

14-C-164

Inv. čis.: 229

Sign: 147

Vacua Possessio

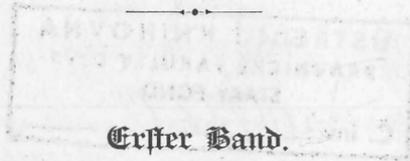
919/I



von

Dr. Ferdinand Kniep,
Professor der Rechte in Jena.

I dcd 3:



Erster Band.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1886.

B

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND
Č. inv.: 19300

Inhalt.

	Seite
Einleitung	1
Litteratur. Technische und nichttechnische Bedeutung. Anordnung. Art und Weise der Behandlung.	

Erster Abschnitt.

Leerer Besitz bei Lebzeiten.

Erste Abteilung.

Leerer Besitz als solcher.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Voraussetzungen des leeren Besitzes.

1. § 1. Ein Grundstück	9
Der Nachweis. Bedeutung des Nachweises.	
2. § 2. Leerheit des Grundstückes	15
Es handelt sich hier um eine Leerheit von Personen, nicht von Sachen. Ausschluß des leeren Besitzes bei Grunddienstbarkeiten.	
3. § 3. Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung	18
Leerer Besitz ist ein relativer Begriff, und zwar relativ vom Standpunkte der Besitzergreifung aus.	

Zweites Kapitel.

Arten des leeren Besitzes.

§ 4. Vorbemerkung	20
Der leere Besitz umfaßt teils Fälle des Besitzverlustes, teils der Besitzesfortdauer.	

I. Lange Abwesenheit.

A. Des Besitzers.

1. § 5. Lange Abwesenheit und Vernachlässigung des Grundstückes	22
Lange Abwesenheit ist der weitere Begriff, dem sich die Vernachlässigung unterordnet. S hering, Brun s, der sogenannte Theophilus.	

2. § 6. Lange Abwesenheit und Besitzesverlust. 24
 Lange Abwesenheit erzeugt zwar leeren Besitz, hat aber keinen Besitzesverlust zur Folge. Bekämpfung der Zhering'schen Grundauffassung: daß Besitz die Thatsächlichkeit des Eigentumes sei. Prüfung des Zhering'schen Quellenbeweises: fr. 47 A. u. A. P. 41, 2; c. 4 A. et R. P. 7, 32.; fr. 40 § 1 A. u. A. P. 41, 2; fr. 15 § 21 de damno inf. 39, 2. Beurteilung der herrschenden Ansicht vom gesetzgeberischen Standpunkte aus. Nach römischer Anschauung kommt die lange Abwesenheit für den Besitzesverlust nur als begleitender Nebenumstand in Betracht.

B. § 7. Abwesenheit des Vertreters 35
 Streitfrage unter den römischen Rechtsgelehrten: ob Verlassen des Grundstückes von Seiten des Vertreters für den Vertretenen Besitzesverlust zur Folge habe. Ausscheidung der kurzen Abwesenheit. Bedeutung dieser Streitfrage. Justinian in c. 12 pr. A. et R. P. 7, 32, entscheidet für Besitzesfortdauer. Andererseits sind die Voraussetzungen des leeren Besitzes gegeben.

II. § 8. Tod des Vertreters 42
 Erklärung von fr. 40 § 1 A. u. A. P. Labeo, Pomponius, Julian und African saßten den leeren Besitz, der durch Tod des Pächters entsteht, als leeren Besitz von Todes wegen auf; Paulus hingegen als leeren Besitz bei Lebzeiten.

III. Besitzesverlust.
 A. Unfreiwilliges Verlassen.
 AA. Gewaltthätige Vertreibung.
 1. Des Besitzers.
 a. § 9. Vertreibung durch physische Gewalt 49
 Ausgangspunkt der gewaltthätigen Vertreibung.
 b. Vertreibung durch Furchterregung.
 aa. § 10. Die Auffassung der Römer 50
 Arten der Furchterregung: auf dem Grundstück, in der Ferne; einfache und qualifizierte Gewalt. Erklärung von fr. 1 § 29 de ui 43, 16; fr. 33 § 2 de usurp. 41, 3; Paul. sent. 5, 6 § 4; fr. 3 § 6, 7 de ui 43, 16. Bei einer Gewalt, die kräftig und in der Nähe auftritt, sind die Voraussetzungen für eine gewaltthätige Vertreibung geringer, als bei einer Gewalt, die entfernter und schwächer erscheint. Auszuscheidende Fälle.
 bb. § 11. Abweichende Ansichten 60
 Wangerow, Unterholzner, Bruns, Windscheid.
 cc. § 12. Besitzesverlust und leerer Besitz 61
 Auch in dem Falle, wo die Vertreibung erst mit der Besitzergreifung vollendet wird, tritt der Besitzesverlust nicht früher ein. Nähere Bestimmung, inwiefern das Verlassen eines Grundstückes aus Furcht für den leeren Besitz Raum läßt.

Seite

Seite

dd. § 13. Bedenken gegen die römische Auffassung. 63
 Die gewaltthätige Vertreibung greift gleichzeitig in's römische Strafrecht ein, deshalb haben strafrechtliche Vorstellungen auf die Entwicklung dieses Begriffes eingewirkt. Die strafrechtlichen Anschauungen der Römer weichen wesentlich von unsern heutigen ab. Hier kommt namentlich in Betracht, daß bloße Vorbereitungs- und Versuchshandlungen dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt worden sind. Vergleichung der gewaltthätigen Vertreibung mit der Nötigung des heutigen Rechts. Unleugbares Bedürfnis: die strafrechtlichen Begriffe, sofern sie die Grundlage von privatrechtlichen Ansprüchen bilden, mit unsern heutigen strafrechtlichen Vorstellungen in Einklang zu bringen.

c. § 14. Verhinderung der Rückkehr 66
 Sämtliche Stellen beziehen sich auf die kurze Abwesenheit. In allen Fällen der Rückkehrverhinderung ist Besitzergreifung ein Erfordernis der gewaltthätigen Vertreibung.

§ 15. Zusammenstellung und weitere Bedenken gegen das römische Recht 70
 Nach römischem Rechte ist zur gewaltthätigen Besitzergreifung bald Besitzergreifung erforderlich, bald wieder nicht. Das eine ist der ältere, das andere der neuere Standpunkt. Seitdem es zulässig geworden, durch bloßen Willen den Besitz zu erhalten, scheint der ältere Standpunkt kaum noch einige Berechtigung zu haben.

2. § 16. Gewaltthätige Vertreibung des Vertreters . 72
 Unhaltbarkeit der Dernburg'schen Unterscheidung.

BB. § 17. Naturereignisse 73
 Ueberschwemmung. Merkmals der Dauer. Ausnahme.

B. § 18. Freiwillige Besitzesaufgabe 74
 Dereliction. Einräumung leeren Besitzes. Erklärung von Papinianus fr. 44 § 2 — fr. 46 A. u. A. P. Die Stelle bezieht sich gar nicht auf unfreiwilligen, sondern freiwilligen Besitzesverlust. Leift.

§ 19. Fortsetzung 81
 Beseitigung möglicher Einwände gegen die versuchte Erklärung. Das ridiculum est des Celsus in fr. 18 § 1 A. u. A. P. ist im allgemeinen noch der Standpunkt des Justinian'schen Rechtes. Kritik der Papinian'schen Auffassung.

§ 20. Schluß 87
 Papinian ist der erste, welcher bei der Einräumung leeren Besitzes den Besitzerverb auf der einen mit dem Besitzesverlust auf der andern Seite in Verbindung setzte. Freilich nur in einem ganz besondern Falle. Ulpian hat dann diesen Papinian'schen Gedanken verallgemeinert. Verhältnis der Einräumung leeren Besitzes zum leeren Besitze überhaupt.

§ 21. Zusammenstellung und Grundgedanke 90
 Ist mit dem Verlassen eines Grundstückes Besitzesverlust verbunden, so entsteht auch sofort leerer Besitz. Dauert beim Verlassen eines Grundstückes der Besitz fort, so entsteht der leere Besitz im Falle langer Abwesenheit.

Drittes Kapitel.

Stellung des leeren Besitzes in früherer und späterer Zeit.

§ 22. Vorbemerkung 93

Der leere Besitz ist ein konservativer Begriff in fortschrittlicher Umgebung: seine allgemeinen Voraussetzungen sind stets dieselben geblieben, aber die Welt um ihn herum hat sich verändert.

I. § 23. Älterer Zustand 94

Jedes Verlassen des Grundstückes hatte ursprünglich Besitzesverlust zur Folge. Es giebt nur zwei Arten des Besitzesverlustes: der Besitz geht verloren, indem man von selber das Grundstück verläßt, oder gewaltsam vertrieben wird. Im ersteren Falle liegt leerer Besitz vor; der leere Besitz ist von Haus aus eine Unterart des Besitzverlustes. Alte Regel: *constat possidere nos donec aut (nostra uoluntate) discesserimus aut ui deiecti fuerimus.*

II. Späterer Zustand.

A. Entwicklung des Besitzbegriffes.

AA. Besitzesfortdauer ohne körperliche Ausübung von Seiten des Besitzers.

1. § 24. Stellvertretung des Besitzers in körperlicher Beziehung 97

Die Entwicklung nimmt ihren Ausgang vom Sklaven. Was vom Sklaven, gilt auch vom Haussohn. Die Reihe der gewaltfreien Personen eröffnet der Pächter. Dann wird zwar ein Verhältnis nach dem andern herangezogen, aber der abstracte Detentionswille ist den Römern gerade so unbekannt, wie der abstractdingliche Vertrag. Erklärung von fr. 21 de usurp. 41, 3 und fr. 40 § 3 A. u. A. P. Die Vertretung ist eine körperliche; der Wille ist nur das geistige Band, welches bei gewaltfreien Personen den einen Körper zunächst zum andern in Beziehung setzt.

2. Erhaltung des Besitzes durch den Willen des Besitzers.

a. Voraussetzungen.

aa. § 25. Erste Stufe 107

Die Stellvertretung des Besitzers in körperlicher Beziehung bleibt zunächst unberührt. Die Erhaltung des Besitzes beruht auf dem Rückkehrwillen, ist also eine besondere Willenshandlung. Vorzugsweise die Sabinianer sind über diese enge Auffassung des Willensbesitzes gar nicht hinausgekommen: *Javolen, Julian, Gajus, Pomponius, Africanus.*

bb. § 26. Weitere Entwicklung 112

Im Laufe der Zeit verflüchtigt sich der Rückkehrwille: es wird möglich, denselben in eine ferne Zukunft zu verlegen, man läßt ihn zu neben körperlicher Detention. Schließlich wird der Rückkehrwille gänzlich abgestreift. An die Stelle der positiven tritt eine negative Grundlage: der Besitz wird erhalten, wenn wir nicht in der Absicht fortgehen, ihn zu verlieren. Den so verflüchtigten Willensbesitz nennt man besser unförperlichen Besitz. — Rückblick vom neu gewonnenen Standpunkte aus: fr. 21 de usurp.; c. 25 de loc. et cond. 4, 65; fr. 78 § 1 C. E.; fr. 11 A. R. D.; fr. 29 A. u. A. P.

b. Dauer.

aa. § 27. Der auf Rückkehrwillen beruhende Besitz 121

Entscheidend für die Erhaltung des Besitzes ist der Zeitpunkt, wo das Grundstück verlassen wird. Geht der Besitzer fort in der Absicht, zurückzukehren, so dauert der Besitz fort, bis er den Entschluß faßt, nicht zurückzukehren. Außerdem muß hinzukommen: Besitzergreifung durch einen dritten und Kunde von dieser Besitzergreifung. Nach Justinian'schem Rechte macht sich dieser Fall des Besitzverlustes nur noch bei kurzer Abwesenheit geltend. Er wird aber auch einmal bei langer Abwesenheit in Betracht gekommen sein: fr. 27 und fr. 46 A. u. A. P.

bb. § 28. Die neue Regel 128

Erklärung von fr. 153 R. J.

