer die Widerklage auf Restitution des Besitzes derselben Sache zugestehen; — dann aber würde man statt eines zwei Prozesse haben. Die letztere Konsequenz wählt Bruns, S. 459, welcher sowie Unger, Entwurf, S. 82, gar keine Einrede aus Besitzfehlern zulassen will.

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, der denjenigen, dem er die Sache clam genommen, auf Rückerstattung der ihm von diesem gewaltsam entzogenen 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 Entsch. des obersten Gerichtshofes vom 27. Juni 1855, Ger.-Zeit. Nr. 103. von 1856, vollkommen gerechtfertigt. — Die Ansicht, welche vorstehend vertheidigt wird, hat in dem letzten Jahrzehnt in der Praxis, wie es scheint, immer mehr Verbreitung gefunden. Vgl. Mageß, Ger.-Z. N. 61. J. 1862, dessen Endansicht über diesen Punkt wesentlich mit unserer Auffassung übereinstimmt. — Nicht zu rechtfertigen ist die Entsch. des obersten G. S. N. 686. in Glaser-Unger, S. II, welche die Frage der Unechtheit aus dem Besitzprozesse gänzlich hinausweist, und nicht einmal die except. vitiosae p. ab adversario zuläßt.

1) Die Frage könnte vom Standpunkte des positiven Rechtes überflüssig erscheinen. Genug, daß dieses den Besitz überhaupt schützt! Abgesehen jedoch von der Wichtigkeit des legislatorischen Motivs für die Erklärung des Gesetzes, steht die Beantwortung jener Frage mit der Anschauung über das rechtliche Wesen des Besitzes

ist seit Savigny Gegenstand eines lebhaften, bis jetzt noch nicht geschlossenen Streites. Savigny (S. 6. S. 40, Zusatz der 6. Ausg.) begründet den Besizschutz 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).²

Allein ist lediglich die Gewalt der Grund des Besizschuzes, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch die bloße Detention geschützt wird,³ und warum nicht bloß bei gewaltsamer, sondern auch bei heimlicher Besitzentziehung (clandestina p.) und Vorenthaltung des Besitzes (precaria p.) Rechtsmittel gewährt wer-

und seiner Stellung im Rechte in einem so engen Zusammenhange, daß von derselben füglich nicht Umgang genommen werden kann. Da endlich die rechtliche Wirkung des Besitzes in dessen Schutze sich 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?

2) Wesentlich von demselben Gesichtspunkte wie Sav. 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 wirklichen Willen eines Andern) Delikt sei, lehnt Kierulff ausdrücklich ab; die nähere Begründung behielt er dem Obligationenrechte vor.

3) Was Savigny, S. 44, gegen diesen Einwurf anführt: „Der Stellvertreter brauche keinen eigenen Schutz, 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, wenn es sich um Schutz 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. und Bornemann, I. S. 448.

den?⁴ 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, gelangte 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 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.⁵

Von Anderen wird der Grund des Besitzschuzes in seiner Eigenschaft als Recht gesucht, zu welchem ihn die Gesetzgebung aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, nämlich um Gewaltthatigkeiten zu verhüten, erhoben habe.⁶ Allein der Besitz ist kein Recht, weder nach römischem Rechte, noch selbst nach den neueren Kodifikationen (vgl. §. 3. d. B.). Ein Schuz aus bloßen Utilitätsgründen aber müßte offenbar auch der Detention, ja nach dem nächsten Zwecke: Thätlichkeiten zu verhindern, nur der Detention zu Statten kommen.

Nicht stichhaltiger ist die Berufung auf eine angebliche Vermuthung des Rechtes, die der Besitzer für sich habe,⁷ oder auf

4) Die Ausdehnung der Schlußfolgerung von der „Gewalt“ auf die heimliche und präkaristische Besitzentziehung ist bei Sav. unerklärlich. Vorsichtig setzt schon Kierulff, S. 351, dem Begriffe der Gewalt weitere Grenzen. S. Note 2. Vgl. auch Zielonacki, Besitz, S. 44 flg.

5) Vgl. Brunß a. a. D. S. 488. Die Einwendung Gans's: Der Besitz, obgleich ein Faktum, wirke nach Sav. durch Eigenmacht ein Recht, ist daher so ungegründet nicht.

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. 96. Winwarter, II. 105. Minastewicz, Tab. Bes. S. 116, u. neuestens Helm, Österr. Viertelj. 13. B. S. 275 flg.: „Um die Ruhe zu erhalten oder herzustellen, . . . wird der Besitz geschützt.“

7) In diesem Sinne äußerte sich auch die Hofkommission in Justizgesefz. in einem von Schenk (Summar. Proj. S. 76) mitgetheilten Aktenstück: „Bei dem Besitzer

die „Möglichkeit des Rechtes“ die im Besitze zu schützen sei.⁸ Denn eine Präsumtion für das Recht, wie solche mit dem Besitze verbunden sein soll, besteht nicht, weder nach römischem Rechte (vgl. Savigny, S. 42 der 6. 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. A.). Daß aber „auf die Möglichkeit des Rechtes“ Nichts ankomme, ergibt sich daraus, daß der Besitz unbefrittener Maßen auch dann geschützt wird, wenn die Nichtexistenz 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. 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.⁹ Die Versuche also, die

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 (Note 6.) noch Savigny bis zur 5. Ausgabe, und noch Unger im Entw. S. 103. Dagegen Savigny selbst S. 42 der 6. Ausg. und Brunß, S. 488.

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 Besitzproceße unbedingt ausgeschlossen. (Vgl. §. 5. der kais. B. D. v. 27. Oktober 1849). — Aehnlich Bernemann, I. S. 450: Jeder mann 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 Sanction des Rechts oder ein besseres Recht zum Besitze (sic) hat.“ Hierauf 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), nähert sich einem von Gans, Civifr. S. 211 u. 214, angeführten Grunde: im Besitze würde durch die Interdikte das „anfangende Eigenthum“ geschützt, indem die Möglichkeit der Usukapion gegeben sei. — Dagegen bemerkt schon Savigny a. D. S. 47, daß diese Erklärung nur dann befriedigend wäre, wenn nur der Usukapionsbesitz geschützt würde. — Gans und Puchta führen jedoch noch einen anderen Grund des Interdikteschuzes an, jener: „daß der Wille schon an sich eine Substanzielles, zu Schützenden sei;“ dieser: „weil im Besitze die Persönlichkeit thätig geworden sei.“ Das Wesen beider Gründe stimmt mit der weiter unten vertheidigten Ansicht.

9) Vgl. Savigny, S. 42, und Brunß, S. 488. Auf eine Erklärung verzichtet Thibaut, Bes. §. 2., der den Besitzschuz einfach für eine legislative Noth-

Erklärung des Besizschuzes in dem körperlichen Momente des Besitzes, der Detention, zu finden, führen nicht zum Ziele. Es bleibt nichts übrig, als den Grund desselben in dem anderen Momente — 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 Klagenchutz zur Abwehr jeder Verletzung und Aufhebung geschenehen Unrechtes. Allein aus jener Aufgabe des Rechtssystems, die ungehemmte Bethätigung und Verwirklichung des individuellen Willens thunlichst zu gewährleisten, folgt auch: daß der bethätigte Wille auch dann, wenn er nicht als berechtigter, sondern bloß als tatsächlicher auftritt, gerichtlich geschützt werden solle, und zwar gegen jeden ihm angethanen wie immer gearteten Zwang, der nicht in Form Rechtes erfolgt; daher insbesondere, soweit er sich in der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache, oder in der tatsächlichen Ausübung eines Rechtes, d. i. im Sach- oder Rechtsbesitze verkörpert, gegen jedwede Störung und Entziehung desselben. Besizschutz erscheint daher als ein Ausfluß der Rechtsforderung, daß jedwede eigenmächtige, d. i. nicht in Form Rechtes (mittelft des Gerichtes) vor sich gehende Behandlung des bethätigten fremden Willens untersagt ist, und Verletzung dieses Verbotes civilrechtlich verantwortlich mache.^{9a} Schutz der individuellen Freiheit gegen Eigenmacht ist also ein Postulat der Rechtsidee an das positive Recht.¹⁰ Dieser Schutz in

wendigkeit erklärt. Vgl. indess dessen System §. 291., wo er den oben verworfenen Grund anführt.

^{9a}) Besizschutz 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 Anderen; „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, Rechtslehre, S. 63. flg.: „Der Grundsatz in Ansehung des empirischen Besitzes ist analytisch; denn er

spezieller Beziehung auf den Besitz fordert jedoch nicht nur Verbot und Hintanhaltung jeder Störung der faktischen Herrschaft über eine Sache oder der tatsächlichen 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 eines tatsächlichen Zustandes gegen den Willen eines Anderen. Eigenmacht liegt also nicht bloß in der gewaltthätigen, sondern auch in der hinterlistigen Besizentziehung und der Vorenthaltung definirter Sachen, also in der Besizentziehung *vi, clam, precario*.

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. u. 346., und zwar nicht bloß dann, wenn die Eigenmacht auf rechtswidriger Willkür beruht, sondern selbst, wenn dieselbe zur Durch-

sagt nicht mehr, als was nach dem Sage des Widerspruches aus dem letzteren folgt, daß nämlich, wenn ich Inhaber einer Sache bin, derjenige, der sie wider meine Einwilligung affizirt, das innere Mein (meine Freiheit) affizirt und schmälere.“ so wesentlich auch Gans, Cibilr. S. 202, u. Besitz S. 53: „Der Wille sei an sich etwas Substantielles, zu Schützendes, und dieser besondere Wille habe nur dem höheren allgemeinen zu weichen“; Puchta, §. 122. Unger, Entw. S. 105; besonders Bruns, S. 487—501, u. neuerlich Böcking, §. 123., und Windscheid, P. §. 148. (f. Note 9.). 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's 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 (wie dies L. in der That thut) über den Haufen zu werfen. Bei Puchta erscheint der Besizschutz speziell als Ausfluß des Rechtes auf die eigene Persönlichkeit (vgl. dagegen Savigny's Syst. I. S. 337. Unger, I. S. 506, Note 5.). Dies thut jedoch der grundsätzlich richtigen Auffassung P.'s keinen Eintrag. Doch bleibt P. 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. Winwarther, II. S. 72. Stubenrauch, I. 678.) berufen sich zwar gleichfalls bei Gelegenheit der §§. 339. u. 344. auf das im §. 19. des b. G. B. enthaltene Verbot der Eigenmacht, gelangen aber aus dem Grunde zu keiner genügenden Begründung des Besizschuzes, weil sie bloß das körperliche Moment des Besitzes vor Augen haben.

setzung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechtes geübt wurde (Selbsthilfe).¹¹ Und so ergibt sich denn, daß das, was wir oben als Postulat an jeden Rechtsorganismus ausgesprochen haben; in der antiken und modernen Legislation (selbstverständlich im Einzelnen verschiedenartig) sich Geltung verschafft hat.

Als Konsequenz aus den obigen Erörterungen ergibt sich:

a) daß der Besitz an sich (ganz unabhängig von jedem Rechte) 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,

11) Vgl. N. 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 Hintanzetzung derselben der eigenmächtigen Hilfe bedient (oder wer die Grenzen der Nothwehr überschreitet, ist dafür verantwortlich.“ Vgl. §§. 320. 339. 344. d. G. B. Unger, II. S. 337. Dasselbe bestimmt das römische Recht, L. 7. D. ad leg. Jul. (48. 7) (vgl. dazu Vangerow, I. §. 133.), ferner das preuß. R. N. Einl. §§. 84. 85. und d. sächs. G. B. §. 179. Das preuß. u. sächs. Recht 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. Aufl.), und Pelikan, Zeitschr. f. österr. Verwaltung 1856, N. 20.), so steht derselben auch in diesem Falle Nichts im Wege, und wird selbst die in §. 19. d. G. B. statuirte Ersagpflicht für den daraus entstandenen Schaden hinwegfallen, da ja vorausgesetzter Weise nur durchgesetzt wird, wozu ohnedies für den Gezwungenen eine Rechtspflicht bestand. Abweichender Meinung ist Unger, II. S. 343, der bei der Selbsthilfe jederzeit Resignationspflicht behauptet (dagegen vgl. Note 15.) und jene Ausnahme des preussischen (sächsischen) Rechtes — als angeblich in der Natur der Sache gegründet — auch für das österr. Recht annimmt. — Ob inzwischen Schuz des Besitzes gegen Eigenmacht der ursprüngliche Zweck der Einführung der Interdikte gewesen sei, mag dahin gestellt sein. Mit den interd. retinend. p. hatte der Prätor wohl zunächst die Regelung der Partierollen im Eigenthumsprozesse bezweckt. Vgl. L. 1. §. 2. 3. D. uti poss. 43. 17. Dagegen war direct zum Schuze gegen Eigenmacht das wahrscheinlich ältere interd. unde vi bestimmt, und unzwiefelhaft nahm auch des 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. S. 5. Vgl. Vangerow, I. §. 336. a. G. Arndts, P. §. 171. Brunß, S. 48. Schmidt, Interd. S. 186 flg., besonders Witte, Das interd. uti poss., S. 28 flg., der die Frage einer gründlichen Untersuchung unterwirft.

die, dem römischen Rechte folgend, die neueren Kodifikationen und insbesondere das österr. Recht aufgenommen haben;¹²

c) daß es im Wesen keinen Unterschied machen könne, ob es sich um den Besitz einer Sache oder eines Rechtes handle.¹³ 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 Schuz des Besitzes sprechen.¹⁴

Es erübrigt noch die Frage, ob und inwiefern nicht auch der Detention als solcher ein Rechtsschuz gegen Störung und Entziehung gebühre? — Soweit die Detention überhaupt den Willen

12) Vgl. §§. 339. 344. 346. des G. B. Wer z. B. durch betrügerische Vorspiegelungen dahin gebracht wird, seinen Besitz einem Andern zu überlassen, der hat mit seinem Willen den Besitz aufgegeben; von einem Schuze 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 sohin der Sache bemächtigt haben, z. B. der unredliche Finder. Vgl. auch Brunß, S. 497. — Die Abweichung des kanon. Rechtes, dem das sächs. G. B. §. 206. folgt, 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 hiemit 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).“

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) Dergleichen Utilitätsgründe sind (ganz abgesehen von der Verhütung von Gewaltthätigkeiten), daß bei Mobilien, ja selbst bei Grundstücken der Beweis des Eigenthums u. selbst des Usukapionsbesitzes oft unmöglich und der Besitzschuz 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 wichtigen Grenzstreitigkeiten, bei denen das uti possidetis 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.

des Detentors, die Sache zu haben, nicht nothwendig voraussetzt (vgl. §. 1. Note 11.), kann nach dem eben entwickelten Prinzipie die Frage nach dem gerichtlichen Schutze desselben gar nicht entstehen. Soweit aber der Detentor für einen Anderen detinirt wird, 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. E. eine für die Gesetzgebung offene, und wir sehen nicht ein, auf welchen Grund hin prinzipiell nur der Wille, für sich zu besitzen, geschützt werden sollte. Die Behauptung, daß durch Verletzung der Detention nur der Wille des Dritten, in dessen Namen detinirt wird, nicht aber der Wille des Inhabers angegriffen wird (so Bruns, S. 493), ist unhaltbar; dem Willen Beider wird hier Zwang angethan. Hier können nur Utilitätsgründe den Ausschlag für die eine oder andere Entscheidung geben.^{14a}

Das österr. Recht gewährt der bloßen Detention keinen civilgerichtlichen Schutz. Der Inhaber einer Sache kann zwar ohne Verantwortung innerhalb der Grenzen der Nothwehr jeden gewaltsamen Angriff auf die Sache abwehren (§. 2. lit. g. Strafz., §§. 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.¹⁵

§. 9. Subjekte des Besizes.

Der Besitz ist die faktische Herrschaft über die Sache mit dem Eigenthumswillen. Hieraus ergibt sich, daß Personen, die

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, oder daß bei der exekutiven Sequestration der Eigenthümer selbst sich der Sache oder ihrer Früchte bemächtigt. Hier bietet nur ein rascher Besitzschutz befriedigende Abhilfe. Gerade diesen Fall überleht der §. 208. des sächs. G. B. — Bei Abwesenheit des Besitzers genügt es, wenn man den stellvertretenden Detentor zur Prozeßführung für legitimirt erachtet.

15) Vgl. §. 7. d. A. Anderer Ansicht ist Unger, II. §. 111. Note 7. 14. 16., der auch dem entsetzten Inhaber die Klage auf Restitution der Sache geben

überhaupt nicht willensfähig sind, auch keinen Besitz haben können.¹ Dahin gehören: juristische Personen, Wahnsinnige und Kinder, welche letztere das österr. Recht bis zum vollendeten 7. Lebensjahre den Willenlosen gleichstellt (§. 21. 26. u. 865. des G. B.). Bei ihnen vermittelt aber das positive Recht die Möglichkeit des Besizes durch den Rechtsfag: daß der Wille ihrer Stellvertreter als ihr Wille anzusehen ist (§. 21. 26. 337. d. G. B.).²

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,

will, unter Berufung auf §. 19. u. 345. des G. B. Allein §. 19. erklärt denjenigen, der Selbsthilfe übt, nur für verantwortlich, d. i. zum Schadenersatze verpflichtet, von einer Restitutionspflicht ist keine Rede; §. 345. aber bezieht sich nur auf den Besitzer. Auch das röm. Recht schließt die Detention vom gerichtlichen Schutze aus. Vgl. Savigny, S. 639. Heimbach, Rechtslex. VIII. S. 227. Dasselbe gilt nach franz. Rechte: Code de P. art. 23. u. C. C. art. 2239. vgl. Planck, Besitz, S. 95 flg. bes. Note 47. Dagegen gibt das preussische 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. Note. 11. des §. 1. d. B.), ein System, welches offenbar 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 Benutzung 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 b. G. von Siebenhaar, (1864) S. 204. Der erstere Grund ist für das sächs. Recht, welches nur an Servituten Besitz anerkennt, gewiß richtig; der zweite aber offenbar vergriffen.

1) Vgl. Savigny, §. 21. Buchta, Pand. §. 127. im Rechtslex. S. 58. Arndts, Pand. 138. Böcking, §. 124. 2.).

2) I. 1. §. 20. 22. L. 2. D. h. t. Hier kommt also eine für den Rechtserwerb geltende Regel auch für das tatsächliche Verhältniß des Besizes zur Anwendung; — der Besitz kehrt hier wieder seine juristische Seite heraus.

daß der Besitz als positives Rechtsinstitut der allgemeinen Rechtsregel, welche ein gewisses Verbot zwingend ausspricht, sich nicht entziehen kann. Der Charakter der Verbotsgeetze fordert eben Rechtsunwirksamkeit der gegen dasselbe bestehenden faktischen Zustände. Das Gesetz kann offenbar ohne inneren Widerspruch den faktischen Eigenthumswillen (in der Form des Besizes) da nicht anerkennen, wo es selbst die Möglichkeit des Rechtes negirt. Hier „folgt also der Besitz seiner zweiten (rechtlichen.) Natur“ (Brinz, I. S. 29) und erhält durch die allgemeine durchgreifende Rechtsregel seine nähere juristische Bestimmung.³

Personen, die des Vermögens überhaupt unfähig wären, gibt es nach österr. Rechte nicht. Denn selbst unbefugte Auswanderer, Deferteure und Ordensgeistliche, welche feierliche Gelübde 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, §. 5. des Just. Dekr. vom 21. Februar 1842, Z. 599, und §. 182. des Ges. vom 9. August 1854, Z. 208.^{3a}

Dagegen sind vom Erwerbe und Haben gewisser Sachen, und daher auch vom Besize derselben ausgeschlossen:⁴

3) Vgl. Savigny, §. 5. u. 9. Arndts, Pand. §. 137. Puchta, Pand. §. 127. u. im Rechts-Lex. S. 46. Unger, I. 371. Stubenrauch, I. S. 633. 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. — 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.

3^a) 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. u. Nov. 123. c. 38. So konnte denn auch c. 6. X. 3. 5. konsequent aussprechen: Ne quis monachorum proprium aliquo modo possideat. — Nach österr. R. 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 Ges. v. 9. August 1854.

4) Vgl. Pachmann, S. 80. Hier sind also gewisse Sachen kein Gegenstand des Verkehrs für gewisse Personen (res, quarum commercium quis non habet, wobei comm. im subjektiven Sinne genommen ist). Vergl. Unger, I. S. 370.

a) in einigen Kronländern die Israeliten vom Besize von Realitäten. Dies ist der Fall in Oesterreich ob der Ens, Salzburg, Steiermark, Kärnthen, Krain, Tirol und Vorarlberg, wo die Israeliten zu jedem Grundbesize unfähig sind (Hofdekret v. 31. März 1802, den steiermärkischen Ständevertrag von 1496, Hofdekret vom 14. Jänner 1809, vom 31. März 1802 und 11. April 1818); in Galizien, Bukowina und Krakau, wo nur diejenigen Israeliten, welche Untergymnasien, Unterrealschulen, Handelsschulen, landwirthschaftliche Lehranstalten, Forst-, Berg- und nautische Schulen absolvirt oder den Offizierscharakter bekleiden, zum Realitätenbesize fähig sind.⁵ In Niederösterreich, Böhmen, Mähren, Schlesien, Czernowitz, Ungarn, der serbischen Wojwodschast und dem temesw. Banate, Kroatien, Slavonien, Siebenbürgen, dem Küstenlande und Dalmatien sind sie seit der kaiserl. Verordnung vom 18. Februar 1860, Z. 45 R. G. B., und 28. Febr. 1864, Z. 26 R. G. B. unbedingt besizfähig. Im lombardisch-venetianischen Königreiche wurde ihre Besizfähigkeit schon a. G. mit der vom 9. Dezember 1812 anerkannt.⁶

b) Türkische Unterthanen und ihre Ehegattinnen vom Besize von Realitäten (Hofdekret vom 24. Februar 1816, Z. 1214 J. G. S.), desgleichen Montenegriner. Hofdekr. vom 11. Oktober 1845, Z. 898, und Minist.-Erlaß vom 18. August 1849.

c) Ausländer (mit Ausnahme der Unterthanen der deutschen Bundesstaaten in den dazu gehörigen Provinzen, Hofzld. v. 14. April 1825) vom Besize von Bauerngütern. Hofdekret vom 28. Febr. 1788, Z. 790 J. G. S.⁷

d) Personen, die nicht die Wehrpflicht mit dem Grundbesize übernahmen, ohne besondere behördliche Bewilligung vom Besize von

5) §. 1. Der kais. Verordn. vom 10. Febr. 1860, Z. 44. R. G. Bl. Die übrigen Israeliten sind nur zum Besize jener Realitäten berechtigt, zu deren Erwerbung sie schon nach den vor dem J. 1848 bestandenen Gesetzen berechtigt waren, vgl. §. 3. d. Verordn. (Siehe dieselben in Stubenrauch, I. 709 d. 1. u. S. 468 fg. der 2. Aufl.) Die cit. Gesetze sprechen durchaus von „Besiz“, „Besizfähigkeit“, worunter jedoch Eigenthum u. Eigenthumsunfähigkeit verstanden wird. Die Besizunfähigkeit ergibt erst die Eingangs erwähnte juristische Erwägung.

6) Vgl. nun besonders Stubenrauch, I. a. D., wo die früheren gesetzlichen Bestimmungen ausführlich u. genau angeführt sind.

7) Vgl. Pachmann, S. 81. u. Note 14. Stubenrauch, I. S. 741. (474 der 2. A.).

Realitäten in der Militärgrenze. §. 12. 13. u. 14. des Patents vom 7. Mai 1850, §. 243 R. G. B.

Dagegen sind die geistlichen Korporationen, welche früher durch die sogen. Amortisationsgesetze vom Eigenthümererwerb unbeweglicher Güter ohne l. f. Bewilligung regelmäßig ausgeschlossen waren (vergl. die diesfalls früher bestandenen Vorschriften ausführlich bei Stubenrauch, I. S. 713 [474 der 2. A.]), seit dem Konkordate (art. XXIX.) zum Eigenthümererwerb fähig.

e) Personen, die nicht die besondere behördliche Bewilligung dazu haben, vom Besitze verbotener Waffen und Munitionsgegenstände; dann Personen, denen die Bewilligung zum Waffenbesitz durch die Behörde entzogen wurde, zum Besitze von Waffen überhaupt. §§. 8. 12., dann 41. 42. des Waffenpatents vom 24. Oktober 1852, §. 223 R. G. B.⁸

§. 10. Objekte des Sachbesizes.

Der §. 311. des Gesetzbuches bezeichnet alle Sachen, „welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind,“ als möglichen Gegenstand des Besizes. Hieraus ergibt sich, daß Sachen, welche kein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind (res extra commercium), auch kein Objekt des Besizes sein können.¹

8) Vgl. Winivarter, II. S. 39. Das cit. Gesetz spricht überall nur vom Besitze dieser Gegenstände, der §. 3. der Vollzugsvorschrift vom 29. Jänner 1853, §. 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 Verwahrung und dem Besitze im fremden Namen in den §§. 10. 11. 13. 16. des Waffenpatentes unterschieden wird. Vgl. den Aufsatz von Wladika, G. Z. 1855. Nr. 119. Theilweise a. A. ist Unger, I. S. 370, der in Ansehung der verbotenen Waffen mit unserer A. übereinstimmt, Nr. 35., dagegen das Wort „Besitz“ in dem Falle, wenn gewissen Personen das Recht zum Waffenbesitze überhaupt behördlich entzogen wurde, als Detention verstanden wissen will. Nr. 36. Wir finden im Gesetze keinen Grund zu dieser Unterscheidung; beide Fälle werden gleich behandelt. — Der Detentor Namens eines Besitzfähigen ist nicht straffällig (§. 16. cit.). Der Detentor Namens eines Besitzunfähigen wird als Mitschuldiger bestraft.

1) L. 23. §. 1. u. 3. D. h. t. 41. 2. L. 15. D. de usucap. 41. 3. L. 19. D. ex quib. caus. (4. 6), vgl. Puchta, Rechtsl. II. S. 46. Arndts, Pand. §. 138. Zeiller, II. S. 43. Pachmann, §. 30. Winivarter, II. S. 39. Rippel, III. S. 62. Stubenrauch, I. S. 604 und 704. — Dasselbe gilt nach sächsischem Rechte, wie die Vergleichung der §§. 58. u. 186. ergibt. Das

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 unterwerfbar sind. An Sachen dieser Art ist schon darum ein Besitz nicht möglich, weil das zum Dasein des Besizes erforderliche Machtverhältniß nicht realisirbar ist. Dahin gehören die Luft, die fließende Wasserwelle und das Meer in ihrer Totalität;² denn einzelne Theile des Fluß- oder Meereswassers und selbst der Luft können allerdings Gegenstand des Verkehrs sein, sobald sie der physischen Herrschaft unterworfen wurden, z. B. in Gefäßen.³

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:⁴

preuß. Recht enthält dagegen keine Beschränkung des Besizes auf Sachen, die im Verkehre sind. Vgl. auch Koch, S. 107. Nur die Erziehung ist an ihnen ausgeschlossen.

2) Man könnte, ohne fehlzugreifen, 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. 364. Vgl. schon böhm. Landr. D. D. XLVI: „Ein Jeder mag das durch seine Gründe und Boden fließende Wasser fassen und dasselbe zu seiner Notturst, wie es ihm gefällig, führen und laiten.“ . . . S. auch Solzschuber, Theor. u. Cas. des gem. Civilr. II. §. 92. ad 2. — Dagegen ist das Flußbett allerdings Gegenstand des Verkehrs und Objekt dinglicher Rechte. Der senkrechte Luftraum über einem Grundstücke (zu unterscheiden von der darin befindlichen Luft) gehört, so wie der darunter befindliche Grund in die Tiefe, insofern dem Eigenthümer des Grundes, als er die Benutzung desselben durch Dritte, z. B. durch vorspringende Bauten, unterirdische Keller verbieten kann, §. 297. A. b. G. B. Vgl. Unger, I. S. 363.

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. Gemeindegewege, oder von Personen, welche nicht dem Territorial-Rechte unterstehen, nämlich der mit Repräsentativcharakter bekleideten Abgeordneten fremder Staaten, z. B. ausländische Lotterieloose.

a) Alerarische Monturstücke, indem diese, wo sie immer angetroffen werden, ohne alle Rücksicht in Beschlag zu nehmen sind. Hofkanzleidekret vom 15. Dezember 1808. (Vgl. d. bei Stubenrauch, I. S. 703 [467 d. 2. A.] cit. Verordnungen.)

b) Ausländische Lotterieloose, deren Besitz und Innehabung durch die §§. 24. u. 25. des Lottopatentes vom 13. März 1813 und das Hofmrd. v. 7. Juni 1826, P. G. S. 54, B. S. 181 verboten.^{4a}

c) Sachen, deren Einfuhr verboten ist, z. B. verbotene Bücher.

d) Alle öffentlichen (im Eigenthume des Staates oder der Gemeinde stehende Sachen), welche zum allgemeinen Gebrauche bestimmt sind (res publicae, quae in communi usu habentur), da diese, so lange sie diesem Zwecke gewidmet sind, im Eigenthume des Staates (der Gemeinde) verbleiben müssen, die Freiheit der Benützung durch Jedermann⁵ aber den Erwerb jedes

4a) Vgl. Winiwarter, II. S. 39. Nippel, 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 letzte citirte 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. W. G. v. 4. Febr. 1860, Z. 33 ändert an jenem Verbote nichts. Vgl. auch Stubenrauch a. D.

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. Es gibt aber neben dem Gemeindegute und dem Gemeindevermögen noch eine dritte Gattung von Gemeindefachen, welche im Eigenthume der Gemeinde als solcher stehen, und deren Genuß wirklich nur den Gemeindegliedern oder einzelnen Klassen derselben zusteht, z. B. Gemeindeweiden, Gemeindewälder, 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. §. 74. u. 75. des Gemeindeges. v. J. 1849) und den Einzelnen stehen nur gewisse Benützungsrechte aus ihrer Qualität als Bürger, Bauern u. s. f. zu, und wird daher dieses Benützungrecht von der Gemeinde regulirt. (§. 74. cit.: „Der Gemeindeauschuß hat darauf zu sehen, daß kein Gemeindeglied aus dem Gemeindegute 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 zugehört haben. Im Einzelnen läßt sich dies beweisen. Aber allmählig ist mit der Entwicklung des Begriffes der

Privatrechtes hievon ausschließt (§. 287. A. b. G. B.)^{5a} Dahin gehören:

1) öffentliche Flüsse, als welche alle schiffbaren (flößbaren) zu gelten haben. Hofdekret vom 14. Juni 1776.⁶ — Das Flußbett ist Eigenthum und kann auch im Besitze des Staates sein, da ja das Fließen des Gewässers die Ausübung einer gewissen faktischen Gewalt über das Bett nicht ausschließt. (Vgl. die in der Note 8. angeführten gerichtlichen Entscheidungen.) Eigenthum und Besitz von Privaten aber ist davon ausgeschlossen (§. 287. 311. A. b. G. B.). Vgl. L. 3. §. 17. D. de poss.: Labeo et Nerva responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit. Dazu L. 1. §. 2—10. L. 3. D. 43. 12.⁷

Gemeinde als politischer Korporation unmerklich diese selbst Eigenthümerin des Vermögens geworden. Vergl. über diesen Hergang Gerber, Deutsch. Privatr. §. 51. und besonders Renaud, Zeitschr. für deutsch. R. IX. 1., und Reyscher, XVI. S. 166 flg.

5a) Darum heißt es im §. 287. im Gegensatze 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 verstatet werden, als Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seehäfen und Meeresufer, heißen ein allgemeines oder öffentliches Gut“ (im Gegensatze zum Staatsvermögen). So war es schon im röm. Rechte, §. 2. 4. I. 2. 1. L. 5. pr. D. 1. 8., dazu Buchta, Pand. §. 35. Arndts, §. 49. Brinz, §. 50. Böcking, §. 71. u. besonders Windscheid, §. 146., der sich mit Recht gegen die von Keller. Jhering in einem Gutachten bezüglich der Basler Festungswerke aufgestellten Ansicht ausspricht, der zufolge alle öffentlichen Sachen als eigenthumsunfähig erklärt und behauptet wird, daß dieselben nur dem Hoheitsrechte des Staates unterworfen sind. Vgl. auch böhm. St. R. F. 37. Anderer Ansicht ist Unger, I. S. 369, der die res publicae, quae in communi usunt, nicht zu den res extra comm. zählen will, und dadurch mit dem von ihm selbst §. 365 festgehaltenen Grundsätze in Widerspruch geräth. Unsere Kommentatoren begnügen sich mit der Wiedergabe des bloßen Gesetztextes. Vgl. übrigens auch §§. 1456. u. 1457. G. B.

6) Also nicht alle Flüsse, wie der §. 287. A. b. G. B. anzudeuten scheint. Das citirte, längst in Vergessenheit gerathene Hofd. lautet: „In Anbetracht, daß schiffbare Flüsse zum allgemeinen Vermögen des Staates, unter die Regalia principis gehören, und nicht ins Privateigenthum kommen können.“ . . . Vgl. Stubenrauch, I. 604 u. 702. Unger, I. S. 365 (anders in Note 31.), welche indeß kein Gesetz anführen, auf welches sie ihre Behauptung, daß schiffbare Flüsse zu den res extra c. gehören, stützen würden.

7) Wenn in der Entscheid. d. böhm. D. R. G. v. 24. Febr. 1857 (Ger. Z. 1857, Nr. 83.) ein Besitz der Herrschaft S. am Elbflusse angenommen, und der Aufbau einer Wehre als Störung des Besitzes behandelt wird, so gründet sich dieses Erkenntniß auf den Umstand, daß der Herrschaft das Eigenthum an allen, das Gebiet derselben

Dagegen ist am Flußbette nicht schiffbarer Flüsse Besitz von Privaten möglich. Ueber den Erwerb und Verlust desselben gelten die allgemeinen Regeln, wobei selbstverständlich die Frage über das Eigenthum daran nicht eingemischt werden darf.⁸

Sobald das Flußwasser gefriert, hört der Grund auf, warum die fließende Welle kein Gegenstand des Verkehrs ist. Das Eis in öffentlichen Flüssen also, die als Staatseigenthum zu betrachten sind,

durchströmenden Flüssen durch Privilegium des Landesfürsten ertheilt wurde. Der richtige Gesichtspunkt ist in der erstirichtlichen abweislichen Entscheidung ganz verfehlt.

8) Die Frage über das sog. Eigenthum an Flüssen ist eine schwierige. Ueber das gemeine Recht vgl. neuens Börner, Archiv XXXVIII. S. 148—185, 359—379, welcher alle fließenden Gewässer für öffentliche erklärt (nach römischem wie nach deutschem Rechte), 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. auch Bluntzschli, §. 75. Gerber, D. P. §. 63. Windscheid, §. 146., Note. 9. Walter, D. P. §. 171. 172. Holzschuber-Kunze, Gem. Civfr. II. §. 92. — Für das österr. R. vgl. Kalesa, Jurist. XVI. S. 32. Weiske, Saim. Magazin VI. (1852). Lhota, ebend. XL und Ger. Zeit. 1857. Nr. 82. 83. 131. Pelikan, Ger. Z. 1857, Nr. 113. Stubenrauch, S. 702 u. 789. Legterer hält nicht öffentliche Flüsse für Eigenthum der Ukrainer, was aber unmöglich ist, weil sonst diese nicht erst die entstehende Insel okkupiren müßten, um das Eigenthum derselben zu erwerben, §. 407. des G. B. Anders allerdings nach römischem R., nach welchem das Bett selbst von öffentlichen Flüssen als Fortsetzung des Ufergrundes betrachtet wird. — Vgl. Buchta, §. 165. Windscheid, §. 146., Note 11. Börner, a. D. S. 180.). Die Berufung Str. auf die §§. 477. 496., U. 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 Ukrainer an nicht schiffbaren Gewässern; enthält aber keine Entscheidung über die Frage, ob alle Privatflüsse von Rechtswegen den Ufereigenthümern gehören. — Lhota bezeichnet die Wasserrechte vor 1848 als Regal der ehemal. Obriheiten, und glaubt, „daß das Eigenthum an fließenden Gewässern seitdem an die Gemeinden überging, — was rein aus der Luft gegriffen ist. — Meine unvorgreifliche Ansicht ist: Schiffbare Flüsse (vordem Regal, s. Note 6.) sind seit Erlaß des U. b. G. B. (§. 287.) Staatseigenthum und steht deren Benützung Jedermann offen (res publica, quae in communi usu habetur). Nicht schiffbare Flüsse sind wohl in den sog. deutschen Erblanden (sein strenger Beweis ist nicht möglich) Eigenthum der ehem. Obriheiten, deren Gebiet sie durchströmen, und hieran wurde durch die Entlastungsvorschriften nichts geändert. Jenes Eigenthum enthält das Eigenthum am Flußbette und gewisse Benützungrechte, namentlich das Fischereirecht. Vgl. Lhota a. a. D. In diesem Sinne ergingen auch die rechtlichen Gutachten der böhmischen Finanzprokurator v. 28. Mai 1855 u. 23. Dezember 1858, welche sich auf die historische Entwicklung des Grundeigenthums der Unterthanen, die Steuerrollen, die Obervanz und §. 2. des Landtaselpatentes stützen. In diesem Sinne erlosch auch die noch nicht veröffentlichte Entsch. des obersten G. B. v. 21. November 1861 Z. 7350. Ueber ähnliche Gestaltungen des deutschen Rechtes vgl. Bluntzschli, §. 75. 3.

das Allen zum Gebrauche offen steht (§. 287. d. G. B.), wird darum von Jedermann zu seinen Zwecken benützt, insbesondere in ausgehauenen Stücken von Privaten weggeführt werden können. Es gibt daher keinen Privatbesitz am Eise öffentlicher Flüsse, oder einen Besitz des Privatrechtes, das Eis derselben ausschließlich für sich zu benützen, den Fall eines Privilegiums ausgenommen.⁹ (Ein solches Privileg hat die Stadt Prag rücksichtlich des Moldbaulaufes im Weichbilde der Stadt.)

Das Eis in Privatflüssen wird als Eigenthum und Besitz des Eigenthümers und Besitzers des Flusses anzusehen sein.

2) Öffentliche Wege und Plätze, denen die zum allgemeinen Gebrauche bestimmten Gemeinewege und Plätze rechtlich gleichgestellt sind. §. 287. U. b. G. B.¹⁰ Vgl. auch das Hofdekret vom 15. Oktober 1845. Z. 904 J. G. S. bezüglich der für Staats-eisenbahnen expropriirten Gründe, worin diese für dem Privatverlehere entzogene Sachen erklärt werden.

9) Vgl. die Entscheidung des B. Gerichtes Smichow vom 17. Jänner 1860 Z. 641 im Prawnik 1862 §. 7., mit welcher das Wschehradler Kapitel mit der Klage auf Schutz im Besitze des ausschließlichen Rechtes zum Eishauen im Moldbaulusse abgewiesen wurde. U. U. war das böhm. D. L. G., welches das abändernde Erkenntniß folgender Weise motivirte: „Obgleich der Moldbauluß nach §. 287. u. 311. U. b. G. B. nicht Gegenstand des Privatbesizes sein kann, so ist damit doch nicht ausgeschlossen, daß ein Theil desselben im faktischen Besitze sein könnte.“ — ... Diesen Schluß begreifen wir nicht.

10) Vgl. schon d. böhm. Stadtrechte, F. XXXVII. §. 1.: „Straßen, Fußsteige, Durchgänge durch Häuser, Durchfahrten, Landwege u. dergl. Sachen, welche dem allgemeinen Gebrauche von Altersher zugeeignet gewesen, soll Niemand sich zueignen.“ Den öffentlichen Wegen sind in rechtlicher Beziehung gleichgestellt die für Staats-eisenbahnen expropriirten Grundstücke (Hofd. v. 15. Oktober 1845, Z. 904); während bei Privatbahnen nach dem Gesetze v. 14. September 1854, Z. 238 §. 9. lit. c., der expropriirte Grund ins Eigenthum der Eisenbahnunternehmung übergeht. — Wächter, II. §. 44. Unger, I. S. 365, Nr. 13, u. S. 369, Nr. 31. zählen zwar die öffentlichen Wege nicht unter die dem Verlehere entzogene Sache, weil dieselben veräußert werden können. Allein die Veräußerung ist auch rücksichtlich öffentlicher Flüsse möglich, welche doch von beiden unter die dem Verlehere 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 dieß nicht der Fall ist, ist die Erwerbung an Privatreechten daran mit dem Begriffe einer res publico usui destinata unvereinbar. Vgl. auch Buchta im R.-Lex. S. 46; Pachmann, a. a. D. S. 80, Arndts, §. 49. Böcking, P. §. 71. Sitenius, §. 40. Nr. 4. Seuffert, §. 57. und neuerlich besonders Windscheid, §. 146. (mit kurzen aber treffenden Bemerkungen).

Dieser Gesichtspunkt ist festgehalten in dem Erkenntniſſe des D. U. G. für Böhmen vom 2. Dezember 1859 J. 15822 (nicht gedruckt), mit welchem Kläger mit der Besitzstörungsklage abgewiesen wurde, weil der in Anspruch genommene Weg ein öffentlicher sei, in welcher Qualität daran kein privatrechtlicher Besitz erworben werden könne. Dasselbe Prinzip hält fest das Erkenntniß des obersten Gerichtshofes in Nr. 67. der Ger. Zeit. 1862 und in Nr. 573. der Unger-Glaser'schen S. II. und das Erkenntniß des D. U. G. München vom 28. Dezember 1842 (Mathiae, I. S. 449, Präj. 2.: „Die Absperrung eines öffentlichen Weges begründet keine Privatklage, sondern die Vorsorge für den Fortbestand derselben ist Sache der Administrativbehörde.“ (N. N. war in einem Falle das Dresdner D. U. 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 Holzschuber, II. §. 87. aus.) — Dagegen sind Sachen, die im ausschließlichen Privateigenthume der Gemeinden oder des Staates stehen, im rechtlichen Verkehre, und können daher Objekte des Besitzes sein. Dasselbe gilt auch von denjenigen Gemeindesachen, welche nur gewissen Gemeindeangehörigen zur Benützung freistehen, z. B. Gemeindeweiden (Almenden). Die Erwerbung des Besitzes an denselben richtet sich nach dem N. b. G. B. (§. 299.) und sind daher zur Entscheidung hierüber die Gerichtsbehörden kompetent.¹¹

Ebenso sind Kreuzpartikeln und Reliquien allerdings Gegenstand des rechtlichen Verkehres, und daher auch des Besitzes, da nur die entgeltliche Veräußerung derselben verboten ist (Hoffanzleidekret vom 30. September 1805).^{11a}

11) Vgl. Mayerhöfer, Handb. der Verwaltung, 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 öffentlichen bezeichnet; einer Weide, auf der er als Gemeindeangehöriger Benützungsberechtigte in Anspruch nimmt. Vgl. die Minist. Entsch. v. 27. März 1857 bei Mayerhöfer a. D. und die Entsch. des oberst. Ger. Hofes v. 29. September 1858 J. 10940 im Präv. 1864, S. 446; dann die Entsch. des Stuttgarter D. Trib. N. III. in der Samml. außerordentlicher Civilrechtsprüche v. Tafel. V. 1. Heft.

11a) Irriger Weise werden dieselben von Rippel, III. S. 63, und Stubenrauch

Auch verbotene Waffen und Munitionsgegenstände sind Gegenstand des Verkehres, und es ist nur deren Erzeugung und Besitz in subjektiver Hinsicht an besondere Beschränkungen gebunden.¹²

Die zum Gottesdienste geweihten Sachen (res sacrae) stehen im Eigenthume der betreffenden kirchlichen Institute und sind dem Verkehre ebensowenig entzogen,¹³ als die im Privateigenthume des Staates stehenden Sachen (res publicae im engeren Sinne) und die dem Landesfürsten privatrechtlich eigenthümlichen Güter.¹⁴

Selbstverständlich sind Sachen, deren Veräußerung im Ganzen oder in Theilen an die Bewilligung der Behörde oder des Landesfürsten gebunden sind, darum doch immer Gegenstand des Verkehres und darum des Besitzes.¹⁵

raub, S. 704, zu den res extra commercium gezählt. Vgl. dagegen Unger, I. S. 366.

12) Irrig zählt Rippel a. D. und Stubenrauch, I. S. 703, auch diese zu außer Verkehr stehenden Sachen. Vgl. §§. 2. 3. 8. u. 12. des Waffenpatentes v. 24. Oktober 1852 J. 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 jedwedes Verkehres mit denselben nicht.

13) Vgl. besonders Unger, I. S. 367. — Das Gegentheil behauptet Pachmann, S. 80. Bei ihnen ist jedoch wie bei den übrigen kirchlichen Gütern die Erfindungszeit eine längere (§. 1472. G. B.). — Nach röm. Rechte waren sie dem Verkehre gänzlich entzogen. Vgl. L. 30. §. 1. D. de acq. poss. 41. 2. Vgl. Böcking, §. 69. Dies behaupten auch die Kanonisten, vgl. Helfert, Kirchenr. §. 415. Schulte, Kirchenr. II. S. 504. Während sie jedoch nach röm. R. eigenthumsunfähig waren, kann dies nach heutigem R. gewiß nicht mehr behauptet werden, vgl. Windscheid, P. §. 147., Note 4. — Kirchenstücke sind selbstverständlich Gegenstände des Verkehres. Vgl. die oberstger. Entsch. v. 19. April 1859 (Ger. Halle 1859, Nr. 21.; bei Unger-Glaser, S. II. N. 772.). Uebrigens ist an ihnen nicht Sachbesitz, sondern Besitz des Benützungsberechtigten anzunehmen. So auch Holzschuber (Kunze), II. S. 26, und die cit. oberstger. Entsch.

14.) Das Staats eigenthum (wie das Eigenthum der Gemeinde) unterliegt der außerordentlichen Erfindung, §. 1472. Nach röm. R. stand Erfindes außer allem Verkehre und war daher kein Gegenstand der Erfindung, L. 9. D. de usurp. (41. 3). — Die Privatgüter des Landesfürsten sind Gegenstand des privatrechtlichen Verkehres, daher des Besitzes und der (ordentlichen) Erfindung (§. 289. im Gegensatz zu §§. 287. u. 1478. N. b. G. B.), und ist es durchaus nicht einzusehen, was für faktische Gründe es sein sollen, aus denen Unger, I. S. 366, dieselben den res extra commercium gleichstellen will. Vgl. Stubenrauch, III. S. 699. 3.

15) Dahin gehören Mündelgüter (§. 232. 233. N. b. G. B.), Fideicommissgüter (§. 633. ff. N. b. G. B.), Güter der katholischen Kirche, art. XXXIII. des Konkordats, landtäfliche Güter, bestiftete Gründe eines untrennbaren Bauern-

Erwerb des Sachbesizes.

§. 11. a. Die Besitzergreifung.

Durch den Begriff des Besitzes als thatsächlicher Beherrschung einer Sache mit dem Eigenthumswillen sind bereits die Erfordernisse des Besitzes gegeben. Wie der Besitz, so sind auch die Erwerbshandlungen desselben faktischer Natur. Das eine Moment des Besitzes, der Eigenthumswille, fordert einen Willensentschluß mit diesem Inhalte; — das andere Moment, die thatsächliche Macht über die Sache — einen körperlichen Akt, der diese Macht gewährt — Besitzergreifung, Apprehension. Beide Erfordernisse aber sind nöthig; fehlt Eines, so ist kein Besitz erworben.¹ Auf das zeitliche Zusammenfallen oder die Aufeinanderfolge derselben kommt nichts an.² 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.³

gutes. Irrig ist daher die Motivirung der Entscheidung des Ministeriums des Innern vom 9. Oktober 1857, Nr. 45. in der Zeitschrift für österr. Verwalt. 1858, worin die letzteren „als außer Verkehr stehende“ Sachen bezeichnet werden. Vgl. dagegen die Entsch. des oberst. Ger. Hofes, N. 882. der Unger-Glaser'schen S. II.: „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 Z. 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. 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 L. noch reiner Gedanke, ohnmächtiger Wunsch; die Verförperung desselben nur seine Erfüllung, ein zweites Moment seines eigenen Wesens. Dagegen bemerken wir: Wille ist vollständiger Wille, auch ohne seine Verwirklichung in der Sinnenwelt; und diese ist nicht ein Moment seines eigenen Wesens, sondern ein von demselben Verschiedenes, Wille ist Geist, Verwirklichung aber ist Materie. Vgl. nun Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 47 folg.

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 besondern Ausdruck finden müßte, z. B. durch Worte; der Wille kann auch aus Umständen, konkludenten Handlungen erschlossen werden. —

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

Was zunächst das zum Besitze erforderliche Willensmoment betrifft, so erwähnt zwar der §. 312. desselben nicht ausdrücklich; aber der §. 309. läßt keinen Zweifel übrig, in welcher Willensrichtung die Apprehension vorgenommen werden müsse. Von dem Inhalte des zum Besitzeserwerb erforderlichen Willens wird im §. 12. d. A. 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. Möglichkeit unmittelbarer und ausschließlicher körperlicher Verfügung über dieselbe. Zum Dasein des Besitzes ist also eine Handlung erforderlich, welche jene Macht über die Sache verschafft. Die so geeigenschaftete Handlung nennt der juristische 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 vor Allem unmittelbare Gegenwart bei dieser als regelmäßige Bedingung voraus. Unter Umständen, z. B. bei herrenlosen Sachen, kann schon diese allein jene thatsächliche Macht verschaffen; unter Umständen sind aber außerdem noch andere Thatsachen 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 Anderen 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

durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung; unbewegliche aber durch Betretung, Berräumung, 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 Verhältnis zur Sache tritt, daß er beliebig auf dieselbe einwirken kann und wenn der Wille, Eigenthum an ihr auszuüben, hinzukommt.«

entweder bändiget, oder unserem Willen dienstbar macht. Vollständige Bewältigung (Fesselung, Einsperrung) oder Zählung bedingen daher die Begründung faktischer Herrschaft über dieselben. 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.⁵ Es ist wesentlich eine Thatfrage, welche Handlung im einzelnen Falle zur ausschließenden Herrschaft über die Sache, zum Besitze führt.

Während das preussische Landrecht (§. 50. 51. I. 7) und neuerdings das sächsische^{5a} bürgerl. 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 beispielsweise einige Ergreifungsarten genannt. Denn 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.⁶ 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

5) Vgl. Savigny, §. 14. Brinz, P. S. 62. Böcking, §. 124. 3. Windscheid, S. 380, N. 4.

5a) Die §§. 50. 51. I. 7. des L. N. 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.“ Der §. 194. des sächs. b. G. B. bestimmt: „Der Besitz wird erworben, wenn Jemand durch einseitige Handlung oder durch Uebergabe in ein solches Verhältnis tritt, daß er beliebig auf dieselbe einwirken kann“ . . . Das französ. N. hat keine derartige Bestimmung.

6) Vgl. auch Bachmann, S. 72 a). Stubenrauch, I. 636, 2). Schon die Textirung des §. 312. weist auf eine bloß demonstrative Anführung hin.

kann,⁷ so wie andererseits in vielen Fällen das bloße Berühren und Betreten diese Möglichkeit nicht verschafft.⁸ Es wird daher wohl im ersteren, nicht aber im letzteren Falle Besitz erworben sein.⁹ Nur die sofortige physische Möglichkeit der ausschließlichen¹⁰ Einwirkung auf die Sache ist es also, welche das Wesen der Apprehensionshandlung bildet.¹¹ Berührung und Betretung sind hiefür weder wesentlich — noch hiezu immer geeignet.

7) Deutlich sprach dies aus L. 1. §. 21. de poss.: Non est enim corpore et tactu necesse, apprehendere, sed oculis et affectu.

8) 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. de adqu. rer. dom.) Wer hingegen ein Grundstück betritt, das in eines Dritten Besitze ist, hat dadurch allein offenbar den Besitz noch nicht erworben, — sondern hiezu bedarf es sicherlich erst der Vertreibung oder Einwilligung des bisherigen Besitzers. — Bei einem wilken Thiere ist die Möglichkeit der Herrschaft nur bei der Einschließung in einen Zwinger, bei einem Pferde schon mit der Ergreifung des Zügels gegeben u. s. f.

9) Vgl. Brinz, I. S. 61. Böcking, P. §. 124., Note 3.

10) Das Merkmal „ausschließlich“ scheint Windscheid, §. 153. N. 3., nicht erforderlich zu sein; wir halten es für unerlässlich für den Begriff der Apprehension und daher die im Texte gegebene Definition W.'s für zu weit, übrigens gibt W. selbst in der Note 3. a. E. die nöthige Korrektur.

11) Das Savigny, §. 14., dem die Meisten folgen. Dagegen wirft neuestens Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 52 fg., der Savigny'schen Theorie vor, daß sie keine bestimmten Prinzipien für den Besitzwerb 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 Sav. 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, §. 154. N. 4., bemerkt, im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen anheimgegeben werden. Fragen wir aber, welche Prinzipien Baron für die Apprehension aufgestellt habe, so erhalten wir die Antwort: zum Besitzwerb 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 niederlegt, so lange die Erlaubniß dauert (S. 112). Bei Sachen unter der Erde besteht sie im Begraben ohne Rücksicht auf den Willen des Grundbesitzers (§. 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 ausgedehnter Begriff wäre, warum hätten ihn nicht die Juristen, insbesondere Paulus an die Spitze ihrer Erörterungen über den Besitzwerb gestellt, statt derselben nur in einigen wenigen Fällen zu erwähnen? Custodia bedeutet entweder persönliche Bewachung (L. 39. 44. 51. D. de poss.), oder besondere absichtliche

In der soeben gegebenen Begriffsentwicklung der Apprehension werden wir durch die Vergleichung des von der Okkupation handelnden §. 381. A. b. G. B. bestärkt. Dieser fordert nämlich zur Zueignung eine Handlung, „wodurch man sich einer freistehenden Sache bemächtigt;“ — Besitz- und Eigenthumserwerb 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, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung, sondern durch jedweden Akt erworben, der die Möglichkeit der sofortigen und ausschließlichen Einwirkung auf die Sache verschafft, daher insbesondere auch durch die im §. 427. A. b. G. B. angeführten, sogenannten¹² symbolischen Uebergabsakte, so

Verwahrung oder Absperrung an einem bestimmten Orte (L. 3. §. 3. 13. 15. D. de poss. u. L. 3. §. 2. D. de acq. dom.), oder die Zähmung (L. 3. §. 15. D. de poss.), — also überhaupt eine 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 Grundbesitzers oder mit seiner Erlaubniß daselbst sich befinden, in custodia sind. Nicht eine Duellenstelle 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 auf fremden Grund ohne Erlaubniß des Grundbesitzers kommen (so S. 101) und wäre dies in des Besitzers nächsten 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 Gemeindegründe ohne Erlaubniß des Detentors stehen ließ. Andererseits hätte ich den Besitz nicht verloren, wenn mein Rind 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. u. L. 28. D. de poss., welche letztere Stelle freilich B. mit der Bemerkung bereinigt, 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 nebst Baro auch Lenz, S. 184 flg.; allein da Lenz über die custodia, S. 198, ausdrücklich bemerkt, daß sich über die der custodia wegen nöthigen Vorkehrungen wegen der Verschiedenheit der Fälle keine allgemeine Regel aufstellen lasse, so besteht keine Abweichung von der herrschenden Anschauung nur in Definition der custodia.

12) 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.

fern 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 Vorahme diese Möglichkeit vorhanden ist. Der so gefundene Grundsatz soll nun im Einzelnen durchgeführt und zur praktischen Geltung gebracht werden. Zwei Bemerkungen müssen hiebei vorausgesandt 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 Eigenthumserwerbe vorkommenden gesetzlichen Bestimmungen berufen, sofern, wie namentlich bei Okkupation und Tradition, Besitzergewinn und Eigenthumserwerb zusammenfallen.¹³ Sodann sollen auch jene gesetzlichen Bestimmungen hier verworthen werden, welche von einer Uebergabe „durch Zeichen“ sprechen (§§. 315. u. 427.), da dieselben, wie sich ergeben wird — Einen Fall ausgenommen — eine bloß symbolische Uebergabe (im Gegensatz zur natürlichen) nicht enthalten.¹⁴

Aus der Anwendung des früher erwähnten allgemeinen Grundsatzes ergibt sich, daß folgende Handlungen als Besitzergreifungsakte erscheinen:

A. Rückichtlich der Mobilien und Immobilien.

1) Die bloße unmittelbare Gegenwart mit dem Besitzergrei-

13) So auch Savigny, S. 229, und bezüglich der Okkupation die oberster. Entsch. N. 1014. der Unger-Glaser'schen S. II. 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 überieht, daß in den Fällen der Tradition, Besitzergewinn und Eigenthumserwerb begriffsmäßig untrennbar sind. Vgl. gegen Pachmann schon Winwartter, II. S. 43 Note, und Stubenrauch, I. S. 636 und 638. Erwähnt doch das Gesetz der traditio brevi manu auch nur im Hauptstücke vom Eigenthumserwerbe (§. 418.) und wer würde hier Besitzergewinn läugnen?

14) Auch dagegen erklärt sich Pachmann (§. 29. N. 12.): Das österr. Recht wisse nichts von einem Besitzergewinne „durch Aufheben 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 N. bemerkt wurde, im Falle der Uebergabe Besitz- und Eigenthumserwerb nicht weniger zusammenfällt, als im Falle der Okkupation, unterläuft bei Pachmann noch ein zweiter Irrthum: daß nämlich die im §. 427. genannten Erwerbsarten sämmtlich symbolische sind, was nicht der Fall ist.

fungswillen, vorausgesetzt, daß der sofortigen physischen Ergreifung nichts im Wege steht.¹⁵ Dies tritt ein z. B. bei herrenlosen Sachen, oder bei solchen, welche der bisherige Besitzer¹⁶ 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 des Besitzergreifens 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.¹⁷

15) L. 79. D. de sol. : Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut . . . et 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.: 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. 235. Koch, S. 130. Brinz, S. 61. Böcking, §. 124. S. 462. Bemerkenswert ist, daß die von Böcking, §. 124. Note 25., behauptete Unterscheidung von possidere (Besitz ergreifen) und possidere (besitzen) auf die Erklärung mancher Stelle, z. B. L. 2. D. de poss., ein neues Licht zu werfen geeignet ist.

16) Hieraus ergibt sich, daß wir mit der herrschenden Ansicht die Gegenwart insofern als Apprehensionsakt ansehen, als sie geeignet ist, die thatsächliche Herrschaft über die Sache zu vermitteln. U. U. ist Lenz, S. 180, welcher sie bei Grundstücken, und nur bei diesen darum zum Besitzergreife für hinreichend erklärt, weil nun 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 Besitzergreife genüge? Konsequent müßte L. zugeben, daß bei Grundstücken, die man aus früherer Anschauung kennt, auch nicht einmal Gegenwart notwendig sei, sondern bloßer Besitzwille. Vgl. dagegen auch Baron, Jahrb. VII. S. 45—50, der L. mit Recht „Unterhöhlung des Besitzgriffs“ vorwirft.

17) L. 77. de rei vind. L. 3. §. 1. de poss.: Sufficit, quamlibet partem 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 sinibus intulissem — eine Stelle, die noch heute von vielen namhaften Juristen (z. B. Böcking, §. 124. S. 461. Brinz, §. 27.) als Fall der Uebergabe durch Erklärung oder Zeichen aufgefaßt wird. Nur dann, wenn das Grundstück hart am Fuße des Gebäudes liegend

Sind daher zwei Personen bei demselben Grundstücke gegenwärtig, von denen Eine bereits Besitz hat, so entscheidet über den Besitzwechsel die ausgesprochene Richtung ihres Willens.¹⁸ 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 *vacua possessio*. Beim Widerstreite der Willen entscheidet der thatsächliche Erfolg.

2) Durch Bezeichnung der Sache, z. B. der gefällten Baumstämme im Walde.¹⁹ Rückfichtlich der Immobilien führt der §. 312. des G. B. die Bezeichnung namentlich als Besitzergreifungsakt an, in Ansehung der Mobilien ergibt dies der §. 427. des G. B.²⁰ Vorausgesetzt wird natürlich, daß, abgesehen von der Bezeichnung,

gedacht wird, fällt der Fall der L. 18. §. 2. cit. unter die Regel des Besitzergreifes durch die unmittelbare Gegenwart. — Das sächs. 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 obersten G. S. in Nr. 60. und 61. Ger. Zeit. v. J. 1852, welche Besitz-, beziehungsweise Eigentumsverwerb durch Tradition in dem Falle annahm, wo dem Uebernehmer die Frachtbriefe mit Einweisung auf die in dem anstößenden Magazine befindlichen Kisten eingehändigt werden. Dagegen Unger (Entwurf, S. 190). Nur darf darin keine symbolische Uebergabe gesehen werden, wie dies verkehrter Weise geschehen ist.

19) L. 14. §. 1. de peric. et comm. 18. 6. Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset. Nicht widersprechend ist L. 1. §. 2. eod., in welcher *laboreo* Trebatius die bloße Bezeichnung der Fässer nicht als Uebergabe aufsaßt, der Grund liegt aber in dem Zweifel über die Willensrichtung des Käufers: *magis enim ne submutetur signari solere, quam ut traditum videatur*. Vgl. Savigny, a. a. D. Böcking, §. 124., Nr. 31. Brinz, Band. §. 27. 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 (oder Eigentum) übertragen. Dies übersehen mit älteren Theoretikern (gegen welche Holzschuher (Kunze), II. §. 84., zu vergl. ist) Bornemann, I. S. 510 und Koch, S. 143. Die von Bornemann berufenen §§. 585. 586. enthalten kein Wort davon: der weiter cit. §§. 221. I. 9. spricht allerdings vom Eigentume unabgesonderter Früchte, aber nicht vom Besitze derselben, und Nichts berechtigt, diese naturwidrige Bestimmung auf diesen auszudehnen. Will doch B. selbst, S. 512, trotz §. 98. I. 9. keinen Sonderbesitz an verschiedenen Stockwerken eines Hauses zulassen.

20) Vgl. Wintharper, II. S. 43. Stubenrauch, I. S. 636. Dagegen Pachmann, (S. 29. Note 12.), der die Anwendbarkeit des §. 427. auf die Besitzlehre läugnet und in dem Besitzergreife durch Aufdrücken der Siegel einen singulären (symbolischen) Apprehensionsakt erblickt, welche angeblich nach öfter. Rechte nicht zum Besitzergreife genügen. Allein liegt denn in der im Texte angegebenen Weise eine symbolische und nicht vielmehr eine natürliche Apprehension vor?

die Möglichkeit ausschließlicher Macht über die Sache gegeben ist. Denn ohne diese kein Besitz. Dies spricht ausdrücklich aus der §. 56. I. 7. des preuß. Landrechtes.²¹ Die Bezeichnung erscheint daher nur als der Ausdruck, als Verfünnlichung jener Macht.

B. Rückfichtlich der beweglichen Sachen. Im Allgemeinen wird zum Besitzerverbe von Mobilien, sofern wir sie nicht bei uns tragen, in der Regel eine gewisse Verwahrung nothwendig sein, welche uns die Möglichkeit gewähren muß, Andere von der willkürlichen Einwirkung auszuschließen und uns selbst dieselbe für die Zukunft zu sichern, z. B. Versperren, Verstecken u. s. f. Die römischen Quellen nennen die besondere, eigens zur Verwahrung (zur Gewahrsame) getroffene Veranstaltung »custodia«. Eine solche besondere Verwahrung ist aber zum Ererbe 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, jedenfalls aber 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 naturwidrig als unnöthig sein, und Gleiches gilt von Säulen, Statuen, Steinblöcken. Nach Verschiedenheit des Objectes und der Art der Verwahrung erscheinen als Besitzerverbsakte namentlich nachstehende Handlungen:

21) Vgl. die Entscheid. des obersten O. G. N. 106., und Unger-Glafer, S. I. „Die Stellung der Markbäume kann . . . keinen Besitz beweisen (bez. begründen)“. Denn die Bezeichnung an sich kann offenbar keine Gewalt über die Sache geben, z. B. bei einem Baumkloze, oder einem Steinblocke, den ich auf einer Haide finde. Nach Handelsrecht gilt nichts Abweichendes. Denn das H. G. B. enthält über diese Frage keine Bestimmung. Es kann daher insbesondere die Aufsetzung des „kaufmännischen Zeichens“ nicht als Besitzübertragung angesehen werden, sofern nicht entweder die Bedingung 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 N. 5* citirten Entscheidungen der D. A. Gerichte der v. f. Städte; dann die Entscheid. des Lübecker D. A. G. bei Mathiae, Kontrov.-Lex. I. S. 118. Auch keine präsumtive Apprehension, wie Runke zu Holzschuber, II. S. 20 Anm., meint, enthält die Signirung. — In dem von Pagenstecher, Pand. Prakt. S. 140, angeführten Falle hat u. G. der Fischer, der den todten Wallfisch an der Elbemündung fand, dessen Besitz mit dem bloßen Ausschneiden der Rippen noch nicht erlangt. Vgl. Bornemann, I. S. 495.

1) Persönliche Bewachung (sog. subjektive custodia), sei es durch den Ererber selbst oder seinen Mandatar.²²

2) Die Hinterlegung in der Wohnung oder in einem sonstigen, Dritten unzugänglichen Orte, z. B. im Keller, in der Scheune, im Magazine.²³ Auf das Eigenthum am 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 unseren Willen unzugänglich.²⁴

3) Das Vergraben in Grund und Boden, oder im Gemäuer, sei es nun im eigenen oder fremden Grund oder Gemäuer. Denn da nur der Vergrabende weiß, wo sich die Sache befindet, nicht aber Dritte, so hat nur er die Möglichkeit, faktisch über die Sache zu verfügen.²⁵

22) Von Fällen dieser Art spricht namentlich L. 51. D. de poss.: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquid custodiat.

23) So auch Winwarter, II. S. 43. Stubenrauch, I. S. 636. L. 18. §. 2. de poss.: Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me, certum est, quamquam id nemo dum attigerit; 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 possedisse, da dem Besitzer der animus possidendi rückfichtlich der singulae res fehlen kann, z. B. solchen, die ohne sein Wissen hineingebracht wurden. Vgl. L. 9. §. 3. cit. und Savigny, S. 255.

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 allzuohohem Werthe“ ist, so wird Niemandem entgehen, daß dieselbe Einwendung auch auf Häuser (Sommer-, Winterwohnungen) zutrifft. Nicht auf die größere oder geringere Widerstandsfähigkeit gegen Einbruch, sondern auf den Verschluß überhaupt kommt es also an.

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 Besitzer wäre der Vergrabende nicht gewahrt? Heißt es doch in meo vel alieno? Und wie, wenn ich in einem Gemäuer etwas verberge? Es ist offenbar, daß die Theorie B.'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.

4) 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. Denn befände sich z. B. der Koffer, zu dem die Schlüssel übergeben werden, eben im Besitze eines Diebes, oder wäre derselbe verloren gegangen, so kann vom Besitzerverbe nicht die Rede sein. 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, ausschließlich den Besitz der Sache zu ergreifen.“²⁶ Es ist eine Thatfrage, ob Gegenwart bei der verschlossenen Sache erforderlich ist oder nicht.

5) Schwieriger ist die Frage, worin der Apprehensionsakt bezüglich eines Schatzes (§. 398.) besteht.²⁷ 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 Nichtgrundbesizers 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

26) Daraus ergibt sich, wie ungerechtfertigt es ist, die Uebergabe der Schlüssel als symbolische Erwerbssart aufzufassen, wie dies unsere Kommentatoren thun. Auch hier läugnet Pachmann, §. 29. 12., Besitzerverb, da nach §. 427. bloß Eigenthum übergehe. Dagegen schon Winwarter, II. S. 43, und Stubenrauch, I. S. 638, Unger, zum sächs. Entwurf, S. 79. Vgl. L. 9. §. 6. D. de acq. rer. dom. L. 74. D. de cont. emt. L. 1. §. 21. de poss.: »et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae traditae fuerint.« Vgl. über diesen Erwerbssfall Näheres am Schlusse dieses §. Vgl. auch die Entscheid. des D. A. G. Dresden v. 7. März 1849 bei Matthiae, I. S. 118, Präj. 3., wo die Uebergabe von Jahrmarktsbuden durch Uebergabe der Schlüssel des Schupfens, in dem sie aufbewahrt wurden, angenommen wird.

27) L. 15. ad exhib. L. 44. pr. de poss., insbesondere L. 3. §. 3. eod.: Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere 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, Sabinus 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 thesaurus (im nicht bloß technischen, sondern im weiteren Sinne, also jedes vergrabenen Geldes u.) nicht schon durch den Willensentschluß des Grundbesizers, sondern erst durch loco movere erworben. Vergl. über diese Stelle und deren Interpreten Savigny, §. 17. S. 261.

den Besitzwillen faßt, da ja abgesehen davon, daß die Existenz des Schatzes vor der wirklichen Ausgrabung fraglich ist, vor der Hebung desselben eine sofortige unmittelbare Gewalt über denselben nicht Statt hat, und die Ergreifung einem Dritten, der hiervon weiß, in gleichem Grade möglich sein kann, wie dem Grundbesitzer.²⁸ Die Richtigkeit dieser Auffassung wird bestätigt durch die dem §. 394. zum Grunde liegende Anschauung, welcher zu Folge das bloße Entdecken einer verlorenen Sache — ohne das körperliche Streben nach derselben zum „Finden“ nicht hinreicht.²⁹

6) An Wild wird der Besitz nicht schon durch das Erlegen (Erschießen), sondern erst durch die unmittelbare Gegenwart (mit oder ohne Ergreifen des Wildes) mit der Möglichkeit und dem Willen, es für sich zu haben, erworben.³⁰ Uebrigens genügt dieser Apprehen-

28) Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß ja der Besitz von Mobilien schon durch Hinterlegung in der Wohnung erworben werde; denn zufolge des Hausrechtes hat der Wohnungsinhaber die custodia über die Sache. Aus der verschlossenen oder verschließbaren Wohnung kann Niemand ohne den Willen des Herrn etwas nehmen. Anders ist es auf offenem Felde. Ist dagegen der Schatz im Hause vergraben und weiß der Hausbesitzer genau den Ort, so macht ihn allerdings der bloße Willensentschluß zum Besitzer. Vgl. auch Savigny, S. 258, Note 1. — Anderer Ansicht ist Baron, a. a. D. S. 82, 115, der auch hier Heben des Schatzes fordert.

29) Die österr. Schriftsteller erwähnen des Falles in der Lehre vom Besitze nicht.

