

Theorie und Praxis

des

heutigen gemeinen preussischen

Privatrechts

auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts.

Von

Franz Förster,

Dr. v. R. Geheimen Justizrath und vortragendem Rath im Justizministerium.

III. B a n d.

Zweite Auflage.

B e r l i n.

Druck und Verlag von Georg Reimer.

1870.

Inhaltsverzeichnis des III. Bandes.

Zweites Buch. Die besonderen Privatrechte.

Zweiter Theil. Die dinglichen Rechte oder das Sachenrecht.

	Seite
§. 156. Einleitung	1
Absolutheit und Dinglichkeit des Rechts. 1. Relativ dingliches Recht; Ziebarth's Theorie. 4. Gegenstand, Inhalt des dinglichen Rechts. 7. System der dinglichen Rechte. 8.	
Erstes Hauptstück. Der Besitz.	
Erstes Kapitel. Das Recht des Besitzes.	
§. 157. Der Begriff und die Arten des Besitzes	10
Ob Recht oder Nichtrecht. 11. Unvollkommenheit des Besitzes als Recht. 15. Das Recht des Besitzes nach AR. 17. Einwirkung des deutschen Rechts. 18. Objektives und subjektives Moment im Begriff. 19. Arten: Sachen- und Rechts-, vollständiger, unvollständiger (abgeleiteter?), redlicher, unrechtlicher, unrechtfertiger Besitz. 20. Sprachgebrauch des AR. 21.	
§. 158. Das Subjekt des Besitzes	23
Rechtsfähigkeit, Handlungsunfähigkeit. 23. plures eandem rem possidere non possunt. 24. Mitbesitz. 25. Besitz juristischer Personen. 26.	
§. 159. Der Gegenstand des Besitzes	27
Sachen. Rechte. 27. Ob auch Obligationen? Affirmative R. 31. negative 33. Untersagungs-R. 34.	
§. 160. Der Erwerb und der Anfang des Besitzes	34
I. Im Allgemeinen: corpus, animus. 34. II. Der Besitzwille. 35. III. Der Erwerbssakt. A. objektive Erfordernisse: bestimmte Sache. 38. Stehende Früchte, angeschlagene Bäume. 39. B. Subjektives Erforderniß: Besitzergreifung. 40. Custodia. 41. Einzelne Fälle 41. Note 38. Inbegriff, Pertinenz. 42. Besitzlosigkeit, ursprüngliche Besitzergreifung, Uebergabe. 43. Kein Vertrag und nicht Succession. 44. Körperliche, symbolische Uebergabe. 45. Durch richterliche Verordnung. 47. Durch Willenserklärung; nemo sibi causam possessionis mutare potest. 47. brevis manu traditio; constitutum possessorium. Form der Erklärung. 48. Der Besitzerwerb an Rechten. 50. Bei affirmativen und negativen Rechten. 52. Bei Untersagungsrechten. 54. Besitzergreifung gegen Mehrere und gegen eine juristische Person. 55. IV. Der Besitzserwerb durch Stellvertreter. 55. Mandatar. 56. Verwalter, Nießbraucher, Miether, Pächter, Geschäftsführer. 57. Nothwendige Stellvertretung bei Handlungsunfähigen, juristischen Personen. 58. Ignoranti non acquiritur possessio. 59. V. Besitzfehler. 60. VI. Anfang des Besitzrechts. 62.	

	Seite
§. 161. Die Fortdauer und der Verlust des Besitzes	63
I. Allgemeines. Verbütigung des Besitzwillens im Objekt. 63. solo animo retinere possessionem. 64. Nach ARD. 65. Besitzen dürfen. 68. II. Die Fortdauer, eintretende Unfähigkeit des Besitzers. 68. Vorübergehendes Nichtwollen oder Nichtkönnen. 68. III. Der Verlust a. des Sacheubitzes. 70. Nichtwollen. 70. Nichtkönnen, Nichtdürfen. 71. b. Des Rechtsbesitzes. 72. IV. Durch Stellvertreter. 73. a. Verlust an den Vertreter. b. Verlust durch den Vertreter. 74.	
§. 162. Der Inhalt des Besitzrechts	77
Wirkungen oder Inhalt? 77. Inhalt der Gewahrsam. 77. Register der Besitzrechte oder Vortheile. 78. Die Besitzklagen. Störung, Entziehung. 79. Begründung. 80. Kläger. 84. Erbe. 85. Singularfolger. 86. Beklagter. 86. Gegenstand. 87. Antrag. Verneinende Verteidigung. 90. Einreden, insbesondere des fehlerhaften Besitzwerbs. 91. Einrede der Verjährung. 93. Urtheit, Duplizität. 94.	
Zweites Kapitel. Das Recht zum Besitze.	
§. 163. Das bessere Recht zum Besitze	95
Redlichkeit. 95. Unredlichkeit, des Stellvertreters, des Vorbesizers. 96. Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit. 97. mala fides superveniens. 98. Unrechtfertiger Besitz. 99. Bei Mitbesitz. 99. Bei dem Besitz juristischer Personen. 100.	
§. 164. Die Klage aus dem besseren Recht zum Besitze	103
Die a. publiciana des röm. R. 103. Relativität des Eigenthumsbeweises nach deutschem R. 104. Delbrücks Theorie der dinglichen Klage des deutschen R. 105. Die Publiciana im preuß. R. 107. Der unredliche Besizer weicht dem redlichen, der Inhaber dem Besizer. 108. Begründung der Klage durch Verlust wider Willen. 109. Der vollständige Besizer weicht dem Eigenthümer. 110. Publiciana des unvollständigen Besitzers. 111.	
§. 165. Das bessere Recht zum Besitz bei der Räumung	112
Veränderungen des Objekts, Anwendungen auf dasselbe. 112. A. Räumung des vollständigen redlichen Besitzers. Zurückgabe der Sache, der Nutzungen und Früchte. 113. Fruchtterwerb des redlichen Besitzers. 114. Theilung der letztjährigen Früchte. 115. Verwendungen. 117. Nothwendige, nützliche. 118. Zum Vergnügen. 119. Verschlechterungen; Lasten und Abgaben; Erwerbspreis; Kosten der Räumung. 119. B. Räumung des vollständigen unredlichen Besitzers, und zwar des eigentlich unredlichen 120, des fingirt unredlichen, des unrechtfertigen. C. Räumung des unvollständigen Besitzers. 121.	

Zweites Hauptstück. Das Eigenthum.

Erstes Kapitel. Der Begriff des Eigenthums.

§. 166. Die Definition des Eigenthums	123
Totale Herrschaft über die Substanz der Sache. 123. Ob das Eigenthum ein Institut des positiven Rechts? 125. Momente des Begriffs: Ausschließlichkeit, Untheilbarkeit. 125. Freiheit, Unbeschränktheit. Recabenz. Vollständigkeit. Dauer. Bedingtheit. 126. Sprachgebrauch. Systematische Stellung im ARD. 127.	
§. 167. Geschichtliches vom Eigenthum	128
Römisches R. 129. Deutsches R. 130. Gemeinrecht. Doktrin. 132.	

	Seite
Ober- und nutzbares Eigentum. 132. Gesamteigentum. 133. Kritik dieser Theorien. 133.	
§. 168. Das Subjekt und der Gegenstand des Eigentums	135
I. Das Subjekt. 135. Beschränkungen einzelner Personenklassen. 136.	
II. Der Gegenstand. Sachen und Rechte. 136. Ob auch Forderungen? 137. Grundstücke, Luftsäule, abwärts ins Innere. 139. Häuser, fließendes Wasser. 140. Stehendes Wasser. Bewegliche Sachen, Inbegriff. 141. Fungibele Sachen, Inhaberpapiere. 142.	
§. 169. Der Inhalt des Eigentums. a. Im Allgemeinen	142
Besitzen, gebrauchen, veräußern. 142. Positiver, negativer Inhalt. Mißbrauch. 143. Körperliches Eindringen in einen fremden Eigentumskreis. 144. Begriff der gesetzlichen Begrenzungen des Eigentums. 145.	
§. 170. b. Gesetzliche Begrenzungen des Eigentumsrechts an Grundstücken zum Besten des Nachbarn	146
Allgemeine Natur derselben. 146. a. Unterlassungen. 1. Natürliche Privatflüsse. 147. Künstliche Wasserwege. 148. Raine, Zwischendämme, Winkel, überragendes Bauwerk. 149. Bäume, Neban an Geländern, Schweineflälle, Kloaken, Gruben, Rinnen, Kanäle, Brunnen, Graben unter dem Grunde des Nachbarn, gemeinschaftliche Scheidewände. 150. Neue Gebäude, Licht und Luft. 151. Fenster. 152. Thüren. 153. Scheibungen. 154. Bodenerhöhungen und Erniedrigungen, Bäume bei der Windmühle. 155. b. Duldungen. Wild ablaufende Niederschläge. 155. Vorflut. Hammerchlags-, Schaufelchlags-, Leiterrecht. 156. Pflugrecht (Auwende), Betretungsrecht. 157.	
§. 171. c. Gesetzliche Begrenzungen des Eigentumsrechts an Grundstücken im Interesse des gemeinen Wesens	158
Allgemeine Natur derselben. 158. Verfall der Gebäude. Bürgersteig. Merkpfahl. Zertheilung der Grundstücke. 159. Beschränkung des Jagdrechts. 160.	
Zweites Kapitel. Der Erwerb des Eigentums.	
§. 172. Allgemeines über die Erwerbarten	161
Titel und Modus. 161. Ursprünglicher, abgeleiteter; unmittelbarer mittelbarer Erwerb. Succession. 162. Besitzergreifung. 164. Berichtigung des Besitztitels im Hypotheken-Buch. 165. Kollision mehrerer Erwerber. 170. Systematische Anordnung. 172.	
§. 172. A. Eigentumserwerb an neuen Sachen	173
I. Fruchtenerwerb. 174. II. An- und Zuwüchse. Anpflanzungen. 175. Anulfsion. Insel. 176. Ingeandetes und verlassenes Flußbett. 173. Säen und Pflanzen auf fremdem Boden. 179. Fremder Samen und fremde Pflanzen. 179. Baum an der Grenze. 180. Befruchtung fremder Thiere. 181.	
§. 174. B. Eigentumserwerb an herrenlosen und verlassenen Sachen . . .	181
I. Ursprüngliche Besitznehmung. 181. Thierfang. 182. II. Besitznehmung verlassener, III. preisgegebener Sachen. 184.	
C. Eigentumserwerb an fremden Sachen.	
§. 175. Der Fund und die Beute	185
I. Der Fund. 185. Bedeutung des Zuschlags. 187. Schatzfund. 189. II. Die Beute. 191.	

	Seite
§. 176. Arbeitserzeugnisse	193
I. Mechanische Verbindungen. 193. II. Verarbeitung (Spezifikation). 195. Bau auf fremden Boden mit fremdem Material. 194. Bau an der Grenze. 200.	
§. 177. Die Erstigung	200
I. Der Begriff. 200. II. Die Erfordernisse. 204. A. Die ordentliche Erstigung. 205. Sache oder Recht. 205. Vollständiger Besitz. Redlichkeit. 206. Titel. 208. Formfrage. 209. Putativtitel. 210. Zeitablauf, Anfang. 211. Fortsetzung. 212. Zeitdauer. Unterbrechung. 213. Zusammenrechnung des Besitzes (accessio). 215. B. Die außerordentliche Erstigung. Die Dreißigjährige. 216. Die Vierzigjährige. 218. Vier und vierzig Jahre. 219. Normaljahr. Fünzig Jahre. 220. III. Die Wirkung. 221.	
§. 178. Der Erwerb durch Uebergabe	221
Titel. 221. Succession. 222. Willenserklärungen, Gesetz, gerichtliches Erkenntniß. 223. Hindernisse des Erwerbs durch Uebergabe. 225. Uebergabe durch Stellvertreter. 226.	
Drittes Kapitel.	
§. 179. Die Beendigung des Eigenthums	227
Veräußerungen. 228. Expropriation, rechtskräftige Abweisung der Eigenthumsklage, Paulianische Klage, Widerruf der Schenkung, Konfiskation, gesetzliche Aufhebung, Resolutiocondition. 228. Untergang, Veränderung, Verbrauch, Verzehrung der Sache. 229. Verlust der Unterscheidbarkeit. bloßer Nießgebrauch. 230.	
Viertes Kapitel. Der Schutz des Eigenthums.	
§. 180. Die Eigenthumsklage (Vindicatio)	230
Seltener Gebrauch dieser Klage. 231. Mittelstellung des RM. zwischen dem römischen und deutschen R. 231. A. Die Begründung der Klage. 234. expressa causa. 234. B. Die Parteien. 234. Hauskinder, Ehefrauen. Erben mit und ohne Vorbehalt. 235. C. Der Gegenstand. 236. Vindicatio einer Sache, vorbereitende Klage auf Absonderung (a. ad exhibendum). Geld und Inhaberpapiere. 236. Wechsel. In den Läden von Kaufleuten, vom Fiskus, bei öffentlichen Versteigerungen erworbene Sachen. 237. Vindicatio einer hypothekarischen Forderung. 238. D. Der Umfang, cum omni causa. 239. E. Die Einreden. Die Einrede des Titels. 239. Zurückhaltung, redlicher Erwerb des Beklagten. 240. Einrede der Nomination, 241, der Erstigung. Einrede der Verjährung. Ersatzklage statt der Vindicatio gegen den redlichen Besitzer. 242, gegen den unredlichen Besitzer. 243.	
§. 181. Die Eigenthumsfreiheitsklage (Actio negatoria)	243
Der Grund der Klage. 244. Ob das Nichtrecht des Beklagten zu beweisen? 244. Die Veranlassung zur Klage. 245. Kläger. 247. Beklagter. 248. Einrede der Berechtigung, der Klagverjährung. Antrag auf Sicherstellung gegen künftige Störung. 249.	
Fünftes Kapitel. Die Arten des Eigenthums.	
§. 182. A. Das gemeinschaftliche Eigenthum	250
I. Der Begriff. 250. Theorie des RM. 250. II. Entstehung. 253. communio incidens. 254. III. Gegenstand. 254. Anteil. 255. IV.	