§ 29. Fortsetzung 135

Prüfung entgegenstehender Ansichten: *Savigny, Leif, Thering.*

§ 30. Anhang 143

Allgemeine Bedeutung des Rückkehrwillens für die Erhaltung des Besitzes: Grundstücke, Tiere, Sklaven. Den unförperlichen Besitz an Sklaven führen auf den Rückkehrwillen zurück: *Nerva* der Sohn, *Pomponius* und vielleicht *Celsus*. Dieser Gesichtspunkt reichte nicht aus für Sklaven in der Provinz und flüchtige Sklaven. Man verlag dem Sklaven die Fähigkeit, sich selber zu entwenden. Aber die alte Vorstellung wird nicht vollständig verdrängt. *Unus casus.* *Paulus* greift auf den Willen des Besitzers zurück. Die *Wendtsche* Auffassung. Parallele zwischen dem Besitze an Grundstücken und an Sklaven.

BB. Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnis.

1. § 31. Der Begriff körperliches Verhältnis 157

Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten. Das körperliche Verhältnis besteht im Betreten des Grundstückes, bezw. Verweilen auf demselben. Schwanken der römischen Wissenschaft. Erklärung von fr. 18 § 2 A. u. A. P. Abschwächung des Grundgedankens, wenn der Besitzer eines Grundstückes ein unmittelbar angrenzendes erwerben will. *Beffer, Pininski, Strohal.*

	Seite
§ 32. Fortsetzung	178
Wo ein Besitzer dem andern gegenübersteht, spielt allerdings die Machtentfaltung eine Rolle. Ausschließlichkeit des Besitzes. Abgrenzung. Nebeneinanderbestehen von körperlichem und unförmlichem Besitze. fr. 3 pr. Uti possidetis. Das körperliche Verhältnis. fr. 5 § 15 Commodati. Zurücktreten der heimlichen Besitzervererbung. Gewaltthätige Besitzergreifung. Gleichzeitiger Besitzwerb. Es macht einigen Unterschied: ob dem Besitzergreifer ein alter Besitzer gegenübersteht, oder ob beide gleichzeitig Besitz ergreifen wollen. Brunß.	
2. Besitzesverlust.	
a. § 33. Unfreiwilliger	198
Erklärung von fr. 1 § 46, 47 de ui.	
b. Freiwilliger.	
aa. § 34. Besitzesaufgabe	203
Der Besitzesverlust durch einfache Besitzesaufgabe geht zurück auf Celsus und Marcellus. Gegenstand dieses Besitzverlustes. Savigny. Bekker. Wegdenken des Constitutum possessorium.	
§ 35. Fortsetzung	210
Der Besitzwerb durch Stellvertreter hat sich bei den Römern erst verhältnismäßig spät und nur langsam entwickelt. fr. 51 A. u. A. P. Noch zu Neratius' und Gajus' Zeiten war es zweifelhaft: ob man einen Besitzwerb durch andere als der Gewalt des Betreffenden Unterworfenen gestatten solle. fr. 41 de usurp. Gai. 2, 95. Zu Paulus' Zeiten konnte durch einen Procurator Besitz erworben werden. Begriff des Procurator. Nähere Voraussetzung des Besitzwerbes durch einen Stellvertreter. Paul. sent. 5, 2 § 2. Mit dem Procurator sind andere Generalvertreter wie tutor und curator auf gleiche Stufe gestellt worden. Darüber war man noch im Jahre 294 nicht hinausgekommen. c. 8 A. et R. P. 7, 32. Nach Justinian'schem Rechte kann durch jede freie Person Besitz erworben werden; der Satz ist aber in die Quellen hineininterpoliert. § 5 per quas personas 2, 9; fr. 14 § 17 de furtis 47, 2; fr. 20 § 2 A. R. D. 41, 1; fr. 53 eodem; c. 1 A. et R. P. 7, 32. — Abfassungszeit der sententiae des Paulus —; fr. 11 § 6 de pign. act. 13, 7 — c. 3 per quas personas 4, 27 — c. 1 eodem; fr. 2 A. u. A. P. Schloßmann.	
§ 36. Fortsetzung	233
Anwendungsfälle. Wo der Besitz körperlich durch einen Vertreter ausgeübt wird, ist diese Art des Verlustes ausgeschlossen.	
§ 37. Schluß	235
Unterschied von der Einräumung leeren Besitzes. Auszuscheidende Stellen. fr. 1 § 4 A. u. A. P.; fr. 17 § 1 eodem; fr. 44 § 1 O. et A. 44, 7.	

	Seite
bb. Besitzesumwandlung.	
α. § 38. Beispiele	241
Umwandlung in Precaristenbesitz: Hauptfall bei der alten Sicherheitsfiducia. Umwandlung des Precaristenbesitzes. Sonstige Fälle.	
β. § 39. Betrachtungen	254
Gegenstand. Besitzwerb und Besitzesverlust. Freiwillige und unfreiwillige Besitzumwandlung. Analogie: Umwandlung der Detention in juristischen Besitz. Nebeneinanderbestehen mehrerer Besitzgründe.	
§ 40. Fortsetzung	259
Niemand kann sich selber den Besitzgrund ändern. Bedeutung dieser Regel für die pro herede usucapio und usureceptio. Sonstige Beispiele.	
§ 41. Fortsetzung	268
Delictmäßiges Handeln des Vertreters. Gegensatz zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken. Unterschlagung bei Grundstücken ausgeschlossen. Einem Pächter ist es ganz unmöglich gemacht, durch heimliches Handeln Besitz zu erlangen. Auch hier gilt der Satz: niemand kann sich selber den Besitzgrund ändern. Dies besonders hervorzuheben, hatte seinen guten Grund zu einer Zeit, wo das Erfordernis des guten Glaubens noch nicht auf die longi temporis possessio übertragen war. Ebenso verhält es sich mit der 40 jährigen Ersetzung. c. 2 de praeser. XXX uel XXXX ann. 7, 39. Bei longi temporis possessio und außerordentlicher Ersetzung nicht minder, wie bei pro herede usucapio und usureceptio — überall arbeitet unsere Regel dem guten Glauben vor. Mit Aufstellung dieses Erfordernisses wird die fragliche Rechtsregel überholt, und macht auf uns daher einen etwas selbstverständlichen Eindruck. Für die dreißigjährige Klagverjährung hat die Regel noch nach Justinian'schem Rechte ihre alte Bedeutung behauptet. c. 7 § 7 de praeser. XXX u. XXXX ann. So wenig wie Ersetzungs- oder Verjährungsbesitz, kann sich ein Pächter durch heimliches Handeln Interdictenbesitz betragen. fr. 32 § 1 A. u. A. P. Gewaltthat.	
§ 42. Fortsetzung	278
Gebiet. Nachträgliches zur Besitzumwandlung in Precaristenbesitz. fr. 13 § 7 A. u. A. P. Häufiges Vorkommen dieser Besitzumwandlung. Zueinanderfließen von Interdictum de precario und Saluanum. Standpunkt der Compileratoren. Der Besitzverlust durch bloßen Willen rückt ein in das Gebiet der Besitzumwandlung.	
§ 43. Schluß	283
Bisherige Behandlung hier einschlagender Fälle. Savigny. Bekker.	
cc. § 44. Besitzesrückkehr	290
Der Standpunkt des Favolen in fr. 21 § 3 A. u. A. P. Abschwächung des Satzes: daß durch bloßen Willen Besitz nicht erworben	

	Seite
werden könne. Drei Möglichkeiten: Detention wird in Precaristenbesitz umgewandelt; Precaristenbesitz wird in Detention umgewandelt; Precarium und Detention gehen nebeneinander her. Beruhte im zweiten Falle der Precaristenbesitz auf wirklicher Hingabe, so vereinfachte sich der Doppelbesitz wieder zum alten Vollbesitz.	
B § 45. Ergebnisse für den leeren Besitz. Uebergang zum Folgenden	294
Verschiebung der Begriffe: ursprünglich ordnet sich der leere Besitz dem Besitzesverlust unter, später werden beides zwei Begriffe, die sich schneiden. Als neue Arten des Besitzverlustes kommen hinzu: freiwilliger und unfreiwilliger Besitzesverlust bei fortdauerndem körperlichen Verhältnis. Entwicklung der gewalthätigen Besitzesentziehung: Vertreibung durch Furchterregung, Verhinderung der Rückkehr, Entziehung ohne Entfernung des Besitzers. Uebergang zum Folgenden: lange Abwesenheit, kurze Abwesenheit, Notwendigkeit einer Neubearbeitung des Besitzverlustes (Beschränkung auf Grundstücke, besonderer Zweck).	
Viertes Kapitel.	
Besitzesverlust an Grundstücken.	
§ 46. Vorbemerkung	300
Savigny's Ausgangspunkt.	
I. Freiwilliger Besitzesverlust.	
A. Die einfachen Fälle.	
1. § 47. Uebersicht	303
Eine bestimmte Person soll erwerben, oder der Erwerb einer bestimmten Person ist nicht in's Auge gefaßt.	
2. Einzelne Fälle.	
a. § 48. Die Einräumung leeren Besitzes	305
Unbedingter und bedingter Besitzesverlust. Oekonomische Bedeutung der Einräumung leeren Besitzes. Blick in die römische Notariatsstufe. Kohler.	
b. § 49. Besitzumwandlung	311
Bedenken gegen die Auffassung der Besitzumwandlung als Besitzesverlust. Alter und neuer Standpunkt. Der alte Besitz mit seinen drei Imperativen. Uebergang vom Negativen zum Positiven. Die genera possessionum des D. Mucius. Besitz und Detention fließen noch in einander. Aus den genera entwickeln sich die causae. Neuer Aufbau: der positive animus. Animus und corpus = ius und factum. Von dem neu gewonnenen Standpunkte aus ist die Besitzumwandlung ein Fall des Besitzverlustes.	
c. § 50. Umwandlung des Besitzes in Detention	317
Drei Möglichkeiten auseinander zu halten: Eigentum und Besitz treffen zusammen; Besitz und Eigentum fallen auseinander, der	

	Seite
Eigentümer mietet vom Besitzer; Besitz und Eigentum fallen auseinander, der Besitzer mietet vom Eigentümer oder nichtbesitzenden Eigentümer. Nur die dritte Möglichkeit bleibt übrig für die Umwandlung des Besitzes in Detention.	
d. § 51. Constitutum possessorium	322
Die römischen Rechtsgelehrten kennen ein Constitutum possessorium nur beim Procurator. Fr. 18 pr. A. u. A. P. Besitzgrund und körperliches Merkmal. Constitutum possessorium ist Tradition an sich selber als Vertreter eines andern. Dasselbe wird von den beweglichen Sachen seinen Ausgang genommen haben, und könnte bei Grundstücken für die römischen Rechtsgelehrten überhaupt ein unbekanntes Ding gewesen sein.	
§ 52. Fortsetzung	329
Zurückbehalten des Nießbrauches ist gar kein Constitutum possessorium. Jedenfalls war zu Zeiten der römischen Rechtsgelehrten ein Zurückbehalten des Nießbrauchs bei der Tradition noch gar nicht möglich. Erst während des vierten Jahrhunderts wird von der Praxis auf einem ganz beschränkten Gebiete, dem der Schenkung, das Zurückbehalten des Nießbrauches der Tradition gleichgestellt. Diese Praxis, im Jahre 415 noch verworfen, wird im Jahre 417 anerkannt. Zurückweisung sonstiger auf das Constitutum possessorium bezogener Stellen. Fr. 77 R. V. 6, 1 einer Interpolation dringend verdächtig. Erklärung von fr. 48. A. u. A. P.	
§ 53. Schluß	338
Gefährlichkeit des Constitutum possessorium. Beschränkter Gebrauch bei den Römern. Römische Publicität beim Besitzwerb an Grundstücken.	
B. § 54. Freiwilliger Besitzesverlust im Falle der Stellvertretung	342
Der, welcher durch andere den Besitz ausübt, kann durch bloßes Wollen den Besitz nicht verlieren. In den wenigen Fällen, wo hier überhaupt freiwilliger Besitzesverlust möglich, ist der Vertretene durchaus an die Zustimmung des Vertreters gebunden. Der von Savigny aufgestellte Satz ist also in sein gerades Gegenteil umzuwandeln.	
II. Unfreiwilliger Besitzesverlust.	
A. § 55. Die einfachen Fälle	349
Abgrenzung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzesverlust. Fortfallen der allgemeinen Voraussetzungen: besitzfähiger Gegenstand, besitzfähige Person. Besitzesverlust bei Anwesenheit des Besitzers: Besitzumwandlung, Bewältigung auf eignem Grundstücke; ausgeschlossen heimliche Besitzergreifung an einzelnen Theilen des Grundstückes, und im allgemeinen Besitzverlust durch Zeitablauf oder Eintritt einer Resolutivbedingung. Besitzesverlust durch Abwesenheit des Besitzers bedingt: Austreibung, sei es durch elementare Gewalt, eine Behörde oder Privatpersonen; Besitzergreifung, sei es gewalthätige oder heimliche. Verfehlte Stellvertretung.	