30) L. 5. §. 1. und L. 55. de acq. rer. dom. L. 13. l. de rer. div., wo es sehr richtig heißt: Multa enim accidere possunt, ut eam non capiamus; Savigny, S. 400. Kierulff, I. S. 381. Das „Erlegen“ genügt nur bei wirklicher Tödtung und nur insofern, als sofortige Ergreifung möglich ist; dagegen genügt nicht das Erlegen an sich, wie Stubenrauch, I. S. 779, 2., behauptet. Man denke, daß die angeschossene Ente im Schilf nicht zu finden ist, oder gar unter dem Wasser sich verbissen hat! Andererseits ist auch nichts mehr erforderlich, als sofortige Apprehensionsmöglichkeit. Es ist gleichgültig, ob ich oder mein Jagdhund das geschossene Wild ergreift. Das bloße „Anschließen“ genügt keineswegs. Vgl. §. 5. des Jagdpat. v. 28. Febr. 1786; „Angeschossenes Wild darf nicht im fremden Wildbanne verfolgt werden.“ — Ob das Fangen des Wildes in Schlingen, Fallen u. s. w. den Besitzerverb bewirke, oder ob außerdem noch unmittelbare Gegenwart, vielleicht sogar Herausnehmen aus der Falle, nothwendig sei, ist u. G. Thatfrage. Entfernung des Ortes, der Falle, Art und Sicherheit derselben, Gattung des Wildes, Leichtigkeit des Entweichens beim Herausnehmen u. s. f. kommen hier in Betracht. Man denke nur, daß etwa ein Reh in der Hasenschlinge eines Wilddiebes in entferntem Walde — und hinwieder ein Marder in einer Falle innerhalb eines ummauerten Gartens sich gefangen hat. Ohne erlangte Kenntniß von der Einfangung und Möglichkeit sofortiger ungehinderter und sicherer Bemächtigung ist jedoch keinesfalls Besitz erworben. In diesem Sinne fassen L. 55. D. de acq. r. d. 41. 1, die den Schlingensfang behandelt, mit Savigny, S. 249,

fionsakt zum Besitzerverbe, und ist nicht etwa noch nothwendig, das erlegte Wild aus dem Jagdreviere zu bringen.³¹

Wilde Thiere selbst in eingegegten Thiergärten und Fische im Teiche sind nicht im Besitze des Besitzers des Thiergartens oder Teiches, weil die einzelnen Thiere nicht der Art unserer physischen Gewalt unterworfen sind, daß wir sie unmittelbar ergreifen könnten.³² 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, gut abgeschlossenen Garten.

die meisten Späteren auf. Dagegen nimmt neuestens Baron, Jahrb. VII. S. 64, die Meinung einiger Aelteren auf, welche mit Rücksicht auf die einleitenden Worte der L. 55. darauf Gewicht legen, ob die Schlinge an einem öffentlichen, oder Privatorte, an diesem wieder mit oder ohne Einwilligung des Eigenthümers gestellt ist. Ein Argument gegen Savigny's Theorie können wir in jener Stelle nicht finden: *Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*, sagt schließlich der Jurist mit Recht.

31) Irrig ist daher auch vom strafrechtlichen Begriffe des Besitzes ausgehend die Entscheidung des obersten Ger.-Hofes, die Herbst, Strafr. I. S. 291, billigend anführt: daß ein Wilddiebstahl erst dann als vollzogen anzusehen sei, wenn das erlegte Wild aus dem Reviere gebracht wurde.

32) Vgl. auch Savigny, S. 401: *multa accidere possunt, ut eam non capiamus* muß man auch hier mit dem Juristen ausrufen! Es ist wahrscheinlich, daß wir den Hasen oder das Reh im Thiergarten erlegen, aber sie können uns entwisphen. Selbst in geschlossenen Thiergärten hat ein Dritter fast ebenso sehr die Möglichkeit, das Wild zu erlegen, wie der Besitzer selbst. Unrichtig baut Lenz, S. 270, die Nichtannahme des Besitzes in diesen Fällen darauf, daß der Besitzer nicht wisse, was er wolle (haben könne). — Anders, wenn das Wild in dicht umzäunten kleinen Gehegen, oder Fische in einem Fischkasten, oder in kleineren künstlichen, rasch ablaßbaren Wasserbehältern sich befinden, wo kein Thier uns entwisphen kann und das Fangen nur Frage einer kurzen Zeit ist. L. 3. §. 14. *de poss. Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno 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. 401 meint); und pflichten ihm vollkommen darin bei, daß der Unterschied zwischen vivarium und silva circumseptas 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 meilenweite Thierparke können mit Mauern umschlossen sein (wir kennen deren mehrere) und selbst meilenweite Teiche können trocken gelegt werden, und doch wird vom Besitze an Wild und Fisch in solchen Gehegen und Teichen keine Rede sein können. Wir glauben, daß es sich auch hier bloß um Thatsachen handelt, und aus diesem Gesichtspunkte dürfte L. 3. §. 14. cit. zu beurtheilen sein.

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 Verhältniß, in dem sich diese Fiktion des §. 295. als praktisch bewähren würde; sie ist schlechthin eine juristische Todgeburt.³³

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, Verrainung, Bearbeitung, Markensetzung (§. 312.). Handlungen dieser Art sind dort unerläßlich, wo Grund und Boden noch unabhgetheit 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.³⁴

Beim Besitzerverbe ist es gleichgiltig, ob der Willensentschluß und die Apprehension der Zeit nach zusammenfallen oder nicht. Ein Fall, wo das zum Besitze erforderliche Machtverhältniß über die Sache dem Willensentschlusse vorangeht, wird im gemeinen und in neueren Partikularrechten als *brevi manu traditio* bezeichnet.³⁵

33) Das Nähere gehört natürlich nicht hieher. 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 Okkupationsrecht der Thiere, und dies nicht immer, wenn nämlich das Jagd- und Fischereirecht Jemand Anderem zusteht. Vgl. hierzu überhaupt Unger, I. §. 48., dessen Scharfsinn auch hier den richtigen Gesichtspunkt zuerst aufdeckte.

34) Vgl. den §. 17. über Mitbesitz.

35) Die *brevi m. traditio* ist nicht der einzige hieher gehörige, sondern nur der Hauptfall; denn dasselbe Verhältniß 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.

Das Gesetzbuch erwähnt zwar desselben nur im Kapitel vom Eigenthumserbe 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 benutzt werden kann, da ja bei der Tradition nach österr., wie nach röm. Rechte der Besitzwerb mit dem Eigenthumserbe zusammenfällt.³⁶ Das Gegenstück zur traditio brevi manu bildet der Fall des sog. constitutum possessorium, nach welchem der Besitz einer Sache durch den bisherigen Besitzer zufolge bloßer Willensänderung für einen Dritten erworben wird. Das const. poss. 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 Besitzwerb im Wege der trad. brevi manu, noch das constit. possessorium eine Ausnahme von der allgemeinen Regel bildet.³⁷ Wird eine Sache bedingt zum Besitze übergeben, so hat der Uebernehmer zunächst nur die De-

36) Vgl. Rippel, III. S. 64. Winwartter, II. S. 43. Pachmann, S. 73. Stubenrauch, I. 636. Auch das röm. Recht erwähnt dieses Falles nur bei Gelegenheit des Eigenthumserbes durch Tradition. L. 9. §. 5. D. de acquir. 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. ered. Dieser Fall des Eigenthumserbes (vom Gesetze im §. 428. „Uebergabe durch Erklärung“ genannt) ist daher nur scheinbar eine Ausnahme von der Regel, daß bei der Tradition der Besitzwerb die Bedingung des Eigenthumserbes 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 künftig besitzen soll, nur das Eigenthum verstanden sein.

37) Vgl. Note 36. u. 60. Kierulff, S. 536 ff. Die österreichischen Kommentatoren sehen in der brevi manu traditio meist eine symbolische Uebergabe, so Rippel, III. S. 72. Winwartter, II. S. 43. Stubenrauch, I. S. 638. Dagegen schon Pachmann, S. 74.

tion, mit dem Eintritte der Bedingung aber den Besitz derselben sofort erworben.³⁸

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 Besitzwerb hinreicht, der die Möglichkeit sofortiger 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 Einflang. Dieses Prinzip läßt zwar in der Anwendung eine Verschiedenheit der Apprehensionshandlung zu, namentlich im Falle der Uebergabe, aber es bleibt trotz dem doch immer und überall eins und dasselbe.³⁹ Das Wesen der

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 Vorkaufrechtes (§. 1072.) u. a., hat der Uebernehmer sofort den Eigenthumswillen, und daher Besitz.

39) Wir stimmen daher im Wesen mit Puchta, Pand. §. 130., daß die Erfordernisse des Besitzwerbes (— wir setzen 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 Brinz, P. S. 60 und Jahrb. f. gem. d. R. III. S. 17, eine solche Verschiedenheit behaupten, mit Savigny, S. 271, 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 Einwirkung im Falle der Uebergabe schon unter Umständen vorhanden ist, welche die gleiche Möglichkeit bei einseitiger Besitzergreifung nicht gewähren. Auf die Möglichkeit physischer Verfügung, und nicht wie Savigny, S. 272, und nach ihm besonders 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 Dokumentirung der Thatsache ankommen könne, daß und wann der Wechsel der Herrschaft 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 Vertrag und Tradition liegen soll? Am allerwenigsten finden wir, wie Born. S. 507 voraussetzt, diese Grundsätze im Landrechte begründet. Vgl. dagegen §§. 51. 54. 56. 64. I. 7. — Das sächs. b. G. B. anerkennt den obigen Grundsatz im §. 194. ausdrücklich an: Der Besitz wird erworben, wenn Jemand durch eine einseitige Handlung oder durch Uebergabe

Apprehension besteht immer nur in der Möglichkeit unmittelbarer und ausschließlicher Verfügung über die Sache.

Es entsteht nun die Frage, was für eine Bewandniß hat es mit der sogenannten Uebergabe „durch Zeichen“, deren das Gesetzbuch im §. 315. u. 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.⁴⁰ Es ist das Verdienst Savigny's (a. a.

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.

40) So selbst Donellus, Comm. 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 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 ausschließen beim Besitzerverbe durch Stellvertreter, durch unrechtliche 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., welcher die Zeichenübergabe des §. 427. nur auf den Erwerb des Eigenthums bezieht und dieselbe zur Erwerbung des Besitzes für unzureichend erklärt.) 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 amittimur possessionem*, z. B. L. 44. L. 29. D. de poss. —

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.

Sowohl das preussische N. Landr. (I. 7. §§. 61—65.), als das österr. Gesetzbuch (§§. 315. u. 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.“⁴¹ — Das österr. Gesetzbuch erwähnt der Uebergabe „durch Zeichen“ in den §§. 312. u. 313., in welchen von den zum Besitzerverbe überhaupt erforderlichen Handlungen die Rede ist, gar nicht, sondern nur im §. 315. in Ansehung des Umfanges des Besitzerverbes und sodann im §. 427. gelegentlich des Eigenthums erwerbes 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 besondern und ausschließlichen Zweck haben, einen bestimmten Willen zu offenbaren, — also mit Ausschluß der mündlichen und schriftlichen Rede alle ausdrücklichen Willenserklärungen im Gegensatz zur sog.

Die Stellen, auf welche man die symbolische Apprehension gründete, werden im Verlaufe des §. angeführt werden. —

41) Vgl. Koch, a. a. D. §. 7. Es ist daher nicht zu rechtfertigen, daß Bornemann, I. S. 498, von einer symbolischen Uebergabe spricht, wenn sich auch die Randrubrik des §. 62. I. 7. dieser Bezeichnung bedient. — Das franz. Recht gestattet bei Immobilien eine symbolische Uebergabe durch Uebergabe der Eigenthumsurkunden. Vgl. Note 54. Das sächsische Recht erwähnt der Uebergabe durch „Zeichen“ nicht mehr.

stillschweigenden.⁴² Unter Festhaltung dieses gesetzlichen Sprachgebrauches wollen wir nun zur Interpretation der gedachten §§. schreiten.

Daß im §. 315. des Gesetzbuches von einer Besitzerwerbung durch bloße 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 physischer 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.⁴³ Der Grundgedanke desselben ist vielmehr der: Bei einer einseitigen Besitzergreifung eines aus mehreren Theilen bestehenden Ganzen kann die Besitzergreifung nicht weiter gehen, als die physische Macht reicht, zumal der

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. Unsere Kommentatoren sprechen übereinstimmend mit der älteren Theorie von symbolischer Uebergabe in denjenigen Fällen, wo eine Uebergabe von „Hand zu Hand“ nicht stattfindet. (Vgl. z. B. Winiwarter, II. S. 201. Stubenrauch, I. S. 11. 813.)

43) Daß ein symbolischer Besitzerwerb nicht vorliegt, geht schon aus der Erwägung hervor, daß auch ohne die Bestimmung des §. 315. die Rechtswissenschaft zu demselben Resultate gelangen müßte. Vgl. auch Demelius: Der Richterwerb, Ger. Zeit. 1858. Nr. 35. Sehr stark erinnert die Norm des §. 315. an Donnellus 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 haec 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.

Umfang des Besitzwillens nur aus dem Aneignungsakte selbst ersehen werden kann. Anders bei der Besitzerwerbung im Wege der Tradition. Hier liegt das Hinderniß des Besitzerwerbes für dritte Personen darin, daß sie in der Macht des bisherigen Besitzers ist. Gibt dieser seinen Besitz zu Gunsten des neuen Erwerbers auf, so bedarf es offenbar nicht 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 geht hier schon aus der Willenserklärung Beider deutlich hervor.⁴⁴

Aber auch die im §. 427. angeführten Besitzergreifungsarten sind, einen einzigen Fall ausgenommen, keine symbolischen,⁴⁵ sondern 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 anderen Gesamtsache gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen, indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargehan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu er-

44) Eine symbolische Apprehensionsart erblicken im §. 315. Zeiller, II. S. 49. Rippel, III. S. 71. Winiwarter, II. S. 42, und Stubenrauch, I. S. 638. Durch Uebergabe eines Bauernhofes sind daher alle zu demselben gehörigen Gründe auch ohne besondere Betretung übergeben, so fern die einzelnen Felder in dem Kaufvertrage genau bezeichnet, oder dem Uebernehmer, wenn auch nur aus der Ferne, gezeigt werden. 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. 236. 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 Besitzerwerb enthalte, zeigt der §. 54. eod., welchem zu Folge Pertinenzen, 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 öfter. 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 obersten Ger. S. in Nr. 60. u. 61. der Ger. Z. von 1852 als irrig bezeichnet. Vgl. Note 18. —

greifen; oder indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Anderen überlassen worden ist.“ — 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 *Eigenthums*-, als von einem *Besitzerwerbe* die Rede sein.⁴⁶ Vielmehr kann die Bestimmung des §. 427., soweit sie vom *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 *Eigenthumes* 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 steht.⁴⁷

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 notwendig, das *Eigenthum* im technischen Sinne auf körperliche Sachen zu beschränken, wenn man nicht auf jede juristische Behandlung des Gesetzbuches von vornherein verzichten will. Vgl. *Winivarter*, 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. d. Rechtsg.* 1831. I. S. 9, Note) über die Nothwendigkeit einer neuen Begriffsbestimmung des *Eigenthums* beifällig erwähnt, kann nicht anders als eine arge Verirrung dieses gewiegten Rechtsgelehrten bezeichnet werden, die sich in ähnlicher Weise auch bei *Vornemann*, I. §. 77. u. II. §. 103., in Ansehung des preuß. Rechts findet. Vgl. gegen *B. neuestens Göppert*, *Mitteil.* 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 Erwerbssart des Rechtes zu thun? Noch weiter geht *Stubenrauch*, I. S. 811, Note *, der konsequent sogar bei unverbrieften Forderungen eine Uebergabe fordert

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.

Auf die Uebertragung von Forderungen, die auf den Ueberbringer 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 *Papier* übertragen, — ein Grundsatz, der auch mit der Bestimmung des Art. 74. der *Wechselordn.* und der Art. 306—308. d. *Handelsges.* über Erwerb von *Ordre-* (und *Inhaber-*) *Papieren* übereinstimmt.⁴⁸

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, ausschließlich den Besitz der Sache zu ergreifen.“ Allein daß in diesem Falle eine wirkliche Apprehension vorliege und keine bloß symbolische,⁴⁹ liegt

und diese in der Bekanntgebung der *Cession* an den *Cessus* finden möchte, was mit der Norm des §. 859. u. 1392. im Widerspruche steht. Vgl. auch die guten Bemerkungen zu dem in Nr. 107. der *Gerichtszeit.* 1861 von einem Ungenannten mitgetheilten Falle. Daß im §. 427. nebst dem Gebrauche des Wortes *Cig.* im uneigentlichen Sinne auch noch der Irrthum einer älteren Ansicht, daß zur *Cession* einer Forderung Uebergabe des *Schuldscheines* nothwendig sei, mit unterlies, wie *Unger*, I. S. 526, Note 59., meint, ist trotz der das Gegentheil aussprechenden §§. 1392. u. 1393. nicht unwahrscheinlich. 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 (sc. wie sie der §. 427. vor Augen hat) sind: *Kapitalien*, die ihrer Bestimmung nach in den Händen (!) des *Schuldners* bleiben sollen.“

48) Die nähere Begründung behalte ich mir als hieher nicht gehörig für einen anderen Ort vor. —

49) Wie *Zeiller*, II. S. 323. *Pachmann*, §. 39. N. 12. *Rippel*, III. S. 363. *Winivarter*, II. S. 201. *Ellinger*, S. 169. *Stubenrauch*, S. 812 behaupten. *Pachmann* gelangt aus 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 *Eigen-*

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.⁵⁰ 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 körperlich eingehändigt würden.⁵¹

Es ist nun der zweite Fall der sog. 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.“⁵² 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

thum im Wege der Tradition, aber kein Besitz erworben werde. Dagegen vgl. Note 13. u. 14.

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 (S. 249) das Irrige dieser Auffassung nachwies, ist nicht mehr davon die Rede. Vgl. auch Böcking, §. 124. N. 31. und Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 128.

51) Dies erkennt auch Rippel, III. S. 362, an. Der durch die Handlung bewirkte, größere oder geringere Grad der Sicherheit der Ausschließung Dritter, auf den Rippen alles Gewicht legt, kann aber offenbar dieselbe 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 emptori, transfert proprietatem ad emptorem. L. 74. D. de contrah. emt.: Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sunt. L. 1. §. 21. de poss. Vergl. 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 Beisatz apud horrea hält nicht für wesentlich eine Entscheidung des Dresdner D. U. G. vom J. 1844 im Widerspruche mit einer anderen vom J. 1835. Vgl. Mathiae, Controv. Lex. 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. 4. Dagegen glaubt Bornemann, I. S. 503, auf die Entfernung komme gar nichts an. Die Erklärung der L. 9. u. 74. cit. durch Baron, a. D. S. 132 fg., ist ebenso gezwungen als innerlich unhaltbar.

52) Vgl. die öfter. Kommentatoren, a. a. D.

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, nunmehr Namens des Dritten zu besitzen, erscheinen. 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 vermittelt, wenn nur der Gegenwärtige den diesfälligen Willen hat und der bisherige Besitzer den Besitz zu Gunsten des Gegenwärtigen aufgeben will, kann doch keinem begründeten Zweifel unterliegen.⁵³ Es liegt also auch hier keine bloß symbolische, sondern eine wirkliche, körperliche Apprehensionshandlung vor.

Es erübrigt nun 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.“⁵⁴ Diese Bestim-

53) Die Signirung im Sinne des §. 427. hat mehr als Vorsichtsmaßregel zur Sicherung des Verkehrs denn als Apprehensionsakt Bedeutung.

54) Vielleicht enthält diese Bestimmung eine Reminiscenz an art. 1605. 1606. des C. c. oder an c. 1. C. de donat: »Ementium mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis,« welche von Aelteren als symbolische Uebergabe durch Kaufbriefe, dagegen von Savigny, S. 245, und nach ihm von den Meisten (neuerlich auch Böcking, P. S. 462, Nr. 33., Windscheid, P. S. 156, Nr. 6.) von dem Falle verstanden wird, wenn die Slaven bei der Uebergabe des Kaufbriefes gegenwärtig sind, eine Annahme, die wir viel wahrscheinlicher finden, als die Suppositio von Baron, Jahrb. VII. S. 63, der jener Stelle eine Schenkung zwischen Vater und Sohn unterstellt. Das preuß. Landrecht weiß von einer symbolischen Uebergabe durch Urkunden Nichts. — Dagegen anerkennt dieselbe des 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. Planck, Besitz. S. 24 fg. Bei Mobilien genügt zur Besitzübertragung bloßer Consens der Parteien, wenn dieselben nicht sofort übergeben werden können. art. 1606.

mung enthält in der That einen Fall der symbolischen Uebergabe, und wird hier Besitz und Eigenthum „durch Zeichen“ übertragen.⁵⁵ Allein er hätte bei richtiger Auslegung in der Wirklichkeit keine große praktische Bedeutung, weil der Fälle wenige sind, wo das Eigenthum des Uebergebers⁵⁶ durch Urkunden nachweisbar ist. Denn die Fälle, welche manche unserer Kommentatoren und manche gerichtlichen Entscheidungen hier unterbringen, als: Uebergabe von Fakturen, Bestätigungen über die in öffentliche Niederlagen aufgenommenen Waaren, von saldirten Verkaufsrechnungen (so Stubenrauch, I. S. 812.), oder gar von Frachtbriefen (so Fischer-Ellinger-Blodig, Handelsrecht S. 282), beweisen offenbar kein Eigenthum.⁵⁷ Abgesehen

55) Unger, zum sächf. Entwurfe, S. 190, bemerkt, daß die Uebergabsarten des §. 427. nicht mit den sogenannten symbolischen des gemeinen Rechtes verwechselt werden dürfen, da sie nur zur Erleichterung des Verkehrs dienen. Allein der letztere Umstand berührt das Wesen der sog. symbolischen Uebergabe nicht. —

56) Wir stimmen daher in der bekannten Kontroverse, ob im §. 427. das Eigenthum des Uebergebers oder Uebernehmers gemeint sei, mit Rippel, III. 363. Stubenrauch, I. S. 811. und Ellinger, S. 169, während Fischer, Zeitschrift f. österr. Rechtsg., 1827., II., S. 312, meint, es sei nach Umständen bald dieser, bald jener hierunter zu verstehen, und Winwarter, II. S. 200, die Uebergabe von beiderlei Urkunden fordert. Vgl. die sehr guten Bemerkungen eines Ungenannten in Nr. 107. Ger.-Ztg., 1861, gegen die Entscheidung eines Untergerichtes.

57) Dieser Einwand, welchen auch Stubenrauch a. a. O. gegen Ellinger in Ansehung der Frachtbriefe geltend macht, paßt ebenso auch auf alle von ihm oben im Texte angeführten Beispiele. Eine symbolische Uebergabe mittelst Uebergabe des Frachtbriefes nimmt an die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 7. Mai 1853 und 6. August 1856, Nr. 139. der Ger.-Ztg. 1856; ebenso Uebergabe durch Behändigung der Faktura die Entscheidung v. 20. Febr. 1856, Nr. 58. Ger.-Ztg. 1856 (Unger-Glaser, S. Nr. 163.), obgleich weder Faktura noch Frachtbriefe Eigenthum beweisen. Denn die Faktura (d. i. die Rechnung, welche der Verkäufer dem Käufer ausstellt) und der Frachtbrief (d. i. das vom Absender dem Frächter ertheilte Begleitschreiben der Waare) sind Beweisurkunden: jene über den Verkauf, dieser über den Frachtvertrag. (Vgl. art. 391. §. 6. B.). Verkaufen und Versenden kann auch der Nichteigenthümer. Daß durch die Uebergabe der Faktura oder des Frachtbriefes Besitz (Eigenthum) nicht übergehe, wird nach gemeinem Rechte fast allgemein anerkannt. Vgl. Thöl., §. 80. Note 15. Gad., Handelsr. S. 210, Nr. 21., Brinkmann, Handelsr., §. 79. Note 6., letztere beide auch mit Bezug auf das österr. Recht. Siehe insbesondere die guten Bemerkungen Brinkmann's, l. c. Note 6. gegen Ellinger. Selbst die Uebergabe des Ladescheines (mag dieser an Ordre lauten oder nicht) kann nicht die Uebergabe der Waare vertreten, denn auch er beweist kein Eigenthum des Inhabers, sondern legitimirt ihn nur (und nur ihn) zur Empfangnahme der Waare; er ist lediglich ein formeller Literalkontrakt über die Aushändigung einer bestimmten Waare. Vgl. art. 413—418. d. §. 6. B. —

von dem Falle gerichtlicher Adjudikationsinstrumente wird nicht häufig bloß durch Urkunden Eigenthum darzuthun möglich sein, da immer auch das Eigenthum des Vormannes zu beweisen ist. — 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.⁵⁸

Die symbolische Uebergabe durch Urkunden begründet als singuläres Recht nur im Falle der Tradition und unter Voraussetzung des Eigenthumsübergangs Besitzwerb des Empfängers, und läßt sich auf andere Fälle nicht analog ausdehnen.⁵⁹ Und selbst im Falle der Tradition wird erfordert, daß Uebergeber und Uebernehmer die Urkunde in der Absicht übergeben und übernehmen, daß Besitz (Eigenthum) übertragen werde.^{59a} Wird also die Urkunde zu anderen Zwecken übergeben, z. B. um deren Richtigkeit zu prüfen, 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 ausschließliche faktische Macht über die Sache erforderlich, diese hat jedoch in unserem Falle offenbar nur Derjenige, dem dieselbe thatsächlich behändigt worden

Mit Recht wurde der Satz des Entwurfes zweiter Lesung: „Die Uebergabe des Ladescheines steht der Uebergabe des Gutes gleich“ — in der 3. Lesung gestrichen. (Prot. S. 4774). Die Analogie aus dem vom Ordre-Ronnoissement handelnden art. 649. des V. Buches d. §. 6. B. kann für Oesterreich, wo dieses noch nicht eingeführt ist, gar nicht in Frage kommen. Vgl. die übereinstimmende Ansicht v. Thöl., §. 80., Brinkmann, §. 79., Kräwell, Handelsr., S. 590, und die bei Seuffert mitgetheilten Urtheile, I. S. 396. 232. VI. 241. VII. 8.

58) Dies ist auch die herrschende Ansicht der Gerichte, vgl. die in der vorigen Note citirten Entscheidungen. Stubenrauch, I. S. 811. und Unger, Entwurf, S. 190. —

59) Daher ist die oberstrichterliche Entscheidung Nr. 7. in Unger-Glaser's S.: welche in der exekutiven Einantwortung deponirter Sachen eine symbolische Tradition (?) erblickt, nicht zu rechtfertigen. Dieselbe irrige Ansicht findet sich schon bei Winwarter, II. S. 203. In jenem Rechtsfalle hatte die 2. Instanz die richtige Ansicht.

59a) Dies bestimmt ausdrücklich der §. 63. I. 7. des Landr.

ist, nicht aber Jener, dem der Besitz symbolisch überlassen wurde. Ausdrücklich bestimmt dies der §. 74. I. 7. des preuß. Landr. (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.)

Unter einem ähnlichen Gesichtspunkte, wie die symbolische Uebergabe, wird von unseren Schriftstellern⁶⁰ 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 seiner Gegensetzung zum §. 426. Allein diese Art der Uebergabe „durch Erklärung“ ist ein regelrechter Fall des Besitzerverbes durch Stellvertreter. 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 Besitzerverbes durch Erklärung gar keine Ausnahme von der Regel, daß Besitz nur durch Handlungen erworben wird, welche die tatsächliche Macht über die Sache begründen.⁶¹

Die bisherigen Erörterungen dürften die Ueberzeugung aufdrängen, daß sich jene Handlungen, welche man als symbolische zu bezeichnen pflegt (§. 315. u. 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 Besitzerverbe führen, welche die wirkliche faktische Macht über die Sache vermitteln, hingegen bloß symbolische Akte ohne eine

60) Rippel, III. S. 374. Winiwarter, II. S. 202. Stubenrauch, I. S. 814. I., indem sie behaupten, es wäre eigentlich nöthig, daß der Veräußerer die Sache dem Uebernehmer übergebe, und sie von diesem wieder zurückempfange.

61) Vgl. Savigny, S. 369 und §. 20. d. A.

solche, die physische Herrschaft begründende That zum Besitzerverbe nicht geeignet sind.⁶²

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. G. 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.“⁶³ Wenn in Uberschickungsfällen der Empfänger die Absicht hat, den Besitz durch den Frächter (Spediteur) zu erwerben; dieser die Absicht, für jenen Besitz zu ergreifen, so liegt einfach Besitzerverbe durch Repräsentanten vor. Aber auch ohne diese Voraussetzungen geht zu Folge gesetzlicher Anordnung Besitz und Eigenthum auf den Empfänger mit dem Momente der Absendung (Uebergabe zur Post, an den Frächter u. s. f.) über, —

62) Daß das preußische Recht eine symbolische Uebergabe nicht kenne, wurde schon früher (Note 41.) bemerkt, obgleich der §. 61. u. die Glossen des §. 62. I. 7. von „symbolischer Uebergabe“ sprechen. 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 Besitzerverbe nicht erforderlich ist, nämlich, wenn es sich um den Besitzerverbe des Erben an Erbschaftsachen handelt (§. 49. I. 7. dazu §. 15. d. B.), und bei der Uebergabe von mit Genehmigung des Destinatars übersendeten Sachen (§§. 128—134. I. 11., dazu diesen §. a. E.). — 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 §§. eine Spur eines Besitzerverbes ohne Apprehension. — Das sächs. b. G. B. kennt von der im Texte angegebenen (im §. 194. enthaltenen) Regel des Besitzerverbes nur Eine Ausnahme: nämlich bei der Uebersendung beweglicher Sachen, wenn der Empfänger die Art derselben bestimmt hat (§. 204., dazu diesen §. a. E.). — Das franz. Recht kennt von jener allgemeinen Regel nachstehende Ausnahmen: bei Immobilien ist symbolische Uebergabe durch Tradition der Eigenthumsurkunden und bei Gebäuden insbesondere durch Uebergabe der Schlüssel dazu gestattet; bei Mobilien genügt, wenn die körperliche Uebergabe nicht sofort erfolgen kann, der bloße Consens des bisherigen und neuen Besitzers. art. 1605 und 1606. Dazu Planck, Besitz, S. 23 fg. und Note 41. 54.

63) Mit dem §. 429. stimmt wesentlich überein der §. 204. des sächs. G. B. und die §§. 125—130. I. 11. des preuß. R. A., für welche daher gleichfalls das im Texte Gesagte gilt. Ueber Letzteres vgl. Bornemann, I. S. 508—510.

Nanda, Besitz u. österr. Recht.

und in diesem Falle erfolgt also der Besitzwerb ohne Apprehension auf Grund einer Fiktion.⁶⁴ (Vgl. auch §. 20. Note 20^a.)

§. 12. b. Der Besitzwille.

Nach dem Begriffe des Besitzes ist zum Erwerbe desselben vor Allem nothwendig der Wille, die Sache wie eigen zu behandeln. Das Dasein des faktischen Eigenthumswillens ist also eine Voraussetzung des Daseins des Besitzes.¹ Das bloß körperliche Machtverhältniß zur Sache ohne diesen Willen — selbst wenn das Bewußtsein hievon vorhanden ist, — gibt keinen Besitz, sondern höchstens Detention.² 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.³ Wer überhaupt nicht

64) Nach franz. Recht hat der bloße Konsens der Parteien bei Mobilien, die nicht sofort übergeben werden können, die Wirkung der körperlichen Uebergabe. art. 1606. Vgl. auch Plaut, Besitz, S. 23 fg.

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 fg., behauptet, „nach Sav. Lehre spiele der Wille nur eine Nebenrolle, um seiner selbst willen finde er keine Beachtung; er sei nur wegen des Bewußtseins nöthig, welches zum Erwerbsakte nothwendig sei.“ Allerdings erachtet Savigny „Bewußtsein“ für nothwendig zum Besitz-Erwerbe, aber nicht etwa getrennt vom Willen. Daß S. 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 Erwerbsakte gehandelt wird, oder umgekehrt. Gegen L. vgl. nun auch Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 41—52.

2) Irrig ist es, wenn Savigny, S. 269, behauptet: Damit das Bewußtsein der physischen Herrschaft über die Sache entsteht, 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 fg.

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.

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.⁴

Der Wille, der zum Besitzwerke nothwendig ist, ist der Besitzwille, nämlich der auf die völlige und unbedingte faktische Herrschaft über die Sache gerichtete Wille, der sich vom Eigenthumswillen nur dadurch unterscheidet, daß er nicht nothwendig darauf gerichtet ist, die Sache als sein eigen, sondern nur dahin, sie wie sein eigen zu haben.⁵ Es ist also zum Besitze nicht der auf das rechtliche Haben gerichtete Eigenthumswille nothwendig, sondern nur der rein faktische Besitzwille.⁶ 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 ausschließlich und total für sich — also wie eigen — haben will.⁷

Unter Festhaltung dieses Unterschiedes mag man immerhin 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 Vollende auch die Ueberzeugung haben müsse, Eigenthümer zu sein; auf das eigene Recht, auf den guten Glauben, auf das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit des Willens kommt gar Nichts an.⁸

4) Vgl. Savigny, S. 354. Lenz, S. 116. Von dieser Regel gilt auch beim Besitzwerke 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.

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. Note 4. u. 7. Brinz, S. 63, entgegen der Einseitigkeit der Savigny'schen Auffassung des Willens, welche immer nur „von 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 Zienola di, Besitz, S. 10.

8) Der animus domini hat mit der opinio domini Nichts zu schaffen. Vgl. Savigny, S. 20. S. 280. Kierulff, 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

Wo dieser Wille nicht vorhanden oder nicht möglich ist, ist auch Besitz nicht vorhanden, beziehungsweise nicht möglich. Diese Regel ist nach österr. Rechte ausnahmslos.⁹⁾

Der Besitzwille kann widerrechtlich sein, und er ist es wirklich, wenn der Besitzer sich mit Gewalt, heimlich oder an der bittweise geliehenen Sache Eigenthum sich anmaßend den Besitz verschafft hat (§. 345. A. 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 Zugeständniß des fremden Besitzwillens; wogegen die Behauptung, Gegner benütze eine Sache nur als Bittleiher, eine Läugnung des gegnerischen Besitzwillens enthält.^{9a)}

Das Moment des Willens ist es, welches bei Entscheidung der Frage, ob gewisse Besitzhandlungen (actus possessorii) zum Besitzerwerb für hinreichend zu erachten sind, den Ausschlag gibt.¹⁰⁾

ließe. Vgl. auch Windscheid, §. 149., Nr. 6. — Die Gliederung des Willens in die Moment-Richtung auf ein äußeres Objekt, das Bewußtsein hiervon, und seine Verwirklichung, wie sie Lenz, S. 99, vornimmt, ist nicht stichhaltig. Das Bewußtsein in ein integrierendes Moment der Willensrichtung, die Verwirklichung des Willens (des corpus) aber ist kein Moment des Willens als mehr, sondern gehört der Welt der äußeren Erscheinungen an. Vgl. dagegen die guten Bemerkungen Baron's, Jahrb. d. Dogm. VII. S. 47 fg.

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.

9a) Ueber diesen in der Praxis häufig verkannten Unterschied der poss. vitiosa und poss. nulla vgl. besonders Albert int. u. p. §. 67.

10) Unter Besitzhandlungen sind überhaupt Akte zu verstehen, womit irgend eine Macht über die Sache geübt wird. Das förmliche Einzäunen paßt ebensogut darunter, wie das bloße Säen von Bäumen, Ziehen von Gräben u. s. f. Im engeren Sinne versteht man darunter Gebrauchshandlungen, Benützungsakte. Vgl. Albert: Das interd. uti p. S. 115, der aber irrig auch das Steuerzahlen dahin rechnet. Würden 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 das Ernten auf einem Grunde; fehlte diese Absicht, so kann von Besitzerwerb keine Rede sein. Diese Erwägungen liegen zum Grunde der Entscheidung des obersten Gerichtshofes, Nr. 742. der Ungar.-Galacser'schen S. II., und des Berliner Kass.-Hofes vom 14. Juli 1830 (bei Mathiae, I. S. 119): daß aus dem bloßen Fruchtgenusse auf das Dasein des Besitzes nicht geschlossen werden könne. Denn, heißt es daselbst, die Bestellung eines Grundstückes sowohl, als die Perception der Früchte könnten Besitzhandlungen,

Eine und dieselbe Handlung kann nämlich, je nach der Willensrichtung, zum Erwerbe des Sach- oder Rechtsbesitzes geeignet sein oder selbst zum Erwerbe keines derselben hinreichen. Das Bestellen und Ernten des Feldes, z. B. nach erfolgtem Kaufe des Grundstückes, wird zum Erwerbe des Sachbesitzes, nach bestellter Nugnießung zum Erwerbe des Besitzes dieser Dienstbarkeit führen, jenachdem der Bestellende oder der Erntende die Absicht hat, das Eigenthum oder die Servitut damit auszuüben. Der Dieb hingegen, der eine Wiese mäht und das Gras hinwegführt, wird offenbar wegen des bloß auf die Zueignung der Frucht gerichteten Willens weder Besitz am Grundstück noch am Nießbrauche erlangen.

Der Beweis des Besitzwillens muß wie der Beweis jeder anderen relevanten Thatsache geführt werden. Hat der Besitzer seinen animus domini vor dem Rechtsstritte in Wort oder Schrift geäußert, so ist schon der Beweis hierüber entscheidend, weil eben der Besitzwille Sache seiner freien Entschliesung ist. Hat er ihn nicht ausdrücklich kundgegeben, so wird — von dem im Besitzverfahren ohnedies gesetzlich nicht statthaften Haupteide abgesehen — nur der Beweis aus Indizien erübrigen. Der Indizienbeweis besteht bekanntlich darin, daß aus gewissen erwiesenen Thatsachen auf andere aus Wahrscheinlichkeitsgründen geschlossen wird. Er unterscheidet sich also vom gesetzlichen Vermuthungsbeweise nur dadurch, daß bei dem letzteren der Schluß von der bewiesenen Thatsache auf die nicht bewiesene auf eine gesetzliche Vermuthung sich gründet, während jener sich bloß auf eine gewöhnliche, einfach menschliche Vermuthung (praesumptio hominis im Gegensatz zur praesumptio juris) stützt. Ueber die Zulässigkeit des Indizienbeweises könnten allerdings Zweifel erhoben werden, da unsere Prozeßordnungen desselben nicht erwähnen, und in der That sind die Ansichten unserer Schriftsteller getheilt.¹¹⁾ Wir halten mit Unger, österr. Viertelj. I. 1. S. 95,

Bethätigungen des Willens sein, dasselbe als sein Eigenthum zu haben, aber sie könnten ebensogut Erscheinungen eines Verhältnisses sein, in welchem dem Besteller oder Percipienten die Eigenschaft eines Besitzers nicht zukommt. Mit Rücksicht hierauf schützte auch ein Erkenntniß des obersten Gerichtshofes (konform den unterr. Entsch.) vom 25. Sept. 1859 die S. . . r Gemeinde im Besitze eines Platzes, obgleich dieselbe bloß das Bäumeaussetzen als Besitzhandlung zu beweisen vermochte. Ueber die einschlägige Beweisfrage s. Note 11.

11) Die Mehrzahl: Prato bevera, Mater. II. S. 60. 64. 65. Rippel,

die Zulassung des Indizienbeweises für eine unabweisliche Nothwendigkeit in allen Fällen, wo es sich um sog. innere Thatsachen, als Wissen, Glauben, Wollen, handelt. Nicht nur, daß nach der Natur der Sache der Indizienbeweis in Fällen dieser Art sich unwillkürlich aufdrängt, so ergibt sich die Statthaftigkeit desselben aus den §§. 55. 572. 655. 777. 871. und insbesondere, so weit es den Willen betrifft, in unzweifelhafter Weise aus dem §. 863. des G. B., der den Beweis desselben, also seines Inhaltes aus konkludenten Handlungen (resp. Umständen) zuläßt. Nichts deutet darauf hin, daß diese Fälle des Indizienbeweises als Ausnahmen gedacht wurden. Wir finden darin nur die Anwendung Eines und desselben Prinzips: daß da, wo wie bei inneren Vorgängen, ein unmittelbarer Beweis (vom Haupteide abgesehen) nicht gut möglich ist, der Richter den Beweis aus Umständen für erbracht ansehen könne.¹² Hier erübrigt uns noch die Frage, welche Personen Mangels eines rechtlich anerkannten Willens nicht besitzen können. Hievon soll nun die Rede sein.

Willensunfähige Personen.

Da zum Besitzerwerbe vor Allem das Dasein eines auf die faktische

Erläut. d. G. D. I. S. 270 fg. Saimertl, Magazin XI. S. 29 fg. Schuster, Ung. Civilp. S. 331 u. 319, haben sich gegen die Zulässigkeit des Indizienbeweises erklärt; nur ausnahmsweise wollen sie ihn da zulassen, wo dies das Gesetz ausdrücklich verordnet. — Im römischen Rechte ist der Beweis aus Indizien zugelassen. Vgl. c. 19. C. de R. V. 3. 32., c. 10. C. arb. 5. 51; ebenso im kanonischen Rechte c. 13. X. de probat. 2. 19. c. 27. X. de testam. 2. 20. c. 10—12. X. de praeser. 2. 23; vgl. auch Martin, Proj. §. 131., besonders Unger, a. a. D., und Beßell, System d. Civilp. §. 21. S. 166. 167. Trotz des Strebens der justinianischen Kodifikation, des kanonischen Rechtes und der mittelalterlichen Doktrin, das ursprünglich freie, richterliche Ermessen in feste Beweisregel zu bannen, erhellt sich der Indizienbeweis ungeschmälert bis heute. Vgl. Beßell, a. a. D. und die Erl. bei Seuffert, Archiv V., Nr. 255, und IX., Nr. 133. Holzschuh, §. 85. II., und in Ansehung des preuß. Rechtes, Koch, S. 158. — Noch viel weiter geht das franz. Recht, welches bekanntlich dem Richter keine Beweisregel vorschreibt. Vgl. Zink: Ueber die Ermittlung des Sachverhalts im franz. Civilp. (1860), insbesondere Nr. 145. 146. 147.

12) Daß speziell in Ansehung des animus domini der Indizienbeweis zulässig ist, wird auch m. W. in der Praxis allgemein anerkannt. Vgl. die Entsch. eines ungenannten Oberger. v. 8. Dez. 1835 (bei Koch, S. 161): „den Besitz eines Rechtes erlangt man nur, wenn aus den Umständen die Meinung desselben, daß ihm ein solches Recht zustehe, erhellet; dann die Entsch. Nr. 101., 257. u. 373. Unger-Glaser's Samml. I. u. Nr. 925. II. Vgl. auch die Präj. bei Koch, S. 158. Nr. 2. Busch, Arch. 31. B. S. 244, u. Pfeifer, Pr. Ausf. VII. S. 456.

Herrschaft über die Sache gerichteten Willens nothwendig ist, so können Mangels eines solchen Willens unmittelbar selbst keinen Besitz erwerben:

1) juristische Personen (Korporationen, Stiftungen, die Erbschaft).¹³ Sie haben keinen Willen. Doch gilt zu Folge rechtlicher Fiktion der Wille ihrer Vertreter als ihr Wille, und können dieselben daher durch diese Besitz erwerben (vgl. §. 26. A. b. G. B.).

13) Ueber den Begriff der juristischen Person vgl. Savigny, Syst. II. §. 85. fg. Puchta, §. 27. 28. Kierulff, S. 129 fg. Arndts, §. 41. Note 3. 4., und besonders Unger, I. S. 313 fg. und Krit. Ueberschau VI. 9. und neuerlich Syst. VI. §. 7. Note 5. und 13. Windscheid, P. §. 49. Note 2. Wir theilen hiermit trotz des neuerlich vielfach geschleuderten Anathemas die Theorie vom fingirten Rechtssubjekte, die im Ganzen und Großen noch immer die herrschende ist, und können in den Versuchen Neuerer (Brinz, P. Einl. XI. und II. §. 150. 155. Bekker in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. IV. Nr. 10. Köppen, Erbsch. S. 9 fg. Demelius in Herting'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, — von zahlreichen irigen Voraussetzungen im Einzelnen abzusehen, — nicht das Material zu einer befriedigenden Lösung dieser schwierigen Frage finden. Vermögen ist keine willkürliche Schöpfung des Einzelnen, und besteht nur durch die Beziehung auf ein Subjekt. Sagt man: „Das Recht halte Gütermassen als Vermögensmassen zusammen, welche nicht ihren Mittelpunkt in dem Rechtswillen einer Person haben, sondern einem bestimmten anderen (?) Zwecke gewidmet sind,“ so hat man eben nur an die Stelle einer Fiktion eine andere gesetzt (vgl. Demelius selbst, S. 126 a. G.), die von Verrentungen und Verschraubtheiten nichts weniger als frei ist. Oder wie könnte man sich ohne Fiktion Rechte, d. i. rechtliche Willensmacht ohne Willenssubjekte denken? Mit der unwahren Definition der Rechte, als Macht ohne Subjekt (Köppen a. D.), ist offenbar nicht geholfen. — Und welche sind die Bedingungen dieses fingirten Zweckvermögens? Staatliche Genehmigung wird nicht gefordert; ist ja doch das „einheitliche Vermögen“ ohne Subjekt keine Fiktion (Demelius, S. 137). Es kann also willkürlich geschaffen werden (Demelius, S. 132). — Dies ist aber entschieden unrichtig. Sondervermögen, ausgeschieden aus dem eigenen, kann der Privatwille nur dort schaffen, wo dies das positive Recht gestattet. Den besten Beleg hiefür liefern die so oft irrig berufenen Handelsfondervermögen. Nicht Jedermann, nur Handelsleute, bei denen gewisse Bedingungen eintreten, können Handelsgesellschaften — die übrigens nicht juristische Personen sind — mit einem Gesellschaftsfondervermögen gründen, sei nun mit direkter oder subsidiärer Haftung des Einzelvermögens der Gesellschafter, oder unter Ausschluß derselben. Vergl. art. 111. 119. 120. 122. 126. 169. §. 6. B.; dazu Thöl, Handelsr., §. 39^a. und 43^a. und überhaupt Arndts' treffende Bemerkungen, P. §. 41. Anm. 4. Salkowski, Juristische Personen, §. 8. Unger, a. a. D., und meinen Aufsatz über Einzelvermögens der Gesellschaften, Ger.-Z. Nr. 99. J. 1863. Den Unterschied zwischen juristischen Personen und bloßen Gesellschaften vermischt wieder Baron, Gesamtrechtsw. S. 8, der sogar die Einheit der Miterben, Mitlegatäre und Miteigentümer den Korporationen gleichstellt (S. 71). — Brinz's Ausführungen über das Zweckvermögen stehen noch zu erwarten.

Da die hereditas jacens regelmäßig einen solchen Vertreter nicht hat, kann sie regelmäßig einen Besitz weder erwerben noch haben.¹⁴

2) Kinder bis zum vollendeten 7. Jahre, Wahns- und Blödsinnige (§§. 21. 273. 279. u. 865. A. b. G. B.). Auch bei diesen gilt der Wille ihrer Vertreter (Väter, Vormünder oder Kuratoren) als ihr Wille, und wird durch diesen Rechtsfals 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.“^{14a} Diese Bestimmung ist ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes des A. b. G. B.,

14) Vgl. L. 1. §. 15. D. si is qui test: „Possessionem hereditas non habet, dazu Savigny, S. 281. Das physische Machtverhältnis 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. 632. Köppen, Erbsch. §. 13. u. Sinteris, Civilt. §. 43., Note 1. Daß der 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. Note 20. und die §§. 128. 129. des Ges. v. 9. Aug. 1854. — Zwar läugnet Köppen auch die juristische Persönlichkeit der Erbschaft, unter der Annahme, daß es auch subjektlose Vermögen geben könne; allein Rechte und Verbindlichkeiten lassen sich ohne Subjekt gar nicht denken. Der von K. versuchte Beweis des Gegentheils beruht auf einer petitio principii. Rechte, sagt K. 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 K. nun auch Unger, VI. §. 7., Note 5. und Arndts (6. Aufl.), §. 41. R. 3. und §. 465. — Gegen Savigny, Syst. II. §. 102. vgl. Arndts, Rechtsl. IV. S. 3 fg.

14a) In Folge dieser klaren Bestimmung entbehrt die Kontroverse des röm. Rechtes, inwiefern Pupillen für sich allein Besitz erwerben können, für das österr. Recht jedwedes Interesses. Vgl. hierüber Savigny, §. 21., und neuestens Brinz, §. 27., und Lenz, S. 159 fg. — Nach preuß. Rechte können nur Unmündige, die bereits das 7. Jahr zurückgelegt haben, Besitz erwerben. arg. §. 44. I. 7. und §. 21. I. 4. — Mit Unrecht bezieht m. C. 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.

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 Verschwendern und zum Tode oder schwerem Kerker Verurtheilten (§§. 21. 273. 279. und 865. des G. B. und §. 27. lit. b. Strafgesetzb.).¹⁵

3) Unfähig sind ferner, Besitz neu zu erwerben: Ordenspersonen, welche das feierliche Gelübde abgelegt haben, der unbefugten Auswanderung für schuldig Erkannte und Deserteure (vgl. Pat. vom 23. März 1809, 28. October 1772, Gesetz vom 24. März 1832, Z. 2557, §. 10., u. vom 21. Februar 1842, Z. 599). Denn hier liegt ein Verbot aus Rücksichten des öffentlichen Rechtes in Rücksicht des Vermögenserwerbes überhaupt vor. Ihr Besitzerwerbswille ist nicht vom Rechte anerkannt.

Ueber den Besitzerwerb und Besitzverlust der unter 1 und 2 genannten Personen durch Stellvertreter vergleiche die §§. 20. u. 31. d. A. Ueber den abgesonderten Besitz an Theilen einer Sache vgl. den §. 18.

§. 13. Unwesentlichkeit des Wissens des bisherigen Besitzers vom Besitzerwerbe des neuen.

Es entsteht die Frage, ob zum Besitzerwerbe einer Sache, insbesondere einer unbeweglichen, welche bereits einen Besitzer hat, erforderlich sei, daß der bisherige Besitzer von der Apprehension des neuen Erwerbers Wissenschaft erhalte.¹ Man könnte sich zur Begründung dieser Ansicht etwa auf den §. 2. der kais. Verordnung vom 27.

15) Vgl. Pachmann, §. 30. S. 80.

1) Vgl. den Aufsatz von H. Pawlowicz in der österr. Vierteljahrsschrift, VIII. S. 123, welcher von der Ansicht auszugehen scheint, daß Besitzhandlungen, insbesondere Markensetzungen nur dann zum Besitzerwerbe hinreichen, wenn dieselben dem Gegner bekannt geworden, oder wenn dieselben allseitig offenkundig 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 Besitzerwerbe hinreiche. Betretung des Waldes begleitet von Säulensetzungen oder Grabensetzungen werden hinreichen; keineswegs aber Einschnitte an Bäumen. Das Wissen des Gegentheils ist aber hier wie dort gleichgiltig. Vgl. auch die Entsch. Nr. 106. in Unger-Glaser's S., welche anerkennt, daß die Stellung der Markbäume (an sich — ohne anderweitige Besitzhandlungen) keinen Besitz begründen könne.

Oktob. 1849 (§. 618. der siebenb.-ungar. G. B.) berufen. Dieser verordnet nämlich: „Wer im Besitze einer Sache oder eines Rechtes „beeinträchtigt oder desselben widerrechtlich entsetzt wird, hat binnen „30 Tagen vom Tage der erlangten Wissenschaft der Störung die „richterliche Hilfe anzusuchen.“ Man könnte 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 anstellt, so sei die praktische Folge der Bestimmung des §. 2. cit. die, daß die ohne Wissen des bisherigen Besitzers erfolgte Apprehension in Rücksicht desselben den Besitzerverb nicht begründet, der bisherige Besitzer also noch immer als Besitzer gedacht werden müsse, obgleich er die faktische Macht über die Sache nicht mehr hat.^{1a} 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.² 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 Klagfundamente der beiden Klagen von erheblicher praktischer Wichtigkeit ist.³ Diese Schlussfolgerung wäre offenbar unrich-

1^a) Diese Schlussfolgerung macht nun neuestens wirklich Helm, österr. 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.

2) Als bloße Besitzstörung und daher nicht als Besitzentziehung aus dem Grunde, weil ja die Fortdauer des Besitzes des faktisch des Besitzes VERAUBTEN fingirt wird.

3) Während nämlich bei der Besitzstörungsklage lediglich der Besitz und die erfolgte Störung zu beweisen ist (§. 2. und 3. der cit. M. B. D. v. 27. Okt. 1849 und 339 M. b. G. B.), ist hingegen bei der Klage auf Restituirung des Besitzes zu beweisen, daß der Geklagte den Kläger widerrechtlich (vi, clam, precario, §. 2. des cit. Pat. §. 345. M. b. G. B.) des Besitzes entsetzt habe. J. B. A. hätte einen öden Grund, der bis dahin im Eigenthume und Besitze des B. gewesen, aufgerodet und besät und die Ernte eingeheimst, und dies im nächstfolgenden Jahre wiederholt; B. erfährt das erst gelegentlich dieser wiederholten Benützung des Feldes. Welches possessorisches Rechtsmittel steht ihm binnen 30 Tagen von der erlangten Wissenschaft

tig. Denn wenn auch dem bisherigen Besitzer die Möglichkeit geboten ist, sich durch Anstellung der Klage binnen 30 Tagen vom Zeitpunkte der erlangten Wissenschaft von der Apprehension des Gegners den bereits verlorenen Besitz wieder zu verschaffen, so wird doch hiedurch und insbesondere durch die zeitliche Einschränkung der Zulässigkeit der Besitzklage an der Thatsache des erfolgten Besitzverlustes und daher an der Nothwendigkeit, die Besitzentziehungsklage 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 compressio plurium (nämlich des früheren und gegenwärtigen Besitzers).⁴ Endlich beruht die hier bekämpfte Ansicht auf einer unzulässigen Einmischung eines prozessualischen Momentes in das materielle Recht. Wann der Besitz gestört, — wann derselbe verloren anzusehen

zu Gebote? Nach der im Texte bekämpften Ansicht die Besitzstörungsklage, weil er bis zum Ablaufe jener 30tägigen Frist noch immer als Besitzer fingirt wird, und daher die späteren Besitzhandlungen (das Besäen des Grundes u. s. f.) sämmtlich als Störungsakte sich darstellen. Anders nach der entgegengesetzten Ansicht, welcher zu Folge B. den Besitz in dem Momente verloren hat, in welchem A. die Aufrodung vornahm. Nach dieser Ansicht hätte B. die Besitzentziehungsklage auf Restitution des Besitzes anzustellen. Dies macht aber in Ansehung des Klagegrundes einen wesentlichen Unterschied. Während B. im ersten Falle (bei der Besitzstörungsklage) bloß den Besitz und die erfolgte Störung (also die Aufrodung u. s. w.) zu beweisen hätte, läge ihm im zweiten Falle (bei der Besitzentziehungsklage) der Beweis ob, daß der Apprehensionsakt (also die Aufrodung, Bearbeitung u. s. f.) entweder vi, clam oder precario erfolgt sei, also entweder mit Gewaltanwendung oder hinterlistiger Weise oder durch Mißbrauch seines Vertrauens. Vermag er dies nicht zu erweisen, so wird er im possessorischen Wege sachfällig. — Hätte B. die Klage auf Besitzstörung wegen Ackerung im letzten Jahre angestellt, und erst aus der Erede erfahren, daß Geklagter schon im Jahre zuvor das Grundstück bebaut hat, so bliebe ihm nur übrig, von der Klage abzusehen und eine neue Klage aus dem ersten Ackerungsfaktum anzustellen.

4) Diese Inkonsequenz wird in Ansehung des okkupirten Grundstückes von den meisten Schriftstellern des röm. Rechtes dadurch vermieden, 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, S. 204, 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., und Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 162 fg., zweifelnd drückt sich aus Brunß, Jahrb. f. g. d. R. IV. S. 47.

sei, bestimmt das materielle Recht; 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. Auf die Beantwortung dieser Frage kann aber offenbar die bloße Bestimmung der Prozeßordnung, innerhalb welcher Frist diese Klagen anzustellen seien, die zeitliche Beschränkung des Rechtsmittels — gar keinen Einfluß nehmen.⁵ Darum heißt es auch im §. 2. cit. ganz richtig: „Wer im Besitze . . . beeinträchtigt oder desselben widerrechtlich entsetzt wird.“ . . . Der Grundsatz, daß zum Besitzerwerb an Sachen die Kenntniß des bisherigen Besitzers von der Apprehensionshandlung nicht nothwendig sei, gilt nach österr. Rechte ausnahmslos,⁶ während nach röm. Rechte in Ansehung von Grundstücken die Ausnahmen stattfinden, 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.⁷

§. 14. Bedeutung des sogenannten Besitztitels.

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,

5) Für einen Fall, nämlich wenn der Besitz eines Grundstückes an den Stellvertreter durch dessen Untreue verloren geht, will Pachmann, a. a. D. §. 29. S. 73, den Besitzerwerb nicht schon mit der Offenbarung des Besitzwillens, sondern ganz wie im röm. Rechte erst mit dem gewaltsamen „Behaupten der Sache“ eintreten lassen. Ueber die Unhaltbarkeit dieser Ansicht s. §. 22. d. A.

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.-S. Nr. 644. Unger-Glaser S. II.

7) Vgl. Savigny, §. 31. Puchta, §. 130. Brinz, S. 72. Arndts, §. 142. Windscheid, §. 156. Note 4. Diese Bestimmung ist offenbar singular. Nur Kierulff, S. 398, dem Venz, fol. 244, folgt, will diesen Rechtsatz als reine Konsequenz aufgefaßt wissen; — denn früher verliere ja der bisherige Besitzer den Besitz nicht. — Wir antworten: animo allerdings nicht, gewiß aber corpore. Auf die Singularität deutet schon, daß dieser Rechtsatz nur bei Immobilien gilt. Vgl. hierüber §. 22. Note 34. Ueber die Konsequenzen desselben vgl. Brunz a. D. S. 47.

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.).¹ 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 jedes Rechtes Titel (titulus acquirendi) und Erwerbungsart (modus acquirendi) nothwendig sei, in Ansehung des Besitzerwerbes nicht in Anwendung gebracht, vielmehr folgerichtig das Dasein des Besitzes von dem Dasein eines Titels ganz unabhängig gestellt² (§. 309. 315. 316. 339. des G. B.). Zwar spricht das 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. Der Besitz nämlich, der sich auf einen Titel, d. i. auf einen zur Erwerbung des Eigenthums tauglichen Rechtsgrund stützt, ist ein rechtmäßiger.^{3 4}

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, Nutzungen 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. des obersten G.-S., Nr. 756. der Unger-Glaser'schen S. II. — Offenbar ist auch Steuerzahlung kein Besitzerwerbssatz. Vgl. Nr. 620. und 679. ebendas.

2) Bekanntlich hat das A. b. G. B. die von der älteren Schule versuchte Zurückführung des Erwerbes aller Rechte auf einen Titel und eine Erwerbungsart angenommen, eine Theorie, die seit Thibaut und Hugo von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz als unhaltbar allgemein aufgegeben ist. Vgl. z. B. Puchta, §. 143. Arndts, §. 127. Böcking, Pand. §. 100. Jene Theorie konnte nur dadurch einen Schein von Wahrheit gewinnen, daß man, wie dies im A. b. G. B. wirklich geschehen, unter Titel bald den entsprechenden Rechtsatz (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 Thatfachen 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.-Z. 1858, Nr. 35.

3) §. 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, hin-

Da nun alle Eigenthumstitel, aber auch nur diese, Besitztittel sind, so gibt es keine besonderen Besitztittel, 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 Besitztittel. Allein die in §. 317. genannten Titel des rechtmäßigen Besitzes sind in der That keine besonderen Besitztittel, sondern Titel zur Erwerbung des Eigenthums selbst.⁵

reichend gewesen wäre, ist rechtmäßig. Vergleichen sind: das Vermächtniß, die Schenkung, das Darleihen, 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. Note 3, behauptet) — tauglicher Rechtsgrund zu verstehen sei, sind unsere Kommentatoren mit Recht einig. Vgl. Winiwarter, II. S. 45. Rippel, III. S. 73. Stubenrauch, I. S. 641. Ellinger, S. 131. Der §. 1461. sagt dies ja ausdrücklich, und wenn im §. 316. das Wort Eigenthum ausgelassen ist, so hat dies darin seinen Grund, daß dieser §. zugleich den Rechtsbesitz vor Augen hat. — Vgl. auch Unterholzner (Schirmer), Verjähr. I. §. 102. Arndts, §. 159.

4) Unter Besitztittel 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 Möglichkeitsgrund seines Erwerbes (Erwerbsgrund); auch nicht (was die heutige Rechtswissenschaft unter Titel versteht) der Inbegriff der Thatfachen, worauf sich der Erwerb eines Rechtes im konkreten Falle stützt.

5) Dies übersehen unsere Kommentatoren, indem sie vom Besitztittel als von einem selbstständigen Titel sprechen; vgl. Rippel, III. S. 76. Winiwarter, II. S. 46. Stubenrauch, I. S. 642. Die Unterscheidung zwischen Besitztittel und Eigenthumstitel, wie sie Rippel a. a. D. 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 Eigenthums erwerbe begreift. Ein solcher Besitzer ist in der That kein rechtmäßiger. Der Besitzer besitzt in diesem Falle pro possessore. Uebrigens ist der Fall, daß der Eigentümer selbst einem Dritten bloß Besitz an seiner Sache einräumt, d. i. das Recht, sich wie ein Eigentümer (auch ihm gegenüber) zu geriren, eine *contradictio in adjecto*. Der richterliche Ausspruch, den d. §. 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 Winiwarter, II. S. 47, angeführten Fälle, wo das Gesetz Titel sein soll, z. B. gesetzliche Erbfolge, sind in der That nur Eigenthumstitel. Ungeheißlich ist die Bemerkung Winiwarter'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 W. ebenbaselbst anerkennt: daß das Eigene des Besitzrechtes sich darin äußert, daß es

Dem 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. Wenn endlich im §. 317. als Besitztittel das „Gesetz“ angeführt wird, „wodurch Jedem 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 §. 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.“

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 desselben nicht hinreicht. Hierin liegt, daß, ob zwar der Inhaber schon durch bloßen bethätigten Willensentschluß den Besitz einer Sache verschaffen kann, dieser Wille allein doch nicht hinreicht, seinen Besitz zu einem rechtmäßigen zu machen. Dies ist der Sinn der alten Rechtsregel: *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* im Justinianischen Rechte,⁶ — ist der Sinn des §. 319. des G. B.:

an ein bloß faktisches Verhältniß geknüpft ist, während alle übrigen (?) Rechte einen Rechtstitel voraussetzen.

6) Vgl. Savigny, S. 76—80. Böcking, §. 124. Mackeldey, Inst. §. 214., und neuerdings Schirmer, Zeitschr. R. 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 Delictor für unanwendbar findet. Gegen Sch.'s Auslegung spricht die Bedeutung des Wortes *causa*, gegen B. aber L. 2. §. 1. D. pro herede. 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. R. Dieses gestattete nämlich die Usurpation 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 Annäherung des Titels pro herede binnen Jahresfrist die bis dahin bloß in seiner Inhabung befindlichen Erbschafts-

„Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln und sich dadurch eines Titels anzumäßen.“ (Der §. 42. II. des westgal. G. B. führte als Beispiel an: „es steht z. B. Niemanden zu, ein geliehenes Vieh für ein geschenktes anzusehen.“) ⁷ 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 Bestignahme dieser Sache zu.“ ⁸ — Da es zu dem Erwerbe des Besitzes bloß des Daseins des Eigenthumswillens und eines denselben realisirenden Aktes bedarf, so ist offenbar, daß der Besitzwerb 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

sachen erlösen. Dieser Möglichkeit trat nun das spätere Recht mit der Rechtsregel entgegen: Nemo: Niemand (der Detentor oder Besitzer) soll seine 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. — Keinen anderen Sinn hat diese Regel im franz. Rechte, art. 2240.

7) In diesem Sinne wird dieser §. auch von unferen 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 P. 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 Verufung auf den angeblich gleichen Sinn dieser Regel im röm. Rechte ist eine irrige (s. bes. L. 2. §. 1. D. pro her. u. die vorgeh. Note). Sowohl im röm. als im österr. Rechte hat diese Regel nicht beim Interdikten-, 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 Anderen inne hat, kann durch seinen bloßen Willen, die Sache nummehr für sich zu haben, den Besitz derselben nicht erlangen“ (§. 69.). Dasselbe verfügt der §. 195. des sächf. G. B.

8) Wenn aber der Inhaber, z. B. der Verwahrer, später erkennt, daß die verwahrte Sache sein Eigenthum sei, so ist er, wenn er nun den Besitzwillen faßt, kein unrechtmäßiger Besitzer, wie Rippel, III. S. 79, behauptet, da er ja den Rechtsgrund nicht eigenmächtig sich schaffen will, sondern nur den bereits vorhandenen zur Geltung bringt. Nicht entgegen steht §. 1109. d. G. B. Nur die Echtheit, nicht die Rechtmäßigkeit bezieht sich auf den Anfang des Besitzes. Anders §. 195. d. sächf. G. B., das in diesem Falle nicht einmal Besitz anerkennt, und dasselbe müßte wohl nach preuß. Rechte, §. 69. h. t., gelten.

ausgeschlossen wird. ⁹ Auch derjenige, dem eine Sache von dem nicht handlungsfähigen Eigenthümer, z. B. einem Unmündigen, Verschwen-der, oder auf Grund eines im §. 879. U. 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. ¹⁰

§. 15. Findet eine Sukzession in den Besitz statt?

Der Besitz wird nach den bisherigen Erörterungen (abgesehen von je einem Falle des symbolischen und fingirten Besitzwerbes) nur durch Handlungen erworben, welche die thatsächliche Herrschaft über

9) Vgl. Savigny, §. 28. Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt; ist doch auch der vitiose Besitz — Besitz; vgl. L. 1. §. 4. 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 sächf. 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. Ebenso wenig 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 fg. Der fehlerhafte Besitz kann daher nach preuß. Rechte nur als Inhabung in Betracht kommen, und genießt als solcher auch den Detentionschutz, nur nicht gegenüber demjenigen, von dem er vitios besitzt. Wenn Bornemann, I. S. 475 fg., bemerkt, die Redaktoren seien zu jener Bestimmung durch die Beachtung des „sittlichen Prinzips“, welches sich durch das Landrecht zieht, bewogen worden, so bemerken wir dagegen zunächst mit Brunß: 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 fg. und Komm. I. S. 422, Note 57.

10) §. 309. 345. d. G. B.: „Die österr. Schriftsteller sind im Prinzipie derselben Ansicht. Vgl. Pachmann, S. 99. Winivarter, II. S. 68. Rippel, 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 Verkehr entzogen sind, an Theilen einer rechtlich untheilbaren Sache, z. B. Parzellen einer untheilbaren Bauernwirtschaft. Vgl. §. 18. d. U. 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.

die Sache vermitteln. Durch Rechtsgeschäfte, welche zum Erwerbe von Rechten sich eignen, wird der Besitz nicht erworben, daher insbesondere weder durch Vertrag noch durch Erbgang (Erbchaft, Vermächtniß). Daß durch Vertrag Besitz nicht übertragen wird, kann nach dem Gesagten nicht zweifelhaft sein. Bedenklicher erscheint die Frage in Ansehung des Erbanges. Allein auch hier müssen wir konsequent behaupten: durch Erbchaft oder Vermächtniß wird Besitz nicht übertragen. Denn Erbchaft und Vermächtniß erscheinen als Rechtsnachfolgen; 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.)¹ 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.² 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.³ Namentlich darf nicht etwa 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.⁴ Denn daß unter der „Uebergabe in den rechtlichen Besitz,“ von welcher der §. 797. spricht,

1) Vgl. über die Sukzession Unger, II. §. 74. und Arndts, §. 56., insbesondere Note 1. gegen die Entwicklung dieser Begriffe durch Kunze.

2) Die Einwendung, daß der Besitz nach der Auffassung des Gesetzbuches ein Recht sei (§. 308.), behelst sich durch den im §. 3. d. A. 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. auch Unger, II. S. 21, Note 24., und Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich XIII., Note 3. und 4., und neuestens Syst. VI. §. 40. Note 26.

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 Erbchaft (*hereditas jacens*), deren Persönlichkeit nach §. 547. bis zum Erbesantritte fingirt wird, keinen Besitz hat, weil sie als fingirtes Subjekt weder des zum Besitze nothwendigen Willens, noch der physischen Herrschaft über die Sache fähig ist.⁵ Während also die liegende Erbchaft ihrem Zwecke nach den Uebergang der Rechte vom Erblasser auf den Erben vermittelt, kann diese Vermittlung des Ueberganges beim Besitze nicht eintreten. *Hereditate jacente* ist daher *vacua possessio*.⁶ 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

Der Erbe erwirbt das gesammte Recht des Verstorbenen, daher auch die dem Erblasser gehörigen Sachen schon mit der Erbsklärung, 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 freilich die herrschende Ansicht unserer Gerichte und Kommentatoren ist, die in der letzteren grundlos die „Erwerbsart“ der Erbchaft sehen. So selbst Stubenrauch, II. S. 760, und die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Nr. 37. der Ger.-Z. S. 1861. Vgl. dagegen schon Schuster, Abh. über die Komp., S. 108, Note 1. Unger a. a. D., und die Entscheidung des O. U. Ger. Venedig vom 11. Juli 1860, in der cit. Nr. 37., und dazu die guten Bemerkungen des Einsenders. Die Einantwortung hat daher nicht die Funktion der Tradition.

5) Ueber die juristische Persönlichkeit der *hereditas jacens* vgl. Unger, System I. S. 317, Note 10., und VI. §. 7. Note 5., 11. u. 13., und Arndts, §. 465. Note 2., gegen Farum, Magazin X. S. 254, der dieselbe der Natur der Verhältnisse und dem §. 547. zuwider läugnet. Siehe auch §. 12. d. B., Note 14. 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, so kann dieser als Vertreter der Erbchaft für dieselbe Besitz erwerben und haben. Vgl. §. 129. 130. des Gesetzes vom 9. Aug. 1854 u. Unger, VI. §. 7. R. 20.

6) Anderer Ansicht ist in Ansehung des römischen Rechtes Böcking, §. 123. Note 8. Aber L. 1. §. 15. D. 47. 4. spricht klar das Gegentheil aus; cf. 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 Erbchaft fortgesetzt werde. Allein der §. 547. enthält bloß die Fiktion der juristischen Persönlichkeit der Erbchaft. Das im §. 547. gebrauchte Wort „besitzen“ ist offenbar nicht im Sinne des §. 309. genommen, da es sich ja um einen Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten handelt

accessio possessionis auf dem Grundgedanken der Unübertragbarkeit des Besitzes.⁷ Denn fände eine Sukzession in denselben statt, dann verstünde es sich von selbst, daß auf den Besitznachfolger alle Vortheile seines Vorgängers auch in Ansehung der bereits begonnenen Erziehung 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.⁸ 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.“⁹ Hieraus ergibt sich, daß die Erbschaft und der Erbe vor der Apprehension nur petitorische, nicht possessorische Rechtsmittel haben.^{9a} Fingirter Besitz der Erbschaft und Besitzwerb des Erben ohne Apprehension mag vielleicht aus Utilitätsgründen für das positive Recht anzuempfehlen sein (und die Praxis dürfte durchwegs dafür sein), allein keines von Beiden finden wir in unserem Gesetzbuche ausgesprochen. Daß durch Erbgang Besitz nicht erworben werde, ist im römischen Rechte auf Grund klarer Quellenstellen fast allgemein

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 Wichtigkeit dieser Schlußfolgerung wird durch das nicht entkräftet, was Brinz (Jahrb. 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 Usukapionsbesitz.

8) Vgl. Demelius, Rechtsverwerb, Ger.-Z. 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. Note 6. Dagegen Albert, Interd. §. 158. fg.

9a) Vgl. die Plenarentsch. des Berl. D. L. vom 7. November 1849 bei Koch, Komm. I. S. 406. N. 25.: „Der Erbe hat nicht die possessorischen Klagen auf Schutz des Besitzes von Erbschaftsachen, wenn die Störung nach dem Anfall der Erbschaft, aber vor der Besitznahme der Erbschaft vorgekommen ist.“ Vgl. hiezu Note 13.

anerkannt, selbst von Brinz, S. 662. 664. 667, der sonst Möglichkeit derivativen Besitzwerbes behauptet hat.¹⁰ Vgl. besonders Duncker, Zeitschr. f. Civilt. 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 Sachmann mit Recht annimmt) usucapio zu lesen ist; — ferner Savigny, S. 377, Albert, Interd. uti poss. §. 157. Unterholzner (Schirmer), I. §. 131. Puchta, Pand. §. 130. und Rechtsl. S. 46. Sintenis, Civilt. S. 460. Böcking, §. 124. N. 29. Holzschuher (Kunze), II. §. 88. Köppen, Erbsch. §. 13. Witte, Interd. uti poss. S. 84).¹¹ Von den österreichischen Schriftstellern

10) Außer der bereits cit. L. 23. pr. D. de poss. sprechen dies aus L. 1. §. 15. 16. D. 47. 1.: possessionem hereditas non habet, sed nec heredis est possessio, antequam possidëat; c. 2. C. de rei dom. c. 1—5. C. reb. non alien. c. 3. C. praeser. l. t. Daher war auch an Erbschaftsachen keine contractatio möglich, wie sie der Begriff des Diebstahls nach römischem 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 fg., und Unger, VI. §. 7. Note 15., die Erklärung in historischen Gründen.