Rechtsverhältniß a. der Miteigentümer unter einander und gegen Dritte während des Bestehens der Gemeinschaft. 256. Uebereinstimmung der Theilnehmer. 256. Erhaltung, Gewahrsam, Verwaltung der Sache. 257. Lasten und Kosten. Nutzungen. Versehen. Verträge mit Dritten. 258. Veräußerung, Verpfändung der Anttheile. 259. b. Rechtsverhältniß bei der Aufhebung der Gemeinschaft. Theilung. 259. Die Theilung als Veräußerungsvertrag. 260. Wirkung der Theilung. 262. Actio communi dividundo. 263. Gemeintheilung. 264. Grenztheilung. 266.

- §. 183. B. Das getheilte Eigenthum 267
 Theorie des RR. 267. Lehn, Erbziusrecht, Familienfideikommiß. 268.

Drittes Hauptstück. Die dinglichen Rechte auf eine fremde Sache.

- §. 184. Vorbemerkung 270

Verhältniß zum Eigenthum. 270. Konsolidation, Unterschied von Konfusion. 270. Dingliche Wirkung gegen jeden Dritten an die Erkennbarkeit gebunden. 272. Obligatorische Rechte erhalten durch Eintragung dingliche Wirkung. 272. Konfessorische Klage. 273. Fremde Sache. 274. Gebrauchs- und Nutzungsrechte (Servitut, Realast). 275. Substanzrechte (Näherrecht, Pfandrecht). 275. Allgemeine Grundsätze: mindeste Befastung des Eigenthums. 276. Gegenleistung. 277. Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis. 278. Guter Glaube. 278.

Erste Gruppe. Die dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte.

Erstes Kapitel. Die Dienstbarkeiten (Servituten).

- §. 185. Die allgemeinen Grundsätze 278

I. Die Definition. 279. II. Die Arten; affirmative, negative. 280. serv. habendi, faciendi, prohibendi. Personal-, Real-servitut. 281. Gebäude-, Land-servitut. 281. continuae, discontinuae. 283. III. a. Servitus in faciendo consistere nequit. 284. b. res sua nemini servit; c. servitus servitutis esse non potest. d. Vortheil. 284. e. perpetua causa. 285. f. Bedürfniß. g. Unveräußerlichkeit. 286. h. Untheilbarkeit. 288. IV. Civiliter uti. 290. V. Irreguläre Servituten. 291.

- §. 186. A. Die Personal-dienstbarkeiten 292

Eingeschränktes und vollständiges Nutzungsrecht (Nießbrauch). 292. I. Begriff. 293. II. Gegenstand. 294. Mineralien. 294. Forst. 296. III. Der Umfang. Nießbrauch zur Nothdurft. 297. IV. Der Inhalt. 298. a. Keine Veränderung. 299. b. Erhaltung 299. c. Berichtigung der Zinsen und Lasten. 301. d. Prozesse. 302. e. Mißgewähr. Verbesserungen. 303. Verschlechterungen. Anseinersehung über die Nutzungen der früheren Jahre 304, des letzten Jahres. 306. Sicherheitsrechte des Eigenthümers. 307. V. Begründung und Beendigung. 308. Uneigentlicher Nießbrauch. 309.

- §. 187. B. Die Grundgerechtigkeiten 310

Unterschied von den gesetzlichen Einschränkungen. 310. I. Begründung. 311. Nothwendige Grundgerechtigkeit. 311. Titel und Modus. 313. Eintragung nicht erforderlich, ob auch Besitzergreifung nöthig? 314. Erfüllung. 315. Ausübung als eigenes Recht. 317. Wissen und Dulden des Eigenthümers. 317. Translativer Titel. 318. II. Aufhebung. Stillschweigende Einwilligung des Berechtigten. 319. Nichtgebrauch. 320. Konsolidation. 322. Ablösung, Aufhebung, Eintritt einer resolventen-

den Bedingung. 322. III. Ausübung. 323. IV. Die einzelnen Arten. 1. Gebäudeservituten. 324. 2. Landerservituten. 325. a. Wegegerechtigkeit. 325. Wassergerechtigkeiten. Weidberechtigungen. 326. Schäfereigerechtigkeiten. 328. Forstberechtigungen. 330. Andere Gerechtigkeiten. 333. Gebäude, Bäume oder Holzungen auf fremdem Grundstück. 333.

Zweites Kapitel. Die Reallasten.

§. 188. 334

I. Allgemeines. Mittelstellung zwischen dinglichem und persönlichem R. 334. Affirmatives R. 336. Verschiedene Theorien über den Begriff. 336. Gerbers Theorie. 337. Die Reallast ein dingliches Recht, was obligatorische Leistungen erzeugt. 339. Rückstände des Vorbesitzers. 340. Preuß. R. und Provis. 342. II. Die besonderen Arten. 345. Allenthal. 346. Reich- und Siellast. 349.

Zweite Gruppe. Die dinglichen Substanzrechte.

Erstes Kapitel. Das Verkaufs- und Naberrecht.

§. 189. 349

Begriff. 349. Aufhebung der Naberrechte durch neuere Gesetze. 351. Persönliches und dingliches Verkaufsrecht. Voraussetzungen der Ausübung: wirklicher Verkauf. 353. Die Verpflichtung des Verkäufers. 354. Erklärung des Berechtigten. 355. Schadenersatz bei persönlichem Verkauf. 356. Restraht bei dinglichem Verkauf. 357. Erlöschen des Verkaufsrechts. 360.

Zweites Kapitel. Das Pfandrecht.

Erster Abschnitt. Die allgemeinen Lehren.

§. 190. Der Begriff des Pfandrechts 361

Verschiedenheit zwischen röm. und preuß. R. 362. Definition des RR. 363. Bedenken gegen die dingliche Natur des Pfandrechts. 364. Zweck des Pfandrechts Realsicherheit für eine Forderung. 366. Accessorischer Charakter, nicht eine s. g. Realobligation. 367. Unabhängigkeit der Hypothek. 367. Inhalt des Pfandrechts. 369. Ähnlichkeit mit anderen Rechtsinstituten. 370.

§. 191. Geschichtliches vom Pfandrecht 371

Altentisches Pfandrecht an beweglichen Sachen. 371. Ältere und neuere Sägung. 371. Institut der Ingressation. 373. In Preußen. 374.

§. 192. Die Voraussetzungen des Pfandrechts 375

I. Eine Forderung, künftige Ansprüche. 375. Simulirte, ungiltige. 376. IL. Berechtigung und Befähigung des Verpfänders. 376. Verpfändung fremder Sachen. 377. III. Verpfändungsfähiges Objekt. 378. Inbegriff, Inhaberpapiere, künftige Sachen. 379. Forderungen. 379. Nach preuß. R. 381. Dingliche Rechte nach röm. R. 382, nach gemeinem und preuß. R. 385.

§. 193. Die Begründung des Pfandrechts 387

I. Der Titel. 387. a. Gesetz. 388. Stillschweigendes Pfandrecht. 389. Vertrag, Testament. 390. Gerichtliche Verfügung. 392. II. Die Erwerbssart. Pfandrecht im engeren Sinne und Recht der Hypothek. 393.

	Seite
§. 194. Der Umfang und die Wirkung des Pfandrechts	394
<p>I. Umfang. Zubehör. Accessionen. Insel. Schatz. 394. pignoris causa individua. 394. II. Wirkung. A. Einwirkung auf das Eigentum. 396. B. Befugnisse des Pfandgläubigers. I. Das Veräußerungsrecht. 397. 1. Die juristische Natur desselben. 398. Der Gläubiger als Käufer. 401. 2. Die Voraussetzungen. 403. 3. Die Form. 404. 4. Die Wirkung. 405. α. für den Käufer. 405. β. für den Schuldner und den Gläubiger. 406. γ. Mehrere Gläubiger, Priorität, gesetzliche Vorzugsrechte. 408. Korrealhypothek. 410. II. Das Pfandrecht wirkt auf die Verjährung der Schuld. 412. III. Die Klagerrechte. 416. Einrede der Vorausklage. 417. Einrede der Theilung. 418.</p>	
§. 195. Die Aufhebung des Pfandrechts	418
<p>1. Durch Verkauf. 418. 2. durch Untergang der Sache, 3. durch Tilgung der Forderung, 4. durch Entjagung, 418. 5. Verlust zur Strafe, 6. Verwirkung, 7. Verjährung, 8. Erstigung des Eigentums 420. 9. Konsolidation 420. 10. Ablauf der Zeit. 421.</p>	
<p>Zweiter Abschnitt. Das Pfandrecht im engeren Sinne.</p>	
§. 196. Die Pfandbestellung durch körperliche Besitzübertragung	422
<p>I. Begründung, körperliche Gewahrsam. Symbolische Uebergabe als Ergänzung der Vertragsform. 422. II. Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers: unvollständiger Besitz, Klagen, Gebrauch, Benutzung, Verwaltung. 423. Antikreßis. 424. Weiterer Verjag. 425. Rückgabe. Vertretung dabei. 426. Abschlagszahlungen. Veräußerungsrecht. 427.</p>	
§. 197. Die Pfandbestellung durch s. g. symbolische Besitzübertragung	428
<p>I. Allgemeine Grundsätze, schriftliche Erklärung, Zeichen, Maßregeln. 428. II. Die einzelnen Fälle: Forderungen. 429. Frachtschiffe. 430. Lagernde Waaren. 431. Ein- und ausgehende Waaren. Verpfändung an die Bank. 432.</p>	
<p>Dritter Abschnitt. Das Hypothekenrecht.</p>	
§. 198. Die Begründung des Hypothekenrechts	433
<p>I. Hypothekenbuch. Oeffentlicher Glaube. 433. Recognitionen. 434. II. Wirkliche Eintragung. 435. III. Streitige Ansprüche. Protestationen. 438. pro conservando jure et loco. 439. de non amplius intabulando 441; pro conservandis exceptionibus. 442.</p>	
§. 199. Der Umfang und die Wirkung des Hypothekenrechts	443
<p>I. Der Umfang. a. Wie weit haftet das Pfandobjekt? 443. Die ganze Sache. 444. Früchte, Accessionen. 445. Pertinenzstücke. 446. Substantztheile. 448. b. Woju für haftet das Pfandobjekt? 451. II. Wirkung. Einräumung der Priorität. 452. Cession. Einreden gegen den Cessionar. 453. Verpfändung. 454.</p>	
§. 200. Die Aufhebung des Hypothekenrechts	454
<p>Gehörige Löschung. 455. Konfusion. Konsolidation. 456. Hypothek des Eigentümers. 456. Verschiedene Theorien. 459. Analogie der hypothekarischen Succession. 462. Die einzelnen Folgerungen: die objektiven Voraussetzungen. 465. Die subjektiven Voraussetzungen. 467. Der Inhalt der Hypoth. des Eigentümers. 469.</p>	

Dritter Theil. Das Familienrecht.