- B. § 56. Unfreiwilliger Besitzesverlust im Falle der Stellvertretung 356
- Fälle, die sich bei der Stellvertretung gerade so gut geltend machen: Fortfallen der allgemeinen Voraussetzungen, unfreiwillige Besitzesumwandlung. Der Körper des Vertreters vertritt den Körper des Vertretenen: Bewältigung auf dem Grundstücke, Austreibung, Besitzergreifung. Eigenartige Fälle: lange Abwesenheit und Tod des Vertreters. Die Möglichkeit eines Besitzverlustes durch Besitzergreifung von Seiten des eigenen Vertreters bewegt sich innerhalb sehr enger Schranken.

Fünftes Kapitel.

Kurze Abwesenheit.

- § 57. Vorbemerkung 359
1. § 58. Der Standpunkt Cicero's 360

Das Interdictum de vi armata dient nicht bloß zur Wiedererlangung, sondern auch zur Erlangung des Besitzes. Namentlich muß es in dem Falle gegeben werden, wenn ein auf kurze Zeit abwesender Besitzer an der Rückkehr durch Waffengewalt gehindert wird.

2. Das vorjustinian'sche Recht.

- a. § 59. Die Grundauffassung 365

Nach D. Mucius bleibt der Abwesende trotz des Eindringlings Besitzer. Dies ist Alleinbesitz, es liegt kein Doppelbesitz vor. Besitznisse des gewesenen Besitzers. Er ist berechtigt, den zu vertreiben, dessen Besitz ihm gegenüber als ein fehlerhafter erscheint, aber ohne Waffen, es müßte denn der zu Vertreibende sich durch Waffengewalt in den Besitz gesetzt haben. Andererseits durfte sich der gegenwärtige Besitzer verteidigen, aber ohne Waffen, es müßte denn der Angriff mit Waffen erfolgt sein. Was den Interdictenschutz anbetrifft, so fehlt es wegen heimlicher Besitzentziehung an einem solchen. Der gegenwärtige Besitzer hat das Vertreibungsrecht ohne Waffen gegen jedermann; dem Gebrauch von Waffen sind freilich Schranken gesetzt; wird er vertrieben, so hat er das Interdictum de vi, es müßte denn der Vertreiber zur Vertreibung berechtigt gewesen sein. Diesem gegenwärtigen Besitzer ist der auf kurze Zeit abwesende gleichgestellt worden. Der Besitzeschutz hat seinen Ausgang genommen von der Selbsthilfe. Der Interdictenschutz ist nur Nachahmung, und zwar unvollständige Nachahmung der Selbsthilfe.

- b. § 60. Eine besonders zu betrachtende Stelle . . . 379

Erklärung von fr. 3 § 8 de vi. Ulpian befindet sich in merkwürdiger Uebereinstimmung mit Cicero. Notoman. Interdictum unde prohibuisti.

- c. § 61. Nähere Ausführung 383

Der Besitzer kehrt um, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen; ein solcher gewesener Besitzer hat nur das Vertreibungs-

recht, und zwar ohne Waffen, es müßte ihm denn bewaffneter Widerstand entgegengestellt werden. Der Zurückkehrende verjagt den Eindringling; ein solcher verteidigt nur seinen Besitz. Der Eindringling verjagt den Besitzer: Interdictum de vi und Vertreibungsrecht. Der Eindringling behauptet sich theilweise: Vertreibungsrecht, Interdictum de vi und uti possidetis bei reeller Teilung; sonst ist für die Besitzesverhältnisse das Parterre, sei es einfaches oder Hochparterre, entscheidend; fr. 3 § 7 Uti possidetis.

3. Das Justinian'sche Recht.

- a § 62. Umwandlung der Grundauffassung 392

Kaiser Constantin schreitet scharf gegen die Gewaltthätigkeiten ein. c. 3 C. Th. ad leg. Jul. de vi 9, 10. Einheitliches Interdictum de vi wegen beweglicher und unbeweglicher Sachen. Beseitigung des Unterschiedes zwischen einfacher und qualifizierter Gewalt: Ausdehnung der strafrechtlichen Verfolgung auf die einfache Gewaltthat; dem Vertreiber wird allgemein Besitzesherausgabe zur Pflicht gemacht, auch der gewesene Besitzer hat herauszugeben, wenn er denjenigen vertrieb, dessen Besitz ihm gegenüber ein fehlerhafter war. Unterscheidung zwischen Eigenthümer und Nichteigenthümer: den Nichteigenthümer, der gewaltthätig vertriebt, trifft Strafe der Deportation und Verlust seines ganzen Vermögens; der Eigenthümer hat die Hälfte seines Eigentums zu Gunsten des Fiscus verwirkt. Besondere Bestimmung für Grenzstreitigkeiten. Vertriebene Vertreter können für Abwesende ohne Vollmacht klagen. Einschränkung der einjährigen Verjährung.

- § 63. Fortsetzung 398

Die thatsächlichen Verhältnisse widerstreben der neuen Rechtsordnung. Erneuerter Versuch der Gesetzgebung in c. 3 C. Th. Unde vi 4, 22 vom Jahre 389. Nächste Veranlassung, der gewaltthätigen Vertreibung entgegenzutreten, war ein fiskalisches Interesse. In Frage stehen die Gültereinziehungen des Tyrannen Maximus. Unser Gesetz leitet eine neue Behandlung der von gefallenen Machthabern eingezogenen Güter ein. Während nach altrepublikanischem Brauch solche Güter an die rechtmäßigen Eigenthümer zurückgegeben werden mußten, wird hier der Besitz für den Fiscus in Anspruch genommen; wogegen die früheren Besitzer unter Aberkennung des Vertreibungsrechtes auf den Rechtsweg verwiesen werden. Aus diesem Abprechen des Besitzes entwickelt sich dann weiterhin das Abprechen jeglichen Rechtes. Der auf Privatpersonen bezügliche Satz macht ganz den Eindruck einer Interpolation; jedenfalls ist er einer doppelten Deutung fähig. Entweder ist das Vertreibungsrecht nur denjenigen untersagt, die kein Recht auf die Sache hatten, und zwar bei Strafe der Vertreibung. Oder es ist das Vertreibungsrecht auch dem Eigenthümer untersagt bei Verlust seines Eigentums. Vom Standpunkt des codex Theodosianus aus ist der ersteren Auslegung der Vorzug zu geben.

- § 64. Fortsetzung 408

Novella Valentiniani III tit. 8 c. 1. Entscheidung eines besondern Falles: in Rom hatte eine Excellenz die andere vertrieben. Dar-

	Seite
an reißt sich ein allgemeines Gesetz, das sich als eine Erneuerung der c. 3 C. Th. Unde ui ankündigt, dasselbe aber gleichzeitig verschärft. Verstanden wird die angeführte c. 3 C. Th. dahin: daß in Privatangelegenheiten auch dem Berechtigten die Vertreibung untersagt sei. Nach tit. 8 c. 2 erlangt dann freiwillig der Vertreiber alles, was er nur wünschen kann.	
§ 65. Fortsetzung	412
Standpunkt der vier kurz vor der Justinian'schen Gesetzgebung entstandenen Rechtsbücher: syrisch-römisches Rechtsbuch, lex Romana Burgundionum, edictum Theodorici, lex Romana Visigothorum. Alle kennen ein Vertreibungsrecht, namentlich die beiden ersteren in sehr weitem Umfange.	
§ 66. Fortsetzung	417
Variae des Cassiodorius. Theodorich hat mehrfach mit gewaltthätigen Vertreibungen zu thun. Er beschränkt sich meistens darauf, Herausgabe der Sache anzuordnen, ohne weitere Nachteile zu verhängen. Athalarich nennt die Novelle Valentinian's III. eine sanctio diu pessime neglecta. Er schärft sie ein und verschärft sie. Den Richtern, welche gewaltthätige Vertreiber im Besitze lassen, werden schwere Nachteile gedroht; aber doch nur ‚cum possint amouere‘.	
§ 67. Fortsetzung	423
Bei dem Kampfe, den wir die Gesetzgebung gegen die gewaltthätige Vertreibung führen sehen, ist nicht allzuviel herausgekommen: die Praxis vermag den an sie gestellten Anforderungen nicht nachzukommen und erweist sich den thatsächlichen Verhältnissen gegenüber zu schwach. Gleichwohl geht mit den rechtlichen Anschauungen eine Umwandlung vor sich: die Rechtsmittel der klassischen Wissenschaft mit ihren feinen Unterscheidungen müssen zurücktreten vor einem Rechtsmittel mehr grobförniger Natur, der momentariae possessionis actio.	
§ 68. Schluß	430
Die Justinian'schen Compileroren kehren zurück zu den Grundgedanken Constantin's unter Berücksichtigung der damaligen Praxis, wie sie uns namentlich in der interpretatio entgegentritt. Das Interdictum wegen einfacher und qualifizierter Gewalt wird einheitlichen Grundsätzen unterworfen: das Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers allgemein beseitigt, ebenso das Interdictum Unde prohibuisti. Nur noch der gegenwärtige Besitzer hat ein Vertreibungs- bezw. Verteidigungsrecht. Privatrechtlicher Nachteil der gewaltthätigen Vertreibung: der Eigentümer geht seines Eigentums verlustig, der Nichteigentümer hat den Wert zu erstatten; Besonderheit bei Grenzstreitigkeiten. In strafrechtlicher Beziehung wird die bewaffnete Gewalt unter die vis publica, die einfache Gewalt unter die vis priuata gestellt.	
b. § 69. Die vier Möglichkeiten	438
Der Besitzer kehrt um, ohne einen Vertreibungsversuch zu unternehmen: hier sind wir zunächst ohne allen und jeden Schutz. Der Zurückkehrende verjagt den Eindringling: hierzu ist er	

	Seite
durchaus berechtigt; Widerlegung von Bruns. Der Eindringling verjagt den Besitzer: sofortige Vertreibung oder Interdictum de ui. Der Eindringling behauptet sich nur teilweise: es ist zu unterscheiden, ob reell geteilter Besitz vorliegt oder nicht. Vertretungsfälle.	
c. § 70. Streitfragen	444
Windscheid. Leist.	
d. § 71. Erklärung	447
Die Annahme einer Besitzesfortdauer bei kurzer Abwesenheit, wenn gleich ein anderer das Grundstück betreten hat, in der Absicht, Besitz zu erwerben, ist hervorgerufen durch den Mangel eines Interdicts wegen heimlicher Besitzentziehung.	
§ 72. Fortsetzung	450
Prüfung der Leist'schen Ansicht: die in Frage stehende Eigentümlichkeit sei hervorgegangen aus einem Widerspruche gegen die Furtumtheorie.	

Sechstes Kapitel.

Lange Abwesenheit.