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 Todte erbt den Lebendigen (le mort saisit le vif), bedeutet eben nur, daß es einer besonderen Erwerbshandlung nicht bedarf, um den Nachlaß zu erwerben; ein Satz, der durch das römische Recht seine Geltung verlor und nach österreichischem Rechte gewiß nicht gilt. (§. 799. A. b. G. B. Dies gegen Koch, S. 185, der für das österr. Recht irrthümlich auf Grund des §. 536. b. G. B. das Gegentheil behauptet.) Uebrigens ist es selbst nach deutschem Rechte nicht richtig, daß der Erbe unmittelbar in den Besitz eintritt. Vgl. Koch a. D. Gerber, Privat. §. 248. Note 11., und Zeitschr. f. Civilprozess, N. F. B. XI. S. 19. Reyscher, Zeitschr. für deutsch. R. V. S. 305. Dafür neuerlich Walter, Deutsche Rechtsgeschichte II. S. 242. Die ältere Literatur ist bei Kunde, Deutsch. Priv. §. 787., ausführlich 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. Lehrn. 61, welche wir mit Gerber a. a. D., S. 19, versehen. Vgl. auch Delbrück, S. 294, der mit Recht hervorhebt, daß es sinnlos sei, dem deutschen Rechte, das keinen Besitzeschutz kennt, jenen Rechtsatz zu unterziehen, der doch nur den Sinn haben könne, daß die Besitzklagen dem Erben

anerkennen Pachmann, §. 40. Unger, I. S. 18. N. 10. VI. §. 40. N. 6. Demelius, Rechtserbwerb, Ger.-Zeit. 1858 N. 36., 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. Eine einzige mir über diesen Punkt bekannte oberstgerichtliche Entscheidung scheint Besitzerwerb durch Erbgang anzunehmen. Entscheidung vom 25. September 1862, Ger.-Zeit. Nr. 136.: „Entweder muß B. (die Erblasserin) ungeachtet ihres Ablebens noch fortan oder der Kläger als deren Alleinerbe als im Besitze befindlich angesehen werden.“ — Das sächsische Recht bestimmt im §. 2288. ausdrücklich: „Der Besitz an den erbbaufälligen 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, gegen Koch, S. 185, und die herrschende Ansicht eine Apprehension zum Besitzerwerb nicht für nöthig, obgleich wir die Zweideutigkeit des §. 49. nicht verkennen.¹² — 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. (Vgl. Dernburg,

auch ohne Apprehension zu Statuen kommen. Diesen Rechtsatz enthalten übrigens mehrere ältere deutsche und ital. Stadtrechte. Vgl. Delbrück, S. 295.

12) Die entgegengesetzte Ansicht spricht aus die Entscheidung des Berliner Obertribunals vom 7. Nov. 1849 (bei Mathiae, I. S. 125): „Nach römischem Rechte, heißt es daselbst, gehört der Besitz entschieden nicht zum Nachlasse. Der alte deutsche Rechtsatz: „Der Todte erbt den Lebendigen“ ist in einem verschiedenen Rechtsinne aufgefaßt. Einige Partikulargesetzgebungen (die Magdeburger Pol. D., Neue Kölner N. D. und das spätere französische Recht lassen den Erben mit dem Tode des Erblassers in den Besitz treten. Eine gleiche Deutung geben mehrere Rechtslehrer, wie Schilter, Heineccius, Eisenhartu. a., diesem Rechtsätze, 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 beigetreten. Freilich wollen Manche im §. 49. VII. 1 Th. das Gegentheil begründet finden.“ Vgl. Koch, Komm. I. S. 406. Note 25.

Zusammenrechnung, Archiv, 34. B. S. 275. u. 288, welcher unter Berufung auf Troplong derselben Ansicht ist.)¹³

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 Rechtserbwerb 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 Rechtserbwerb 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 auch die Unzulässigkeit, ja Sinnlosigkeit 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 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.¹⁴

13) Anderer Ansicht ist Plank, Besitz S. 30, Note 12., welcher auf Grund des art. 724. C. c., der jedoch kein Wort vom Besitzübergange enthält, Besitzerwerb des Erben auf Grund des Gesetzes behauptet.

14) Vgl. Savigny, §. 5. u. 28., insbesondere S. 376. Buchta, §. 130. Unger, II. S. 18. Demelius a. a. D. Dagegen spricht Brinz, I. S. 60, von Uebertragung des Besitzes: „Warum auch *possessionis traditio* nicht eben so wohl wie *dominii traditio* eine Sukzession 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 Sukzessionsgrund gleichmäßig für den Besitz wie für das Recht. — 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

Werfen wir nun einen Blick auf die Darstellung der Erwerbarten des Besitzes, wie sie das Gesetzbuch gibt, so sehen wir, daß dieses in den §§. 314. u. 315. die Besitzerwerbarten in unmittelbare und mittelbare eintheilt. „Den Besitz sowohl von Rechten als von Sachen erlangt man entweder unmittelbar, wenn man freistehende 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 Eigenthumserwerbarten in ursprüngliche und abgeleitete.) Unter der ersteren versteht das Gesetzbuch der älteren Doktrin folgend jene, bei welcher freistehende (*res nullius*), unter der letzteren solche, bei welcher bereits im Eigenthume stehende Sachen erworben werden (§81. 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.¹⁵ Aber auch abgesehen davon, abgesehen ferner von der Abnormität, die in der Annahme „freistehender 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

des sogenannten abgeleiteten Besitzes (insbesondere beim Pfandgläubiger, Sequester und Präfixten) 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 dominii*? Siehe Brinz selbst §. 55. Für das österr. Recht, das den „abgeleiteten“ Besitz nicht kennt, trifft das Argument Brinz's überhaupt nicht zu. Gegen Brinz vgl. nun auch Witte, Zeitschr. N. F. 18. S. 238 fg. Sintonis, I. S. 455, Nr. 8. und Arndts, §. 139., Note 3. (5. N.).

15) Unter der mittelbaren Erwerbung versteht also das Gesetz die an freistehenden Sachen; unter der unmittelbaren jene an im Eigenthume befindlichen. Unrichtig sagt der §. 314.: „Die einem Anderen gehört,“ da die Sache dem Apprehendenten selbst gehören kann. Der mittelbare und unmittelbare eigenmächtige Besitzerwerb entspricht dem originären, der mittelbare dem derivativen Erwerbe der Rechte.

wird, ob der Erwerb einseitig, oder im Wege der Uebergabe (also unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers) erfolgt.¹⁶ Allein auch für die Eintheilung des Besitzerwerbes im §. 315. in einen einseitigen und einen unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers erfolgenden ist keine Nothwendigkeit vorhanden.¹⁷ Denn zwar knüpft der §. 315. daran eine scheinbare Modifikation in Ansehung des Umfanges des Besitzerwerbes. Aber es ist schon früher (S. 120) gezeigt worden, daß diese Modifikation eben nur eine scheinbare ist, welche sich unter Berücksichtigung der in beiden Fällen vorliegenden verschiedenartigen Verhältnisse von selbst ergibt.

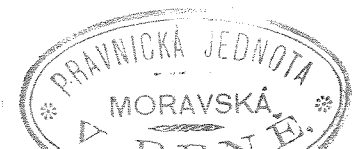
§. 16. Ausschließlichkeit des Besitzes.

Im Begriffe des Besitzes als der unbedingten faktischen Gewalt über die Sache mit dem Eigenthumswillen liegt das Moment der Ausschließlichkeit desselben. Ein Mitbesitz Mehrerer an derselben Sache (*compossessio plurium in solidum*) ist begriffsmäßig ausgeschlossen. L. 5. §. 15. *commodati*: Celsus filius ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse. Vgl. L. 3. §. 5. *de poss.*¹

16) Vgl. Demelius, Rechtsverw., Ger.-Z. a. D. Bei der einseitigen Besitzergreifung soll nämlich nur so viel erworben werden, als wirklich ergriffen wurde, bei der unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers erfolgenden aber Alles, was dieser gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nöthig wäre, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen.

17) Daß diese Eintheilung nicht mit jener in originären und derivativen zusammenzuwerfen ist, ergibt sich aus der Auffassung des Besitzes als Faktum. Ableitung ist nur bei Rechten möglich, bei Thatfachen hat sie keinen Sinn. Vgl. Demelius a. a. D.

1) Vgl. Savigny, §. 11. Koch, §. 8. Puchta, §. 129. Goeßchen, §. 205. Arndts, §. 138. Brinz, I. §. 27. Das preuß. A. L. R. erkennt die Ausschließlichkeit des Besitzes an im §. 1. h. t. „Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen. . . .“ Von einer Kollision mehrerer Besitze kann demnach keine Rede sein. Dennoch entscheiden die §§. 74—76. den angeblichen Kollisionsfall, wenn dem Einen symbolisch, dem Anderen körperlich übergeben wird, dahin, daß dem Letzteren der Vorzug gebühre. Mit Recht bemerkt Koch, S. 118 u. 127, daß ein solcher Kollisionsfall 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.“ — Neuestens behauptet Lenz, S. 136: Savigny habe die Unmöglichkeit



Dieser Grundsatz leidet auch in dem Falle keine Ausnahme, wenn Jemand den Besitz einer Sache unredlicher, unrechtmäßiger oder unechter 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 Derjenige und 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 petitorisches Rechtsmittel, von dem unechten, unrechtmäßigen oder unredlichen Besitzer wieder zu erlangen.²

des Mitbesitzes nur durch eine Fiktion der Quellen zu erklären gewußt. Dieser Vorwurf ist grundlos. Ausdrücklich folgert Savigny (S. 182, 183, 201) dieselbe aus dem natürlichen Begriffe des Besitzes. — Inwiefern die Erklärung Lenz's, zu der er weit ausholt, neues Licht auf die Sache werfe, möge nachstehendes wörtliche Resümé darthun. „Berkörpert sich wirklich unser Wille in dem Objekte seiner Herrschaft, so muß er in diesem, wie der Geist im Leibe, überall und nirgends sein. Es ist unmöglich, daß in demselben Objekte, welches in seiner räumlichen Totalität bereits von dem Willen eines Subjektes erfüllt ist, sich noch der Wille eines Anderen geltend mache, — ebenso unmöglich, als daß in einem Leibe zwei Seelen neben einander wohnen“ (S. 137). Und dann eifert Lenz noch (S. 85) gegen die philosophisch mythische Behandlungsweise juristischer Fragen durch Puchta.

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. Witte, Zeitschrift f. G. u. R. Neue F. XVIII. S. 250 fg. 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,

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.“^{2a} Von dem begreiflich unzulässigen Mitbesitze Mehrerer an derselben Sache zu unterscheiden ist und hat mit demselben Nichts gemein:

I. Der Mitbesitz Mehrerer an derselben Sache nach ideellen Theilen (compossessio pro indiviso), da bei dieser ein solidari-

die als Folgen des Besitzes betrachtet werden, weshalb sich denn für diese Mehreren zu gleicher Zeit die Bezeichnung possessores findet.“ — Anderer Ansicht ist Kierulff, 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, Usukapion) ein doppelter Besitz gedacht werden könne. Vgl. insbesondere S. 369 **. Neuestens giebt zwar Baron, Gesamtrechtsverhältnisse, 1. Abschn. §. 3. u. 4., zu, daß weder in den Fällen des Pignus und der sog. vitiosa possessio von einem Solidarbesitze die Rede sein könne; hält aber einen solchen („Gesammtbesitz“) 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 fg.). 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 Gesammtbesitzes nicht von der Hand weisen.“ Einen solchen nimmt B. wirklich an: beim Legate des Ususfructus an Mehrere (4. Abschn. §. 13.) und bei dos communis (Abschn. 8. §. 37.). Abgesehen davon, daß es logisch 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 Affrescenz 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 Bangerow (6. Aufl. §. 220.) und Arndts (§. 405.) den Vater für den Alleineigentümer, und wenn B. den Einwand des Gelsus: condom. plurium in sol. esse non potest damit beseitigen will, daß er sagt: „hier stehe das Eigenthum nicht zwei Personen gegenüber, sondern der aus ihnen gebildeten Einheit zu,“ so kommt er einerseits mit sich selbst in Widerspruch, andererseits supponirt er die Existenz einer juristischen Person, die wir — wie überhaupt seine Theorie über Legatäre (Abschn. 1. §. 1.) — nicht zu theilen vermögen.

2a) Dieselbe Bestimmung enthält der §. 213. des sächs. G. B.; während das preuß. Landr. §. 122. diesen Erfolg nur dann eintreten läßt, wenn der Andere den Besitz fehlerfrei ergriffen hat.

scher Mitbesitz nicht statt hat, sondern 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. A.)

II. Der Mitbesitz Mehrerer nach realen Theilen (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 Zusammengehörigkeit dieser Ganzen, welche den selbstständigen Besitz der einzelnen Ganzen in Rücksicht des höheren Ganzen als Mitbesitz erscheinen läßt, z. B. verschiedene Grundstücke eines Wirthschaftsgutes. Vgl. §. 17. d. A.

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, z. B. der Besitzer des Wagens die Räder Namens dritter Personen. Vgl. §. 18. d. A.

IV. Der beschränkte Eigenthumsbesitz einer Sache und der gleichzeitige Besitz Dritter an einzelnen Rechten an der Sache, z. B. wenn A. Besitzer des Nususfructus an einer Sache ist, in deren Eigenthumsbesitze sich B. befindet.³ 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 (possessio rei corporalis) 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

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 Grenze 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. Stubenrauch, I. S. 651 fg. — Das preuß. A. Landr. kennt eine eigenthümliche compossessio plurium in solidum in dem sog. vollständigen und unvollständigen Besitze. Vgl. Koch §. 8.

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.

§. 17. Der Mitbesitz. Einfluß der Theilung auf den Besitz.

Sowie das Recht ein doppeltes Miteigenthum an Sachen kennt (condominium pro diviso und pro indiviso §§. 361. 854. A. b. G. B.), so auch einen doppelten Mitbesitz:

I. Den Mitbesitz nach materiell getrennten Bestandtheilen (compossessio pro diviso). Vgl. §§. 841. 842. 843. 854. 855. 856. A. b. G. B.

II. Den Mitbesitz nach intellektuellen Theilen (compossessio pro indiviso). Vgl. §§. 361. 833. A. b. G. B.

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. A.) 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 solcher 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 reell getheilt wird.¹

¹) Vgl. besonders die Abhandlung Wächters im civ. Archiv XXVII. Nr. VII. und Handb. S. 275. Unger, Syst. I. S. 413. Dieser Zusammenhang wird regelmäßig ein äußerer, sichtbarer sein, z. B. bei Zerstückung eines Waldes, einer Insel. Der Zusammenhang kann aber auch u. E. darin bestehen, daß nur das Ganze (nicht die Theile) eine bürgerliche Einlage haben, z. B. eine Wirthschaft, die aus vielen Feldern besteht, und nur Eine bürgerliche Einlage hat, wird in der Art von mehreren Personen besessen, daß jede derselben bestimmte Felder allein besitzt und genießt. Es genügt also selbst eine bürgerliche Einheit, um trotz der materiellen Theilung von einem Mitbesitze pro diviso zu sprechen. Der Zu-

Während im ersten Falle die Besitzer der Theile zu einander in gar keiner Beziehung stehen, vermittelt im zweiten Falle die äußere 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.² Dieser Besitz der Einzelnen mit Bezug auf den Zusammenhang der Theile erscheint als Mitbesitz am Ganzen (*compossessio pro diviso*).³

Nur darf nicht übersehen werden, daß die einzelnen Theile selbstständige Ganze sind, und daß man von einem Mitbesitze an der Gesamtheit der Theile nur mit Rücksicht auf die Zusammengehörigkeit derselben aus einem anderweitigen als juristischen Gesichtspunkte, daher nur im uneigentlichen Sinne die Rede ist.⁴ Der Mitbesitz *pro diviso* ist in der That nur ein scheinbarer; in sachenrechtlicher Beziehung besteht keine Gemeinschaft zwischen den Mitbesitzern.

Die Möglichkeit des Mitbesitzes *pro diviso* ist anerkannt in den §§. 841—845. 850—857. des A. b. G. B. Insbesondere behandelt der §. 855. Grenzmauern als Miteigenthum *pro diviso* der Grenznachbarn, und die geometrische Mitte als Grenzlinie der beiderseitigen Eigenthumsantheile. Vgl. Unger, I. S. 414, N. 18. ge-

sammenhang muß aber ein gegebener sein; läßt sich also nicht nach Willkür schaffen, wie Savigny, §. 22. I., anzunehmen scheint. — Unfaßbar sind die Ausführungen Helms in Haimers Viertelj. 13. Bd. S. 292 fg. u. 306—308.

2) Wird z. B. der Wald X, die Alpe Y zwischen A, B u. C zerstückelt, so erscheinen die Antheile des A, B u. C doch immer noch als Theile des Waldes X, der Alpe Y und die drei Besitzer zusammen Besitzer des ganzen Waldes, der ganzen Alpe. — Anders wenn z. B. ein Stück Holz 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 Holzes sprechen.

3) Vgl. Savigny, §. 22. I. Wächter, a. a. D. S. 170. Arndts, §. 138. Böcking, P. §. 75. Stubenrauch, I. S. 626. Unger, I. S. 414.

4) Vgl. Lenz, Besitz S. 130. Die Frage, ob nur bei unbeweglichen oder auch bei beweglichen Sachen eine Theilung *pro diviso* möglich sei (vgl. Savigny, S. 298. Unger, I. S. 414, N. 19., und Böcking, §. 75. N. 7. 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. Soweit stimmen wir mit Wächter, I. c., obgleich die von ihm citirten Stellen sich nicht auf unsere Frage beziehen.

gen die übliche Auffassung, die in den gedachten Stellen ein ideelles Miteigenthum und ideellen Mitbesitz sieht.

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 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. Auch bei zusammengesetzten Sachen (vgl. §. 18. d. A.) 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* im eigentlichen Sinne vorhanden.⁵

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, daß als untheilbar nicht bloß solche Sachen erscheinen, welche eine reelle Zerstückung ohne Zerstörung ihres Wesens nicht zulassen, sondern auch solche, bei denen die Zerstückung ohne beträchtliche Verminderung des Werthes nicht geschehen könnte (arg. §. 843. A. b. G. B.), hier

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 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.

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. Denn der zwingende Charakter der absoluten Verbotsgeetze hat die Wichtigkeit und absolute Wirkungslosigkeit der dagegen vorgenommenen Handlungen zur unabweisbaren Konsequenz (vgl. über den Charakter der Verbotsgeetze Unger, §. 9.). Nach diesen allgemeinen Bemerkungen sollen nun 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. Diese Abgrenzung wird regelmäßig Werk menschlicher Thätigkeit sein; die letztere ist aber da überflüssig, wo die Grenzen eines bestimmten Grundtheils natürlich sind, z. B. bei einer Insel. Durch neue Begrenzung können daher ebenso gut neue Ganze geschaffen werden, als durch die Realtheilung von Fahrnissen, z. B. durch Zerscheiden von Silberbarren.⁶ Haben daher mehrere derartig bestimmt abgegrenzte Grundstücke zusammen wieder eine Abgrenzung, z. B. durch die sie umgebenden Flußarme, Straßen u. s. f., so hören sie darum so wenig auf, im Einzelnen selbstständige Ganze zu sein, als durch ihre Vereinigung bei einem gemeinschaftlichen Eigenthümer. Wer also

6) Vgl. L. 6. D. 6. 1. Hierulff, §. 374. Lenz, §. 131. 140. Brinz, I. §. 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 hierfür 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.

den Besitz eines Grundstückes ergreift, muß sich vor Allem der Grenzen desselben bewußt sein, beziehungsweise diese schaffen, wenn sie noch nicht vorhanden sind. (Darum heißt es in L. 26. D. de poss.: »*Locus certus ex fundo et possideri . . . potest . . .*«) Wer Besitzhandlungen auf einem bestimmt abgegrenzten Grundstück 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.⁷ Grundstücke lassen also durch Ziehung neuer Grenzen eine 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 gleichgiltig.^{7a} 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 administrativen oder bürgerlichen Zusammengehörigkeit oder Einheit) ein Mitbesitz pro diviso statt.

7) Vgl. auch §. 315. A. b. G. B. Nehmen wir an, daß A an 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 Inasse auf der „Flur Stalic“ (einer weiten unabgegrenzten Berglehne) nur an einer Stelle Steine zu brechen anfing, dessen Begehren, er sei im Besitze derselben, und die von einem anderen Inassen an einer anderen Stelle derselben Flur vorgenommene Aufschließung eines neuen Steinbruchs involvire eine Besitzstörung in einem ungedruckten Erkenntnisse des D. L. Ger. Prag vom 15. Mai 1859 abgewiesen, zumal die Bezeichnung einer ganzen Gegend mit einem gewissen Namen die Nothwendigkeit einer bestimmten Begrenzung nicht beseitigen könne.

7a) Vgl. die oberstgerichtlichen Entscheid. N. 620. u. 679. der Unger-Wafer'schen S. II. „Das Parzellenprotokoll beweist weder Eigenthum noch Besitz, sondern nur die Besteuerung.“

Man da, Besitz n. öffentl. Recht.

Obgleich nun im Allgemeinen einzelne Grundstücke und ganze Wirthschaften eine reelle Theilung und gesonderten Besitz an einzelnen Theilen zulassen, so findet doch eine Ausnahme da statt, wo die Theilung aus Gründen des öffentlichen Rechtes verboten ist.⁸ Dies ist der Fall bei Bauerngütern (in Ansehung des Stammgutes), deren Zerstückung ohne Bewilligung der politischen Behörde null und nichtig, und deren Reintegration von der Letzteren von Amtswegen in's Werk zu setzen ist. Vgl. Hofkanzleidekret vom 2. Juli 1807. Hofdekr. vom 19. November 1812. Z. 1015. Minist.-Erlaß vom 9. Oktober 1857. Z. 26782. (Mayerhöfer, Handb. d. Verwalt. S. 732.) Kraft dieses gesetzlichen Verbots kann eine illegale Zerstückung eines Bauerngutes im Privatrechte keine Berücksichtigung finden. Es findet daher an solchen illegal abgetrennten Theilen eines Bauerngutes kein Besitz statt, sondern nur Detention (denn diese läßt sich nicht verbieten). Der in der Praxis oft geltend gemachte Einwand, daß es sich beim Besitze bloß um ein faktisches Verhältniß handelt, und jenes Verbot diesen faktischen Zustand nicht alteriren könne, trifft nur in Ansehung der Detention, nicht aber in Ansehung des Besitzes zu. Denn zum Besitze wird Eigenthums willen erfordert, gerade diesen Willen anerkennt das Gesetz nicht in Ansehung illegaler Abtrennungen von Bauernwirthschaften.⁹ Hier erleidet also eine Konsequenz

8) Vgl. über die juristische Untheilbarkeit Unger, I. S. 418. Das Verbot der Untheilbarkeit der Bauerngüter ist ausdrücklich aufrecht erhalten durch Z. M. Verordn. vom 23. März 1850. Z. 120. R. G. Bl. Durch einen Schluß a contrario ergibt sich die Zulässigkeit des Mitbesitzes pro diviso an anderen Realitäten.

9) Vgl. die Part. Entscheidung des Ministeriums des Innern vom 9. Oktober 1857. Z. 26782. (Oesterr. Zeitschr. für innere Verwaltung N. 45.), wo es heißt: „Die eigenmächtige Abtrennung einzelner Grundstücke an Ausfiskal-Stammgründen ist — da hierüber, als über außer Verkehr gesetzte Objekte (?) ein privatrechtlicher Vertrag nicht abgeschlossen werden kann, — ein illegaler Akt, über dessen Wirkungen nur die politischen Behörden zur Entscheidung . . . kompetent sind. Den Gerichtsbehörden steht nur dann in derlei Fällen die Entscheidung zu, wenn der Besitz der Stammwirthschaft oder hievon legal abgetrennten Theile streitig ist“ . . . Diesen Grundsatz hat auch das Justizministerium in dem an das k. k. O. L. Gericht Lemberg gerichteten Erlasse vom 4. März 1857. Z. 28707. anerkannt. Vgl. auch die Gründe des oberstgerichtlich bestätigten Urtheiles des Bezirksgerichtes W. vom 2. März 1853 (Ger. Zeit. 1854. Nr. 8.). Die Motivirung jedoch, daß derlei unbesetzt abgetrennte Grundstücke kein Gegenstand des Verkehrs seien, ist juristisch unrichtig. (Vgl. §. 10. d. R. N. 15.) Der Grundsatz, daß der einem aus öffentlichen Rücksichten eingeführten Gesetze widersprechende Besitzwille das Dasein des Besitzes ausschliesse, ist ausgesprochen in der Entscheidung des obersten Ger. Hofes vom 22.

aus dem natürlichen Begriffe des Besitzes durch die Norm des positiven Rechtes eine Abweichung; — „der Besitz folgt hier seiner zweiten Natur.“¹⁰ Soweit kein Eigenthum an einer Sache möglich ist, soweit auch kein Besitz. — Nur bei Bauerngütern ist eine Zerstückung ohne Bewilligung der politischen Behörde aus öffentlichen Rücksichten verboten. Nicht so bei landtätslichen Güterkomplexen, obgleich auch hier zu jeder Zerstückung der Konsens der politischen Landesstelle erforderlich ist, bevor eine Ab- und Zuschreibung oder die Eröffnung einer neuen Einlage in den öffentlichen Büchern vorgenommen werden darf (Minist.-Verordn. v. 30. Juni 1858. Z. 100. R. G.). Ebenso ist auch eine Zerstückung, obwohl deren Rechtsgiltigkeit an den Konsens des Gerichts oder der politischen oder geistlichen Behörde gebunden ist, doch nicht verboten: bei Mündel-, Fideikommiß- und Kirchengütern. Hier ist also Sonderbesitz an einzelnen abgetrennten Theilen zulässig.

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 selbständige 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.¹¹ Ver-

April 1857. Z. 2079. (Haimers Mag. XV. S. 496. Feitler, Samml. Nr. 821., und Unger-Glaser'sche S. I. N. 331.). Hieher gehört auch das Hofdekret vom 15. März 1833. Z. 2603. Z. G. S., wodurch die Ueberlassung von Parzellen eines Bauerngutes auch nur auf Lebenszeit (also zum Besitze oder Genusse) verboten ist. Käme also im Laufe des Prozesses hervor, daß der Kläger, der um Schutz im Besitze eines Ausfiskal-Grundstückes ansucht, nicht Besitzer der untheilbaren Grundwirthschaft sei, sondern daß er dasselbe abgesondert auf Grund eines den politischen Grundzerstückungsverboten zuwiderlaufenden Verkaufskontraktes besitze, so könnte er im Besitze durch gerichtlichen Spruch nicht geschützt werden; vielmehr müßte das Gericht das Verfahren abbrechen und die Entscheidung des Falles der hiernit allein kompetenten pol. Behörde überlassen.

10) Vgl. Brinz, a. a. D. §. 29. Denn der Besitz als Rechtsinstitut steht trotz seiner faktischen Grundlage unter der allgemeinen Regel des Rechts.

11) Das ausdrückliche Verbot der Theilung von Häusern nach materiellen Bestandtheilen besteht für Gebäude des bäuerlichen Grundbesitzes allgemein, 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

schiedene Stockwerke eines Hauses sind ebensowenig Gegenstände eines abgesonderten Besitzes als etwa verschiedene Bretter eines Kastens oder verschiedene Lagen eines Schiffes. Diese Anschauung liegt auch den Bestimmungen des N. 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.¹² Vertikale Scheidung ist nicht absolut unzulässig.

3) Bezüglich des Besitzes an Flüssen ist zu bemerken: Das Bett öffentlicher (also schiffbarer) Flüsse ist, wie der Fluß selbst, ein allgemeines Gut (res publica §. 287. N. b. G. B. und Hofdekret

für die Zukunft verboten.“ Für andere Länder bestehen besondere Verbote. Vgl. M. Verordn. vom 8. Febr. 1853. §. 25. N. G. Bl. für Salzburg. Sonderbarer Weise behauptet Bornemann, I. S. 512. Note: „Daß eine superficies ohne den Boden, mit dem sie zusammenhängt, besessen werden könne, ist höchstens aus juristischen, nicht aus physischen Gründen unzulässig.“ Gerade umgekehrt!

12) Vgl. Z a u n, C. Arch. 43. B. S. 212. Unger, I. S. 45 N. 23. S i n t e n i s, §. 43. — Aus den §§. 417—419. N. b. G. B. geht mit Bestimmtheit hervor, daß das österr. Recht die Grundsätze des röm. Rechtes angenommen hat. Ein materiell getheilter Besitz (Eigenthum) an Häusern hätte daher schon nach Inhalt des N. b. G. B. für unzulässig erkannt werden sollen. Trotzdem wurde in einzelnen Städten, z. B. in Prag und Salzburg, der alte Mißbrauch der Theilung der Häuser auch unter der Herrschaft des neuen G. B. fortgeschleppt, bis endlich die in der vorigen Note zitierten Ministerialverordnungen demselben steuerten. — Das deutsche Recht kennt zwar einen Besitz an Häusern pro diviso (Walter, D. R. Gesch. S. 583. Bluntschli, D. Priv. R. §. 57. Nr. 3.) und ebenso der Code Napoléon art. 664.; wohl auch das preuß. Recht §. 98. I. 9. u. §. 199. I. 22., welches ein getrenntes Eigenthum an Grund und Boden einerseits und Häusern und Früchten andererseits ausdrücklich anerkennt. Vgl. auch Koch, S. 170, wogegen trotzdem Bornemann, I. S. 512. Note, mit Recht die Unzulässigkeit des Besitzes an verschiedenen Stockwerken eines Hauses auch nach preuß. Rechte behauptet. — 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 Entscheid. des oberst. G. Hofes 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 sofort Besitzer der von einem Anderen, z. B. dem Pächter, auf seinem Grunde aufgeführten Gebäude. Irrig ist daher die Motivirung der Entscheid. des oberst. Ger. Hofes vom 21. Mai 1863. Ger. Zeit. 1863. Nr. 132., in welcher dem Verpächter der Besitz eines vom Pächter aufgebauten Schupfens darum abgesprochen wird, weil er noch keine Besitzhandlungen an demselben vorgenommen habe. — Neuestens 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 Superficial vorhanden ist. Zu diesem abnormen Resultate ist nur durch eine gekünstelte Auslegung jener Stelle zu gelangen. Vgl. dagegen S a v i g n y, S. 331. u. Z a u n, S. 226.

vom 14. Juli 1776), und kann daher kein Gegenstand privatrechtlichen Verkehrs und des Besitzes sein.¹³ Das Bett eines nicht öffentlichen Flusses dagegen kann im Besitze des sogen. Fluß-Eigenthümers oder eines Dritten sein, und ist dasselbe vor dem Eigenthume und Besitze der Uferanrainer am Ufergrunde unabhängig.¹⁴ Das durchfließende 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. 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 beziehenden Benützungrechte, und es kann aus dem Besitze des Einen auf den des Anderen kein Schluß gezogen werden.

ad II. Das Wesen des Mitbesitzes nach intellektuellen Theilen (compossessio pro indiviso) besteht darin, daß der Besitz einer reell 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 eigentlich getheilt ist,^{14a}

13) 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. S a v i g n y, §. 9. u. 10. d. N.

14) Es kann im Besitze sein, wenn der angebliche Besitzer sein Machtverhältniß über das Bett bethätigt, z. B. durch Pfahlbauten, durch Sanbauarbeiten, Wehrbauten u. s. f. Ohne einen Erwerbsakt kann hier so wenig als sonst Besitz angenommen werden. Darum nahm auch das böhmische D. L. G. in der Entscheid. 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 Domaine durch kais. Donationsurkunde geschenkt, und derselbe in jeder thunlichen Weise benützt wurde, und daß dieser Besitz durch den Bau eines Wehres gestört worden sei.

14a) Eine etwas abweichende, aber nicht recht klare Ansicht hat W ä c h t e r,

so ist es beim Mitbesitz pro ind. die faktische Macht und der Herrschaftswille. Eben darum hat begriffsmäßig kein Mitbesitzer eine ausschließliche Gewalt über den kleinsten materiellen Theil der gemeinschaftlichen Sache, dagegen das freie Verfügungsrecht über den ihm gebührenden intellektuellen Besitzantheil.¹⁵ 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.¹⁶

Handb. S. 277, Note 12. Dagegen Böcking, P. §. 75. Note 5., und Unger, I. S. 416, Note 27. — Eigenthümlich ist die Ansicht Windscheid's, P. §. 140. Note 4., der die Theilung nicht auf den Inhalt des Rechtes, sondern auf den Werth bezieht. Vgl. dagegen Arndts, P. §. 53. Note 5.

15) Mitbesitz pro indiviso anerkennt das Gesetzbuch ausdrücklich im §. 833. im Gegensatz zu §§. 841—843. u. 854—856. 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*. Vgl. §. 1. des Gesetzes vom 5. Juli 1853. Z. 130. R. G. Bl., welches von der Regulirung und Ablösung gemeinschaftlicher Besitz- und Benützungserchte am Boden handelt. Vgl. Savigny, §. 22. Buchta, Pand. §. 129., und Rechtsl. II. S. 50. Arndts, §. 138. Winowarter, II. S. 99. Stubenrauch, I. S. 361. Unger, I. S. 416. Brinz, I. §. 51. a. G., und Lenz, a. a. 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 Miteigentums vorliegt.

16) Ueber die Zulässigkeit dieser Klagen kann kein begründeter Zweifel sein. Ebenso gewiß hat der Mitbesitzer, der vom anderen des Besitzes entsetzt wurde, die Besitzentsetzungsklagen. Vgl. die Entscheidung des obersten Ger. Hofes Nr. 266. der Unger-Glaser'schen Sammlung: „In Erwägung, heißt es dort, daß der gemeinschaftliche, ungetheilte faktische Mitbesitz der ... Trift von Seite der Gemeinde und Gutsherrschafft 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. ebend. II. Die Zulässigkeit der Besitzklagen gegen den Mitbesitzer erkennt auch das röm. Recht an. 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. Schwierig ist L. 12. D. comm. div.: *Si aedes communes sint aut paries communis et eum rescicere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo erit agendum, aut interdico uti possidetis experimur*, welche Savigny, S. 479,

Diese Auffassung liegt dem §. 833. des G. B. zu Grunde: „Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Theilhabern insgesammt zu“, — und es gilt also in Ansehung des Mitbesitzes dasselbe, was der §. 828. in Ansehung des Miteigentumes 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 müssen die Antheile der einzelnen Besitzer bestimmt und denselben bewußt sein, da sonst die Willensrichtung der erforderlichen Bestimmtheit entbehrt.¹⁷ Daraus folgt aber wei-

Note 1., in der Art zu verstehen scheint, als könne der Miteigentümer den *Socius* durch das Interdikt zwingen, die notwendige Arbeit zuzulassen. Diese Auslegung widerspricht dem Prinzip des Miteigentums und Mitbesitzes, dem zu Folge kein *Socius* irgend welche Veränderung mit der Sache eigenmächtig vornehmen darf. Wir übersetzen daher mit Witte, S. 107, das »aut« mit: „denn sonst“. — Auch das Berliner Obertribunal entschied in der hier verteidigten Weise: „Nichtig ist es zwar, daß der Regel nach über die von einem Mitbesitzer geübte Disposition im Possessorienprozeß nicht befunden werden kann; allein eine Ausnahme (?) tritt ein, wenn eine solche eigenmächtige und einseitige Disposition des Mitbesitzers 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.“ (Seuffert's Archiv XIV. N. 37.) Vgl. nun bes. Göppert, Miteig. 1864. S. 36.

17) L. 32. §. 2. D. de usurp.: *Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent quam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit*. Die Subtilität liegt, wie Savigny, S. 300, Note 2., meint, in der Annahme, daß Niemand von den mehreren Besitzern besitzten 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 Interdikte zu geben. Vgl. Buchta, Vorles. I. S. 256. — Uns scheint die Subtilität darin zu liegen, daß es natürlicher scheinen könnte, — und dies behauptet in der That neuestens Windscheid, §. 152. 3. — daß wenigstens gegen Dritte jeder Mitbesitzer die Interdikte habe, da ja die Frage, mit welchem Antheile der Einzelne am Besitze partizipirt, bloß das Verhältniß der Besitzer unter einander berührt. Indes halten wir die im Texte ausgesprochene Ansicht für die logisch allein konsequente. — Eigenthümlich interpretirt Böcking, P. §. 124. Note 11., die L. 32. cit.: „Labeo schreibe ohne alle Subtilität: *mera subtilitate*, d. h. in abstracto (von dem Gegenstande, der Begränktheit des Objektes kein Bewußtsein habenden) Vorstellung könne Niemand besitzen.“ Daß diese Auslegung richtig, die bisher übliche ungrammatisch sei, will uns nicht einleuchten. Dagegen s. auch Windscheid, §. 152. Note 12., der aber darin irrt, daß er behauptet, die Meinung Labeo's sei in L. 32. cit. verworfen. Rudorff, zu Buchta a. D., erklärt »m. subtilitate« gleich: im Rechtsinne.

ter, daß die 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 Andern 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 ignorant, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo ait.*¹⁸ Es versteht sich aber, daß sie gemeinschaftlich gegen Dritte die Besitzklagen gebrauchen können, sofern sie sich auch nur vübergehend über ihre Besitzantheile einigen.

An Sachen, rüchichtlich deren die Eigenthums-Gemeinschaft pro indiviso durch Gesetz für unzulässig erklärt ist, ist auch ein ungetheilter Mitbesitz rechtlich nicht statthast.¹⁹

18) Instruktiv ist folgender praktische Fall: A und B benühten bisher gemeinschaftlich einen zwischen den Häusern derselben gelegenen Hofraum, und zwar A als Lagerplatz, B als Wagenremise. Die Vornahme dieser Handlungen wurde wechselseitig stillschweigend geduldet. Als nun einmal B gegen die bisherige Gewohnheit mit Wagen und Pferden in neuen Bahnen fuhr, klagte ihn A wegen Besitzstörung, Alleinbesitz 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 mühte offenbar verschieden ausfallen, wenn B sich wirklich im Mitbesitze befände, als wenn er seine Klage bloß auf den etwa behaupteten Alleinbesitz stützen würde. Im ersteren Falle mühte er aus den im Texte angeführten Gründen mit der Klage durchbringen; 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.

19) An Bauergütern ist darum nur den Ehegatten ein Mitbesitz pro indiviso gestattet. Vgl. Hofdekret vom 31. März 1788 und die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 22. April 1857. J. 2079 (Peitler's Sammlung Nr. 821), in welcher der Besitz der Hälfte eines Bauerngutes durch Dritte zur Erziehung für ungeeignet befunden wird. — Mit Recht, denn das Rechtsverbot gestattet nicht das Entstehen eines gültigen Besitzwillens. — Abgesehen von Bauergütern

§. 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.

Der Gegensatz zwischen einfachen und zusammengesetzten 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 individuelle Existenz behalten, und nur in der Verbindung ihr abgesondertes Dasein aufhört.¹

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.² Der Sprachgebrauch

ist ein Mitbesitz pro indiviso allgemein zulässig, selbst wenn die Theilung an irgendwelche nicht erfüllte Voraussetzungen gebunden wäre, z. B. beim Fideikommiss.

1) Vgl. über diese sehr heiklen und wichtigen, und doch vernachlässigten Begriffe Puchta, Rechtsl. II. S. 52—54, Pand. §. 37. Sintonis, I. §. 41. u. 43. Arndts, §. 53. Brinz, I. §. 51., besonders Unger, I. S. 419 fg. Windscheid, P. §. 140. 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 Kollektivspecien; zählt zu den Ersten kompakte Massen organisch oder mechanisch kohärenter Bestandtheile, zu den Zweiten: die aus mehreren mechanisch kohärenten Realspecien 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.

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

bezeichnet diese Verschiedenheit ganz richtig in der Art, daß im ersteren Falle von einer Theilung, im letzteren Falle von einer Zerlegung gesprochen wird.

Es ergibt sich nun zunächst aus der Natur der Sache, daß an einfachen 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.³

Bei zusammengesetzten Sachen sind zunächst zu unterscheiden

a) solche, bei welchen die Zusammensetzung der Theile zu einem Ganzen die physische Einzelne Existenz der Theile vollständig aufhebt, indem dieselben auf feste Weise zu Einem Ganzen verbunden sind, z. B. die Balken in einem Hause, die Ziegel im Dache, die Räder eines Uhrwerkes;

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 Ruder oder die Segel des Schiffes, der Ladestock eines Gewehres, obgleich auch hier die Theile zum Begriffe des Ganzen erforderlich sind.⁴

Es ist nun u. E. aller Nachdruck darauf zu legen, daß nur an selbstständigen Sachen ein Besitz möglich ist; wo eine Sache

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.

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. Sieher ist wohl 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. Note 8.

4) Die Anwendung dieser Begriffe im Konkreten ist mitunter schwierig. So z. B. zählt Unger, I. S. 421 u. 422, Note 11., die Verbindung des Maßbaumes 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, S. 83 u. 310, 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 dasselbe ihm von einem Dritten bloß geliehen wurde. 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.)

in Folge der Verbindung ihre Selbstständigkeit eingebüßt hat, kann von einem Besitz an derselben keine Rede sein. Darauf, daß die Verbindung eine unauflöbliche sei, wie Sintonis, S. 449, meint, kann wohl Nichts ankommen. Ein verbauter Stein z. B. hört gewiß auf, selbstständig zu sein, und doch ist die Verbindung nicht unauflöslich.

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 solange 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 Thatfache allein auf den Besitzer des Ganzen. Erst nach der Trennung kann ein abgesondertes Besitz daran für Dritte wieder entstehen.⁵

Anders an zusammengesetzten Sachen der zweiten Art. Es steht Nichts entgegen, an den Theilen derselben einen abgesonderten Besitz zu denken.⁶ 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.⁷ Es fällt demnach

5) Vgl. Puchta, Rechtsl. II. S. 32, Instit. II. S. 566. Unger, I. S. 422. Mit der Einfügung des Balkens in das Gerüste, der Anschweifung 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 besonderen Besitzwillen 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 besitzet. 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 den Ladestock, B das Gewehr, oder A das Wagengestelle und B die Räder besitzen. Der Besitzer des Gewehres, des Wagens erscheint dann rückfichtlich des Ladestockes, der Räder als Stellvertreter des Besitzers. Verbindung von Immobilien mit Immobilien wird regelmäßig die selbstständige Existenz der bisher getrennten Ganzen nicht aufheben. Vgl. Hofschuher (Kunze) Theorie u. Kas. d. Civilr. II. §. 88. und den daselbst angeführten Fall (Seuffert's Arch. XI. N. 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.

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 Bestandtheiles anzusehen sei, geht Savigny, a. a. O. §. 22., dem die Meisten folgen,⁸ 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, miterfassen, wenn der Erfindung des Wagens Nichts entgegensteht.

8) So Buchta a. O. Holzschuber, §. 84. durchweg; wesentlich: Madai, Arch. XXV. S. 213. Windscheid, P. §. 152. Wangerow, I. S. 418., nur mit der Abweichung, daß die Letzteren in Rücksicht der mittelbaren Erfindung das, was Savigny für Baumaterialien als Ausnahme ansieht, daß nämlich die Usukapion 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 Sintonis, Civ. Archiv XX. S. 75 und Civilt. §. 43. Note 14. u. §. 51. Note 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 Usukapion, selbst dann, wenn die Usukapion 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 Usukapion 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 Verhältniß einer dienenden Nebensache tritt. Eine dritte Meinung (Böding, §. 124. Note 15. 16. Lenz, S. 139. Brinz, S. 181) 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 integrirender 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 Gegentheil sind in der L. 30. §. 1. D. de usurp. beide Fälle mit einem „ergo“ verbunden, was darauf hinweist, daß die Entscheidung hier wie dort auf demselben Principe beruhe. Vgl. auch Brinz, I. S. 182. 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.

Umgekehrt: kann der Wagen z. B. als *res furtiva* nicht erfassen werden, so fällt auch die Usukapion des Rades hinweg. Mit der erfolgten Zerlegung beginnt daher an den Theilen ein neuer Besitz, und wenn die Usukapion des Ganzen nicht vollendet ist, eine neue Usukapion.

Die vollendete Usukapion erstreckt sich aber auch auf die Theile; erfolgt daher erst dann die Zerlegung, so beginnt zwar an den Theilen ein neuer Besitz, eine neue Usukapion ist aber nicht nöthig. Eine Ausnahme trete bei Baumaterialien ein, indem die Usukapion des Hauses sich nicht auf sie erstreckt, wenn beide verschiedenen Eigenthümern gehören, was seinen Grund in der bekannten Suspendirung der Klage auf Trennung derselben habe.⁹

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 intelligetur, 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 scapiatur, utputa 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*

9) Nach der modificirten Auffassung Windscheid's (s. Note 8.), Wangerow's u. Lenz's, S. 144, ist diese Ausnahme die Regel. Es erstreckt sich also die vollendete Usukapion des Ganzen nicht auf die Theile, außer wenn beide denselben Eigenthümer haben, weil im letzteren Falle die vindictationsklage sowohl auf das Ganze als auf die Theile erloschen ist. Eigenthümlich ist die Ansicht Baron's, Gesamtrechtsverhältnisse S. 54 fg., welcher selbst an integrirenden 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 integrirende Theile des Hauses gedacht werden dürfen. Vgl. Savigny, §. 22. S. 311, Note 1. B. kann auch die offenbar widersprechende L. 23. de usurp. (Zavolen) nicht anders beseitigen, als indem er Zavolen eines Irrthums in den Motiven zeilt (S. 57). — An integrirenden Bestandtheilen ist ein Besitz für sich physisch unmöglich und logisch undenkbar.

possidendae sunt, ut tempore . . . usucapiantur, et non potest recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt. Vgl. auch L. 23. §. 7. De rei vind.

Erklärt wird der vorstehende Grundsatz aus der Natur des Besitzes, wie folgt: Wer den Besitz des Ganzen hat, besitzt nicht zugleich die einzelnen Theile, denn diesem Besitze der Theile steht zwar nicht das physische Erforderniß des Besitzerwerbes 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.¹⁰

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. das Ruder des Schiffes, der Ladestock des Gewehres, der Schlüssel des Schlosses. 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 Objektes. Es wird daher durch eine solche Verbindung der bisherige Besitz aufgehoben; dagegen beginnt mit der Trennung ein neuer Besitz. Es macht hiebei keinen Unterschied, ob bewegliche Sachen mit unbeweglichen oder mit beweglichen verbunden werden. (Darin unterscheidet sich u. U. von der herrschenden

10) Vgl. Savigny, a. a. D. §. 22. Koch, S. 171. Goeßhen, I. §. 209. Bangerow, S. 421. G. F. Puchta, im Rechtsf. S. 52 u. 53. Arndts, §. 138. Brinz, §. 31. Lenz, S. 140 fg. Windscheid, §. 152. — Die Savignysche Theorie findet sich ausgesprochen im §. 191. des sächsischen 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.

Meinung). Werden z. B. Bausteine in einem Gebäude verbaut, wird in ein Möbelstück ein Fuß 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.^{10a} 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 eine Uhrkette ein hängendes Siegel, an einen Wagen ein neues Rad annimmt; oder wenn er die Sache in ihre Theile zerlegt und sie dann wieder verbindet, z. B. beim Putzen der Theile eines Gewehres, beim Abnehmen und Einsetzen der Ruder, Segel u. s. f.¹¹

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 cemento usucapiantur, 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. — Unrichtig ist daher die allgemeine Behauptung (vgl. Note S.): daß bei beweglichen Sachen der Besitzer des Ganzen immer zugleich Besitzer der Theile sei. (So insbesondere 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. 309. Puchta, Rechtsf. II. S. 53. Bangerow, I. S. 422. 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 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 Br., indem wir nicht — wie er — den Besitz an Theilen für sich durchweg verwerfen.

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 Eingangsgedachten 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.¹² 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.¹³ Diesen Grundsatz

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 dieser mit der Natur der Sache und mit positiven Quellenstellen 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., darthun, nicht allein. — Die Unannehmbarkeit der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie für das österr. Recht haben unsere Schriftsteller (vgl. Pachmann, S. 81, Note 5. Winigarter, vgl. V. S. 175, Anmerk., und Stubenrauch, vgl. III. S. 711) sehr 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. — Die hier vorgetragene Ansicht stützt sich wesentlich auf die schon von Kierulff, S. 376, und Mühlendorff, Pand. §. 358., betonte, jedoch nicht konsequent festgehaltene Unterscheidung zwischen selbstständigen und unselbstständigen Theilen eines Ganzen an; eine Unterscheidung,

erkennen auch die Quellen prinzipiell an, und 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 usucapiturum, 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 consideri 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 adoptirte Erklärung Falk's, §. 22. S. 311, dann Böcking, §. 124. Note 16. Brinz, I. S. 182, und Schirmer zu Unterholzner, I. S. 159, Note.) 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 erstzt sie in dem für bewegliche Sachen bestimmten Zeitraume. arg. L. 30. cit.

Mit Recht bemerkt insbesondere Böcking, a. a. D., gegen Puchta, Vorl. I. S. 252, daß man durch „Einbauen“ Besitz am 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 zusammengesetzten Sache auch ein Besitz Dritter möglich ist, wenn nämlich der Besitzer des Ganzen dieselben im Namen der Letzteren detinirt;¹⁴ eine Annahme, die nur unter der Voraussetzung statthaft 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 im und mit dem Ganzen zugleich die ihre Sonderexistenz behaltenden Theile beseffen werden, so erstzt der Besitzer des Ganzen auch solche Theile, welche durch die Verbindung mit diesem ihre

welche namentlich Sinenis und Unger, a. a. D., wenigstens grundsätzlich zur Geltung bringen.

14) Unger, I. S. 422, Note 11.

Selbstständigkeit nicht eingebüßt haben, und zwar selbst dann, wenn das Ganze der Erstzung entzogen ist.¹⁵ Umgekehrt führt die Erstzung des Ganzen nicht zur Erstzung solcher Theile, wenn der Usurpation dieser ein Hinderniß entgegensteht.¹⁶ Wenn also der redliche Besitzer eines Wagengestelles mit diesem die von einem unredlichen Vormanne gekauften Räder, Wagenleiter, Wagenzungen verbindet,¹⁷ so wird das Wagengestelle in 3 Jahren (§. 1466. A. b. G. B.), die Räder und Leiter dagegen trotz der Verbindung erst in 6 Jahren (§. 1476. des G. B.) erseffen, 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 Eigenthümserwerbe 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 erseffen.¹⁸

15) Man denke an die Verbindung eines Radstocks mit dem Gewehre, einer Uhrfette mit der Uhr, 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. Sievon 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. Konsequent schließt dagegen Kierulff, S. 376 u. 378 d, in allen Fällen die Erstzung der Theile aus. So auch Lenz, S. 143, der jedoch mit den Worten: „Es beginnt daher nicht, wie die herrschende Lehre sich ausdrückt, Besitz an den Theilen, sondern er kann erst beginnen,“ nichts Neues gesagt 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 Letzteren nicht aufhebt. Vgl. auch Schirmer zu Unterholzner, I. S. 164, Note.

18) Vgl. Bachmann, S. 81, Note 5. Winiwarter, V. S. 175. Rippel, IX. S. 31. Unger, Entwurf 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 Erstzungszeit 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 Erstzung der übrigen Theile des Ganzen nicht gehindert.“ (Wurde nicht in's G. B. aufgenommen.)

Und zwar gilt dies sowohl in dem Falle, wenn Wagengestelle und Räder, Leiter und Zunge demselben, als wenn sie verschiedenen Eigenthümern gehören.^{18a} Eine weitere Folge ist, daß mit der Trennung des Theiles vom Ganzen an dem ersteren kein neuer Besitz beginnt.¹⁹ Es kann daher die Zeit des früheren Besitzes in die Erstzungszeit eingerechnet werden. War daher z. B. Jemand als Besitzer des Wagens bereits 2 Jahre in Besitz des Rades, so bedarf er nach der erfolgten Trennung zur Erstzung des letzteren nur mehr 1 Jahr.²⁰

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.

Werden solche Theile vom Ganzen getrennt, dann werden sie wieder Einzelsachen, an ihnen beginnt also neuer Besitz und neue Erstzung, z. B. Pfähle, die vom Boden, Steine und Balken, die vom Hause getrennt werden. Der frühere Besitz des Ganzen kommt nicht zur Anrechnung. 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

18a) Vgl. Winiwarter, Rippel u. Stubenrauch a. a. D. Dagegen will dies Rippel, S. 32 und 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 Erstzungszeit länger oder kürzer wäre, wenn die Nebensache als Theil der Hauptsache selbst angesehen wird, oder umgekehrt. Im erstern Falle soll der Besitzer berechtigt sein, die kürzere Erstzungszeit, jedoch erst vom Zeitpunkte der Trennung, zu beginnen, im letzteren Falle soll ihm jedenfalls die kürzere Erstzungszeit 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 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. 173.

ist, als bei unbeweglichen, so folgt daraus, daß, wenn der getrennte Theil als selbstständige bewegliche Sache erfassen werden soll, die Erstigungszeit 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 30jährige Erstigungszeit zu laufen an, während er früher als Theil der unbeweglichen Sache nicht für sich, sondern nur mit dieser selbst der 30jährigen, beziehungsweise 30jährigen physischen Erstigung unterworfen gewesen wäre.²¹

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 Perception erwirbt, z. B. der Besitzer des Hauses den Besitz der herabgestürzten Dachziegel ohne Apprehension.²² 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.

21) Dies übersieht Winowarter, 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 Erstigung nicht anzunehmen, sondern daß die Erstigung von der Zeit des erworbenen Besitzes des Ganzen zu rechnen sei. Die Konsequenz der Ansicht Winowarter's wäre die schon in L. 23. D. 41. 3. cit. daraus gefolgerte Abnormität, daß die Bestandtheile eines Hauses in kürzerer Zeit erfassen werden können, als das Haus als Ganzes, z. B. die Steine, Balken in 3, das Haus in 30 Jahren.

22) Dasselbe behauptet auch Savigny, §. 22^a und §. 22. S. 305, ohne nähere Begründung: „Die Apprehension des Ganzen erstreckt sich auch auf den abgetrennten Theil, so daß der Besitz des abgetrennten Theiles durch die bloße Trennung ohne neue Handlung des Besitzers erworben wird.“

ein in ein Laib Brod zufällig hineingerathenes Geldstück, so ist der Besitzer des Ganzen Mangel des Besitzwillens, dessen Voraussetzung das Wissen ist, nicht Besitzer derselben.²³

§. 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. Dieses Begriffsganze wird als ein selbstständiges Rechtsobjekt aufgefaßt, welches von den einzelnen darunter begriffenen Sachen unterschieden ist, und also immer dasselbe bleibt, obgleich die einzelnen Theile wechseln. Diese Sachgesamtheit, im Grunde nur ein Begriffsganzes, ist daher ein künstlicher ideeller Rechtsgegenstand, und fogut ein juristisch fingirtes Rechtsobjekt, als die *universitas personarum* (juristische Person) ein fingirtes Rechtsobjekt.¹

Diese Theorie findet im §. 302. A. b. G. B. ihren gesetzlichen Ausdruck. „Ein Inbegriff von mehreren besonderen Sachen, die als eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesamtsache aus und wird als ein Ganzes betrachtet.“ Die Hauptfrage ist nun freilich: in welchen Fällen gilt diese Fiktion?²

23) Bei Quantitäten kommt es selbstverständlich auf das Wissen der Zahl der Spezien nicht an; es genügt das Wissen des Gewichts, Maßes oder der Umfassung. Ohne Grund nimmt Lenz, S. 157, bei Geldstücken eine Ausnahme an: „Sind in einem versiegelten Kassebeutel, 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. Mühlenbruch, Pandekten II. §. 223. Puchta, Pand. §. 35. Scheurl, Inst. §. 43. Arndts, Pand. §. 48. Windscheid, §. 143., auch Bangerow, I. §. 71., S. 125. Zeiller, II. S. 27. Rippel, III. S. 33. Schuster, Zeitschr. für österr. Recht. 1835. I. S. 248. Winowarter, II. S. 20. Stubenrauch, I. S. 623, der irriger Weise mit Winowarter auch die Erbschaft dahin zählt, während er sich doch in der Note ** gegen die Unterscheidung der *universitas* in die u. juris (wobin die Erbschaft gezählt wurde) und *facti* erklärt.

2) Gegen die Auffassung der Gesamtsachen als ein ideelles Rechtsobjekt ist Wächter, Handb. S. 235. Erörter. I. S. 15—17. Heimbach im N.-Lex. IX.

Obgleich die Sachgesamtheit im Rechte bisweilen als Ein (ideelles) Rechtsobjekt in Betracht kommt, so findet doch diese Fiktion auf dem Gebiete des Besitzes und der Erziehung keine Anwendung; denn der Besitz an Sachen als thatsächliches Machtverhältniß setzt körperliche Gegenstände voraus, und kein positiver Rechtsfakt ermächtigt uns dazu, 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.

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 erzieht niemals z. B. die Heerde als solche, sondern nur die einzelnen darin befindlichen Thiere und es kann daher bezüglich der einzelnen Sachen eine verschiedene Erziehungszeit Platz greifen, z. B. beim Besitzerverbe 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 sowohl im gemeinen, als im österr. Rechte anerkannt.³

S. 483 ff., besonders Brinz, I. §. 50., und Unger, I. S. 477. Für die Lehre vom Besitze ist die Untersuchung dieser Streitfrage dem Resultate nach gleichgiltig. — Wenn jüngst wieder versucht wurde, eine gewisse Körperlichkeit dieser Aggregate nicht aufzugeben, „weil eine volksmäßige Ansicht sogar an die Sichtbarkeit der Heerde glaube“ (Pagenstecher, U. v. Eigenth. S. 40), so dürfte diese Ansicht wohl wenige Anhänger finden.

³ Vgl. Unterholzner, Verj. I. S. 164. Buchta, Vorl. S. 14. Vangerow, I. S. 126. Arndts, Pand. §. 138. Schuster, I. c. S. 248. 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 neuestens Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 57—60, daß auch bei universitates rerum distantium neben dem Besitze an einzelnen Sachen auch Besitz an dem Begriffsganzen 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 nicht Eine Quellenstelle an; gegen ihn spricht wortklar die L. 30. §. 1. 2. D. de usurp., die so allgemein lautet, daß die von B. hineingetragene Beschränkung sich durch nichts begründen läßt. Ebenso will Zielonka I, Oesterr.

Im Gegensatze zur *universitas rerum* (u. facti) stellte die ältere gemeinrechtliche Theorie die *universitas juris* als Inbegriff von körperlichen und unkörperlichen Sachen (Rechten), 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 sollte, ist heutzutage unbestritten.⁴ Daß dieselbe als Ganzes kein Gegenstand des Besitzes und der Erziehung sei, ist nicht zu bezweifeln.

Pertinenzen (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.⁵ Physische Verbindung ist weder nothwendig, noch entscheidend. Beispiele von Pertinenzen:

Bierteljahrschr. IV. S. 105, 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 sämmtlicher zu dem Begriffsganzen gehöriger Individuen zu erwerben, ist Thatfrage. Die Willensrichtung wird vor allem zu berücksichtigen sein. Von diesem Gesichtspunkte ist die Norm des preuß. R. 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.

⁴ Vgl. Mühlenthal, Archiv XVII. S. 321. Wächter, Erörter. I. S. 1. Vangerow, I. §. 71. Lenz, S. 121. Winiwarter und Rippel, a. a. D. S. 20 und 33. Stubenrauch, I. S. 623, Note **. Unger, I. S. 470. Daß der §. 302. auch auf die *Universitas juris* Bezug habe, wie Schuster, a. a. D. S. 225 ff. Winiwarter, a. a. D. S. 21, und Unger, S. 475, behauptet, 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 *universitas rerum* die Rede ist. Denn die Fiktion der u. juris gründet sich nicht auf den Sprachgebrauch, sondern auf das Gesetz. Daher auch die Bezeichnung u. juris.

⁵ Vgl. über diesen in der Theorie und Anwendung schwierigen Begriff: Rieck, I. S. 330. Wächter, Handb. II. §. 41. Böcking, §. 81. Windscheid, §. 143. Bluntschli, D. P. §. 52. Gerber, System §. 59. 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. Winiwarter, 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 ff. Daß das deutsche Recht ein neues Element in die Lehre gebracht habe (jurist. P. Bluntschli a. D.), ist zu läugnen.

der Hof zum Wirthschaftsgebäude, die Feuerspritze oder die Schlüssel zum Hause, der Schlüssel zum Schranke, der Anschraubekoffer zum Reisewagen u. dergl. Festzuhalten ist, daß Pertinenz, selbstständige Sachen, 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.

Hieraus ergibt sich, daß die Pertinenzqualität einer Sache, weil lediglich bestimmte Rechtsverhältnisse beeinflussend, auf dem Gebiete des Besitzes und der Erftigung nicht in Betracht kommt.⁶ Es hängt durchaus nicht von der Pertinenzqualität, sondern nur von den sonstigen Verhältnissen ab, ob an der Hilfsache ein abgesonderter Besitz Dritter zulässig ist oder nicht. Steht nämlich die Pertinenz in keiner körperlichen Verbindung mit der Hauptsache, so ist ein selbstständiger Besitz an der Hilfsache möglich, z. B. an der Feuerspritze, welche zum Hause gehört, an Hof und Stallungen, welche zu einem Wirthschaftsgebäude, an Schlüsseln, welche zu einem Schranke gehören. Hier kann einer die Hauptsache, der andere die Hilfsache besitzen. (Nicht anders ist es in der Eigenthumsfrage.)

Ist dagegen die Hilfsache mit der Hauptsache verbunden, so hängt davon, ob die Verbindung eine feste oder lose ist, die Entscheidung der Frage ab, ob an der Hilfsache ein abgesonderter Besitz Dritter möglich ist oder nicht, so z. B. ist an dem eingemauerten Blitzableiter eines Hauses ein Besitz Dritter nicht möglich, während

6) Vgl. Unger, I. S. 443. 2. Freig ist daher die Motivirung des böhm. D. R. G. in der Entsch. v. 24. Febr. 1857 (Ver.-Ztg. 1857. 3. 83): „Wenn schon an sich (?) die Folgerung gegründet ist, daß sich der Besitzer der Hauptsache auch im Besitze des Zugehöres befindet u. s. f.“ — Damit soll aber nicht gesagt sein, daß es zur Besitzwerbung der Pertinenz jederzeit eines besondern 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. — Das preuß. L. 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.

dem abgesonderten Besitze angefetteten Brunneneimers nichts entgegensteht. Vgl. 18. d. N.

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.⁷

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 gesonderter 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. Denn Grund und Boden sammt dem Hause bilden ein Ganzes.⁸ 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.

7) 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 Kommentatoren schließen sich der Definition des §. 404 an. Vgl. Winiwarter, II. S. 174, und Stubenrauch, I. S. 785.

8) Vgl. Savigny, §. 22. S. 301. Sinteris, §. 43. Wächter, Hdb. S. 244 (wenigstens im Principe). 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 profeit, quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret. S. auch Jaun, Arch. 43. B. S. 212.

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 involviret 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.⁹

An Rechten, welche mit dem Besitze (Eigenthum) unbeweglicher Sachen verbunden sind, derart, daß der jeweilige Besitzer als Berechtigter erscheint, also an sogenannten Realrechten, ist ein abgesonderter Besitz eines Anderen, als des Besitzers des berechtigten Reales nicht denkbar, weil eben diese Realrechte begrifflich an die Sache geknüpft sind.¹⁰ 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.^{10a}

§. 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 tatsächlichen Voraussetzungen verwirklicht.¹

9) Vgl. Savigny, §. 22^a. — Der Pächter und Fruktuar erwirbt dagegen den Besitz erst mit der Perception. Savigny, S. 316. Mit der Besitzfrage ist hier die Eigenthumsfrage nicht zu verwechseln. Ueber letztere siehe Stubenrauch, II. S. 213, und III. S. 297.

10) Vgl. über das Wesen der Realrechte Mittermayer, Deutsches P. R. §. 173. Wächter, II. §. 48. Walter, §. 149. Gerber, §. 167. 168. Unger, I. S. 573 fg.

10^a) Vgl. Duncker, S. 57. Gerber, S. 416. Brunß, S. 202. Die Bestimmung des kanon. Rechtes, daß der Besitz von Kirchenämtern schon durch die bloße Besitzeinführung erworben wird (vgl. Brunß a. a. D.), hat an diesem Grundsatz keine Modification herbeigeführt. Vgl. §. 26. Note 2.

1) Paul. V. 2. §. 1.: Possessionem acquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Den Willen kann

Die Stellvertretung, welche überhaupt im Vermögensrechte stattfindet, ist auch beim Besitze, insbesondere dessen Erwerbung nicht ausgeschlossen.²

I. Stellvertretung ist die Vornahme einer juristischen Handlung für einen Anderen mit der Absicht und der Wirkung, daß diese als Handlung des Anderen gelte. Dieselbe setzt also voraus: Handlungsfähigkeit des Stellvertreters, also dessen Fähigkeit, einen Willen mit den beabsichtigten rechtlichen Folgen zu betheiligen, sodann den Willen desselben, die Handlung für einen Dritten vorzunehmen und ein zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestehendes Rechtsverhältniß, welchem zu Folge die Handlung des Ersteren als Handlung des Letzteren gilt.³

Aus dem Begriffe des Besizes und dem Wesen der Stellvertretung folgt, daß zum Besitzererbe durch Repräsentanten folgende Momente nöthig sind:

- 1) ein Apprehensionsakt des Repräsentanten;

ein Anderer für uns nicht haben; aber die faktische Macht über die Sache können wir uns auch durch Andere verschaffen.

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's Jahrb. f. Dogm. I. 7., und IV. 3., und Unger, II. S. 133 ff. Bis auf die sogen. mittelbare Stellvertretung, die im österr. Rechte ohnedies keine Bedeutung hat (arg. §. 1017. N. b. G. B.), stimmen die genannten Schriftsteller wesentlich im Begriffe der Stellvertretung überein. Nur Brinz, a. a. D. S. 2 ff., weicht darin ab, daß er auch bei natürlichen Handlungen von Stellvertretung spricht. Im Wesen mit Wächter, S. 683, übereinstimmend, unterscheidet Jhering scharf und richtig folgende Fälle: 1. faktische Mitwirkung beim fremden Rechtsgeschäfte (der Gehilfe), 2. juristische Mitwirkung neben dem eigentlichen Subjekte (Theilnehmer, z. B. Sollemnitätszeugen), 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 Ersatzmanne die Rede sein. (Der 2. Fall hat für uns kein praktisches Interesse. Vgl. auch Bremer, Zeitschr. N. F. XX. 2.)

3) 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 Boten, als erweitertes natürliches Organ. Vgl. Jhering, I. S. 282—290. Unger, a. a. D. S. 134.

2) der Wille desselben, Besitz zu erwerben, und zwar nicht für sich, sondern für den Repräsentanten;^{3a}

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. des G. B.), oder auf einen vom Repräsentanten selbst ausgehenden Auftrag (§. 1017., in welchem Falle der Stellvertreter Procurator, Mandatar heißt), oder endlich auf die nachträgliche Genehmigung (§. 1035.).⁴

Die Stellvertretung kann also, wie beim Erwerbe von Rechten, so beim Erwerbe des Besitzes in folgenden Fällen vorkommen:

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. Sie haben keinen Willen; der

^{3a)} Die Hervorhebung dieses Momentes: der Absicht für einen Andern zu handeln, als wesentlich für den Begriff der St. ist das Verdienst von Brinz, a. a. D., und nur in dieser Richtung stimmt ihm anerkennend bei Rudorff zu Buchta's Band. (§. 52^a.), was Thering, IV. S. 69, übersteht.

⁴⁾ Vgl. Zeiller, II. S. 41, 45. Pachmann, S. 80. Rippel, III. S. 63 und 65, 4. Winigarter, II. S. 44, und Stubenrauch, I. S. 639. Unger, II. S. 139. 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. b. G. B.), nichts Besonderes. Anders nach röm. Rechte, wo die Stellvertretung bei Obligationen gar nicht, bei anderen Rechtsgeschäften nur ausnahmsweise und erst allmählig (nicht bei civilen Erwerbarten) ratione utilitatis zugelassen wurde. Frühzeitig wurde jedoch die Möglichkeit der Stellvertretung beim Besitze anerkannt. Vgl. L. 51. D. de poss. L. 41. D. de usurp. L. 13. D. de acquir. rer. dom., insbesondere c. 1. C. 7. 32. (Sever Antonin) »Per liberam personam ignorantem quoque acquiri possessionem et postquam scientiam intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam juris pridem receptum.« Darüber, daß dieser Grundsatz schon zur Zeit des Labo galt, und also nicht erst mit diesem Reskripte eingeführt wurde (»pridem receptum«), vgl. Savigny, S. 364.

Wille ihrer Repräsentanten gilt als ihr Wille (L. 1. §. 22. L. 2. D. de poss. §. 21. 26. 27. des G. B.). Wer die juristische Person repräsentirt, 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 Gemeindevorstand ist in Angelegenheiten der Gemeinde das beschließende und überwachende, und der Gemeindevorstand das verwaltende und vollziehende Organ« (art. 12.). Zu den Angelegenheiten der Gemeinde gehört selbstverständlich »die Verwaltung ihres Vermögens« (art. 5.).^{4a} — Es muß hierbei insbesondere bei Korporationen festgehalten werden, daß nur die Repräsentanten, nicht aber die einzelnen Korporationsmitglieder für die Korporation 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 Grundsatz 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 §., der ein auf alle Korporationen zutreffendes Prinzip enthält,^{4b} 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

^{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 Gemeindegef. 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.

Rathsprotokolle der Hofkommission in Justizgesefachen, die uns Dolliner in seinem Aufsatze: Ueber die Redlichkeit des Besizes einer Gemeinde (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 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.⁵

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 Korporationsglieder sein oder nicht. Denn nur wollen kann ein Anderer nicht für uns, wohl aber den Willen realisiren. (*Possessionem acquirimus, sagt Paulus, V. 2. §. 1., treffend, animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.*) —

Vorzüglich wichtig sind diese Grundsätze in Ansehung des Staates, der Gemeinden, kirchlichen und gewerblichen Korporationen.^{5a} Es genügt also z. B. nicht zum Besitzerwerbe eines Grund-

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 Korporationsglieder 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. und 89. I. 6.) Dagegen glaubt Bornemann, I. S. 493, daß der Besitzerwerb der Korporation „keinem Zweifel unterliege, wenn sämtliche Gemeindeglieder (oder deren Repräsentanten) die Besitzergreifung vorgenommen.“ Ähnlich Temme, §. 61. — 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. Thiel, System d. Handelsr. §. 47 a), und meinen Aufsatze in der Gerichtszeit. 1863. Nr. 99. Trigg zählt dahin Stubenrauch, I. S. 675, die Handels- und Fabrikgesellschaften.

stückes für die Gemeinde oder den Staat als juristische Personen (*pecunia commun. v. civitatis*), wenn einzelne Gemeinde- oder Staatsangehörige zwar in dieser Eigenschaft, aber ohne 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. u. 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. benützen. 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 publica, quae in communi usu habetur*, nebensächlich, es genügt eben, daß die Sache durch wen immer als öffentliche (*pro publica*) benützt wird.^{5b} Es ist also in Ansehung der Staats- und

5b) Von diesem Grundsätze geht auch die herrschende Gerichtspraxis des gemeinen Rechtes aus. So heißt es in dem Erkenntnisse des O. A. G. Rassel (Archiv für prakt. Rechtsw. 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 O. A.