§. 201.	Einleitung	Seite 472
	Systematische Bemerkung. 472. S. g. Zustandsrechte. Präjudizialklagen. 473. Familie. Blutsverwandtschaft. 474. Schwägerschaft. Einzelne Theile des Familienrechts. Gestaltang des deutschen Familienrechts nach der Reception. 476. Wissenschaftliche Darstellungen. 477.	

Erstes Hauptstück. Das Eherecht.

Erstes Kapitel. Die Begründung des Eherechts.

§. 202.	Vorbemerkung	478
	Die Ehe kein Vertrag. Unkonfessionelles Eherecht. 478. Neuere Gesetzbücher. 479.	
§. 203.	Die Ehehindernisse	479
	I. Allgemeines 479. II. Die einzelnen Hindernisse. 480. Alter. Einwilligung. 480. Genehmigung der Eltern, des Vormunds. 481. Actio ad supplendum consensum. Erlaubniß des Königs. 482. Verwandtschaft, Schwägerschaft. Vormundschaft. Bestehende Ehe. 483. Ehe zwischen Ehebrechern. 484. Religionsverschiedenheit. 485.	
§. 204.	Das Eheverlöbniß	486
	Inhalt, Voraussetzungen, Form des Vertrags. 486. Klagerrecht. 487. Rücktritt. 488.	
§. 205.	Die Vollziehung der Ehe	490
	I. Allgemeines. Oeffentlicher Akt. Gewissenshe. 390. II. Aufgebot. 491. III. Trauung. 492. IV. Civilehe. 493.	

Zweites Kapitel. Die Wirkungen der Ehe.

Erster Abschnitt.

§. 206.	Die persönlichen Wirkungen	494
	Römisches, deutsches Recht. Sittliche Folgen. 494. Rechtliche Folgen im Allgemeinen. 495. Folgen aus der vormundschaftlichen Gewalt des Mannes. Unterhalt der Frau. Kur- und Prozeßkosten. 496. Vertretung der Frau durch den Mann, Handlungsunfähigkeit der Frau. 498. Recht des Mannes auf die Person der Frau. Selbständiger Gewerbetrieb derselben. 499. Erwerb der Frau. 500.	

Zweiter Abschnitt. Die vermögensrechtlichen Wirkungen.

§. 207.	Einleitung	501
	Römisches ebel. Güterrecht. System des Dotalrechts. 502. Deutsches ebel. Güterrecht. System der Gütereinheit. 503. Gütergemeinschaft. 504. Erbrecht der Ehefrau. 504. Rechtsbildung seit der Reception, System des maritalischen Nießbrauchs. 505. System des A.R., vorbehaltenes, eingebrachtes Vermögen. Gütergemeinschaft. 506. Code, österr. und sächl. Gesetzbnch. 507.	

	Seite
§. 208. Das getrennte Güterrecht	508
A. Der Vorbehalt. 508. B. Das Eingebachte. 511. Nießbrauch des Mannes. Mobilien. 512. Grundstücke, Gerechtigkeiten, Kapitalien. 513. Entziehung des Nießbrauchs. 514. Schulden der Frau. 515. Sicherung wegen künftiger Rückgabe. Hypothek. Vorrecht im Konkurse. 516. Rückforderungsrecht. 516. C. Eheverträge. D. Erbschaft. 518.	
§. 209. Die Gütergemeinschaft	519
A. Allgemeines. Geltungsbereich. 519. Werth derselben. 520. Rechtliche Natur. 521. Theorie des Obertribunals. 522. Theorie des Miteigentums. 523. B. Entstehung. Provinzialrechtlich, statutarisch. 524. Bei doppeltem Wohnsitz. 525. Einführung durch Vertrag. 526. C. Das Rechtsverhältnis in der Gemeinschaft. 1. Die allgemeine G.G. 526. Verfügungsrecht des Mannes, eingeschränkt bei Grundstücken, Gerechtigkeiten, Kapitalien. 527. Schenkungen des Mannes. Eheliche Schulden. 529. Voreheliche Schulden. 530. 2. Die besondere G.G. 531. D. Anschließung und Aufhebung der G.G. 532.	
Drittes Kapitel. Die Auflösung der Ehe.	
Erster Abschnitt.	
§. 210. Die Nichtigkeitserklärung der Ehe	534
Nichtigkeit und Ungiltigkeit. 534. Vermögensrechtliche Folgen. 535.	
Zweiter Abschnitt.	
§. 211. Die Auflösung der Ehe durch den Tod	536
Pflicht zum Begräbniß. Trauer 536. Wirkungen auf das Vermögen. A. Absonderung bei getrenntem Güterrecht. 537. Insbesondere 1. des vorbehaltenen, 2. des eingebrachten Vermögens, a. des baaren Geldes, b. der Kapitalien. 538, c. der übrigen Mobilien 539, d. der Grundstücke und Gerechtigkeiten 540. Nach dem Tode der Frau. 540. Nach dem Tode des Mannes. 542. e. Nießbrauch des Mannes. B. Absonderung bei bestandener G.G. 543. Reservat des Kaufgeld-Mehrbetrags. 546.	
Dritter Abschnitt. Die Auflösung der Ehe durch Scheidung.	
§. 212. Die Scheidungsgründe	549
Allgemeine Bemerkung. 549. Ehebruch. Bössliche Verlassung. 550. Verjagung der ehel. Pfl., unheilbares Unvermögen, Raserei und Wahnsinn. 552. Nachstellung nach dem Leben, grobe Verbrechen. 553. Unordentliche Lebensart, Verjagung des Unterhalts, Religionsänderung, gegenseitige Einwilligung, einseitige Abneigung. 554. Schwere und minder schwere Willkür. Uebergewicht der Schuld. Kompensation. Verzicht. 555.	
§. 213. Das Scheidungsverfahren	556
Sühneverfahren. 556. Besonderheiten. 557. Interimistikum. 558.	
Die Wirkungen der Ehescheidung.	
§. 214. Die persönlichen Wirkungen	558
§. 215. Die vermögensrechtlichen Wirkungen	560
A. Absonderung bei getrenntem Güterrecht. Kein Theil überwiegend schuldig. 560. Ein Theil schuldig. Nießbrauch des Mannes. 561. B. Absonderung bei bestandener G.G. Kein Theil überwiegend schuldig. 561. Ein Theil schuldig. 562. C. Abfindung bei getrenntem Güterrecht. Verpflegung. 563. D. Abfindung bei bestandener G.G. 564.	

	Seite	
Viertes Kapitel. Eheähnliche Verhältnisse.		
§. 216. I. Die Ehe zur linken Hand	565	
§. 217. II. Der außereheliche Geschlechtsverkehr	566	
Keine Delikte, sondern eine an einen Zustand geknüpfte gesetzliche Obligation. 567. Bedingungen der Entschädigung. 567. Das Maß der Entschädigung. 570. Vererblichkeit und Verjährung der Klage. Eigenthümlichkeit des Prozesses. 571. Kollision örtlicher Rechte. 572.		
Zweites Hauptstück. Das Recht zwischen Eltern und Kindern.		
§. 218. Vorbemerkung	573	
Einfluß der Reception. Väterliche Gewalt als eine vormundtschaftliche aufgefaßt.		
Erstes Kapitel. Die Begründung der väterlichen Gewalt.		
§. 219. Die eheliche Erzeugung und Legitimation	574	
I. Die Ehelichkeit des Kindes. 574. In der Ehe erzeugt oder geboren? 576. Geburt nach dem Tode des Mannes. 577, nach der Scheidung. 578. Klageredite des Vaters, der Mutter, 578. Anfechtung der Ehelichkeit Seitens des Ehemanns, der Anwärter. 579. Ob das Kind seine Ehelichkeit anfechten kann? 580. II. Legitimation a. durch nachfolgende Heirat, b. durch Hofrezept. 581.		
§. 220. Die Annahme an Kindesstatt	582	
Form des Vertrages. 582. Die Interessenten. 583. Die Wirkungen. 584. Aenderungen. 584. Aufhebung. Pflegekinder. 585.		
§. 221. Die Einkindschaft	586	
Geschichtliches und Systematisches. 586. Subsidiäre Bedeutung der Vorschriften des A.R. 587. Begriff. 587. Das Voraus der Vorkinder. Wirkungen. 588. Aufhebung. 589.		
Zweites Kapitel. Die Wirkungen der väterlichen Gewalt.		
§. 222. Die persönlichen Wirkungen	590	
Im Allgemeinen. 590. Religiöse Erziehung bei gemischten Ehen. 591. Erziehung nach der Scheidung. Erwerb für die Eltern. Rechtsgeschäfte des Kindes. 592, des Vaters für das Kind; Verpflichtung des Vaters durch das Kind. 593. Andere Schulden des Kindes. 594. Macedonischer Senatsschluß. Unerlaubte Handlungen. 595.		
§. 223. Die vermögensrechtlichen Wirkungen	596	
Geschichtliches. 596. I. Freies Vermögen. 597. II. Nicht freies Vermögen. 598. Grundstücke, Gerechtigkeiten, zur Sicherheit besonders verschriebene Kapitalien. 599. Nießbrauch. Verlust des Nießbrauchs und der Verwaltung. 600. Im Konkurse. Besondere Sicherheit. 601.		
Drittes Kapitel. Die Auflösung der väterlichen Gewalt		602
§. 224. Der Austritt aus der väterlichen Gewalt	602	
I. Abgesonderte Wirthschaft des Sohnes. 602. Entlassung des minderjährigen Sohnes. 605. II. Verheiratung der Tochter. III. Entlassung der unverheirateten Tochter. IV. Wirkung der Entlassung. 606. Ausstaltung. 607.		

§. 225.	Der Verlust und die Einschränkung der väterlichen Gewalt	Seite 608
	I. Verlust, II. Nutzen, III. Einschränkung, IV. Wirkung. 608.	

Viertes Kapitel. Rechtsverhältnisse anderer Kinder.

§. 226.	Die Kinder aus einer Ehe zur linken Hand	609
§. 227.	Die Kinder aus nichtigen und ungiltigen Ehen	610
§. 228.	Die unehelichen Kinder	610
	Zustands-, nicht Deliktsobligation. 611. Anspruch auf Erziehung und Unterhalt. 612. Klage auf rückständige Alimente. 613. Vererblichkeit und Verjährung der Klage. Gesetzliches Erbrecht. 614. Anspruch gegen Personen des Soldatenstandes. 615.	

Drittes Hauptstück. Die Vormundschaft.

§. 229.	Einleitung	615
	Geschichtliches. Römisches Recht. 616. Deutsches. 617. Reichsgesetzgebung. 618. Preuß. R. 619. Das Verhältniß des Vormundes zur Obervormundschaftsbehörde. 620.	

Erstes Kapitel. Die Altersvormundschaft.

§. 230.	Die Berufung zur Vormundschaft	624
	I. Wer wird bevormundet. 624. II. Berufung von Amtswegen. III. Durch das zuständige Gericht. 625. IV. Bestallung. 626. V. Fähigkeit zur Vormundschaft. 627. VI. Allgemeine Bürgerpflicht. Ablehnung. 628. VII. Verpflichtung. 628. VIII. Dauer der Vormundschaft. IX. Mehrere Vormünder. 629.	
§. 231.	Das Amt des Vormundes	630
	I. Im Allgemeinen. 630. Rechtsgeschäfte für den Pflegebefohlenen. 631. Vertretung von Verzeihen. 631. Kuratien. 632. Unentgeltlichkeit. Honorar. 633. II. Vorsorge für die Person, III. für das Vermögen. 634. Siegelung, Inventur. 635. Auseinanderetzung, Verwaltung. 636. Baare Gelder. 637. Kapitalien. Prozesse. 638. Vergleiche, Schulden, Grundstücke. 639. Veräußerung der Grundstücke. 640. Ankauf von Grundstücken. Pachtungen. Handlungen. Leibrente. Erbschaften. 644.	
§. 232.	Die Beaufsichtigung des Vormundes	644
	I. Im Allgemeinen. Anzeige, Genehmigung, besondere Anweisungen. Jahresrechnung. 645. II. Befreite Vormünder. 646. III. Vertretungspflicht des Gerichts. 647.	
§. 233.	Die Beendigung der Vormundschaft	648
	I. Großjährigkeit. Verlängerung der Vormundschaft. 648. Abfözung, Majorannetätserklärung. 649. Verheiratung, Adoption, Gewerbe, Amt. 650. II. In der Person des Vormundes, Entlassung, Remotion. 631. III. Schlußrechnung, Ausantwortung des Vermögens, Decharge. 652.	
§. 234.	Die Klageredite aus der Vormundschaft	652
	Die Vorm. eine gesetzliche Obligation. 652. Die Klage des Mündels gegen den Vormund, die subsidiäre gegen das Gericht. 653. Die Klage des Vormundes. 654.	