§ 73. Die herrschende Ansicht	453
Nach der herrschenden Ansicht soll eine heimliche Besitzergreifung bei Grundstücken gar nicht möglich sein. Selbst da wird der Besitz-erwerb ausgeschlossen, wo jemand im Irrtum und in gutem Glauben ein verlassenes Grundstück in Besitz nimmt. Ihering. Bruns.	
I. Die lange Abwesenheit als solche.	
1. § 74. Das vorjustinian'sche Recht	456
Das Julisch-Plautische Gesetz. Nichtgewaltsame Besitzergreifung bei leerem Besitz, mag derselbe mit Besitzesverlust verbunden sein oder nicht. Gai. 2, 51. Die Veroneser Handschrift enthält nicht die reinen Institutionen des Gajus. Die nichtgewaltsame Besitzergreifung ist meistens eine heimliche, kann aber auch in gutem Glauben erfolgen. Der heimliche Besitzergreifer konnte ohne Waffen vertrieben werden, ein Rechtsmittel zur Wiedererlangung des Besitzes gab es nicht. Dem gutgläubigen Besitzer gegenüber griff weder Vertreibungsrecht noch Rechtsmittel Platz.	
2. Das Justinian'sche Recht.	
a. § 75. Erklärung von c. 11 Unde ui 8, 4	464
Nach vorjustinian'schem Rechte hat der gewesene Besitzer dem heimlichen Besitzergreifer gegenüber Vertreibungsrecht, aber kein Rechtsmittel. Nach Justinian'schem Rechte ist dieses Vertreibungsrecht des gewesenen Besitzers beseitigt, aber dem heimlichen Besitzergreifer gegenüber ein Rechtsmittel gewährt. Die Behauptungen der illyrischen Rechtsanwälte: das bisherige Interdictum unde ui treffe nicht zu, auch mit dem Interdictum quod ui aut clam sei nichts zu machen, abgesehen von der in rem actio gebe	

	Seite
es überhaupt keine Klage zur Wiedererlangung heimlich entzogenen Besitzes, also auch nicht das Interdictum uti possidetis, also auch nicht eine condictio. Erklärung von fr. 7 § 5 Comm. diu. 10, 3.	
b. § 76. Folgerungen	474
Die Fiction ist nicht weiter auszudehnen, als Justinian wollte. Dem gutgläubigen Besitzer gegenüber hat der gewesene Besitzer nach Justinian'schem Rechte keine auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtete Besitzesklage. In Wahrheit hat Justinian ein neues Rechtsmittel geschaffen, das die Wiedererlangung des heimlich ergriffenen Besitzes zum Gegenstande hat. Was von der fernem Abwesenheit, muß auch von der nahen gelten; was von der langen, um so mehr von der kurzen: die Mucianische Kunstlei ist mithin überflüssig geworden.	
II § 77. Vernachlässigung des Grundstückes	479
Vorjustinian'sches Recht: Vespasian's Erlaß in Bezug auf das durch Brandstätten und Einsturz entstellte Rom; Verfügung des Pertinax betreffend unbebaute Ländereien. Das Justinian'sche Recht: Localstatuten anlangend den Einsturz von Häusern; c. 8 de omni agro deserto 11, 59. Heutiges Recht: Grabstellen.	
Stellenverzeichnis	485
Textbemerkungen	493

Einleitung.

Ueber den Besitz des römischen Rechts ist schon viel geschrieben worden, in keinem Jahrhundert mehr, als in dem gegenwärtigen. Man möchte daher meinen, daß mindestens das Quellenmaterial erschöpft und vollständig herangezogen sei. Dies ist indes so wenig der Fall, daß noch eine ganze Seite des römischen Besitzrechtes so gut wie unbearbeitet daliegt: die uacua possessio.

I. Litteratur.

Von der Litteratur über uacua possessio ist aus diesem Grunde nur wenig zu sagen. Es giebt über diesen Gegenstand nur eine einzige Dissertation: Philippi, Friedr., de uacua possessione. Lipsiae 1718.

Der Verfasser dieser recht dürftigen Arbeit stellt auf Seite 2 den Begriff dahin fest:

Possessionem uacuum uoco omnem rem, quae ab alterius corporali insistentia et actu insistenti pro-

ximo ea ratione libera est, ut uel apprehensione uel apprehensionis fictione iusto modo ad acquirentem transeat.

Im übrigen enthält die bisherige Litteratur nur gelegentliche Äußerungen.

Die Glossatoren beschäftigten sich mit uacua possessio vorzugsweise aus Veranlassung von c. 11 Unde ui 8, 4. Vgl. Azo, Lectura, Parisiis 1581, pag. 619. Roffredus, tractatus iudicarii ordinis¹⁾, Coloniae Agrippinae 1591, pag. 431. Corpus iuris glossatum von Francoys Fradin, tom. V, fol. 374, Lugduni 1527.

Die hier hervorgetretenen Ansichten sind kurz zusammengestellt bei Haenel, Dissensiones dominorum, pag. 490, 491.

Außerdem käme in Betracht die Glosse zu c. 12 de probationibus 4, 19. Vgl. Corp. iur. gloss. a. a. D. fol. 141. Haenel a. a. D. pag. 404, 405.

In neuester Zeit sind es namentlich Savigny, Thering und Bruns gewesen, die sich über uacua possessio geäußert haben.

Nach Savigny, Recht des Besitzes, § 11 a. E. und § 15 a. E., soll uacua possessio ein bloß negativer Begriff sein und dann vorliegen, wenn ein anderer die Sache nicht besitzt. Hiermit stimmt aber nicht ganz das § 43 Anm. 2 Vorgetragene, wo Savigny eine doppelte Bedeutung annimmt: uacua possessio könne teils gesagt werden von einer Sache, die keinen

1) Der richtige Titel des Buches ist freilich De libellis et ordine iudiciorum, vgl. Savigny, Gesch. des röm. Rts. im N.N. Bd. 5², S. 201.

Besitzer habe, teils von einem Besitze, der nicht körperlich ausgeübt werde; die eigentlich technische Bedeutung soll freilich die erstere sein. Ferner giebt Savigny diesem Begriffe gleich in der zuerst angeführten Stelle beim Kaufe eine etwas größere Ausdehnung, indem ihm hier schon missio in possessionem im Wege stehe.

Nach Thering, Grund des Besitzeschutzes², S. 120, kann unter uacua possessio verstanden werden „ein wegen Abwesenheit des Besitzers verloren gegangener Besitz oder ein zwar nicht durch den Besitzer selber oder durch Stellvertreter ausgeübter, aber zur Zeit noch fortdauernder Besitz“.

Bruns, der in seinen Besitzklagen, S. 129, eine genauere Bestimmung dieses Begriffes für geboten hält, nimmt ebenfalls eine doppelte Bedeutung an, aber in ganz anderer Weise, wie Savigny und Thering. Bruns unterscheidet zwischen Uebergabe der uacua possessio aus Kauf, sowie ähnlichen Geschäften und Occupation einer uacua possessio. Im ersteren Falle bedeute uacua possessio nicht, daß niemand den Besitz habe, sondern daß der Geber ihn habe und ihn daher gerade durch die Uebergabe dem Empfänger zum Erwerbe freimachen könne; bei der Occupation einer uacua possessio werde dagegen darunter der wirklich freie Besitz verstanden, also eine Sache, die sich in niemandes Besitz befinde.

II. Technische und nichttechnische Bedeutung.

Von uacua possessio wird nicht bloß im technischen, sondern auch im figürlichen Sinne gesprochen. Vgl. in letzterer Beziehung

Cicero de oratore 3, 31 § 122.

nostra est, inquam, omnis ista prudentiae doctrinae-

que possessio, in quam homines quasi caducam atque uacua abundantem otio nobis occupatis inuolauerunt.

Hier ist von einer uacua possessio der Beredsamkeit die Rede, welche sich gewisse Leute, die sonst nichts zu thun gehabt, angeeignet hätten, während die Redner von Beruf anderweitig beschäftigt waren.

Quinct. Decl. 12, 4.

in uacuam possessionem fames venit.

Die uacua possessio, in welche hier die Hungersnot eintritt, bezieht sich auf das mangelnde Getreide.

Caes. de bello civili 3, 112 § 9.

Interim filia minor Ptolemaei regis uacuam possessionem regni sperans.

Die jüngere Tochter des Ptolemäus hofft auf eine Erledigung des Thrones.

Derartige Stellen kommen für uns selbstverständlich nicht in Betracht, uns kümmert nur die technische uacua possessio.

III. Anordnung.

Ueber die Anordnung, in der ich diesen Gegenstand zu behandeln denke, wäre dies zu bemerken.

Der leere Besitz kommt theils bei Lebzeiten vor, theils von Todeswegen. Im ersten Abschnitt soll vom leeren Besitz bei Lebzeiten gehandelt werden. Und da der leere Besitz bei Lebzeiten theils in Verbindung mit der Tradition erscheint, theils ohne dieselbe auftritt, so giebt das wiederum zwei Abteilungen. In der ersteren werde ich den leeren Besitz als solchen in's

Auge fassen und in der zweiten von der Einräumung leeren Besitzes handeln.

Ueber die Einräumung leeren Besitzes ist neuerdings eine eigne Schrift erschienen: Esmarck, R., *Vacuae possessionis traditio*. Prag 1873.

Die Ausführungen Esmarck's haben Anfechtung erfahren und dürften sich auch kaum halten lassen. Immerhin verdient es Anerkennung, daß Esmarck der erste war, welcher in dieser Tradition etwas Besonderes gesucht hat.

Windscheid, *Pandekten*, Bd. 1⁵, §. 153, Anm. 9, erblickt hier in dem Worte uacua eine bloße Verstärkung, und damit dürfte der Grundton der bisherigen Litteratur am besten gezeichnet sein. Gleichwohl hätte an dieser Auffassung schon einigermaßen die Wortstellung irre machen sollen, da die Römer bekanntlich dasjenige Wort, auf welches sie den Hauptnachdruck legen, voranzustellen pflegen.

IV. Art und Weise der Behandlung.

Ueber die Art und Weise, wie ich diese uacua possessio hier zu behandeln gedenke, wäre dann noch dies zu sagen.

Wenn ein Begriff wie die uacua possessio in der bisherigen Litteratur, man darf wohl sagen, gänzlich ausgefallen konnte, so muß das seine bestimmten Gründe haben; und diese Gründe werden vor allen Dingen darin zu suchen sein, daß das bisherige Besitzrecht in manchen Beziehungen falsch aufgefaßt worden. So werde ich mich denn in dieser Schrift nicht lediglich auf die uacua possessio beschränken können, sondern, um Raum für dieselbe zu gewinnen, in's übrige Besitzrecht mit hinübergreifen müssen.

Ob ich nach dieser Richtung hin zu viel gethan? Jedenfalls ist es die uacua possessio, welche sich als roter Faden durch's Ganze zieht und die Anordnung im Einzelnen bedingt hat. Auch habe ich überall die Schranke beobachtet, mich auf weitere Ausführungen nur da einzulassen, wo ich neue Gesichtspunkte glaubte aufstellen zu können.

Erster Abschnitt.

Leerer Besitz bei Lebzeiten.

Erste Abteilung.

Leerer Besitz als solcher.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Voraussetzungen des leeren Besitzes.

1. § 1. Ein Grundstück.

Leerer Besitz ist nur bei Grundstücken möglich. Dieser Satz ist zuvörderst zu beweisen.

I. Der Nachweis.

1. In den meisten Stellen, wo von uacua possessio die Rede, wird das Grundstück ausdrücklich daneben erwähnt.

Rhet. ad Her. 4, 29 § 40. Gai. 4, 131^a. Fragm. Vat. 316. Proculus fr. 68 § 2 C. E. 18, 1. Labeo fr. 78 § 1 eodem. Paulus fr. 36 A. E. V. 19, 1. Scaeuola fr. 48 eodem. Derselbe fr. 35 § 1 de don. 39, 5. Pomponius fr. 33 A. u. A. P. 41, 2. Ulpianus fr. 34 pr. eodem. Paulus fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3. Papinianus fr. 18 de ui 43, 16. Ulpianus fr. 3 § 6 de itinere 43, 19. Paulus fr. 50 de iure fisci 49, 14. c. 12 de fide instr. 4, 21. c. 8 A. E. V. 4, 49. c. 8 de don. ante nupt. 5, 3. c. 12 eodem. c. 23 de don. i. u. et ux. 5, 16. c. 7 A. et R. P. 7, 32. c. 13 de distr. pign. 8, 27.

2. Sämtliche Urkunden, in denen uns die uacua possessio entgegentritt, haben Rechtsgeschäfte über Grundstücke zum Gegenstande.

Von den Urkunden bei *Bruno Fontes*⁴ gehören namentlich hierher:

Die Schenkung des *Fl. Artemidorus*, S. 201, und die Schenkung der *Statia Irene*, S. 201. 202.

Von den Urkunden bei *Marini*, *I papiri diplomatici*, Roma 1805, sind besonders hervorzuheben:

No. 114 Verkauf von Seiten der *Tulgilo*, ihrer Tochter *Domnica* und ihres Sohnes *Deutherius*,

No. 115 Verkauf des *Domnicus* an *Montanus*,

No. 118 Verkauf von Seiten des *Gudilaib*,

No. 120 Verkauf des *Domnius* an *Deusededit*.

3. In andern Stellen geht aus dem Zusammenhange oder aus Ausdrücken wie *ingredi*, *inducere* u. s. w. hervor, daß es sich um Grundstücke handle.

Pomp. fr. 18 § 1 C. E. 18, 1.

et idem Alfenus scripsit de uacua possessione per seruum tradita.

Kurz vorher war die Rede von einem Sklaven, der bei Bezeichnung der Grenzen das Gebiet des Ackers zu groß angegeben hatte.

Paul. fr. 2 § 1 A. E. V. 19, 1.