Gemeindefache zu unterscheiden zwischen Sachen, welche im ausschließenden Privateigenthume des Staats und der Gemeinde stehen

Gericht 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 entscheiden, 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 Kircheng collegium umzäunt war, der Magistrat Namens der Stadtgemeinde in possessório um Schutz im Besitze des Durchwegs bat. Da aus den Akten hervorgeht, daß der Magistrat den Besizwillen hatte (denn er verwendete sich in früheren Jahren um Freihaltung der Passage), so mußte die Gemeinde im Besitze geschügt werden, obgleich nur die Gemeindeglieder (das Publikum überhaupt) den Weg als öffentlichen Gemeindegweg benützten, die Gemeindevertreter als solche aber keine solche Besitzhandlung vornahmen. So entschied denn auch das Gericht, obgleich in den Gründen gerade auf das entscheidende Moment: Besizlust der Gemeindevertretung, den Weg als Gemeindegweg 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 . . . Dadurch hat aber allerdings die Stadtgemeinde sich im Besitze des Rechtes, diesen fremden Grund als Weg zu benutzen, als eines jus in re aliena befunden. Der Einwand, daß die Stadtgemeinde gar nicht im Besitze sei, da nur immer Einzelne aus dem Publikum sich des Durchganges bedient hätten, sei nicht richtig. Auch durch die Handlungen Einzelner (wenn sie auch nicht Repräsentanten oder Vorsteher sind) kann eine Gemeinde den Besiz 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 Besizwille der Gemeinde als solcher. Mit Recht tadelt an dieser Entscheidung Koch, S. 163, die Verwechslung der Begriffe: „Publikum“ und „Stadtgemeinde“, durch deren Changerung allein das Schlusresultat 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 (Gemeindevermögen §. 288.). Die Praxis deutscher und österreicher 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 das Erkenntniß des D. L. G. Wolfenbüttel v. 3. April 1843 u. 14. Mai 1844 (bei Mathiae, Kont.-Lex. I. S. 120, Präj. 4 u. 5): „Der Erwerb des Fußsteiges als res universitatis durch Verjährung für die besagte 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 Besiznahme hierüber als der Natur der in fortgesetzter Ausübung nicht in einem Bestellsakke bestehenden Verjährung durchaus unangemessen sich darstellt.“ — Wir sehen nicht ein, warum für den Erwerb durch Verjährung (Ersizung) etwas Anderes gelten soll, als für den durch andere Akte? Ähnlich v. Plen. G. d. Berliner D. L. bei Koch, I. S. 402, 17.

(Staats- und Gemeindegut im Sinne des §. 287. u. 288. 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 Besizwille 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 republica gehandelt haben. Diesen letzteren Grundsatz halten auch unsere Gerichte fest; vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 15. Juni 1855. Nr. 101. der Unger-Glaser'schen Sammlung, und die in der Note 5^b. näher berührte obergerichtliche Entscheidung vom 8. Dezember 1835, an welchen beiden jedoch der wesentliche Mangel auszufehen ist, daß sie von der unerläßlichen Bedingung: dem Besizwillen der Gemeindevertreter, keine Erwähnung thun, vielleicht darum, weil derselbe in den gedachten Fällen attemmäßig keinem gegründeten Zweifel unterlag. Wenn dieser Wille nicht vorgelegen hätte, dann freilich wäre die abweichende Ansicht des Mailänder D. L. Ger. (Nr. 101. der cit. S.) richtig: daß die Stadtgemeinde nicht durch Akte ihrer Bürger Rechte zu Gunsten der Gesamtheit erwerben könne.

In derselben Weise, wie der Erwerb des Besizes an öffentlichen Gemeindefachen, ist auch zu beurtheilen der Erwerb des Besizes 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, Ängern, Haiden, Auen, Mooren, Wäldern, deren Benützung gewöhnlich nur gewissen Klassen von Bauern oder Bürgern, z. B. Ganzlehnern, Halblehnern, mit Ausschluß der Häusler zu steht,) mit dem einzigen Unterschiede, daß hier nicht Jedermann, sondern nur die in die betreffende Klasse gehörigen Glieder die Sache wirksam als Gemeindegut in Besiz nehmen können. Vgl. §. 26. des Gemeindeg. vom 17. März. 1849.⁵⁰ Denn auch in Fällen dieser Art ist die

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.

Man da, Besiz n. österr. Recht.

Gemeinde als solche als Eigenthümerin, resp. Besitzerin anzusehen, und gewissen Klassen von Angehörigen derselben kommt nur ein gewisses Gebrauchs- oder Benützungrecht zu. So verordnet schon das Gemeindegesetz vom 17. März 1849: die Gemeinde als solche sei 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.^{5d}

Stellvertretung handlungsunfähiger Personen tritt ferner ein:

b. bei Wahn- und Blödsinnigen (§. 21. 273. 269. A. b. 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 gilt zu Folge gesetzlicher Fiktion der Wille ihrer

§§. 85.—99. und Reyscher, Zeitschr. für deutsches R. XVI. 3. §§. 10. 11. Gerber, Priv.-R. §. 51.

^{5d}) 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) von der Ansicht aus, daß das sogen. Markgenossengut (insbesondere Allmenden) als Eigenthum der Gemeinde als solcher anzusehen sei, und daß die berechtigten Gemeindegossen nur als Nutzungsberechtigte in Betracht kommen (§. 9 ff.). 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 erscheine, daß die betreffenden Markgenossen die Apprehensionsakte nur Namens der Gemeinde vornehmen (§. 17 ff.), und daß daher in derartigen Prozessen die Gemeinde nicht (wie oft behauptet wird) als prozessualische Vertreterin der Einzelnen, sondern in eigenem Namen (als Sachberechtigte) aufträte (§. 19), was in formeller Beziehung (man denke nur an die Rechtswirkungen des Urtheiles, an Zeugenführungen u. s. f.) von der größten Wichtigkeit ist. Diese Auffassung wird auch von den bedeutendsten Gerichten Deutschlands getheilt; namentlich von dem D.-M.-Gerichte Kassel. Vgl. die bei Martin, S. 23 ff. in reicher Fülle mitgetheilten Erkenntnisse, die in der That als Muster wissenschaftlicher Praxis erscheinen. — Nicht ganz 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.

Vertreter als ihr Wille. Es ist daher zum Besitzerwerbe derselben der Wille der Vertreter erforderlich. Das Wissen und der natürliche Wille der Vertretenen ist hierbei 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.⁶

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 ihre nachträgliche Genehmigung bedingt ist.^{6a} Eine scheinbare Ausnahme hievon 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. Dies ist z. B. der Fall bei Wirthschaftsämtern, Forstämtern des Fiskus, der Kirchen, Gemeinden u. s. f., die vermöge ihres dienstlichen Wirkungskreises zur

⁶) In diesem Sinne hat Lenz, a. a. D. S. 158, Recht, wenn er behauptet: Die Regel: Ignoranti non acquiritur possessio, sei ausnahmslos. — Das sächs. G. B. bestimmt kündig 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.

^{6a}) Vgl. die Entscheidung des Braunsch. L.-Ger. v. 21. Nov. 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 Erwerbssakte so wenig nützen, als dem Pupillen ein solcher ohne Verwissen des Vormundes.“

Vornahme aller in denselben einschlagenden Akte Namens des Gutsherren ermächtigt erscheinen.⁷

B. Die Handlungsfähigkeit ist beschränkt, entweder wegen Abganges der nöthigen Einsicht in die Folgen ihrer Handlungen oder aus anderen Gründen:

a. bei Unmündigen oder Minderjährigen (§. 21. 152. 187. 865. des G. B.);

b. bei gerichtlich erklärten Verschwendern (§. 21. 273. 865. des G. B.);

c. bei zum schweren Kerker Verurtheilten (§. 279. 865. des G. B.);

d. 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.⁸ (§. 865. 144. u. 309.:

7) Vgl. die Entsch. des D. A. Ger. zu Celle vom 2. Dez. 1845. Präj. 5. bei Mathiae, a. a. D.: „Der speziellen Kenntniß der Gutsherrschaft 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;“ siehe auch das Präj. 6. u. 7., S. 116 und 117, und Präj. 3. S. 120. Bedenklicher ist die Frage, ob Besitzerwerb von Tristrechten durch Gutshäuser ohne Wissen des Gutsherrn angenommen werden darf? Das D. A. Ger. Jena hat mit Entsch. v. 7. Juni 1849 (Math., Contr. Lex. I. S. 117, P. 6. Seuffert, IV. Nr. 205.) bejahend entschieden, ebenso das Berl. Obertrib. (Seuffert, II. Nr. 10.), welches Besitzerwerb der Gemeinde durch Gemeindegirten annimmt, weil diese als Beamte (?) derselben vermöge eines allgemeinen Repräsentationsverhältnisses zum Besitzererbe befähigt seien. — Anders bei Pächtern; durch sie wird ohne Auftrag oder Genehmigung des Verpächters diesem kein Besitz erworben. — Die Möglichkeit des Besitzerwerbes der Gutsherrschaft durch ihre Verwalter wird m. W. auch von unseren Gerichten anerkannt. — Vgl. d. G. d. Berliner D. T. bei Koch, I. S. 404.

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

Unmündige können für sich allein eine Sache in Besitz nehmen.) Denn die vermögensrechtliche Vertretung der Pupillen und Kuranden ist unabhängig von ihrem Willen (§. 152. 144. 865. d. G. B.).⁹ Es ist daher insbesondere zum Besitzererbe auch dieser Vormundeten und Pflegebefohlenen das Wissen derselben von dem Erwerbsakte des Vormundes oder Kurators nicht nöthig.¹⁰

C. Wenn der Repräsentirte unbeschränkt handlungsfähig ist. Hier bedarf es eines Auftrags, beziehungsweise bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§. 1017.) der nachträglichen Genehmigung.¹¹ Da es im Begriffe der Stellvertretung liegt, daß die Handlung 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 des Repräsentirten ergreift. Daß dieser Auftrag speziell auf den Besitzerwerb oder gar den Besitzerwerb bestimmter Sachen gehe, ist nicht nöthwendig. Es genügt ein allgemeiner (selbst ein auf die gesammte Vermögens-

Willensaktes des Vormundes. Vgl. Unger, II. S. 132, 14. Dasselbe gilt auch rückfichtlich der Verschwender und der zum schweren Kerker Verurtheilten.

9) Die Kuratel für Abwesende (§. 276.) und Angeborne (§. 274.) ist auf dem Gebiete des Besitzerwerbes bedeutungslos, da die Thätigkeit des Kurators sich bloß auf die Wahrung ihrer Rechte zu beschränken hat.

10) Es tritt also auch rückfichtlich ihrer die obige durch die Natur des Verhältnisses gegebene scheinbare Ausnahme von der Regel ein: Ignoranti non acquiritur possessio. Vgl. Savigny, §. 26. S. 354. 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) 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 können. Das sächf. Recht (§. 203.) bestimmt, daß der Auftraggeber durch den Beauftragten den Besitz mit der Apprehension des Letzteren erwerbe.

verwaltung gehender) Auftrag.¹² Denn in einem solchen Mandate 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 rechtsgültigen 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.¹³ —

12) Vgl. schon Donell., V. 8. §. 10. Thibaut, Syst. §. 215. Unterholzner, Berj. I. S. 415, N. 416. Chambon, Neg. gestio S. 171, namentlich besonders Bremer, Zeitschr. N. F. XI. S. 211 ff. XVII. S. 193. Brinz, I. S. 69. Holzschuher (Kunze), II. §. 84. S. 13. Windscheid, §. 155. Nr. 9. Arndts, P. (5. Aufl.) §. 140. Note 2., 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, S. 365, die meisten Späteren (so Puchta, R.-Lex. II. S. 61, Vorl. §. 124. Göschen, II. §. 210. Kierulff, S. 380. *, und neuestens Schimmer, Zeitschr. XIV. N. 3.) 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 acqu. r. dom. L. 1. §. 30. D. de acqu. poss., auf die Gleichstellung der Tutoren und Kuratoren mit dem procurator omnium b., 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 dieß ist beim procurator omnium bonorum gewiß der Fall. Als bloße Thatfrage will diese Frage aufgefaßt werden Sintonis, I. §. 44. N. 31; der procurator omnium b. könne, aber müsse nicht zum Besitzerwerb ermächtigt gehalten werden. L. 42. §. 1. D. de poss. beweist nichts für Savigny, da sie nicht den Gegensatz des Spezialmandates zum Generalmandate, sondern des Mandates zur Geschäftsführung ohne Auftrag bespricht. Vgl. Bremer, S. 207—214. 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.

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 Fabrikdirektor 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

Zu Ermangelung eines Auftrages kann der Besitzwille erst dann als vorhanden angenommen werden, wenn der Repräsentirte die ohne seinen Auftrag erfolgte Apprehension genehmigt.¹⁴

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.^{14a} Dies ist der Sinn der c. 1. C. de poss. (Sever. et Antonin.). Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem . . . pridem receptum est.¹⁵

Der Auftrag zur Besitzergreifung wird nicht ersetzt durch gewisse juristische Verhältnisse, welche denselben nicht nothwendig involviren, z. B. im Falle des Pachtens, der Miethe, des Ususfruktus. 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 fortsetzen; allein zum Neuerwerbe eines Besitzes erscheinen sie kraft jenes Verhält-

Besitzerwerbe hinreichend, anerkennen die bei Bremer citirten Entscheidungen, besonders entschieden die Entscheidung des Allensburger N. G. (Seuffert, V. S. 124). — Ueber den Beweis des animus s. Bremer, N. F. XX. S. 97.

14) Dieß spricht ausdrücklich aus der §. 203. des sächf. bürgerlichen G. B. — Die Abweichung bei der Erstgung, daß der Usukapionsbesitz 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 besonderen Vorschrift des römischen Rechtes. Vgl. Savigny, §. 26. S. 355. 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. Overtrib. im Archive Strieborn's, B. 44., S. 123., und im B. 1. zweite F. Nr. 78.).

14a) Ueber den Besitzerwerb durch den negotiorum gestor vgl. Chambon, Die neg. gestio S. 161—172. Nothwendig ist selbstverständlich auch hier der Wille, für einen Anderen 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 Anderen, z. B. dem wahren Erben. Vgl. Chambon, S. 166.

15) Vgl. L. 13. pr. D. de acqu. rer. dom. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eaque sit tradita meo nomine: dominium mihi acquiritur etiam ignoranti. L. 42. §. 1. de poss. Procurator si quidem mandante domino rem emerit, pro tunc illi acquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emtionem. Dazu Savigny, §. 26. S. 365. Brinz, S. 66—68. Arndts, §. 140. Anm. 1. u. 2., und die von Mathiae, a. a. D., angeführten gerichtlichen Entscheidungen.

nisses nicht ermächtigt. Der von ihnen neu erworbene Besitz hat also erst im Falle nachträglicher Genehmigung rechtliche Wirkung.^{15a}

Bei der nachträglichen Genehmigung wird nach dem Begriffe derselben der Besitzwille des Rathhabenten auf den Zeitpunkt der Apprehension zurückbezogen.¹⁶

b. Der Repräsentant muß den Besitz für den Repräsentirten erwerben wollen und — wenn auch beschränkt — handlungsfähig sein. Kinder unter acht Jahren, Wahnsinnige und überhaupt Willenslose können daher nicht als Stellvertreter fungiren. Uebrigens fällt nach österr. Rechte (§. 310.) der geringste Grad der Handlungsfähigkeit mit der Besitzerwerbsfähigkeit zusammen, und tritt die rechtliche Wirkung des vom Repräsentanten vorgenommenen Aktes hier wie auch sonst immer unmittelbar in der Person des Vertretenen ein.¹⁷ Keine Aenderung in dem Repräsentationsverhältnisse tritt selbstver-

15a) Vgl. Savigny, S. 361, und die Entscheidung des preuß. Obertrib. v. 7. März 1854 und 18. Juli 1863 in Striethorst's Archiv, B. 22. S. 17, und der zweiten F. 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.“ — 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 Besitzwillen an den Tag legt. Vgl. Note 20^a u. Savigny, S. 361.

16) Die Behauptung Savigny's, a. a. D., dem Chambon, a. a. D., und Stubenrauch, I. S. 640, folgen, daß die Zurückziehung 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. Den im Texte ausgesprochenen Grundsatz anerkannte auch gegen die Ansicht eines Appell.-Ger. das preuß. Obertribunal in der Entsch. v. 18. Juli 1863 (Striethorst, Archiv für Rechtsfälle. Zweite F. I. Nr. 78.): „Mit dem Zeitpunkte der Besitzergreifung Seitens des Geschäftsführers ohne Auftrag ist im Falle der nachträglichen Genehmigung der Besitz des Geschäftsherrn mit voller Wirkung für eingetreten zu erachten, §. 239. I. 13. (welcher dem §. 1016. des A. b. G. B. entspricht). Dieser Grundsatz findet auch hinsichtlich der ohne Auftrag vom Pächter geschehenen Besitzergreifung Anwendung.“ — Anders freilich nach sächsischem Rechte, §. 203., nach welchem Besitz erst von der Genehmigung erworben wird.

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 türkische Unterthanen Besitz an Immobilien erwerben, obwohl diese für sich zu diesem Besitze unfähig sind.

ständig da ein, wo der Repräsentant sich wiederum repräsentiren läßt, ein Fall, der bei juristischen Personen häufig stattfindet.¹⁸

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. 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 Anderen 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 *constit. poss.* enthält also keine Ausnahme von der Regel, daß durch bloßen Vertrag niemals Besitz erworben werde.²⁰

18) So, wenn der Gemeindevorstand die Gemeindediener oder Dritte mit der Besitzergreifung beauftragt. Vgl. Savigny, S. 368, und die Präj. 3—6. bei Mathiae, a. a. D. S. 116—117.

19) Vgl. Savigny, S. 371, Note 1. Für diesen Fall bestimmt das sächs. bürgerl. 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 Konsequenz, der wir auch nach österr. Rechte zustimmen. Anders nach §. 67. I. 7. R. R. S. Koch, I. S. 408. R. 29.

20) Vgl. L. 18. D. de poss.: Die Sache ist einfach; und doch hat die ältere Doctrin in dem *const. poss.* eine Abweichung von den allgemeinen Regeln über den Besitzerwerb, eine auffallende Fiktion des positiven Rechtes erblicken wollen. Wo nennt das *c. p.* geradezu ein *mirabile mundi*. Heutzutage besteht über die Regelmäßigkeit des Falles kein Streit. Vgl. Savigny, §. 31. Herulff, S. 389. Krndts, §. 140. Brinz, §. 27. 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

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 Ueberschickungsart 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 Uebernehmer den Willen hat, für den Destinatar Besitz zu erwerben. — Hat er diesen Willen nicht, so gründet sich der Erwerb des Besitzes auf eine gesetzliche Fiktion.^{20a} (Vgl. S. 129.)

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 Namens des Erben zu detiniren, den Besitz erwerben, sobald letzterer

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.: Pachtet oder mietet der bisherige Eigenthümer eines Grundstückes dasselbe von einem Anderen, 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 Verfassungsbuch als *const. poss.* angesehen werden dürfe, liegt auf der Hand. Vgl. Brinckmann, §. R. §. 74., Note 2. Gad, §. R. S. 210. Note 24. Der Vermerk, daß eine Waare einem Andern „gehöre“, wäre zwar ein *const. possessorium* (Bornemann, Syst. I. S. 508. Koch, S. 143; dagegen Brinckmann, a. a. D.), kommt aber bei der Buchführung nicht vor. — Unsere Kommentatoren scheinen das *const. poss.* als symbolische Tradition aufzufassen. Die richtige Ansicht hat Bachmann, S. 74. Als *const. poss.* ist anzusehen, wenn Jemand Wertpapiere mit einem Umschlage und dem Namen Desjenigen versehen hat, dessen Vermögensverwaltung er geführt hat. Vgl. Bremer, Zeitschr. N. F. XI. S. 243 ff., und eine daselbst cit. Entscheidung der 1. und 2. Instanz; dann den Rechtsfall Nr. 324. der Unger-Glaser'schen S., wo die 2. und 3. Instanz annimmt, daß der Vater durch Ankauf eines Rentenscheines auf den Namen des Sohnes für diesen Eigenthum daran erwarb.

^{20a} Irrig ist es also, wenn unsere Kommentatoren (Zeiller, II. S. 227. Nippel, III. S. 374. Winowarter, II. S. 203. Stubenrauch, I. S. 815) im Falle des §. 429. ganz allgemein vom Besitzererbe durch Stellvertreter sprechen. Bei Uebersendung durch Posten und Eisenbahnen ist dies gewiß nie der Fall.

das Pachtverhältniß anerkennt.^{20b} Selbst im Falle der Untreue des Stellvertreters findet keine Ausnahme hievon Statt. (Vgl. §. 23. d. R.)^{20c}

Es entsteht die Frage, ob im Falle der Tradition zum Besitzererbe 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!²¹ 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 Besitzergreifung Eigenthum erwerben wird. Die Tradition ist ihrem Wesen nach ein Verzicht auf Eigenthum und Besitz, 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 Besitzwillen fassen und sich der Sache bemächtigen. Von seinem (des Empfängers) Willensentschlusse allein, und nicht von der Absicht des

^{20b} 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. 361, zu stimmen, der hiezu bemerkt: es muß etwas gethan werden, wodurch der Pächter zugleich Repräsentant des Besitzes für den neuen Verpächter wird.

^{20c} Savigny, §. 27. S. 374 (so auch Goeßhen, §. 210. a. G.) will in der durch bloßen Vertragsschluß bewirkten Eigenthumsgemeinschaft an einzelnen Sachen im Falle der *societas omnium bonorum* einen besonderen Fall des *const. poss.* erblicken. Vgl. dagegen mit Recht Böcking, Pand. §. 124. Note 46. Puchta, im R.-Lex. II. S. 40, u. 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 hiebei eine wichtige Rolle spielen.

²¹ Dies behauptet namentlich Jhering, Jahrb. f. Dogm. I. S. 319 bis 333, unter Berufung auf L. 13. pr. D. acquir. rer. dom. L. 13. D. de donat. und mehre gerichtliche Entscheidungen (Seuffert, Archiv V. S. 331) gehen von demselben Gesichtspunkte aus. Siegegen erklären sich mit Recht Arndts, §. 145., R. 3. Bangerow, L. S. 446. Puchta, Pand. §. 148. k. u. l. Brinz, I. §. 55. u. eingehend Bremer, Zeitschr. N. F. XX. S. 43—90. 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.

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.²² In diesem Falle steht aber, wie gesagt, Nichts entgegen, daß der Empfänger den Besitz (und durch diesen Eigenthum) sofort auch für einen Andern erwerben, wenn er dies im Einverständnisse mit diesem beabsichtigt.²³ 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; entscheidend ist lediglich der Wille des Empfängers, für einen Andern zu erwerben und ein zwischen diesen beiden Letzteren bestehendes Rechtsverhältniß, dem zu Folge der Empfänger als Stellvertreter des Andern 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 Andern zu erwerben, erkennbar in die Erscheinung treten: wurde er nicht ausdrücklich geäußert, sei es dem

22) Anders, wenn der Tradent nicht dem Empfänger, sondern einer bestimmten 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.

23) Vgl. Arndts, Brinz u. Bremer, a. a. D. Mit Recht betont Letzterer, 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 possessarium 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 (Bremer, S. 77 ff.).

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 Fabrikdirektor Maschinen und Rohstoffe an: so liegen in allen diesen Fällen Anhaltspunkte genug vor zur Entscheidung der Frage, ob diese Personen als Stellvertreter des Geschäfts- oder Gutsherrn oder der Hausfrau gehandelt, ob sie also den Besitz (Eigenthum) der eingekauften Sachen diesen oder sich selbst erworben haben.²⁴ 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; ²⁴ ein Verhältniß der Stellvertretung 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 Eigenthumswerb des Gutes für den Kommittenten statuirte, abgelehnt.²⁵ Es wird daher lediglich nach dem erklärten Wil-

24) Auch beim Besitzerwerbe durch Okkupation sind Verhältnisse denkbar, aus denen sich ergibt, daß Jemand nur als Stellvertreter handle, z. B. aus der Anstellung als Forstmann (Jäger) oder Fischer. Eine Kundgebung des Vertretungsverhältnisses nach Außen durch Worte hätte hier keinen Sinn.

24) Verordnet doch art. 360. H. G. B. ausdrücklich: „Kommissionär ist derjenige, der gewerbsmäßig 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 keine kaufmännische Kommission, sondern ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäfte.“

25) Bei vertretbaren Sachen forderte der art. 284. Aussonderung mit hinreichender Bezeichnung oder Abfindung.

len des Kommissiönärs zu beurtheilen sein, ob mit der Uebergabe des eingekauften Gutes an ihn Besitz (Eigenthum) ihm oder dem Kommittenten erworben sei; im Zweifel ist er als Besitzer (Eigenthümer) anzusehen.²⁶ — Daß dieser Ansicht der Art. 374. des H. G. B., welcher dem Kommissiönär 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 einen Andern oder für sich erwerben will. Nach röm. Rechte erwirbt nichts destoweniger Derjenige den Besitz, für den die Sache dem Repräsentanten übergeben worden ist.²⁷ 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.²⁸ Es entscheidet also, da mit der

26) Vgl. Brinckmann, H. R. §. 112., Note 23, der sich aber ziemlich unklar ausdrückt; besonders Bremer, a. a. D., S. 92—94, und die daselbst citirten Entscheidungen des D. N. G. zu Lübeck und Kiel. Dagegen nimmt die Mehrzahl der Schriftsteller Erwerb des Kommittenten als Regel an, so selbst auf Grund des neuen H. G. B. Kräwell, S. 498, und Gad, Handb. d. a. H. R. S. 266 (wie im Texte gezeigt — ohne Grund), von den älteren namentlich auch Fischer-Blodig, §. 258.

27) Deutlich sagen dies L. 1. §. 19. 20. D. de acquir. poss. L. 13. D. de donat., wogegen L. 37. §. 6. D. de acquir. poss. von diesem Falle sagt: «nihil agetur», — sc. in sua persona, supponiren in letzterer Stelle Savigny, §. 26. 353. u. 33. Kierulff, S. 388 u. 392. Chambon, S. 170. Böcking, Pand. S. 464. Wangerow, I. S. 428. Lenz, a. a. D. S. 232. Sinegen Bremer, Zeitschr. N. F. XI. S. 249. Brinz, S. 69. Arndts, §. 140. Note 4., und Jhering, Jahrb. I. S. 325—334 vereinigen beide Stellen so, daß sie L. 13. cit. bloß vom Falle einer bloßen Mentalreservation, L. 37. §. 6. von ausdrücklicher Aeußerung des Empfängers verstehen. Diese Auslegung der letzteren Stelle bemängelt Windscheid, P. §. 155. Note 8. — Auf den Eigenthumsübergang möchte das «nihil agetur» bezogen haben Arndts a. D.

28) Paul. V. 2. §. 1. Possessionem acquirimus corpore et animo; animo utique nostro corpore vel nostro vel alieno. Es fehlt also in diesem Falle das juristische Band, welches sonst die Herrschaft des Repräsentanten durch den Repräsentanten über die Sache vermittelt. Koch, 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.

Apprehension des Repräsentanten der Besitz für den Tradenten corpore verloren geht, die Willensrichtung des Ersteren über die Person des Erwerbes.²⁹

Diese singuläre Bestimmung des röm. Rechtes kennt also das österr. Recht nicht.³⁰

II. Vom Stellvertreter zu unterscheiden ist der Gehilfe. Während Ersterer eine juristische Handlung unternimmt, hiemit selbst Willen hat und 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. Die häufigste Art des Gehilfen ist der Bote.

Manche behaupten,³¹ daß bei der Okkupation und Apprehension 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

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 Repräsentante besunkenfähig ist. Die entgegengesetzte Ansicht hat Kierulff, S. 892, und Rippel, III. S. 162. Vergl. §. 22. d. N. Note 8. Eine andere ist die Frage, ob der Empfänger für sich oder den Andern Eigenthum erwerbe? Weder sich noch dem Andern. Denn gegen seinen Willen verliert der Tradent Eigenthum nicht, Vgl. Brinz, I. §. 55. Bremer, XX. S. 71.

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. 354 und §. 33. Ich kann daher auch nicht mit Jhering stimmen, wenn dieser I. S. 334 behauptet, daß eine abweichende subjektive Absicht des Stellvertreters dem Stellvertretenen nie schade. J. B. mein Jäger schießt für sich Wild: nach J. bin ich Besitzer. Wir sagen: der Jäger ist Besitzer, wenn er nur seinen Willen rechtsbeständig offenbart; handelt es sich doch hier nicht um Tradition.

31) Vgl. Jhering, I. S. 287. Unger, II. S. 131, N. 7. Dagegen Savigny, §. 26. S. 361, der freilich den Unterschied zwischen Repräsentation und Vorkauf läugnet (Oblig. N. II. S. 58). Sollte übrigens Jhering bloß meinen, daß man das juristische Element des Okkupirens oder Apprehendirens nicht durch Gehilfen vernehmen 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. N. 5. S. 39, und Windscheid, P. §. 155. Note 10.

selbst juristisch handeln müsse. Das ist nicht richtig.³² Denn das Wesen der Apprehension besteht in einem rein natürlichen Akte, der die Möglichkeit gewährt, die Sache unserer 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 ist, daher als dessen juristische Handlung erscheint, — wogegen der Akt des Gehilfen ein rein natürlicher ist, und gleichsam als durch Werkzeuge vermittelter Akt des Herrn sich darstellt.

Daher kann z. B. auch ein Kind unter 7 Jahren für seinen Leiter Besitz erwerben, obwohl es juristisch bloß als Gehilfe in Betracht kommen kann.³³

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 Andern zu übertragen, ist Ersatzmann.³⁴

32) Wichtig ist nur so viel, daß in diesen Fällen kein Besitzerwerb durch Repräsentanten statt hat (wie Savigny, §. 26. S. 360, 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. Sollte übrigens L. 32. §. 2. D. de poss. und c. 3. C. h. t. (vgl. Savigny, §. 21.) nicht auf ähnliche Weise erklärt werden können?

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 possideat nequaquam videris apprehendisse possessionem, daher der Auftrag auf juristisches Handeln (ut possideat) geht. Vgl. dazu Savigny, S. 352 u. 361.

34) Wir folgen der Terminologie Jhering's, wogegen Scheurl, Bremer und Unger den Namen Zwischenperson empfehlen. Gegen die Bezeichnung stiller Stellvertreter vgl. schon J. selbst S. 350, Bremer, XX. S. 33 u. Unger, Note 23. 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 Pferde einzukaufen. 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 aber die Bemerkungen Jhering's, S. 232. Dieselbe Gefahr,

Dieser erwirbt also immer zunächst für sich Besitz; er hat nur die Absicht, den einmal erworbenen Besitz einem Andern (dem Prinzipal) zu überlassen; dieser muß ihn nun vom Ersatzmann erwerben.³⁵ 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 Stellvertretung 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 Thatfrage. 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.³⁶

auf die J. 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 J. den Ersatzmann diesem allgemeinen Begriffe unterstellt. S. auch Savigny, Oblig. II. S. 61.

35) Vgl. Jhering, S. 324 fg. 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 mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit, und L. 13. eod. si procurator rem mihi emerit ex mandatu meo, eique sit tradita meo nomine, dominium i. e. proprietas acquiritur etiam ignoranti. Vgl. auch L. 1. §. 2. D. 41. 2. Der Ersatzmann kann auch bei der Okkupation vorkommen. J. B. ich schließe Bild, um dieses einem Wildprethändler gemäß Vertrages zu liefern; vgl. Jhering, I. S. 335.

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 Objektes, 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.

N a n d a, Besitz n. österr. Recht.

§. 21. Fortdauer des Sachbesitzes.

Aus den bisherigen Erörterungen geht hervor, wie der Besitz erworben wird. Es gehört hiezu 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 tatsächlichen Herrschaft über eine Sache.¹

Nicht so wie die Begründung des Besitzes ist auch die Fortdauer desselben — der einmal entstandene Besitz — stets äußerlich wahrnehmbar.²

Und doch besteht er; — denn er ist einmal entstanden. Ja er muß so lange als fortbestehend angenommen werden, so lange nicht eine neue Thatfache eintritt, welche eines der zu seinem Begriffe erforderlichen zwei Momente aufhebt.^{2a}

1) Die Aufnahme des Momentes „durch die erfolgte Apprehension geschaffene“ Möglichkeit liegt also schon im natürlichen Begriffe des Besitzes. Wer im freien Felde ein verirrtes Schaf erblickt, und den Willen, Besitz zu erlangen, faßt, ist darum noch nicht Besitzer. Ohne einen solchen Akt ist die etwa vorhandene Möglichkeit einer Machtthat über die Sache wohl eine denkbare, aber keine wirkliche; sie gibt vielleicht die Möglichkeit des Besitzergewebes, sie ist aber noch nicht erworbener Besitz. Besonders deutlich zeigt sich dies dann, wenn die Sache bereits einen Besitzer hat. Die wirklich vorgenommene Machtthat soll eben zeigen, daß jene Möglichkeit eben nicht bloße Möglichkeit ist. Vgl. Kierulff, S. 342 ff. und Note *).

2) Vgl. Brinz, §. 27. Nichtsdestoweniger bleibt der Besitz darum doch etwas Thatfächliches, sowie die Besitzergreifung. Beide sind rein faktischer Natur.

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 Fiktion ohne innere Nothwendigkeit (vgl. Savigny, S. 270, und 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.“). 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 Brun, Jahrb. f. gem. R. IV. S. 39—49; für das österr. R. §. 1. d. Ann. — Dagegen behauptet Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 54, daß die Bedingungen 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.

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.³ Dieses Aufhören ist in Rücksicht des Willenselementes in zweifacher Weise denkbar; einmal nämlich als Aufhören jedweden 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.⁴ — Das Aufhören des körperlichen Besitzes dagegen ist einzig bedingt durch den Eintritt der Unmöglichkeit der Ausübung der faktischen Gewalt über die Sache.

Was vorstehend als aus der Natur der Sache fließend dargestellt wurde, ergibt sich für das österr. Recht aus den Bestim-

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 besitzen, aufgehoben wird.“ — Naturwüchziger faßt den Besitz auf Puchta, P., §. 131., und Arnolds, §. 142.: „Nach natürlicher Anschauung möchte man annehmen, der Besitz müsse aufhören, sobald entweder das körperliche Verhältnis unmittelbarer Gewalt oder die bewußte Richtung des Willens auf dieselbe eine Unterbrechung erleidet. . . . Das Recht nimmt den Besitz als fortdauernd an, solange nicht das Entgegengesetzte des einen oder anderen der beiden Momente . . . eingetreten ist.“ So auch Stubenrauch, I. S. 696. Wir glauben mit Kierulff, 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. S. Note 5. Vgl. auch Bornemann, I. S. 516.

4) Denn der Besitzwille hat offenbar damit 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 Faßbarkeit entziehen. Nicht das fehlende Bewußtsein — sondern Willensunfähigkeit oder Verneinung jenes Willens muß eintreten, wenn der Besitz aus Anlaß eines im Willensmomente vorkommenden Ereignisses aufhören soll. Die Vorschrift des positiven Rechtes: daß zum Besitzverluste animo ein Willensentschluß mit entgegengesetztem Inhalte nothwendig sei, ist daher naturgemäß. Diese Naturgemäßheit darzutun, dürfte aber nicht wohl möglich sein, wenn man, wie Savigny, §. 18. S. 269 und 270, und §. 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.

mungen der §§. 349. 352. d. A. b. G. B. über den Besitzverlust.^{4a} 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.“⁵

§. 22. Verlust des Sachbesitzes.

Die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen der Besitz verloren gehe, fällt zusammen mit der Frage über die Fortdauer des Besitzes.

Zur Fortdauer des Besitzes ist es, wie gezeigt, nicht erforderlich, daß der Besitzer sich des Willens, die Sache zu beherrschen, fortdauernd

4a) Für singular hält dieselben sonderbarer Weise Helm, Saimel's Viertelj. 13. B. S. 289 ff.

5) So auch nach röm. Rechte L. 27. u. 29. D. de poss. Es ist eine seit Savigny, S. 383, 418, oft aufgestellte Behauptung, daß nach der Natur der Sache der Besitz durch eintretende Willensunfähigkeit des Besitzers nicht verloren gehe. — Im Gegentheil; 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 S.'s, §. 32. S. 417, „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. anerkannt: Eum qui posteaquam usucapere coepit, in furorem incidit, utilitate suadente relicto est, ne languor animi damnum etiam in bonis afferat, obgleich die L. 31. §. 3. D. eod. diese Singularität durch die irrige Vergleichung mit dem Schlafen zu verdecken sucht. S. auch Köppen, Erbsch. §. 13. Dieselbe Bestimmung wie das österr. Recht enthält auch das preuß. Recht §. 115. I. 7. und das sächs. b. G. B. §. 211., letzteres indirekt, indem es Bethätigung des Willens, Besitz aufzugeben, fordert.

bewußt sei (was schon eine psychologische Unmöglichkeit wäre) und die Innehabung unausgesetzt fortsetze.

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.¹

Erst dann, wenn eines dieser beiden Momente in Rücksicht der Person des Besitzers zu bestehen aufgehört — also entweder der Wille, die Sache für sich zu haben, sich geändert hat,² wozu 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.³

1) Savigny, §. 31. S. 395. Hieruff, S. 392. Puchta, §. 131. Böcking, §. 125. Brinz, §. 28. Windscheid, §. 156. Pachmann, §. 39. Winwarter, II. S. 97. Stubenrauch, I. S. 696. Vgl. L. 3. §. 13. de poss.: Nerva fil. res mobiles quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri; idem (oder id est?) quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus. — Während das österr., preuß. und sächs. G. B. über den Besitzverlust genügende Bestimmungen enthalten, fehlen solche (vom art. 2243. abgesehen) im Code gänzlich. Die Natur der Sache muß hier ausbessern. Grundlos scheint uns aber die Behauptung Planck's, Besitz, S. 65 ff., daß der Besitz erst dann aufhöre, wenn das factum contrarium durch ein Jahr andauert habe. Die Verufung auf art. 2243. ist u. G. unzulässig, da derselbe diese singuläre Bestimmung nur in Ansehung des Usucapionsbesitzes trifft.

2) Daß der Besitz nach positivem Rechte nicht aufhört, wenn der Besitzer willensunfähig wird, ist im vorhergehenden §. 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. §. 211. Mit Unrecht sprechen die Meisten vom Besitzverluste durch den Tod bloß beim Verluste corpore; so Sinteris, I. S. 460. Note 18. Brinz, S. 73. Böcking, §. 125. S. 467, andere, z. B. Schilling, Inst. nur beim Verluste animo. Vgl. nun auch Köppen, Erbsch. §. 13., Note 5.

3) Vgl. Savigny, §. 30. Zeiller, II. S. 100. Pachmann, S. 102. Winwarter, II. S. 98. Stubenrauch, I. S. 697. L. 44. §. 2. D. de poss. . . »Possessionem amitti vel animo vel etiam corpore.« Vgl. L. 153. D. de R. J. Die Ansicht, daß zum Besitzverluste das Aufhören Eines oder des Anderen der zum Dasein des Besitzes erforderlichen Momente genüge, theilt die

Die Fälle des Besitzverlustes lassen sich, vom Tode des Besitzers 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.⁴

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.“⁵ Daß die Dereliction — das unbedingte Aufgeben eines Rechtes oder des Besitzes — nicht zu ver-

große Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller. Vgl. z. B. Puchta, §. 131. Arndts, §. 142. Brinz, §. 28. und Böcking, §. 125.

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« cf. L. 153. D. de R. J. Hier könnte utrumque im Sinne alterutrum verstanden werden. In diesem Sinne ist »utrumque« gebraucht in L. 10. §. 13. D. 38. 10. So fassen es auf Brinz, §. 70. Böcking, §. 125., Note 2. Arndts, §. 142., Note 1., 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, u. Windscheid, §. 156., Note 1. Neuerlich sucht Baron, Gesamtrechtsw. S. 94 ff., zu beweisen, daß jene Regel bloß eine verfehlte Anwendung des (übrigens in seiner Allgemeinheit irrigen) Lieblingsgesetzes der Juristen sei: quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. L. 153. D. de R. J. Jedenfalls ist über die Sache selbst kein Zweifel. Vgl. Sintenis, S. 459, Note 2. — Wenn Kierulff, S. 391, und Lenz, S. 212—220, behaupten, der Besitz gehe im er 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.

5) L. 3. §. 6. D. de poss. Si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. L. 17. §. 1. L. 30. §. 4. D. eod. Behält der Besitzer die Detention, und faßt er wieder den Besitzwillen, so erwirbt er den Besitz von Neuem.

muthen 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.⁶

Kein Aufgeben des Besitzes liegt jedoch an sich schon in der Nichtvornahme von Besitzhandlungen, in dem Verlassen einer Sache im Falle einer Gefahr,^{6a} in der bloßen Abwesenheit des Besitzers (§. 352. d. A. b. G. B.) oder in der Anstellung der Eigenthumsklage.⁷

Einer besonderen Erörterung bedarf die Frage, ob in der Ueberlassung des Besitzes auf Grund der übereinstimmenden Willenserklärung beider Theile ein unbedingtes Aufgeben des Besitzes liege. Sie kommt zwar da nicht zur Sprache, wo der Uebernehmer

6) Daher enthält der §. 388. A. b. G. B.: „Es ist im Zweifel nicht zu vermuten, 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. d. A., Note 11. — Daß durch Dereliction Besitz verloren gehe, sprechen aus §. 117. I. 7. des preuß., und §. 211. des sächs. G. B. — Aus den Worten des §. 117. I. 7. cit.: „Der Besitz geht verloren, wenn der Besitzer bei Aufgebung der Gewahrsame, . . . deutlich erklärt hat, daß er die Sache verlassen wolle“ — will Koch, S. 208, gegen Gräwel 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. Die irrige Ansicht Koch's scheinen Bornemann, I. S. 810, Note, und Temme, I. S. 233, zu theilen. — Wiederaufnahme des Besitzwillens ist neuer Besitzerverb, selbst wenn sich Niemand der Sache bemächtigt hätte. Anderer Ansicht 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 §. 349., welcher freiwilliges Verlassen fordert. Setzt sich ein Anderer in den Besitz der verlassenen 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. S. 422. Für das röm. Recht behauptet Baron, Gesamtr. S. 95—105, daß nach älterem Rechte Abwesenheit überhaupt, nach neuem nur nicht bloß vorübergehende den Besitzverlust herbeiführt (S. 103), eine Ansicht, der wir wegen L. 1. §. 25. D. de vi und c. 4. C. de poss. nicht beipflichten. Dieselbe Bestimmung, wie der §. 352. cit. enthält der §. 212. des sächs. G. B.

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 einfach davon ab, ob in dem gedachten Falle ein bedingtes oder unbedingtes Aufgeben des Besitzes liege.

Wird der Besitzwille unbedingt aufgegeben, so kann kein Zweifel sein, daß in dem gedachten Falle der Uebergeber den Besitz verloren 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 türkischer Unterthan sich ein österreichisches Grundstück übergeben läßt. 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.⁸ 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, weil die Tradition nicht schon ihrer Natur nach bedingt ist.⁹ —

8) Vgl. Savigny, Syst. III. §. 116. Unger, II. S. 51. Buchta, 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. l. 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

Anderes freilich, wenn der Tradent das Aufgeben des Besitzwillens wirklich an eine Bedingung geknüpft hätte, z. B. an die, daß der Erwerber bis zu einer gewissen Zeit einen Servitutensfahrweg 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 bethätigen, den Besitz *animo* nicht verlieren, obwohl sie desselben *corpore* verlustig werden können:

a) Rasende und Blödsinnige.¹⁰

b) Pupillen (Kinder, Unmündige und Minderjährige).¹⁰ 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 *lucra-*

se transferre. Dagegen: L. 34. pr. D. h. t. Ulpian: Quando . . . 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. Eine befriedigende Vereinigung beider Stellen ist bis jetzt nicht gegeben worden. Kierulff, I. S. 392. Brunß, S. 42. Brinz, Pand. §. 28. Scheurl, Beitr. I. S. 204, halten den Widerspruch für handgreiflich. Während jedoch Brinz 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., Note 14. u. 15., und Lenz, S. 234, u. U. nach ohne Erfolg. Kierulff, dessen Ansicht Pagenstecher, P. Prakt. S. 148. Arndts, §. 142. Windscheid, §. 156., Note 5., und Rippel, III. S. 162, theilen, geht von dem gewiß nicht zu rechtfertigenden Grundsatz aus, daß jede Tradition ihrer Natur nach bedingt sei, da der Tradent *vacuam 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 Bestaufgabe 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. 203.

10) Vgl. L. 27. D. de poss. Dazu L. 27. 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. Die verschiedenen Vereinigungsversuche siehe bei Savigny, S. 418., Note 3. Brinz, Zeitschr. für gem. deutsches Recht III. S. 54—56, und Lenz, S. 223—225.

tiven Erwerb handelt, Besitz selbstständig zu erwerben vermögen, so können sie ihn doch nicht durch ihren Willensentschluß aufgeben.¹¹

c) Verschwender und zum schweren Kerker Verurtheilte (§§. 273. und 279. d. A. b. G. B.). Von ihnen gelten 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 auch, daß der Besitz nicht verloren gehe, wenn der Besitzer die Willensfähigkeit verliert, z. B. wahnsinnig wird, da er dann einen neuen Entschluß mit rechtlicher Wirkung nicht fassen kann (§. 352. d. A. b. G. B.): „Die eintretende Unfähigkeit, einen Besitz zu erwerben, hebt den bereits erworbenen Besitz nicht auf“.

Ist einmal der Besitz animo verloren, so kann er natürlich nur durch einen neuerlichen Apprehensionsakt wieder erworben werden.¹²

Nur ein besonderer Fall des Besitzverlustes animo einerseits und des Besitzerwerbes durch Repräsentanten andererseits tritt beim constitutum possessorium ein (§. 319. des G. B.).^{12a} 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 Handlungen¹³ offenbaren. So in dem Falle, wenn der bisherige Besitzer, der die Sache an Jemanden verkauft, sofort dieselbe von dem Käufer mietet. Denn indem er den Miethvertrag schließt, gibt er ja den eigenen Besitzwillen auf, will bloß detiniren und 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. 20.

11) Vgl. Pachmann, S. 103, 7. Stubenrauch, I. S. 698. — L. 27. et 29. D. de poss.

12) Vgl. Savigny, §. 32. S. 417. Dies übersieht Koch, S. 208.

12a) §. 319.: „wohl aber kann derjenige, welcher bisher eine Sache rechtmäßig besaß, das Bestrecht einem Andern überlassen und sie künftig in dessen Namen inne haben.“ Vgl. §. 428.

13) Vgl. über deren Begriff Unger, II. 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.).

Als eine solche konkludente Handlung erscheint nach röm. Rechte namentlich die Unterlassung jedweder Besitzhandlung durch längere Zeit.¹⁴ L. 37. §. 1. de usurp. (cf. §. 7. I. 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.¹⁵ Es entsteht die Frage, ob dasselbe auch nach österr. Rechte anzunehmen sei. Wir verneinen sie. Denn aus der bloßen Unterlassung von Besitzhandlungen kann ebensowenig auf ein Aufgeben des Besitzwillens geschlossen werden, als aus der Abwesenheit des Besitzers. Unzutreffend wäre hier etwa die Berufung auf den §. 351. d. A. b. G. B., welchem zu Folge mit der Verjährung eines Rechtes auch dessen Besitz aufhört. Denn diese singuläre Bestimmung in Ansehung des Rechtsbesitzes läßt eine analoge Anwendung auf den Sachbesitz nicht zu.¹⁶

Der Besitz geht nicht verloren, wenn der Besitzer die Innehabung der Sache einem Dritten, sei es behufs Ausübung eines dinglichen oder obligatorischen Rechtes, z. B. des usufructus, des

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 Savigny, §. 32. S. 424. Hierulff, S. 395. Dunker, Zeitschr. für deutsches Recht II. §. 12. Sinterius, S. 460, Note 12.

15) Eine abweichende Interpretation versucht Geiger, Zeitschr. f. Civ.- und P. XIII. S. 245 u. 246, und ihm folgend Lenz, S. 228; gegen die herrschende Ansicht ist auch Böcking, §. 125., Note 12. Windscheid, §. 156., Note 5. Baron, Gesammtr. S. 103., Note 1., und Schirmer, Zeitschr. N. §. XI. S. 401 ff., welche behaupten, daß selbst aus einer noch so langen Unterlassung der Benützung 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.“ S. auch Brunns, Jahrb. IV. S. 65.

16) Die österr. Kommentatoren erwähnen des Falles nicht. — Das sächs. G. B. verordnet: „Durch Unterlassung von Besitzhandlungen geht der Besitz nicht verloren“ (§. 212.) — Der obige Grundsatz wird für das preuß. Recht anerkannt in d. Entsch. d. O.-Ar. v. 20. Dez. 1849 bei Koch, I. S. 426., Note 71.

Pachtrechtes, oder aus einem anderen Rechtsgrunde, z. B. als Pfand, Depositum, überläßt. Denn der Besizer behält den Bestizwillen und auch seine faktische Herrschaft über die Sache hört nicht auf, sondern geht nur aus dem unmittelbaren Verhältnisse in ein mittelbares über; — denn der Inhaber vermittelt zu Folge jenes juristischen Verhältnisses den Besitz über die Sache. In solchen Fällen kann rücksichtlich derselben Sache nach verschiedenen Richtungen hin ein doppelter, ja mehrfacher Besitz vorkommen, z. B. der Sachbesitz des Eigentümers und der Rechtsbesitz des Usufruktuars, der die Sache detinirt, ohne einander auszuschließen. Diesen Fall hat vor Augen der §. 327. A. b. G. B.¹⁷

Da ein Besitz da nicht zu Recht besteht, wo das Gesetz den Bestizwillen nicht anerkennt (vgl. §. 9. d. A.), so geht der Besitz ferner verloren:

a) wenn die Sache dem Verkehre gänzlich entzogen wird, z. B. durch Expropriation eines Platzes zu öffentlichen Zwecken. Vgl. §. 311. d. A. b. G. B.;¹⁸

b) wenn gewissen Personen die Vermögensfähigkeit in Ansehung gewisser Gattungen von Sachen entzogen wird, z. B. den Israeliten durch die kgl. Verordnung v. 12. Okt. 1853 in Rücksicht der Immobilien, sofern nicht diese Wirkung ausdrücklich ausgeschlossen wird.¹⁹ Verlust der Vermögensfähigkeit überhaupt kennt das österr. Recht nicht.²⁰

17) Vgl. Pachmann, S. 104. Stubenrauch, I. S. 697, 2. Dies einfache Verhältniß ist verkannt in der erst- und zweitrichterlichen Entsch. Nr. 132. d. Ger.-Ztg. 1863. Das preuß. Recht spricht in diesem Falle von der Fortsetzung des vollständigen Besitzes durch den unvollständigen Besizer. §. 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 P., Note 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. Stubenrauch, a. a. D. Dagegen Pachmann, unter Berufung auf §. 351. des G. B. Allein dieser bestimmt bloß, daß durch die eintretende Besitz erwerb unfähigkeit bereits erworbener Besitz nicht verloren gehe, nicht aber durch die eintretende Besitz unfähigkeit. Ein Kind kann Besitz durch sich selbst nicht erwerben, wohl aber haben; ein türkischer Unterthan kann Besitz an Immobilien in Oesterreich weder haben, noch erwerben.

20) Pachmann, S. 103, 7., und Stubenrauch, I. S. 698 (464 der

II. Besitzverlust corpore.

Der Besitz geht verloren, wenn der Besizer schlecht hin die Möglichkeit verliert, über die Sache physisch zu verfügen,²¹ und zwar insbesondere:

A. An beweglichen Sachen:

1) durch den Untergang derselben — daher auch durch Spezifikation.²²

2) Wenn die Sache an einen Ort geräth, der dem Besizer 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. beim Schiffsbruche. Doch hebt selbstverständlich eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit, zu der Sache zu gelangen, z. B. die Ueberschwemmung einer Niederlage oder ein augenblickliches sich 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.²³

2. Aufl.), behaupten zwar, daß durch Eintritt in einen Orden mit dem feierlichen Gelübde der Armuth Vermögens unfähigkeit 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. d. Gef. v. 9. Aug. 1854. §. 208., dem zu Folge das Vermögen der in solche Orden Getretenen 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 Besitzes. „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 Besizer unmöglich wird, die verlorene Gewahrsame wieder zu erlangen.“ Diese gekünstelte Unterscheidung, mit der die Interpretation ihre liebe Mühe hat (f. Koch, S. 191), ist von der österr. und den neueren Gesetzgebungen vermieden worden.

22) L. 30. §. 34. D. de poss. Savigny, §. 31. S. 395. Kierulff, S. 395. Pachmann, S. 104. Stubenrauch, S. 696 u. 698. Wird die Umwandlung der Sache in eine andere, z. B. die Verarbeitung des Carnes zum Gewebe, von einem Mandatar vorgenommen, so verliert wohl der Eigentümer (resp. Besizer) des Rohstoffes Eigenthum und Besitz am Stoffe, erwirbt aber diesen wieder durch die Apprehension des Mandanten als Repräsentanten an dem Fabrikate. Im Falle der Untreue desselben entscheidet über den Besitzwerb dessen Willensrichtung. Die Eigenthumsfrage darf hier nicht eingemengt werden.

23) Vgl. Savigny, §. 31. a. a. D. Kierulff, S. 395. Sintonis,

Hiebei ist es gleichviel, ob die Sache besonders verwahrt worden ist (diese besondere Anstalt der Aufbewahrung nennen die Quellen *custodia*), oder nicht.²⁴ 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 Veranstellung (*custodia*) getroffen hat, um sich die Sache zu sichern,^{24a} z. B. einen Schatz vergraben, ein Werthpapier in seiner Wohnung verwahrt hat, da hier

S. 459. Brinz, S. 73. Pachmann, S. 104. Winiwarter, II. 98. Rippel, III. S. 161. Stubenrauch, I. S. 697 (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.“ Dagegen bemerkt schon Winiwarter, 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. Th. des westgaliz. Gesetzb. 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 giebt, als ob es hier einen (fingirten) Besitz *solo animo* gäbe, während in der That nur die zum Besitzverluste *corpore* erforderliche Unmöglichkeit der faktischen Herrschaft nicht eingetreten ist. Diese irthümliche Ansicht spricht aus Rippel, III. S. 162, 2. Der §. 71. cit. und 352. H. b. G. B. enthalten nur der Form nach Reste der älteren Theorie über die Fortdauer der *civillis p.* bei unfeinwilligem Verluste. S. §. 4., Note 7., und §. 35., Note 47. Vgl. Delbrück, Dingl. Kl. §. 19.

24) Vgl. L. 13. pr. L. 25. u. 44. pr. D. de poss. Savigny, S. 397, dem die Meisten folgen, beschränkt die Behauptung des Textes 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. Wichtig 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.

24a) Daß dies nicht die einzige Art der *custodia* sei, wurde bereits im §. 11., Note 11. gezeigt. Aber gerade hier sprechen die Quellen am häufigsten von *custodia*, was der Grund sein mag, daß Savigny, S. 400, darunter nur jene besondere Vorkehrung versteht: Dagegen vgl. Baron, Jahrb. VII. S. 88.

höchstens ein momentanes „Sich-Nicht-Erinnern“ vorkommen wird, nicht aber der Fall des absoluten Nichtwissens.²⁵ Vorausgesetzt wird natürlich, daß die Sache nicht inzwischen in fremde Gewalt gelangt ist.

Es geht daher namentlich der Besitz verloren:

a) an verirrtten zahmen Thieren, wenn sie nicht wieder zu finden sind;²⁶

b) an wilden Thieren, sobald sie aus unserer Gewahrsame (*custodia*), d. i. der besonderen Veranstellung zu ihrer Detention entrinnen;²⁷

c) bei gezähmten Thieren, wenn sie die *consuetudo reverendi* ablegen.^{27a}

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, protinus 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.*

26) L. 3. §. 13. D. de poss. *Pecus simul atque aberraverit . . . desinere a nobis possidere.* Vgl. Pachmann, §. 39. d. Stubenrauch, I. S. 697: (Eine genaue quellennmäßige Aufzählung und Einreihung der Thiere in zahme, gezähmte und wilde giebt Böcking, §. 74., Note 5., 6. u. 7. Hund, Elephant und Kameel sind h. z. L. 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. Denn offenbar besitze ich das Schaf nicht mehr, das in eine Schlucht gestürzt ist, von der vielleicht Niemand weiß, die aber doch auf meinem Grunde sich befindet. Noch verfehlter aber ist B.'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—5. D. de acq. dom. Savigny, S. 401. Bösch, I. §. 212. Böcking, §. 125. Windscheid, §. 156., Note 3. Derselben Ansicht ist zwar Baron, a. a. D. S. 126, behauptet aber, daß L. 3. cit. dem Eigenthume im Gegense zu Besitze noch „eine Galgenfrist gönne“ (?) und meint darum, daß Savigny im Texte und Note S. 401 sich widerspreche. Wir finden jenen Gegenseß und Widerspruch nicht. — 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. R. F. S. 64.

27a) Hier darf Besitz und Eigenthumsverlust nach öfter. Rechte nicht verwechselt werden. Denn an gezähmten Thieren geht nach §. 384. Eigenthum erst verloren, wenn sie mit dem 42. Tage nicht heimkehren.

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.²⁸ Ja es ist zum Besitzverluste 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.²⁹

B. An Immobilien geht der Besitz gleichfalls erst verloren mit der bleibend eintretenden Unmöglichkeit der körperlichen Verfügung über dieselben. Hiezu genügt also nicht schon die bloße Abwesenheit des Besitzers (§. 352. d. A. b. G. B.), weil durch dieselbe die physische Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache wohl in die Ferne gerückt, aber nicht behoben ist.³⁰

28) Vgl. Winiwarter, II. S. 95. 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 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 wegzunehmen, 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 ff., u. Temme, I. §. 68. Daß diese Gesetzeslehre unnatürlich und unpraktisch ist, bedarf keiner Auseinandersetzung. „Der Besitz ist kein Ehrentitel“ muß man mit Brunö ausrufen!

29) Vgl. L. 4. §. 22. D. de usurpatione. Savigny, S. 403. Sintonis, 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 Gewahrsam? 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 verlorene Gewahrsame wiederzuerlangen.“ giebt, 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.

30) Vgl. L. 1. §. 25. D. de vi. L. 3. §. 8. u. 11. D. de poss. Sa-

Diese Unmöglichkeit aber tritt ein:

a. wenn der Besitzer (zu diesem Zwecke) und wäre es auf dem Grundstücke selbst gefangen gehalten,³¹ 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.³²

Auch hier ist es gleichgiltig, ob sich der Andere dabei in Besitz setzt, oder sich ohne den Besitzwillen darauf beschränkt, den bisherigen Besitzer der physischen Macht über die Sache zu berauben.^{32a}

Setzt sich der Dejectirte sofort nach der Dejection (in Einem Zuge) wieder in den Besitz, so hat er ihn eigentlich nie verloren, da diese dann bloß als mißlungener Besitzentsetzungsversuch erscheint und Angriff und Vertheidigung als Ein Akt aufzufassen sind.³³

c) Wenn ein Dritter sich heimlich in den Besitz des Grundstückes setzt.

vigny, S. 407. Stubenrauch, I. S. 697. Anders Baron, Gesammtr. S. 103, der bei nicht bloß vorübergehender Abwesenheit Besitzverlust behauptet. Vgl. dagegen Note 7. — In Fällen der Abwesenheit und der heimlichen Besitzentsetzung sagen die Quellen bisweilen: *solo animo retinemus possessionem*. L. 1. §. 25. L. 12. 18. D. de vi, in ersterem Falle nicht genau, da ja die factische Macht über die Sache durch bloße Abwesenheit nicht aufhört.

31) Vgl. L. 1. §. 47. D. de vi. Ohne Grund fügen mit Savigny, S. 402, die Meisten (so Böcking, §. 212. Sintonis, S. 459) die Beschränkung bei: wenn der Besitzer im Grundstücke gefangen gehalten wird. L. 1. §. 47. cit. spricht ja nur beispieelsweise. Vgl. Böcking, §. 125., N. 6., der die Fälle genau auseinanderhält.

32) So auch nach der richtigen Ansicht im röm. Rechte. Die L. 33. §. 2. D. de usucap. L. 9. pr. 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 Widerspruche mit L. 9. i. f. quod metus u. L. 1. §. 29. D. de vi. Vgl. Savigny, §. 31. S. 404. Sintonis, S. 459, Note 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 Vangerow, Pand. I. S. 431.

32a) Die Entsch. des obersten Ger. Hofes Nr. 644. II. der Glaser-Ungerschen S. sieht als Dejection aus dem Besitze eines Waldes an, wenn der bisherige Besitzer (oder dessen Vertreter) an dem Versuche, Holz zu schlagen, verhindert und demselben Holz und Hacke gepfändet wurden.

33) Vgl. L. 17. D. de vi. Savigny, §. 31., S. 410 u. 520. Unger, II. S. 344, Note 20a. Dies ist ausdrücklich bestimmt im §. 212. des sächs. G. B.

Leptere Regel gilt nach österr. Rechte a u s n a h m s l o s , während nach röm. Rechte singularer Weise der Besitz erst dann verloren geht, wenn der Besitzer von der erfolgten Invasiön Kenntniß erhält und sich dabei beruhigt.³⁴ Diese Singularität, welche dem österr. Rechte unbekannt ist, hat das sächs. b. G. B. im §. 214. aufgenommen; sie gilt auch in Folge des §. 122. I. 7. nach preuß. Rechte und zwar nach letzterem sowohl in Ansehung der Mobilien, als der Immobilien.³⁵

Es könnte zwar scheinen, als ob diese Bestimmung des röm.

34) L. 46. D. de poss. L. 3. §. 7. 8. L. 7. L. 18. §. 3. u. 4. L. 25. §. 2. D. eod. Vgl. Savigny, §. 31., S. 410. Kierulff, S. 393. Sentenis, S. 459. Brinz, Pand. S. 72. Arndts, §. 142. Windscheid, §. 156. — Zwar versucht Kierulff, S. 394, Note, mit dem Böcking, §. 125. Note 5., und Lenz, S. 244, gehen, zu beweisen, daß dies keine Singularität sei, vielmehr eine Konsequenz aus der Natur der Sache. Denn der Besitz 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. Ähnlich Bornemann, I. S. 462, Note. — Nach den Regeln der Logik muß man aber vielmehr sagen: im letzteren Falle hat der Dejicirte den bereits verlorenen Besitz wieder erlangt. Nach K.'s Ansicht müßte konsequent dasselbe bei Mobilien gelten, was anerkannter Weise nicht der Fall ist. Die Singularität des obigen Rechtsfages anerkennt auch Savigny, S. 409, und die oben citirten Schriftsteller. Vgl. auch Windscheid, §. 156., Note 4., u. Rudorff, Nr. 106. Neuerlich behauptet Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 144—146, daß der Dejicirte 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, und Witte, Zeitschr. N. F. XVIII. S. 249, daß der Dejicirte nur so lange als Besitzer angesehen werden könne, so lange nicht das Grundstück in die Hand eines rechtlichen Dritten komme; beide stimmen aber darin überein, daß der Okkupant gegen Dritte mit den Interdikten geschützt sei. Mit Baron stimmt im Wesen Rudorff, Nr. 106., überein; nur gibt dieser dem Dejicirten das interd. uti p. . . Zweifelnd drückt sich Bruns, Bekker's J. IV. S. 44, 46, aus. S. auch §. 13., Note 4. Die ital. Juristen nehmen Fortdauer des Besizes des Dejicirten an. Ueber die historische Entstehung des obigen Rechtsfages vgl. Savigny, S. 552—555. Baron, a. a. D., und Witte, S. 260 ff.

35) Vgl. Koch, S. 203, Note 10., und oben Note 25. — Unbegreiflicher Weise behauptet Mage s, Ger.-Ztg. Nr. 62. Jahrg. 1862., daß in Ansehung des klandestinen Besitzes an Immobilien nach österr. Rechte dasselbe gelte, was nach römischem, unter einfacher Berufung auf Savigny. Mage s überseht, daß es sich hier um eine Singularität handelt. — Das französische Recht enthält hierüber keine Bestimmung; es muß daher angenommen werden, daß das Wissen des bisherigen Besitzers von der Okkupation nicht erforderlich ist. Anderer Ansicht ist aber Planck, Note 42., S. 80, welcher aus art. 2238. deduziren will, daß (vom Falle der Stellvertretung abgesehen) Besitz an Grundstücken, sowie im röm. Rechte nicht anders als animo verloren werden kann. Allein art. 2238. erfordert das

Rechtes auch nach österr. Rechte gelte, in Erwägung, daß wenn der des Besitzes einer Sache Entsetzte gemäß der kais. Verordnung vom 27. Oktbr. 1849 binnen 30 Tagen nach erlangter Wissenschaft von der gegnerischen Besitzergreifung die Klage auf Wiedereinsetzung anstellt, er mit derselben obliegen und daher den Besitz wieder erhalten muß, zumal die Randglossen der §§. 344. und 345. die Restitutionsklagen als Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzes bezeichnen.

Allein die Irrigkeit dieser Schlussfolgerung, die auf einer Verwechslung zweier wesentlich verschiedener Dinge, nämlich der Frage über das Dasein des Besitzes und der rechtlichen Möglichkeit, den verlorenen Besitz wieder zu erlangen, beruht, wurde schon im §. 13. d. A. dargezogen.

Der Besitzverlust an Immobilien wird offenbar dadurch nicht verhindert, daß der Entsetzte nicht aufgehört hat, in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer eingeschrieben zu sein, eine Bemerkung, die überflüssig erscheinen würde, wenn nicht wegen des scheinbar entgegenstehenden §. 350. des G. B. das Gegentheil behauptet worden wäre.³⁶

Der Besitz geht nur auf die hier erörterte Weise verloren. Die Erlösungsarten der Rechte haben auf den Besitz als Nichtrecht keine 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. — Im Verweigerungsfalle darf sich daher der Gegentheil keinesfalls eigenmächtig in Besitz setzen.³⁷

Wissen des bisherigen Besitzers nur in dem Falle, wenn der Besitz durch Untreue des Stellvertreters an diesen verloren wird. Eine analoge Anwendung dieser ausnahmsweisen Bestimmung ist offenbar unstatthaft.

36) So von Bachmann, S. 104. Daß der §. 350. nicht vom physischen Besitze spreche, und daß überhaupt physischer und bürgerlicher Besitz als zwei wesentlich verschiedene Dinge streng auseinander zu halten sind, darüber vgl. §. 5. d. A.

37) Anders nach preuß. Rechte; vgl. §§. 131—133. I. 7.: „Der Besitz einer Sache, der einem Andern 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, u. Bornemann, I. S. 520. Es wurde bereits Note 1. bemerkt, daß das franz. Recht über den Besitzverlust keine besonderen Bestimmungen enthält.

§. 23. Besitzverlust 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 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.¹ 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 überhaupt körperliche Detention keine Bedingung derselben ist, so ergibt sich hieraus:

a) daß die Fortdauer des Besitzes des Repräsentirten durch die bloße Aenderung des Willens des 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.²

1) 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. 427. Die Dejection ist hier auf halbem Wege stehen geblieben.

2) 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. pro emptore. L. 40. §. 1. D. de poss. c. 12. C. de poss. Vgl. Savigny, S. 437. Götschen, §. 214. III. Wangerow, I. S. 433. Rierulff, S. 397. Arndts, §. 143. Böcking, §. 125. a. G. Pachmann, S. 103. Wintrarter, II. S. 102. Stubenrauch, I. S. 699 (464 d. 2. Aufl.). — Dasselbe gilt als der Natur der Sache entsprechend nach preuß. Rechte, s. Koch

Aus demselben Grunde folgt ferner:

b) daß der Besitz des Repräsentirten auch nicht verloren gehe, wenn der Repräsentant stirbt oder wahnsinnig wird, oder wenn das Repräsentationsverhältniß aufgehoben wird.³

Treten jedoch solche Ereignisse ein, durch welche der Repräsentirte den Besitz auch dann verloren hätte, wenn er denselben unmittelbar und nicht erst 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 Verluste nichts ankommt,⁴ 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 bloße Willensläufigkeit 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.⁵

(S. 213. 2.); ausdrücklich sagt dies der §. 216. des sächs. G. B. — Gut bemerkt Rierulff, S. 397, zur Motivirung des obigen Grundsatzes: daß man ja keines Stellvertreters bedarf, um Besitzer zu sein. Für singular hält diesen Grundsatz Windscheid, Pand. §. 157.

3) L. 40. §. 1. D. de poss. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset . . . quo mortuo non statim dicendum, eam (possessionem) interpellari. 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. 428, u. die oben angeführten Schriftsteller. — Der Besitz des Verpächters hört daher nicht auf, wenn auch der Pächter das Grundstück verläßt, ohne Erben stirbt, oder nach Ablauf des Pachtvertrages dasselbe weiter nicht benützt. — Wündig spricht den eben entwickelten Grundsatz aus d. §. 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“

4) Vgl. L. 1. §. 22. D. de vi: Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his dejectis ipse dejecti de possessione videtur, etiam si ignoret eos dejectos esse, per quos possidebat. Vgl. Savigny, S. 435. Götschen, I. S. 639. Arndts, §. 143. Pachmann, S. 104. Wintrarter, II. S. 102. Stubenrauch, I. S. 699 (464 der 2. Aufl.), und die Entsch. des obersten Ger. Hofes Nr. 644. der Unger-Glaser'schen S. II., 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) Inwiefern durch den Willensentschluß des Repräsentanten für einen Anderen

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.⁶

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, damit ein Dritter den Besitz derselben erwerbe, und dieser die Sache wirklich in Besitz nimmt; sodann der Fall, wenn der Stellvertreter die Sache untreuer Weise dem Dritten übergibt. Beide Fälle haben wesentlich dieselbe rechtliche Natur, da ja im zweiten Falle von einer wirksamen Tradition keine Rede sein kann.^{6a} — Nach österr. Rechte kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Repräsentirte den Besitz verliere, 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 Besitzerwerb des Dritten sofort der Besitzverlust für den Repräsentirten eintritt.⁷

als den Repräsentirten zu besitzen, für diesen Besitz verloren gehe, wird sub II. erörtert werden.

6) Dieses Falles geschieht gewöhnlich keine Erwähnung; zu betonen ist, daß nur der gesetz- oder verfassungsmäßig gefaßte Beschluß, den Besitz aufzugeben, den Besitzverlust bewirkt. Vormünder und Kuratoren haben also die Einwilligung des Gerichtes nöthig (§. 233. des A. b. G. B.).

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: Inficiando 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 verlor (sofern nicht bei Mobilien Besitzverlust schon durch contractatio eintrat), vielmehr Besitz erst dann verloren ging, wenn der Vertretene von der Untreue Kunde erhielt und sich dabei beruhigte. Vgl. c. 12. C. de acquir.