	Seite
Zweites Kapitel. Die Vormundschaft über Gebrechliche, über Verschwenker und über Abwesende.	
§. 235.	655
I. Wahn- und Blödsinnige. 655. Verschwenker. Abwesende. 656.	
Drittes Kapitel. Die Kuratoren und Beistände.	
§. 236.	659
Kuratoren im Allgemeinen, über eine Leibesfrucht, 659, über Kinder unter väterl. Gewalt, 760, über bevormundete Personen, über Ehefrauen, Zuchthaus-Sträflinge, unbekannte Interessenten. 661. Für Fremde. Prozeßkuratoren. Beistände. 662.	
Viertes Hauptstück. Das Gesinderecht.	
§. 237. Das gemeine Gesinde	663
System. Stellung im Familienrecht. 663. Die Begründung. 664. Gegenstand, Inhalt des Vertrags. 665. Dauer, Aufhebung. 668. Zeugniß. 670.	
§. 238 Die Hausoffizianten	671
Fünftes Hauptstück. Die Rechte im weiteren Familienverbande.	
Erstes Kapitel. Die Alimentationspflicht.	
§. 239.	672
Verpflichtete Personen. 673. Eine gesetzliche, aber bedingte und arbiträre Obligation. 674. Reihenfolge der Verpflichtung. 676. Gemeinschaftlich Verpflichtete. 676. Unverjährbarkeit. Vererblichkeit. 677. Rückforderungsrecht der Geschwister und Seitenverwandten. 678.	
Zweites Kapitel. Die gemeinschaftlichen Familienrechte.	
§. 240. I. Im Allgemeinen	679
Begriff. Vorsteher der Familie. 679. Ist die Familie eine juristische Person? 680.	
§. 241. II. Die Familienstiftung	681
Begriff. 681. Errichtung. 682. Interpretationsregeln des A.R. 683. Familienschlüsse. 683. Die Stiftung als juristische Person. 685. Aufhören der Stiftung. 686.	
§. 242. II. Das Familienfideikommiß	687
I. Begriff und Errichtung. 687. Unterschied von der Familien-Stiftung. 688. II. Gegenstand. 692. III. Rechte und Pflichten des Besitzers und der Anwärter. 693. Familienschlüsse. 692. Verschuldung. 694. Schulden des Stifters. 695. Verwaltung. 695. Successionsrecht und Ordnung. 696. Mehrere F.C. in einer Familie. 697. Weibliche Succession. 698. Auseinanderlegung. 699. Aufhebung. 701.	
Berichtigungen und Nachträge.	

Zweiter Theil.

Die dinglichen Rechte oder das Sachenrecht.

§. 156. Einleitung.

A. L. R. I, 2. §. 124—141. I, 10. §. 25. I, 19. §. 2—6. Oben B. 1. §. 76. §. 18. §. 114. §. 23. §. 230. §. 50. §. 308. §. 61. Litteratur f. bei §. 23. Dazu Ziebart, Realaction und Obligation 1865. §. 15. §. 170. §. 16. §. 179. §. 17. §. 192. §. 18. §. 215. §. 19. §. 229. — Böcking, Pand. B. 2. §. 1 f. 1855.

Alles Vermögensrecht ist entweder persönlich oder dinglich. Das persönliche Vermögensrecht ist das relative Recht¹⁾; das dingliche Recht ist absolut. Das Sachenrecht ist dinglich; weil das Objekt des Rechts unmittelbar der Herrschaft des Subjekts unterworfen ist; es ist absolut, weil es Anerkennung, Nichtstörung von allen Menschen beansprucht, weil es seine Integrität nicht in einer besonderen Beziehung zu einer besonders verpflichteten Person zu finden hat, weil eine solche Verpflichtung nicht sein Inhalt, sondern nur eine Folge des Anspruchs auf allgemeine Anerkennung ist. Es ist das vollendete Vermögensrecht, welches nicht mehr durch ein Erfüllen oder Leisten bedingt ist. Das Recht liegt auf

¹⁾ Oben B. 1. §. 76. Savigny, System B. 5. §. 24. f. weist darauf hin, daß es auch persönliche Klagerrechte gebe, die gegen jeden Dritten gebraucht werden können, insofern also absolute seien: Die *actio metus causa*, welche in *rem scripta*, die *actio ad exhibendum*, die *a. aquae pluviae*, die Nothklagen, das *interd. quod legatorum*. Aber diese Beispiele thun dem Satz, daß das persönliche Recht das relative sei, daß beide Begriffe sich decken, keinen Eintrag, weil in allen diesen Fällen, die Savigny §. 27. a. E. selbst nur Ausnahmen nennt, besondere positive Momente hinzutreten, die die Ausdehnung des Klagerrechts bewirken. Bei der *a. met.* wirkt die Nothwendigkeit, das Unsitliche des Zwanges stärker anzugreifen; bei der *a. ad exhib.* ist jeder, der exhibiren kann, der persönlich dazu besonders Verpflichtete, und weil das Exhibiren eine bestimmte Leistung ist, so bleibt die Klage von den in *rem. act.* geschieden, welche nur ein Nichtstören anstreben. Ein Gleiches kann von der *a. aquae pluv.* gesagt werden. Die Nothklagen sind unpraktisch. Bei dem *interd. quod leg.* wirkt, wie bei der *a. met.*, die eigenmächtige Besitzergreifung des Legatars.

der Sache, durchbringt sie derartig, daß es durch sie, so lange es nicht aufgehört hat, zu existiren, jedem Erwerber der Sache zugetragen wird, es ist eine Eigenschaft, eine *causa rei*.

Darüber herrscht jetzt Einverständnis, daß Absolutheit und Dinglichkeit des Rechts nicht identische Begriffe sind. Nicht jedes absolute Recht ist dinglich, ersteres greift weiter. Aber nicht ebenso einstimmig sind die Meinungen über den andern Satz: jedes dingliche Recht ist absolut. Man will die Absolutheit nicht als wesentliche Eigenschaft der Dinglichkeit, sondern nur als gewöhnliche und regelmäßige Folge gelten lassen, so daß es auch dingliche Rechte gebe, die nicht absolute seien. Diese Ansicht hat zuerst Savigny²⁾ angedeutet, dann Wächter³⁾ bestimmter aufgestellt, und Unger⁴⁾, ihm sich anschließend, hat daraus weitere Folgerungen gezogen. So soll, da die Absolutheit nur Folge, nicht Grund des dinglichen Rechts sei, auch nicht jedes Sachenrecht deshalb schon ein dingliches Sachenrecht sein, weil es absolut verfolgbar. Aber hiergegen tritt der Zweifel hervor, der nicht beantwortet wird, was das für ein Sachenrecht sein soll, welches zwar absolut verfolgbar aber doch kein dingliches sei. Es wäre also auch die Dinglichkeit nicht eine wesentliche Eigenschaft des Sachenrechts, sondern nur eine regelmäßige Folge? Ein persönliches Sachenrecht aber giebt es nicht und kann es nicht geben⁵⁾; so lange die Sache nur durch Vermittelung einer bestimmten Person erreicht werden kann, existirt ein Rechtsanspruch gegen diese Person, aber das Recht auf die Sache hat seine Verwirklichung noch nicht gefunden, es befindet sich noch im Prozeß seines Werdens und ist noch nicht die unmittelbare Herrschaft über die Sache geworden. Weiter behauptet Unger⁶⁾: da die Folge wegfallen kann, ohne daß deshalb der Grund zu existiren aufhört, so bleibt das Recht ein dingliches, sollte es ausnahmsweise auch nicht absolut verfolgbar sein. Er beruft sich auf Fälle aus dem römischen und deutschen Recht, wo ausnahmsweise die regelmäßige Wirkung der absoluten Verfolgbarkeit einem dinglichen Rechte entzogen sei. Aber abgesehen davon, daß ein ausnahmsweises Fehlen der absoluten Rechtsverfolgung eher darauf deutet, daß hier eine Abweichung vom Begriff, eine noch unvollendete oder eine gestörte Bildung vorliegt, daraus also gewiß nicht

²⁾ Savigny, System B. 5. S. 26.

³⁾ Wächter, würtemb. Priv. R. II, 296 (Note 13 zählt er hierher das Pfandrecht, weil es nicht gegen den besser berechtigten Pfandgläubiger geltend gemacht werden kann. Deshalb hört aber das Pfandrecht nicht auf, absolut zu sein, es wirkt nur nicht über seine Grenzen hinaus, denn dem nachstehenden Gläubiger ist die Sache nur mit dem älteren Pfandrecht belastet verpfändet, und wenn die Last wegfällt, rückt der spätere Pfandgläubiger von selbst herauf.

⁴⁾ Unger, österr. Priv. R. I, 517 f.

⁵⁾ Ziebarth a. a. O. S. 203.

⁶⁾ A. a. O. S. 518. Nr. 3.

bewiesen werden kann, daß die Absolutheit nicht zum Begriff der Dinglichkeit gehöre, so sind auch die angeblichen Fälle aus dem römischen und deutschen Recht ohne beweisende Kraft für jenen Satz. Unger selbst gesteht zu, daß für das römische Recht diese Fälle sehr bestritten sind⁷⁾, und in der That ist keiner von Bedeutung. Daß die hereditatis petitio nur gegen den angestellt werden darf, welcher pro herede oder pro possessore besitz, ist keine Einschränkung ihres absoluten Charakters, schon die Allgemeinheit des pro possessore possidere widerspricht⁸⁾. Uebrigens ist das Erbrecht — was Unger selbst ansführt⁹⁾ — ein absolutes, aber kein dingliches Recht. Es würde also hier nicht einem dinglichen, sondern einem absoluten Recht die Absolutheit fehlen. Ebenso wenig begründet ist die Berufung auf die Pauliana in rem actio, die als ein positives Gebilde überhaupt unter eigenthümlichen Regeln steht¹⁰⁾, und die Beziehung auf die vindikation der Dotalsachen, die die Frau nur gegen den Ehemann und dessen Erben, nicht gegen jeden Dritten anstellen könne. Gerade diese Beschränkung aber ist bestritten, die Worte si tamen extant beschränken die Klage nur in Beziehung auf die Gegenstände, nicht ihren absoluten Charakter, und diese Beschränkung erklärt sich aus der Besonderheit des ehelichen Verhältnisses¹¹⁾. Gewiß auch beweist nichts für Unger's¹²⁾ Satz, daß in einzelnen positiven Rechten die absolute Verfolgbarkeit an bestimmte Formen oder Bedingungen gebunden ist, an eine allgemeine Erkennbarkeit, an die wirkliche Besitzergreifung, an gerichtliche Konfirmation oder an die Eintragung in öffentliche Bücher, denn in diesen Fällen erreicht das Recht auch die Kraft der vollen Dinglichkeit erst, wenn diese Bedingungen erfüllt sind, bis dahin befindet es sich in einem Zwischenzustand des Werdens, des noch nicht Vollendeten¹³⁾. Endlich nicht eine Beseitigung der Absolutheit des Eigenthums ist es, wenn der Vindikant oder Pfandgläubiger die Sache von dem redlichen

7) Dasselbst Note 29.

8) Arndts im Rechtslexikon V, 211. Note 28.

9) A. a. D. S. 534 fgg.

10) Arndts, Pand. 4. A. §. 97. Anm. 4. Schröter in der Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz. B. 6. S. 141 (die Klage geht auf restituere).

11) Arndts, Pand. §. 411 Anm. (4. A. S. 647). I. 30. C. V. 12.

12) A. a. D. S. 518 Note 30. S. 519 Note 33.

13) Hierher gehört insbesondere das RR. Die Wirkung der Dinglichkeit ist an die Erkennbarkeit geknüpft; ehe nicht übergeben und der Besitz ergriffen oder das Recht eingetragen worden, ist der Berechtigte noch nicht gegen Jedermann dinglich berechtigt. Das seiner Natur nach dingliche Recht ist aber, bis seine Erkennbarkeit für Jedermann durch Eintragung gesichert ist, nicht etwa nur ein Recht zur Sache, z. B. die Grundgerechtigkeit, die Reallast, der Nießbrauch. In diesen Fällen soll die Eintragung nicht die Dinglichkeit schaffen, sondern ihr nur die volle Wirkung geben. Entsch. B. 18. S. 319 fgg. Vergl. auch das Nachwort in Striety. B. 7. S. 368.