Vacua possessio emptori tradita non intellegitur, si alius in ea legatorum fideiue commissorum seruandorum causa in possessione est aut creditores possideant.

Possessio im Anfange ist die Besitzung, auf der sich ein anderer befindet. Dies ergeben die Worte: *si alius in ea* (auf derselben) *in possessione est*. Man hat keineswegs nötig, *in possessione* zu streichen, wozu *Mommsen* geneigt scheint, da es einen ganz guten Sinn giebt.

Pomp. fr. 3 § 1 eodem.

Si emptor uacua possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat, fructus non uenient in eam actionem, quia et qui fundum dari stipularetur, uacua quoque possessionem tradi oportere stipulari intellegitur.

Hier wird die Stipulation auf *fundum dari* herangezogen,

um den Inhalt der Stipulation auf *uacua possessionem tradi* näher zu bestimmen: also werden wir auch diese *possessio* von einem Grundstücke zu verstehen haben.

Pap. fr. 4 pr. Us. 22, 1.

Si stipulatus sis rem dari uacuaque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora uerba consecuturum te ratio suadet. an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est.

Papinian behandelt hier denselben Fall, wie *Pomponius* in der so eben besprochenen Stelle; schon dieser Umstand läßt auf ein Grundstück schließen. Außerdem dürften die *fructus capti* wie der *partus ancillae* darauf hinweisen; das Grundstück wird nämlich, wie dies ja häufig vorkam, mit sammt den Sklaven, die sich auf demselben befanden, Gegenstand des Rechtsgeschäftes gewesen sein. Wir wissen sogar, daß dieses Grundstück ein *fundus Italicus* war: denn das auf die ausgeschriebenen Worte bald folgende *per traditionem* ist augenscheinlich statt *per mancipationem* von den Compilatoren erst in den Text gebracht worden.

Venuleius fr. 52 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti uim fieri: statim enim cedere aduersarium et uacua relinquere possessionem iubet.

Inducere, prohibere, ingredi: alles Ausdrücke, die auf ein Grundstück hinweisen.

Die Beziehung auf ein Grundstück ist ferner leicht in folgenden Stellen zu erkennen.

Cic. de officiis 1. 7, § 21. Fr. Vat. 314. Paul. fr. 4 § 27 de usurp. 41, 3. c. 12 de prob. 4, 19. c. 12 C. E. 4, 38. c. 2 A. u. A. P. 7, 32.

4. Zuweilen wird *uacua possessio* durch *uacua fundus* u. dgl. umschrieben.

Cic. pro Sex. Roscio 9, 26.

praedia uacua filio traditurum.

Cic. pro Tullio 17.

illis absentibus fines Acerronio demonstravit, neque tamen hanc centuriam Populianam uacuam tradidit.

Suet. Vesp. 8.

uacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit.

Africanus fr. 33 Loc. Cond. 19, 2.

nam et si uendideris mihi fundum isque priusquam uacuum traderetur etc.

c. 8 de omni agro deserto 11, 59.

uacanti ac destituto solo.

5. Nur folgende wenige Stellen bleiben übrig, wo uns die Beziehung auf ein Grundstück nicht sofort entgegentritt.

Paul. fr. 32 § 20 de rec. 4, 8.

Arbitri officio continetur et quemadmodum detur uacua possessio.

Ulp. fr. 52 § 1 V. O. 45, 1.

Si quis uacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum.

Ulp. fr. 75 § 7 eodem.

incertum stipulari uidetur: in faciendo, ueluti „fossam fodiri“ „domum aedificari“ „uacuam possessionem tradi“.

c. 3 A. et R. P. 7, 32.

Donatarum rerum a quacumque persona infanti uacua possessio tradita corpore quaeritur.

Von diesen vier Stellen kann man aber vielleicht noch zwei wieder ausschneiden.

Denn in der vorletzten Stelle wird es uns wenigstens nahe gelegt, bei der Stipulation „uacuam possessionem tradi“ an ein Grundstück zu denken, da auch die andern beiden Stipulationen sich auf Grundstücke beziehen.

Und was die letzte Stelle anbetrifft, so haben bereits

Rudorff¹⁾ und Esmarck²⁾ aus dem Worte res gefolgert, daß es sich hier um Grundstücke handle. In der That dient der Ausdruck res schlechtthin zur Bezeichnung eines Grundstückes. Hierfür können schon angeführt werden zwei so eben besprochene Stellen: fr. 4 pr. Us. 22, 1 und fr. 52 § 2 A. u. A. P. 41, 2. Vor allem möchte ich aber hinweisen auf die von der sog. laesio enormis handelnde c. 2 de resc. uend. 4, 44, wo rem durch fundum erläutert wird. Es ist demnach gar nicht einmal richtig, wenn man die Grundsätze über laesio enormis auf bewegliche Sachen übertragen hat³⁾.

So blieben denn eigentlich nur zwei Stellen übrig, die jede Beziehung auf ein Grundstück vermischen lassen. Diese Erscheinung ist keineswegs geeignet, Bedenken irgend welcher Art nachzurufen: denn einerseits stehen ganz kurze Aussprüche in Frage, andererseits wird jeder römische Rechtsgelehrte gewußt haben, was unter uacua possessio zu verstehen sei. Eher könnte man sich darüber wundern, daß nicht mehr Stellen dieser Art vorhanden sind.

6. Es giebt keine einzige Stelle, wo uacua possessio von einer beweglichen Sache gebraucht wäre.

7. Durch alles bisher Vorgebrachte wird zwar im hohen Grade wahrscheinlich, daß sich die uacua possessio auf Grundstücke beschränkte, ein eigentlich zwingender Beweis ist indes noch nicht erbracht worden. Nun kommt aber hinzu, daß die uacua possessio zu den beweglichen Sachen in sehr bestimmten Gegensatz tritt.

So unterscheidet Gajus ausdrücklich zwischen dem Besitz von beweglichen Sachen und der fundi possessio quae uacat.

Gai. 2, 50 u. 51. § 6, 7 I. de usucap. 2, 6. fr. 37 de usurp. 41, 3.

In dem bereits zum Teil erörterten fr. 4 pr. Us. beruhen die Zweifel, welche Papinian hinsichtlich des partus ancillae

1) Zu Savigny, Recht des Besitzes⁷, S. 649.

2) Vac. poss. trad. S. 73.

3) Vgl. Zacharia, Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 17, S. 49 fg.

auffsteigen, wie wir noch später sehen werden, mit darauf: daß bei *Uacua possessio* keine Rede sein kann.

Außerdem wären folgende Stellen hervorzuheben.

Celsus fr. 18 § 2 A. u. A. P. 41, 2.

Si uenditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si uicinum mihi fundum mercato uenditor in mea turre demonstrat uacuumque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

Hier werden zwei einander ähnliche Besitzwerbungen an beweglichen und unbeweglichen Sachen mit einander verglichen, nur in letzterer Beziehung aber wird von einer *uacua possessio* gesprochen.

c. 11 pr. Unde ui 8, 4.

Cum quaerebatur inter Illyricianam aduocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui uacuum possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia ueteres leges nec unde ui interdictum nec quod ui aut clam uel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiabant.

Bei der *uacua possessio absentium*, von der hier die Rede, kann nur an Grundstücke gedacht sein, wie schon die in Bezug genommenen Interdicte darthun. Daher stellt denn auch Justinian im § 1 der angeführten constitutio dieser *uacua possessio absentium* die gestohlenen Sachen gegenüber.

Einen besonders scharfen Ausdruck hat dieser Gegensatz gefunden in

Fr. Vat. 293.

Quapropter in his quidem, quae solo tributario consistunt, a maiore V et XX annis in uacuum inductos possessionem ostendi conuenit. Rerum autem mobilium siue mouentium etc.

Und noch bemerkenswerter ist vielleicht

Fr. Vat. 249, 7.

Non enim aliter uacua iure dantis res erit, quam

ea uel eius uoluntate, si est mobilis tradatur, uel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit, sedem nouo domino patefaceret.

Bei der beweglichen Sache haben wir hier die *Volstradition*, d. h. Hingabe und Annahme; in Bezug auf Grundstücke ist dagegen von einem Fortgehen und Platzmachen die Rede, was nur ein umschreibender Ausdruck für die Einräumung leeren Besitzes ist.

8. Schließlich dürfte doch auch wohl die natürliche Bedeutung ein wenig in's Gewicht fallen. Wenn ich den Begriff leerer Besitz mit Grundstücken in Verbindung bringe, so kann ich mir etwas Vernünftiges dabei denken. Leerer Besitz an beweglichen Sachen, was sollte das eigentlich sein? Man müßte sich dann schon auf solche bewegliche Sachen beschränken, die eine gewisse Ähnlichkeit mit Grundstücken haben, wie z. B. Schiffe.

II. Bedeutung des Nachweises.

Durch diese Ausführungen dürfte bewiesen sein, daß die *uacua possessio* nur bei Grundstücken vorkommt. Bisher hat man sich der Wahrnehmung zwar nicht verschließen können, daß unbewegliche Sachen in der Regel den Gegenstand der *uacua possessio* bilden, wenigstens in Bezug auf die *uacuae possessionis traditio* ist dies behauptet¹⁾; daß Grundstücke eine notwendige Voraussetzung seien, ist aber bisher nicht erkannt worden. Und doch ist dieser Punkt keineswegs von untergeordneter Bedeutung. Denn da sich das römische Besitzrecht bei Grundstücken in manchen Beziehungen anders gestaltet hat, als bei beweglichen Sachen, ist jetzt erst die Möglichkeit gewonnen, näher über die Natur der *uacua possessio* nachzudenken.

2. § 2. Leerheit des Grundstückes.

Von Leerheit eines Grundstückes kann man in einem doppelten Sinne sprechen: leer ist ein Grundstück, auf dem sich

1) Esmarck a. a. D. S. 68.

keine beweglichen Sachen, leer aber auch ein Grundstück, auf dem sich keine Personen befinden. In beiderlei Beziehungen ist der Begriff Leerheit juristisch von Bedeutung. Bei der *uacua possessio* haben wir aber nur an Personen zu denken. Dies wird schon in der ältesten Stelle, die wir über unsern Gegenstand besitzen, hervorgehoben.

Rhet. ad Her. 4, 29 § 40.

Vacuom, quom ego adessem, possidere non potuisti.

Selbst Kinder und Sklaven, welche letztere also in dieser Beziehung als Personen gelten, stehen dem Begriffe Leerer Besitz im Wege.

Labeo fr. 78 § 1 C. E. 18, 1.

Fundum ab eo emisti, cuius filii postea tutelam administras, nec uacuam accepisti possessionem. dixi tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia eius decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.

Statt nec uacuam hat allerdings die Florentina nequaquam. Indessen nec uacuam wird durch die Pariser und Paduenser Handschrift gewährleistet und dürfte somit begründeten Bedenken nicht unterliegen.

Die Sachlage ist folgende. Der spätere Vormund hat vom Vater seines Mündels ein Grundstück gekauft, aber den leeren Besitz bei dessen Lebzeiten noch nicht erhalten. Dies wird so zu verstehen sein, daß eine Verpflichtung zur Einräumung zwar eingegangen, die Erfüllung aber noch ausgeblieben war. Damit nun diese Erfüllung möglich werde, ist zunächst erforderlich, daß Mündel und Sklaven das Grundstück verlassen.

Der Besitz kann körperlich nicht bloß von dem Besitzer und dessen Sklaven, sondern auch von andern in seinem Namen ausgeübt werden, mögen sie nun seiner Gewalt unterworfen sein oder nicht¹⁾.

Daher werden wir sagen müssen, daß es zum Ausschlusse

1) Gai. 4, 153.

des leeren Besitzes genügt, wenn sich statt des Besitzers ein anderer auf dem Grundstück befindet, sei es auch nur ein einfacher Detentor.

Andererseits ist zu bedenken, daß ein einfacher Detentor den Entschluß fassen kann, an Stelle des alten für einen neuen Besitzer den Besitz auszuüben. Unter dieser Voraussetzung ist einfache Detention mit *uacua possessio* sehr wohl verträglich. Diese Erscheinung wird uns bei der Einräumung leeren Besitzes entgegentreten.

Vom einfachen Detentor ist derjenige zu unterscheiden, welcher kraft selbständigen Rechtes die Sache inne hat. Hierauf bezieht sich

Paul. fr. 2 § 1 A. E. V. 19, 1.