Hierin finden wir denn, vom Standpunkte der Befehgebung gesehen, insofern eine Lücke, als nach §. 346. die Besitzentziehungsklage nur gegen Denjenigen stattfindet, der unmittelbar den Besitzer (resp. dessen Stellvertreter) des Besitzes vi, clam, precario entsetzt hat, nie aber gegen Den, der den Besitz, wenn auch im bösen Glauben, aus der Hand des vitiösen Besitzers empfangen hat. Und doch empfiehlt sich wenigstens im Falle betrügerischen Einverständnisses der Schutz des Repräsentirten gegen die Untreue des Stellvertreters.

poss.: Definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus . . . possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiat, alii eandem possessionem detinere nihil penitus domino praejudicii generetur . . . womit der wahrscheinliche Streit der Juristen, ob zum Besitzverluste an Immobilien (wenigstens im Falle der Tradition) Kenntniß des Repräsentirten von der Untreue des Vertretenen nothwendig sei (Paulus L. 3. §. 6—9. D. de poss.) oder nicht (L. 40. §. 1. L. 44. §. 2. D. eod.), entschieden, ja derselbe Rechtsatz sogar auf Mobilien ausgedehnt wurde. Vgl. Savigny, S. 436 fl. Götschen, I. S. 639. Windscheid, Pand. §. 157., Note 3. Arndts, §. 143. Brunns, Bekkers J. IV. S. 43, wesentlich Böcking, §. 125., und Kierulff (Kestner unter Ausschluß der Mobilien). Dagegen behauptet Witte, Zeitschr. XVIII. S. 269 (überdies unter Ausschluß des Besitzes durch einen rechtlichen Dritten). Thibaut, §. 23., Note 1. Buchta, §. 131. Bangerow, I. S. 433 u. 434. Sintenis, I. S. 461, Note 25. Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 165, daß trotz c. 2. 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. 1. C. bloß auf den Fall der Dereliction beziehe. 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. Vgl. dagegen auch Bornemann, I. S. 520. und §. 22. d. A., Note 28. Das sächs. 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 Vertretene nach erlangter Kenntniß von der Untreue des Vertreters sich den Besitz 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. — Das franz. Recht enthält im art. 2239. die im Texte angeführte Regel.

II. Besitzverlust an den Repräsentanten.

Der Besitz einer Sache an den Repräsentanten geht verloren, sobald dieser den Willensentschluß faßt und bethätigt,⁸ 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 Anmaßung von Eigenthumsrechten, daher insbesondere in der Veruntreuung, nicht aber an sich schon in dem bloßen Längnen des Besitzes.⁹

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 Besitzwerbe einerseits, daher konsequent zum Besitzverluste andererseits das Wissen des bisherigen Besitzers von der Apprehensionshandlung des neuen Erwerbers überhaupt nicht nöthig ist (vgl. §. 13. d. U.). 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.¹⁰

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. : Infructando depositum nemo facit furtum.

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 Rechtsfaktes, daß Besitz an Immobilien überhaupt nicht olam verloren gehen kann. Vgl. Savigny, S. 431. Kierulff, S. 398 (dagegen Baron, Jahrb. f. Dogm. 7. B. S. 162). Sinegen wird Besitz an Mobilien schon durch Annahme des *animus possidendi* und dessen wie immer geartete Neußerung 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. 431 fl., und mit ihm die Meisten behaupten.

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 Mitbesitzers der Repräsentirte sofort verloren haben. Mit dieser Ansicht, welche auch Stubenrauch, I. S. 643 u. 699, ausspricht, stimmen jedoch nicht: Bachmann (S. 73 ad b) und Winwarter (II. 102). Jener fordert zum Besitzverluste an den Repräsentanten gewinnsüchtiges Vergreifen an Mobilien und gewaltsames Behaupten bei Immobilien; dieser die erhaltene Kunde des Repräsentirten 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 Bachmann für seine Behauptung anführt und auf den sich — wenn auch nur nebenbei, selbst Savigny, S. 431, 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 A. b. G. B. im §. 319. aufgenommen habe: „Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, den Grund seiner

Vgl. L. 44. D. 41. 1. L. 67. D. 47. 2. L. 20. u. 47. D. 41. 2., neben welchen sich L. 3. §. 18. cit. gut erklären läßt. Möglich, daß die Frage unter den Juristen streitig war. Vgl. Savigny, S. 433, Note 1., und L. 3. §. 18.: *Si rem apud te depositam furti faciendi contrectaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris, et inficiandi animus habeas, plerique veterum et Sabinius 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 reposcenti non reddit, suppressere et interceptare videtur, quare et furti... teneri eum arbitror*. Im Zweifel wäre sich übrigens jedenfalls für die letztere Ansicht zu entscheiden, welche der Regel entspricht. Vgl. auch Schirmer, Zeitschr. N. F. XI. S. 464 fl. Witte, ebendaf. XVIII. S. 294 fl. Windscheid, P. §. 157., Nr. 4. Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. S. 146 fl. Der Versuch Kierulff's, S. 399, das Erforderniß der körperlichen Ergreifung als bloße Anwendung der Regel darzustellen, widerspricht offenbar der Natur der Sache. — Die hier ausgesprochene Ansicht scheint auch Zieionacki, S. 127, zu haben, der sich jedoch irrig auf die Regel: *nemo sibi causam etc.* beruft, und neuestens Rudorff, Nr. 115.

Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln und sich dadurch einen Titel anzumachen.“ Der Sinn dieser Regel nach just. Rechte, sagt P., sei der, daß, wenn derjenige, welcher in fremdem Namen besitzt, für sich eigenmächtig Besitz erwerben wolle, so angesehen werden müsse, als ob die Sache noch nicht in seiner Gewalt wäre, und wenn das Gesetzbuch diese Regel in den §§. 318. u. 319. aufgenommen habe, so würde es auch wohl den damit verknüpften Sinn verbunden haben. — Allein die Regel: *Nemo . . .* hat im justin. wie im österr. Rechte nur auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes, insbesondere im Falle der Erstzueignung, Bezug; sie spricht nur aus (was übrigens die §§. 318. u. 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 Besitzerwerb ist 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.¹¹ Vgl. hierüber Näheres im §. 14. d. N. So entfällt denn mit der irrigen Begründung auch die darauf gebaute Behauptung Bachmann's, daß nach österr. Rechte im Falle der Untreue des Repräsentanten — gewinnstüchtiges Bergreifen (Apprehension), beziehungsweise gewaltsame Behauptung der Sache nothwendig sei.¹²

Das hier Gesagte gilt in gleicher Weise in dem Falle, wenn der

11) Mit Recht haben sich daher neuerlich Schirmer, a. a. D. S. 406 fl., und Baron, a. a. D. S. 156, gegen die Behauptung Savigny's gekehrt, daß die Regel: *Nemo . . .* dem Besitzererbe durch den untreuen Repräsentanten entgegensteht. Savigny kommt mit seiner Behauptung mit der von ihm selbst S. 76 gegebenen Auslegung jener Regel in Widerspruch.

12) Anders freilich nach preuß. und sächs. 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.). Die abweichende Ansicht Koch's, S. 215, daß zwar der Repräsentant nicht Besitz erwerbe, dagegen der Repräsentirte ihn wenigstens bei Mobilien verliere, daher die Sache ohne Besitzer sei, widerspricht (wie im §. 22., Note 28., gezeigt ist) dem §. 122. I. 7. — Nach sächs. Rechte gilt, was nach röm. Sav. 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.“ — Aus dem art. 2238. Code ergibt sich, daß zum Besitzverluste an den Repräsentanten Kenntniß des Repräsentirten von der Untreue des ersteren erforderlich ist. Vgl. Planck, S. 74.

Repräsentant untreuer Weise den Willen faßt, und äußerlich bethätigt, zwar nicht für sich, aber für einen Anderen, als den bisher Vertretenen zu besitzen.

§. 24. Das Object 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.¹

Vor Allem ist hier der Grundsatz aufzustellen, daß da, wo überhaupt kein Recht möglich ist, auch die Möglichkeit eines Rechtsbesitzes ausgeschlossen ist.^{1a} Denn der Rechtsbesitz ist faktische Mög-

1) Das preuß. Landr. 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, verzweifelt deshalb daran, „daß sich nach der abstrakten, in's Ungewisse führenden, Theorie des preuß. Landr. feste Grenzen für den Besitz an Rechten angeben lassen.“ 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 . . .* Wie nach preussischem, so nach französischem 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 Rechtsbesitz (§§. 556.—563. und 602.); verneint ihn ausdrücklich bei Realkasten (§. 512.). Doch ist dasselbe dem praktischen Bedürfnisse nach dem possessorischen Schutze auch anderer Rechte (namentlich der obligat. Benutzungsrechte) dadurch entgegengekommen, daß es die Besitzklagen auch dem gibt, der eine Sache zur Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherung innehat. §. 208.

1a) Vgl. Albert, Besitz unkörperlicher Sachen, §. 16. Brinz, Pand. S. 100; ein sonst nicht betonter und doch praktisch fruchtbarer Grundsatz. So z. B. kann ein Besitz von Privatbenutzungsrechten an öffentlichen Flüssen, besonders von Fischereirechten, so wenig erworben werden, als Besitz am Flußbette derselben. (Vgl. §. 10., Note 8., wo es jedoch Zeile 15. statt „selbst von“ heißen soll: von nicht.) Denn öffentliche Flüsse sind als *res extra comm.* kein Gegenstand von Privatrechten. Ebenso ist ferner ein Rechtsbesitz an positivrechtlich verbotenen Servituten und Bannrechten so wenig denkbar, als dort, wo überhaupt kein Recht, sondern vielmehr eine Verpflichtung vorliegt. Darum kann von einem Rechtsbesitze des Sequester's (gerichtlichen Verwalters) oder eines bediensteten Fabrikleiters in Ansehung der Verwaltung einer Wirthschaft oder Fabrik keine Rede sein. Vgl. die oberstger. Entsch. Nr. 819., 495. u. 604. der Unger-Gläser'schen S. II., mit welchen die Erkenntnisse der Untergerichte, die einen solchen Besitz annahmen, aufgehoben wurden. S. auch die bei Koch, Komm. I. S. 396, Note 5., angeführte Entsch. d. Berl. O.-Trib., deren Motivirung freilich verfehlt ist.

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.²

Ausgeschlossen sind demnach vom Besitze die sog. Personenrechte (§. 13. 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 Verstandgebrauches (§§. 24. u. 25.); c) aus der Abwesenheit (§§. 24. u. 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

2) Vgl. Brunß, S. 457. Zielonacki, Besitz, S. 186. Farum, Ger.-Ztg. 1860. Nr. 36., und nun auch Stubenrauch, I. S. 426 (der 2. Aufl.) — Das westgal. G. B. sagt: „Alle Sachen, welche den Gegenstand eines Rechtes machen.“ Diese im Gesetze selbst gelegene Beschränkung übersehen die öfter. 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. Winiwarter, II. S. 32. Stubenrauch, I. S. 634 (1. Aufl.). Helm in Hamerl's Magazin XIII. S. 356. Der richtigen Ansicht sind Pachmann, Verj. S. 100, und Unger, Syst. II. S. 206, die jedoch in der Beschränkung der 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 Erziehung 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 Er-

kein Gegenstand des Besitzes sind. Denn das sog. Recht der Persönlichkeit ist die Rechtsfähigkeit, also die Voraussetzung jedwedes Rechtserwerbes, daher gar kein Privatrecht.³ 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, Vermuthung des Todes, knüpft. Diese sog. Personenrechte erscheinen also nur als persönliche Zustände, nicht als Rechte.⁴ 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.⁵ Nichtsdestoweniger läßt sich doch auch bei Familienrechten ein Zustand der faktischen Ausübung denken, den man nur nicht Besitz nennen darf.⁶ Von einem solchen Zustande ist der §. 1458. d. G. B. zu

figung zuläßt. Behauptet doch Unger selbst noch im Entwurfe S. 94 gegen Brunß einen Besitz an Familienrechten.

3) Vgl. Savigny, System I. S. 334, und die treffenden Ausführungen Unger's, I. S. 505. Dagegen nimmt Puhta, §. 117., dem Gerber, Syst. des deutschen Privatrechts §. 34., Note 1., und Brunß, S. 484., folgen, ein Recht an der eigenen Person an. Bei dem Umstande, als nach heutigem Rechte jeder Mensch rechtsfähig ist, hat die Frage, ob es einen Besitz „der Persönlichkeit“ gebe, kein praktisches Interesse.

4) Vgl. hierüber Unger, I. S. 508 ff.

5) Zwar will Savigny, Syst. I. S. 348—351, und Unger, I. S. 510, auch die Existenz der Familienrechte läugnen und dieselben nur als Voraussetzungen von Rechten darstellen. Allein zwischen Familien- und Personenrechten besteht ein wesentlicher Unterschied; diese sind in der That gar keine Befugnisse (man vgl. §§. 16—39. d. G. B.); dagegen gehen aus dem Familienverhältnisse wirklich Privatrechte hervor, so das Befugniß des Vaters auf Erziehung und Leitung des Kindes, auf die 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 u. Unger selbst zugeben) eigene Klagen (verschieden von den präjudiziellen Statusklagen) gewährt. Vgl. auch Brunß, S. 485, Note 1.

6) Nicht Besitz: weil der §. 311. Besitz an Familienrechten nicht anerkennt.

verstehen: „Doch kommt denjenigen, welche dergleichen Rechte redlicher Weise ausüben, die schuldlose Unwissenheit zur einstweiligen

Vgl. auch Ziefonacki, Besitz, S. 184. Das kanonische Recht jedoch erkennt Besitz an Familienrechten an. Vgl. Geiger, Arch. XIII. S. 273 ff., u. Brunß, S. 191, gegen Savigny, S. 616, und Rudorff, Nr. 176., und Duncker, Zeitschr. f. deutsch. R. II. S. 53, deren Argumente gegen die den Besitzeschutz 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 Erlösung 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 repententi conjugem denegabant, et mandantis, prius restituitaliter 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 spolium behandelt. Daß ein Besitz ohne wirkliche Abschließung der Ehe nicht angenommen wurde (c. 14. X. cit.), beweist Nichts dagegen, da 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 objektiv verboten, weil unästhetischer ist. (Das Argument von Brunß, S. 194, daß ohne legitimen Consens der animus nicht einmal faktisch existiren könnte, halte ich für vergriffen, da der Eheconsens (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. Brunß, S. 422, der vom philosophischen Gesichtspunkte in der Natur der Familienrechte kein Hinderniß der Besitzfähigkeit erblickt, §§. 58. u. 59.) Von der gleichen Ansicht geht auch Schuster, I. a. a. S. 458 ff. „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 andern Beweises. Arg. §. 1458, u. 323. N. b. G. V.“ — 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. Dagegen spricht der Code in art. 196. 197. 320—323., ausdrücklich vom Besitze am Familienstatus (Ehe- und 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. . . la preuve de filiation peut se faire de témoins.« — Indes wendet die franz. Jurisprudenz den Besitzeschutz auf Familienrechte nicht an. Vgl. Planck, S. 177—179. — Der Schutz der possession d'état d'un époux légitime (art. 195.) ist eine provisorische Verfügung auf die Dauer des Prozesses. S. Brunß, S. 449. — Ueber das sächs. R. vgl. Note 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.

Behauptung und Ausübung ihrer vermeinten Rechte zu Statten.“ Daß hier vom Besitze im Sinne des N. b. G. V. keine Rede ist, geht (abgesehen von der entgegenstehenden Norm des §. 311.) schon daraus hervor, daß die Redlichkeit und schuldlose Unwissenheit des Ausübenden Bedingung des einstweiligen Schutzes ist, während anerkannter Maßen beim Besitze auf Redlichkeit, Wissen oder Nichtwissen des wahren Verhaltes gar Nichts ankommt.⁷

Sind nun auch die sog. Personenrechte und Familienrechte zu Folge gesetzlicher Norm kein Gegenstand des Besitzes, so bleibt doch die schwierige Frage: sind alle oder nur welche Vermögensrechte besitzfähig, bloß der Doktrin vorbehalten. Es sollen daher die dinglichen, die obligatorischen Rechte und das Erbrecht in dieser Beziehung in Betracht genommen werden.⁸

Vor Allem muß hiebei der aus dem Begriffe des Rechtsbesitzes fließende Grundsatz festgehalten werden: daß ein Besitz nur an solchen Rechten denkbar ist, welche eine wiederholte (fortgesetzte) Ausübung ihres Inhaltes gestatten. Denn der

lienrechte nicht an. Vgl. Planck, S. 177—179. — Der Schutz der possession d'état d'un époux légitime (art. 195.) ist eine provisorische Verfügung auf die Dauer des Prozesses. S. Brunß, S. 449. — Ueber das sächs. R. vgl. Note 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.

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, Comment. I. S. 458. Zeidler, VI. S. 200. Winiwarter, II. S. 32, selbst noch Unger, Entwurf S. 91. Stubenrauch, I. S. 634 (in der 1. Ausg.), und ein Unenannter in der Ger.-Ztg. 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, Note 50., und Harum, Ger.-Ztg. 1860. Nr. 36.

8) Des Eigenthumsrechtes wird keine Erwähnung gethan, weil der Eigenthumsbesitz 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. 267. Daß österr. Schriftsteller (vgl. Winiwarter, Mater. VIII. S. 189. Perthaler, Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehr. 1842. II. S. 54), verleitet durch die gesetzliche Bezeichnung des Besitzes als Recht (§. 308. d. G. V.), darüber sich eines Breiten auslassen konnten, ob es einen Besitz am Besitzrechte gebe, ist eine jener Kuriositäten, die darauf hindeuten, zu welchen Verirrungen Partikularismus in der Rechtswissenschaft führen kann.

Rechtsbesitz ist ja die durch die Ausübung des Inhaltes eines Rechtes begründete Möglichkeit der faktischen Wiederausübung desselben.

Unmöglich ist also begriffsmäßig der Besitz an jenen Rechten, die sich mit der einmaligen Ausübung aufzehren, 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.⁹ Aus diesem 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.¹⁰ Die Kontinuität des Rechtes ist also Bedingung seiner Besitzfähigkeit.

Mit Rücksicht auf das Vorstehende kann

1. zunächst nicht bezweifelt werden, daß an Servituten ein Besitz möglich ist; denn sie gestatten eine kontinuierliche Ausübung ihres Inhaltes. Anerkannt ist der Besitz an denselben in den §§. 408. 409. u. 1470. des G. B.¹¹ Hierbei ist noch zu bemerken: Rücksicht-

9) Vgl. Puchta, Pand. §. 137. Gerber, S. 415, Nr. 4. Arndts, Pand. §. 129., Note 2. Seuffert, §. 113. Brinz, §§. 30. u. 33. Duncker, a. a. D. S. 53. Bruns, S. 481, von österr. Schriftstellern, Stubenrauch, III. S. 698. Ellinger, Hdb. S. 544. Unger, I. S. 532., Nr. 81. und S. 546 II. S. 268, Nr. 55. — Ein anderes Merkmal will Koch, S. 115, aufgestellt wissen: „Gegenstand des B. seien nur solche Rechte, bei welchen sich eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Störung der Ausübung denken lasse.“ — Indes Koch selbst bemerkt S. 236, daß dahin alle Rechte gehören, welche eine fortgesetzte Ausübung ohne Verlust gestatten. In der Sache besteht also keine Meinungsverschiedenheit. Vgl. auch Bornemann, I. S. 563. Dagegen erklärt Temme, I. S. 221, Note 1., den Koch'schen Grundsatz für unrichtig und unzulänglich, ohne jedoch seinen Widerspruch zu begründen, oder ein haltbares Princip an dessen Stelle zu setzen. Denn daß das Bedürfnis des gerichtl. 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.

10) Vgl. Unger, I. S. 532. Es ist sonderbar, daß Manche unserer Kommentatoren (mit Ausnahme Ellinger's, Handb. 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. Stubenrauch, III. S. 703 (vgl. dazu das S. 698 Gefagte). 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. Das röm. Recht kennt zwar keinen Interdiktenbesitz der Servituten überhaupt, sondern nur einzelner

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 stofflich, sondern nur dem Umfange nach unterscheiden, so erscheint auch der Besitz an Servituten und der Eigenthumsbesitz innerlich gleichartig; Beide stellen sich als coordinirte 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.¹² 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 Sachbesitze) die dem Standpunkte des Gesetzbuches entsprechende.¹³

derselben. Vgl. Note 18—20. Dagegen beweist die Zulassung der Servituten-erfassung 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 Schmidl'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. Bruns a. a. D. S. 476.

13) Jene von Bruns a. a. D. versuchte Auffassung ist, wie B. selbst S. 81 bemerkt, auch nicht die des röm. Rechtes, wie schon daraus hervorgeht, daß Letzteres überhaupt einen Quasibesitz an Servituten prinzipiell nicht anerkennt. — Besitz an Servituten nimmt nicht nur das preuß., sondern auch das sächsisch-e G. B. an (vgl. §§. 556. u. 602.). — Nach französischem Rechte ist es freitlig, in welchem Umfange ein Besitz an Servituten anzunehmen sei. An ununterbrochen

Handa, Besitz n. österr. Recht.

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; ¹⁴ da darunter (zwar nicht, wie Unger II. S. 268, Nr. 25, u. Stubenrauch III. S. 701 meinen, Besitz der Pfandsache), sondern das Pfandrecht selbst verstanden ist; denn das 6. Hauptstück handelt ja von Rechten und Verbindlichkeiten des Pfandnehmers und Pfandgebers, und nicht von den Rechtswirkungen des bloßen Besitzes der Pfandsache. Noch weniger zulässig ist die Berufung auf den §. 1483. des G. B. „Solange der Gläubiger das Pfand in 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. ¹⁵ Allein gerade der

fortdauernden und zugleich sichtbaren Dienstbarkeiten 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 Besitzeschutz gleichfalls eine Art Verjährung (einjährige Dauer) voraussetzt; endlich weil bei ihnen eher »actes de pure faculté et de simple tolérance« als Ausübung mit Besitzwillen anzunehmen sei. Vgl. Planck, S. 138—163 und die daselbst Nr. 81. angeführten gerichtl. Entsch. — Doch lassen mit Recht mehre Schriftsteller (vgl. Planck Note 81.) und, wie es scheint, die neuere Gerichtspraxis vorwiegend (vgl. Brunß, S. 452, Nr. 2.), Besitz auch an nicht sichtbaren und unterbrochenen Dienstbarkeiten zu. Der Rückschluß von der Unzulässigkeit der Ersetzung auf den des Besitzes ist offenbar unhaltbar. Vgl. auch Brunß, S. 451.

14) §. 1369. . . . „Die mit dem Pfandbesitz verknüpften Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgebers und Pfandnehmers sind im 6. Hauptstücke des zweiten Theiles bestimmt.“

15) Die vorstehenden Gründe wurden zur Verteidigung der Ansicht, daß auch am Faustpfande ein Besitz möglich sei, angeführt von Winwartter, V.

§. 1483. enthält den Beweis dafür, daß eine Ersetzung am Pfandrecht 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. ¹⁶ Im Sinne der gegentheiligen Ansicht müßte der §. lauten: So lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm nicht eingewendet werden, daß er die Ausübung des Pfandrechtes unterlassen habe, und daher das Pfandrecht nicht verjährt werden.

Es entsteht nun die Frage, an welchen Rechten außer den genannten gibt es nach österr. Rechte einen Besitz? Den richtigen

§. 183. Minasiewicz, Zeitschr. f. R. 1833. III. S. 371. Ellinger, Handb. S. 544. Perthaler a. a. D. S. 54. Michel, Grundriß S. 182. Harum, in Haimeri's Magazin XIII. S. 31 ff. Vgl. dagegen Paschmann a. a. D. S. 10; Unger, Entwurf S. 101 und Syst. I. S. 532, Nr. 81. II. S. 268, Nr. 55. Zielonacki, in dieser Viertelj. IV. S. 106. Stubenrauch, III. S. 701. — Für das preuß. Recht behauptet Bornemann, I. S. 567, Rechtsbesitz des Pfandgläubigers. S. dagegen Temme, S. 220. Auch Bluntzschli, D. P. R. §. 56. 3), theilt für das deutsche Recht jene irrige Ansicht. Dagegen f. 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. Harum a. a. D. Eben darum dürfte es angezeigt sein, diesen §. des G. B. bei der Erörterung dieser Frage ganz außer Acht zu lassen. 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 erkennt allerdings einen Besitz des Pfandgläubigers an, 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. Note 2., welcher bemerkt, daß die Annahme eines (abgeleiteten) Besitzes beim Faustpfande zu einer Zeit geschehen sein müsse, wo der Rechtsbesitz im röm. Recht noch nicht ausgebildet an, und begründet mit diesem das Recht des Vermiethers, den Miether an der Herausziehung der in der Wohnung befindlichen Fahrnisse zu hindern. Die Motive des theilweise abändernden obersterichterlichen Erkenntnisses enthalten keine Spur dieser Ansicht. Vgl. dagegen Puchta, R.-Ler. II. S. 68. Arndts, R. F. III. S. 377. Pfeifer, S. 141. Zielonacki, Besitz S. 187. Für Brunß ist neuestens Rudorff, Nr. 86.

Standpunkt für die Beantwortung derselben zu gewinnen, erscheint ein historischer Rückblick angezeigt.

Im römischen Rechte beschränkt sich der Rechtsbesitz seinem Objekte nach auf die Servituten, die Superfizien und die Emphyteusen.¹⁷ 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 war, und daß der Interdiktschutz nicht auf das Dasein eines Quasibesitzes, sondern lediglich auf dem praktischen Bedürfnis eines richterlichen Schutzes auch nur der faktischen Ausübung gewisser besonders häufiger Servituten beruhte.¹⁸ Darauf weist der Umstand hin, daß nur wenige Servituten durch spezielle Interdikte geschützt sind, daß die Mehrzahl derselben des Interdiktschutzes entbehrt (so alle negativen und die meisten affirmativen Prädiatservituten), daß die Voraussetzungen des Schutzes ihrer faktischen Ausübung verschieden sind,¹⁹ daß bei der Normirung des Interdikten-

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. Note 3. Zeitschr. f. Civ. R. F. III. 9. — Brinz, I. S. 79, 80. Windscheid §. 154. Note 7. Rudorff, zu Puchta P. §. 137. 6. und in Ansehung des Ersteren auch von Savigny, §. 9. — Dagegen Böcking, §. 126. R. 6. 7. Nach österr. Rechte ist der Besitz des sog. Nutzungseigentümers (Erbpächters, Erbzin- und Bodenzinmanns §§. 1129—1131. d. G. B., welche aus den der Superfizien und Emphyteusen verwandten aber in ihrer Art doch eigenthümlichen deutschrechtlichen Instituten des Colonats 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. §. 8. b. und §. 16. Albrecht, Besitz unförp. S. §. 100. Brunß, S. 82. Böcking, §. 126. Note 8. Elvers, Servituten §. 62. 79. Brinz, P. S. 91, 93, 99. Schon Donellus bemerkt richtig: eaque interdita proposita non sunt possidenti, sed ei, qui hoc anno usus est.

19) So verlangt das interd. de itinere actuque uebung an 30 verschiedenen Tagen des letzten Jahres, das int. de it. actuque reficiendo Beweis des Wegerechtes: 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. Wäre der Interdiktschutz 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.

schutzes nicht untersucht wird, ob Jemand im Quasibesitze ist, sondern ob er eine Servitut so und so geübt hat.²⁰ Erst später hat die reflektirende Jurisprudenz den Begriff des Rechtsbesitzes als faktischer Ausübung eines Rechtes abstrahirt und mit Rücksicht auf die naheliegende Analogie des Sachbesitzes quasi possessio benannt,²¹ ohne jedoch, soweit es sich um den possessorischen 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.²²

Schon zu Justinian's Zeiten begann die Kirche in ihrem Rechtskreise diesen Prozeß. Dem nationalen Volksleben fremd, prinzipiell, reflektirend und abstrahirend mehr als irgendwelche Gesetzgebung sein kann, brachte sie allmählig den Begriff des Rechtsbesitzes konsequent überall zur Anwendung, wo diese nicht logisch ausgeschlossen war. Das kanonische Recht nimmt eine Quasipossessio an bei allen kirchlichen und weltlichen Hoheitsrechten über Gemeinden, Klöster, Kirchen und Länder, an den verschiedenen kirchlichen Aemtern und Würden, an den damit verbundenen Benefizien und Pfründen,

20) Vgl. auch Heerwart a. a. D. §. 8. Elvers, §. 62. Darauf mag sich L. 4. §. 27. 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 Stellen zeigen: possessionem vel corporis vel juris, fundi possessionem, ususfructus quasipossessionem; — 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 Erfindung der Servituten (ob auch der negativen? L. 32. §. 1. D. de S. P. U.; c. 12. C. 7. 33. — dazu Brinz, S. 276) und bei der Ausdehnung der Publiciana auf dieselben. L. 11. §. 1. D. 6. 2. Gegen die Ansicht Hedemann's, S. 96, 205 fg., der die Servitutenerfindung durchaus läugnet, vgl. §. 3. Note 7. Sonderbare Ansichten über den Grund der Beschränkung des Rechtsbesitzes im röm. Rechte entwickelt Zieglonacki, Besitz S. 181.

21) Vgl. Brunß, Elvers a. a. D. Sintonis, §. 43. R. 18. Bornemann, I. S. 564.

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 Maß zurückführte.

an dem Besetzungsrechte der Aemter, sodann an dem Patronate, an Ehrenrechten, an Regalien, an Reallasten, insbesondere an Zehnten, endlich an den gegenseitigen ehelichen Rechten der Ehegatten.²³

Hiebei findet sich nirgends die Feststellung des Princips, auf das die Quasipossessio ihrem Objekte nach gestellt wird, oder die motivirte Ausschließung irgend eines Rechtes hievon, nirgends eine Andeutung, daß die eben aufgezählten Fälle nur tagativ 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 Erlösung 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 kanonische Recht über die dem Rechtsbesitze im römischen Rechte gezogenen

23) Beweis hiesür in Rücksicht der Hoheitsrechte c. 17. X. de rest. spol. Inter te et episcopum P. super possessione juris parochialis ... quæstione 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 Besetzungsrechte c. 15. X. de iudiciis. Quia tu jus patronatus ecclesiae possidebas, c. 24. X. de elect. c. 3. X. 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) spoliastemus; der Regalien, in quasi possessione piscariae totius aquae Ticini; rücksichtlich der Reallasten, nec afflictum et pensionum possessio 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. U. Vgl. Brunß, S. 186—192.

Grenzen prinzipiell hinausging. Der Besitz an kirchlichen Aemtern, Ehrenrechten und den Ehrechten läßt darüber keinem Zweifel Raum. Aus diesem Grunde dürfte die Behauptung, das kanonische Recht schließe grundsätzlich auch die obligatorischen Rechte vom Besitze nicht aus, nicht zu widerlegen sein, obwohl der häufig dafür citirte c. 24. X. de elect. wohl von Grundzinsen und nicht vom Mietzins 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, wie es die Kirche ist, der ein vollendetes fremdes Recht in sich aufnimmt und auf dem Boden dieses von der Individualität des Volkslebens abstrahirend, sein Rechtsleben mit Bewußtsein gestaltet, durchaus nicht auffallen.²⁴ Auf dem Standpunkte des kanonischen Rechtes steht nicht bloß die Doktrin des XII. und XIII. Jahrhunderts — der Entstehungszeit der Dekretalen — sondern in diesem Sinne faßte 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.²⁵ 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 Besitzeschutz erhält hier genau jene Gestaltung, wie er sie in der kanonistischen Theorie und Praxis gewonnen.

Insbesondere war die Ausdehnung, welche der Rechtsbesitz im

24) Vgl. Brunß, S. 196. Brinz, §. 33.

25) Vgl. Brunß, §§. 27. 28. 31.

kanonischen Rechte erfahren hatte, für die zahlreichen und vielartigen Realrechte und Reallasten germanischen Ursprungs eine willkommene Errungenschaft. Und nicht bloß an diesen, sondern auch an Familien-, Ehe- und Hoheitsrechten nahm man unbestritten einen Besitzeschutz an, während rüchksichtlich 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 Besitze insbeson- dere an Rechten nahm, ist schwer zu ermessen, da die eigenthümliche Ausbildung desselben bereits im 13. Jahrhunderte durch das Eindrin- gen des römischen und kanonischen Rechtes unmöglich wurde.²⁶ 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 Rechtsbegriffes insbeson- dere auf der des kanonischen Rechtes erfolgte, obgleich nicht geläugnet werden kann, daß Spuren einer selbstständigen Auffassung des Bes- sitzes an Rechten vom 13. Jahrhunderte an nachweislich sind.²⁷ Die

26) Dun ker 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 Forschun- gen, deren Resultate hier benützt werden, das Irrige dieser Ansicht nachgewiesen zu haben.

27) Ich verweise hauptsächlich auf Brun s, §§. 35—39., dem in diesem Punkte auch Delbrück, dingl. Klage §. 11. 59., beistimmt. Das einzige Vorrecht des Sachbesitzers nach deutschem Rechte ist, abgesehen von dem Rechte der Selbstver- theidigung, daß er im vindikationsprozesse das Vorrecht hat, sein Eigenthum zu beweisen. Vgl. über den auf die Gewere sich stützenden, nach der Art derselben sich abstu- fenden (relativen), jedoch vielfach zweifelhaften Beweisvortrag Brun s a. D., Delbrück, a. D. §. 6. fg. und Blunt schli, §. 54. 7). — Die Stelle des säch- sischen Landrechts 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 nie- manne von seinen geweren wisen, sie ne si ime aufgewonnen mit rechte, vgl. Schwabenspiegel L. R. 191. L. R. 68., — Stellen, welche Albrecht (Ge- w ere) zur Grundlage seiner Annahme eines Besitzeschutzes nach deutschem Rechte machte, sprechen nur die Ansicht aus, daß kein Besitz eigenmächtig genommen werden soll; aber der Schluß von da auf ein ausgebildetes selbstständiges Klagerecht ist durch Nichts gerechtfertigt. Vgl. Brun s a. D. Walter, R.-Gesch. §. 531. Schulte, R.-Gesch. §. 146. Hillebrand, D. Priv.-R. §. 42. Gerber, Syst.

Gewere an gewissen dinglichen oder radizirten Rechten beruht auf einer Uebertragung des Begriffes der Eigengewere auf dergleichen Rechte und ist lediglich der deutschrechtliche Ausdruck eines partiellen Rechtes auf eine fremde Sache. Die Gewere am Rechte ist im Grunde nur eine besondere Gewere an der Sache, z. B. die Lehensgewere an der Lehenssache; auch die Zinsgewere bezieht sich bloß darauf, daß der Zinsherr eine Gewere am Zinsgute selbst hat, die ihm das Recht gibt, den Zinsmann, wenn er nicht zahlt, auszu- pfänden und sich sogar des Zinsgutes zu unterwinden. Ausübung des Rechtes ist keine Bedingung derselben. Diese Gewere hat also offenbar mit dem Begriffe der quasi possessio nichts zu thun. Vgl. Brun s, §. 38. Blunt schli, §. 54. 3. Was das deutsche Recht zur Fortbildung des Rechtsbegriffes lieferte, war ein großartiges Ma- terial, entsprungen aus der eigenthümlichen Gestaltung des wirth- schaftlichen, politischen und Rechtslebens in Deutschland.

Daher ist selbst die Annahme, daß an allen, aber auch nur an jenen Rechten die Möglichkeit des Besitzes zuzugeben sei, rüch- sichtlich deren das deutsche Recht eine Gewere kennt,²⁸ ohne juristi-

§. 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. fg.

28) So namentlich Dun ker a. a. D. Nur vom rechtshistorischen Stand- punkte 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 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 Schultheorie nicht genüge, und daß die deutschen Rechtsgebanten des Mittelalters nicht ebenso erfordern, wie das Wort gewere.“ Insbeson- dere beruht sowohl die civilis poss. des bayr. L.-R., als der sog. unvollständige Besitz des preuß. L.-R., auf die sich Bl. stützt, vielmehr auf einem Mißverständnisse der röm. civilis und natura- lis poss. Vgl. §. 4. Note 7. d. B. 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 et wa die inductio in corp. poss.“ Gerade diese ist aber kanonischen Ursprunges. Vgl. Brun s selbst, S. 198 fg. Die Dun ker'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 fg., einen ent-

schen und 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. Wichtig ist nur soviel, daß die Gewere und der Besitz an Rechten in ihrem Objekte häufig zusammenreffen, 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 diese Rechte besitzfähig. So gibt es eine Gewere am Pfandrechte an unbeweglichen Sachen, und doch ist der Besitz daran begrifflich ausgeschlossen; — anderseits 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 — als einem kontroversen Punkte — ganz abzusehen.²⁹

In den sog. deutschen Erblanden Oesterreichs, insbes. in Böhmen, nahm die Entwicklung der Lehre des Besitzes, soweit mir bekannt ist, wesentlich denselben Gang wie in Deutschland. Das ältere böhmisch-mährische Recht kennt ebensowenig einen selbstständigen Schutz des Besitzes als das spätere.³⁰ Denn daß Eigenmacht verboten und gewaltsame Dejektion sogar bestraft wurde, ist noch kein Beleg dafür, daß es einen selbstständigen Besitzeschutz gab.³¹

schiedenen Anhänger gefunden. Gegen dieselbe erklären sich besonders Sintonis, §. 43. Note 19. Gerber, §. 170. N. 4. Arndts, N. F. III. S. 372. N. 13.

29) Uebrigens hat auch der Commodatar, Pächter und Miether eine Gewere an der Sache. Vgl. Gaupp, Zeitschr. für d. Recht I. S. 95. Bluntschli a. D., dagegen Brunß, S. 333.

30) Das Rechtsbuch Vict. Cornelis von Wšehrd aus der 2. Hälfte des 15. Jahrhunderts erwähnt der Kontroverse der Rechtskundigen, ob Gewalt zur Abwehr rechtswidriger Angriffe gestattet sei oder nicht. S. 137—140 der Sanka'schen Ausgabe, Prag 1841. Doch entscheidet sich C. v. Wšehrd für die Bejahung der Frage (S. 175).

31) Solcher Verbote könnten in großer Zahl angeführt werden. Vgl. z. B. die Wšehrd, a. D., Wladislavische Landesordnung von 1500, in der Ausgabe o zřízení král. česk. 1564. L. 40—42; die böhmischen Stadtrechte 1536 u.

Von da bis zur vollständigen Entwicklung eines Klagerrechtes 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. Seit dem 15. Jahrhunderte ist der Einfluß des letzteren nicht mehr zu verkennen. Mit dem gelehrten Rechte fand auch der selbstständige Schutz des Besitzes in der Praxis Eingang und Anwendung.³² Gesetzgebung, Gerichtsgebrauch und Doktrin der deutschen Erblande stehen im sichtbaren Zusammenhange und in einflussreicher Wechselwirkung mit jener des deutschen Rechtes bis an den Anfang dieses Jahrhunderts, wo die Kodifikation verbunden mit einem einseitigen Studienplane eine der Rechtswissenschaft wenig vortheilhafte Absonderung hervorrief.

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, rücksichtlich welcher die Praxis wo nicht Besitz, so doch einen zu schützenden status percipiendi annahm. Auch die Reichsgesetzgebung spricht von einer »*possession vel quasi*« bei allen Hoheitsrechten, Kirchenrechten, Religionsübung, Regalien, Steuern, Zöllen, Grundlasten.³³

1548. N. 18. 24. 25. Q. 1. Die Landesordnung Ferdinand II. von 1627. S. 15. W. 1. u. 2.

32) Vgl. Christ. Kyblin a Waffenburg Tract. novus de differentiis juris communis et bohemicus, Pragae 1663 VII. diff. 7; insbesondere Joh. B. Suttinger: Bern. Observationes pract. Nürnberg 1669, observ. IV., in welcher 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 bewußten Gegenstand 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. Dr. Tractatus de iuribus incorporalibus vom J. 1679 hat im II. Th. 17. Titel §. 16. deutlich die römische Besitztheorie vor Augen. Das Restrikt vom 29. Jänner 1712 normirt schon das Prozeßverfahren in possessorio summariissimo.

33) Sanct. pragm. tit. 10. N. A. v. 1548, §. 56. 59. 63. Landfr. v. 1548. §. 1. Instr. pacis Osnab. art. 5. §. 46.: Illi vero redditus, census, decimae,

Die Doktrin und Praxis des 17. und 18. Jahrhunderts bietet nichts Abweichendes (Bruno, S. 395, 404, 406; nur Siebeth verwirft den Quasibessig aus Gründen unjuristischer Art gänzlich). Erst mit Savigny's Werk über den Bessig (1. Aufl. 1803) begann eine Reaktion gegen die mitunter maßlose Ausdehnung des Rechtsbessiges. Savigny selbst will den Rechtsbessig prinzipiell bei allen Rechten zulassen, bei denen eine wiederholte Ausübung und eine Störung möglich ist (S. 613 der 6. Aufl.); unkonsequenter Weise läßt er aber in der Anwendung dieses Grundsatzes Bessig nur an dinglichen, dann an jenen Rechten deutschrechtlichen Ursprunges zu, welche mit dem Bessig und Genuß von Grund und Boden verbunden sind (S. 614). Und diese Ansicht ist in der Theorie die herrschende geworden,³⁴ ob-

pensiones ... quorum in possessione vel quasi percipiendi anno 1624 die 1. Januarii fuerunt. Vgl. Duncker a. a. D. §. 4. Bruno, §. 44. a. C. In den deutschen Erbländern Oesterreichs nahm die Theorie und Praxis wesentlich denselben Gang wie in Deutschland. Man vergleiche z. B. Christ. Kyblin 1663. Tract. nov. de differ. 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. IV. und Consuetudines austr. mit Adnot. Walther's S. 617—619, und die darin citirte Entscheidung vom 28. Mai 1614: »die Reichung einer jährlichen Pension ist genug zur Probirung des possessus.« Vgl. auch die Summa possessionis v. Car. Felcomes a Wr'schowiz, Viennae 1738, cap. V. VI. u. VII., eine sehr eingehende Dissertation namentlich kontroverser Fragen (ob J. J. Dypenreiter's Werk? wie nach der Observanz mancher Hochschulen zu vermuthen). Die Landesgesetzgebungen erwähnen nicht ausdrücklich des Objektes des Rechtsbessiges; daß sie ihn kannten, zeigen z. B. die Práva a zřízení král. českého v. J. 1500, D. 37, die böhm. Stadtrechte R. 47. §. 3. (an Servituten), dann R. 3. die erneuerte L. D. v. 1627. S. 15, W. 1. u. 2. (an Wasserrechten), 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 fg., Adnotationes ad Westenberg. Princ. J. usibus Bohemiae acc. (Pragae 1778) II. S. 1007: Sed quot actus requiruntur ad quasi possessionem acquir. P. . . Si actus ejusmodi sint, qui rarius et nonnisi ex debito putativo conceduntur, v. g. jus dandi suffragium in capitulo, jus conferendi beneficium, praesentandi, eligendi, pensionem exigendi etc. Tisser, Syst. der bürgerl. Rechtslehre II. 2 Th. 8. Hypth.

34) So die meisten Lehrbücher. Vgl. z. B. Puchta, Pand. §. 137., Vorles. S. 295. Seuffert, §. 113. Holzschuher, II. §. 84. 9). Brinck, §. 33. Sintenis, §. 43. Gsmarck, S. 24. Böcking, §. 127. S. 472; außerdem Rößhirt, Archiv VIII. S. 21 fg. 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.

gleich es an Gegnern derselben, welche die gedachte Beschränkung verworfen, nicht fehlt.

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.³⁵

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 Bessig anzunehmen sei.

3. Wir stoßen zunächst auf die alte schwierige Kontroverse, inwiefern an obligatorischen Rechten ein Bessig 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 Benützung einer allgemeinen Redeweise einfach hinwegzugehen.³⁶ Dieses „Todsichweigen“ ist nicht der rechte

Geiger, Gieß. Zeitschr. XIII. S. 278. Bluntschli, §. 56. R. 4. Bruno, S. 481 fg., und die Berechtigung derselben erkennt auch Arnolds, §. 129. R. 2. Leider verweisen viele Lehrbücher des röm. Rechts die Frage, in welchem Umfange der Rechtsbessig nach heutige gemeinen Rechte anzunehmen sei, aus dem Kreise ihrer Untersuchung. So neuestens Windscheid, §. 151. R. 4.

35) Vgl. Gieß. d. D. A. G. zu Herbst (bei Mathiae, I. S. 122, Präj. 1). „Es ist — heißt es daselbst — zwar nicht zu läugnen, daß die Praxis auf Grund einiger Autoritäten einen Bessig an allen Rechten annimmt; allein wir halten „diese Ansicht für irrig; . . . wir finden auch im kanonischen Rechte die possessorisches 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 Schutze des Quasibessiges des Rechtes „zu fochen, zu braten“ . . . verwehrt. Ebenso das Erkenntn. d. D. Trib. Stuttgart v. 9. März 1830. „Der Quasibessig findet nur an römisch dinglichen oder nach kanonischem und deutschem Rechte diesen gleichgestellten Rechten statt.“ Dagegen wird in dem Erkenntn. des D. A. G. Wiesbaden (Mathiae, I. S. 123, Präj. 3.) der Quasibessig der Benützung eines Kirchenstuhles („mag man nun dies Recht nach Analogie der Superficiis oder des Ususfructus beurtheilen“) geschützt und das D. A. G. Cassel nimmt nicht nur bei Besoldungen von Staatsdienern, sondern auch bei Familienrechten Bessig an. S. Bruno, S. 422. Seuffert, I. Nr. 61. III. Nr. 99. Nach dem Zeugnisse Seuffert's, Pand. §. 113. Note 4. u. 5., scheint h. z. T. die Ansicht Savigny's auch in der Praxis des gemeinen Rechtes die herrschende zu sein. S. auch Bruno a. D.

36) Vgl. selbst Savigny, §. 49. Duncker a. a. D. S. 53. Puchta, Vorl. I. S. 295. Unger, I. S. 546, Nr. 25. und II. S. 269, Note 56. So bemerkt Sintenis, Civ. §. 43. R. 19.: „Bei Obligationen sei ein Quasibessig darum

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 fort dauernde Ausübung gestatten, wie namentlich bei Real-lasten und Bannrechten,³⁷ bei Renten, bei den Benützungsbefugnissen aus dem Leih-, Miet-, und Pachtvertrage?

unmöglich, weil sich für sie ein Analogon von Besitz im Vergleiche zum Rechte nicht denken läßt.“ — Daß es in der That nicht so sei, ergibt schon eine flüchtige Erwägung.

37) Das Verdienst, das rechtliche Wesen der Real-lasten 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. Winiwarter, V. S. 180, Rößler, über das Ausgedinge S. 27, zeigt von wenig klarer Anschauung der juristischen Natur der Real-lasten. Die Real-lasten (z. B. der Zehntpflichtigkeit) sind sowie die Bannrechte (z. B. der Propinationszwang) obligatorische durch das Eigentum des belasteten Grundstückes gegebene Verpflichtungen. Das Eigentum (nicht der Besitz, vgl. darüber Wächter, §. 49. Note 14. Unger, I. S. 575) des belasteten Grundstückes ist der obligatorische Verpflichtungsgrund zur Leistung der aus der Real-last 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. S. 406 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. Friedlieb, Rechts-theor. d. Reall. (860) §. 1. 2. und von österr. Juristen Nagel, Zeitschr. f. Gesef. u. Rechtspfl. 1860, Nr. 16. und Viertelj. 14. B. S. 75. gefolgt sind. Diese Auffassung der Real-lasten als durch den Besitz des belasteten Grundstückes bedingten Obligationen (oblig. e variis causarum figuris, aus einem Zustande) ist die juristisch allein konstruierbare, und ihrer Anwendbarkeit auf das österr. Recht, in welchem die Real-lasten häufig, jedoch offenbar verfehlt „Grunddienstbarkeiten“ genannt wurden, steht Nichts entgegen. Ich kann daher der Ansicht Unger's, I. S. 556—560 (vgl. auch Wächter, Handb. II. §. 48. Walter, deut. Priv. §. 146—149. und Bluntzschli, D. P. R. §. 90. fg.), daß die Real-lasten ein anomales Recht sind, indem sie in ihrer Totalität ein dingliches Recht, dagegen die Verpflichtung zu den einzelnen Leistungen persönliche Obligationen seien, nicht beitreten. 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 Real-last als dingliches aufzufassen, liegt auch durchaus keine Nothwendigkeit vor, denn gewisse rechtliche Eigenschaften der Real-last, nämlich die Verbindlichkeit jedwedes Eigentümers des belasteten Grundstückes, die Aufrechthaltung bei gerichtlichen Zwangsversteigerungen zc. erklären

Daß an Real-lasten und Bannrechten ein Besitz möglich sei, wird allgemein (in Theorie und Praxis) anerkannt,³⁸ obwohl vielfach mit der angeblich dinglichen Natur der Real-lasten erklärt.

sich vollständig auch bei der Auffassung derselben als Obligation, ja folgen aus ihrer Verknüpfung mit dem Eigentume eines Reales. Ueberdies paßt der Begriff des dinglichen Rechtes (als unvermittelter rechtlicher Herrschaft über eine körperliche Sache) durchaus nicht auf die Real-last, — als einer Berechtigung auf Leistungen, auch nicht auf das Recht in seiner Totalität. Dieselbe Argumentation gilt nach österr. Rechte rücksichtlich der Bannrechte, über deren rechtliche Natur sich selbst Unger auszusprechen unterließ, obwohl er sie II. S. 272, N. 64. erwähnt, und ohne Grund — man denke an die Propinationsrechte — bei uns für aufgehoben erklärt. Die hypothetische Verpflichtung zur Abnahme gewisser Bedürfnisse ausschließlich vom Bannberechtigten ist eine durch einen bestimmten Zustand, z. B. Gutsunterthänigkeit, 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. 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 Subjektionsverhältniß mag und ist auch zur Begründung der Bannrechte ausgebeutet worden, der juristische Charakter derselben ist aber ein obligatorischer. Vgl. auch Gerber, §. 156. Note 2. — Ueber die Unhaltbarkeit der Ansicht derjenigen, welche die Real-lasten als hypothetische Forderungen auffassen (wie dies namentlich Schuster, Baur, S. 367 für's österr. Recht thut), oder dieselben als erweiterte Dienstbarkeiten darstellen (wie dies von österr. Juristen Minasiewicz, Tabularbesitz §. 9. Anm. versucht), vgl. besonders Unger, I. S. 557—562.

38) Vgl. Rosshirt, Civ. Arch. VIII. S. 49 ff. Savigny, Recht d. Bes. S. 614. Dunker a. D. S. 28—62. Holzschuher, II. §. 84. 89. 16). Seuffert, §. 113. Puchta, Pand. §. 137. Arndts, Pand. §. 129. und besonders Zeitschr. N. F. III. S. 372 fg. Brinz, Pand. §. 33. Bruns, S. 328—341, dann S. 480—483. Gerber, Syst. S. 170. Walter, System §. 151. Vgl. ferner die gerichtlichen Entscheidungen bei Mathiae, Kontrov.-Rep. I. S. 122—125. Archiv für prakt. Rechtsw. X. S. 28 (Beholdigungsrechte) S. 34, (Werechtfame auf Faselvieh) S. 37, 38, (Zehnt- und ähnliche Abgaben): dann Seuffert's Arch. IX. N. 126 u. f. Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. Nr. 1. 2. 4. S. 119—129 (Rechte auf Lieferung von Salz und Holz zu gewissen Preisen); von österr. Schriftstellern Pachmann, S. 109 u. 110, N. 3. Winiwarter, V. S. 180—183. Rippel, IX. S. 9 fg. Ellinger, Hdb. S. 544. Stubenrauch, III. S. 702. Unger, I. S. 562 und II. S. 268. Zielonacki, Viertelj. IV. S. 108. Auch die Praxis folgt der gleichen Anschauung, s. d. Erl. d. D. L. G. Benedict v. 1. Okt. 1852, Z. 7750 in der Ger.-Z. 1856, Nr. 112. Entsch. v. 12. Aug. 1863. G. Halle 1863, S. 618, und N. 505. in Unger-Glaser, S. II. Schon in den Consuet. austriacae Suttlinger's, S. 169, ist eine Entscheidung v. 28. Mai 1614 zitiert, die von Possessio der Pensiones spricht. — Nach preuß. Rechte kann über diese Frage kein Zweifel sein, da das Landrecht ausdrücklich Besitz an Patronatrechten, Bannrechten und Zehnten anerkennt. §. 3. I. 23. §§. 576. 861. 863. II. 11. Vgl.

Das Gesetzbuch selbst anerkennt die Besitzfähigkeit dieser auf Grund und Boden radizirten Rechte ausdrücklich im §. 1469, 1470, und 1471., denn unter den „anderen auf fremdem Boden ausgeübten besonderen Rechten“, welche binnen 3 oder 30 Jahren erseßen werden, können nur die Reallasten und die Bannrechte begriffen sein; denn die Servituten sind ausdrücklich daneben genannt; das Pignordrecht 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.³⁹

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 Benützungrechte aus dem Bestandvertrage 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. Köstler a. a. O. S. 22; Buchta, §. 137.; Arndts, §. 218.; Brinz, I. S. 104; Gerber, §. 170. Note 4; Seuffert, §. 113. und von

Brunß, S. 434. Bornemann, I. S. 568 und Temme, I. §. 62. — Für das französ. Recht bestreitet Planck die Möglichkeit eines Besitzeschutzes 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 (§. 173 u. Note 92a). Beide Gründe sind offenbar nicht stichhaltig. Vgl. dagegen die bei Planck, Note 87, angeführten Dekrete vom J. 1808 u. 1809, wo ausdrücklich an solchen Rechten Besitz anerkannt wird; dann die daselbst Note 88. angeführten Kommentatoren, insbesondere den maßgebenden Pothier (tr. de la poss.): en général, la jouissance que j'ai de quelque droit, que ce soit, en est une quasisession; und neuerdings Brunß, S. 452, obgleich Rechte dieser Art in Frankreich sehr selten vorkommen dürften, da sie fast durchwegs aufgehoben sind. — Das sächs. v. G. B. kennt an Reallasten keinen Besitz (§. 512.).

39) Vgl. auch Winivarter, V. S. 181.

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 Darlehns-, Kauf-, Tausch-Vertrage. Daß an diesen Rechten, mögen dieselben nun dingliche oder obligatorische sein, kein Besitz denkbar sei, wurde bereits am Eingange dieses Paragraphes 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.⁴⁰

Als fernerer Grund für die Unmöglichkeit des Besitzes an Obligationen 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

40) Wenn Unger, I. S. 545 u. 613, und Arndts, §. 92., den Unterschied zwischen dinglichen Rechten u. Reallasten 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 andauernden Reallasten obligatorische Rechte sind, so ist die fortwährende Ausübung ohne Erschöpfung dem dinglichen Rechte weder wesentlich noch ausschließlich eigenthümlich. Man denke an die dinglichen Rechte des Ususfructus, der mit dem Tode des Fructuars erlischt, des Pfandrechtes, ja selbst der Emphyteuse, Superfizies, 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 eigenthümlich, auch manche obligatorische Rechte als Reallasten, Bannrechte, haben den Charakter der Unererschöpflichkeit.

Kanda, Besitz n. österr. Recht.

nur den Sinn, daß der allgemeine Gegenstand und 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 wirkliche Zehnherr oder Pächter die rechtliche? ⁴¹ — 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 Kodifikationen (die sächsische ausgenommen), welche unzweifelhaft 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).

Schließlich sind noch die Gründe zu erwähnen, welche diejenigen österr. und preuß. Schriftsteller anführen, welche sich gegen den Besitz an obligatorischen Rechten erklären. Pachmann, a. a. D. S. 109, dem im Wesen Drdacki (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 Pachmann selbst, S. 69, anerkennt. — Winigarter, V. S. 189, (auch Stu-

41) Vgl. Brunß, a. a. D. S. 481 und Sintenis, §. 43. Note 19.

benrauch ind. 1. Ausg. III. S. 703 ^{41a}) begründet seine Ansicht, daß Forderungen kein Gegenstand der Erziehung 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 ungiltig, 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 sünde 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 Erziehung 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 ⁴²

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, angeschlossen.

42) Es ist hiebei 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 gänzlichen 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. — Ueber die Ausdrucksweise: die Obligation ad dandum habe die Handlung zum unmittelbaren, die Sache zum mittelbaren Gegenstande, vgl. Unger, I. S. 543, Note 20.

der Obligationen ist es, welche Winwarter a. a. O. 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.⁴³ Uebrigens hindert offenbar das wirkliche Entstehen eines Rechtes (erster Fall, den Winwarter fest) ebensowenig das gleichzeitige Entstehen seines Besitzes, als sein Nichtentstehen (zweiter Fall, den W. fest). 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 W. selbst in der Note S. 191 ad 4 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 Besitzeschutz 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.^{43a} Denn abgesehen davon, daß auch obli-

43) Die geleistete Sache übergeht mit der Tradition nicht bloß in den Besitz, sondern sogar ins Eigentum des Uebernehmers, was Winwarter wieder übersteht. Der von Stubentrauch zu der Ausführung Winwarter's hinzugefügte Grund, daß nach §. 1478. jede Erßigung eine Verjährung in sich begreife, und daß bei Erßigung 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, N. 15.

43a) Dahin scheint die Bemerkung Savigny's, S. 141, 6. 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 Kontraktklage hat, wodurch er den Schutz des Vermietters in Anspruch nehmen kann.“ — Ist etwa das Mietverhältnis kein selbstständiges Rechtsverhältnis? Bedarf der Miether eines Schutzes in der Ausübung seines Rechtes, besonders gegen Dritte, oft nicht viel mehr als der Usufruktuar, dem gegen Jedermann, der sich einen Eingriff in sein Recht erlaubt, die *confessoria* zu Gebote steht? — namentlich, wenn der mittelbare Schutz des Vermietters in Folge seiner Abwesenheit,

gatorische Rechte den Charakter der Absolutheit annehmen können,⁴⁴ daß ferner, sofern dieselben in der Benützung einer fremden Sache bestehen, auch eine Beeinträchtigung durch Dritte möglich ist, — kann das angeblich geringere Bedürfnis eines Besitzeschutzes kein Grund sein, die Zulässigkeit desselben prinzipiell zu läugnen.

In ähnlicher Weise läugnet Temme, I. S. 62., die Möglichkeit des Besitzes obligatorischer Rechte. Das Institut des Quasibesitzes als ein exceptioneller Zustand sei nämlich nur in so weit 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 A. 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.).

Koch endlich läugnet S. 111 fl. 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 dann aber, daß Koch an Reallasten 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 entfernt auch den gedachten Widerspruch K.'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

Prozeßsachen dem Miether entzogen bleibt? Gerade das praktische Bedürfnis eines unmittelbaren Schutzes gegen Dritte rief im säch. G. B., welches einen Rechtsbesitz an obligat. 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., und Unger, I. S. 548. Ueber die unzulässige Verwechslung der Momente Dinglichkeit und Absolutheit bei Rippel, II. 47. Winwarter, II. 29, und selbst noch bei Stubentrauch, I. S. 628, vgl. Unger's gründliche Ausführungen I. 519, Note 33. Daß trotz dem Helm in Saimel's Mag. XIII. S. 368 den alten Irrthum wieder aufwärmt, ist kaum zu entschuldigen.

der nicht wohl erwogene Ausdruck „solchergestalt“ nicht so genau zu nehmen sei.

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,⁴⁵ und dieselbe Ansicht drängt sich nach preuß. Rechte auf.⁴⁶ Es ist in der That auch gar nicht einzusehen, warum

45) Dieser Ansicht sind von den österr. Schriftstellern Rippel, IX. S. 10. Kleinwächter, X. S. 926. Ellinger, Handb. S. 544, letzterer mit der im Texte ausgeführten Beschränkung, Wittig, Zeitschr. f. R. u. St. 1831. II. B. S. 2 fl. v. Helm, Saimerl's Mag. XIII. S. 354 fl. Weiske, Ger.-Ztg. 1857. Nr. 95. u. 96. Brunß, S. 458, und Arndts, Krit. Uebersch. I. 358, und neuerlich in der 2. Aufl. f. Komm. I. S. 427 auch Stubenrauch (vgl. Note 41a). Doch sind die von Rippel 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 fl. Allein auch die Begründung Weiske's, der den Besitz an persönlichen Sachrechten läugnet, dagegen den Besitz am Bestandrechte darum behauptet, weil dasselbe ein dingliches Recht (Eigenthum am Gebrauche) sei, ist offenbar verfehlt und trägt willkürlich angeblich deutschrechtliche Spezialitäten ins Gesagte hinein.

46) Mit dieser Ansicht stimmen Bornemann, I. S. 562 fl. Gräwell, Besitz S. 34. Brunß, S. 434. Dagegen 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 Besitze einer Sache verbundene Rechte“ angewendet habe. Die Beschränkung des Besitzes auf dingliche und radizierte 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 R. geschrieben und gedacht wurde. — Die preuß. Gerichtspraxis theilt fast durchwegs die im Texte verteidigte 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. Jänner 1849 — sämmtlich bei Koch, Komm. I. S. 396, Note 6.; dann Erf. v. 8. März 1839 (Besitz eines Schulgenamtes) bei Koch, S. 416, Note 47a.; Erf. v. 18. März 1857 (Besitz des

z. B. an dem Rechte auf den Bezug jährlicher Renten, oder an dem Benützungrechte aus einem Pachtvertrage ein Besitz, d. i. die thatsächlich bewährte faktische Möglichkeit der Ausübung ihres Inhaltes zu läugnen wäre, während hingegen an dem radizirten Rentrechte und am Ususfruktus, welche doch den gleichen Inhalt haben oder doch haben können, ein Besitz unbestritten zugegeben wird. Welcher wesentlicher Unterschied besteht zwischen dem Benützungrechte 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 Ausübung.⁴⁷ Bemerkenswerth sind in dieser Beziehung die Worte Arndts' (Krit. Ueberschau, I. S. 358): „Von

im Patronatsrechte enthaltenen Rechtes auf Rechnungslegung und Mitverwaltung des Kirchenvermögens) bei Koch, S. 416, Note 48.; Erf. v. 14. Juli 1863 (Verpflichtung, einen Grenzraum zu erhalten) bei Striethorst, Arch. 2. F. I. Nr. 74. Ueber den Besitz an Pacht- und Miethrechten besteht kein Streit. S. Note 47.

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 Benützungrechte 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 der Auffassung desselben als dinglichen Rechtes widerspräche, ist schon oft bemerkt worden. Vgl. 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, Ferd. III. S. 905 fl., f. auch Temme, I. §. 32.) — Das sächf. Recht gibt dem Pächter, Miether, Leiber die Besitzklagen als Inhabern, die die Benutzung der Sache haben. §. 208. — Auch das Züricher G. B. §. 490. und der Hessische Entw. eines b. G. B. erkennen bei Pacht, Miethe, Leibe in gleicher Weise Rechtsbesitz an, wie bei der Nugnießung. Wir finden in dieser Ausdehnung des Rechtsbegriffes keine Nachflänge der altdeutschen Gewere an Mieth- und Pachtrechten, wie Bluntschli (f. dag. 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 franc. gibt sie ihm als Délégué — gewiß ohne Grund — f. Planck, Note 19.). Wir sehen im art. 23. C. de P. C., welcher einjährigen, ruhigen Besitz als Bedingung des Besitzeschutzes fordert, kein Hinderniß der Anwendung desselben auf die einer dauernden Ausübung fähigen Rechte überhaupt und auf die Bestandrechte insbesondere. Vgl. auch Brunß, S. 452 und oben Note 38.

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 einem Rechtsverhältnisse eine bestimmte tatsächliche 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 Mieth inebesondere erscheint um so unbedenklicher, wenn man dem Pächter und Miether ein auch gegen den Singularsuccessor geltend zu machendes . . . Recht beilegt.“

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 Gegenwart⁴⁸ herabreichende Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes, als die kurz zuvor erschienenen Kodifikationen (preuß. L. R. und Code N.) den Besitz an obligatorischen Rechten zulassen. 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 Justizgeschäften und der obersten Justizstelle v. J. 1844, das jüngst von Schenk, 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. B. ausgenommen (?), kein dingliches, sondern nur ein persönliches Vertragsrecht zukommt, keineswegs eintritt.“ — Worauf hin der Rechtsbesitz des

48) Die Besitzfähigkeit dauernd obligat. Rechte anerkennen von neueren gemeinrechtlichen Schriftstellern namentlich Thibaut, §. 203. und 230. Geiger, R. F. XIII. S. 279. Höpfer, Bespr. S. 46. Bruns, S. 481. Bluntschli, §. 56.

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 auf gewisse wiederkehrende Leistungen bestimmter Art, z. B. an Renten, ⁴⁹ sondern auch an den Benützungsrechten aus dem Pacht- und Miethevertrage, ⁵⁰ und aus dem Kommodat zu behaupten. ⁵¹

Dagegen kein Gegenstand des Besitzes ist das Recht auf die Zinsen eines Kapitals. Dieß 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

49) In den bei Seuffert, Arch. XII. 340. u. XIII. 32. angeführten Entsch. wird auch der Gehaltsbezug possessoriisch geschützt. Das Nützliche einer solchen Anwendung verkennen wir nicht.

50) Auch bei Benützung von Sachen, z. B. einer Wohnung oder eines Grundes auf Grund von Dienstverträgen (in partem salarii). Vgl. Note 46.

51) Rückfichtlich der Renten hat selbst Unger noch in der Schrift über den sächs. Entwurf die Möglichkeit des Besitzes zugegeben, aber diese Ansicht, Syst. II. S. 269, Note 56., zurückgenommen. Besitz am Benützungrechte aus dem Bestandvertrage nehmen von österr. Schriftstellern nicht nur die in der Note 46. Genannten, sondern auch ganz allgemein die Gerichtspraxis an, vgl. z. B. die gleichförmigen Entscheidungen der Untergerichte und des obersten Gerichtshofes v. 17. Aug. 1858, Z. 9299. G. Z. 1860 Nr. 51., die oberstgerichtlich bestätigten Erkenntnisse der böhm. D. L. G. v. 21. Nov. 1859, Z. 15640 und v. 28. Dez. 1859, Z. 22034 (ungedruckt); die oberstgerichtlichen Entsch. Nr. 608. und 970. in Unger-Glasers Samml. II. — Prinzipiell bejaht die Möglichkeit des Besitzes obligatorischer Rechte die Entsch. d. Wiener D. L. G. und die bestätigende Entsch. des obersten Ger.-hofes v. 27. Mai 1862. Ger.-Ztg. 1862. Nr. 144.: „Weder der §. 2. der k. Verordn. v. 27. Okt. 1849, noch die §§. 339—345. des G. B. setzen den Besitz dinglicher Rechte voraus; es muß daher auch der Bestandnehmer im Besitze des Bestandrechtes geschützt 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 Fabrikdirektors 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 Ger.-hof in den Entsch. Nr. 256., 495., 604. und 819. der Unger-Glaserschen S. I. u. II. die Erkenntnisse der Untergerichte, die einen Besitz des Verwaltungsrechtes (!) des Fabrik-, Wirthschaftsleiters und Sequesters annahmen und schützten, auf.

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.⁵²

4. Die Frage der Besitzfähigkeit kann ferner entstehen in Ansehung von Realrechten,⁵³ soweit sie nicht schon unter die bisher sub 1 bis 3 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.⁵⁴ So wird Besitz anerkannt am Patronatsrechte.

52) Die Ansicht einiger älteren gemeinrechtlichen Juristen, daß es einen Besitz an Interessen gebe, welche auch ins preuß. Landr. überging (L. N. I. 7. §. 192. und L. 11. §. 839), ist daher eine irrige Anwendung des Grundsatzes, daß auch an Obligationen ein Besitz möglich sei. — Selbst für das preuß. Recht darf man aber nicht, wie dies Bornemann, I. S. 561 thut, Alles, was Gegenstand des sog. Eigenthumes 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, Note 13.

53) Realrechte sind Rechte, die dergestalt an ein Reale geknüpft sind, daß sie dem jeweiligen Eigenthümer 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. Festzuhalten ist, daß das juristische Wesen eines Rechtes durch die Anknüpfung desselben an das Eigenthum eines Reales durchaus nicht geändert wird. Hier wird von ihnen so weit gehandelt, als sie nicht schon als Servituten, Real- und Bannrechte besitzfähig sind.

54) Vgl. die in der Note 23. angeführten Quellenstellen des kanonischen Rechtes.

an Jurisdiktions- und anderen Hoheitsrechten und auch an jenen Bannrechten, welche passiv nicht an den Besitz von Immobilien geknüpft sind.⁵⁵

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, Gewerberechte, Regalien u. s. f. Den gesetzlichen Beleg für die Richtigkeit dieser Ansicht bietet uns

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 Verhältnis 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.“ Ebenso die Entsch. des D. A. G. Zerbst (bei Mathiae, I. S. 122): „Ein possessorischer Rechtsschutz findet nur da statt, wo eine gewisse Beziehung auf Grund und Boden existirt.“ Vgl. auch Sittenis, Civilr. §. 43., S. 453: „Dies ist eine konsequente Fortbildung des R. N. . . 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, erscheint.“

55) Daß ein Hoheitsrechts nicht etwa ein gewisses Obereigenthum (jus emmoneus) am Grundeigenthume der Unterthanen beinhaltet, sondern bloß das persönliche Subjektionsverhältnis 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 Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 26, 134 u. 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. A. G. Darmstadt, trifft die Einwohner der Letzteren kraft des Inkolatsverhältnisses. Werde nun bei nicht radirkten Bannpflichten und Kirchenverbandsabgaben ein Besitz angenommen, so müsse dasselbe von Abgaben aus dem Schulverbände gelten.

der §. 1471. des G. B., in welchem von der Ersetzung „von Rechten, die selten ausgeübt werden, z. B. des Rechtes, eine Pfründe zu vergeben“, gesprochen.⁵⁶

5. Schließlich erübrigt nur noch die Frage zu erörtern, ob das Erbrecht Gegenstand des Besitzes sei.⁵⁷ Von den österr. Schriftstellern wird die Möglichkeit des Besitzes (und der Ersetzung) behauptet von Schuster, Zeitschr. f. österr. Recht. 1835. I. S. 248. Bachmann, S. 121, Note 1., ohne Angabe der Gründe, und von Ellinger, Handb. S. 544, weil eine Besitzergreifung der Erbmasse möglich sei. Verworfen wird die Zulässigkeit der Ersetzung des Erbrechtes von Winiwarter, V. §§. 185—187. Rippel, IX. S. 9. Unger, II. S. 267, Note 57., und Stubenrauch, III. S. 702.⁵⁸

— Ähnlich wird in der im Arch. f. prakt. Rechtsw. X. S. 37 angeführten Entsch. die ehem. Grundherrschaft im Besitze der Gerechtfame geschützt, von jedem hausgesessenen Einwohner des Ortes L. einen Hahn und eine Meze Gaser zu fordern.

56) Winiwarter, V. 182, und Stubenrauch, III. 117, beziehen zwar den §. 1471. bloß auf solche Rechte, die auf fremdem Grund und Boden, oder rückfichtlich desselben ausgeübt werden. Allein der §. 1471. geht offenbar viel weiter, als der übrigens nicht sehr glücklich textirte §. 1469.; er bezieht sich offenbar nicht auf Rechte, die auf fremdem Grunde ausgeübt werden; — denn das Recht, eine Pfründe zu vergeben, wird doch nicht auf fremdem Boden oder rückfichtlich desselben ausgeübt? Ob übrigens der §. 1471. von (aktiv) radizirten Rechten spreche, oder aber nicht vielmehr von der Radizirtheit ganz abstrahire (vgl. Rippel, ad §. 1471.), dürfte schwer zu entscheiden sein.

57) Gemeinrechtlich ist diese Frage in der älteren Doktrin bestritten, in der neueren Jurisprudenz besteht über die Verneinung derselben kein Zweifel, so daß dieselbe meist gar nicht mehr erwähnt wird. 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 possessio 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 Erbschaftsachen befindet, hereditatis possessor genannt. Vgl. Brunß, 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 deutscher Rechte Ideen von einem Besitze am Erbrechte spricht; weder das ältere, noch das neuere deutsche Recht enthält die leiseste Spur hievon.