Erwerber einlösen muß¹⁴⁾, oder wenn dem an sich absolutes Recht ein älteres absolutes Recht entgegentritt¹⁵⁾.

Nach alle dem muß dem unbestrittenen Sage: nicht jedes absolute Recht ist dinglich, der andere zur Seite gestellt werden: jedes dingliche Recht ist absolut, d. h. die Absolutheit ist eine wesentliche Eigenschaft der Dinglichkeit, oder: die Dinglichkeit ist die Aeußerung der Absolutheit im Gebiete des Sachenrechts.

Neuerdings ist aber dieser Satz noch von einem anderen Standpunkt aus bestritten und dagegen behauptet worden, daß sich im modernen Vermögensrecht zwischen das relative (persönliche) und das absolute (dingliche) Recht ein Mittelglied eingeschoben habe, das relativ dingliche Recht. Dadurch soll die Theorie des Sachenrechts wesentlich eine andere geworden sein, als bei den Römern, und insbesondere soll diese Theorie im preussischen Recht Ausdruck gefunden haben. Ziebart¹⁶⁾ führt aus, daß eine nothwendige Folge der jetzt allgemein zulässigen Realexekution, d. h. des Rechts, dem Schuldner die Sache unmittelbar wegzunehmen, statt, wie bei den Römern, sie sich von ihm geben zu lassen und auf das Geben einen indirekten Zwang zu üben, diese sei, daß der Gläubiger schon durch den Vertrag ein unmittelbares Recht auf die Sache erlange, welches wegen seiner Unmittelbarkeit ein dingliches, aber weil es noch nicht gegen Jedermann, sondern nur gegen den Schuldner und gegen denjenigen Dritten, der das Recht kennt, geltend gemacht werden kann, nur ein relatives ist. Das Recht zur Sache (jus ad rem) ist hiernach also eine und zwar die wichtigste Erscheinung der relativen Dinglichkeit. Sie erwächst hier aus einer Obligation, deren Inhalt ein dare oder tradere ist und sie geht in die absolute Dinglichkeit über, wenn die Sache dem Gläubiger gegeben oder dem Schuldner genommen, wenn der Besitz ergriffen ist. Andererseits soll ein absolutes dingliches Recht zum relativen

¹⁴⁾ Wie nach *RR.* I, 15. §. 25. 26. I, 20. §. 118. 119. Der deutsche Rechtsatz: „Hand muß Hand wahren“, auf welchen Unger und Wächter (würt. Pr.-R. II, 297 Note 14) besonders hinweisen, enthält allerdings eine Beschränkung der Absolutheit der Bindation. Solche positive Bildungen können aber den Begriff nicht aufheben, nur seine Verwirklichung beeinträchtigen; sie sind meist Produkte einseitiger praktischer Rücksichten, wie jene Regel vielleicht ihre Erklärung in einer einseitigen Begünstigung des städtischen Verkehrs mit beweglichen Sachen findet, oder darin, daß das ältere deutsche Recht den Begriff der Dinglichkeit auf die Fahrniß, wenn sie von der Gewere an dem Grundstück getrennt war, überhaupt nicht anwandte, und deshalb die beweglichen Sachen nur so lange durch Klage schützte, als ihre Zugehörigkeit äußerlich erkennbar war. Damit hängt Art. 306 des deutschen *H.G.B.* zusammen.

¹⁵⁾ Es gilt hier dasselbe wie von dem Verhältnis des älteren zum jüngeren Pfandgläubiger. S. oben Note 3.

¹⁶⁾ Realexekution und Obligation §. 14—19. Die Recension von Degenkolb in der krit. Vierteljahrschr. B. 9. S. 191 fg. prüft das Werk nur vom Standpunkt des röm. R., während sein Schwerpunkt wesentlich in den Umwandlungen liegt, die das röm. R. im modernen Recht erfahren hat.

dadurch werden, daß der Berechtigte einem Andern an der Sache ein Recht einräumt, welches dieser durch Realexecution verwirklichen darf. So ist also relativ-dinglich berechtigt, wer eine Sache kauft, bis zur Uebergabe oder Besitzergreifung; so bleibt nur relativ-dinglich berechtigt der Eigenthümer dem Meßbraucher, Miether und Pächter gegenüber. Die Argumentation Ziebarth's ist im Wesentlichen gestützt auf den Satz: der Vertrag auf Geben einer bestimmten Sache verleiht dem Gläubiger sofort das Recht, die Sache zu nehmen. Dieser Satz aber kann nicht als richtig eingeräumt werden. Die Bedeutung der im heutigen Recht geltenden Realexecution, vermöge welcher der Richter allerdings dem Schuldner die Sache nimmt, ist nicht, daß der Gläubiger sie nimmt, sondern daß der Richter sie ihm giebt. Der Gläubiger gelangt in den Besitz der Sache auch hier nur durch Geben, nicht durch eignes Nehmen. Hiergegen wird zwar von Ziebarth eingewendet¹⁷⁾: es sei täuschender Schein, wenn man den Willen des Schuldners, der sich durch den Vertrag zum Geben verpflichtet hat, durch den Richter ergänzen lasse, denn ein ergänzter Wille sei kein Wille. Aber der Richter vertritt oder ergänzt auch nicht den Willen des Schuldners, er ist nicht dessen oder des Gläubigers Mandatar, auch ist das Stadium der Execution schon ein exceptionelles, von ihm aus darf nicht auf die ursprüngliche Natur des Rechts geschlossen werden, das sehr wichtige Moment der rechtskräftigen Beurtheilung liegt dazwischen. Durch dieses werden die gegenseitigen Rechtsbeziehungen der Parteien dahin geändert, daß nunmehr der Schuldner wollen muß, oder vielmehr, daß sein Wille nicht mehr in Betracht kommt. Endlich auch berührt die Art, wie der Zwang gegen den Willen des Schuldners ins Werk gesetzt wird, direkt oder indirekt, zwar das Verfahren des Gerichts, nicht aber das Recht des Gläubigers. Das Recht zur Sache giebt keine Unmittelbarkeit auf die Sache, es ist und bleibt ein persönliches Recht, und dies spricht auch das *RM.* deutlich aus, indem es das dingliche Recht erst entstehen läßt, wenn der Besitz auf Grund des Rechts zur Sache eingeräumt ist¹⁸⁾. Doch der nur noch zur Sache Berechtigte kann unter gewissen Voraussetzungen sein Recht auch gegen den dritten Besiznehmer, also einen dinglich Berechtigten, geltend machen, und es fragt sich, ob nicht hierin der Beweis für eine relative Dinglichkeit zu finden ist. Gegen den Besitzer macht nämlich der zur Sache Berechtigte sein Recht als ein besseres geltend, wenn es älter ist als die Besitzergreifung des Andern und wenn Letzterer bei seiner Besitzergreifung das ältere Recht des Ersteren zur Sache

¹⁷⁾ *U. a. D. S.* 187 fg.

¹⁸⁾ *I.* 2. §. 135.

gekant hat¹⁹⁾. Diese Bestimmungen sind schon früher erörtert und es ist dort behauptet worden, daß sie nur die Bedeutung haben, eine Rechtskollision zu beseitigen²⁰⁾. Hier bleibt aber freilich die Frage: wie kann das schwächere Recht zur Sache mit dem stärkeren Recht auf die Sache kollidiren? An sich wohl nicht, denn nur das ältere Recht zur Sache soll nach dem RM. fähig sein, mit dem jüngeren Recht auf die Sache zu kollidiren, und dies auch nur, wenn dem dinglich Berechtigten der gute Glaube fehlt. Diese Thaten, diese zufälligen Umstände, das höhere Alter und die Kenntniß davon, schaffen die Kollision, nicht eine schon im Recht zur Sache liegende Dinglichkeit. Mag nun auch gesagt werden können, der Ausdruck „persönliches Recht zur Sache“ sei ein Widerspruch, so darf daran erinnert werden, daß überhaupt diese Theilung des persönlichen Rechts nach dem Gegenstand in ein persönliches im engeren Sinn und in ein Recht zur Sache eine durchaus entbehrliche und unergiebige Erfindung des 18. Jahrhunderts ist²¹⁾. Auch ist es Ziebart^h nicht gelungen, das Recht zur Sache als eine selbständige Rechtsbildung zwischen dem persönlichen und (absolut) dinglichen Recht zu konstruiren²²⁾, denn außer jener einen Wirkung im Fall der Kollision ist

¹⁹⁾ I, 10. §. 25. I, 19. §. 5. Gruchot V. 8. S. 603f.

²⁰⁾ B. I. S. 124.

²¹⁾ B. I. S. 117 Note 8. S. 311 bei Note 9. 10. v. Brünne^c, über den Ursprung des f. g. jus ad rem, ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogma. 1869.

²²⁾ Vergl. a. a. D. S. 205—215. Dies giebt auch Hirsch^us (Zeitschr. II. 499) zu, gleichwohl hält er dadurch die Ausführungen Ziebart^hs nicht für widerlegt, da es sich hierbei um eine neuere Rechtsbildung handle, welche den scharfen römischen Unterschied zwischen den dinglichen und obligatorischen Rechten vermischt habe. Gewiß ist jener Kollisionsfall und die Entscheidung, die er im RM. übereinstimmend mit der damaligen gemeinrechtlichen Praxis gefunden hat, ein Beweis dafür, daß die Grenze zwischen Obligationen- und Sachenrecht in Verwirrung gerathen ist; daraus folgt aber nicht, daß diese Verwirrung Anerkennung verdient und als eine berechtigte und weiter zu pflegende neuere Rechtsbildung anzusehen ist. Vielmehr ist es geboten, die Grenzlinie wieder klar zu legen, und das Zwitterhafte, was darin liegt, daß obligatorischen Rechten (relativ) dingliche Wirkungen beigelegt werden, zu überwinden. In neueren Gesetzgebungen, namentlich z. B. in der Mecklenburger Hypothekengesetzgebung (Stadibuchorn. §. 36. Nr. 4.) ist dies auch bereits geschehen, und in der für Preußen unternommenen Reform des Grundbuchsrechts wird es beabsichtigt. Daß die Relativität des publizianischen Rechts im neueren Recht eine Ausdehnung erfahren hat und nicht mehr als eine Ausnahme, sondern als ein allgemeiner Grundsatz entwickelt worden, beweist Nichts dafür, daß ein relativ dingliches Recht zwischen das Obligationen- und Sachenrecht eingeschoben werden muß, denn jene Relativität bewegt sich allein auf dem Gebiete des Sachenrechts, auf dem Gebiete des Beweises für die Existenz eines absolut dinglichen Rechts. Auf dem Standpunkt von Ziebart^h steht im Wesentlichen auch v. Brünne^c (Note 21), es muß aber auch ihm gegenüber behauptet werden, daß der Begriff des „dinglichen Vertrages“ der Klarheit entbehrt und daß, wenn in der älteren Theorie eine solche Vermischung des obligatorischen und dinglichen Rechts stattgefunden hat, daraus nicht folgt, daß sie beibehalten werden muß, und daß praktisch etwas gewonnen ist, wenn man sie beibehält.

und bleibt es nichts weiter als ein persönliches Recht gegen den Autor. Namentlich hat der zur Sache Berechtigte außerhalb jenes Falles kein Klagerrecht gegen einen Dritten, nicht das Aquilische, nicht die *condictio furtiva*²³⁾ und die unmittelbare Einwirkung auf die Sache fehlt ihm ganz. Auch im Konkurse kann er nicht die Sache fordern, welche ihm der Kridar vertragsmäßig hätte übergeben sollen, sondern nur sein persönliches Recht durch Liquidirung des Interesse geltend machen²⁴⁾. Hatte aber der Kridar die Sache in Besitz genommen in Kenntniß von dem älteren Recht eines Anderen zu derselben, so ändert sich allerdings durch die Konkurs-eröffnung der Anspruch des Letzteren nicht; die Gläubiger müssen ihm die Sache herausgeben, weil sie die Kenntniß des Kridars von dem älteren Recht zur Zeit jener Besitzergreifung zu vertreten haben²⁵⁾.

Ueber den Bildungsprozeß des dinglichen Rechts nach den Grund-sätzen des A.R. ist im allgemeinen Theil ausführlich gehandelt²⁶⁾. Ob diese Theorie durch die neuerlich beabsichtigte Reform des Hypothekenrechts nach der Richtung hin eine Aenderung erfahren wird, daß die Wirkung der Besitzergreifung hinter die Wirkung der Eintragung in die öffentlichen Bücher zurücktritt, steht dahin²⁷⁾.