Vacua possessio emptori tradita non intellegitur, si alius in ea legatorum fideiue commissorum seruandorum causa in possessione est aut creditores bona possideant. idem dicendum est, si uenter in possessione sit: nam et ad hoc pertinet uacui appellatio.

Ein seines Vermächtnisses halber Eingewiesener galt zwar im eigentlichen Sinne nicht als Besitzer¹⁾. Er durfte aber neben dem Erben auf dem Grundstück verweilen²⁾ und wurde geschützt mittelst *interdictum ne uis fiat*, *actio in factum*, sowie *extra ordinem*³⁾. Ähnlich verhielt es sich mit den eingewiesenen Gläubigern und dem uenter in possessione⁴⁾. Justinian hat die Lage der so Eingewiesenen noch wesentlich verbessert⁵⁾.

Eingewiesene dieser Art setzen dem Eintritte leeren Besitzes kräftigeren Widerstand entgegen, da sie nicht, wie einfache Detentoren, ihre Befugnisse vom Besitzer herleiten. Andererseits

1) fr. 1 § 9 Quod leg. 43, 3: quod non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit.

2) fr. 5 pr. Ut in poss. 36, 4: sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.

3) De cautione et missione l. s. f. s. c. pag. 9 ff.

4) Vgl. Dernburg, Pfandrecht, Bd. 1, S. 404 fgg.

5) c. 2 de pign. praet. 8, 21.

kann aber die einfache Detention ebenfalls Schwierigkeiten bereiten, nicht bloß thatsächliche, sondern auch rechtlich begründete, sofern der Detention eine iusta causa zur Seite steht¹⁾. Alles dies wird bei der Einräumung leeren Besitzes näher besprochen werden müssen.

Hier mag nur noch folgender Punkt berührt werden.

Weil Anwesenheit auf dem Grundstücke den leeren Besitz ausschließt, kann derselbe naturgemäß nur zu demjenigen Besitz in Gegensatz gedacht werden, welcher das Grundstück in der Gesamtheit seiner Beziehungen umfaßt. Leerer Besitz ist demnach nicht denkbar bei Grunddienstbarkeiten, wo die Ausübung durch Anwesenheit eines Besitzers nicht gehindert wird.

Iaoulenus fr. 20 de seru. 8. 1.

Quotiens uia aut aliquid ius fundi emeretur, cauendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eius modi iuris uacua traditio esset.

Pomp. fr. 3 § 2 A. E. V. 19, 1.

Si iter actum uiam aquae ductum per tuum fundum emero, uacuae possessionis traditio nulla est.

Andererseits wird man aber auch behaupten müssen, daß Ausübung einer derartigen Grunddienstbarkeit dem Eintritte leeren Besitzes nicht im Wege stehe.

3. § 3. Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung.

Die Leerheit eines Grundstückes kann durch gewaltsame Vertreibung oder auf andere Weise herbeigeführt werden. Der leere Besitz tritt nun in ganz bestimmten Gegensatz zur gewaltsamen Vertreibung. Wer einen andern von seinem Grundstücke vertreibt, macht das Grundstück zwar leer, aber ihm gegenüber ist kein leerer Besitz vorhanden. Dies ergibt ganz deutlich die bereits angeführte Stelle

Rhet. ad Her. 4, 29 § 40.

Expeditio est, quom rationibus conpluribus enume-

¹⁾ Marc. fr. 12 de ui 43, 16.

ratis, quibus aliqua res fieri potuerit, ceterae tolluntur, una relinquitur, quam nos intendimus, hoc modo: necesse est, quom constet istum fundum nostrum fuisse, ostendas te aut uacuom possedissee aut usu tuum fecisse, aut emisse, aut hereditate tibi uenisse: uacuom, quom ego adessem, possidere non potuisti; usu tuum fecisse etiam nunc non potes; emptio nulla profertur; hereditate tibi me uiuo mea pecunia uenire non potuit; relinquitur ergo, ut me ui de meo fundo deieceris.

Die Form der Beweisführung, welche Cornificius, oder wer nun der Verfasser dieser Rhetorica sein mag, hier expeditio nennt, kommt bei Cicero de inu. 1, 29 § 44, 45 unter dem Namen enumeratio vor. Das Wesen derselben besteht darin, daß eine Reihe von Möglichkeiten aufgezählt und deren Nichtvorhandensein nachgewiesen wird, bis die eine Möglichkeit, welche man haben wollte, übrig bleibt. Das zur Veranschaulichung gewählte Beispiel ist dieses.

Ich will meinem Gegner nachweisen, daß er mich gewaltsam aus meinem Grundstücke vertrieben habe. Als feststehend wird angenommen, daß mir das Grundstück einmal zu Eigentum bzw. Besitz gehörte, und auch wohl, daß der Gegner gegenwärtiger Besitzer ist. Zunächst wird nun nachgewiesen, daß der Gegner jedenfalls kein Eigentümer geworden sei: weder durch Ersitzung, noch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, noch durch Erbschaft. Anlangend die Besitzesfrage, so wird hervorgehoben, daß der Gegner wegen meiner Gegenwart das Grundstück unmöglich als leeres in Besitz genommen haben könne (possidere); also bleibe nur gewaltsame Vertreibung übrig.

Sollte freilich der Vertreibende sich auf die Vertreibung beschränkt und die Besitzergreifung unterlassen haben, so würde zwar leerer Besitz entstehen, aber nur für andere, nicht für den Vertreibenden.

Paul. fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3.

Si tu me ui expuleris de fundi possessione nec apprehenderis possessionem, sed Titius in uacuum possessionem intrauerit, potest longo tempore capi res:

quamuis enim interdictum unde ui locum habeat, quia uerum est ui me deiectum, non tamen uerum est et ui possessum.

Der Vertreibende unterlag dann dem Interdictum unde ui, obwohl er gar nicht besaß¹⁾, nicht aber der dritte Besitzer, weil dieser ohne Gewaltthat den Besitz erlangt hatte.

Insofern ist leerer Besitz nur ein relativer Begriff, und zwar relativ vom Standpunkte der Besitzergreifung aus. Dieser Relativität entsprechend wählte ich für diese dritte Voraussetzung den Ausdruck Möglichkeit gewaltfreier Besitzergreifung.

Zweites Kapitel.

Arten des leeren Besitzes.

§ 4. Vorbemerkung.

Von den allgemeinen Voraussetzungen des leeren Besitzes wende ich mich zu den besonderen, oder den Arten des Besitzes.

Zu Anfang wird der ganze Erdboden leerer Besitz gewesen sein. Auf diese Urzustände bezieht sich

Cic. de off. 1, 7 § 21.

Sunt autem priuata nulla natura, sed aut ueteri occupatione, ut qui quondam in uacua uenerunt.

Abgesehen von diesen Urzuständen haben wir verschiedene Arten des leeren Besitzes zu unterscheiden. Die Hauptstelle ist Gai. 2, 51.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine ui possessionem nancisci, quae uel ex neglegentia domini uacet, uel quia dominus sine successore decesserit, uel longo tempore afuerit.

Mit geringer Abweichung ist die Stelle außerdem noch überliefert als fr. 37 § 1 de usurp. 41, 3. Dem Sinne nach stimmt überein

¹⁾ Ulp. fr. 1 § 42 de ui 43, 16. Ex interdicto unde ui etiam is, qui non possidet, restituere cogetur.

§ 7 I. de usuc. 2, 6.

Ut si quis loci uacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine ui nanciscatur.

Anscheinend werden uns hier drei Arten leeren Besitzes vorgeführt. Es wird sich aber herausstellen, daß Nachlässigkeit nur eine Unterart der langen Abwesenheit ist. Ferner scheidet der Tod des Besitzers aus, da wir uns zunächst nur mit dem leeren Besitze bei Lebzeiten beschäftigen wollen; es bleibt aber übrig der Tod des Vertreters.

Hinzu kommt sodann in Gemäßheit von fr. 4 § 22 de usurp. 41, 3, der Besitzesverlust.

Die Nebeneinanderstellung — lange Abwesenheit, Tod des Vertreters, Besitzesverlust — deutet schon darauf hin, daß ich weder in der langen Abwesenheit noch dem Tode des Vertreters einen Besitzesverlust erblicke. Dieser Punkt bedarf aber eines besonderen Nachweises. Andererseits ist genauer darzulegen: wie weit der leere Besitz in den Besitzesverlust hineinreicht.

Bei der langen Abwesenheit ist zu unterscheiden zwischen der Abwesenheit des Besitzers und der Abwesenheit des Vertreters.

Der Besitzesverlust kommt nur insofern in Betracht, als sich mit demselben ein Verlassen des Grundstückes verbindet: denn nur insofern kann von leerem Besitz die Rede sein.

Wir haben zu unterscheiden zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Verlassen des Grundstückes.

Das unfreiwillige Verlassen, um die Hauptfälle zu nennen, wird theils durch Naturereignisse, theils durch gewaltthätige Vertreibung herbeigeführt.

Da die gewaltthätige Besitzergreifung einen Gegensatz zum leeren Besitze bildet, ist für diesen bei gewaltthätiger Vertreibung nur insofern Raum, als der gewaltthätig Handelnde nicht selber Besitz ergreift.

Die Gewaltthat kann sich richten gegen den Besitzer oder dessen Vertreter.

Wir haben ferner zu unterscheiden zwischen der Vertreibung durch physische Gewalt, Vertreibung durch Furchterregung und Verhinderung der Rückkehr.

I. Lange Abwesenheit

A. Des Besitzers.

1. § 5. Lange Abwesenheit und Vernachlässigung des Grundstückes.

Die Vernachlässigung eines Grundstückes ist möglich, sowohl wenn der Besitzer sich auf demselben befindet, als auch, wenn er sich von demselben fern hält. Der erste Fall scheidet hier aus, da dann kein leerer Besitz vorliegt. Das Fernbleiben des Besitzers können wir uns nur als lange Abwesenheit denken, weil mit einer kurzen Abwesenheit als solcher keine Nachlässigkeit verbunden sein kann. Insofern deckt sich also die Nachlässigkeit mit der langen Abwesenheit.

Aber lange Abwesenheit ist der weitere Begriff. Die Vernachlässigung eines Grundstückes hat nämlich eine sachliche und eine persönliche Voraussetzung. Die sachliche Voraussetzung besteht darin, daß das Grundstück nicht so gehalten wird, wie es ein guter Hausvater halten würde; die persönliche darin, daß die schlechte Haltung dem Besitzer zugerechnet werden muß. Fehlt die eine oder andere Voraussetzung, so kann zwar lange Abwesenheit vorliegen, ohne daß wir indes von einer Vernachlässigung sprechen dürften. Ein Landmann, der seine Sommerweiden hoch oben auf den Alpenmitten hat und diese zur Winterzeit verläßt, ist lange Zeit von seinem Grundstücke abwesend, ohne daß wir ihm Nachlässigkeit zum Vorwurf machen können, da die Nichtbenutzung zur Winterzeit durch die Beschaffenheit des Grundstückes geboten war: hier fehlt es an der sachlichen Voraussetzung. Die persönliche Voraussetzung würde man vermissen, wenn der Besitzer z. B. aus gegründeter Furcht vor einem feindlichen Einfall sein Ackergrundstück unbebaut ließe.

Ist aber die lange Abwesenheit der weitere Begriff, in dem die Nachlässigkeit vollständig aufgeht, so genügt es, diese hier zu nennen. Wenn in den Quellen die Nachlässigkeit daneben besonders hervorgehoben wird, so könnte der Grund hiervon

der sein, daß dies der gewöhnlichere Fall war. Es würde sich dann mit dieser Zusammenstellung ähnlich verhalten, wie mit der *neglecta atque omissa custodia* in fr. 47 A. u. A. P. 41, 2, worauf ich noch zurückkommen werde¹⁾. Ferner macht die Wortstellung bei Gajus ganz den Eindruck, als wäre *uel longo tempore afuerit* ursprünglich Glosse gewesen, die später an verkehrter Stelle dem Text einverleibt wurde: also ursprünglich zu enge Fassung, die man dann später berichtigte. Außerdem ist zu bemerken, daß einzelne Wirkungen lediglich mit der Nachlässigkeit verknüpft wurden, wie wir später sehen werden²⁾.

In gewisser Weise stimmt mit der hier vertretenen Ansicht Thering³⁾ überein. Derselbe erblickt in der Nachlässigkeit eine verschuldete, in der längeren Abwesenheit eine unverschuldete Besitzlosigkeit. Nur muß ich gegen den Ausdruck Besitzlosigkeit ganz entschieden Verwahrung einlegen. Es handelt sich um leeren Besitz, und leerer Besitz hat nicht notwendig Besitzlosigkeit zur Folge. Die Frage soll im folgenden Paragraphen für sich erörtert werden.