58) Die Gründe Winiwarter's und Rippel's beziehen sich meist auf die Unzulässigkeit der Ersetzung 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 Winiwarter, V. S. 185. Dagegen läßt sich freilich einwenden, daß das Erbrecht nicht das Recht sei, „Jemanden zu beerben, in des Erblassers Nachlaß einzutreten“, sondern das

Ein Besitz am Erbrechte ist nicht möglich, weil der Inhalt des Erbrechtes (die vermögensrechtliche Repräsentation des Erblassers) eine fortgesetzte Ausübung in dem Sinne, wie dieselbe zum Besitze erforderlich ist, gar nicht zuläßt;⁵⁹ denn die Vererbung als Erbe enthält keine solche Ausübung, sondern nur Ausübungsakte einzelner Rechte, z. B. des Eigenthumes, einer Servitut u. s. f. mit dem angeblichen oder wirklichen Erbrechtstitel.

Was in Besitz genommen werden kann, das ist das Nachlassvermögen, die einzelnen Sachen, die zu demselben gehören, nicht aber das Erbrecht.⁶⁰

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 Besitz-

Recht, Erbe zu sein, d. i. das hinterlassene Vermögen des Erblassers gerade so zu haben, wie es dieser gehabt hat. Vgl. die trefflichen Bemerkungen Unger's, Syst. VI. §. 2., Note 7—9., und I. S. 535, II. S. 270, Note 58.

59) Vgl. Unger, a. a. D., und Stubenrauch, I. S. 427 (2. Aufl.). Der Inhalt des Erbrechtes besteht eben nicht in dem Rechte, „Jemanden zu beerben“, „dessen Nachlaß in Besitz zu nehmen“, sondern in dem Rechte, das hinterlassene Vermögen an der Stelle des Verstorbenen zu haben. — Mit Unrecht behauptet Puchta, Rechtsler. II. S. 68, daß das Erbrecht an sich eine dauernde Ausübung und daher Besitz zulassen würde; nur kenne ihn das röm. Recht nicht. — Merkwürdig sind die Gründe, welche Zielonacki, a. a. D. S. 108, für die Unzulässigkeit des Besitzes des Erbrechtes anführt. „Das Erbrecht ist kein Vermögensrecht, wie das Eigenthum, 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.

60) Vgl. Winiwarter, 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. v. 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 den einzelnen körperlichen Individuen. Vgl. Unger selbst im Syst. I. S. 475 und 485.

wille (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.“¹ Hieraus geht hervor, daß der Gebrauch eines Rechtes beim Besitzerwerbe desselben eben das ist, was beim Besitzerwerbe 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?

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.² Sehr richtig drückt sich diesfalls schon der §. 33. II.

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 Eigenthume. Schmidt, Comm. und Praec. unterscheidet §. 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 an sich unklar gedachte Unterscheidung ist rein aus der Luft gegriffen und ihre angeblichen Konsequenzen (§. 133) quellenwidrig.

2) Die Quellen sagen, man müsse ein Recht gebrauchen: tamquam id suo jure faceret; bei Felddienstbarkeiten: quasi fundo deberetur, quasi debita via. L. 7. 1. §. 11. D. de itinere, L. 22. D. quemadm. serv. amitt. (S. 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. 585—591. Albert, Unf. S. §. 14. 15. Unterholzner

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.“^{2a}

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.“³ Nicht erforderlich ist, daß

(Schirmer) II. S. 164. Heerwart, S. 190. Duncker, S. 67. Rieruff, S. 363, 364. Elvers, S. 681. Seuffert, §. 113, Note 3. Brinz, S. 80. 81. Böding, P. §. 126. S. 473. Windscheid, §. 163. Note 4. und Pfeiffer, Prakt. Ausf., der seine Bemerkungen über den zur Immemorialverjährung erforderlichen juristischen Besitz im II. B. Abh. 1. §. 3. und im VII. Abh. 8. §. 3. durch viele belehrende Rechtsfälle erläutert. Ganz richtig sind die Ausführungen Schuster's, Baur. Abf. 140. und Pachmann's, Verj. §. 42. N. 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 Wasserzufluß 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, wenngleich in Folge dessen sein Brunnen versiegt wäre. Vgl. L. 8. §. 5. D. 8. 5.: In suo enim alii haec tenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. Von einer Besitzförderung kann also in diesem Falle keine Rede sein. Vgl. auch Studenrauch, I. S. 480 der 2. Aufl. und das Erkenntn. d. Berliner Kassations-H. v. 2. Juni 1854 bei Mathiae, L. S. 124, Holzschuher (Kunze), §. 91. und Elvers, §. 5. — 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.

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 §§. 50. 52. 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. — 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. Die französische Jurisprudenz fordert den Beweis des Besitzwillens so strenge, daß sie zum Theile die Zulässigkeit des Besitzes

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.⁴ Es versteht sich übrigens nach der Natur des Besitzes, als eines

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. discontinuæ* 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 sächsl. G. B. erwähnt des Besitzwillens nicht besonders; doch läßt die Fassung der §§. 557. u. 587. keinen Zweifel über dessen nothwendigen Inhalt zu.

4) Bezeichnend ist auch in dieser Hinsicht die Fassung der Quellen: I. 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 possedisse oportet, keinem Mißverständnisse unterliegen.* Vgl. Hierulff, S. 364. Es ist daher ebensowenig genau, den Besitzwillen beim Rechtsbesitze als Willen: „den Inhalt eines Rechtes als ein Recht (statt wie ein Recht) auszuüben“ zu bezeichnen (so selbst Savigny, S. 555, 590. 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. Note 14. u. 15.). Vgl. besonders 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 Eigentümer zu haben.“ S. auch Brinz, S. 80: „Die natürliche Grundlage des Quasibesitzes ist ein *usus juris*, nicht gerade eines wirklich bestehenden, sondern falls 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 verteidigen (§. 126. Note 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 Handlung ein zuständiges Recht auszuüben“). Auch das preuß. L.-R. ist im §. 82. I. 7. insofern ungenau gefaßt, als es dasselbst heißt: „Es muß jedoch aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen die Meinung desselben, daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe,

dauernden Zustandes, daß die Absicht des Handelnden schon bei der ersten Ausübung dahin gehen müsse, dieselbe als Akt (Anfang) einer wie derholt vorzunehmenden Ausübung zu setzen.“⁵

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.⁶ Der zum Besitzerwerbe erforderliche Wille ist also dann nicht 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 gestat-

deutlich erhellen.“ Da wäre ja gar kein unredlicher Besitz denkbar. Dies übersieht auch Bornemann, I. S. 565, 569.

5) Dies ist auch der Sinn des §. 82. I. 7. des L.-R., wo es heißt, es müsse die Meinung des Handelnden erhellen: „daß ihm ein solches fortdauerndes Recht zustehe.“ Treffend sagt diesfalls das Erkenntn. d. Ober-Trib. v. 23. Jänner 1857 (bei Koch, Komm. I. S. 419, N. 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 irrig eine Klage auf Schutz des Besitzes eines Durchfahrtsrechtes zu einer vom Kläger gemieteten Wagenremise darum abgewiesen, weil diese nur auf 5 Jahre gemietet war. — Auch Ersch, 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 unredlicher Ausübung müsse man trotz wiederholter Uebung vermuthen, daß der Wille immer nur auf die einzelne Handlung gerichtet sei, „weil man eine solche Fülle rechtswidrigen Willens schon vermöge des Sages: *quilibet eot. bezweifeln* müsse.“ Für so eine Vermuthung fehlt es an jedemhalte.

6) Die oberstgerichtlich bestätigte Entscheid. des böhm. O. L. G. v. 30. September 1858. (Ger.-Zeit. 1863. Nr. 47.) drückt sich wörtlich 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 Wasser schöpfens also wäre erst dann vorhanden, wenn dasselbe von den Klägern als ein Recht angesprochen (?), und von den Beklagten als eine Schuldigkeit gestattet worden wäre, was von den Klägern nicht erwiesen wurde.“ — So auch die obergerichtlich bestätigte Entsch. des k. k. O. G. Smichow vom 15. Oktober 1860. Z. 3296., mit welcher der die Störung eines Wasserleitungsrechtes behauptende Kläger abgewiesen wurde: „In der bloßen Thatsache, daß das Wasser von der Wiese des Klägers durch den Graben des Beklagten abfloß, kann noch kein Rechtsgebrauch erblickt werden und begründet diese Thatsache allein noch keinen Besitz des Wasserableitungsrechtes, zu dessen Erwerbe die Ausübung desselben wie eines Rechtes nothwendig gewesen wäre, also Anstalten, aus denen der diesfällige Wille des Klägers hervorgehen würde.“ Vgl. auch den Rechtsfall in Nr. 136. der Ger.-Zeit. 1863.

Randa, Besitz u. öffentl. Recht.

ten würde (der sog. usus ex jure facultatis, permissionis) 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.^{6a} Wer daher über einen Privatweg geht, in der Meinung, es sei dies ein öffentlicher,^{6b} oder wer einen solchen nur wegen Unfahrbarkeit des öffentlichen Weges benützt, oder wer eine geleistete Reallast nicht als Schuldigkeit, 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. Nippel, III. S. 67. Winwarter, II. S. 41. Stubenrauch, I. S. 637, 4, richtig schon Bachmann, §. 42.) den zum Besitzerwerb 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 Besitzerwerb 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 Wissen⁷ des Eigen-

6^a) Wenn daher Hoffmann, Servit. II. S. 137 fg. behauptet, Quasibesitz sei anzunehmen, auch wenn die Servitut in der Absicht geübt werde, die Ausübung im Verbindungsfalle 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, Anf. S. §§. 73. 74. — Die franz. Juristen sprechen hier ganz richtig von actes de pure faculté, de simple tolérance. Vgl. Note 3.

6^b) Vgl. die Entscheid. des Berl. O.-L. vom 12. Jänner 1852. bei Koch, Komm. I. S. 418, N. 50. b.: „Die Meinung, einen Weg als Glied des Publikums benützen zu können, ist kein genügender animus poss.“

7) Vgl. über die Natur der dinglichen Rechte, insbesondere der Servituten, besonders Unger, I. S. 511—539.

thümers, 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. u. 346. d. G. B.)⁸ So kommen denn in der That Zeiller und Stubenrauch a. a. O. zu der abnormen Behauptung, daß der Erwerb des Besitzes hauptsächlich von der „Anerkennung“ des Gegentheils abhängt.

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 Widerrufe 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 Widerrufe überlassen wird (Arg. §§. 345. 479. 974. 1464. d. G. B.). Es unterscheidet sich hiermit von der Leihe, sofern man diese auch auf

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 glaubt, uns von Zeit zu Zeit etwas zu leisten und es wirklich leistet; ferner, wenn 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 befugt wäre, auf unser Verlangen oder Verbot unterläßt und sich dazu verpflichtet erkennt.“ — Die durchschossenen Stellen des Entwurfes wurden im §. 313. N. 6. G. B. hinweggelassen. Schon dies hätte darauf aufmerksam machen sollen, daß von einer Anerkennung des Gegentheils als Bedingung des Besitzerwerbes nicht die Rede sein kann.

Rechte bezieht (was im Wege der Analogie auch nach österr. Rechte zulässig ist),⁹⁾ nur durch die vorbehaltlose Widerruflichkeit.¹⁰⁾ Sowie nun derjenige, dem die Ausübung eines Rechtes auf eine bestimmte Zeit unentgeltlich verliehen wurde, dasselbe ohne Zweifel wie ein Recht 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.¹¹⁾ 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 präkaristische Gebrauch ist ein wahrer

9) Vgl. Stubenrauch, III. S. 165. Ebenso muß nach röm. Rechte, obgleich dieses kein Kommodat an Rechten kennt (wie irrig Thibaut, S. 557. Glück, 13. B. §. 857. und Schmidt, Comm. u. prec. behaupten), der sehr wohl denkbare Vertrag dieses Inhaltes nach Analogie des Kommodats beurtheilt werden. Vgl. Sinenis, §. 111. R. 1.

10) Der Begriff des Präkariums, von dem bei der Darstellung der Besitzlagen ausführlich gehandelt werden soll, ist nach österr. Rechte derselbe wie nach röm. Rechte (L. 1. pr. h. t.). Mit dem österr. Rechte stimmt ganz das sächs. B. G. B. §. 1181. und wesentlich das preuß. L.-R. §§. 231—233. I. 21. überein. Wir verweisen inzwischen auf Savigny, §. 42. Vangerow, III. §. 691. Albert, Besitz und S. §. 68. Koch, Forderung, III. §. 270. u. Sinenis §. 111. Dem Präkarium für das heutige Recht die Existenz abzulängern, wie dies Kriz, S. v. Rechtsfällen I. R. 14. u. 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. D. §§. 9. u. 10. Bulling, Präkarium (1846) §. 7., besonders Sinenis, §. 111. R. 38. und Vangerow, III. §. 691. 6., neuestens Arndts, §. 173. R. 3. und Windscheid, §. 160. R. 16. 18. Die Widerruflichkeit, die sein Wesen bildet, läßt es nimmer im Kommodate aufgeben. Zu eng ist nach heutigen Rechte die übliche Definition: Präkar. sei die Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache oder eines Nutzungsrechtes daran auf Widerruf. So z. B. Sinenis a. D. Denn alle Rechte, die einer dauernden Ausübung fähig sind, sind Gegenstand des Präkar. — Pfeifer, Bes. S. 80. unterscheidet *precarium rei* und *pr. juris*, jenachdem die Sache zur beliebigen Anwendung oder nur zum *usus* oder *ususfructus* überlassen worden sei. Dagegen bemerkt Sinenis, §. 111. R. 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, entgegentrete; glaube jedoch im Lichte deren Unrichtigkeit nachgewiesen zu haben. Unsere Kommentatoren begnügen sich mit einer Umschreibung des Gesetzeswortes.

Rechtsgebrauch¹²⁾ und begründet daher Rechtsbesitz.^{12a)} — In der That liegt der entgegengesetzten Behauptung eine Verwechslung des Präkariums im technischen Sinne mit einer bloßen Gefälligkeitsuldung zum Grunde. Das Präkarium setzt nämlich wesentlich die (ausdrückliche oder stillschweigende) Gestattung der Ausübung eines Rechtsinhaltes zu eigenem Interesse auf unbestimmte Zeit (bis auf Widerruf) voraus. Der präkaristische Gebrauch beruht also auf einem Vertrage.¹³⁾ Wo diese Momente nicht vorhanden sind, kann von

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 aut 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. D. §. 71. fg. Sinenis, §. 111. R. 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.) Bulling erwähnt der Frage gar nicht. Wunderlich sind die Ansichten Schmidts, S. 132 fg., welcher *juris poss.* und *quasiposs.* unterscheiden will. Erstere sei bloß faktische 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.“ Konsequenter müßte Schmidt ein *pr. juris* und ein *pr. an* „Handlungen und Zustände, soweit sie u. f. w.“ unterscheiden, was ganz quellenwidrig und grundlos wäre. S. auch Sinenis, §. 111. R. 33. — Auch nach preuß. Rechte muß aus den im Texte angeführten Gründen der präkar. Gebrauch für einen wahren Rechtsgebrauch erachtet werden; doch verordnet freilich der §. 106. I. 7., daß der vitiose Rechtsgebrauch so wenig Rechtsbesitz begründen könne, als vitiose Apprehension Sachbesitz. Vgl. §. 96 fg. Die richtige Ansicht hat Koch, S. 157 und Komm. I. S. 424, R. 64., während Albert, §. 75. R. 1., das Landrecht ohne Grund der Verwechslung des *usus precarius* mit dem *usus ex famil.* zeihet. — Das sächs. Recht stimmt mit dem österr. überein, arg. §§. 190. 583. 1181. Dagegen scheint das franz. Recht den *usus prec.* und *usus ex jure perm.* zu vermengen, indem es jeden Nichteigenbesitzer *poss. à titre précaire* nennt. Vgl. art. 23. Code d. P. und Planck, S. 128.

12a) Uns schreckt auch nicht die scheinbare Konsequenz: daß man sohin auch den präkaristischen Sachbesitzer als Besitzer ansehen müsse; denn da die Absicht des Präkaristen 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 Gegenthe nur gemeint, daß keine wahre Verbindlichkeit für den Leihgeber entstehe; sie entsteht aber für den Präkaristen. Die

einer bittweisen Rechtsübung keine Rede sein. Wenn daher z. B. Jemand über des Nachbarns 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 Gartenthüre 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 präkaristischen, sondern gar keinen Rechtsgebrauch, denn es fällt ihm nicht bei jene Benutzung als oder wie ein Recht in Anspruch zu nehmen.¹⁴ Ebenso macht derjenige, der ein oder das andere Mal über je besonders erteilte Erlaubniß des Nachbarns aus dessen Brunnen Wasser schöpft, in dessen Teiche sein Vieh schwemmt, über dessen Einladung auf dessen Gründen jagt, in dessen Weibern fischt, keinen präkaristischen Rechtsgebrauch, da ihm die Erlaubniß immer nur von Fall zu Fall, und nicht auf unbestimmte Zeit vorbehaltlich 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 präkaristische Uebung keinen Besitz zu begründen vermöge. — Es versteht sich nach dem Gesagten, daß der Eigenthümer (aber nicht bloß dieser) die Ausübung jedwedes auf die Sache sich beziehenden Gebrauchsrechtes bittweise konzeditoren könne; hingegen der Besitzer eines Rechtes die Ausübung dieses nur insofern, als dasselbe wenig-

Vertragsnatur des heutigen Präcariums erkennen an: Thibaut, §. 557. Sentenis, §. 111. Windscheid, §. 160. N. 18. Koch, Ford. III. §. 270., während Andere die obligatorische Natur läugnen, so besonders Vangerow, a. D. S. 632. Schmidt, S. 16. 104. Bulling, §. 5. Puchta, P. §. 136. Letztere übersehen, daß der Titel: De precario ein gutes Stück historischen Rechtes enthält. S. Puchta selbst, §. 136. b. und Savigny, §. 42.

14) Es ist dies der sogen. usus ex jure permissionis oder familiaritatis (s. S. 274 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 präkaristischen Gebrauche ist in unserer Praxis gang und gebe; sie findet sich aber selbst bei einigen gemeinrechtlichen Schriftstellern (s. die bei Albert, S. 87, angeführten, und sogar Busch, Arch. 31. B. S. 246) und durchwegs bei unseren Kommentatoren (s. z. B. Stubenrauch, I. S. 637). Uebrigens geben wir zu, daß bei einem stillschweigenden Präcar. die Grenzen Beider oft nicht leicht zu bestimmen sein werden.

stens der Ausübung nach übertragbar ist. So kann z. B. der Grundeigentümer Servituten daran, der Jagdberechtigte das Jagdrecht, der Usufruktuar den Nießbrauch zur Ausübung auf Widerruf verleihen (S. 479. A. b. G. B.).¹⁵

Desgleichen kann die gewaltsame Ausübung des Inhaltes eines Rechtes dessen Besitzerwerb begründen, nämlich wenn die Absicht auf den ständigen Gebrauch desselben und nicht etwa bloß auf Zueignung eines vorübergehenden Vortheils gerichtet ist. Nämlich 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 Nugnießung), aber begründet gewiß nicht Rechtsbesitz.¹⁶

Guter Glaube ist zum Besitzerwerbe eines Rechtes ebenso wenig als zum Besitzerwerbe einer Sache erforderlich; er ist nur eine Voraussetzung des redlichen Besitzes.¹⁷ Wo er aber vorhanden ist,

15) Unbegreiflicher Weise behauptet wiederum Schmidt, §. 7., daß der Eigenthümer Servituten nicht precario einräumen könne, weil das Präcarium Voraussetzung (?), daß das verliehene Recht in der Person des Konzedenten entstehe, und nach Beendigung des Präcariums in dessen Person unverändert fort dauere, was in Ansehung des Eigenthümers undenkbar sei. Dagegen s. 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, Untdrp. S. §§. 55. 59. u. 116.

17) Nach röm. Rechte ist diese Frage durch die ungenaue Ausdrucksweise in L. 25. D. 8. 6. freitig geworden. Bona fides zum Besitzerwerbe hält für nothwendig Heerwart, S. 192. Hoffmann, II. S. 272 u. Zielonacki, Serv. S. 154. Dagegen sind mit Recht Savigny, §. 46. N. 3. Sentenis, I. S. 587. Muther, S. 33. Puchta, Vorl. I. S. 273. Albert, S. 114. Elvers, S. 740. Seuffert, P. §. 173. N. 1. a. Brinz, S. 276, 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:

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 Besizer zu führen. Dieser Beweis wird in Fällen, wo der Ausübung ein Titel zu Grunde liegt, ein leichter sein; sonst aber meist nur aus schlüssigen Thatsachen geliefert werden können.¹⁸ Ob durch dieselben der Beweis des Besitzwillens erbracht sei, ist eine Frage, die dem richterlichen Ermessen zu entscheiden vorbehalten bleibt.¹⁹ Ständige, langjährige Uebung eines Rechtes, Nichthindere-

„das jure suo uti se credere ist bloß eine andere Fassung des zum rechten usus erforderlichen Willens, — nicht der Meinung“ (Puchta, 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 durchreisender 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 Interdiktes, wie das Erforderniß der 30tägigen Uebung bei den Wegerechtigkeiten, welche Heerwart (S. 16.) selbst als solche bezeichnet. S. auch Sedemann, S. 124.

18) Vgl. Busch, Eröffnung d. Serv. Archiv XXXI. S. 241 ff., der darüber ausführlich handelt, dann Heerwart, S. 190, 191. Albert, Ank. S. §§. 110—114. Glver's, 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. R.-N. Er wird auch für's österr. Recht als zulässig anerkannt in den Entsch. des obersten O.-S. N. 916. I. u. 957. II. Unger-Glaser's S.

19) So auch die Praxis des D. N. G. Kassel, wie Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII. S. 456 billigend mit Seuffer's Worten ausführt: Der Richter hat aus dem Zusammenhange, der Wiederholung, 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 (S. 244), noch aus der bloßen Wissenschaft des Gegners hiervon (S. 245), noch endlich aus der bona fides des Ausübenden an sich auf das Dasein jenes Willens geschlossen werden (S. 247); anderseits ist es irrig, öffentliche Ausübung zum Besen der Besitzhandlungen zu fordern (S. 255). Busch irrt nur darin, daß er den usus precarius mit dem bloßen Permissionsgebrauche verwechselt (vgl. S. 246 u. 254) und darum die bona fides für kein hinreichendes Merkmal des rechten Besitzwillens hält. Daß dieser Wille ausdrücklich erklärt werden müsse (Secken-dorf, Arch. IV. S. 92), ist eben so irrig, als die Annahme, daß derselbe vorhanden sei, wenn die Handlung „äußerlich offen und friebfertig“ vorgenommen worden sei (Hoffmann, II. 147.). Die letztere Beschaffenheit der Besitzhandlungen ist weder immer nothwendig, noch immer

rung der Ausübung Seitens des Gegentheiles trotz nachbarlicher Zwiste, Beseitigung allenfällig gelegter Hindernisse u. dgl. werden hinreichende und nach österr. Rechte um so wichtigere Anhaltspunkte geben, als im possessorischem Verfahren der Parteieid ausgeschlossen ist (S. 14. der k. Verordn. v. 27. Oktober 1849). Ueber den Indizienbeweis überhaupt verweisen wir auf das im §. 12. d. N. 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 (S. 104. N. G. D.).²⁰

Mit der Frage, ob der Besizer 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 rechtsbegründeten Regel, die der Gegner für sich anführt, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Exeipient dieselbe zu beweisen

genügend. So z. B. wird der usus ex jure permissionis oder fam. durchweg 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. Sonderbarer Weise behauptet Rippel, 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 Rippel sich ausdrückt: daß der Eigenthümer sein Recht stillschweigend anerkannt habe), unter Berufung auf den §. 479. N. b. G. B. und auf die abgeänderte Fassung des §. 34. II. des westgal. G. B., welcher diese Anerkennung ausdrücklich forderte (vgl. Note 8.). Der eine wie der andere Grund ist offenbar vergriffen. Vgl. Note 8. u. 23. — Für das preuß. Recht s. noch Bornemann, IV. S. 559 fg. und 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.

habe.²¹ Mit der Erhebung dieser Einwendung ist aber sehr gut das Zugeständniß des Excipienten 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.²² Die Behauptung des klagenden 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 Wider-

21) Im Besitzstörungsverfahren stützt sich nämlich der Kläger bloß auf seinen Besitz; denn jeder Besitz (ohne Rücksicht auf seine Beschaffenheit) wird geschützt. Arg. §. 339. A. b. G. B.; vgl. §. 7. d. A. Nur gegenüber demjenigen, von welchem der Besitz vi. clam, precario erworben wird, wird der richterliche Schutz versagt. Die Behauptung der Vitiosität ist also eine Einrede (Exceptio vitiosae poss. ab adversario). Vgl. Unterholzner, II. S. 183. Sintonis, §. 64. R. 51. Albert, S. 96. Stubenrauch, I. S. 689, besonders Unger, II. S. 488. 492 fg. In der österr. Praxis ist dies anerkannt. S. auch die ger. Entscheidungen bei Seuffert, Arch. IX. R. 133. 134. 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 Klagefundamentes, ein Längnen 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) wegen der fehlerhaften Erwerbung keinen gerichtlichen Schutz genieße. Will daher der Beklagte den klägerischen Besitz Mangels des erforderlichen Willens befreiten, so muß er den Besitzwillen besonders widersprechen. Man setze: A klagt den B wegen Störung im Besitze einer Wegeservitut, die er seit mehreren Jahren in eigenem Namen auf dessen Grunde ausübt; B widerspricht der 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 Einredebeweis des B, daß die Servitutübung heimlich vor sich gegangen sei, notwendig und relevant. Vgl. besonders die gründlichen Ausführungen Albrecht's, Interd. uti poss. S. 122, Note 2. und Unterp. 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 fg.

spruch (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.²³ Festgehalten ist dieselbe in der Entscheidung Nr. 257. I. u. 935. II. in Unger-Glaser's S. Mit Rücksicht auf das Gesagte wird, um Wiederholungen zu vermeiden, des Besitzwillens bei Erörterung des Besitzerwerbes der

23) So unterscheidet namentlich Rippel, III. S. 67 und Stubenrauch, I. S. 637 (428 d. 2. Aufl.) bei der Beweisfrage zwischen Reallasten und negativen Servituten einerseits und positiven Servituten anderseits. 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 Eigentümer der dienenden Sache (also der Gegentheil) beweisen müssen, daß die Ausübung nur „aus gutem Willen“ gestattet wurde. — Schon die Gegensehung der Begriffe: Gebrauch im eigenen Namen und vitioser Gebrauch ist nicht logisch; denn auch der usus vitiosus ist ein juris usus. Sodann ist aber nicht einzusehen, warum derjenige, der den Besitz einer affirmativen Serv. behauptet, von dem Beweise frei sein sollte, daß er den Inhalt des Rechtes in eigenem Namen geübt habe, während der Besitzer negativer Serv. und Reallasten diesen Beweis, wie auch von R. und St. anerkannt wird, führen muß? Die Berufung auf den §. 479. beruht abermals auf der Verwechslung der p. nulla und vitiosa und auf der irrigen Voraussetzung, daß dieser §. eine Vermuthung im technischen Sinne enthalte. Dagegen vgl. Unger, II. S. 591, Note 35 a. — Unsere Gerichte haben diese willkürliche Unterscheidung in Ansehung der Vertheilung der Beweislast nie gemacht. Vgl. z. B. die oben Note 6. angeführten Entscheidungen, welche gerade bei positiven Serv. mit gebührender Strenge vom angeblichen Besitzer den Beweis des Charakters der Rechtsübung fordern. — Auch Bornemann, I. S. 575, wüßte die poss. vitiosa und poss. nulla durcheinander. Richtig sind die Ausführungen Koch's, S. 156 fg. Ubrigens 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 attemmäßig 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), umsomehr gerechtfertigt, als in der betreffenden Gegend bei der oft grundlosen Beschaffenheit der Straßen selbst Fremden das Ueberfahren anstandslos gestattet wird. — Der Beweis eines Prefariums wäre in diesem Falle ganz überflüssig gewesen, da Kläger das Klagefaktum nicht bewies. Aus demselben Grunde ist der abweisliche 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.

einzelnen Klassen der Rechte keine besondere Erwähnung mehr gemacht werden.

Es erübrigt noch die Frage, ob die Ausübung von Realservituten durch dinglich oder obligatorisch Nutzungsberechtigte (z. B. den Fruktuar, Usuar, Pächter) als ein solcher Rechtsgebrauch angesehen werden könne, welcher zur Begründung des Besitzes von Realservituten für das benützte Grundstück erfordert wird. — Da bei Realservituten nur der Eigenthümer des herrschenden Grundes als berechtigtes Subjekt angesehen werden kann, wenngleich dieselben zum vortheilhafteren Gebrauche des Letzteren dienen,²⁴ so kann auch nur der Eigenthümer dieselben „für sich“ ausüben;²⁵ der Usufruktuar, Usuar, Pächter, denen die Benutzung des herrschenden Grundstückes (und daher auch der damit bereits verknüpften Servituten) überlassen worden ist üben dieselben nicht im eigenen Namen,²⁶ sondern im Namen des Eigenthümers (oder bildlich gesprochen: Namens des herrschenden Grundstückes, — *fundi nomine*, wie die Quellen sagen. L. 1. §. 11. D. de itinere).²⁷ Fangen also solche Nutzungs-

24) Vgl. Puchta, P. §. 28. N. I. Arndts, P. §. 183. Brinz, I. §. 69. Unger, I. S. 325. Die Ansicht Böcking's, daß das Grundstück als berechtigtes Subjekt anzusehen sei, ist mit Recht ziemlich vereinzelt geblieben.

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. Allein dann müßten entweder diese Dienstbarkeiten als persönliche geübt werden, und das widerspricht der Voraussetzung, daß es sich nur um Ausübung bereits vorhandener Realservituten handelt, oder man kommt zu der Konsequenz, daß der Usufruktuar u. d. solche Servituten auch für das Grundstück ersehen können müsse, was der L. 5. §. 7. D. de usufr. widerspricht. —

27) Hier übt also der Nutzungsberechtigte die Servitut statt des Eigenthümers, und erhält ihm daher den Besitz der Servitut (daher von der Erlösung derselben durch *non usus* keine Rede sein kann). Erwerben 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 Nutzungsberechtig-

berechtigte 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,²⁸ woraus 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.²⁹ Sollte jedoch ein

ten erhalten werden). Daher gilt, was Ulpian in L. 5. §. 7. D. de usufr. vom Erwerbe des Rechtes sagt: *fructuarius quidem acquirere fundo servitutem 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 sächf. 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. Elvers, S. 198. Sentenz, §. 58. N. 2. Wir halten übrigens mit der herrschenden Ansicht gegen Cohnfeld, Irregul. Serv. (1862) die Möglichkeit der Konstituierung des Inhaltes von Realservituten als Personalservituten fest; ja, das, was Cohnfeld, S. 45, ausführt, scheint uns mit dem von ihm im §. 5. zitiirten 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 Interdikt abgesprochen 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 Interdikt 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 credo poteris hoc interdicto uti, etsi de hoc nihil scribat Julianus*. Vgl. dagegen N. 30. — Von demselben Gesichtspunkte geht aus L. 3. §. 5. D. de itinere: *Idem Julianus scribit, si meus ususfructus 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 fructuarius prohibeatur, sive etiam a domino*. Hier hat also Fruktuar und Eigenthümer das Interdikt, jener für die Personalservitut, dieser für die Realservitut des *iter*. (Die Zulässigkeit des Interd. de itinere für Personalservituten bestreitet zwar Albrecht, §. 157. Elvers, S. 820 und Windscheid, §. 164. 3) a, namentlich mit Bezug auf L. 1. §. 1. D. h. t.; allein wie kommt es dann, daß der Nutzungsberechtigte

solcher Nutzungsberechtigter den Inhalt einer Servitut als (etwa vermeintliche) Grunddienstbarkeit ausgeübt haben, so kann durch nachträgliche Genehmigung des Eigentümers der Besitz der Grunddienstbarkeit als solcher letzterem erworben werden.³⁰ Vgl. auch §. 31. d. N.

§. 26. Das Corpus. Allgemeine Grundsätze.

Für den Besitzwerb 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 in eigenem 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

überhaupt im Besitze dieser Servitut geschützt wird, denn als Realservitut kann er sie nicht in eigenem Namen erwerben, da er nicht Eigentümer ist (und 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 sogenannten abgeleiteten Sachbesitz einen „abgeleiteten“ Rechtsbesitz annehmen? Verwirrt man die vorliegende Auffassung, so muß man in der Einräumung des Interdicts an den Usufruktuar, Praefaristen, 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 Grunde verbundene Grunddienstbarkeit ausübt, so kann er dieselbe nicht durch Erlösung erwerben, es sei denn, daß die Ausübung über Auftrag oder nachträgliche Genehmigung des Besitzers erfolgt ist. Vgl. auch die Entscheid. des Berliner O.-Trib. v. 18. Juli 1863 Nr. 78. des Striethorst'schen Archivs und Holzschuber, II. §. 113. ad 12. Aber nicht einmal im Besitze der so geübten Servitut kann der Pächter geschützt 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 österr. Recht nicht beipflichten.

nicht, selbst nicht bei denjenigen Rechten, deren Ausübung die Detention der Sache voraussetzt. Denn das Gesetzbuch fordert ausnahmslos wirkliche Ausübung.¹ (§§. 312. u. 313. d. G. B.) Hieraus ergibt sich, 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, da hiedurch bloß die Möglichkeit der Ausübung gegeben ist, sondern erst durch die wirkliche Ausübung.² Nur sch ein-

1) Derselbe Grundsatz gilt auch nach röm. Rechte und nur bei den mit der Detention der dienenden Sache verbundenen Personalservituten genügt zum Besitz-erwerb schon die bloße Inhabung der letzteren ohne Ausübung des Rechtsinhaltes. Vgl. L. 3. D. de usufr. und Arndts, §. 187. Unzulässig scheint uns aber, aus dieser Modifikation das allgemeine Prinzip abzuleiten: daß zum Besitzwerbe aller Rechte schon die bloße Möglichkeit der Ausübung genügt, wie dies Unterholzner, Verj. II. §. 109. S. 166. Brunz, S. 476. Sintenis, §. 64. Note 36. und Windscheid, §. 163. Note 5. thun. Man beruft sich auf die Analogie des Sachbesitzes: „So wenig für den Erwerb des Sachbesitzes wirkliche Ausübung des Eigentums erforderlich ist,“ sagt z. B. Windscheid, „kann für die Erwerbung des Rechtsbesitzes die wirkliche Ausübung der Servitut z. erforderlich sein; diese Konsequenz ist nicht abzuweisen.“ — Mit Nichten! In diesem Schlusse wird nichts mehr und nichts weniger vorausgesetzt, als daß der Sachbesitz durch Ausübung des Eigentums erworben wird, was selbst W. nicht zu behaupten versucht (vgl. §. 153. f. P.). Zum Sachbesitz-erwerb gehört eben nur Apprehension, d. i. gegenwärtige Möglichkeit ausschließlicher Macht über die Sache; zum Rechtsbesitz-erwerb aber gehört Ausübung des Rechtsinhaltes. — Apprehension in dem eben angegebenen Sinne (als unmittelbar realisirbare Macht) und wirkliche Ausübung, — das sind die beim Erwerb des Sach- und Rechtsbesitzes einander entsprechenden Thatsachen, nicht aber: physisches Ergreifen und Ausübung. W. 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. D., der sich gleichfalls auf die Analogie des Sachbesitzes beruft, vgl. Muthers, S. 43, Note 41. Gegen Brunz vgl. Brinz, P. S. 80.

2) So auch konsequent nach röm. und sächs. Rechte, welche über diese Frage keine Bestimmung enthalten. Vgl. Holzschuber, II. S. 76. Die nach röm. Rechte 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. Irrig behauptet Bachmann, S. 109, dasselbe für das österr. Recht. In Ansehung der Realservituten bemerkt Glövers, S. 687: „daß, da hier eine wirkliche Sukzession (?) in den Servituten besitz (?) stattfindet, man hier vielleicht weniger strenge sein, und Besitzwerb schon annehmen könne, wenn der Erwerber nur in der Lage ist, die Servitut ungeführt auszuüben und er seinen Willen, die Servitut zu besitzen, zu erkennen gegeben hat.“ Allein wir begreifen nicht, wieso

bar ist die Ausnahme bei 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 (vgl. §. 28.). Auch einer besonderen Aeußerung des Besitzwillens wird es hier 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.³

2) Es wird ein wahrer Rechtsgebrauch erfordert, d. i. wirkliche Ausübung des wesentlichen stofflichen Inhaltes des Rechtes. Zum Besitzergewerbe genügen also nicht Handlungen, welche zwar Dispositionen über ein Recht (wirkliches oder angemaßtes), aber keine Realisirung seines Inhaltes, keine Geltendmachung seines Stoffes enthalten. Es können daher insbesondere Veräußerungen eines Rechtes dessen Besitzergewerb nicht begründen.⁴

Elvers von einer Sukzession in den Servitutbesitz 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 Holzschuher, II. S. 62. — Ganz verkehrt ist es, wenn Temme, §. 64., aus dem §. 77. I. 7. herleiten will, daß der 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.

3) Vgl. Elvers, S. 687. — Durch Uebergabe von Urkunden wird selbstverständlich der Rechtsbesitz nicht erworben (Dies beantragte der Entwurf des preuß. L.-R. Vgl. Koch, Komm. I. S. 415, N. 45.)

4) Vgl. Arndts, Zeitschr. N. F. III. S. 371, Note. Unger, I. S. 613, Note, auch wohl Savigny, S. 579 und Duncker, S. 67. — Anderer Ansicht ist Pfeiffer, S. 64, und Böcking, P. §. 128. Note 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

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.⁵ Da nun jeder Besitz geschützt wird (§§. 339. 346. A. b. G. B.), so ergibt sich hieraus, daß selbst der nur durch einmalige Ausübung erworbene Besitz des gerichtlichen Schutzes theilhaftig ist.⁶

Willens als rechtlicher Macht; hiernach fielen aber auch die Dereliktion, ja selbst der absichtliche non usus unter die Ausübung, — was begriffswidrig ist. — Schmidt, Comm. u. Prec. S. 133, will Ausübung eines Rechtes und Geltendmachung eines demselben korrespondirenden faktischen Zustandes unterscheiden; jene nennt er quasi poss., diese juris poss. Gegen diese unklare und aus der Luft gegriffene Unterscheidung vgl. Sinenis, §. 111. N. 33. u. §. 25. Note 12. d. B.

5) Vgl. auch Schuster, Baurecht S. 422 und Pfeiffer, Prax. Ausf. VII. S. 457. Prinzipiell kann dies auch 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 Ersetzung derselben anerkennt. Ersetzung setzt aber Besitz voraus, und der Anfang desselben ist vom ersten Ausübungsakte zu zählen. Daraus 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 fg., der die Servitutenerfüllung läugnet, vgl. §. 2. Note 7. d. B. In der Regel wird auch zum Schutze des Quasibesitzes, soweit das römische Recht Interdikte gibt, nur einmalige Ausübung in einem bestimmten, verfloßenen Zeitraume verlangt, so bei den Wasserleitungs-, Wasserschöpf- und Cloakenservituten; nur ausnahmsweise wird dreißigtägige Uebung bei den Weggerechtigkeiten 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. 29 fg. D. de aqua quot. et aest. L. 1. D. de cloacis L. 1. D. de fonte; dazu Heermart, S. 189. Pagenstecher, P. Prax. S. 168. Pfeiffer, a. D. VII. S. 458. Elvers, §. 79. (S. 661). Holzschuher, II. S. 58. Duncker, a. D. S. 58. 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. Sinenis, §. 64. Windscheid, §. 163. 164. thun. Anderer Ansicht sind Pfeiffer, a. a. D. S. 467. Brinz, S. 79. Muther, S. 58, und wieder Puchta, §. 137, neuestens auch Hedemann, Note 98., welche Quasibesitz nur da annehmen wollen, wo Interdikte gegeben sind. Auch für das preussische, französische und sächsische 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.; §. 559. d. sächs. G. B. Bornemann, I. S. 569.

6) Zur Erfüllung des Rechtes genügt aber die bloß einmalige Ausübung Randa, Besitz u. österr. Recht. 19

Es besteht daher nach österr. Rechte kein Unterschied zwischen Bedingungen des Erwerbes und des Schutzes des Rechtsbesitzes.^{6a} — Es versteht sich, daß der Ausübungssatz vollendet 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 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.⁷

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 A. b. G. B. in den §§. 345 — 347., in welchen es auch den fehlerhaft (unechter Weise — vi, clam, precario) erworbenen Besitz als Besitz agnoscirt;

nicht, wie irrig Schuster, a. a. D. S. 422 behauptet. Dies beweist der §. 1471. A. 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 fg.

6a) Anders nach röm. Rechte (vgl. Note 5.), ferner nach dem franzöf. und sächf. G. B., welche letztere beide zum Schutze einjährige Besitzdauer, letzteres überdieß bei Servitutes discontinuae auch wenigstens dreimalige Ausübung fordert. Vgl. art. 23. Code de proc. und §. 560. d. sächf. G. B. Die Bestimmung des art. 23. cit. dürfte ihrem Ursprunge nach auf einem älteren Mißverständnisse des röm. Rechtes beruhen, welches zwar durchwegs Ausübung im leztverfloffenen Jahre vor Anstellung des Interdiktes, aber nicht einjährige Uebung fordert. Vgl. auch Planck, S. 116, Note 62. und Heerwart, S. 186, Note 2., während Delbrück, S. 286, darin einen Rest germanischen Rechtes (der Frist von Jahr und Tag) finden will. — Da die Ausübung solcher Servituten, die in einzelnen Handlungen bestehen, wie z. B. Weidgerechtigkeiten, in geringer Zeit, und leicht unbenutzt geschehen kann, so ist es immerhin bedenklich, schon eine einmalige Ausübung derselben zu schützen. Eine Bestimmung in der Art, wie sie der §. 560. des sächf. G. B. trifft, der wenigstens dreimalige Ausübung fordert, dürfte sich de lege ferenda empfehlen. Einigen Schutz gegen Nachtheile einseitiger Besitzwerbungen bietet nach österr. Recht der §. 2. des Besitzför. Verf., welches die Verfolgung des Ausübungs- (Störungs-) Aktes innerhalb 30 Tagen vom Zeitpunkte der erlangten Wissen schaft gestattet.

7) Vgl. d. Entscheid d. Berl. Ober-Trib. v. 11. April 1840 bei Koch, Komm. I. S. 420. Note 53.

und dem so geeigenschafteten Besitz nur den gerichtlichen Schutz gegen denjenigen versagt, von dem er fehlerhaft erworben worden ist (vgl. §. 7. d. B.).⁸ Auch diejenigen §§. 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 Gestalt und unter jenen Beschränkungen und Modifikationen erworben, in welcher und unter welchen sie thatsächlich 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.⁹ Oder wurde der Zehnt nur von gewissen Eingepfarrten erhoben, so ist damit noch nicht dessen Besitz gegen alle Glieder der Pfarngemeinde erworben.¹⁰ Oder wurde

8) Ueber den im §. 313. gebrauchten, scheinbar entgegenstehenden Ausdruck: „mit dessen Gestalt“ vgl. §. 27. d. A. — Auch nach röm. Rechte hat die Vitiosität des Erwerbes des Besitzes regelmäßig nur die Wirkung, daß der Besitzer nicht erfragen kann und gegenüber demjenigen: a quo vi, clam, precario usus est, im Besitze nicht geschützt wird. Vgl. Savigny, S. 585, Note 2. Unterholzner, II. §. 209. Brinz, S. 91. Windscheid, P. §. 164. Dagegen behaupten Pfeifer, S. 129. Zielonacki, Besitz S. 12. Sedemann, §. 30. u. 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 Savigny's auf die Ediktformel, welche die Exzeption vitioser Ausübung zuläßt, vollkommen stichhaltig. Denn diese Exzeption wäre 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 franzöf. und sächf. Recht stimmt mit dem österr. 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. Das preuß. Recht fordert also nahezu förmliche quasitraditio zum Besitzerverbe, eine Bestimmung, gegen welche wir und bei der faktischen Natur des Besitzes schon an einem andern Orte erklären mußten. S. S. 145. Die Theorie des Landrechtes billigt Bornemann, S. 574.

9) Dies ist praktische 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 Brinzj des §. 484. A. b. G. B. vor Augen hält.

10) Es kommt hiebei Nichts darauf an, ob der Ausübende die Leistung auf Grund eines weiteren oder beschränkteren Titels forderte, z. B. der Pfarrer den Zehnt auf Grund eines wirklichen oder angeblichen allgemeinen Parochialrechtes;

das Wasserableitungsrecht 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.¹¹ Ist hingegen der Besitz eines Rechtes in einem bestimmten Umfange erworben, so wird dessen Besitz in diesem Umfange erhalten, auch wenn dasselbe nicht immer in derselben Weise geübt worden sein sollte.¹² Denn der Inhalt eines Rechtes als Einheit

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 Besitzwillens genügend charakterisiert 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.

11) In diesem Sinne wurde auch nachstehender, in der Ger.-Halle J. 1863. S. 524 angeführter Fall in den beiden höheren Instanzen entschieden: Ein Bergwerksbesitzer verpflichtete sich, aus seinem Teiche den am Ausflusse angebauten Mültern wöchentlich 3 Zoll Wasser abzulassen. Dies geschah Jahre lang und zwar in der Regel am Dienstage; und wenn ein anderer Tag hierzu gewählt wurde, erfolgte dies über wechselseitiges Einverständnis. Wegen eingetretener Mißbilligkeiten ließ der Teichbesitzer das Wasser ohne vorherige Verständigung der Mültern an einem andern Tage ab, und verweigerte die Ablassung am folgenden Dienstage. Der Schlußbitte der Mültern, sie „im Besitze des Rechtes zum Bezuge von 3 Zoll Wasser am Dienstage jeder Woche zu schenken“, 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 Entscheidung des Berl. Ober-Trib. vom 9. Nov. 1855 bei Koch, Komm. I. S. 420, Note 53 a): „Der bloß thatfächlich 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 hierzu der Nachweis eines besonderen Untersagungsrechtes erforderlich.“ Dasselbe muß von Weidrechten auf fremdem Grunde gelten. Vgl. §. 502. d. G. B. — S. auch Seuffert, P. §. 175. und die daselbst Note 5. angeführten Präjudicate. — Daß das possessorisches Verfahren unzulässig sei, wenn über die Grenzen der Befugnisse des Eigentümers einerseits und des Nutzungsberechtigten andererseits gestritten wird (Erkenntn. d. Berliner Ober-Trib. v. 9. Juli 1851 bei Koch, Komm. I. S. 417, Nr. 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 possessorisches geschützt werden. In diesem S. lautet auch das Erkenntn. desselben D.-T. v. 26. Jänner 1852, bei Koch, S. 436, Nr. 92., und die Entscheid. des obersten G. H. Wien v. 1. Juli 1856. Nr. 206. der Ungerschl. S. I.

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 Untersagungs- oder Sinderungsrechtes bewirkt werden.“ (§. 351.)

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. 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.¹³ 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 eine gewöhnlich — nicht nothwendig — mit dem Hauptrechte verbundene Befugniß den Inhalt eines besonderen Rechtes, so muß deren Besitz besonders erworben werden, z. B. das Recht des Kalkbrennens oder Torfstrocknens neben dem Rechte auf dessen Brechen und Stechen.

13) Vgl. Schuster, Baur. S. 227, Note a. u. b. und Ebers, S. 677. Diese sog. adminicula 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. J. J. I.: „Ist der Besitz des Servitutsrechtes festgestellt, so bedarf es nicht der besonderen Feststellung des Besitzes des Reparaturrechtes.“ Vgl. auch Strieth. B. 47. S. 76. — Damit ist wohl auch nicht im Widerspruche, daß das röm. Recht zur Ausbesserung des Weges den Besitz des Wegerechtes nicht für hinreichend erklärt, sondern für das inter. 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 possessorischen Schutz des Refektionsrechtes bei Wasserleitungs- und Kanalservituten 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 refectionem itinerum, quam rivorum esse; quando non refectis rivis omnis usus aquae auferretur; ... at non refecto itinere difficultas tantum eundi agendique fieret. — Wollte man diese Auslegung nicht zulassen, so müßte man L. 3. §. 13. D. de itinere als Singularität auffassen.

7) Der Besitz eines Rechtes setzt begrifflich die Möglichkeit seines wirklichen Daseins voraus; es muß daher in dem bestimmten Falle die Ausübung eine solche sein, daß sie als Ausfluß des betreffenden Rechtes, um dessen Besitz es sich handelt, gedacht werden könnte. §. 24. d. N.¹⁴ 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.¹⁵ Hieraus folgt: einmal, daß derjenige, der den Besitz einer Realservitut behauptet, im Besitze desjenigen Grundstückes sein muß, zu dessen Vortheile 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.¹⁶ Der letztere Punkt bedarf keiner Erörterung. Betreffend den ersten Punkt (nämlich die bloß faktische Ausübung einer Servitut zum Vortheile eines Grundstückes — das sog. corpus), so liegt auf der Hand, daß eine solche Ausübung nicht bloß beim Eigenthümer (beziehungsweise beim Besitzer), sondern ebenso beim Usuar, Usufructuar, Pächter, Prefaristen und überhaupt bei Jedermann denkbar sei, der das herrschende Grundstück zu seinem Vortheile benützt.¹⁷ Das

14) Es ist daher ein juristisches Urding, von dem Besitze des „Bewirthschaftsrechtes“ eines Gutes oder des „Rechtes der Betriebsleitung“ eines industriellen Unternehmens, z. B. einer Zuckerfabrik, zu sprechen. Jeder Gutsverwalter, Profurist, Fabriksverwalter wäre dann im Besitze dieses angeblichen Rechtes, und müßte darin gegen den Guts- oder Fabriks Herrn geschützt werden. Von dem Besitze eines solchen Rechtes kann nicht die Rede sein, weil es überhaupt kein selbstständiges Recht mit einem derartigen Inhalte gibt. Das Recht 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- oder Dienstvertrages gedacht werden; an sich aber ist es so wenig ein selbstständiges Recht, als etwa das Aufsichts- oder Controllrecht. 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 Kotherbe den Testaments Erben, der sich in den Besitz der zum Nachlaß gehörigen Fabrik gesetzt hatte, aus der Fabriksleitung zu verdrängen sucht. Der Testamentserbe ist hier nicht etwa Quasibesitzer des Rechtes der Fabriksleitung, sondern einfach Sachbesitzer gewesen.

15) Die Quellen drücken sich dahin aus, es müsse eine Servitut geübt werden: quasi fundo deberetur, quasi debita via. L. 1. §. 11. de itin. Vgl. Albert, §. 15. Elvers, S. 684.

16) Praedia debent esse vicina. L. 14. §. 2. D. de serv.

17) Sind doch alle diese Personen berechtigt, die dem herrschenden Grund-

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 Besitzer) haben (denn nur dieser kann sie ja im eigenen Namen üben), — keinesweges aber die vorhingenannten dinglich oder persönlich Nuzungsberechtigten. Ueben 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 Nichtausübung (non usus) eintreten würde.¹⁸ Eine weitere Konsequenz ist die, daß der nuzungsberechtigte Nichteigenthümer, der eine vermeintliche Realservitut übt, im Besitze derselben nicht geschützt werden kann, weil nicht er als deren Besitzer angesehen werden darf.¹⁹ — Uebt er hingegen die Servitut im eigenen

stücke 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. Elvers, S. 110.

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. 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 Grundstücke zustehende, vornehmen, kann der Rechtsbesitz erhalten werden.“ Denselben Grundsatz sprach aus das Berliner Ober-Trib. in der Entsch. v. 7. März 1854 und vom 8. Juli 1863 (Striethorst, 22. B. S. 17 und N. F. I. Nr. 78.: „der Pächter kann als solcher die Ersetzung einer Grunddienstbarkeit für den Eigenthümer ohne dessen Auftrag nicht anfangen, wohl aber erhalten“). Vgl. Koch, Komm. I. S. 426, R. 70.

19) Anders freilich entschied Ulpian in L. 1. §. 11. D. de itinere; eine

Ramen, wenngleich mit Rücksicht auf ein von ihm benütztes Grundstück, so erwirbt er den Besitz derselben als Personalservitut.²⁰

Aus dem hier entwickelten Principe ergibt sich auch, daß an öffentlichen, d. i. zum allgemeinen Gebrauche dienenden Sachen der Besitz einer (privatrechtlichen) Dienstbarkeit nicht möglich sei, da eine exklusive Benützung durch Einzelne an derartigen der allgemeinen Benützung preisgegebenen Sachen dem Rechte nach nicht denkbar ist.²¹ Anders, wenn es sich um Sachen handelt, die im Privateigenthume der Gemeinden oder des Staates stehen. Sind z. B. von städtischen Wasserreservoirs auf Grund von Verträgen zwischen der Gemeinde und den betreffenden Hausbesitzern Wasserleitungen in Privathäuser angebracht, so liegt der Gebrauch eines Privatrechtes und daher Möglichkeit des Besitzes vor.²²

Aus demselben Principe 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. 3 a) und §. 2. des Gesetzes vom 5. Juli

Entscheidung, die wir als der strengen Konsequenz nicht entsprechend für das österr. Recht nicht theilen können. Vgl. Näheres im §. 25. Note 30.

20) Prinzipiell theilt auch Schuster, Baurecht S. 146, 264, diese Auffassung für die Bestellung des Rechtes der Servitut.

21) Vgl. Pagenstecher, P. Prax. S. 163, und die Entscheid. des böhm. D. R. Ger. vom 2. Dezember 1859. J. 15822. (ungedruckt) und des Münchener D. R. Ger. bei Mathiae, I. S. 449, worin der Quasibesitz von Wegeservituten an öffentlichen Plätzen für unmöglich erklärt wird; ebenso die Entsch. d. D. R. Ger. Kassel R. 94. bei Pfeiffer, Prax. Ausf. VII. S. 493. und die Entsch. des Stuttgarter Ober-Trib. bei Tafel, V. R. 3., während das Dresdner R. Ger. 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. besonders Höpfer, Besitz. S. 34, Note 64. S. auch §. 24. Note 1^a.

22) Vgl. auch Pagenstecher, P. Prax. S. 165, der diesen Fall im obigen Sinne entscheidet. Das Verhältnis ist ganz gleichartig dem Falle, wenn aus einer Gemeindegasanstalt in Privatwohnungen mittelst Röhren Gas geleitet wird, nur mit dem Unterschiede, daß im letzteren Falle nicht von einer Servitut, sondern nur von einem obligatorischen (übrigens gleichfalls besitzfähigen) Rechte die Rede sein kann. — Die Benützung öffentlicher Brunnen erscheint als Ausfluß des Jedermann zustehenden Gebrauchsrechtes einer res publica, quae in communi usu est (§. 287. d. G. B.).

1853. J. 130. R. G. B. angeführten Wald- und Weideservituten. Vgl. auch die Entscheidung N. 488. in Unger-Glaser's S., in welcher die Ersetzung von Servituten in Reservatwäldern für unzulässig erkannt wird.

8) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Rechtsbesitz so wenig als der Sachbesitz durch bloßen Vertrag²³ oder durch Erbgang (Erbchaft oder Vermächtniß) oder Urtheil^{23a} erworben werden kann, da hierzu ausnahmslos eine Ausübung des bezüglichen Rechtes erfordert wird. Eine Sukzession in den Rechtsbesitz findet daher so wenig statt, als in den Sachbesitz.²⁴ 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 Realservituten, Realrechte u. s. f., da hiedurch erst die Möglichkeit der Ausübung geboten ist.²⁵ Ueberhaupt gilt, was im §. 15. d. N. über die Unstatthaftigkeit der Sukzession in den Sachbesitz gesagt ist, auch von der Sukzession in den Rechtsbesitz.

23) Irrig behauptet Stubenrauch, I. S. 639 (429 der 2. N.) in Ansehung der Servituten Besitzwerb durch bloßen Vertrag ohne Angabe von Gründen.

23^a) Mit Unrecht nimmt die Entscheidung des obersten Gerichtshofes N. 505. der Unger-Glaser'schen S. 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?

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. — vgl. Heerwart, S. 199), gestattet noch keinen Schluß auf die Annahme einer Sukzession in den Besitz. Vgl. Holzschuher, II. S. 76, auch Evers, S. 686, Note p. 2., der jedoch gleich darauf, S. 687, doch wieder von einer Sukzession in den Servitutenbesitz spricht. Das sächs. Recht spricht im §. 2288. den Satz aus, daß Sukzession in den Sachbesitz nicht stattfindet; die Anwendung desselben Grundsatzes auf den Rechtsbesitz ist unabweisbar. Ueber das preuß. Recht vgl. §. 15. d. N. — Es versteht sich jedoch, daß die bereits begründeten Besitzlagen auf den Universalsukzessor übergehen. Vgl. Heerwart, S. 210. Unger, Syst. §. 40. Note 6.

25) Das Gegentheil behauptet Pachmann, §. 42. Note 15. Vgl. das Nähere oben unter §. 1., wo auch die abweichende Bestimmung des preussischen L.-R. §. 77. I. 7. angeführt ist, welche sich vom praktischen Gesichtspunkte empfehlen dürfte. Uebrigens macht sich der praktische Unterschied zwischen dem österr. u. preuß. Rechte nur bei diskontinuirlichen (unterbrochenen) Rechten geltend; denn bei kontinuierlichen und negativen Servituten besteht ja die Ausübung eben in dem ungewandelten Bestande der dienenden Sache, und bedarf es dazu keiner positiven Handlung.

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. bücherlichen oder Tabularbesitz.²⁶

§. 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 ein gewisses Benützungsbefugniß erteilen, als da sind die Wege-, Weide-, Grasereirechte (S. quae in patiando consistunt).

II. Rechte, welche ihrem Wesen nach ein Nichtthun Anderer bezwecken. Sieher gehören hauptsächlich:

a) negative Servituten, welche dem Berechtigten ein Recht auf einen gewissen, ungeänderten Zustand des dienenden Grundstückes, daher eine Verbotsmacht einräumen (§. 477. A. b. G. B. S. quae in non faciendo [prohibendo] consistunt). Z. B. die Servituten des Lichtes, der Aussicht, des Nicht-höher-bauens.¹

26) Vgl. über die Verschiedenheit des Natural- und Tabularbesitzes den §. 5. d. N. — Irrig behauptet Pachmann, S. 109, daß solche Rechte „nur dadurch, aber auch schon dadurch allein in Besitz genommen werden, daß sie auf des Besitz-erwerbers Namen eingetragen werden.“ Diese Behauptung ist nur eine Konsequenz der Ansicht Pachmann'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. 429) gleichsam als Modifikation der Regel des §. 313. des G. B. lehrt, daß „der rechtmäßige Besitz solcher Rechte nach §. 321. nur durch die Einverleibung derselben erworben werde.“

1) Darüber, ob die Servituten als „vom Eigenthume abgelöste“ Befugnisse oder als primitive Rechte anzusehen seien, besteht ein wenig fruchtbarer Streit. Vgl. Brinz, §. 70. Arndts, §. 175. und Zeitschr. N. F. III. S. 250 fg. Wangerow, I. §. 338. — Gewiß ist die Einräumung einer positiven Befugniß (Macht) der nächste Zweck der Servitutenbestellung, — der wahre Inhalt der Servitutsrechte,

b) Bannrechte, deren Inhalt darin besteht, daß der Verpflichtete gewisse Handlungen (Abnahme gewisser Bedürfnisse von anderen Personen als den 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.² — 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 Urbanaldienstbarkeiten 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 Besitzwerb und Besitzverlust dieselben Grundsätze, wie über jenen der Realservituten.³

b) Was aber die römischrechtliche Unterscheidung zwischen Urbanal- und Ruralservituten betrifft, so hat diese für das heutige Recht nur einen historischen Werth ohne praktisches Interesse, wie wohl

woraus denn von selbst folgt, daß das entsprechende Verhinderungsrecht (jus prohibendi) des Eigenthümers hinwegfalle, und es ist eine Umkehr dieses Verhältnisses, das Verbotungsrecht in den Vordergrund zu stellen (vgl. Arndts a. D.). Vom Standpunkte jenes positiven Befugnisses des Berechtigten ist die Eintheilung in affirmative und negative Serv. gefaßt, die wir (gegen Brinz a. D.) als logisch und praktisch in Schutz nehmen. Sie wird benützt im Code art. 690. 691., im preuß. L.-R. §§. 81. 86. I. 7., im A. b. G. B. §§. 313. 477., und sächs. b. G. B. §. 559.

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 Besitzwerb der nicht ausdrücklich angeführten Rechte zu beurtheilen sein, z. B. der Regalien, wo solche noch vorkommen. — Es wurde schon früher bemerkt, daß der Besitzwerb und Besitzverlust der auf das sog. Nutzungseigenthum gegründeten dinglichen Rechte nach Analogie des Sachbesitzes zu beurtheilen ist. Vgl. auch Höpfner, Besitzrechtsmittel S. 21.

3) Anders nach röm. R. und dem sächs. G. B. Vgl. Note 10.

alle Jene zugeben müssen, die diese Eintheilung nicht mit jener in *S. continuae* und *discontinuae* identifiziren.⁴

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;⁵

2) in diskontinuierliche (unterbrochene), welche in gewissen zeitlich unterbrochenen Benützungszuständen bestehen.⁶

Wir schreiten nun zu den einzelnen Arten der Rechte.

4) Vgl. Savigny, S. 584, Note 601. Hoffmann, I. §. 33. II. §. 64. Elvers, S. 377—384. Heimbach, im Rechtsf. X. S. 326. Zielonacki, Serv. S. 214. Dagegen behaupten Unterholzner, II. §. 190—193. und Sintenis, I. §. 62. Note 15. die Identität beider Eintheilungen. Allein selbst U. 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 U. auch Schirmer, II. S. 125, Anm. und Muther, S. 58. — Auch nach österr. Rechte hat die Eintheilung in Feld- und Hauservituten (§. 475—477. d. 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 Serv. — 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, Muther a. D.). Dies ist ungenau. Denn so z. B. ist die *S. stillicidii imm.* (sine projecto) gewiß eine diskontinuierliche, und doch liegt hier keine Handlung vor. Dasselbe gilt in Ansehung der Servitut des Wasserabzugsgrabens. Vergl. dazu Vangerow, I. S. 797. — Zweifelhafte ist, wohin jene Gattung von Servituten zu zählen sei, die gleichfalls in unterbrochenen Benützungszuständen 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.*, *still. 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 Emporsteigen (?) des Rauches, sondern auf der Vorrichtung beruhe.“ — Allein dies ist nicht richtig. — Nicht in dem Dasein der Anlage besteht der Inhalt dieser Servituten, sondern in der Immission des Wassers, Rauches, Unrathes u. s. f., hiemit in zeitlich unterbrochenen Akten. Vgl. auch die sehr guten Ausführungen Vangerow's, I. §. 339. S. 797 und Heimbach, R.-Lex. X. S. 326. Vgl. auch Note 24. Rein willkürlich und praktisch ganz unbrauchbar ist die von Hoffmann, II. §. 64. versuchte Eintheilung der Dienstbarkeiten, wie am besten dessen eigene unverdauliche Ausführungen (§. 65—75.) darthun.

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 bejahenden 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 Inhalte des Rechtes entsprechende Benützung der fremden Sache:⁷ also der Besitz des *Ususfructus* durch wirkliche, ausschließliche Benützung, der Besitz des *usus* durch den auf das persönliche Bedürfnis beschränkten Gebrauch; endlich der Besitz affirmativer Realservituten durch jene Benützung eines Grundstückes zum Vortheile eines Andern, wie solche dem Inhalte der betreffenden Servitut entspricht.

Hierbei entsteht die Frage, ob der Besitz derjenigen Personaldienstbarkeiten, 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. de usufr. ; Dare autem (usumfructum) intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti.*⁸ Es könnte scheinen, daß dasselbe

7) Die Zahl der Personalservituten ist nach österr. Rechte unbeschränkt (arg. §. 479.), sowie nach der herrschenden Ansicht (Arndts, §. 177. Elvers, §. 20. dagegen Cohnfeld, Irreg. Servituten 43, bes. S. 40) nach röm. Rechte und den neueren Kodifikationen (§. 601. sächs. G. B.). Indes werden hier der Kürze wegen nur die zwei Hauptarten derselben erwähnt. Die Servitut der Wohnung ist entweder *usus* oder *ususfructus* §. 521.

8) Vgl. Savigny, S. 576. Elvers, S. 674. 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 Wtschoweß, c. 5. Abs. 12—18. (Wien 1738). Von Neuern hält

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 Benützung*.⁹ 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,¹⁰ allein er trifft ebenso gewiß nicht zu für das österr. Recht, welches für den Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes (die in Rede stehenden Personalservituten nicht ausgenommen) besondere Grundsätze aufstellt, und insbesondere für dessen Erwerb wirklichen Rechtsgebrauch fordert.¹¹ Derjenige also, dem ein Grundstück zum Frucht-

Hoffmann, II. S. 134, Sintenis, I. §. 64. S. 588 und Zielonacki, Serv. S. 153 wirkliches *uti-frui* für eine Bedingung des Besizerwerbes der Personalservituten. Gegen letzteren s. nun Hedemann, Serv. S. 122.

9) Irrig sieht Böcking, §. 126., in der Apprehension der Sache schon eine Ausübung solcher Servituten. S. dagegen auch Sintenis a. D.

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. Vgl. auch Ebers, S. 674 fg. und Muther, S. 43, Note 41. — Aber eben darum, weil nur auf die mit der Detention verknüpften Personalservituten die Grundsätze des Sachbesitzes, insbesondere dessen Interdiktionsschutz angewendet wird (vgl. Savigny, S. 580), ist es nicht richtig, eben diese Grundsätze ohne Weiteres auf alle übrigen Servituten auszudehnen, und insbesondere die nur beim Sachbesitze 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 und Windscheid, §. 163. Note 5. thun.

11) Vgl. auch Bachmann, §. 42. Note 12., der irrig behauptet, daß Zeiler, II. S. 303, anderer Ansicht sei. Das sächs. Recht fordert zum Besizerwerbe 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 verteidigen. Sehen wir nur auf den Interdiktionsschutz, so ergibt

genüsse legitirt wurde, erwirbt den Besitz des Letzteren nicht schon mit der Einführung in dasselbe, etwa durch Betretung des Grundes (§. 312. erster Abs.), 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 possessoriischen 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 Besizerwerbes sei. Wenn also z. B. der Eigenthümer des dienenden Grundstückes mit demjenigen, dem er das Weiderecht oder eine Wegerechtigkeit eingeräumt hat, das dienende Grundstück betritt, ihm den Weideplatz oder Weg zeigt, oder wenn er demselben den Schlüssel zu den verschließbaren Wegeschränken übergibt, so ist damit noch nicht der Besitz jener Servituten erworben.¹²

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 seines *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 ebensovienig erworben, als dieselben zum Besizerwerbe einer Sache genügen.¹³ Wohl aber wird der Besizerwerb dann eintreten, wenn auf

sich dasselbe Resultat 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. U. U. Temme, §. 64.

12) Die Berufung auf §. 427. zum Beweise des Gegentheiles wäre aus den in der Note 10. angeführten Gründen unzulässig.

13) 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 fruendam 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 Rechtsbesitzes gleichgültig sei,

Grund eines solchen Rechtsgeschäftes ein Dritter 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 Frage, ob zum Besitzerwerbe der Servituten nothwendig ist, daß der Eigentümer der Sache von der Ausübung derselben Kenntniß habe oder nicht. Es ist dies eine Frage, die sich in der Praxis in den meisten Besitzführungsfällen aufwirft.¹⁴ Von den österr. Kommentatoren 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. Zeil-

ob der Usufruktuar sein Recht selbst oder durch den Pächter oder Käufer desselben ausübe. Dies zeigt deutlich nicht bloß der Wordersatz: *Usufructuarius vel . . . vel, sondern auch die Fortsetzung der Stelle: Quid tamen, si non locavero, sed absente et ignorante me negotium meum utatur quis et fruatur?* Vgl. 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.*

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.: *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.* L. 1. D. de S. P. R. Vgl. z. B. Wrschowitz, l. c. cap. 5. Dagegen sprechen aber die zahlreichen Quellenstellen, welche zur Ersetzung 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 exspectanda ne altera dubitationis inextricabilis 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. 585. Albert, Ankörp. S. §. 105—109. Heermart, S. 195. Sintenis, I. §. 64. R. 42. a. E. Brinz, I. S. 276. Böding, P. §. 126. Heimbach im Rechtslex. X. S. 305. Bedenken könnte nur erregen die oben angeführte c. 2. Cod. Ueber die letztere Stelle vgl. Glvcrs, Serv. S. 742. Note, der mit Recht betont, daß die Worte »eo sciente« in dem betreffenden Falle aus der Anfrage in das Restript aufgenommen worden sein dürften. Daß sich die Worte »eo sciente« auf den zur Ersetzung erforderlichen (?) Titel beziehen, behauptet Muther, S. 27 fg. Im obigen Sinne wurden auch die Rechtsfälle R. 71. u. 76. bei Pfeiffer, P. Ausf. VII. S. 356 u. 371 entschieden.

ler, 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.“¹⁵

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 Gestattung 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.¹⁶ Indem sich das Gesetz jener Worte bediente, hatte es wohl bloß den gewöhnlichen Fall vor Augen, — nämlich den Besitzerwerb auf Grund eines mit dem Eigenthümer abgeschlossenen, die Bestellung der betreffenden Servitut bezweckenden

15) Das westgal. 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.“ S. §. 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 §. und dem §. 345. keine Antinomie statthaben, so kann jener Ausdruck keinen anderen (?) Sinn haben, als daß man die fremde Sache wirklich gebraucht.“ 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.

Nanda, Besitz u. österr. Recht.

Rechtsgeschäftes. Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß nicht einmal das Wissen des Eigenthümers von der Benützung seiner Sache durch einen Dritten zum Besitzerwerbe der Servituten erforderlich sei, da das Gesetz selbst denjenigen, welcher durch „Liß 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 daran erforderlich sei, verneinen.¹⁷

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 präjudiziren, daher auch zum Besitzerwerbe eines ihn beschränkenden Rechtes nicht hinreichen könne. So argumentirt wesentlich Helm in Haimers Magaz. 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. 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

17) Vgl. Pachmann a. D., der richtig bemerkt: „Sonst müßte man sagen, daß wenn A das dem B gehörige Gut bona fide benützt und dem C zu weiden gestattet, dieser C, obwohl er in Folge einer erhaltenen Servitut weidet, nicht im Besitze des Weiderechtes sei, ... damit aber ist doch gewiß kein Jurist einverstanden.“ — 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 Grunddienstbarkeit in der Vornahme einzelner von Zeit zu Zeit sich wiederholenden 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. — Die franz. Jurisprudenz (der Code hat hierüber keine Bestimmung) fordert gleichfalls nicht patientiam d., vgl. Blanck, S. 142. — Anders freilich nach preuß. Rechte. Vgl. Note 20 und §. 28. N. 20.

Rechtsbesitze offenbar ebenso ungegründet und verkehrt als beim Sachbesitze (§. 13. d. U.). Die Frage, ob Besitz erworben ist, ist eine Frage des materiellen Rechtes, und nur nach diesem zu beurtheilen.

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 beinhaltet, daß hingegen die ferneren Ausübungsakte nur als Fortsetzung (Uebung) 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.¹⁸ 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.¹⁹

18) In einem praktischen Falle hatte ein Herrschaftsbesitzer einige Gemeindefassungen auf Störung im Besitze einer Weide wegen der im letzten Herbste 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 vorbehaltlich 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 30tägige Frist zur Einbringung der neuen Klage. Vgl. auch die Entscheid. des obersten Ger.-Hofes N. 644. der Unger-Glaser'schen S. II. — Die exceptio rei judicatae fände hier offenbar nicht statt, da aus verschiedenen Thatsachen (Störungsakten) geklagt wird.