Der Gegenstand des dinglichen Rechts ist immer entweder eine körperliche Sache oder ein solches Recht, welches vermöge seiner Gebundenheit an den Raum eine sachliche Existenz hat, und deshalb der „Gegenstand eines dauernden Rechts“ sein kann²⁸⁾. Denn es ist eine fernere Eigenthümlichkeit des dinglichen Rechts im Gegensatz zum persönlichen²⁹⁾, daß es nicht wie dieses seine Beendigung nothwendig in sich trägt, daß es sich nicht durch die Ausübung erschöpft, die Ausübung es vielmehr erhält und fortsetzt³⁰⁾.

Der Inhalt des dinglichen Rechts ist verschieden je nach dem Umfang und der Art der Befugnisse, die auf die Sache zustehen. Diese Befugnisse beziehen sich auf die Ausbeutung dessen, was die Sache als Rechtsobjekt zu bieten vermag. Es ist seit der Mitte des 17. Jahrhunderts eine gangbare Eintheilung der dinglichen Rechte geworden: Besitz,

²³⁾ Ziebarth S. 214.

²⁴⁾ Konk.Ordn. v. 1855 §. 15. Abf. 3.

²⁵⁾ Auf den *dolus* der Gläubiger kommt es hierbei nicht an. A. W. Ziebarth S. 214f. Note 9.

²⁶⁾ B. 1. S. 117 fg.

²⁷⁾ B. 1. S. 119 Note 19. Unten §. 172.

²⁸⁾ B. 1. S. 93. 94.

²⁹⁾ B. 1. S. 309. 460. 546.

³⁰⁾ Unger a. a. D. S. 528. Dieser Satz bezieht sich aber nur auf eine solche Ausübung des dinglichen Rechts, durch welche die Sache gebraucht und genutzt wird. Verfügungen über die Substanz der Sache, z. B. ihre Veräußerung, erschöpfen, beendigen das dingliche Recht. S. unten §. 190.

Eigenthum, Servitut, Pfandrecht, Erbrecht³¹⁾. Die neuere Theorie hat zunächst die Auffassung des Besitzes als eines besonderen dinglichen Rechts bestritten und ihn aus dem Sachenrecht entweder in das Gebiet der Obligationen, oder in den s. g. allgemeinen Theil verwiesen³²⁾, Puchta³³⁾ betrachtet ihn als ein Recht „an der eignen Person.“ Diese letztere Ansicht hat nirgends Anklang gefunden; in den Lehrbüchern des gemeinen Rechts schwankt seine systematische Stellung, neuerdings aber neigt man sich mehr dazu, ihn an der Spitze des Sachenrechts zu erörtern³⁴⁾. Das *M.R.* schließt mit ihm den allgemeinen Theil³⁵⁾. In diesem Werk wird er an der Spitze des Sachenrechts abgehandelt und der rechtfertigende Grund dafür darin gefunden, daß der Besitz die unmittelbare Einwirkung auf die Sache bietet und insofern die Voraussetzung und die Aeußerung des dinglichen Rechts ist. Sodann ist das Erbrecht aus der Reihe der dinglichen Rechte mit gutem Grunde in der neueren Wissenschaft gestrichen³⁶⁾. Daß es früher denselben zugerechnet wurde, war eine Folge des jetzt überwundenen Irrthums, daß sich die Begriffe Dinglichkeit und Absolutheit deckten. Die Erbrechtsklage ist, sofern sie das Erbrecht des Erben als solches, als dessen Eigenschaft verfolgt, zwar absolut aber nicht dinglich; sie ist, wenn einzelne im Nachlaß enthaltene Rechte geltend gemacht werden, nur die Voraussetzung (*praejudicium*), im Uebrigen aber ist die Klage auf das einzelne Nachlaßobjekt je nach der Beschaffenheit des einzelnen Rechts eine persönliche oder dingliche. Auch die Anreihung des Pfandrechts an die dinglichen Rechte ist bezweifelt worden³⁷⁾ und dieser Zweifel hat manche Berechtigung. Zunächst scheint es nach römischem Recht, welches bei der Hypothek den Besitz der beweglichen und unbeweglichen Sache bei dem Eigenthümer läßt, und in Betreff der unbeweglichen Sache kein Surrogat für die Besitzergreifung entwickelt hat, an der für die Dinglichkeit wesentlichen unmittelbaren Einwirkung zu fehlen. Nach *M.R.* fällt dieses Bedenken weg, weil es an beweglichen Sachen nur Besitzpfand kennt und bei der Hypothek an Grundstücken die Unmittelbarkeit des Rechts auf die Sache durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher für Jedermann erkennbar macht. Sodann fehlt dem

³¹⁾ Die Eintheilung rührt von Hahn her (1643). S. Unger S. 523 fg.

³²⁾ In den allgemeinen Theil stellen den Besitz: Vangerow, Böcking, Seuffert, Pierulff, Koch (als Ausübung der Rechte), Bruus, *R. des Besitzes* S. 486. In das Obligationenrecht stellt ihn bekanntlich Savigny (§. 6).

³³⁾ Pandekten §. 122 fg. (4. Buch, 2. Kap.)

³⁴⁾ Dafür hat sich Unger erklärt (I, S. 524). Ebenso Sintonis und Windscheid. Arndts und Keller stellen den Besitz in die Lehre vom Eigenthum.

³⁵⁾ B. 1. S. 20. Note 2. Als Uebergang zur Lehre vom Eigenthum. Grundr. IV, 317 f. Heydemann I, 39.

³⁶⁾ Unger I, 534 fg. Oben B. 1. S. 113 Note 1.

³⁷⁾ Unger I, 530 fg.

Pfandrecht, abweichend von den anderen dinglichen Rechten, die Selbständigkeit und die Dauer: es wird, wie die Obligation, durch die Ausübung beeinträchtigt, nicht erhalten. Aber alles dies sind doch nur, wie Unger richtig ausführt³⁸⁾, Modifikationen, Singularitäten, die den Charakter des dinglichen Rechts keineswegs aufheben³⁹⁾. Der entscheidende Hauptpunkt ist, daß das Pfandrecht auf der Sache selbst lastet, daß es eine *causa rei* ist, daß die Sache also nur mit dieser Last auf dritte Personen übergeht: *si fundus pignoratius venierit, manet causa pignoris, quia eum sua causa fundus transeat*⁴⁰⁾, daß seine Verwirklichung nicht abhängt von dem Willen oder Nichtwillen anderer Personen.

Da sich der Inhalt des dinglichen Rechts verschieden gestaltet, je nach dem Umfang und der Art der unmittelbaren Beherrschung der Sache, so muß sich die Klassifizierung der dinglichen Rechte hiernach richten. Der Umfang und die Art der Beherrschung ist entweder völlig unbestimmt, die Sache ist in ihrer Totalität, in Allem, was sie als Vermögensobjekt zu bieten vermag, dem Rechtssubjekt unterworfen: das Eigenthum. Oder die Sache ist nur beschränkt, nur nach gewissen Richtungen der Herrschaft eines Subjekts unterworfen. Dann ist die Sache nicht die eigene des Berechtigten, sie bleibt ihm eine fremde und dient ihm nur theilweise — so weit die Berechtigung reicht: dingliche Rechte auf eine fremde Sache. Diese lassen sich nach zwei Gruppen scheiden. Entweder ist nur der Gebrauchs- und Nutzungswert der Sache einem Dritten zuständig, wie dies nach römischem Recht bei der Servitut, der *Emphyteusis* und *Superficies*, und nach preussischem Recht außerdem bei jedem mit Besitzeinräumung verbundenen Gebrauchs- und Nutzungsrecht (Leihe, Mieth und Pacht), nach deutschem Recht bei den Reallasten der Fall ist, welche die Eigenthümlichkeit zeigen, daß nicht bloß die Sache dinglich dient, sondern auch ihr Eigenthümer persönlich zu Leistungen verpflichtet ist. Oder es ist ein Recht auf den Substanzwert der Sache als dingliches Recht konstituiert — entweder ein Erwerbungsrecht (Näherrecht) oder ein Veräußerungsrecht (Pfand und Hypothek). Es kann sich mit letzterem ein Nutzungsrecht verbinden (Antichrese), aber auch hier ist die Sache dem Berechtigten nicht in ihrer Totalität unterworfen: die Substanz darf nicht verbraucht und nicht vernichtet werden. Das System der dinglichen Rechte gliedert sich hiernach einfacher, als das der viel mannichfaltigeren persönlichen Rechte, in folgender Weise:

- A. Besitz.
- B. Eigenthum.

³⁸⁾ *U. a. D.* S. 532.

³⁹⁾ Oben Note 30.

⁴⁰⁾ *I.* 18. §. 2. *D.* XIII, 7. *S.* unten §. 190.

- C. Dingliche Rechte auf eine fremde Sache:
 Erste Gruppe. Rechte auf den Gebrauchs- und Nutzungswert (Servituten, Reallasten).
 Zweite Gruppe. Rechte auf den Substanzwert.
 I. Erwerbsrecht (Retrakt).
 II. Veräußerungsrecht (Pfand und Hypothek).

Erstes Hauptstück.

Der Besitz.

AN. I, 7. — Materialien des AN. zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung, her. v. Simon und v. Strampff 1836 (3. B. der Zeitschr. f. wiss. Bearb. des preuß. R. S. 1—390). Studien z. Lehre vom Besitz, das. S. 602—685. Heydemann, Einl. I, 324 f. Oruchot IV, 312—340. 433—493. V, 291—350. Koch, die Lehre vom Besitz nach preuß. R. 2. A. 1839. Darstellung der Lehre v. Besitz als Kritik des v. Savigny'schen Buches, von einem preuß. Juristen. 1840. Zusammenstellung der beim Obertribunal angenommenen Grundsätze über das poss. summar. im JMBl. 1854. S. 101—112 (Gr. citirt). — Bornemann I, 212. Koch I, 317. — Savigny, das R. des Besitzes. 1. A. 1803. 7. A. 1865 (nach dieser wird citirt), mit Zusätzen v. Rudorff, welche S. 543f. die Litteratur vollständig angeben. Daraus sind hervorzubeben: Puchta, Rechtslex. II, 41. Bruns, das R. des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. Fenz, das R. des Besitzes und seine Grundlagen. 1860. Kanda, der Besitz nach österr. R. mit Berücksichtigung des gem., preuß. u. s. w. R. 1865. Büchel, über die Natur des Besitzes. 1868. Fhering, Beiträge zur Lehre vom Besitz. In s. Jahrb. IX, 1. und besonders 1868. — Hierulff I, 339. Vangerow 7. A. I, 347 f. Arndts 189. 198 f. Böcking S. 448 fg. Brinz I, S. 55 f. Puchta, Pand. 10. A. S. 186 §. 122—139. Vorles. 5. A. I, 261 f. Seuffert 4. A. I, 130 f. Sintonis I, 437 f. Keller 217. Windscheid I, 395. — Zacharia (Anschütz) I, 438 f.

Erstes Kapitel.

Das Recht des Besitzes.

§. 157. Der Begriff und die Arten des Besitzes.

Um die unmittelbare Einwirkung der Person auf das Objekt, und die allgemeine Erkennbarkeit dieser Einwirkung — die unerläßlichen Voraussetzungen des dinglichen Rechts — hervorzubringen, genügt nicht der Titel, das persönliche Recht zur Sache. Es ist noch eine s. g. Erwerbssart (Modus) nöthig, welche auch faktisch und Jedermann erkennbar

- C. Dingliche Rechte auf eine fremde Sache:
 Erste Gruppe. Rechte auf den Gebrauchs- und Nutzungswert (Servituten, Reallasten).
 Zweite Gruppe. Rechte auf den Substanzwert.
 I. Erwerbsrecht (Retrakt).
 II. Veräußerungsrecht (Pfand und Hypothek).

Erstes Hauptstück.

Der Besitz.