Bruno⁴⁾ meint umgekehrt: die lange Abwesenheit gebe nur einen Umstand her, aus dem die Nachlässigkeit mittelbar entnommen werden könne. Das ist eine Erklärung, welche die lange Abwesenheit vollständig ausmerzt.

Der sog. Theophilus zu der angeführten Institutionenstelle umschreibt in folgender Weise:

εἴχεν τις ἀγρὸν, ἀποδηήσας τὸν κατέμπεν ἀπρονόητον ἢ καὶ παρῶν οὐδεμίαν εἶδετο φροντίδα τοῦ ἀγροῦ.

Was diese Umschreibung besagen will, ist nicht ganz klar.

Soll das *παρῶν* Anwesenheit auf dem Grundstücke bedeuten, so ist die Erklärung offenbar falsch. Da aber von einer Reise die Rede — *ἀποδηήσας* — so mag ja wohl bei *παρῶν* an Ortsanwesenheit gedacht sein. Hierfür scheint auch das später folgende *ἐωρακώς ἐγὼ ὑπ' οὐδενὸς διακατεχό-*

1) Vgl. unten § 6.

2) Vgl. unten § 77.

3) Grund des Besitzschutzes, S. 216, 217.

4) Besitzlagen, S. 130, Anm. 1.

μερον zu sprechen. Eine solche Unterscheidung, ob jemand sich als Ortsanwesender oder wegen einer Reise um sein Grundstück nicht bekümmerte, ist aber den Quellen fremd; insonderheit läßt sie sich der Gajusstelle nicht ohne Zwang anpassen. Die Quellen sehen lediglich darauf, ob jemand auf seinem Grundstücke anwesend oder von demselben abwesend ist.

Ferner fragt sich, ob ἀπρονόητον ebenfalls von Vernachlässigung zu verstehen sei. Dann wäre Nachlässigkeit das gemeinschaftliche Merkmal für beide Fälle, und eine solche Erklärung träge derselbe Vorwurf, den wir gegen Bruns erheben mußten.

Wollen wir aber bei ἀπρονόητον von Nachlässigkeit absehen, was sprachlich zulässig sein dürfte, so kämen wir zu Ergebnissen, die in sachlicher Beziehung kaum befriedigen können. Im Falle der Ortsabwesenheit entstände dann sowohl durch Nachlässigkeit wie lange Abwesenheit leerer Besitz, dagegen bei Ortsanwesenheit würde dieser bloß durch Nachlässigkeit begründet, während die lange Abwesenheit als solche gänzlich ausfiel. Der Besitzer einer Sommervilla, die im Winter verlassen wird, würde anders dastehen, wenn diese Villa im Gebiete der Stadt gelegen wäre, wo er seinen sonstigen Wohnsitz hätte, als wenn er Winters in einer benachbarten Stadt wohnte: im einen Falle würde er ein παρών, im andern ein ἀποδημίσιος sein.

Mag man also die Sache anfassen, wie man will, viel scheint mit der griechischen Erläuterung nicht anzufangen, und der Erklärer sich über das zu Erklärende selber nicht recht klar geworden zu sein.

2. § 6. Lange Abwesenheit und Besitzesverlust.

Die drei im vorigen Paragraphen besprochenen Stellen — Gai. 2, 51; fr. 37 § 1 de usurp. § 7 I. de usucap. — werden fast allgemein von einem Besitzesverluste verstanden, meistens freilich so, daß man die lange Abwesenheit im Begriffe Nachlässigkeit aufgehen läßt¹⁾. So heißt es z. B. bei Bruns,

1) Vgl. Savigny, Rt. des Besitzes⁷ S. 360, Anm. 1; Kanda, Besitz³ S. 482, 483; Bruns, Jahrb. d. g. Rts., Bd. 4, S. 40; Mei-

Besitzklagen, S. 129: „Dauert die Abwesenheit lange, so daß eine Vernachlässigung des Besitzes darin liegt, so entsteht allerdings uacua possessio, dann aber nur in dem Sinne, daß der bisherige Besitz ganz aufhört.“ Ihering¹⁾ erkennt zwar in der langen Abwesenheit den weiteren Begriff an, aber für Besitzesverlust tritt auch er mit großer Entschiedenheit ein. Mit ihm wollen wir uns hier näher beschäftigen.

Ihering führt seinen Beweis teils durch allgemeine Betrachtungen, teils durch Auslegung von Quellenstellen.

I. In ersterer Beziehung kommt vor allen Dingen die Ihering'sche Grundauffassung vom Besitze in Betracht.

Ihering erblickt in dem Besitze die Thatsächlichkeit des Eigentums, hält deshalb die diligentia des Eigentümers für ein unentbehrliches Erfordernis des Besitzes und folgert: daß seines Besitzes verlustig gehe, wer dieses Interesse verleugne und sich damit gewissermaßen von der Sache lossage. Insonderheit soll seinen Besitz verlieren, wer sein Grundstück verkommen und verwildern lasse.

Ich halte diesen Ihering'schen Gedanken nicht für richtig. Die Hauptgrundlage des römischen Besitzes war von Alters her das körperliche Verhältnis; und diesem körperlichen Verhältnisse geschieht bei einem Grundstücke völlig Genüge, wenn ich dasselbe betrete. Was ich auf dem Grundstücke anfangen — ob ich Kohl und Rüben baue, oder die Hände in den Schoß lege — ist für den Besitzesbegriff ganz gleichgültig.

Ihering beruft sich für seine Ansicht auf den römischen Censor, der schon in alter Zeit eingeschritten sei, wenn jemand sein Feldgrundstück nicht ordentlich bewirtschaftete²⁾. Ganz richtig! Aber der römische Censor bestrafte nicht bloß den abwesenden, sondern auch den anwesenden Besitzer. Der Ihering'sche Scheider, Besitz, S. 334 fg.; Bekker, Rt. des Besitzes, S. 239, 243; Rindell, Bes. rt., S. 271; Windscheid, Pand., Bd. 1⁵ § 156, Anm. 7; Brinz, Pand., Bd. 1², S. 525. Anderer Meinung Lenz, Rt. des Bes., S. 227 fg. Schirmer, Ztschr. für Civilt. u. Proc. N. F. 11, S. 401 — 403 unterscheidet zwischen früherem und Justinianischem Rechte.

1) Grund des Besitzeschutzes², S. 209 fg.

2) Gell. N. A. 4, 12 § 1.

Satz müßte dazu führen, einem Besitzer, obwohl er sich auf seinem Grundstücke befände, den Besitz abzusprechen, wenn er dieses Grundstück nachlässig bewirtschaftete; ein Hausbesitzer müßte seines Besitzes verlustig erklärt werden, wenn er notwendige Ausbesserungen unterließe. Das wären doch Ergebnisse, die der römischen Anschauungsweise so fern wie nur möglich liegen. Von dieser Ihering'schen Beweisführung gilt demnach: wer zu viel beweist, beweist gar nichts.

Ihering läßt nicht bloß bei verschuldeter, sondern auch bei unverschuldeter Abwesenheit Besitzesverlust eintreten: denn das längere Leerstehen des Grundstückes sei ein Zustand, welcher mit der regulären Verwirklichungsform des Eigentums an unbeweglichen Sachen in Widerspruch stehe. Hiermit läßt sich zwar noch die Behandlung der Sommer- und Winterweiden, wo trotz periodischer Abwesenheit der Besitz fort dauert, in Einklang bringen¹⁾. Nun sind ja aber im Laufe der Zeit die übrigen Grundstücke derselben Behandlung unterworfen worden²⁾, was sich vom Ihering'schen Standpunkte aus gar nicht rechtfertigen läßt. Ferner möchte ich glauben, daß Ihering hier den Standpunkt der diligentia und negligentia, sofern der einzelne Besitzer in Betracht kommt, völlig preisgibt. An die Stelle des subjectiven tritt ein objectiver Maßstab. Der Besitz geht nach Ihering verloren: nicht weil dem einzelnen ein Vorwurf gemacht werden kann, sondern weil ein anderer Zustand im allgemeinen möglich und wünschenswerter erscheint.

Ihering glaubt freilich in c. 2 A. et R. P. 7, 32 sogar eine Stelle aufgefunden zu haben, welche sich „als bloße quellenmäßige Formulierung“ seiner ganzen Besitztheorie „immerhin sehen lassen“ dürfe. Die hier vorkommenden Worte omnia ut dominum gessisse sollen nämlich nach Ihering das ausdrücken, was er Thatsächlichkeit des Eigentums nennt.

Zwingende Beweisskraft dürfte indes Ihering dieser

1) Vgl. Ihering a. a. D. S. 187 fg.

2) fr. 1 § 25 de ui 43, 16: nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisise possessionem uellemus, idem est.

Stelle kaum selber beilegen wollen. Das kann man ja Ihering bereitwillig zugeben: daß das, was er thatsächliche Ausübung des Eigentums nennt, auf eine Besitzesausübung schließen läßt; und dies wird in obiger Stelle aus den angeführten Worten ebenfalls gefolgert. Der Schluß ist aber nur deshalb richtig: weil im Mehr das Weniger mit enthalten ist, nicht weil dieses Mehr unbedingt nötig wäre.

II. Ich wende mich jetzt dem Quellenbeweise zu, den Ihering für unsere besondere Frage unternommen hat. Die Stellen beschränken sich zwar nicht auf Grundstücke. Da es sich hier aber um einen Grundgedanken des Besitzverlustes handelt, glaube ich, auch die beweglichen Sachen nicht ganz außer Acht lassen zu können.

In ersterer Beziehung legt Ihering zunächst besonderes Gewicht auf

Pap. pr. 47 A. u. A. P. 41, 2.

Si rem mobilem, apud te depositam aut ex commodato (concessam?)¹⁾ tibi, possidere neque reddere constit(u) eris, confestim amis(is) se me possessionem uel ignorantem responsum est. cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque ommissa custodia, quamuis eas nemo alius inuaserit, ueteris possessionis damnum adferre consuevit: idque Nerua filius libris de usucapionibus rettulit. idem scribit aliam causam esse hominis commodati ommissa custodia.

Nach dieser Stelle soll an einer geliehenen oder in Verwahrung gegebenen Sache der Besitz sofort verloren gehen, sobald der Inhaber den Entschluß faßt, die Sache zu besitzen, ohne daß der bisherige Besitzer darum zu wissen braucht.

Diesem Besitzverluste dürfte ein Besitzerwerb entsprechen, wie zum vollen Verständnis der Stelle hervorgehoben zu werden

1) Statt ex commodato der Florentina lesen Saloander und Vulgata commodatam. Nach Mommsen ist permissam oder etwas ähnliches hinter tibi ausgefallen. Wendt, Faustrecht, S. 186, schlägt datam oder concessam als Ergänzung vor.

verdient. Savigny¹⁾ meint freilich, daß der Besitz auf der einen Seite zwar verloren gehe, auf der anderen Seite aber nicht erworben werde. Was hätte es aber für einen Sinn gehabt, einen Besitzesverlust ohne Wissen des bisherigen Besitzers eintreten zu lassen, wenn damit auf der anderen Seite kein Besitzerwerb verbunden gewesen wäre? Der Besitzverlust ist augenscheinlich Folge des auf Erwerb gerichteten Entschlusses — *confestim* — und dies ist doch nur unter der Voraussetzung ein erträglicher Gedanke, wenn dieser auf Erwerb gerichtete Wille den Erwerb auch wirklich herbeiführte. Ferner erhalten wir nur auf diese Weise einen richtigen Gegensatz zum späteren *quamvis eas nemo alius inuaserit*.

Allerdings entsteht hier eine Schwierigkeit, und diese mag vielleicht die Savigny'sche Ansicht veranlaßt haben. Ein solcher Besitzerwerb eines untreuen *Commodatars* oder *Depositars* ließe sich kaum anders als ein *furtum* auffassen. Wie sieht es aber bei dieser Annahme mit dem Erfordernis der *contrectatio* aus, das andere römische Rechtsgelehrte auch in einem solchen Falle verlangten²⁾. Papinian muß eine *contrectatio* doch wohl nicht für erforderlich gehalten haben³⁾, und diese Ansicht steht auch sonst nicht ohne Vertreter da⁴⁾.