19) Nicht unbemerkt bleiben mag, daß in Folge des §. 2. cit. und bei dem Mangel einer kürzeren Verjährungsfrist die Besitzstörungsklage noch im 30. Jahre nach dem ersten Ausübungsakte mit Erfolg angestellt werden kann, wenn der Sachbesitzer früher von derselben Nichts wußte, und daß daher selbst ein nahezu 30jähriger Rechtsbesitz durch dieselbe unwirksam gemacht werden kann (§§. 1470. 1479. U. b. G. B.), eine Anormität, welche neuere Gesetzgebungen dadurch ver-

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 Eigentümers gegenüber dem Pächter, Nutznießer oder Verwalter des dienenden Grundstückes vorgenommen worden sind, und wäre selbst die Ausübung im dolosen Einverständnisse mit Letzteren erfolgt, da ja überhaupt Wissen und Einwilligung des Eigentümers gleichgiltig sind.²⁰

Es erübrigt nur noch, den Inhalt der gewöhnlichen Realservituten und den hiernach zum Besitzerwerbe erforderlichen Ausübungsakt näher zu erörtern. — Zwei Klassen von Servituten sind hier zu unterscheiden:

meiden, daß sie für diese Klage die einjährige Verjährungsfrist (ohne Rücksicht auf das Wissen des Besitzers) festsetzen.

20) Ohne Grund verlangt Thibaut, P. §. 221. ein positives Faktum gegen den Eigentümer, s. dagegen N. 14. Dem Letzteren entspringt hieraus 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 durch die Confessorialklage (§. 525. A. b. G. B.) zu helfen wissen. Ob der Eigentümer 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 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 §§. 99. 103 — 105. I. 7. §. 521. I. 9. und §§. 90. 91. I. 21. zu behaupten ist, daß zum Nachtheile des Gutseigentümers der Besitz (besonders Erbsitzungsbesitz) 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. Vgl. die Entsch. des Berl. Ober-Trib. v. 1. Nov. 1849 und 19. Febr. 1859 bei Koch, Komm. I. S. 424, Note 65.: „Die Besitzergreifung eines negativen Rechtes (eines affirm. in unserem Sinne) gegen den Eigentümer 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 Eigentümer 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. S. Koch a. D. — Die Bemerkungen der Redaktoren bestätigen die Richtigkeit dieser Auffassung. So beantragte Suarez, daß sich der Eigentümer nach längerer Zeit mit dem Nichtwissen nicht solle entschuldigen können; und Göppler 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 Eigentümer selbst sie zugelassen hätte. Warum bekümmert er sich nicht besser um sein Grundstück?“ S. Koch, S. 225.

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 aus einander liegenden Handlungen auf fremdem Grunde ertheilen (S. discontinuae), z. B. die Wegegerechtigkeiten. —

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;^{20a} also z. B. durch Einfügung des Balkens, Aufbau auf der fremden Wand, Vollendung des vorragenden Daches u. s. f.²¹ Bloße Vorbereitungen zur Herstellung der Vorrichtung, z. B. Ausmauern der für den Balken bestimmten Oeffnung, genügen nicht zum Besitzerwerbe.²² 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.²³

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 Eigentümers. 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 superficiei consistunt, possessione retinentur. Vgl. Savigny, S. 601. Hoffmann, II. S. 26. Elvers, 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 Grundstück erfordern, wird der Rechtsbesitz durch Herstellung der Anlage oder Vorrichtung erworben.“

22) Dem steht nicht entgegen: L. 6. D. de S. P. U.

23) Vgl. die einschlägigen 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. 605. Hoffmann, I. S. 29. Albert, Uti poss. §. 83. Heerwart, S. 175. 285. Sintonis, §. 61. Hoffhirt, S. 44. Hedemann, S. 135 (prinzipiell, obgleich vorsichtiger im Ausdruck auch Elvers, S. 651. 830. Arndts, §. 192. Bruns, S. 89. Brinz, S. 97. Windscheid, S. 411) — eine Behauptung, mit welcher auch die Ausdehnung des

ad b) Der Besitz der Servituten der letztgenannten Art wird nur durch wirkliche (einmalige) Vornahme derjenigen Handlung (Benützung der fremden Sache) erworben, zu welcher die entsprechende Servitut die Befugniß ertheilt; bloße Möglichkeit der Vornahme der Handlung genügt auch hier nicht (vgl. Note 10.).

Dieserjenige Servituten, welche zwar zu ihrer Ausübung gleichfalls eine gewisse Vorrichtung auf fremdem Grunde erfordern 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.²⁴ Dasselbe gilt von der Servitut des Kalk-

interd. uti poss. auf den Schutz dieser Servituten begründet zu werden pflegt. Allein mag auch diese Auffassung römischen Juristen vorgeschwebt haben (L. 3. §. 6. D. 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 Eigenthümer 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 unsafbare 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, Zielonacki, Serv. S. 246 u. 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. quemadmodum. 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 zu glauben befiel. Vgl. besonders Brunß, S. 89—92.

24) Auf diesen nicht beachteten Umstand macht mit Recht Schuster, Baur. S. 220, aufmerksam, dessen lehrreiches Buch leider viel zu wenig bekannt ist. Vgl.

brennens auf fremdem 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 Ausschützens, des Zuleitens oder Ableitens des Wassers, des Fahrens, des Brennens u. s. f.²⁵ Denn einerseits besteht der wesentliche Inhalt in der Vornahme der Handlung, andererseits genügt zum Besitzerwerb eines Rechtes nicht schon die bloße Möglichkeit der Ausübung, sondern wird der wirkliche Gebrauch erfordert.²⁶

auch Pfeifer, Besitz S. 128, Note, und Zielonacki, Serv. S. 157. Auch Heerwart, S. 185, theilt im Principe diese Auffassung, indem er (gegen Savigny, S. 606) die Cloakenervitut trotz der zu deren Ausübung erforderlichen Kanäle zu den in positiven Handlungen bestehenden Servituten rechnet, — mit Recht, da die Ableitung des Unrathes (dessen Ausschütten) deren wahren Inhalt bildet. Vgl. dagegen neuestens Rudorff, Nr. 169. Dasselbe gilt, wie Vangerow, I. §. 339. S. 797, und Hoffmann, II. S. 209, 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 Schutze der in einer ständigen Vorrichtung dienende *int. uti possidetis* keine Anwendung. Wichtig ist diese Unterscheidung auch beim Verluste durch *non usus*. Vgl. auch Note 6. — Nach dem sächf. v. G. B. §. 357. wird wohl der Erwerb des Besitzes dieser Servituten analog dem der bloß in einer Vorrichtung bestehenden zu behandeln sein. Vgl. Note 21. Ebenso nach franz. Rechte art. 688. 707. Code. Auch die Entscheidung des Verl. Ober-Trib. Nr. 21. des Striehorst. Arch. Zw. F. I. scheint von der letzteren Ansicht auszugehen.

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, amississe videtur*. Vgl. den im gleichen Sinne entschiedenen Rechtsfall Nr. 95. in Girtanner's Rechtsfällen, und Pagenstecher, P. Prakt. S. 164. Anderer Ansicht sind Unterholzner a. D., u. S. 116, und Sentenis, §. 64. Nr. 36., der seine Meinung „an sich klar“ findet und für dieselbe die das gerade Gegentheil beweisende L. 20. D. de S. zitiirt.

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.“ — Daber hindert auch

§. 28. II a. Besizerwerb negativer Servituten.

Der Inhalt negativer Real-Servituten besteht in dem Anspruche auf unveränderte Aufrechterhaltung eines gewissen Zustandes des dienenden Grundstückes zum Vortheile eines anderen.¹ Eine nothwendige Folge dieses Rechtes ist: die Verpflichtung eines jeden Besizers 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.²

das Bestehen der Vorrichtung den Verlust solcher Servituten durch Nichtgebrauch nicht. Vgl. Schuster a. D. — Elvers, S. 677, behauptet, daß bei Wasserleitungsrechten schon die Herstellung der betreffenden Vorrichtungen zum Erwerbe der quasipossessio 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 Besizerwerbe für hinreichend erachtet wird. Der ersten Annahme widerspricht die Natur der Servitut; die letztere verwirft Elvers selbst S. 674 fg. — Ob die Serv. fumi immittendi zu den fortwährenden 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. D. Wir stimmen Letzterem bei; denn offenbar besteht der Inhalt dieser Serv. in der „immissio fumae“ und diese ist doch ebenfogat 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 immissionem. Irrig spricht Unterholzner vom „Emporsteigen“ statt von Hinüberleiten des Rauches. S. auch Zielonacki, S. 150.

1) Daß auch diese Servituten nicht bloß als Real-, sondern auch als persönliche Dienstbarkeiten bestellt werden können, darüber vgl. §. 25. Note 28. u. §. 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 (jus 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. besonders Arndts, Zeitschr. R. F. III. S. 253 und Elvers, S. 30 fg. u. S. 47. Daß die Verschiedenheit der Auffassung auch praktisch eine Verschiedenheit der Konsequenzen hervorzubringen geeignet ist, zeigt sich gerade bei der Frage vom Besizerwerbe der negativen Servituten; denn konsequent könnte deren Besitz nach jener Anschauung nur prohibendo erworben werden. — Ebenjo unrichtig ist die Theorie, welche in den Servituten eine Uebertragung eines

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 Besizerwerbe 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 herrschenden 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 thatsächlich besteht.³ Wo daher ein gewisser ungeänderter Zustand einer Sache nicht als Folge des so eigenschafteten Willens eines Anderen vorhanden ist, sondern eben nur zufällig, etwa weil eine solche Veränderung dem Besizer bisher nicht beliebte; — mit anderen Worten: wo das Unterlassen von Eigenthumshandlungen ohne eine solche Beziehung auf den Willen eines Anderen, hiemit ohne alle (rechtliche oder thatsächliche) Nothwendigkeit erfolgte, da kann von einem Rechtsgebrauche, und daher von einem Rechtsbesitze keine Rede sein.⁴ So z. B. wird ein Haus-

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 die Unrichtigkeit dieser Ansicht s. Scheurl u. Arndts a. D., Elvers, §. 5., u. Brinz, S. 259.

3) Mit Recht kehren diesen prinzipiellen allgemeinen Gesichtspunkt hervor Savigny, S. 604. Elvers, S. 680. Seuffert, Pand. §. 173. und Windscheid, S. 409, Note 4., während gewöhnlich Verbot und Vertrag, welche doch nur verschiedene Aeußerungen desselben einheitlichen Willens sind, als die eigentlichen Ausübungsakte dargestellt werden (vgl. Puchta, §. 138. Arndts, §. 187. Muther, Erf. d. S. S. 44), wobei dann die Erwerbung des Besitzes dieser Servitutsart durch Vertrag immer auffällig bleibt.

4) Dies haben die österr. Schriftsteller im Prinzipie anerkannt: vgl. z. B. Bachmann, §. 42. Winigarter, II. S. 41. Stubenrauch, I. S. 639. (429 2. Aufl.), nur in ungenauer Ausdrucksweise. Nach gemeinem Rechte besteht hierüber heut zu Tage kein Zweifel. Vgl. z. B. Glück, IX. S. 132. Unterholzner, II. §. 209. Pfeifer, Besitz §. 45. Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 13 u. IV. Abh. 1. Puchta, §. 136. Arndts, §. 187. Pagenstecher, P. P. S. 360.

eigenthümer auf die bloße Thatsache, daß der Nachbar bisher seinen angrenzenden Hofraum nicht als Bauplatz benützte, nimmermehr den Besitz des Rechtes der Aussicht, des Lichtes (Servitus, ne prospectui, ne luminibus officietur) zu stützen vermögen. In gleicher Weise wird ein Grundeigenthümer aus dem Umstande, daß sein Nachbar auf eigenem Grunde durch noch so lange Zeit keinen Brunnen grub, oder das durch seinen Grund fließende Regenwasser nicht benützte, nicht den Besitz des Rechtes ableiten können, dem Nachbar das Graben eines Brunnens oder die Benützung des Regenwassers zu verbieten.^{4a} Wollte man das Gegentheil behaupten, so käme man zu der absurden Konsequenz, daß sich jeder Grundeigenthümer im Besitze einer unzähligen Menge von negativen Servituten an benachbarten Grundstücken befände, ja es wäre regelmäßig nicht zu bezweifeln, daß

Böcking, §. 126. Windscheid, §. 163. Ebers, S. 680 und Savigny, S. 603 (der die entgegengesetzte Ansicht in den zwei ersten Auflagen vertheidigte, unter Berufung auf L. 6. §. 1. D. S. 6.). Die Ansicht einiger Aelteren, daß schon das bloße Nichtthun den Besizerwerb begründe, findet sich noch bei Holzschuher, II. §. 85. ad S.; und wird neuestens vertheidigt von Hedemann, Serv. S. 161 fg., 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 o. n. n. und seiner Zeit das interd. demolitorium gebrauchen zu können, bedarf es weder der Existenz eines Rechtes, noch seines Besitzes. Vgl. L. 20. §. 1. h. t. Die o. n. n. ist daher kein Schutz eines Rechtsbesitzes, sondern ein außerordentliches Mittel zur Erhaltung des status quo bis zur Ermittlung des Rechtszustandes. Vgl. Sittenis, §. 124. N. 59. Schmidt, Zeitschr. N. F. 8. B. S. 31, und Rudorff, Jahrb. f. g. d. R. IV. S. 127 fg. — Was L. 6. §. 1. cit. betrifft, so verstehen wir dieselbe (abweichend von Savigny a. D.) so: Bei der S. actus non toll., meint Ulpian, ist der Servitutsberechtigter immer auch Besizer, vorausgesetzt, daß der Gegner nicht gebaut hat; der Servitutsbesitz 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 Interdicte erwähnt U. 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 nach preuß. Rechte kann nach §§. 86. 87. I. 7. kein Zweifel über die Wichtigkeit der im Texte vertheidigten Ansicht bestehen. Vgl. Koch, S. 149. Bornemann, I. S. 571. — Gleiches gilt für das sächs. Recht, §. 558. b. G. B. und auch die franz. Jurisprudenz hat nie daran gezweifelt. S. Planck, §. 10., bes. Note 77.

^{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. I. und Nr. 787. II. der Unger-Glaser'schen S. und die Entscheidung vom 24. März 1863. 3. 1907. (im Präwnsk, 1864. S. 28.)

alle diese Servituten, als da: die Servitut des Nichtthorbauens, des Lichtes, der Luft, der Aussicht, der Nichtableitung des Regenwassers (§. 476. A. b. G. B.) an nachbarlichen Grundstücken vorlängst erloschen sind.⁵ 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 Unger-Glaser'schen S.): „daß die bloße Existenz eines Fensters in der Mauer weder den Besizerwerb 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.“⁶ Vgl. auch die Entsch. v. 13. April 1864. G. S. Nr. 104.

⁵ Gegen die eigenthümliche Ansicht von F a h n e, Das Fenster- u. Lichtrecht (Berlin 1835 u. 1840), daß der Besitz dieser Servituten schon durch das Dasein der Fenster erworben werde, indem der Eigenthümer des Gebäudes den Raum über dem nachbarlichen Grunde dadurch benutze, daß er aus demselben Licht und Luft in sein Gebäude hole (?) und hiedurch den Raum des Nachbarn in Gebrauch nehme und diesem den Gebrauch desselben Raumes rechtlich unmöglich mache, vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII. S. 334 fg., welcher mit Recht darauf hinweist, daß es dem Eigenthümer der Wand kraft seines Eigenthumsrechtes zustehe, in derselben Oeffnungen, insbesondere Fenster anzulegen, und daß die ganze künstliche Beweisführung F.'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 Benützung des nachbarlichen Raumes vorgenommen werde. Die Beweisführung F.'s muß nicht nur für das röm. Recht, sondern auch für das preuß. Landrecht und den franz. Code als völlig vergriffen zurückgewiesen werden. Vgl. D a n g e r o w, I. §. 342. S. 827, §. 137. I. S. 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. vergeblich zu widerlegen sucht. Ueber das kurhess. Recht vgl. Pfeiffer's lehrreiche Ausführungen a. D.

⁶ Daß mitunter namentlich in erster Instanz, leider aber auch bisweilen in höherer Entscheidungen im entgegengesetzten Sinne erflossen sind, ist jedem Praktiker bekannt; glücklicher Weise kommt dies immer seltener vor; eine konstante Spruchpraxis des obersten Gerichtshofes würde dieser ebenso gefegwirdigen, als praktisch gefährlichen Rechtsanwendung bald ein Ende machen. Auch die Spruchpraxis des gemeinen Rechtes ist fast durchwegs der hier vertheidigten Ansicht (vgl. Seuffert's Arch. I. 4. VI. 15. u. 315. XIV. 13.) —; ebenso die des preuß. Rechtes, vgl. neuerlich die Entscheidung des Berl. Ober-Trib. vom 11. Febr. 1859 bei Striehorst, Arch. Zw. F. I. N. 1. und ähnlich N. 10. 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 Holzschuher, II. S. 102), 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

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 gegentheiligere 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. u. 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.⁷ Von dem zweiten Falle handelt das Gesetzbuch ausdrücklich nur im Kapitel von der Ersetzung, jedoch unter Berufung auf den §. 313., in welchem also das Wort „Verbot“ im weiteren Sinne (wörtlichen und thatsächlichen Widerspruches) zu nehmen ist. Vgl. §. 1459.: „Hat aber eine Person der Anderen die Ausübung eines solchen Rechtes (sc. eines jus merae f.) untersagt, oder sie daran verhindert, so fängt der Besitz des Untersagungsrechtes von Seite des Einen gegen die Freiheit des Anderen von dem Augenblicke an, als sich dieser dem Verbote und der Verhin-

des Nachbarn Hof ein Fenster ausbrechen sollte. Vgl. auch die böhm. Stadtrechte, K. 16: „Es soll einer dem anderen mit neuen Gebäuden nicht muthwilliger Weise das Licht verbauen oder verfinstern.“ 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 unerwiesen; das Fensterrecht ist vielmehr in den einzelnen Partikularrechten in der heterogensten Weise geregelt. Vgl. Bluntzschli, D. P. R. §. 87. lit. i., Hillebrand, D. P. R. §. 75. und Gerber, D. P. R. §. 87. Ueber die cit. o. 12. C. und die älteren österr. Landrechte vgl. die werthvollen Bemerkungen S c h u s t e r ' s, S. 9 fg.

7) Daß ein bloßes Verbot ohne den Versuch einer entgegengesetzten Handlung zum Besitzwerbe 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. und sächs. Recht lassen hierüber keinen Zweifel. Vgl. Note 8. Einen Versuch entgegenstehenden Handelns sehen gewöhnlich auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller voraus. Vgl. z. B. S a v i g n y, S. 602. P u c h t a, R.-Lex. S. 70. B ö c k i n g, P. §. 126. E l v e r s, S. 681. — Eine entgegengesetzte Bestimmung wäre praktisch bedenklich.

derung gefügt hat.⁸ . . . (§§. 313. u. 351.).“ So auch §. 1482. A. b. G. B.^{8a}

3) Der Wille des Erwerbers kann ferner zur Geltung kommen in einem über sein Ansuchen ergangenen richterlichen Verbote eines entgegenstehenden Versuches.⁹ Dieser Fall kann sich leicht, z. B. in der Weise ereignen, daß der Besitzer des herrschenden Grundstückes gegen seinen Nachbarn, der zu bauen begann, ohne sich nach Vorschrift der Gerichtsordnung geschützt zu haben, auf Grund der eingebrachten Besitzstörungsflage nach Maßgabe der §§. 340—342. A. b. G. B. u. §. 8. des Besitzstörungsverfahrens ein provisorisches richterliches Verbot der Fortsetzung des Baues erwirkt, der Prozeß aber nicht fortgesetzt

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. S a v i g n y, S. 602. P u c h t a, §. 136. A r n d t s, §. 187. B ö c k i n g, §. 126. W i n d s c h e i d, §. 163. E l v e r s, S. 681. Dagegen läugnet H e e r w a r t, 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 R u d o r f f, zu P u c h t a ' s P. §. 139. N. 9. und B r i n z, S. 96. — Das preuß. L.-R. §. 86. I. 7. bestimmt: „den Besitz eines Untersagungsrechtes erwirkt 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.“

8a) Es versteht sich, daß, wenn der Widerspruch nicht in der Absicht gesetzt wurde, eine wirkliche oder angemessene Servitut geltend zu machen, von Besitzwerb derselben keine Rede sein kann, z. B. wenn der Verbieter glaubte, der Platz, auf welchem der Nachbar baut, sei ein öffentlicher Platz oder sein Eigenthum. Das Dasein des Willens aus konkludenten Thatfachen zu erschließen, ist Sache des richterlichen Ermessens (§. 25. N. 18.). Von einer „Vermuthung“ des Besitzwillens in den obigen Fällen spricht P f e i s e r, S. 141, — gewiß mit Unrecht, sofern darunter mehr als einfache praes. hominis gemeint sind.

9) Vgl. S a v i g n y, B ö c k i n g a. D. und S i n t e n i s, §. 64. Note 37. Weber 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 Nuntiation ein Privatakt war. Die Berufung S e u f f e r ' s, P. §. 420. N. 20. auf L. 3. §. 10. h. t. ist offenbar irrig. Vgl. auch B a n g e r o w, III. §. 676. R u d o r f f, Jahrb. f. g. 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 novi nuntiatio heut zu Tage an die Stelle des Privatverbots ein richterliches zu treten habe (vgl. S i n t e n i s, §. 124. Note 59. und A r n d t s, §. 330. Note 8.), so gewinnt dieser Fall an praktischer Bedeutung auch für das heutige römische Recht.

wird, und der Beklagte es dabei bewenden läßt; wobei selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß Kläger nicht schon im Besitze der betreffenden negativen Servitut war.¹⁰

4) Der Wille des Erwerbers kann sich endlich äußern in Form eines mit dem Besizer des dienenden Grundstückes abgeschlossenen, auf Bestellung der Servitut gerichteten Vertrages,¹¹ 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.¹² Denn alsdann ist das Unterlassen von gewissen sonst zulässigen Eigenthums-handlungen kein zufälliges mehr, sondern 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 Besizerwerbes 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.¹³ Hier-

10) Der Erlaß eines solchen vorläufigen Verbotes setzt nicht den Beweis des Besizes voraus.

11) Vgl. Savigny, S. 604. Rößhirt, S. 44 u. 70. Unterholzner (Schirmer), II. §. 209. Pfeifer, S. 141. Arndts, §. 187. Böcking, §. 126. Glörs, S. 681. — Dagegen Heerwart, S. 228 wegen angeblichen Mangels gesetzlicher Belege; so auch Bessel, Civ. Arch. 13. B. S. 410. Vgl. indeß L. 6. §. 1. D. 8. 5. u. 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), Bachmann, §. 42. Anderer Ansicht ist Unger, Entwurf d. sächs. G. S. 92. Auch die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 18. Februar 1857 (Unger-Glaser'sche S. N. 300.) geht von der obigen Anschauung aus.

12) Eine solche Aeußerung ist aus dem Grunde nöthig, weil ohne Willen und zwar geäußerten Willen des Erwerbenden überhaupt kein Besiz begründet wird. Dies wird gewöhnlich übersehen. Nur mit diesem Vorbehalte ist die Behauptung stichhältig: „daß der Besiz solcher Servituten durch jede juristische Handlung erworben wird, welche ihrer Form nach das Recht der Servitut übertragen kann“ (Savigny, S. 605), oder „die Apprehension geschieht durch Vertrag oder letztwillige Verfügung des Eigenthümers“ (Böcking, P. §. 126.), oder „der Besiz wird erworben durch die Erklärung des Beschränkten, die Handlung unterlassen zu wollen“ (Buchta, §. 138. Muther, S. 44).

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. und das sächs. G. B. §. 558. bestimmen aus-

aus ergibt sich auch, daß in diesem Falle nur eine scheinbare Ausnahme von der Regel vorliegt, daß durch Vertrag oder Erbgang allein niemals Besiz erworben wird.

5) Der Besizwille ist endlich vorhanden, wenn Jemand über die von ihm erhobene Servitutenklage (actio confessoria) ein günstiges Urtheil erwirkt hat, dem sich der Beklagte fügte oder fügen mußte, sofern der obliegende Theil nicht schon früher im Besitze war.¹⁴

Allein wie überhaupt der Besizwille (animus) an sich zum Besizerwerbe nie genügt, sondern nur der realisirte Wille (animus et corpus), so wird auch hier dazu erfordert, daß der Wille auch zur thatfächlichen Geltung gekommen sei.¹⁵ 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 Besizers 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 thatfächlicher Verhinderung).¹⁶ Es äußert sich entweder in der Form

drücklich, daß der Besiz der negativen Servituten erworben wird: „wenn die Dienstbarkeit eingeräumt oder anerkannt wurde.“ Das preußische L. R. scheint aber von der irrigen Ansicht auszugehen, daß der Besizerwerb 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. Lemme, §. 64., bemerkt, daß diese Bestimmung eingeführt sei, „weil sich das Gesetz (?) überzeugt habe, daß eine konsequente Durchführung des wirklichen Handelns und Abstehens zu Spielereien führen müßte.“ Wirklich nur darum?

14) Denn auch hier liegen dieselben Gründe vor, aus denen im Falle 4. Besizerwerb 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 Besiz des entgegengesetzten Unterfügungsrechtes.“ S. Koch, Komm. I. S. 420. N. 54. Zu tadeln ist nur, daß hier von einem selbstständigen Unterfügungsrechte gesprochen wird, wo es sich nur um den Wegfall eines das Eigenthum beschränkenden Rechtes handelt. Vgl. §. 35. N. 2.

15) Adipiscimur possessionem et corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. L. 3. pr. D. h. t.

16) Sat 3. B. der A den B durch thatfächliche Gewaltanwendung an der Auf-

des „Abstehens“ von dem Versuche einer entgegenstehenden Handlung, oder einfach in deren Nichtvornahme. Des Ablaufes eines gewissen kürzeren oder längeren Zeitraumes, durch welchen hiedurch 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.¹⁷

führung 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 d. 2. A.), 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 Thatsache der über fremden Willen 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 hätte, 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. Note 15.

17) Gleiches muß konsequenter Weise nicht nur für das römische, sondern auch für das preussische und sächsische 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. Hiedurch beheben sich die von Heerwart, S. 288 u. 300, angeregten Zweifel über die Möglichkeit, die Bedingungen des Besitzerwerbes negativer Servituten nach römischem 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 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“ (S. 288). — Er hält daher eine positive Bestimmung der Zeit, aus deren Verlaufe ohne Klageanstellung oder dem Verbote zuwiderlaufendes Handeln die Beruhigung geschlossen werden kann, für unerläßlich (S. 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 sächsische P. D.) 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

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß sich der Besitzerwerb der negativen Real-Servituten nicht denken läßt: einerseits ohne den Willen des Besitzers des herrschenden, andererseits ohne den entsprechenden Willen des Besitzers des dienenden Grundes.¹⁸ Hiebei entstehen nun zwei Fragen:

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 definirende Nichteigenthümer sich dem fremden Verbote fügt, beziehungsweise ein dahin abzielendes Rechtsgeschäft abschließt?

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. N. 795. in Unger-Glaser's S. II. 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. A. 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 Besitzstörungsklage 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 beheben sich die ferneren von Heerwart, S. 287, erhobenen Zweifel über die Möglichkeit eines Besitzes schuzes 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 geschügt werden soll; denn beides zugleich ist unmöglich.“ — Wird der Besitzstörungsklage 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, entweder 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.

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. Nutzungsberechtigte Nießbrauchseigenthümer 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 Verbot, oder ein mit diesem abgeschlossener Vertrag zum Besitzerwerbe nicht hinreichen würde.¹⁹ 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 Hand-

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. und §. 125. I. L. R. entgegen). Allerdings kann durch Ablauf von 30 oder 40 Jahren die Errichtung der Servitut eintreten; allein dies ist dann des Eigenthümers oder seines Vertreters Schuld; am letzteren mag jener sich regressiren.

lungen abgelaufen haben; das Wissen oder die Genehmigung des Eigenthümers hat für die Frage, ob Besitz erworben ist, keine Bedeutung.²⁰ In gleicher Weise muß nicht nur ein mit dem vermeintlichen 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 befugt war.²¹

20) Dasselbe muß aus Gründen innerer Konsequenz auch für's röm. Recht behauptet werden. Savigny, S. 605, erkennt dies im Principe 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 Puchta, §. 138. Arndts, §. 187. Evers, S. 681. Windscheid, §. 163. Note 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. R., ergibt sich aus dem §. 612., welcher bestimmt, daß der Nutznießer dafür Sorge zu tragen habe, daß an der Sache keine Dienstbarkeiten durch Errichtung 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 Grundsätze auch für diesen Fall ausreichend hielt, „auch im Falle einer nicht ganz erschöpfenden Aufzählung der dabei möglicher Weise in Frage kommenden Personen die Besorgniß hegte, daß von dem arg. a contrario eine der Sache nicht entsprechende Anwendung gemacht werden möchte.“ (S. 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 ist. 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, Note 65. und die daselbst angeführten Erkenntnisse des Obergerichtsbundes. 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.

21) Der zweitgenannte Fall könnte zweifelhaft scheinen; allein man bedente, 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 Bestel-

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 gewillkürten Belassen, beziehungsweise Unterlassen auf Seite des Besitzers des dienenden Grundstückes.²²

§. 29. II b. Besitzwerb der Bannrechte.

Eine dem deutschen Rechte eigenthümliche Gattung von Rechten sind die Bannrechte. Das Wesen derselben besteht in dem Befugnisse des Berechtigten, zu verlangen, daß die Eigenthümer gewisser Realitäten oder Gewerbsgerechtigkeiten als solche, 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

lung einer Dienstbarkeit, sondern bloß auf eine persönliche Obligation des Detentors gerichtet war, vom Besitzwerke 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. 605, „Wer z. B. das jus altius non tollendi besitzt, hat eigentlich nur den Besitz des Hauses, so oder anders modifizirt,“ und ähnlich Roschirt, S. 44 und Albert, Interd. uti possidetis S. 108). „Qualität“ in diesem Sinne ist ein juristisch nichtsfagender, unhaltbarer Begriff. Vgl. dagegen §. 27. N. 23. d. B. Vollends ohne Sinn ist jene Bezeichnung in Ansehung der negativen Servituten, wie die trockene Erwägung der obigen sachwidrigen Behauptung S. 3 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 widernatürliche Auffassung die meisten Neueren. Vgl. Heerwart, S. 285. Bruns, S. 89. Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. 11. B. S. 348 fg. Zielonacki, Serv. S. 249 fg. Windscheid, §. 163. Note 5. Hedemann, S. 156. Daraus folgt für das römische Recht, daß das interd. uti possidetis auf negative Servituten nicht anwendbar ist.

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.¹ Diesen negativen Charakter desselben anerkennt das A. b. G. B. ausdrücklich in §. 1459.

Beispiele solcher Rechte sind in Oesterreich der Bierzwang (Propinationsrecht), nämlich das Recht eines Bräuberechtigten, den Eigenthümern gewisser schankberechtigter Wirthshäuser den Ausschank jedweden anderen, als des von ihnen abgenommenen Bieres zu untersagen;² der Mühlzwang, d. i. die hypothetische Verpflichtung der

1) Vgl. Heimbach, R.-Lex. XV. S. 704. Walter, D. P. R. §. 493. Gerber, D. P. §. 156. N. 3. Duncker a. a. D. S. 68. Wächter, II. §. 48. S. 319. Heerwart, S. 298. Höpfner, Besitzr. S. 22, welche mit Recht den negativen Charakter der Bannrechte herausheben. Maurenbrecher, P. R. §. 183. 184., findet in den Bannrechten 1) ein Verbotrecht, 2) einen positiven Zwang. Ungenau sagt auch Buchta, R.-Lex. S. 70, daß Bannrechte ein Thun und ein Unterlassen beinhalten. Ueber den obligatorischen Charakter derselben vgl. §. 27. Note 33. d. A. Mitunter werden jedoch die Bannrechte als eine Art der Realitäten aufgefaßt, nämlich als die Verbindlichkeit, Bedürfnisse bestimmter Art durch den Bannberechtigten befriedigen zu lassen, — hiemit als Zwang zu einem gewissen Thun. Dies thut nebst vielen Aelteren noch Roschirt a. a. D. S. 70 ff. Die letztere Auffassung, welche auch in unserer Praxis als die herrschende angesehen werden kann, muß nothwendig zu irrigen praktischen Konsequenzen führen. Man denke, um vom Besitzwerke 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. A. 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 der Exekution von Unterlassungen (durch Geld-, eventuell Arreststrafen auf zuwiderlaufende Handlungen) zu führen. Vgl. §. 9. der k. Verordn. vom 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 unsern Schriftstellern erwähnen der Bannrechte nur Winwartter, V. S. 162 und Unger, II. S. 272, N. 64, ohne sich jedoch näher über ihre Natur auszusprechen.

2) Das Propinationsrecht blieb von der Aufhebung des Untertansverbandes

Bewohner eines bestimmten Bezirkes, ihr Getreide in einer bestimmten Mühle mahlen zu lassen;³ 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. Absf. 7.). Ist nach dem Stande der Gesetzgebung ein gewisses Bannrecht absolut unzulässig, so kann umsoweniger dessen bloß faktische Ausübung Anspruch auf rechtlichen Schutz machen. Hiernach findet auch nur bei gesetzlich zulässigen Bannrechten ein Besitz statt.⁴

Nach Aufhebung der auf dem Unterthansverbande beruhenden Zwangsrechte haben wir es hiemit nur mit Bannrechten zu thun, welche aktiv und passiv mit dem Besitze (Eigenthume) gewisser Realitäten verbunden sind; und dahin gehört vor Allen der Propinationszwang.⁵

unberührt. Vgl. d. böhm. Statth. Erl. vom 10. März 1856, Z. 14. R. G. B. Wie jedes Bannrecht enthält auch das Propinationsrecht einen indirekten Zwang zur Abnahme. Vgl. Hofd. vom 27. Febr. 1788.

3) Der Mühlzwang der Obrigkeiten wurde in Oesterreich schon mit dem Unterthanspatente vom 1. November 1781 aufgehoben, und neuerlich durch die Mühlenordnung vom 1. Dezember 1814, art. 3. untersagt.

4) In Oesterreich wurden die Bannrechte schon im Laufe des vorigen Jahrhunderts insbesondere durch das Unterthanspatent vom 1. November 1781 fast durchwegs aufgehoben. Vgl. Hofd. vom 27. Febr. 1788: „desgleichen ist Jedem unbenommen, seine Getränke in und außer der Herrschaft, von wem er will, in den Erblanden heizuschaffen;“ — und Hofd. vom 26. März und 17. August 1787: „Kein Unterthan ist schuldig, Feilschaften, Lebensmittel oder Getränke zum Kauf oder Verkauf ... sich aufdringen zu lassen.“ Hofd. v. 11. Dezember 1786: „Auch das Salz sind die Unterthanen nicht gehalten von der Obrigkeit zu nehmen.“ Hofd. vom 30. Juli 1789: „Jedem Unterthan steht frei, sein Getreide wo er will ... vermahlen zu lassen, und ist aller herrschaftliche Mühlzwang aufgehoben.“ Vgl. auch *Winiwarter*, V. S. 162. — In Preußen sind mit Edikt vom 28. Oktober 1810 der Mühl-, Brau- und Branntweinzwang, durch Edikt vom 2. November 1810 und Gesetz v. 7. Sept. 1811 alle nicht vertragsmäßigen Bannrechte aufgehoben worden.

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 müsse, daß der Gegentheil die Abnahme der Waaren von Dritten unterläßt. Denn, mag man nun die Bannrechte als dingliche oder obligatorische Verbotsrechte behandeln, und hiernach auch auf die Analogie der Servituten oder auf die Grundsätze des Obligationenrechtes 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:

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 . . . 3. 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, und es wird dadurch, wenn alle übrigen Erfordernisse eintreffen, die Ersetzung oder die Verjährung bewirkt (§. 313. u. 351.).“⁶ Das G. B. handelt hier von den sog. Handlungen freier Willkür (*jura merae facultatis*)⁷ und bestimmt, daß das über den

vgl. schon *Schuster*, *Baurecht* S. 115 und *Unger*, I. S. 490). — Ohne Interesse an dem Unterlassen des Anderen — kein Besitz von Verbotsrechten. Dieses Interesse wird im Allgemeinen darin bestehen, daß der Verbotsleger gewerbsmäßig jene Waaren erzeugt, deren Abnahme durch das Bannrecht indirekt erzwungen werden soll. Vgl. auch *Duncker a. D.* S. 72. *Puchta*, *Vorl.* I. S. 274.

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 §. in keiner Weise auf Realkaften, 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. besonders *Pfeiffer*, *Prakt. A. II.* S. 17 u. 98 fg. 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 über den Willen des Einen unterlassene Vornahme solcher Handlungen seitens Anderer zum Besitzerwerbe des betreffenden Rechtes führen. Vgl. *Pfeiffer*, *Prakt. Ausf. II.* S. 17 fg. Ueber die Nutzlosigkeit des Begriffes: *res merae facultatis* vgl. *Unterholzner* (*Schirmer*), *Verj.* I. §. 25. In dieser Beziehung bemerkt schon *Kritz*: „Täuscht 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. S. 188 fg. Der Grund, warum sog. *res m. f.* regelmäßig kein Gegenstand des Besitzes und der Ersetzung sind, ist also der: daß es bei denselben an den

Willen eines Anderen erfolgte Unterlassen derselben für diesen zum Besitzerverbe (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 Besitzerverbe von Rechten überhaupt Ausübung ihres Inhaltes „in eigenem Namen“ erforderlich ist, muß hienach behauptet werden, daß zum Besitzerverbe eines Bannrechtes erfordert wird:

I. was das Faktum der Ausübung betrifft: ein Unterlassen, nämlich die unterlassene Abnahme von gewissen Waaren, z. B. des Bieres, Salzes von Dritten, d. i. von Anderen, als dem wirklich oder angeblich Bannberechtigten.⁸ 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 geoffenbarten Willens des (wirklich oder angeblich) Bannberechtigten.⁹ Hieraus ergibt sich, daß beim Besitzerverbe der Bannrechte sowohl der Wille des angeblich oder wirklich Bannberechtigten, als der Wille des (angeblich oder wirklich) Bannverpflichteten in Betracht

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 Winwarter, V. S. 162) nicht verjährt werden kann!

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. Höpfer a. D. S. 22. Anderer Ansicht scheint Buchta, R.-Lex. S. 70 und Vorles. I. S. 299 zu sein: „zum Besitzerverbe 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.

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 Niemanden Anderen abzunehmen habe, als von ihm,¹⁰ und dem entsprechend muß

b) der Wille des Letzteren dahin gehen, in Unterordnung unter diesen Willen des Ersteren die bestimmte Waare von Niemanden Anderen abzunehmen als von diesem.¹¹

Der Wille jenes Ersteren kann sich äußern entweder:

1) in der Form eines Verbotes oder thatsächlicher Verhinderung des Versuches entgegenstehender Handlungen;^{11a}

2) in einem zwischen beiden Theilen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, welches an sich geeignet wäre, 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.¹²

Der Wille des anderen Theiles muß sich in allen diesen Fällen

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 Pfeiffer, VII. S. 264, angeführten Erkenntnisse des D. N. Ger. Kassel Besitz eines Mühl-Bannrechtes nicht angenommen. „Dieser, heißt es daselbst, könne darin allein nicht gefunden werden, daß die Einwohner seit Menschengedenken in der Mühle gemahlen und auch geglaubt hätten, hiezu 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 und sich von Seiten der angeblich Gebannten dabei beruhigt worden sei.“ Worauf hin das D. N. Ger. einen Zwang für nöthig erachtete, sehen wir nicht ein; es sei denn, daß darunter bloß der stringente Wille des Bannenden verstanden worden wäre.

11a) Ohne die thatsächlich vollbrachte oder versuchte Vornahme solcher entgegenstehender Handlungen entbehrt das Verbot der realen Unterlage. Vgl. §. 1459. N. 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. Verordnung vom 27. Oktober 1849 ergeht und der Prozeß nicht fortgesetzt wird, oder daß über dessen petitorische Klage ein günstiges Urtheil erfolgt.

äußern, entweder in dem Abstehen von Handlungen entgegenstehender Art über den wörtlichen oder thatsächlichen Widerspruch des Anderen, oder in der Nichtvornahme derartiger Handlungen zu Folge eines Rechtsgeschäftes oder Urtheiles.¹³ 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 Besitzwerbes, sondern eben nur ein anderer Ausdruck des „gewillfürten Unterlassens.“¹⁴ Daher kann, wenn der Prohibirte über die wörtliche 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.¹⁵ Denn Protestationen können ihren Zweck, gewisse Schlussfolgerungen des Willens aus den konkludenten Handlungen auszuschließen, nur dort erreichen, wo über

13) Hieraus ergibt sich, daß das auf Grund eines Vertrages erfolgte Unterlassen entgegenstehender Handlungen ebenso gut zum Besitzwerbe eines Bannrechtes genügt, wie das Abstehen 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, nothwendiges. 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) angebauert 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: „Abstehen,“ „Unterlassen,“ „Fügen“ — ist ebensowenig eine Bedingung des Besitzwerbes der Bannrechte als der Servituten. — Die aus den Zweifeln: wann „Beruhigung“ angenommen werden könne, gegen die Möglichkeit eines Besitzes an Bannrechten hergehenden Gründe (Heerwart, S. 299) entbehren daher der Berechtigung. Vgl. auch §. 28. Note 17. und die Entsch. des obersten Ger.-hofes N. 795. in Unger-Glaser II., welche Erwerb des Besitzes des Untersagungsrechtes 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 Servituten 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 „gewillfürtes Unterlassen“ bedeuten soll) ist eben keine Bedingung des Besitzwerbes.

den Inhalt des Willens Zweifel möglich sind, nicht aber da, wo, wie in unseren Fällen, das Handeln (Abstehen, Unterlassen) gar keine andere Deutung zuläßt.¹⁶ Die Anstellung von „Klagen“ kann aber, wo nicht positiv das Gegentheil vorgeschrieben ist, selbstverständlich den Besitzwerb eines Rechtes in keiner Weise verhindern.¹⁷ Ob das „Fügen“ (Unterlassen) ein freiwilliges sei, wie im Falle eines Rechtsgeschäftes, oder ein erzwungenes, oder hinterlistig erschlichenes oder mißbräuchlich angemaßtes sei, ist bei der Frage, ob Besitz erworben ist, ganz gleichgültig, und kann nur bei der Frage, ob fehlerfreier (echter) Besitz vorliegt, in Betracht kommen.¹⁸

Das Dasein des erforderlichen Willens auf der einen und der anderen Seite hat derjenige zu beweisen, der den Besitz behauptet.

Analog dem Besitzwerbe der Bannrechte ist der Besitz derjenigen privatrechtlichen Gerechtsame zu beurtheilen, welche die Berechtigung zum ausschließlichen Betriebe eines Gewerbes innerhalb eines gewissen Ortes oder Bezirkes erteilen.¹⁹ Dahin gehören z. B. ausschließliche Bräugerechtigkeiten, Ueberfuhrsrechte u. dgl.

§. 30. III. Besitzwerb der Reallasten.

Die der Reallast entsprechende Berechtigung auf gewisse von Zeit zu Zeit wiederkehrende, von jedem Eigentümer 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 Ausgedingsrecht (Leibzucht, Auszug).¹ — Das Witt-

16) Vgl. Unger, Syst. II. S. 105.

17) Anders z. B. nach der kurfürstlichen Prozeßordnung (§. 19.), der zu Folge durch die binnen Jahresfrist angestellte Klage der Besitzwerb verhindert wird. 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 bräuberechtigte A den Wirth B durch Drohungen dahin brächte, daß dieser sich dem Verbote, von anderen Bräuern Bier abzunehmen, gefügt hat, so hat jener den Besitz ohne Zweifel erworben.

19) Vgl. hierüber Heerwart, S. 302 fg.

1) Das Ausgedinge — 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 Viktualien (Getreide, Mehl, Butter, Milch, Eier, Federvieh u. s. f.), von Geld, von Beheizungs- und Beleuchtungs-

thum und die Apanage, Leibrenten und Beholzigungsrechte können die Qualität einer Reallast haben;² die letzteren selbstverständlich nur dann, wenn der Berechtigte vom Waldeigentümer die Ablieferung einer gewissen Quantität des von letzterem selbst zu schlagenden Holzes verlangen kann.³ Dagegen sind Abgaben und Dienste öffentlich-rechtlicher Natur, als da: Steuern, Gemeindeabgaben, Begräbnerdienste vom Begriffe der (privatrechtlichen) Reallasten unbedingt auszuschließen.^{3a}

material u. s. w. und ist regelmäßig mit der Servitut des Wohnungsrechtes verknüpft. Die Uebung, Ausgebirge zu bestellen, ist außerordentlich verbreitet. Ich glaube namentlich von Praktikern keinen Widerspruch zu erfahren, wenn ich die Erlassung eines die Bestellung und den Umfang der Leistungen regulirenden Gesetzes für ein ebensozwingendes wirthschaftliches Bedürfnis erkläre, als die privatrechtliche Normirung dieses Instituts für ein Postulat einer gleichmäßigen Rechtsentsprechung in diesem Zweige.

2) Dann nämlich, wenn sie in gewissen sich wiederholenden Prästationen bestehen, und von jedem Eigenthümer eines Grundes als solchem zu leisten sind. Das Eigenthum 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 (dem Grundeigenthume) und nicht aus einem Kontrakte. Ist also z. B. in einem Vertrage bestimmt, daß der Uebernehmer der Wirthschaft dem Verkäufer durch eine bestimmte Zeit jährlich 50 Fl. zu zahlen haben, und daß diese Verpflichtung pfandrechtlich sichergestellt werden soll, so liegt ein einfaches Kontraktverhältniß vor, daß auch durch die Verbücherung nicht zur Reallast wird. Der Uebernehmer und seine Universal-successoren sind zur Zahlung verpflichtet; übergeht die Realität auf Dritte, so haben diese nur das Pfandrecht übernommen (§. 443. 928. A. b. G. B.), aber nicht die persönliche Zahlungsverbindlichkeit. Heißt es aber im Vertrage: daß der Uebernehmer und jeder nachfolgende Besizer verpflichtet sein soll, jene Leistung zu entrichten, so liegt eine Reallast vor. Dieser Unterschied ist in vielen Beziehungen von der größten praktischen Bedeutung. Vgl. Unger, I. S. 560. fg. — Ueber das Wesen der Reallasten, die in der Praxis mit hypothekarischen Lasten und Leistungen öffentlich-rechtlicher Natur in einen Topf geworfen zu werden pflegen, vgl. Unger's treffliche Ausführungen I. §. 63. Heimbach sen., Rechtsler. IX. Gerber, D. P. R. §. 170. Bluntschli, D. P. R. §. 89.—93. Walter, D. P. R. §. 147.

3) Denn hat der Berechtigte das benötigte Holz im fremden Walde selbst zu fällen, so liegt einfach eine affirmative Servitut vor (§. 477. u. 482. d. G. B.). Vgl. über das Beholzigungsrecht den gründlichen Aufsatz Pfeiffer's, Prakt. Ausf. VIII. Nr. 4., der jedoch formell darin irrt, daß er die Reallast der Beholzigung als „denkrechtliche Servitut“ bezeichnet, und dieselbe nach Analogie der römischen Servituten behandelt wissen will, weil angeblich bisher (der VIII. B. erschien 1846) die Lehre von den Reallasten noch nicht zu praktisch anerkannten Resultaten geführt habe (§. 176.—178.). Sachlich trifft Pfeiffer das Richtige.

3a) Unger, I. S. 566. Gerber, P. R. §. 168. Nr. 2. Walter, P. R. §. 147. Heimbach, im Rechtsl. IX. S. 63. — Regelmäßigkeit der Leistung ist

Wie zum Besizerwerbe von Rechten überhaupt zweierlei nothwendig ist, nämlich Ausübung eines Rechts in h a l t e s und der auf den Gebrauch im eigenen Namen (für sich) gerichtete Wille, so ist dies auch bei Reallasten der Fall.

I. Was zunächst den Inhalt der Reallasten betrifft, unter denen wir hier das Recht der Reallast verstehen, so besteht derselbe, wie dies bei allen obligatorischen Rechten der Fall ist:

1) einerseits in einem Leisten von Diensten oder Abgaben durch den Eigenthümer des (wirklich oder vermeintlich) belasteten Grundstückes (oder dessen Stellvertreter) und zwar als Reallast,

2) andererseits in dem Empfange dieser Leistung als Reallast durch den Anderen.⁴

Nur die wirkliche Ausübung, nicht die bloße Möglichkeit derselben begründet den Besiz der Reallast.^{4a} Die Erwerbung des Be-

zuges zum Begriffe der Reallast nicht erforderlich. — Ueber die Quasipossessio an Reallasten vgl. besonders Duncker, Zeitschr. f. d. R. II. S. 28—114. Brunß, S. 185 fg., 201 fg., 278 fg. Heimbach a. D. S. 76 fg. Nicht wohl begreiflich ist, wie so Duncker, dem Heimbach folgt, den Beweis erbracht zu haben vermeint, daß der Begriff des Besizes an Reallasten aus dem deutschen Rechte in das kanonische übergegangen sei, während doch der Besiz an sich in jenem keinen selbstständigen Schutz genöß. Vgl. besonders Brunß, S. 328 fg. und Delbrück, dngl. Klage §. 5—11. Das kanon. Recht wendet offenbar nur den generalisirten römischen Begriff der quasiposs. auf die Reallasten an.

4) Der Berechtigte kann wieder Eigenthümer eines bestimmten Grundstückes, aber muß es nicht nothwendig sein; im ersteren Falle liegt zugleich ein Realrecht vor. Hierüber vgl. Unger, I. §. 64. Ein berechtigtes Grundstück wird also nicht erfordert. Vgl. auch Pfeiffer, VIII. S. 176, 191. Besonders häufig stehen Beholzigungsrechte einzelnen juristischen Personen oder Bewohnern eines gewissen Ortes, oder nur gewissen Gemeindeinsassen als solchen zu. In letzterem Falle ist es nicht nothwendig, daß gerade die Klagenenden Besizhandlungen vorgenommen haben. Vgl. die Entscheid. des Kasseler D. U. G. bei Pfeiffer a. D. S. 191 u. Nr. 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 Reallasten. Es ist also ungenau, wenn es im §. 313. A. b. G. B. heißt, daß dieselben gebraucht 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. Winwartter, II. S. 41. Stubenrauch, I. S. 639, und auch bei Koch, S. 151 und Bornemann, I. S. 568.

4a) Daher beginnt der Besiz bei einer postnumerando entrichteten Abgabe erst mit der wirklichen Leistung und nicht mit dem Anfange des Termins. S. Entscheid. des Berl. Ober-Trib. vom 27. Jänner 1846 bei Koch, Komm. I. S. 416. Note 48.

figes desjenigen Gutes, mit welchem das Recht der Reallast verbunden ist (die Einführung in das zinsberechtigende Gut), genügt daher ebensowenig zum Besitzerwerbe der Reallasten, als die bloße Anerkennung des Rechtes, oder die Zusage der Leistung, oder der constituirende Vertrag, oder die Erbfolge.⁵

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.⁶ — 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 Grundeigenthümer zu empfangen, und zwar so, 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

5) Vgl. hierüber §. 26. Abs. 1. So auch Rosshirt, Civ. Arch. VIII. S. 70. Dunfer, Zeitschr. f. d. R. II. S. 58, 60. Holzschuher, II. S. 76. Vgl. auch c. 31. X. de decimis (3. 30.): ne decimas percipias et pacifice possideas in futurum. — Dagegen behauptet von seinem Standpunkte folgerichtig Brunß, S. 200 u. 475, daß auch 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 Brunß nicht beistimmen, welcher hierin eine konsequente Durchführung der Analogie des Sachbesitzes 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 Heimbach, S. 79, will, ausgehend von der Analogie des Sachbesitzes, 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 falsche Deduktion vgl. §. 26. Note 1.

6) Vgl. Rosshirt a. D. S. 72. Dunfer, II. S. 58. Bluntzschli, §. 56. 4.) Heimbach, S. 80. Winivarter, Material. VII. S. 124, Komm. II. S. 41, dem Rippel, III. S. 69 und Stubenrauch, I. S. 637 (428) folgen.

Leistung für sich, sodann muß dieselbe auf Empfangnahme derselben als Ausfluß einer (wirklichen oder angeblichen) Reallast gerichtet sein.⁷

2) Der Wille des Leistenden muß dahin gerichtet sein, eine Leistung als Grundeigenthümer und zwar in der Art vorzunehmen, als wäre dieselbe Ausfluß einer jedem Eigenthümer obliegenden (wirklichen oder angeblichen) Verbindlichkeit.⁸ Gleichgiltig 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.^{8a} Es versteht sich übrigens,

7) Denn bei der Reallast kommt ja das Recht in der Totalität, und das Recht auf die einzelne Leistung zu unterscheiden; nur ersteres 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. L. R. mit den Worten aus: „Wer eine Handlung, die ein Anderer als eine fort dauernde 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 Gemeindefchulen eine Existenzfrage ist. Aus der bloßen Thatsache, daß ein Waldeigenthümer an die Fabrik X oder die Schule Y durch noch so viele Jahre Holz verkauft oder sonstwie veräußert 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 über die Androhung gerichtlicher Geltendmachung dennoch erfolgte. Vgl. auch Pfeiffer, VIII. S. 180 und die Rechtsfälle 42 u. 44.

8a) Vgl. Heimbach, S. 86, Note 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 Geringsfügigkeit 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 bewirke, versteht sich von selbst, und ebenso, daß der unechte Besitzer gegenüber dem Gezwungenen keinen gerichtlichen Schutz genieße. §§. 345—347. des G. B. (Die Einrede der Vitiosität will für das gemeine Recht nicht zulassen Heimbach a. D.) Wie die erzwungene, so begründet auch die betrügerisch bewirkte Erfüllung einer angeblichen Reallast Besitz — obgleich fehlerhaften (§. 346. des G. B.). — Anderer Ansicht scheint Brunß, S. 194 u. 201, zu sein, welcher unter Berufung auf das kanonische Recht bemerkt: „Einseitiges Durchsetzen des Rechtes durch Gewalt . . . gibt hier keinen Besitz. Bei Reallasten ist daher eigentliche (?) Zahlung des Zehnten, des Zinses u. s. w. nöthig.“ Wir finden in keiner der von B. 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. u. 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 Erstzung führen könne. Im Gegentheile liegt gerade in dieser Stelle die stillschweigende Anerkennung, daß der

daß bei physischem 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.⁹

Die beiderseitigen Willen (Gesinnungen) des Empfängers und Gebers müssen demnach einander entsprechen. Hat z. B. A. eine Leistung als Reallast gefordert, B. sie bloß geschenkweise 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“ (Entscheid. des Kasseler D. U. G. bei Pfeiffer, VIII. Nr. 44., S. 215).

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.^{10 u. 10^a}

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 B. 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. Note 8. v. B.

9) Vgl. über den Unterschied des physischen und psychologischen Zwanges §§. 869. und 871. A. b. G. B., dazu Ungler, II. §. 80., für das gemeine Recht Savigny, Syst. III. S. 100 fg.; für das sächs. b. G. B. §. 92. u. 93.; für das preuß. Recht Bornemann, I. S. 334. Temme, I. §. 40.

10) Ist z. B. die Leistung einmal zu verweigern versucht worden, später aber über Geltendmachung eines rechtlichen Anspruchs, Verkommens u. dgl. dennoch erfolgt, so kann über den Charakter der Rechtsausübung kein Zweifel sein. Schwieriger ist es, wenn solche Thatfachen nicht vorliegen; alsdann wird jener Charakter

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.“¹¹ 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.¹²

Es erübrigt noch die Frage, ob der Besitz einer Reallast erworben werde, wenn die Leistung als Realleistung nicht von dem Eigenthümer des belasteten Grundes, sondern von dem gutgläubigen Besitzer, vom

regelmäßig nur aus konkludenten Thatfachen geschlossen werden können. Als solche nahm das D. U. Ger. Cassel beim Beholzigungsrechte an: langjährige gleichmäßige Holzpreise trotz eingetretener Preisänderungen (Pfeiffer, S. 189. u. Nr. 41.), Widerspruch gegen versuchte Preiserhöhung und Nachgeben (ebend. Nr. 36.), unverweigte Lieferung an den Einen, während Andern die Lieferung verweigert wurde (Nr. 39. 41. 42.). Mit Recht nahm auch das D. U. Ger. an, daß der Charakter der Rechtsausübung dadurch nicht beeinträchtigt werde, wenn dieselbe aus fortpolizeilichen Gründen gewissen Beschränkungen unterliege (Entsch. Nr. 45.). Willkürlich ist dagegen die Behauptung Pfeiffer's, S. 179. und der Entstehungsgrund in Nr. 44., daß der Charakter der Rechtsübung „ohne Weiteres“ anzunehmen sei, wenn die Holzverabreichung unentgeltlich erfolgte.

10^a) Hat z. B. ein Schullehrer jährlich gewisse Gaben von allen Grundbesitzern des Ortes eingefordert, etwa unter der Berufung auf Herkommen, wurde dieser Anforderung entsprochen, und behauptet nun der Eine und der Andere, er habe nur über Bitten geleistet, so liegt diesem der Beweis ob. Vgl. oben §. 25. Nr. 22., wo von Verwechslung der p. nulla und vitiosa gewarnt ist.

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, und von Zeit zu Zeit etwas zu leisten, und es wirklich leistet“ — fallen gelassen. — Der §. 80. I. 7. des preuß. L.-M. 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.

12) Vgl. oben §. 25. Abs. 3. Duncker, S. 57. Bruns, S. 202. Heimbach, S. 59. Gerber, §. 170., u. Stubenrauch, I. S. 639. 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 Erfügung ist natürlich eine einmalige Ausübung nicht genügend. Vgl. §. 1471. A. b. G. B., der sogar bei felten ausübaren Rechten wenigstens dreimalige Ausübung fordert.

Handa, Besitz u. öffentl. Recht.

Verwalter, oder von einem Nutzungsberechtigten, z. B. vom Nutznießer, Pächter, Miether erfolgte?¹³ — 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 Realkaſt, und Empfangnahme dieser Leistung in derselben Intention.¹⁴ 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 Besizes.¹⁵ Doch versteht es sich hiebei, daß der Eigenthümer nach erlangter Kenntniß von der Leistung die negative Klage des Inhaltes anstellen könne: daß die Realität frei von der Realkaſt ſei, eine Klage, die er ſo lange mit Erfolg anstellen wird, als ihm die Erſigung der Realkaſt nicht eingewendet werden kann.¹⁶

Iſt das Recht der Realkaſt auch aktiv an den Beſitz eines Reales geknüpft, ſo kann nur der Eigenthümer (bez. der redliche Beſitzer) den Beſitz des Rechtes als Realrechtes erwerben.¹⁷

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 prätorische Präſtation als Recht angemacht, ſo iſt der Beſitz fehlerhaft (unecht). Vgl. §. 345. A. b. G. B.

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 Verſehen unbekannt geblieben“ (§. 104. I. 7.). Durch die Leistung des Verwalters wird dagegen Beſitz begründet (arg. §. 99. I. 7. u. §. 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 S u a r e z's und G o f f l e r's geht hervor, daß diese die Beſtimmung des §. 103. cit. ganz richtig als ſingular anſahen. Vgl. hierüber die Ausführungen R o c h's, S. 520 fg. und V o r n e m a n n's, I. S. 574, Note, welcher letztere umgekehrt in §. 103. gerade eine Konſequenz erblickt. Vgl. noch §. 27. d. B. Note 20.

16) Vgl. B l u n t ſ c h l i, D. Pr. R. §. 93. Nach gemeinem Rechte hat der Eigenthümer auch noch die Aufforderungsklage. (Nach öſter. und preuß. Rechte ſtünde derselben der §. 323. A. b. G. B. resp. der §. 180. I. 7. L.-R. entgegen.)

17) Hiervon gilt, was in §. 26. Abſ. 7. in Anſehung der Realservituten bemerkt wurde.

§. 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.¹ Auch hier iſt zu betonen, daß nur in dem Faktum der Ausübung (corpus), nicht aber in dem Beſitzwillen handlungsfähiger Personen eine Stellvertretung ſtatthab,² daß daher zum Besitzererbe 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

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. bei Gemeindegeweg-, Hut-, Wäſſerungs-, Holz- und ähnlichen Gerechtigkeiten. Hier genügt (den Beſitzwillen der Gemeinde als ſolcher vorausgesetzt) die Ausübung des Rechtes, z. B. der Weg-, Weidgerechtigkeit durch die Gemeindegewegenen, wofern diese als ſolche gehandelt haben. Vgl. S. 191. So hat namentlich das D. N. Ger. Caſſel und der oberſte Gerichtshof in Wien vielfach diesen Grundsatz anerkannt. Vgl. die im Arch. f. prakt. Rechtsw. X. 1. von M a r t i n Note 26—40. angeführten Erkenntniſſe und U n g e r = G l a ſ e r's Samml. I. Nr. 101. — Von demſelben Geſichtspunkte geht die Plenar-Entſch. des Berliner Ober-Trib. vom 2. Mai 1846 (Roch, 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 geſeglichen Vertreter der Gemeinde, ſondern auch durch die Mitglieder ſelbſt (alle oder die Mehrheit [?]) mit der Wirkung der Erwerbung des Besizes für die Gemeinde in Beſitz genommen werden.“ Nur darin können wir dieser Entſch. nicht beſtimmen, daß darin Besitzerwerb ſelbſt ohne Beſchluß der kompetenten Gemeindevertretung angenommen wird. S. dagegen S. 193. — Bei Handlungen innerhalb der reſſortmäßigen 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 R o c h, I. S. 404., Note 20.

2) Possessionem acquirimus corpore et animo, animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno (Paulus). — Auftrag und Genehmigung können auch ſtillschweigend ertheilt ſein, z. B. wenn der Knecht mit Wiſſen des Eigenthümers des herrſchenden Grundes über das nachbarliche Grundſtück fährt, wenn Dienſtboten, Hausgenossen, Gäſte u. a. unter den Augen des Herrn über das fremde Grundſtück gehen.

sich einen Auftrag zu Besizerwerbungen nicht enthalten. Es hat daher insbesondere die von einem Pächter oder in der Absicht, dem benützten Grundstücke eine Realservitut zu erwerben, vorgenommene Ausübung nur im Falle eines Auftrages oder nachträglicher Genehmigung die Wirkung der Besizergreifung durch Stellvertreter.³

Anderes gestalten sich die Verhältnisse bei der Fortsetzung des Rechtsbesitzes. Da nämlich zum Besitzverluste entweder Aufgeben des Besitzwillens oder Unmöglichkeit der Ausübung nöthig ist, so genügt zur Fortdauer des Rechtsbesitzes — so weit hierzu Ausübung überhaupt erfordert wird* — jede Uebung des Rechtsinhaltes, welche als Ausfluß des bestehenden Rechtsbesitzes erscheint, ohne daß es hierzu irgend welches Repräsentationsverhältnisses zwischen dem Ausübenden und dem Besizer bedürfte; daher genügt z. B. bei Realservituten die Ausübung Namens des herrschenden Grundstücks (fundi nomine) durch wen immer, also selbst durch Fremde, Gäste u. dgl.⁵

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 hac 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 sächs. G. B. auf. Er 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 R. J. 1. B. Nr. 78.; dann in Seuffert's Arch. II. R. 11., III. R. 10., V. 111., IX. 131. Irrig ist daher die Ansicht Savigny's, S. 586. Albert's, Untkörp. S. §. 19. Heerwart's, a. a. D. S. 197. Unterholzner's, II. §. 194., daß bei Realservituten der usus juris durch Akte jeder Person, die fundi nomine handelte, sie mag nun im Repräsentationsverhältnisse stehen oder nicht, zum Besizerwerbe hinreiche. Vgl. dagegen Busch, Arch. 31. Bd. S. 248. Glövers, S. 688 u. 821. Sinenis, Civilr. §. 64., Note 40., und Schirmer zu Unterholzner, II. Note 613. Brinz, I. S. 279. Arndts, §. 194.

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., sächs. und franz. Rechte ist übrigens Uebung im letzten Jahre jederzeit eine Voraussetzung des Besitzschutzes. Vgl. L. 1. pr. D. de itinere, L. 1. pr. D. de aqua und §. 560. des sächs. G. B. und art. 23. Code d. P.

5) Vgl. §. 33. d. B. Auf diesem Grundsatze beruht: L. 3. §. 4. D. de itinere, L. 1. §. 11. D. eod.: Is, cujus colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere, vel actu, vel via. . . L. 3. §. 4. D. eod.: Uti videmur servitutibus etiam per servos vel colonos, vel amicos, vel etiam hospites, et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitatem. — Den Unterschied zwischen den Erfordernissen des Erwerbes und der Fort-

Auch das *constitutum possessorium* (§. 318. A. b. G. B.) kann beim Besizerwerbe der Rechte vorkommen. Wenn z. B. der bisherige Besizer eines Grundzinses das Recht verkauft, dasselbe aber sofort vom Käufer pachtet, so erwirbt dieser sofort Besitz desselben durch den Pächter. Rein 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 Zeitpunkte, wo das Geldrelutum entrichtet wird.⁶ Ebenso wenig liegt Besizerwerb durch Stellvertreter vor, wenn der Pächter zu leisten bereit ist, jedoch die Leistung in solutum einer Gegenforderung behält.

dauer des Rechtsbesitzes übersieht namentlich Unterholzner, II. §. 194.; — daher einerseits seine irrige Behauptung, daß zum Besizerwerbe von Realservituten Ausübung ohne Repräsentationsverhältnis genüge, andererseits die ebenso unbaltbare Ansicht: daß bei Personalservituten selbst zur Fortsetzung des Besitzes ein Vertretungsverhältnis des Besizers zum Ausübenden erforderlich sei. Vgl. dagegen besonders Glövers, S. 654. Doch können wir der weiteren Ansicht G.'s S. 654, Note, nicht beistimmen, 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 des Besitzwillens, wie solcher zum Erwerbe und zur Fortdauer des Besitzes erfordert wird. Dies übersieht auch Sinenis, §. 64., S. 488, welcher die Erhaltung der Realservituten durch die in der L. 3. §. 4. cit. angeführten Personen für eine „Eigenthümlichkeit“ der Realservituten hält. Stillschweigende Genehmigung setzt in jenen Stellen voraus Pfeiffer, S. 130. Hoffmann, II. S. 212, fordert, unbekümmert um dieselben, einfach ein Repräsentationsverhältnis. — Auf einem besonderen favor retinendae poss. beruht u. E. die Bestimmung der L. 38—40. D. 7. 1. in Ansehung des Ususfructus. Vgl. Unterholzner, §. 194. a. G.

6) Vgl. den von Rosshirt, a. a. D., S. 73, angeführten Fall. Der Besizerwerb erfolgt nicht schon mit dem bloßen Uebereinkommen über die Relution; denn dieses gewährt bloß die Möglichkeit der Ausübung; realirt wird diese Möglichkeit erst mit der wirklichen Entrichtung des die Naturalleistung vertretenden Relutums. Dagegen will Dunker, a. a. D. §. 10. schon mit der Fälligkeit der Leistung den Besizerwerb eintreten lassen. Irrig spricht Rosshirt im obigen Falle vom Besizerwerbe im Wege des const. poss. und von Pacht des Zehnts.

§. 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 — fortauern, bis eines der beiden, seinen Begriff konstituierenden Momente: Möglichkeit der Wiederausübung oder der Besitzwille aufgehört hat.¹ Nicht fortdauernde Ausübung, und fortdauernder auf dieselbe gerichteter Wille ist also zur Fortsetzung des Besitzes nöthig, sondern nur Möglichkeit der Reproduktion beider.^{1a} Der Rechtsbesitz hört daher weder dadurch auf, daß der Erwerber an die Ausübung nicht denkt, noch dadurch, daß er irgend welche Gelegenheit zur Ausübung verabsäumt.² Den eben ausgesprochenen,

1) Man hat also, um dies zu erklären, weder nöthig, auf die angebliche Präsumtion für die Fortdauer eines faktischen Zustandes (Puchta, Pand. §. 97.) zu rekurriren, noch (wie Pfeiffer, Besitzr. S. 128) von einer Fiktion der fortdauernden Übung 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, Besitzr. S. 178. Pachmann, §. 43. Winowarter, 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 Detiniren . . . erfordert, so ist auch beim Quasibesitze vernunftmäßig eine fortdauernde Ausübung des Rechtes nicht nöthig.“ — 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 Zeißler, II. S. 104 den Grund der Fortdauer des Rechtsbesitzes in der „Anerkennung des Verpflichteten.“

2) Vgl. die Entsch. des obersten Ger.-hofes Nr. 787. in Unger-Cläfer's S. II. 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., und von derselben Auffassung geht aus der §. 562.

aus der Natur der Sache fließenden Grundsatz finden wir auch im b. G. B. §. 349., 351. u. 352. ausgesprochen, jedoch mit nachstehenden Modifikationen:

a) nämlich, was den Besitzwillen betrifft, genügt zum Besitzverluste nicht der Eintritt der Willensunfähigkeit, sondern es wird ein Willensentschluß mit entgegengesetztem Inhalte (a. non possidendi) erfordert. §. 352. b. G. B.;³

b) was das körperliche Moment betrifft, wird der Rechtsbesitz für fortdauernd angesehen, wenn die vom Gegentheile bewirkte Verhinderung der Ausübung rechtzeitig durch gerichtliche Klage verfolgt und ein günstiges Erkenntniß erwirkt wird. §. 351. b. G. B.;⁴

c) endlich hört der Besitz eines Rechtes auf, wenn dessen Inhalt durch die für die Verjährung des Rechtes bestimmte Zeit nicht ausgeübt wurde.^{4a}

Hieraus ergeben sich mittelbar die Verlustarten des Besitzes: Aufgeben des Besitzwillens, Unmöglichkeit der Ausübung und Unterlassung der Ausübung. Dies sind aber auch die alleinigen

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.“ Mit dieser Ansicht stimmt auch die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller; vgl. Savigny, S. 577. Puchta, Pand. §. 138. Busch, Arch. 31. B., S. 267. Arndts, §. 187. Böcking, §. 126. Bruns, S. 476. Elvers, S. 678. Windscheid, §. 163., Note 7. Hedemann, S. 121. 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 Übung im letzten Jahre. Vgl. hierüber Heerwart, S. 184; ähnlich das sächs. b. G. B. §. 560., und dasselbe muß wohl für das franz. Recht (art. 22. C. P.) behauptet werden. Dies gilt aber nicht nach österr. und preuß. Rechte. Vgl. jedoch §. 34., Note 8. — Für den Usukapionsbesitz gelten besondere Bestimmungen; vgl. §. 34., Note 7.

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. und sächs. Rechte gilt. Vgl. L. 44. §. 6. D. de usurp., §. 115. I. 7. L. R. u. §. 211. des sächs. G. B.

4) Diese Bestimmung ist dem österr. Rechte eigenthümlich. Weber das röm. Recht, wie irrig Seuffert, P. §. 173., Note 10., behauptet, noch die neueren Kodifikationen kennen dieselbe.

4a) Dieser Fall darf nach österr. u. 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.

Arten des Verlustes des Rechtsbesitzes. Ein Rückschluß von der Erlöschung des Rechtes auf den Verlust des Besitzes wäre ebenso unzulässig, als der Schluß vom Erwerb des Rechtes auf den Besitzes.⁵ Es hört daher insbesondere der Rechtsbesitz nicht auf, wenn das Recht durch Ablauf der Zeit oder Eintritt der Resolutivbedingung erloschen ist.^{5a} Fährt 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 Besitzstörungsflagge desselben aus.⁶ Vgl. die in der Note 5^a cit. oberstiger Entscheidung.