AN. I, 7. — Materialien des AN. zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung, her. v. Simon und v. Strampff 1836 (3. B. der Zeitschr. f. wiss. Bearb. des preuß. R. S. 1—390). Studien z. Lehre vom Besitz, das. S. 602—685. Heydemann, Einl. I, 324 f. Oruchot IV, 312—340. 433—493. V, 291—350. Koch, die Lehre vom Besitz nach preuß. R. 2. A. 1839. Darstellung der Lehre v. Besitz als Kritik des v. Savigny'schen Buches, von einem preuß. Juristen. 1840. Zusammenstellung der beim Obertribunal angenommenen Grundsätze über das poss. summar. im JMBl. 1854. S. 101—112 (Gr. citirt). — Bornemann I, 212. Koch I, 317. — Savigny, das R. des Besitzes. 1. A. 1803. 7. A. 1865 (nach dieser wird citirt), mit Zusätzen v. Rudorff, welche S. 543f. die Litteratur vollständig angeben. Daraus sind hervorzugeben: Puchta, Rechtslex. II, 41. Bruns, das R. des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. Fenz, das R. des Besitzes und seine Grundlagen. 1860. Kanda, der Besitz nach österr. R. mit Berücksichtigung des gem., preuß. u. s. w. R. 1865. Büchel, über die Natur des Besitzes. 1868. Fhering, Beiträge zur Lehre vom Besitz. In s. Jahrb. IX, 1. und besonders 1868. — Hierulff I, 339. Vangerow 7. A. I, 347 f. Arndts 189. 198 f. Böcking S. 448 fg. Brinz I, S. 55 f. Puchta, Pand. 10. A. S. 186 §. 122—139. Vorles. 5. A. I, 261 f. Seuffert 4. A. I, 130 f. Sintonis I, 437 f. Keller 217. Windscheid I, 395. — Zacharia (Anschütz) I, 438 f.

Erstes Kapitel.

Das Recht des Besitzes.

§. 157. Der Begriff und die Arten des Besitzes.

Um die unmittelbare Einwirkung der Person auf das Objekt, und die allgemeine Erkennbarkeit dieser Einwirkung — die unerläßlichen Voraussetzungen des dinglichen Rechts — hervorzubringen, genügt nicht der Titel, das persönliche Recht zur Sache. Es ist noch eine s. g. Erwerbssart (Modus) nöthig, welche auch faktisch und Jedermann erkennbar

jene Einwirkung herstellt. Dies ist die systematische Bedeutung des Besitzes im A. R. R. ¹⁾.

Man hat erst wieder ²⁾ seit Savigny's berühmter Schrift einbringend vom Standpunkt des positiven Rechts und vom Standpunkt der Rechtsphilosophie die Frage erörtert, ob der Besitz ein Faktum oder ein Recht sei. Die Praxis wurde von diesem Streit, obschon er principielle Scheidungen über die Auffassung des Begriffs vom Recht überhaupt hervorzutreiben und insofern die größte Bedeutung für das ganze Rechtssystem in sich zu enthalten schien, wunderbar wenig berührt. Desto lebhafter wurde der Streit in der Theorie geführt. Welcher Unterschied liegt zwischen der Ansicht: der Besitz sei nur ein thatsächliches Verhältniß, ein Nichtrecht, und der Behauptung: der Besitz sei das einzige Recht auf die Sache! wie viel Meinungen liegen in der Mitte zwischen diesen denkbar äußersten Grenzpunkten! ³⁾

¹⁾ Oben B. 1. S. 116. 119. Gruchot IV, 317f. Heydemann I, S. 39.

²⁾ S. über den Stand der Frage vor Savigny: Bruns S. 252 u. a. a. St. In der Zeit von den Glossatoren bis zum Schluß des Mittelalters blieb man im Wesentlichen bei den Definitionen von Bassian (possessio est jus quoddam rom detinendi sibi, Bruns S. 105) und Azo (possessio est corporalis rei detentio, corporis et animi item juris adminiculo concurrente) stehen. Dinus suchte diese Definitionen dahin zu vereinigen: possessio in ipso actu producendi non est jus sed factum, und Ravanis sagte: sicut ex contractu, qui est facti, resultat obligatio, quae est juris, ita ex apprehensione, quae est facti, resultat possessio, quae juris est. Eine tiefere Begründung fehlt. Auch zunächst nach der Reception, im 16. Jahrh. treten in Deutschland selbständige Theorien über den Besitz nicht hervor. Bruns S. 374. Im Anfang des 17. Jahrh. wird zuerst wieder die Streitfrage des jus und factum erörtert. Der Besitz wurde von denen, die ihn für ein Recht hielten, als ein dingliches Recht neben die Servituten gestellt (Giphanius, Bachov, Francke, Hahn), während diejenigen, die ihn für ein Faktum erklärten, sich an die französischen Juristen angeschlossen. Bei den Holländern war letztere Ansicht vorherrschend (Vinnius, Voet). Im 18. Jahrh. drang die Auffassung der faktischen Natur mehr durch, ohne Begründung. Cocceji läßt dies Faktum ad instar juris schilgen, Spangenberg rechtfertigt den Besitzschutz durch das Verbot der Selbsthilfe, Hofacker schützt den Besitz um der mit ihm verbundenen Vortheile willen, Thibaut endlich faßt diesen Schutz nur als legislative Nothwendigkeit auf. S. über alles dies Bruns S. 384—386. Die Praktiker und die Rechtsphilosophen bis auf Kant haben sich mit der Frage nicht beschäftigt. Erst seit Kant und dann seit Savigny wird sie philosophisch und aus dem positiven Recht lebhafter erörtert und tiefer ergründet. „Man muß die Geist- und Beschränktheit, die Unklarheit und Trockenheit der Schriften über den Besitz mit Augen sehen, wenn man sich eine Vorstellung von dem Eindruck machen will, den Savigny's Werk über den Besitz bei seinem ersten Erscheinen (1803) hervorbringen mußte.“ Bruns S. 409 und dessen beachtenswerthe Beurtheilung dieses Werks S. 410 fg.

³⁾ Savigny hat in der 6. A. in einem Zusatz zu §. 6 (7. A. S. 55.) ausführlich seine Grundansicht vom Besitz dargelegt: „der Besitz erscheint zunächst als die bloß faktische Herrschaft über eine Sache, und daher als ein Nichtrecht (verschieden von Unrecht), als ein rechtlich Indifferentes. Dennoch wird er gegen gewisse Verletzungen geschützt, und um dieses Schutzes willen werden Regeln aufgestellt über Erwerb und Verlust des Besitzes, grade als ob er ein Recht wäre.“ Der Grund dieses Schutzes wird in der Unverletzlichkeit der Person gefunden. Es ist bekannt, daß diese Ansicht vielfache Polemik hervorgerufen hat.

Noch mehr, als der gemeinrechtliche Jurist blieb der an seine Gesetzgebung gebundene preussische dem Streite fern. Mochte man aus dem Begriff des Besitzes deduziren, daß er an sich nur eine rechtlose That-

S. bef. Gans, über die Grundlagen des Besitzes, eine Duplik. 1839. Rudorff hat in Zusatz 19. S. 576 ff. eine vollständige Uebersicht des Meinungskampfes gegeben und diese mit kritischen Bemerkungen begleitet. Zur Vervollständigung dieser Uebersicht sind jetzt noch beizufügen: Randa, welcher S. 23 sagt: der Besitz ist ein Faktum, kein Recht — kein Unrecht, er geht neben dem Rechte einher;“ und Windscheid (Pand. I, S. 395 f.): „eine Sache besitzen heißt, sie thatsächlich in seiner Gewalt haben. Der Besitz, obgleich kein Recht, hat rechtliche Folgen. Der rechtsphilosophische Grund des Besitzschutzes beruht auf demselben Gedanken, worauf der Schutz gegen die Injurie beruht. Daß der Besitz kein Recht sei, hätte nie bestritten werden sollen!“ Wenn er aber weiter bemerkt (S. 396): „der Wille, welcher in ihm sich zur thatsächlichen Geltung bringt, ist ganz abgesehen von der Berechtigung seines Inhalts, als solcher gerade so viel werth, wie jeder andere Einzelwille, welcher die Sache sich unterwerfen möchte,“ so berührt er die richtige Auffassung, die nur durch die Worte „thatsächliche“ und „abgesehen von der Berechtigung seines Inhalts“ getrübt ist. Nur der verwirklichte Wille ist für das Recht Wille, und als solcher dem andern Einzelwillen gegenüber gleichberechtigt.

Wenn man die verschiedenen Ansichten über den Begriff des Besitzes durchmustert, so kann man sie im Ganzen und Großen in zwei Kategorien theilen. Die Einen erklären das Rechtliche am Besitz — und daß solches vorhanden, leugnet Niemand — aus Gründen, die außerhalb des Besitzes liegen; die Andern finden den Grund des Besitzrechts im Besitz selbst, im Besitzwillen und man darf behaupten, daß letztere Ansicht jetzt mehr und mehr zur Anerkennung durchdringt. Außer Savigny, dem noch Viele folgen, gehören zu Letzteren noch besonders Puchta (Nacht an der eignen Person), Böcking (S. 453), der den Besitz zum Gegenstand juristischer Bestimmungen werden läßt wegen des Rechts der Person im Staate, auch in ihren bloß faktischen Verhältnissen nicht widerrechtlicher Weise gestört zu werden. Dagegen gehen Kierulff (S. 347 fg.), Bruns (S. 486. 491) und Windscheid (S. 396) auf den Willen des Besitzers zurück, aber sie bleiben auf halbem Wege stehen, wenn sie durch diesen subjektiven Willen nur eine thatsächliche Herrschaft im Gegensatz zu einer rechtlichen erzeugt werden lassen. Auch der subjektive Wille ist ein Recht erzeugender Faktor. S. oben das Weitere im Text. Zu weit aber geht Lenz S. 84. 86. 87: „Wenn nur das Haben mit allgemeiner Anerkennung ein berechtigtes ist, so muß das Haben mit besonderem Willen ein unberechtigtes, mit anderen Worten ein Faktum sein. Der Wille ist nie etwas Faktisches, sondern das allein und überall Rechtliche. Der Besitz ist kein Faktum, und auch kein Proteus von Faktum und Recht: er ist vielmehr das einzige Recht auf die Sache.“ Deshalb kann Lenz auch das Eigenthum als ein besonderes Rechtsinstitut nicht anerkennen, er sieht in ihm nur die Möglichkeit, zur totalen Herrschaft der Sache gelangen oder wiedergelangen zu können. Es ist ihm nur ein Anspruch, eine actio. Wie Kierulff und Bruns dem subjektiven Willen im Verhältnis zum allgemeinen zu wenig rechtserzeugende Kraft beilegen, so legt ihm Lenz eine so große Bedeutung als Quelle des Rechts bei, daß daneben der allgemeine Wille verschwindet, daß eine objektive Rechtsidee oder Rechtsordnung nicht mehr festgehalten werden kann. Es wird übersehen, daß der subjektive Wille vermöge seiner Freiheit auch das Unrecht wollen kann und wenn Lenz S. 30 den Satz aufstellt: „Das vollende Ich als sich verwirklichender Geist kann seiner Natur nach nur das wollen, was vernünftig ist,“ so muß man doch fragen, wo bleibt da die Freiheit des Willens, und gibt es noch ein Unrecht? Wenn aber der Begriff des Eigenthums nichts weiter sein soll als eine actio des Besitzers, so bleibt unbeantwortet, warum nicht jeder Besitzer als solcher diese actio hat. Während die Ansicht Savigny's zu materiell am corpus, am äußern Thatsächlichen hängen bleibt, ist die Ansicht von Lenz durchaus spiritualistisch, sie betont einseitig das geistige Moment des Besitzes, und versüchtigt das zu seinem Wesen gehörige corpus. Was soll es auch heißen: „der Wille sei nie etwas

sache sei, die erst in Folge einer Verletzung durch dritte Personen Rechtswirkung äußere oder empfangen, oder von solchen begleitet werde — oder daß er schon von Anfang an durch sich selbst ein Rechtsverhältniß darstelle: nach *MR.*, welches das Recht des Besizes ausdrücklich anerkennt, steht es fest, daß der Besitz ein eigenthümliches Rechtsverhältniß ist⁴⁾.