Der Grund für den in Frage stehenden Besitzesverlust bei beweglichen Sachen im engern Sinne, abgesehen von Sklaven, meint Papinian, sei vielleicht der: daß bei beweglichen Sachen im engern Sinne Vernachlässigung und Aufhören der Obhut, *neglecta atque omissa custodia*, dem alten Besitze häufig Schaden zufüge, *damnum adferre consuevit*, obwohl niemand daran Besitz ergriffen habe.

Damnum adferre consuevit heißt wörtlich: Schaden zuzufügen pflegt⁵⁾. Dabei dürfte indes weniger, wie Ihering

1) Recht des Besitzes⁷, S. 366, Anm. 1.

2) Paulus (Sabinus, Cassius) fr. 3 § 18 A. u. A. P.

3) Vgl. Ihering, Geist, Bd. 2³, S. 429.

4) Vgl. Celsus fr. 68 pr. de furtis 47, 2.

5) Vgl. c. un. § 1 de sol. deb. ciu. 11, 40; c. 6 de crim. exp. her.

will, an die Praxis der Rechtsprechung, als vielmehr an das tatsächliche Vorkommen dieses Besitzverlustes zu denken sein.

Die Hauptstütze für Ihering bildet der Ausdruck *neglecta custodia*; mit diesem wird so operiert, als ob *omissa* gar nicht daneben stände. Und doch dürfte gerade die *omissa custodia* die Hauptsache sein. Atque wird nämlich öfters gebraucht, um das gewichtigere Wort hinzuzufügen und auf diese Weise einen ungenauen Ausdruck zu berichtigen. So ist auch hier der genauere Ausdruck *omissa custodia*. Hierfür spricht zunächst, daß das zweite Mal *omissa custodia* ohne *neglecta* gesagt ist; sodann weist uns der ganze Zusammenhang der Stelle darauf hin.

Hat eine bewegliche Sache aufgehört sich in meiner Obhut zu befinden, so wird das allerdings regelmäßig auf Nachlässigkeit beruhen, und deshalb wird diese Nachlässigkeit auch von Papinian besonders hervorgehoben. Das eigentlich Entscheidende für den Besitzesverlust ist aber nicht die Nachlässigkeit, sondern die fehlende Obhut. Wenn mein Fernrohr in's Meer oder in eine tiefe Schlucht fällt, so liegt allemal Besitzesverlust vor, mag mich der Vorwurf der Nachlässigkeit treffen, oder mag mich ein anderer unversehens angestossen haben, während ich das Fernrohr benutzte. Andererseits kann jemand mit seinen Sachen recht nachlässig umgehen, ohne daß darum Besitzesverlust eintritt. Jemand läßt seine Bücher Jahre lang auf dem Hausboden oder im Keller herumtreiben, oder weiß vielleicht gar nicht einmal anzugeben, in welchem Teile seiner Wohnung sie sich eigentlich befinden: so lange die Bücher nur in seiner Wohnung sind, bleibt er Besitzer, *quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio*¹⁾. Wer aus Nachlässigkeit im Walde seine Sache verliert, hört damit noch nicht auf, Besitzer zu sein; es muß hinzukommen Nichtwissen, wo sich die Sache befindet²⁾.

Das den Ausschlag gebende Merkmal für den Besitzes-

1) Paul. fr. 3 § 13 A. u. A. P. 41, 2.

2) Pomp. fr. 25 pr. A. u. A. P. 41, 2: *perdidimus, ut ignoremus ubi sit*.

verlust ist hier also gar nicht eine geistige Thätigkeit bezw. Unthätigkeit, sondern vielmehr die Beseitigung des körperlichen Verhältnisses. Der Besitz geht in Fällen dieser Art nicht animo, sondern corpore verloren¹⁾; und deshalb trifft dieser Besitzesverlust Handlungsunfähige gerade so gut wie Handlungsfähige.²⁾

Anders kann sich Papinian die Sache gar nicht vorgestellt haben, weil nur unter dieser Voraussetzung seine Begründung innern Halt hat. Die Frage ist: weshalb geht der Besitz des Deponenten und Commodanten verloren, sobald der Depositar bezw. Commodatar für sich besitzen will? Der den Zusammenhang mit dem Folgenden vermittelnde Gedanke müßte nach Ihering die Nachlässigkeit sein; also müßte nach Ihering die Antwort lauten: wegen Nachlässigkeit des Deponenten und Commodanten. Wie kann man es aber jemand als Nachlässigkeit anrechnen, wenn er seine Sachen ausleiht oder in Verwahrung giebt!³⁾ Der vermittelnde Gedanke des Papinian ist vielmehr die *omissa custodia*, und deshalb können wir seine Antwort in folgender Weise umschreiben. Der Besitz des Deponenten und Commodanten geht verloren, weil seine Obhut aufhörte. Denn diese Obhut wurde ja für ihn vom Depositar bezw. Commodatar wahrgenommen, hängt also von deren Willen ab und muß folgeweise aufhören, so bald bei ihnen ein entgegengesetzter Wille eintritt. Das ist bei beweglichen Sachen ja auch sonst der Fall, daß mit Aufhören der Obhut Besitzesverlust eintritt, selbst ohne daß ein anderer diesen Besitz erworben zu haben brauchte.

Die Stelle ist also für Ihering durchaus nicht beweisend, und noch weniger wollen andere Stellen bedeuten. Wenn Nerva in fr. 3 § 13 A. u. A. P. 41, 2 bei beweglichen Sachen die Fortdauer des Besitzes an die *custodia* knüpft, so spricht

1) So richtig Dernburg, Pand., Bd. 1, § 182, N. 7.

2) U. M. Bekker, Rt. des Bes., S. 240.

3) In dieser Beziehung drückt schon Windscheid a. a. O. seine Verwunderung aus; nur hätte dieser Vorwurf nicht gegen Papinian ausgesprochen, sondern an eine andere Adresse gerichtet werden müssen.

er damit keineswegs aus, daß eine Vernachlässigung, sondern nur, daß ein Nichtvorhandensein der *custodia* den Verlust des Besitzes nach sich ziehe.

Ebenso willkürlich ist es, post tempus bei Ulp. fr. 13 pr. A. u. A. P. ohne weiteres mit der Vernachlässigung in Verbindung zu bringen. Es hat damit nur gesagt werden sollen, daß zwar kürzeres Abhandenkommen, nicht aber, wenn es längere Zeit dauert, mit dem Begriffe *custodia* verträglich sei. Ähnlich verhält es sich mit dem *diu* bei Paul. fr. 3 § 10 *codem*.

Die bisherigen Stellen beschäftigten sich mit beweglichen Sachen. Näher berühren uns die Grundstücke. In dieser Beziehung scheint nun schon einigermaßen gegen Ihering zu sprechen, daß die Papinian'sche Begründung im ausgeschriebenen fr. 47 für Grundstücke gar nicht paßt. Gleichwohl glaubt Ihering auch nach dieser Richtung hin seinen Beweis führen zu können. Er beruft sich auf

Diocl. et Max. c. 4 A. et R. P. 7, 32 vom J. 290.

Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. si igitur desertam praediorum possessionem non derelinquendi adfectione transacto tempore non coluisti, sed ex metus necessitate culturam eorum distulisti, praeiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest.

Diese Stelle soll nach Ihering wenigstens mittelbar beweisen, da sie nur für den Fall der Furcht den Nachteil, der sich sonst aus der unterlassenen Cultur ergeben würde, d. h. den Verlust des Besitzes, ausschließe.

Indessen kann Ihering sich schon selber nicht verhehlen, daß auf diese Weise der *non derelinquendi adfectio* kein Genüge geschieht. In der That ist durch Einschaltung des *nur* der Inhalt der Stelle gänzlich verdreht worden, indem dadurch ein Beispiel zur Ausnahme gemacht, und dieser Ausnahme wieder eine verkehrte Regel angepaßt wurde. Der Sinn der Stelle ist vielmehr folgender.

Es wird angeknüpft an den Satz, daß der Besitz durch bloßen Willen erhalten werden könne. Der Satz ist, wie wir

noch näher sehen werden¹⁾, von der späteren Wissenschaft überholt, wonach es genügt, wenn wir ein Grundstück nur nicht in der Absicht verlassen, den Besitz aufzugeben. So wird der überlieferte Satz auch in der vorliegenden Constitution gehandelt. Hast du dein Grundstück verlassen, sagen die Käufer, nicht in der Absicht, den Besitz aufzugeben, sondern aus Furcht, so bleibst du Besitzer. Die Furcht als solche wird also nicht als ein Verzicht auf den Besitz aufgefaßt, und deshalb soll die *transmissi temporis iniuria* nichts schaden; sie würde geschadet haben, wenn sich zur Furcht die *derelinquendi adfectio* gesellt hätte.

So verstanden dürfte die Stelle nicht für, sondern gegen *Ihering* sprechen. Die Furcht hat keinen Besitzesverlust zur Folge, weil sich mit ihr keine *derelinquendi adfectio* verbindet. Also müssen andere Umstände, die ebenfalls nicht auf einen Entfugungswillen schließen lassen, als da sind Krankheit, hohes Alter, ja selbst bloße Unlust die gleiche Wirkung haben.

Eine weitere von *Ihering* angezogene Stelle ist *Africanus* fr. 40 § 1 A. u. A. 41, 2. Ich werde später auf diese Stelle noch ausführlich eingehen müssen²⁾, vorläufig gegen *Ihering* nur so viel.

Es handelt sich um den Tod eines Pächters. Mit diesem Tode soll für den Verpächter nicht sofort Besitzesverlust eintreten, sondern erst dann „*cum dominus possessionem apisci neglexerit*.“

Zunächst kann man zweifelhaft sein, ob der Besitzesverlust als Strafe der Nachlässigkeit gedacht ist. Der Hauptumstand, welcher für den Besitzesverlust in Betracht kommt, ist der Tod des Pächters. Und wenn mit diesem Tode nicht sofortiger Besitzesverlust eintreten, sondern noch ein wenig gewartet werden soll, so sieht das eher als eine Milderung aus.

Ferner kann eine solche Nachlässigkeit doch nur in Vertretungsfällen vorkommen, und auch hier begegnen wir ihr nur

1) Vgl. unten § 26.

2) Vgl. unten § 8.

beim Tode, nicht bei Lebzeiten des Vertreters. Genauer gesprochen: es ist eine Nachlässigkeit, die sich nur bei ruhender Erbschaft geltend machen kann. Eine auf so beschränktem Gebiete auftretende Nachlässigkeit dürfte aber kaum geeignet sein, einen Grundgedanken für das ganze Besitzesrecht abzugeben.

Sodann handelt es sich hier um eine ganz andere Nachlässigkeit, als *Ihering* sie gebrauchen kann. Nach *Ihering* verlangt der Jurist vom Besitzer, daß er „nach dem Grundstück sehe, was daraus wird, und entweder einen neuen Pächter darstelle oder es selber in Bewirtschaftung nehme.“ Von alledem steht in der Stelle kein Sterbenswort. Dem *apisci* neglexerit wäre schon dadurch vorgebeugt, wenn der Besitzer das Grundstück nach dem Tode des Pächters mit seinen Füßen betreten hätte. Was er später damit anfängt, ob er Kohl und Rüben baut, oder es verwildern läßt, ist völlig gleichgültig.

Man kann überhaupt zweifelhaft sein, ob für das, was der betreffende Rechtsgelehrte sagen wollte, der Ausdruck *apisci* neglexerit ein glücklicher war. Jedenfalls ist noch in derselben Stelle von *Africanus* eine Berichtigung vorgenommen, die vielleicht ebenfalls einige Beachtung verdienen dürfte.

Selbst folgende Stelle glaubt *Ihering* für sich verwenden zu können.

Ulp. fr. 15 § 21 de damno inf. 39, 2.

Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, cum iusta causa uidebitur (ergo interuallum aliquod debet intercedere), quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus uideatur habuisse etc.

Ich fürchte: sie spricht gegen ihn. Daß beim Verfahren wegen *cautio damni infecti* der Besitz zunächst nicht verloren gehe, sondern erst durch ein zweites Decret übertragen werde, räumt *Ihering* selber ein. Wäre aber seine Auffassung richtig, so müßte der Besitzesverlust hier schon vorher *longo silentio* erfolgt sein.

III. So erscheint denn die *Ihering'sche* Ansicht nach beiden Richtungen hin als unhaltbar, sowohl was die allgemeinen