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.⁷

5) Dieser Grundsatz wurde sowohl vom obersten Gerichtshofe (s. Note 5^a), als vom Berliner Ober-Trib. (s. Koch, Komm. I. S. 429, Note 80^a.) wiederholt anerkannt. Irrig nimmt gelegentlich Glövers, S. 689, an, daß mit dem Erlöschen des Rechtes auch der Besitzwille aufhöre. — Auch durch ein das Recht absprechendes 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.

5^a] Vgl. die Entsch. des obersten Ger.-Hofes Nr. 206. in Unger-Glaser's S.: „Die Frage, ob das Nutzungs- oder Pachtrecht des Klägers bereits erloschen, . . . muß im abgesonderten (petitorischen) Wege ausgetragen werden. Es war daher der Eigentümer nicht berechtigt, die Wiese gegen den Willen des bisherigen Pächters ohne Weiteres einzuziehen, und sich mit Veseitigung des Gerichts der Selbsthilfe zu bedienen.“

6) Irrig behauptet Bornemann, I. S. 588, daß der Besitz der Realkaften 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 Serv. nicht freiwillig mit der Ausübung aufhöre, die richterliche Hilfe angesucht 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 B. selbst I. S. 472, R. ***

7) Ohne diese Einschränkung verfügt den Besitzverlust in diesen Fällen der §. 131. I. 7. des preuß. L.-R. Vgl. Bornemann, I. S. 581. Es ist jedoch eine irrige Anwendung des §. 131. cit., wenn das Berl. 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.“ Denn einmal ist der Pächter von

Wir wollen nun von den Erlöschungsgründen 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.¹ Hieraus ergibt sich:

1) daß der Besitz, sofern dessen Verlust nicht durch Unmöglichkeit der Ausübung oder Zeitablauf (§. 351. b. G. B.) eingetreten ist,² 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 Willensmoment jene Erfordernisse vorhanden sind, welche zum Besitz erwerb erfordert werden^{2a}; daß daher selbst die unbewußte Ausübung (z. B. durch dritte, in keinem Repräsentationsverhältnisse stehende Personen), ja selbst die ohne menschliche Thätigkeit sich

Anfang an Inhaber, sodann ist ihm der Besitz des Pachtrechtes vom Verpächter nicht übertragen. Nur von Fällen des übertragenen Besitzes spricht der §. 131. Mit Recht erklärt sich gegen dieses Erkenntniß auch Koch, I. S. 429.

1) Analogie des §. 349. b. G. B. Vgl. Stubenrauch, I. S. 699. So auch nach röm. Rechte vgl. L. S. D. h. t. Böcking, §. 126. Buchta, Rechtsler. II. §. 71., nach preuß. Rechte (anal. §. 117. I. 7.) und d. §. 562. d. 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 (vgl. §. 34., Note 1.). Anderer Ansicht ist Savigny, S. 577, der mit dem Verluste des Rechtes durch non usus auch den Verlust des Besitzes eintreten läßt.

2^a) Wie häufig angenommen wird. So fordert z. B. Hoffmann, II. S. 212, ausdrücklich Ausübung mit der Absicht, die Servitut als (?) Recht auszuüben, als „natürliches“ Requisite der Unterbrechung des non usus.

vollziehende Übung, z. B. bei Wasserleitungen hinreicht, den Besitzverlust non utendo hintanzuhalten;³

3) daß Personen, welche nicht vollkommen handlungsfähig sind, insbesondere Verstandeslose, Pupillen, Verschwender und zum schweren Kerker oder zum Tode Verurtheilte (§§. 21. 273. 279. 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. S. 217 d. B.)

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.). Aus der bloßen Nichtausübung eines Rechtes durch längere Zeit kann an sich auf das Aufgeben des Besitzes so wenig, als auf das Aufgeben des Rechtes geschlossen werden.⁴ Denn nicht nur ist ein solcher Schluß an sich bedenklich,

3) Dies ist daher nichts „Auffallendes“ (Unterholzner, II. S. 214), „Eigenthümliches“ (Sententis, I. §. 64., Note 40.) oder gar „Exorbitantes“ (Feifer, Besizr. 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 ducendae 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 Wegerechtheit fundi nomine geübt hat. Denn ein animus in contrarium liegt nicht vor; und der Besitzverlust corpore konnte bei dem fortdauernden corpus (der Ausübung — entsprechend der Detention beim Sachbesitze) nicht eintreten. Darin, daß nur zum Besitzerwerb nicht aber zur Fortsetzung des Besitzes der Willensentschluß: zu besitzen, erforderlich ist, erklärt sich die verschiedene Qualifikation der zum Erwerb und zur Fortsetzung des Rechtsbesitzes erforderlichen Ausübungsakte. Daher heißt es in L. 3. §. 4. D. de itinere: uti videmur 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 ausdrücken. Vgl. auch §. 31., Note 3. und 5. Evers, S. 654, und Seimbach, Rechtslex. X. S. 331; endlich den §. 561. des sächs. G. B.

4) Das Gegentheil wird für das röm. Recht mitunter nur mit Beziehung auf die diskontinuirlichen Servituten behauptet von Unterholzner, II. §. 214.

sondern es steht demselben auch die bestimmte Fassung des §. 351. a. G. entgegen: „Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen nicht verloren.“⁵

Der Willensentschluß, den Besitz aufzugeben, muß selbstverständlich äußerlich offenbart 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.⁶

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.⁷

Duncker, §. 12. Evers, S. 679, 680. Muther, Serv. S. 62. Windscheid, §. 164., Note 8.; für die Reallasten: Seimbach, 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 dieselben (im Gegensatz zur älteren Doctrin, welche 10jährigen Nichtgebrauch forderte) dem richterlichen Ermessen. So Evers, S. 680. Seuffert, Pand. §. 173., Note 10. Arndts, §. 187. 194. Nach Muther genügt hiezu schon einjähriger Nichtgebrauch. Dagegen fordert Unterholzner, a. a. D., ungewöhnliche Unterbrechungen. Letzterer bringt diese Art des Besitzverlustes in Verbindung mit dem Verluste des Sachbesitzes durch negligentia domini (vgl. §. 22., Note 14.). — Auch Savigny, S. 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. D. §. 5.); er gründet diese Art des Besitzverlustes nicht auf das vermuthete 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., Note 1.) nachzuweisen. Hier ist nur die Frage zu entscheiden, ob schon aus dem bloßen non usus auf das Aufgeben des Besitzwillens geschlossen werden könne, und da möchten wir mit Rücksicht auf L. 37. §. 1. D. de usurp. der Ansicht der Eingangscitirten Schriftsteller beistimmen.

5) Vgl. §. 130. I. 7. des preuß. L.-R. Das sächs. Recht enthält keine Bestimmung hierüber.

6) Diese Unterscheidung ist da wichtig, wo, wie bei den röm. Wegerechten, mehrmalige Ausübung eine Bedingung des Besitzeschutzes ist, oder wo es sich um die Erzkung des Rechtes handelt.

7) 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.

§. 34. Besitzverlust 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 selbst die noch so lange Zeit unterbliebene Ausübung eines Rechtes niemals den Besitzverlust desselben bewirken. Dieser würde nicht einmal dann eintreten, wenn das Recht selbst durch Verjährung erloschen wäre, da die Verjährung als eine Erlöschungsart der Rechte auf den Besitz keinen Bezug haben kann.¹

1) Durch einen merkwürdigen Schluß gelangt Savigny, S. 577, zu der Behauptung, daß mit dem Verluste der Servituten durch non usus auch deren Besitz verloren gehe: „Da nämlich, sagt S., durch bloßen non usus die (persönliche) Servitut selbst verloren wird, so muß in der ganzen Zwischenzeit der Besitz verloren gewesen sein. Auf der anderen Seite aber kann man nicht behaupten, daß jeder auch so kurze Nichtgebrauch den Besitz wirklich entziehe, Deswegen bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß während des bloßen Nichtgebrauches der Besitz in suspenso ist, und daß es sich erst durch Erneuerung des Gebrauches oder durch Ablauf des ganzen Zeitraumes zeigt, ob er in der ganzen Zwischenzeit da gewesen, oder nicht dagewesen ist.“ Dies billigt Sintonis, §. 64., Note 48. Den Savignyschen 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 Gebrauchs 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 betätigten und gewollten Möglichkeit der Wiederausübung eines Rechtes für sich. Diese Möglichkeit besteht aber offenbar auch dann noch fort, wenn das Recht selbst durch non usus erloschen wäre. — Mit Recht wird daher die Savignysche Ansicht von Buchta, 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, und Hedemann, S. 121. Ebenso unhaltbar ist die Bemerkung Civers', S. 680: daß, wenn mit dem Ablaufe der Verjährung schon ein Verzicht auf das Recht gesetzlich vermutet (?) werde, daraus noch vielmehr ein Verzicht auf den Besitz entnommen werden muß. — Die Verjährung beruht doch nicht auf einem

Doch finden wir im österr. bürgerl. G. B. eine Bestimmung, welche diese Erlöschungsart auch auf den Besitz ausdehnt, eine Bestimmung, die wohl unschwer aus der Auffassung zu erklären ist, daß der Besitz ein Recht sei (§. 308).² Es verordnet nämlich der §. 351. a. G.: „Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen nicht verloren.“³ Nach der ganz allgemeinen Fassung dieses Paragraphen trifft die Norm desselben nicht bloß den Fall, wenn wirklich ein Recht vorhanden,

vermuteten Verzicht? S. Brinz, I. S. 279 u. 121. 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 diskontinuierlichen Servituten gefordert wird (vgl. Buchta, §. 139. a. G. Arndts, §. 192., Note 6. Heerwart, S. 182 fg. Brinz, S. 98. Windscheid, §. 165., Note 18.), so ist die Frage, ob der Besitz durch Nichtausübung verloren sei, für das röm. Recht, so weit es sich um den Interdiktenschutz handelt, unpraktisch (vgl. auch Buchta. Schirmer, a. D., und Böcking, §. 126. a. D.). Aber ebenso unpraktisch ist die Frage, soweit es sich um den Usucapions-Besitz handelt, da gewiß nicht der erste Ausübungsfakt, wenn er der einzige geblieben ist, mit dem Ablaufe von zehn oder zwanzig Jahren zur Erfüllung der Servitut genügt. Vgl. Unterholzner, II. S. 181. Heerwart, S. 158, Note 1. Savigny, S. 578, Note. — Den Unterschied zwischen Verlust des Quasibesitzes und Verlust des Interdiktenschutzes übersehen die bei Heerwart, S. 153 u. 154, angeführten älteren Schriftsteller, namentlich Mevius, Berger, Kind, welche eine einzige Ausübung, und wäre sie auch vor Jahren vorgefallen, für hinreichend ansehen, um den Besitzschutz zu begründen, während hingegen Andere, wie Hommel und Gottschalk, das Edikt mißverstehend mit dem Interdiktenschutze auch den Besitz für verloren erachten, wenn die Klage nicht binnen Jahresfrist nach geschetzener Störung eingebracht wurde.

2) Von derselben Auffassung gehen auch unbedenklich aus: Zeiller, II. S. 104. Rippel, III. S. 167. Winwartner, II. S. 101; vorsichtiger ist Stubenrauch, I. S. 700.

3) Ähnlich bestimmt der §. 130. I. 7. des preuß. L.-R.: „Uebrigens wird der einmal erlangte Besitz eines Rechtes durch die unterlassene fernere Ausübung desselben in der Regel noch nicht verloren (Tit. IX. Abschn. IX.).“ Der in diesem Paragraphen berufene 9. Abschnitt des 9. Titels handelt aber von der Verjährung. Mit Unrecht faßt 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 injuristischer Form) auf den Besitz ausdehnt. Bornemann erwähnt des Falles nicht. — Das sächs. G. B. hat diese Bestimmung des preuß.-österr. Rechtes nicht angenommen; allein die Frage ist, soweit es den Interdiktenschutz betrifft, nach sächs. wie nach röm. Rechte darum nicht praktisch, weil dieser Ausübung im letzten Jahre voraussetzte (§. 560.). — Der Entwurf des N. b. G. B. (§. 72. 2. Th.) hingegen bestimmte bloß: „Durch Nichtgebrauch eines Rechtes allein geht der Besitz nicht verloren.“

sondern auch den, wenn ein solches nicht vorhanden ist,⁴ und läßt sich 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.⁵ Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die einzelnen Arten von Rechten führt zu nachstehenden Ergebnissen:

I. Besteht das Recht in gewissen sich wiederholenden Handlungen, so geht der Besitz durch Ablauf der Verjährungsfrist nicht verloren, sobald innerhalb derselben die Handlung, wenn auch nur einmal vorgenommen wurde.⁶ Vielmehr dauert der Besitz selbst dann fort, wenn von einzelnen Gelegenheiten, das Recht auszuüben, kein Gebrauch gemacht werden ist; z. B. wenn durch mehre Jahre das Zehntrecht oder Wegerecht nicht ausgeübt wurde.^{6a} Den

4) Nur den ersten Fall hat *Stubenrauch*, I. S. 700 vor Augen. — Unbegreiflich ist, wie neuestens *Helms*, österr. Vierteljahrschr. 13. B. 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 Eintragung verloren gehe. Wir stellen an §. die Frage: Gegen wen und auf welchen Grund hin soll geklagt werden?

5) 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.

6) 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 *Puchta*, Rechtsl. S. 71. *Ulvers*, S. 675, 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.).

6a) Nicht wohl begreiflich ist, wieso *Koch*, Komm. I. S. 429, Note 30., und *Beskr.* S. 210, behaupten kann, daß ausnahmsweise der Besitz derjenigen Rechte, die nur zu gewissen Zeiten oder bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden, verloren gehe: durch die nicht gerechtfertigte Benutzung bei einer Gelegenheit. Die Berufung desselben auf den von der *Erstigung* handelnden §. 651. I. 9., der gewiß singular ist, ist unzulässig.

Besitzverlust durch Zeitablauf zu verhindern, genügt also ein einziger Ausübungsakt während der ganzen Verjährungsfrist.⁷ Selbst also wenn am letzten Tage vor Ablauf der letzteren eine Stö-

7) Es gilt hier im Allgemeinen dasselbe, was von der Unterbrechung der Verjährung durch Ausübung, vgl. *Unterholzner*, II. S. 213 und 225. *Sintenis*, I. S. 596. *Schuster*, a. D. S. 456. — Irrig behauptet *Bachmann*, S. 112, mit Berufung auf den §. 1471., daß bei periodisch auszuübenden Rechten von jeder Gelegenheit Gebrauch gemacht werden müsse, wenn der Besitz fortzuauern solle. Dem steht nicht nur der §. 351. cit., sondern auch der §. 1484. U. 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 *P.* cit. §. 1471. spricht von der Erstigung. Die richtige Ansicht haben *Zeiller*, II. S. 104, und *Rippel*, III. S. 167, freilich mit der beim Besitze unrichtigen Motivirung: weil im Begriffe des Rechtes die Befugnis 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 erboten hätte. Vgl. *Unterholzner*, II. S. 181 (welcher früher in der Schrift: Verjähr. d. fortgef. B. die entgegengesetzte Ansicht aussprach). *Sintenis*, §. 64., Note 48. *Puchta*, Rechtsl. II. S. 72. *Heerwart*, S. 158, Note. *Ulvers*, S. 659, 751. *Seuffer*, Pand. §. 175., Note 2., und *Muther*, S. 52, 62, welcher sogar bei Wegeservituten in jedem Jahre 30tägige, bei anderen ähnlichen Uebung fordert, worin ihm bedingt *Hedemann*, Note 98., zustimmt. (Gegen diese unmotivirte Uebertragung der Bedingungen des Interdiktionsschutzes auf den Usukapionsbesitz spricht sich mit Recht *Ulvers*, S. 659, Note * aus.) Wir verpflichten *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. Zu vag ist die Behauptung *Unterholzner's*, 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. — Nach preuß. Rechte muß das Recht, das ersehen werden soll, jährlich wenigstens einmal ausgeübt werden, sonst ruht die Erstigung. §§. 596. 597. I. 9. Nach sächs. Rechte wird bei Rechten, die jederszeit 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 Zeitraume) erfordert, widrigenfalls 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 diese diese „Zwischenjahrtheorie“ die bisherige allzu milde Praxis beseitigt werden.

zung vorgefallen wäre, kann der Gestörte 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.⁸ War während der Verjährungszeit gar keine Gelegenheit zur Ausübung, so geht der Besitz durch Nichtgebrauch nicht verloren.⁹ Um den Besitz eines Rechtes zu erhalten, ist übrigens nicht nöthig, daß der Inhalt desselben vollinhaltlich geübt werde (§. 1482. G. B.).¹⁰ Gleichgiltig ist im Allgemeinen, aus welchem Grunde die Ausübung des Rechtes unterblieb.^{10a} 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.¹¹

8) 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. und sächs. Recht Ausübung im letzten Jahre zwar nicht als Bedingung der Erhaltung, wohl aber des Schutzes des Quasibesitzes. Vgl. Note 1. 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, a. D. S. 407, und Stubenrauch, III. S. 730. Anders nach röm. Rechte, welches aber hiergegen Restitution zuläßt. Vgl. Unterholzner, II. S. 216. A. A. Duncker, S. 76. Auch die bei Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 124, angeführte Entscheidung des D.-N.-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. 1. §. 8. D. 8. 6. Glück, IX. S. 375. Unterholzner, II. S. 214. Elvers, a. D. S. 775. Heimbach, Rechtslex. X. S. 330. Auch die geringste Ausübungshandlung hält den Verlust hinten, vorausgesetzt, daß damit der wesentliche Inhalt der Servitut, wenn auch partiell, geübt wurde, und nicht etwa der Charakter des Rechtes geändert wird. So z. B. wird der Besitz der serv. aquae haustus durch bloßes Gehen zur Quelle nicht erhalten. Vgl. L. 17. D. quemadmodum. serv. am. S. auch Schuster, S. 230.

10a) Auch wenn die Ausübung durch Zwang verhindert wurde, geht also der Besitz verloren; vgl. Heimbach, Rechtslex. X. S. 331, und Sintenis, §. 66., Note 19.

11) Vgl. §. 1497. d. 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 Teichbesitzer die Verpflichtung hatte, allwöchentlich am Dienstage 3 Zoll Wasser zu Gunsten der thalabwärts an-

Da es sich hier bloß um das äußere Faktum der Ausübung handelt, durch welche der Besitz (corpore) erhalten werden soll, so bedarf es nicht der steten Fortdauer jenes auf die Ausübung des Rechtsinhaltes in eigenem Namen gerichteten Willens, welcher zum Erwerbe des Besitzes erforderlich ist (vgl. §. 33. Abs. 2. Note 3.). Es genügt, wenn nur die betreffende Ausübung als Ausfluß des bestehenden Rechtsbesitzes gesetzt wurde, und wäre dies auch ohne Zuthun des Besitzers durch Dritte, oder gar durch bloße Naturthätigkeit.¹²

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.¹³

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.¹⁴

sässigen 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. u. 12. D. 8. 6. Vgl. hiezu §. 31., N. 5., und §. 33., Note 3. d. B., wo diese Frage näher erörtert ist. Seuffert, Pand. §. 150. behauptet zwar, daß auch die zur Erhaltung eines Rechtes erforderlichen Akte mit der Absicht der Rechtsausübung vorgenommen werden müssen. Allein die von ihm cit. L. 32. pr. D. 8. 2. und L. ult. D. 8. 6. enthalten diesen Satz nicht.

13) Z. B. wenn das Weiderecht im Herbst 1860 zuletzt geübt wurde, beginnt jene Frist erst mit der Unterlassung im Herbst 1861. Siehe Heerwart, a. D. S. 323, und Elvers, S. 773.

14) Vgl. über das Wesen dieser Serv. §. 27., Note 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

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.¹⁵ Nach dem Schlusse des §. 351. b. G. B. geht aber durch bloße Nichtausübung der Besitz auch dieser Gattung von Servituten erst dann verloren, wenn seit der erfolgten Vernichtung der Anlage die Verjährungszeit (30 bez. 40 Jahre) abgelaufen ist. Vorausgesetzt wird hierbei selbstverständlich, daß die

Grunde sich befänden. Vgl. Schuster, S. 223 fg. — Dagegen müßte nach sächsl. 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. Dies müssen überhaupt jene behaupten, welche, wie namentlich Unterholzner, II. §. 192., zwischen den in Rede stehenden und den im Texte sub II. angeführten Serv. 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 (s. in contrarium) eintritt. Die Behauptung Savigny's, S. 601. Böcking's, §. 126., und Unterholzner's, II. S. 178, daß der Besitz dieser Gattung Servituten aufhöre mit dem bloßen Hinwegfalle der Anlage, läßt sich weder durch die Natur der Sache, noch durch Quellenstellen rechtfertigen. Vgl. §. 35., Note 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 Interdiktschutzes (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 Befreiung vorhanden gewesen sei. L. 1. pr. D. 43. 17.: Uti eas aedes . . . possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto. Zog daher der Eigentümer 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 Glövers, 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. S. 2. Dagegen bezieht Wirth, Usucapio lib. Note 83., diese Stelle auf die Vermehrung der Balken; dafür sprechen die Worte: »quae antea habueris.«

Ausübung möglich war; denn wird diese unmöglich, so tritt der Besitzverlust sofort mit der erfolgten Unmöglichkeit der Ausübung ein, z. B. wenn der Gegentheil die Anlage in der Absicht zerstörte, deren Gebrauch für die Zukunft zu verhindern.¹⁶

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 dieser Zustand in der Art, daß dieser Vortheil aufhört, so hört auch die Ausübung auf, z. B. wenn bei der S. des Nicht- und Ausblicksrechtes der Eigentümer des herrschenden Gebäudes die gegen den dienenden Grund hin angelegten Fenster vermauert.¹⁷ 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.¹⁸ Klar spricht den Gegensatz zwischen bloßem Nichtgebrauche und Verhinderung des Gebrauches in dem eben dargestellten Sinne aus L. 6. D. de S. P. U.: »Haec autem jura similiter,

16) Es geht daher der Besitz der Servitut der Gebäudelast oder der Balkeneinfügung nicht verloren, wenn z. B. der Eigentümer des herrschenden Gebäudes die gestützte 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 contrarium nicht denken, nicht stichhältig sei. Denn um das im Texte gegebene Beispiel beizubehalten, kann doch wohl einerseits Nichtausübung nicht geläugnet, andererseits das Vermauern der Fenster durch den Hauseigentümer selbst nicht als factum cont. angesehen werden, wie z. B. Sintenis, §. 64., Note 50., anzunehmen scheint, da doch derselbe die vermauerten Fenster jeden Augenblick wieder öffnen 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.

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 officiat, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes altius sublata habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutum. In der Fenstervermauerung durch den Besitzer selbst wird also ein bloßer Nichtgebrauch, und erst in der Ausführung des Nachbarn ein die Ausübung vereitelndes Faktum erblickt.

§. 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:

1) in Folge von Ereignissen, welche vom Willen des dem Besitzer gegenüberstehenden Theiles unabhängig sind; insbesondere durch Zufälle, Aenderung von Rechtsverhältnissen, und Akte Dritter; ¹

2) in Folge von Handlungen, welche der dem Besitzer gegenüberstehende Theil vornimmt. ²

1) Gewöhnlich wird von diesen Fällen des Besitzverlustes gar nicht gesprochen. Auch die neueren Kodifikationen erwähnen desselben nicht, was Gräwel, 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. Irig 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 Grundes, 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 Besitzerverb eines „Untersagungsrechtes“ des Sachbesitzers Gräwel, Besitz, Note zu §. 81., und Temme, I. S. 237, N. 2., was Bornemann selbst S. 580 für ein „Un Ding“ 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

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. ³

Während nach römischem Rechte, welchem hierin das preussische Landrecht und das sächsische b. G. B. gefolgt sind, ⁴ 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 Grundes bei Prädialservituten, der Untergang der dienenden Sache bei

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. fg. I. 7. enthalten keine Spur jener Auffassung.

3) Vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. S. 24—26, und die daselbst zitierte Entscheidung des Kasseler D. U. 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, Besitzrecht. S. 52, thut. Selbst mit der Behauptung, daß der Rechtsbesitz trotz der Verhinderung der Ausübung animo fortbauern (§ Höpfner S. 53) 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 ist Störung und wann Entsetzung anzunehmen. S. auch Note 20. 46. 47., auch Heerwart, S. 177, auf den sich §. mit Unrecht beruft.

4) Das französische Civilgesetzbuch enthält keine Bestimmungen über den Besitzverlust der Rechte. Nach der Ansicht Planck'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. Note 1. gezeigt, daß der von P. berufene art. 2234. nur vom Usukapionsbesitze spricht. Vgl. auch Note 47.

allen Servituten, der Untergang des berechtigten Reales bei allen Realrechten, der Untergang des pflichtigen Grundstückes bei Reallasten und Bannrechten.⁵ 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 Wassers schöpfergerechtfame. Eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit der Ausübung dagegen hat den Besitzverlust nicht zur Folge.⁶ 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.⁷ Eben hieraus ergibt sich aber, daß der Besitz derjenigen Servituten, die in einer Vorrichtung auf fremdem Grunde bestehen, nicht schon, wie oft behauptet wird,⁸ mit dem Hinweg-

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 fortdauern, wenn auch einige der Stülpbalken 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. D. S. 112. — Der §. 562. des sächf. G. B. sagt ausdrücklich, daß der Besitz der Realservituten erst verloren gehe, wenn ein Zustand hergestellt wird, der deren Ausübung für die Dauer unmöglich macht.

7) Vgl. Unterholzner, II. S. 179. Sintonis, §. 64. S. 592. Elvers, S. 678. Muther, S. 59. Ob das Zumauern der Fenster des herrschenden Grundstückes durch dessen Besitzer selbst den Besitzverlust des Lichtrechtes bewirke, wie Unterholzner und Sintonis a. D. behaupten, hängt von der Art und dem Zwecke der Vermauerung ab; an sich kann darin nur eine Thatfache 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. Vgl. L. 7. D. de S. P. U. und dazu Wirth, Lib. Usuc. (1854) S. 54. fg. Irrig Sintonis, §. 64. Note 50.

8) So namentlich Savigny, S. 601. („Die Erhaltung ihres Besitzes ist sehr leicht zu bestimmen, da sie immer in einer dauernden Anstalt bestehen, durch

fall der Vorrichtung (deren Vernichtung, Aufhebung) verloren gehe, sondern erst durch die Unmöglichkeit ihrer Wiederherstellung; denn mit dem Wegfalle der Anlage hört wohl augenblicklich die Möglichkeit der Ausübung auf, nicht aber wird dadurch die Ausübung dauernd verhindert.⁹

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 Gegetheil 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 diese, da ohne diese die Ausübung des Rechtes unmöglich ist.¹⁰

II. Aenderungen von Rechtsverhältnissen zu Folge des Sages: wo nicht die Möglichkeit des Rechtes, da ist auch nicht die des Besitzes (vgl. §. 26. Absatz 7. d. B.). Es wird daher der Besitz von Realservituten und Realrechten aufhören mit dem Eigenthume oder Besitze

derw 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.“) Widerspricht schon diese Ansicht dem Sage, daß zum Besitzverluste ein actus in contrarium nothwendig sei (vergl. 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 retinentur.« 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 usarp. und L. 14. pr. D. 8. 1. einerseits, und andererseits L. 11. §. 1. D. 6. 2. [Ulpian.] und e. 2. C. 3. 34.), sagt dieselbe nur, daß Servitutenbesitz fortdauere, wenn die Immissio des Balkens verleihe, und erst durch ein nicht unbedeutliches arg. a contrario könnte man zu der Behauptung Savigny's gelangen. Vgl. auch Elvers, S. 679, Note e.

9) Vgl. Elvers, S. 678. Sintonis, §. 64. S. 592. Puchta, Rechtsler. S. 72. Der Quasibesitz geht verloren, sagt Legterer 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.

10) Vgl. Muther, S. 63. Temme, §. 69. Hierüber gelten die für den Verlust des Sachbesitzes gegebenen Vorschriften.

am berechtigten Grunde,¹¹ durch Bereinigung des herrschenden und dienenden Grundes in Einer Person, durch Rechtsfag, der die dienende Sache dem Verkehre entzieht (§. 311. G. B.), oder die Unzulässigkeit des betreffenden Rechtes oder doch seines Besitzes oder seiner Erhaltung für die Zukunft verordnet. Ein Beispiel für die letzterwähnte Erlösungsart liefert das Gesetz v. 5. Juli 1853. Z. 130. R. G. B., welches im §. 43. verordnet, daß vom Tage der Kundmachung desselben gewisse (im §. 6a. bezeichnete) Wald- und Weideservituten nicht mehr eressen und 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 voraussetzt, also namentlich der Besitz des Gebrauchs- und Nutznießungsrechtes durch Handlungen Dritter verloren gehen könne, nämlich durch Entziehung der Detention der Sache.¹² Allein auch bei Rechten, die in einzelnen Handlungen, oder in Leistungen bestehen, ja sogar bei negativen Servituten und Bannrechten lassen

11) Unterholzner, II. S. 177. Hoffmann, I. S. 30. Puchta, Rechtsley. S. 72. Böcking, §. 126. Muther, S. 58. Stubenrauch, S. 700. Denn nur der Eigenthümer des Grundes kann Realservituten haben. L. 1. D. 8. 4. Hoffmann, I. S. 29 fg. und Eivers, S. 695. Dagegen kommt auf die Detention des Reales Nichts an. Es läßt sich daher nicht rechtfertigen, wenn Böcking 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 Realservituten 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 des berechtigten Grundes muß den der Realrechte nach sich ziehen. Vgl. S. 294 u. die §§. 77. u. 129. I. 7. des L.-R. und §. 562. des sächs. b. G. B. „Der Rechtsbesitz einer Grunddienstbarkeit geht verloren mit dem Besitze des Grundstückes“ ... Zu tadeln ist, daß Pachmann, S. 112, den Besitzverlust damit begründet, daß solche Rechte „Zugehör der Sache“ seien. Wegen die mißbräuchliche Anwendung des Begriffes „Zugehör“ auf Rechte vgl. Unger's treffliche Ausführungen I. S. 437 fg. Anderer Ansicht ist Bluntzschli, D. P. R. §. 52., der darin eine Eigenthümlichkeit des deutschen Rechtes sehen will. Dagegen s. Gerber, §. 59.

12) Vgl. L. 4. D. Ut poss. und Savigny, S. 581.

sich Fälle denken, in welchen die Ausübung des Rechtes durch Handlungen Dritter dauernd verhindert werden kann.^{12a} In Fällen dieser Art hört mit der Möglichkeit der Ausübung auch der Besitz auf; so insbesondere:

a) bei positiven Servituten, z. B. wenn sich zwei Nachbarn im Besitze des Wasserschöpf- 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;¹³

b) bei negativen Servituten, wenn z. B. der Besitzer eines zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstücke gelegenen Grundes durch Aufführung eines Baues die Servitut der Aussicht vereitelt;

c) bei Reallasten und Bannrechten, wenn Jemand den Pflichten durch Gewalt oder Drohungen an der Vornahme der Leistung oder an der Abnahme des Bannobjektes dauernd hindert.¹⁴

In den bisher besprochenen Fällen I. — III. tritt der Besitzver-

12a) 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.

13) Hierüber fehlt es sowohl in den Quellen, als in der Literatur an ausreichenden Anhaltspunkten der Entscheidung.

14) Vgl. c. 22. X. de off. jud. u. c. 31. X. de decimis u. den allerdings sonderbaren c. 19. X. de rest. spol. Brunß, S. 217. Unger, I. S. 562, Note 28., dagegen Dunker, 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 Gegenheil verloren. Vgl. Heerwart, S. 309. Dunker a. D. und Heim bach, S. 83. Dagegen wollen Andere, besonders Brunß, S. 218 u. 219, und Gerber, §. 170., 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 österreichischen Rechtes können wir hierin nur eine Störung des Besitzes, aber keine Besitzentziehung erblicken, da diesem jene eigenthümliche Auffassung des kanonischen Rechtes fremd ist. Anderer Ansicht scheint Rippe, III. S. 165. 1. und 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.

lust sofort mit der Unmöglichkeit der Ausübung ein.¹⁵ Die Bestimmung des §. 351. A. b. G. B., daß der Besitz eines Rechtes im Falle der Verhinderung der Ausübung von Seite des Gegentheiles durch rechtzeitige Anstellung der Besitzstörungenklage erhalten werden könne, gestattet bei ihrer Singularität auf diese Fälle keine analoge Anwendung.

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.¹⁶ Von allen Fällen des Besitzverlustes in Folge Unmöglichkeit der Ausübung erwähnt das A. b. G. B. nur diesen Fall, und zwar im §. 351.^{16a} Unter dem „Gegentheil“ ist im Sinne des Gesetzbuches nur Jener, aber auch Jeder zu verstehen, der die faktische Herrschaft über die dienstbare,

15) Der Besitz des Rechtes geht unbedingt verloren, daher auch gegenüber dem Besitzer des dienstbaren Grundes, auch wenn dieser gar Nichts zur Vereitelung 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 vom Neuen erwerben; — allein der Besitz ist unterbrochen. Nur bei sofortiger eigenmächtiger Beseitigung des Hindernisses kann der Besitz als ununterbrochen angesehen werden. Vgl. §. 188. lit. a. Stf. G. und L. 1. §. 28., L. 3. §. 9., L. 17. D. unde vi; vgl. auch Unger, II. D. 344.

16) Nach österreichischem Rechte, wie weiter gezeigt ist, nur dann, wenn die Verhinderung nicht rechtzeitig gerichtlich verfolgt wird. §. 351. des G. B. — Zwar behauptet Puchta, Vorles. I. S. 299, 300, und Seuffert, P. §. 173. Note 3. u. 10., daß der Besitz der Prädialservituten und Reallasten erst dann verloren gehe, wenn der Besitzer nicht durch sofortigen Gebrauch der possessorischen Rechtsmittel diesen Verlust verhindere. Allein diese Behauptung entbehrt jeder quellenmäßigen Begründung und ist mit der faktischen Natur des Quasibesitzes gänzlich unvereinbar. Die von Seuffert zitierte 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. S. Note 6.

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 dieser Sache ist. Dies ergibt sich einmal aus dem Wortlaute des §. 351. cit.; denn die daselbst geforderte Leistungsverweigerung, Verhinderung der Benützung 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“ (entsprechend dem „Gegentheil“ des §. 351.) gleichfalls jeder Inhaber des dienstbaren, bez. pflichtigen Grundes begriffen ist.¹⁷

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;^{17a}

2) bei denjenigen Servituten, die in gewissen Anlagen auf fremdem Grunde bestehen, oder solche nothwendig voraussetzen,¹⁸ besteht die Verhinderung in der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung der Vorrichtung.¹⁹

17) 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. Hingegen 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. 582. Böcking, §. 126. Muther, S. 63. Der §. 602. des sächs. b. G. B. bestimmt dies ausdrücklich. Vgl. auch die Entscheid. des obersten O. G. vom 26. November 1856. Nr. 1009. der Unger-Glaser'schen S. II.

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 die letztere Art der Serv. 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

3) Bei denjenigen Rechten, die in unterbrochenen Benützungshandlungen 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 Gegentheil „die Ausübung des Rechtes eines Anderen nicht mehr dulde“ (§. 351.).²⁰ Steht der Besitzer über bloß wörtliche Wider-

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 (sonamentlich Unterholzner, II. S. 218, Heimbach, Rechtsf. X. S. 259 und Elvers, 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 Note 17. §. 34. — 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. 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 Rede sein, wo die Ausübung lediglich in einer Auflage besteht? Der §. 562. des sächs. b. G. B. fordert korrekt: „Herstellung eines Zustandes, der die Ausübung auf die Dauer unmöglich macht.“

20) Vgl. Buchta, a. D. S. 72. Böcking, Pand. §. 126. „wirksame Negation der Handlung.“ Arndts, §. 187. Bloße Erschwerungen der Ausübung können jedoch die Besitzstörungsflage begründen. Wenn daher z. B. der Eigentümer 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 unpassbaren 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 Thatsache. Für das österr. Recht ist speziell zu bemerken, daß hiernach bei bloßen Störungen, selbst bei unterlassener Einklage derselben der Rechtsbesitz nicht verloren geht (§. 351. G. B.). Irrig wurde in den oben angeführten drei Fällen in einigen (ungedruckten) Entscheidungen das Gegentheil 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.“ 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 Untersagungsrechtes erworben hat;“ denn vom Erwerbe eines selbstständigen Untersagungs-

spruch des Gegentheiles von dem Versuche der Besitzhandlung ab, so geht wohl gleichfalls der Besitz verloren, aber nicht corpore, sondern animo.²¹ 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 hintanhaltend, ohne hiedurch der Ausübung für die Zukunft Hindernisse in den Weg legen zu wollen, so geht dadurch der Besitz nicht verloren.^{21a}

4) Bei den negativen Servituten besteht der Verhinderungsakt in der Vornahme derjenigen Handlung oder der Errichtung desjenigen Werkes, auf deren Unterbleiben der Inhalt derselben gerichtet ist.²²

rechtes des Eigentümers kann doch hier nicht die Rede sein. Vgl. dagegen auch: Bornemann, I. S. 580, wogegen Temme, I. S. 237, Note 2., jene Bestimmung verkehrter Weise damit zu rechtfertigen sucht, „daß es hier überall auf kein Eigentum und überhaupt auf kein Recht ankommt, als auf den Besitz selbst.“

21) In dem Absehe liegt hier offenbar ein Aufgeben des Besitzwillens. Vgl. §. 1482. A. b. G. B., der übrigens ungenau vom Erwerbe des Untersagungs- oder Hinderungsrechtes spricht. Vgl. die vorige Note. Ueber die Erhaltung des Besitzes durch Einbringung der Klage s. Note 46.

21a) Wenn Hoffmann, II. S. 134, unter Berufung auf L. 4. §. 27. D. 41. 3. behauptet, daß Verhinderung einzelner Gebrauchshandlungen überhaupt nicht den Besitzverlust der diskontinuierlichen Servituten bewirke, so übersieht er, daß die L. 4. §. 27. cit. im Sinne des Justin. Rechtes als antiquirt betrachtet werden muß. Elvers, §. 62. Windscheid, §. 163., Note 7. Vgl. z. B. L. 9. D. 8. 5. mit L. 6. §. 1. eod., welche offenbar von dem oben verteidigten Grundsatz 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 Gegentheil) das Verbot, etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet,“ — eine im Wesen richtige, nur zu enge Fassung; denn zum Erwerbe einer negativen S. wird ja nicht nothwendig ein Verbot vorausgesetzt. — Das sächs. b. G. B. sagt richtiger allgemein: „durch eine der Dienstbarkeit zuwiderlaufende Handlung,“ §. 562. — Zu tadeln ist dagegen die Fassung d. §. 128. I. 7. d. preuß. R.: „Der Besitz eines Untersagungsrechtes geht verloren, wenn der Andere sich in den Besitz des entgegenstehenden negativen Rechtes (etwas zu thun) setzt,“ — als bildeten die Benützungshandlungen, die der Eigentümer an der eigenen Sache vornimmt, den Inhalt selbstständiger Rechte! — (Derselbe Vorwurf trifft Bornemann, I. S. 581. Temme, I. §. 69., und 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 Koch, 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 gleichgiltig. So z. B. ist

Es wird also z. B. die Servitut der Nichterhöhung des Nachbarhauses verloren durch wirkliche Erhöhung desselben; die Servitut der Aussicht durch Errichtung eines Werkes, welches dieselbe thatsächlich benimmt.²³ 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 Verbotsrechtes gegeben, indem der Besitzer des Werkes dasselbe auf jedesmaliges Verlangen zu beseitigen bereit ist, — und ein Mehreres als die Möglichkeit der Reproduktion der Ausübung ist zur Erhaltung des Besitzes nicht erforderlich.²⁴ 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

die Serv. altius non tollendi verloren, wenn etwa der Pächter des dienenden Grundes ohne Wissen des Eigentümers den fraglichen Bau aufgeführt hat.

23) Vgl. L. 32. §. 1. D. de S. P. U. Savigny, S. 605. Unterholzner, II. S. 178. Ruchta, Rechtsler. S. 72. Ewers, S. 681, und Böding, §. 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) Daher 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 quis servitutum tibi debuit duxerit: neque libertas usucapietur et interdicto, quod precario habet, utiliter cum eo agetur. Dagegen will Ewers, 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 Ersetzung ohne Weiteres auf die usucapio libert. auszu dehnen; wird doch dieselbe, wie Ewers, 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, ebendaf. Note **, und Hoffmann, II. §. 116., zur usuc. libert. „fehlerlosen Freiheitsebesitz,“ letzterer sogar bona fides fordert). — 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 gegründeter Zweifel erhoben werden.)

Besitzers gerichtet sein.²⁵ Ebenso wenig erfolgt der Besitzverlust, wenn die entgegenstehenden Handlungen die Ausübung wohl theilweise beeinträchtigen, aber nicht unmöglich machen.²⁶

Durch Handlungen oder Vorrichtungen, wodurch die Ausübung der negativen Servitut unmöglich gemacht wurde,²⁷ 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 Verbotsrechtes befand; mit anderen Worten: sein Sachbesitz, der bisher durch den Besitz eines gegentheiligen Verbotsrechtes 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).²⁸ Die „Freiheit“ ist

25) Hat also z. B. der Besitzer des mit dem Bauverbote belasteten Grundstückes aus Anlaß einer Festlichkeit Schaustribunen errichtet, so geht dadurch der Besitz des Verbotsberechtigten nicht verloren. Vgl. Note 6.

26) Z. B. die Errichtung eines Baugerüstes, einer Schaukelvorrichtung, obgleich nach Umständen in Handlungen dieser Art eine Besitzstörung liegen kann. Vgl. Unterholzner, II. S. 179. Ewers, S. 363 und Note 20. Darum wird auch die Freiheit von der S. altius non tollendi und S. luminibus non officendi nicht durch den natürlichen Wachssthum eines Baumes erlangt und erlesen. L. 7. D. de S. P. U.: Quod autem aedificio me posse consequi, ut libertatem usucapere dicitur, idem me non consequaturum, 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. Ewers, 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 servitutum. Natürliche Ereignisse, so namentlich das Wachssthum des Baumes, können die gewillkürte Bethätigung des Willens des Anderen nicht ersetzen. Vgl. Unterholzner, II. S. 218. Schirmer, das. Note 670., 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 Widerfestigkeit fordert.

28) Vgl. L. 32. §. 1. D. de S. P. U. 8. 2. Libertas usucapitur, si aedes possideantur. L. 6. D. eod. Vgl. dazu Ewers, S. 362 fg. Brinz, P. S. 279. Heimbach, im Rechtsler. X. S. 259 fg., und Wirth, a. a. D. S. 10 fg. — Auch das österr. Gesetzbuch spricht von der „Vermuthung“ (?) für die

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.²⁹ 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 tatsächlich unbeschränkten Besitzes.“³⁰ 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 Selbstverteidigung zurückweisen, beziehungsweise Beseitigung und Verbot desselben mit der zum Schutze des (begriffsmäßig unbeschränkten) Sachbesitzes bestimmten Klage (*interdictum uti possidetis*, Besitzstörungsklage) gerichtlich fordern.³¹

Freiheit des Eigenthumes (§. 324.), und „von dem Besitze des Unterjagungsrechtes 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 (Erziehung eines Eigenthumsbestandtheiles), sondern um die Erlöschung eines beschränkenden Verbotsrechtes handelt. Vgl. §. 1488. „Das Recht der Dienstbarkeit wird durch Nichtgebrauch verjährt, wenn sich der verpflichtete Theil der Ausübung der Servitut widersezt, und der Berechtigte durch drei aufeinanderfolgende Jahre sein Recht nicht geltend macht.“ (Ohne Freiheitsbesitz ist 30jähriger 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.).

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: „Merkwürdig (?) ist dabei noch dieses, daß der Freiheitsbesitz nothwendig den Besitz der dienenden Sache voraussetzt.“

30) Es ist daher nicht zu rechtfertigen, wenn Bangerow, 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 B.'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 Arnolds, *Schr. N. F.* III. S. 250 fg. Zielonack, *Serv.* S. 212. Brinz, *Pand.* I. S. 259.

31) Während diese Klage unter Voraussetzung des Besitzes eines beschränkenden Rechtes durch die *exceptio possessionis* (*sc. juris*) unwirksam gemacht wird, muß

Der Besitz der „Freiheit“ des Eigenthumes ist nach österreichischem Rechte nur insofern von Bedeutung, als einmal von dem Besitzer 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.)³²

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.³³ — Die Zerstörung

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 entgegenstehenden 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 Erlöschung der beschränkenden Servitut. Es ist daher unzulässig, die Erfordernisse der Erziehung auf die *usucapio lib.* zu übertragen, wie dies namentlich Glüß, IX. S. 377. Unterholzner, II. S. 219. Schirmer, *das. Note* **. Hoffmann II. §. 116. und Bangerow, I. S. 898, thun. Vergl. dagegen auch Elvers, S. 777. Zielonack, 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. bei 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 *Usucapions*prinzipien durch Juristen und Gesetzgebung 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. 53.)

32) Nach röm. Rechte ist sie überhaupt eine Bedingung der Verjährung der *fontinuirlichen*, daher regelmäßig der *Urbanal*servituten. Vgl. L. 6. D. 8. 2. — S. übrigens über diese höchst streitige Materie Unterholzner, II. §. 217 fg. Bangerow, I. §. 357. Elvers, S. 357 fg.

33) Es lebt daher z. B. der verlorene Besitz der Servitut der Aussicht nicht wieder auf, wenn die vorgebaute Mauer einstürzt. — Auch zur *usuc. lib.* ist daher die ununterbrochene Dauer des Werkes während der *Usucapions*zeit nicht erforderlich. Das Gegentheil wird freilich mit Berufung auf L. 6. D. 8. 2. behauptet; doch deuten die Worte: »*si nihil novi feceris*« im Gegensatz zu »*et ego fene-*

der Anlage unter Erneuerung des Verbots Seitens des früheren Besitzers kann nur als Neuwerb 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, bejaht sie aus dem Gesichtspunkte des Besitzes der Freiheit: „Die 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 bauliche Einrichtungen Besitz ergriffen wurde.“ Auch wir halten einen solchen theilweisen Besitzverlust der Servitut, — worunter wir eine Einschränkung ihres Umfanges 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.³⁴ 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.³⁵ Oder ist auf dem mit der Aussicht-

stras meas praefixas habuero vel obstruxero « nur darauf hin, daß der Zustand der Freiheit nicht durch Handlungen des Besitzers selbst bewirkt worden sein darf, kurz, 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) Daß *N. 6. G. B.* erkennt im §. 1482. ausdrücklich die Möglichkeit einer solchen theilweisen Erlöschung der Servituten, resp. theilweisen Erziehung der Freiheit an: „Auf gleiche Weise wird derjenige, der ein Recht auf einem fremden Grunde in Ansehung des Ganzen oder auf verschiedene 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 Erziehung des Unterfangungs- oder Hinderungsrechtes bewirkt werden (§. 351.).“

35) Die Möglichkeit einer solchen Einschränkung ist in *L. 6. D. de Serv. aus-*

dienstbarkeit belasteten Grunde eine Stallung erbaut worden, welche lediglich die Aussicht des Erdgeschosses des herrschenden Gebäudes stört, so geht damit noch nicht 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 ideellen Bestandtheilen unthunlich ist.³⁶ 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 aufhebe, z. B. die Errichtung einer fußhohen Sommerterrasse, welche allenfalls nur die Aussicht aus einigen Fenstern des Erdgeschosses beeinträchtigt, den Besitz der Ausichtserservitut 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.³⁷

drücklich anerkannt: *Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest.*

36) Vgl. *L. 6. L. 8. §. 1. D. de Serv. L. 32. 34. D. de S. P. U. L. 6. §. 1. L. 16. D. quemodum S. amm.* — Durch reelle Theilung des herrschenden und dienenden Grundstückes entstehen im Grunde ebenso viele selbstständige Servituten, als Stücke des bisherigen ganzen Grundes; sie stellen sich jedoch als Theile der dem Ursprünge 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. 6. G. B.* und des §. 539. des sächs. *G. B.* zu sein. Vgl. über diese schwierige Frage *Vangerow*, I. §. 340., *Ann. 2. Elvers*, S. 224 u. 778, und besonders *Soffmann*, I. §. 32., und *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.

37) Dies übersehen *Elvers*, S. 778. Ist z. B. das dienstbare Grundstück mit der Servitut des Bauverbotes oder des Nicht-Höherbauens beschwert, so wird deren Besitz durch jedweden auf demselben aufgeführten Bau aufgehoben, und wir können daher der Ansicht *Elvers*, S. 353 u. 779, nicht beistimmen: „daß

5) Wir gelangen nun zu der Frage, worin bei Realkasten 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 Realkast 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 fortdauert, so lange die faktische Möglichkeit der Ausübung vorhanden ist.³⁸ Diese Möglichkeit hört aber auf, wenn der Gegenheil erklärt: nicht mehr leisten zu wollen, mit andern 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.“ ...³⁹

die 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 E l v e r s, S. 353.) Denn die Servitut, den (also jeden) Höherbau zu untersagen, und die Serv., 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 Licht- und Aussichtservituten (vgl. dagegen auch Schirmer, Anm. 117). Gegen die weiteren Ausführungen E. s., 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: „Wilt bei Rechten der Satz: usus est pro traditione (Savigny, S. 577, 585), so kann im Falle des Nichtgebrauches, also bei den Realkasten im Falle der Nichtleistung, unmöglich eine Fortdauer des Besitzes angenommen werden; denn das wäre ein offenkundiger Widerspruch.“ So auch S. 315 fg. Allein H. geht von der irrigen Voraussetzung aus, daß der Quasibesitz in der Ausübung des Rechtes bestehe, was die von ihm angeführte Stelle wordentlich 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) Vgl. auch §. 126. I. 7. des preuß. Landr. „Der Besitz eines affirmativen Rechtes geht verloren, wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung verweigert

Denn in diesem Falle 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.⁴⁰ Es versteht sich hiebei von selbst, daß sich die Absicht der

und der Andere sich dabei beruhigt.“ 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 sächs. b. G. B. kennt bekanntlich keinen Besitz an Realkasten.

40) Vgl. die Entsch. d. D. L. G. Venedig v. 1. Okt. 1852., Ger. = Ztg. 1856. S. 451. Duncker, S. 79. Heimbach, S. 81 fg. Brunß, S. 210—214. Gerber, §. 170. a. E. Bluntzschli, D. P. R. §. 93. 4. Diese Ansicht ist auch deutlich im kanonischen Rechte ausgesprochen, so in c. 15. X. de privil., c. 10. 26. X. de decimis, c. 22. X. coll. I. de decimis, c. 8. X. de transactionibus. Der technische Ausdruck der Besizentziehung (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 H. 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 Interdiktionsschutz, nicht aber der Besitz des Rechtes verloren gehe (vgl. §. 34., Note 1.). Dagegen behauptet Rosshirt, 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, 5.) angeführten Erkenntnisse der Besitz der Realkast 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 Verfehlte dieser Meinung liegt auf der Hand; nicht in dem „Fordern“, sondern in dem Leisten und dessen Empfangnahme liegt bei Realkasten der Rechtsgebrauch, und nicht das Vorhandensein der ersteren, sondern der letzteren Möglichkeit ist daher entscheidend. Vgl. dagegen auch Heerwart, S. 313 fg. Wenn in der oben cit. Entsch. des Venetianer D. L. G. von einer Störung im Besitze des Zehntrechtes gesprochen wird, obgleich die Entziehung verweigert wurde, so erklärt sich dies aus der in Note 46. erwähnten Singularität des österr. Rechtes. — Manche fordern zum Besitzverluste der Realkasten außer der Verweigerung der Leistung auch noch „Beruhigung des Besitzers“ (so namentlich Puchta, Vorl. I. S. 300). Diese willkürliche Behauptung — ein Nachklang älterer Theorien, s. Note 47. — widerspricht der faktischen Natur des Besitzes, ganz abgesehen davon, daß die Frage, wann Beruhigung anzunehmen sei, ein Heer unlösbarer Zweifel schafft. Vgl. dagegen auch Duncker, S. 84, und Heimbach, S. 82. — Daß zum Besitzverluste der Realkasten Verweigerung der Leistung wie einerseits erforderlich, so andererseits genügend sei, wird schon von den Glossatoren, und später ziemlich einhellig von der Theorie und Praxis

Verweigerung auf die Reallast in der Totalität und nicht auf eine vereinzelte Leistung beziehen müsse.⁴¹

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.).⁴² 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 Bannlast künftig nicht mehr zu fügen.⁴³ Ist der Besitz des Bann-

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 Brun s, S. 123 fg., 210 fg., 280 fg. und 384. Keine Ausnahme besteht (wie irrig Heim bach, S. 82, meint) bei Föhnen. Daß nach deutschem Rechte Verweigerung des Zinses nicht den Verlust der Zinsgewere zur Folge hatte, kann nicht befremden, da dasselbe keinen selbstständigen Rechtsbesitz, ja überhaupt keinen (nämlich an sich geschügten) Besitz kennt. Gewere ist eben nicht die römische und kanonische possessio. Vgl. Brun s, S. 332 und §. 4. S. 37 d. B.

41) Vgl. Heim bach, S. 82. 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“ (Puch ta, Rechtslex. S. 72. Heim bach, Rechtslex. S. 82) oder unter „Ablängnung des Besitzens“ derselben (Gerber, P. R. §. 170. a. E.) 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 Vornahme der dem Rechte entgegenstehenden Handlung. S. auch Heim bach, R.-L. XV. S. 707.

43) Vgl. die Entsch. des obersten Ger.-S. Nr. 795 in Glaser-Unger's S. II. Geschah die Abnahme nicht in dieser Absicht, so stellt sich dieselbe nur als eine Besitzförderung dar. Hiernach beheben sich wohl die von Heerwart, S. 301, angeregten Zweifel, ob dergleichen Zuwiderhandlungen gegen das Verbot den Besitz

rechtes durch die Widersetzlichkeit des Gegentheiles (wozu nach österr. Rechte noch der fruchtlose Verlauf der Klagefrist hinzutreten muß) verloren gegangen, so gelangt der Besitzer des bisher thatsächlich bannpflichtigen Grundes⁴⁴ in den freien Besitz des letzteren.⁴⁵

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.⁴⁶ In diesem Falle geht nämlich der Besitz erst dann

des Bannrechtes aufheben oder bloß stören. — Ebenso geht der Besitz nicht verloren, wenn der Gegenheil über die präkaristische Bewilligung des Bannberechtigten zeitweilig die Waaren anderswoher holt. Hierüber sind die bezüglich der negativen S. gemachten Bemerkungen zu vergleichen.

44) Wie bereits gezeigt, sind h. z. E. in Oesterreich nur solche Bannrechte übrig, welche wenigstens passiv an den Besitz eines Grundes geknüpft sind. Die in einem persönlichen Subjektionsverhältnisse (Unterthanschaft u. d.) beruhenden haben längst aufgehört.

45) Gegen die fernere Abmäsung des Bannrechtes kann sich der Besitzer durch Anstellung der Freiheitsklage (a. negatoria utilis, §. 523. G. B. Blunt schli, D. P. R. §. 93. 3.) oder der Aufforderungsklage schügen. Dagegen findet ein possessoriischer Schutz dieser Freiheit Mangels jedweder Bestimmung hierüber nicht statt. Vgl. auch Dunker, a. a. O. §. 18. S. 112, und Heim bach, S. 86, dessen Bemerkung jedoch, daß die Zulassung eines possessoriischen 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, wann Beruhigung angenommen werden könne.

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 einflagt.“ — Nach röm., preuß. und sächs. Rechte kommt Nichts darauf an, wie und durch wen die Ausübung vereitelt wurde. Die Anstellung der possessoriischen Klagen kann daher den Besitzverlust nicht hindern. (Die abweichende Ansicht Seuffert's, P. §. 173., Note 3. u. 10., u. Puch ta's, Vorl. I. S. 299, für das röm. Recht entbehrt jedes Grundes.) Dasselbe muß Mangels besonderer

verloren, wenn der Besitzer des Rechtes „es dabei bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt“, §. 351. des G. B.⁴⁷ Es wird daher trotz der eingetretenen Unmöglichkeit der Ausübung der Besitz erhalten durch die eingebrachte Besitzklage.⁴⁸

Bestimmungen für das franz. Recht gelten. (Vgl. über eine abweichende Ansicht Planck's die Note 4.) Nur für das preuß. Recht gilt in Ansehung der Realitäten 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 Klagenstellung gemeint sein. Diese Bedeutung unterlegt diesem Ausdruck auch die Entsch. des Ober-Trib. bei Koch, Komm. I. S. 431, Note 56. S. auch die folgende Note. Gegen die Ansicht Buchta's, Vorl. I. S. 300, daß der Besitz der Realitäten bei Verweigerung der Leistung durch die sofort angestellte Besitzklage konservirt werden könne, s. Note 16. und 40.

47) Dieser Bestimmung des b. G. B. scheint eine Generalisirung der Ansicht mehrerer älteren italienischen Juristen zu Grunde zu liegen, daß der Besitz von Realitäten, trotz der Verweigerung *animo* fortzuauern, so lange die Möglichkeit des gerichtlichen Zwanges (*interd. uti poss., a. spoli*) vorhanden ist. Vgl. z. B. die bei Brunß, S. 280—282, angeführten Stellen von Balbus 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. Brunß, S. 409). Sie ist wohl ein Gegenstück zu der irrigen Behauptung derselben Civilisten, daß der Sachbesitz trotz der Defektion *solo animo* erhalten werden könne, so lange dem Deficirten das *interd. uti poss.* zusteht. Hier wie dort sprach man von Civil- oder Mentalbesitz. Erst bei zehnjähriger Negligenz sollte der Besitz verloren gehen. Vgl. die Nachweisungen bei Brunß, 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 fortgesetzt habe (Delbrück, a. a. D. §. 19. S. 101), scheint doch mehr als problematisch zu sein, obgleich germanische Anschauungen auf die Entwicklung jener Theorie nicht ohne Einfluß gewesen sein mochten. Vgl. Brunß, Jahrb. Bekker's und Muther's IV. 1. bef. S. 48, 66—69, 101, dessen treffliche Ausführungen hierüber kaum einen Zweifel übrig lassen.

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 kais. Verordn. vom 27. Okt. 1849 Z. 12 unzulänglich hervor. Vgl. auch Nippel, III. S. 166. Stubenrauch, I. S. 699 (464). Unbegreiflich ist die Bemerkung Zeilker'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 Winwartter's, II. S. 101: „ob die summarische oder die ordentliche Besitzklage Statt findet, wird in vielen Fällen zweifelhaft sein, weil (?) man nicht weiß, wie lange (?) die dem Besitze entgegenstehende Handlung als eine „Störung“

Hieraus folgt, daß die oben unter Z. 1—6. angeführten Handlungen des Gegentheiles, welche die Ausübung eines Rechtes unmöglich machen, im Sinne des österr. Rechtes nicht als Besitzentsetzungs-, sondern nur als Besitzstörungsakte 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.⁴⁹ Beim Rechtsbesitze können daher die Besitzentsetzungsklagen nur wegen Handlungen Dritter Platz finden.⁵⁰

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.⁵¹ In Uebereinstimmung mit den schon früher

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 geschehen ließ? — Als ob die sog. ordentliche Besitzklage (worunter B. richtig die a. Public. versteht [S. 96]), nur bei Entziehung, die sog. summarische (wahre) Besitzklage aber nur bei Störung des Besitzes statifände (s. dagegen B. selbst S. 96 und Note 9. §. 7. d. B.); als ob ferner auch die Einbringung der sog. ordentlichen Besitzklage zur Erhaltung des Besitzes genüge, und als ob endlich die Verschließung des Durchganges eine bloße Störung wäre?

49) Denn entweder ist die Klage gegen den Gegentheil (rechtzeitig) angebracht worden oder nicht; im ersteren Falle wird die Entsetzung bloß als Störung angesehen und die Fortdauer des Besitzes singirt; im letzteren Falle ist der Besitz verloren gegangen, und kann durch kein possessorisches Rechtsmittel wiederverschafft werden. — Abgesehen von den in der Note 48. erwähnten Irrthümern Zeilker's und Winwartter'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. u. 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 bei dem weitaus wichtigsten Falle, nämlich der Verhinderung durch den Gegentheil, — ein Ergebnis, das bei den in concreto oft schwer zu unterscheidenden 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. Brunß, Jahrb. S. 49, 67. — Daß übrigens die Unterscheidung zwischen Störung und Entziehung noch in anderer Beziehung wichtig ist, darüber s. Note 20. Das Nähere im Klagenrechte.

51) Winwartter, II. S. 101, regte die Frage an, entschied sie aber nicht.

für das lombardisch-venetianische Königreich, für Dalmatien und Tirol erlassenen allerhöchsten 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, Schlessien, Galizien und Bukowina erlassene, und mit der kaiserl. Verordn. vom 23. März 1852, §. 78. auch auf Krakau ausgedehnte kaiserl. Verordn. vom 27. Oktober 1849, §. 12., „daß die Besitzklagen längstens binnen 30 Tagen von der erlangten Wissenschaft der Störung (Entsetzung) angebracht werden müssen.“^{51a}

Schließlich erübrigt uns noch, zu erörtern, inwiefern der Rechtsbesitz durch Selbstvertheidigung erhalten werden kann.⁵² Es wurde schon im §. 6. d. U. 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 befinde. 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 con-

Rippel, III. S. 166 fg. glaubt, daß die Frist nach Verschiedenheit der Umstände verschieden sein müsse; beim Zehent 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 übergangen 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.

51^a) Vgl. die Entsch. des obersten O. G. N. 644. in Anger-Blaser's S. II. Diese Frage umgeht die Entsch. des oberst. O. G. in N. 795. ebend. In der Praxis ist hierüber kein Zweifel.

52) Vgl. hierüber Albert, Besitz unkörp. S. §. 119 fg. 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 eintrage. Vgl. Rippel, III. S. 166. Winwartner, 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.

tinenti (in ipso congressu) unmittelbar nach der Entziehung wieder verschafft.⁵³

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.⁵⁴

c) Bei denjenigen Rechten, die in gewissen sich wiederholenden Benützungsakten der fremden Sache bestehen, ist Selbstvertheidigung 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 Weidrechtes der Besitzer desselben das auf den fremden Grund schon aufgetriebene Vieh wirklich weidet.⁵⁵ Denn unter dieser Voraussetzung liegt in der Wahrung der thatsächlichen 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. U. 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 auftreiben will, und der Grundeigenthümer den Auftrieb verhindert. Hier kann von einer „Abwehr eines Angriffes“ keine Rede sein,⁵⁶ daher auch nicht von einer Erhaltung des Besitzes durch Selbstvertheidigung.

53) Vgl. Note 8. des §. 6. d. B. Spätere Wiederverschaffung (ex intervallo) erscheint bereits als Selbsthilfe.

54) Anders, wenn es sich um die Wiedereinfügung eines zeitweilig herausgenommenen Balkens handelt. Für das röm. Recht kommt hiebei besonders in Betracht, daß diese Servituten mit dem interd. uti poss. gerade so geschätzt 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. S. 2., L. 3. §. 9. D. de vi 43. 16. und die bemerkenswerthe L. 29. §. 1. D. ad Leg. Aquil. 9. 2. Vgl. folg. Note.

55) Dahin gehören auch diejenigen Servituten, welche zu ihrer Ausübung gewisse Vorrichtungen auf fremdem Grunde voraussetzen, z. B. Wasserleitungs-servituten. — Hält man sich den Unterschied zwischen diesen Servituten und den in einer Vorrichtung bestehenden vor Augen, so dürfte die vielbestrittene L. 29. §. 1. D. ad leg. Aqu. 9. 2. sich ohne Schwierigkeiten erklären lassen. Denn bei der Zerstörung der Wasserleitung handelt der Grundbesitzer in suo, bei der Verlegung des projectum aber in alieno.

56) Vgl. Wessely, Nothwehr S. 60 fg. und Albert, Besitz unkörp. Sachen

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 unerlaubten Selbsthilfe fallen; ⁵⁷ 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 Angriffs“, sondern unerlaubter Eingriff in die fremde Rechtssphäre. ⁵⁸ 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,

§. 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 Servitutsübung überhaupt zulassen, „namentlich (?) wenn der Besitzer gerade in der Ausübung sich befindet“, es sei denn, „daß die Ausübung durch Anstalten aufgehoben worden ist.“ §. übersieht, daß nur bei aktueller Ausübung von Selbstvertheidigung die Rede sein kann. Noch weiter gingen manche Aeltere (Menochius, Strube, Höffter), welche selbst in der eigenmächtigen aggressiven Durchsetzung der Servitut nur eine Selbstvertheidigung erblicken wollen. Vgl. dagegen Albert a. D. Einen Anhaltspunkt für unsere Unterscheidung gibt die L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

57) Vgl. Wittich, *Usucapio lib.* S. 60. Vgl. L. 3. §. 2. D. *Uti poss. and daju* 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. Brunß a. D. S. 280 ff. — Nur dann ließe sich eine Selbstvertheidigung denken, wenn der Berechtigte bei der Ausübung des Rechtes allein thätig wäre und in dieser Thätigkeit vom Gegentheile gestört würde, z. B. bei jener Form des Zehntrechtes, bei welcher der Zehntherr das Getreide auf dem Felde selbst zehnet und abführen läßt.

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 Bereitung, aber keine wirkliche Bereitung (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 Verhinderungsaftes 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 eines Bauverbotsrechtes gleich die Grundlegung des fremden Baues vereitelt hätte.

2) Ließ hingegen der Rechtsbesitzer die Verhinderungshandlung ruhig geschehen, so geht der Besitz sofort mit der eingetretenen Unmöglichkeit der Ausübung verloren; ⁵⁹ eine später angewendete Selbsthilfe kann wohl neuen Besitz begründen, aber den einmal verlorenen nicht erhalten. ⁶⁰

Es versteht sich übrigens, daß der Besitzer der Sache in beiden Fällen wegen der eigenmächtigen Selbsthilfe des Rechtsbesitzers Klage führen kann. ⁶¹ Der Erfolg dieser Klageführung wird aber in den

59) Nach österr. Rechte §. 351. gilt der Besitz als fortdauernd, wenn die Besitzstörungsklage rechtzeitig eingebracht wurde.

60) Vgl. auch Evers a. D. S. 686. Dies scheint Pfeiffer, *Prakt. Ausf.* II. S. 25 und die von ihm daselbst angeführte Entsch. des Kasseler D. U. G. zu übersehen. Es wurde nämlich eine Unterbrechung des Besitzes des Gutungsrechtes 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 selbst dann den Besitz zu erhalten nicht geeignet ist, wenn dieselbe innerhalb der 30tägigen Klagfrist geübt wurde. Denn nur durch Einbringung der Klage kann nach §. 351. des G. B. der Besitz erhalten werden. Von einer *exceptio vitiosae poss. ab adversario*, die allerdings beim Sachbesitze geltend gemacht werden kann (vgl. §. 7. Note 22.), kann hier keine Rede sein.

61) Diese Klage ist für das röm. Recht das *interd. uti possidetis*, nach Umständen *quod vi aut clam*; für das österr. Recht die Klage des §. 339. d. G. B.; für das preuß. Recht die der §§. 150—154. I. 7.; für das sächs. Recht die des §. 205. des b. G. B.

unter 3. 1. u. 2. erwähnten Fällen ein verschiedener sein. Im Falle 3. 1. wird dem Rechtsbesitzer, der sich der eigenmächtigen Hilfe bedient hat, diese (als Besitzstörung) für die Zukunft untersagt werden; aber er bleibt im Besitze des Rechtes, auch wenn er seinerseits keine Klage wegen Störung im Rechtsbesitze erhoben hätte, da die versuchte Verhinderung des Rechtsgebrauches nicht verwirklicht wurde. — Im Falle 3. 2. ist jedoch zu unterscheiden:

a) Der Sachbesitzer klagt (rechtzeitig) wegen Störung im Sachbesitze und der Rechtsbesitzer (rechtzeitig) wegen Störung im Rechtsbesitze.⁶² Hier muß beiden Klagen Statt gegeben werden. Jenem wird die Störung des Rechtsbesitzes, diesem die Störung des Sachbesitzes untersagt. Wegen der rechtzeitig⁶³ angebrachten Besitzklage wird der Rechtsbesitz gar nicht als unterbrochen angesehen. §. 351. Dasselbe gilt, wenn nur der Rechtsbesitzer klagt.

b) Der Sachbesitzer stellt (rechtzeitig) die Klage wegen Störung im Sachbesitze an, der Rechtsbesitzer verabsäumt die Klageanstellung. Hier wird dem Letzteren die eigenmächtige Durchsetzung der Rechtsübung als Besitzstörung untersagt. Die Folge davon ist, daß er auf dieselbe keinen neuen Besitzwerb gründen kann, indeß er auch den früheren Rechtsbesitz verloren hat.⁶⁴

c) Keiner von Beiden hat (rechtzeitig) Klage geführt. Hier hat sich der Rechtsbesitzer durch die eigenmächtige Selbsthilfe von Neuem in Besitz gesetzt.

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 Zeitpunkt der erlangten Wissenschaft der Störung. §. 1. der kais. Verordn. vom 27. Oktober 1849.

64) Vgl. die Entscheidung des obersten Gerichtshofes v. 6. Mai 1858. Z. 4254. (Ger.-Halle N. 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.“

§. 36. Besitzverlust durch Repräsentanten.

Der Rechtsbesitz geht verloren: durch Aufgeben des Besitzwillens, durch Nichtausübung während der Verjährungszeit,¹ und durch Eintritt der Unmöglichkeit der Ausübung. Mit Rücksicht auf die im §. 23. d. A. über den Verlust des Sachbesitzes 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 Rechtsbesitzes 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 z. B. der Besitz einer Weggerechtigkeit verloren, wenn der Pächter oder Nutznießer 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.² Der Verpächter einer Zehntgerechtigkeit verliert also den Besitz non utendo, wenn der Pächter durch 30 Jahre das Zehntrecht nicht ausgeübt hat, wenn er auch alljährlich das Pachtgeld bezogen haben sollte.

3) Was schließlich den Besitzverlust durch Unmöglichkeit der Ausübung betrifft, so kann es offenbar keinen Unterschied machen, ob zur Zeit der eingetretenen Unmöglichkeit der Inhabt des Rechtes von dem Besitzer selbst oder für ihn von einem Stellvertreter geübt

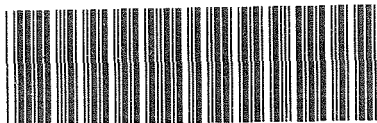
1) Dies gilt nur nach österr. und preuß. Rechte; bestritten ist es nach röm. Rechte. Vgl. §. 34. d. B. Note 1.

2) Zwar bestimmt L. 33—40. D. 7. 1., daß wirkliche Ausübung durch den Stellvertreter bei der S. ususfructus nicht erforderlich ist, wenn der Fruktuar von Letzteren 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. Dies scheint auch die Ansicht Unterholzner's, II. §. 194. zu sein.

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.³

3) Selbstverständlich steht jedoch dem Eigenthümer die Besitzstörungsklage 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 Entscheid. des Berliner O. L. bei Koch, Komm. I. S. 404, Note 21. „Wenn einem für den Dienst gemietheten Hirten bei der Ausübung der Viehtriebägerechtigkeit von dem Besitzer des dienenden Grundstückes die Ausübung verboten und hiernach von dem Hirten das Verbot beobachtet wurde, so ist dadurch der Besitz für den Besitzer des herrschenden Grundes verloren, wengleich der Hirt seinem Dienstherrn von dem Verbote keine Anzeige gemacht hat.“

ÜK PrF MU



3129S28842