Soll aber diese Auffassung wissenschaftlich gerechtfertigt werden, so muß man davon absehen, daß der Besitz meist als die Wirkung oder Folge eines Rechts, als die Voraussetzung der Ausübung eines Rechts erscheint — denn in diesen Fällen hat er keine selbständige Rechtsexistenz, und nicht um feinetzselbstwillen, sondern um des Rechts willen,

Faktisches?“ Daß der Wille da ist und sich an und in der Sache verwickelt, ist doch gewiß auch etwas Thatsächliches. In seiner älteren Schrift (*Studien und Kritiken*, S. 168., 1847) hat *Venz* gesagt: der Besitz sei nur das anfangende Recht, er sei noch nicht mit dem absoluten Charakter der Allgeltung bekleidet. Es scheint nicht, daß die Frage nach der rechtlichen Natur des Besizes durch die Abhandlung von *Fhering* gefördert worden ist. Er sieht den Grund des Besizes nicht im Besitz selber, sondern in dem Eigentum: der Besitz wird geschützt im Interesse der nothwendigen Ergänzung des Eigenthumszuges; der Besitz ist die Thatsächlichkeit des Eigentums, sein Schutz eine dem Eigentümer zuge dachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise (?) auch dem Nicht-eigentümer zu Gute kommt. Die ganze Deduktion *Fherings* zeigt wieder einmal, wie wenig der Erkenntniß des heutigen Rechts durch Untersuchungen genützt wird, die sich auf das reine römische Recht allein stützen und die ganze spätere, jahrhundertlange Rechtsentwicklung, namentlich in Deutschland einfach ignoriren. Hätte sich *Fhering* die deutsche gemeinrechtliche Praxis etwas genauer angesehen, so würde er wohl kaum zu der Begriffsbestimmung gelangt sein, daß der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigentums, seine Sichtbarkeit sei, denn damit ist für alle die zahlreichen Rechtsverhältnisse keine Erklärung gewonnen, die, wie z. B. Erbpacht, in Deutschland von jeher als Besitzverhältnisse angesehen und possessoriisch geschützt worden sind. — Nicht uninteressant ist ein flüchtiger Blick auf das, was die Rechtsphilosophie für diese Frage geleistet hat. Im Ganzen haben diese Leistungen nicht sehr gefördert, weil sie zu sehr in Abhängigkeit geblieben sind von den ihrer Zeit herrschenden Ansichten der Juristen. So stehen *Stahl* (*Rechtsphilosophie* S. 401) und *Trendelenburg* (*Naturrecht* S. 172) ganz auf dem Standpunkt *Savigny's*, und selbst *Wirth* (*Spekulative Ethik* II, 124 f.) sieht im Besitz für sich ein bloß faktisches Verhältniß, d. i. ein solches, worin der Wille bloß als einzelner sich äußert, ohne darin zugleich als ein allgemeiner zu gelten.“ Nichtsdestoweniger ist ihm der Besitz an sich ein Ausfluß des Eigenthumsrechts. Das Beste hat immer noch bis jetzt *Kant* gesagt (metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre S. 63: „der Rechtsbegriff des empirischen Besizes ist analytisch; denn er sagt nichts mehr, als was noch dem Satze des Widerspruchs aus dem letzteren folgt, daß nämlich, wenn ich Inhaber der Sache bin, derjenige, der sie wider meine Einwilligung affiziert, das innere Meine (meine Freiheit) affizirt und schmälert.“ Der Satz von einem empirisch rechtmäßigen Besitz geht also nicht über das Recht einer Person in Ansehung ihrer selbst hinaus,“ und S. 66. „der bloße physische Besitz ist schon ein Recht in der Sache, obzwar freilich noch nicht hinreichend, sie als das Meine anzusehen. . . der physische Besitz hat die Präsumtion für sich und gilt komparativ für einen rechtlichen.“ Das war vor *Savigny* geschrieben. Vergl. auch *Ahrens*, *Encyklop.* S. 638 f. und die Uebersicht der verschiedenen Ansichten über die Natur des Besizes bei *Gruchot* IV, 312 ff.

⁴⁾ § 134 d. *Z.* *Strietz*, B. 50. S. 137. ist der Besitz als ein „Rechtsverhältniß im weiteren Sinn bezeichnet.“ Was hierunter zu verstehen, ist unklar geblieben.

dessen Ausfluß er ist, wird er hier geschügt. Soll der Besitz ein Recht sein, so muß er es auch an sich, nicht als Begleiter eines Rechts sein: nur deshalb, weil die Person besitzt, muß sie berechtigt sein im Besitz. Wenn man die Aussprüche der römischen Rechtsquellen fragt, so antworten sie, daß der Besitz ein *res facti*, aber auch eine *res juris* sei⁵⁾. Sie verkennen ebenso wenig die faktische Grundlage als den rechtlichen Charakter des Besitzes, sie leiten aus seinem Begriffe Rechtsregeln ab, sie umgeben ihn mit Rechtsregeln, sie konstruiren ihn als ein besonderes Rechtsinstitut⁶⁾. Und so wenig man auch bei dem wesentlich auf praktische Einzelheiten und Ziele gerichteten Sinn der römischen Juristen von ihnen allgemeine prinzipielle Begründungen der Rechtfäße erwarten darf, so fehlt es doch nicht an Andeutungen über den Grund, weshalb das Faktum des Besitzens ein Recht sei. Dazu genügt ihnen nicht das *rem corpore suo contingere*, auch heißt es: *ignoranti non acquiritur possessio*; es wird ein *propositum*, eine *affectio tenendi*, *possidendi* verlangt⁷⁾. Das deutet darauf hin, daß um das äußerliche Haben einer Sache, dieses allerdings nur faktische Verhältniß, zum Rechtsverhältniß zu erheben, eine bestimmte Richtung des Willens erfordert wird. Die Person muß die Sache haben und behalten, ihrer Machtphäre unterwerfen und in dieser erhalten wollen. Der Wille also ist hier, wie sonst, der rechterzeugende Faktor. Diesen ihren Willen legt die Person in die ihr gegenüber immer rechtlose Sache; es wird deren Eigenschaft (*causa*), daß sie von dieser Person besessen ist. Nicht die unmittelbare Einwirkung auf die Sache, sondern der Wille, der sich in dieser ausdrückt, ist der Grund des Besitzrechts⁸⁾. Die allgemeine Rechtsordnung muß ein solches Verhältniß als ein Rechtsverhältniß anerkennen und schützen; denn obchon der subjektive, besondere Wille nur insofern die

⁵⁾ Die *res facti* ist ausgedrückt in l. 1. pr. §. 3. 4. l. 29. D. XLI. 2. l. 19. D. IV. 6. l. 1. §. 15. D. XLVII. 4. Die *res juris* in l. 23. pr. l. 44. pr. l. 49. pr. §. 1. D. XLI. 2. l. 2. §. 38. D. XLIII. 8. l. 2. D. XLIII. 7. l. 10. C. VII. 32.

⁶⁾ Nur eine rechtsfähige Person kann Besitz erwerben, nur eine dem Rechtsverkehr zugängliche Sache kann besessen werden. l. 3. §. 17. l. 23. §. 2. l. 30. §. 1. 3. 4. l. 49. §. 1. D. XLI. 2. Ein feines kasuistisches Detail bezieht sich auf den Erwerb und Verlust des Besitzes. Wichtig bemerkt Lenz §. 96, daß dies Alles nicht zu der Auffassung passe, daß der Besitz nur ein rechtloses Faktum sei, denn ein solches kann man nicht erwerben und verlieren, es kann nur entstehen und in seinen Folgen wieder verschwinden. — Es ist ferner anerkannt, daß man den Besitz an der eignen Sache kaufen, miethen, daß man ihn konfiziren kann (Senff. XIX, 152), er ist also wie andere Rechte ein Gegenstand des Rechtsverkehrs. l. 34. §. 4. D. XVIII. 1. l. 28. 37. D. XLI. 2. l. 25. pr. D. XLVII 2. l. 15. §. 1. D. XII. 6. Lenz §. 92f.

⁷⁾ l. 3. §. 1. 3. 12. l. 8. §. 1. l. 18. §. 3. l. 20. 22. 32. §. 2. l. 41. 46. D. XLI. 2. l. 41. D. XII. 1. l. 3. C. VII. 32. u. a. St.

⁸⁾ S. die bei Gruchot IV, 316 abgedruckte Aeußerung von Göschel, zerstreute Bl. I, 362. 373f.

Kraft hat, Recht zu erzeugen, als er sich in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Willen, der objektiven Rechtsordnung befindet, so muß doch diese Uebereinstimmung so lange als vorhanden angenommen werden, als nicht das Gegentheil, der Widerspruch zwischen beiden erwiesen ist. Das A. R. sagt: „die allgemeine Vermuthung streitet für die Redlichkeit des Besitzes; daß Jemand unrechtmäßig besitze, dessen muß er überführt werden“⁹⁾. Es ist unrichtig, wenn in solchen Aussprüchen ein besonderer Besitzvorteil, eine dem Besitz besonders verliehene Wirkung gesehen wird. Sie sagen vielmehr, daß der subjektive Wille als übereinstimmend mit der allgemeinen Ordnung des Rechts angenommen wird, wenn nicht besondere Momente nachgewiesen werden, welche diese Annahme aufheben. So lange aber und soweit dieser Nachweis nicht geführt ist, gilt der subjektive Wille als Erzeuger des Rechts, und der von ihm erzeugte Besitz als ein Recht — und zwar jeder anderen Person gegenüber mit Ausnahme der einzigen, der gegenüber der Besitzer sich etwa nicht mit der Rechtsordnung in Uebereinstimmung befindet. Selbst der unredliche Besitzer ist also Besitzer für Alle, nur nicht für den, gegen welchen er unredlich gewesen. Selbst der fehlerhaft erworbene Besitz ist Jedem gegenüber ein fehlerfreier, nur nicht im Verhältniß zu dem, gegen welchen die fehlerhafte Besitznahme stattgefunden.

Aber dieses Rechtsverhältniß hat an sich noch eine Unvollkommenheit, und grade in ihr liegt seine Eigenartigkeit.

Einerseits zeigt es eine Verwandtschaft mit dem dinglichen Recht insofern, als der Wille wie bei diesem die Sache durchdringt, ihre causa ist, ohne daß es der Vermittelung durch den Willen einer andern Person bedarf. Andererseits aber ist der Unterschied des Besitzrechts von dem dinglichen Recht ein sehr großer. Das Besitzrecht hat kein Fortbestehen allein durch sich selbst; es bleibt gebunden an das Fortbestehen des tatsächlichen Verhältnisses der unmittelbaren und ausschließlichen Einwirkung. Wenn diese aufhört, wirkt es nicht mehr gegen dritte Personen: der Besitzwille ist dann aus der Sache wieder heraus, weil er sich in ihr nicht mehr verwirklichen kann. Es fehlt mithin dem Besitz das Ideale des Rechts, wonach es fortbesteht, auch wenn ihm sein reales Element entzogen ist, oder richtiger gesagt: das ideale Element des Rechts ist bei dem Besitz im realen noch gebunden¹⁰⁾. Nur der Untergang der Sache oder der eigene Wille des Eigenthümers vernichtet das Eigenthum — sonst dauert es fort, wenn sich auch die Sache außerhalb der Macht-

⁹⁾ §. 18. 179. b. E.

¹⁰⁾ Nach preuß. R. ist dies übrigens in geringerem Grade der Fall, als nach röm. R., der vollständige Besitz bleibt neben dem unvollständigen, der unredliche und fehlerhafte Besitzer ist nur Dritten gegenüber Besitzer.

sphäre des Eigenthümers, in der Gewalt eines Dritten befindet. Der Besitzer dagegen hört auf, es zu sein, nicht bloß, wenn er den Besitz aufgibt, sondern auch, wenn die Sache in Folge eines sie selbst und ihre Substanz betreffenden Ereignisses aus seiner Gewahrsam gekommen und in die Machtssphäre eines Andern gelangt ist¹¹⁾). Wenn es heißt: „aus dem Verlust der Gewahrsam folgt noch nicht der Verlust des Besitzes“¹²⁾, so soll dies nicht bedeuten, daß der Besitz auch ohne Gewahrsam als ideales Rechtsverhältniß erhalten bleibt, sondern nur, daß vermöge des Besitzrechts die verlorene Gewahrsam wieder ergriffen oder erzwungen werden kann, so lange dies noch möglich, und dies ist insbesondere nicht mehr möglich, wenn die Sache fehlerfrei an einen Andern gekommen, und dieser seinen deshalb gleichberechtigten Besitzwillen in sie gelegt hat. Der Schutz des Besitzrechts ist daher kein absoluter, wie bei der vindikation. Der Besitz wird nicht gegen jeden Verlust, sondern nur gegen einen solchen Eingriff geschützt, der von einem formell unrechten, daher nicht Recht erzeugenden subjektiven Willen ausgeht, gegen Gewalt, List und Vertrauensbruch. In anderer Weise ist eine Verletzung des Besitzrechts nicht denkbar¹³⁾). Hiernach ist zu sagen: der Besitz ist ein Recht, weil der Besitzer besitzen will; er ist kein obligatorisches Recht, weil der Wille des Besitzers die Sache unmittelbar durchdringt; er ist auch noch kein dingliches Recht, weil er gebunden ist an den Fortbestand

¹¹⁾ §. 116. d. E. S. unten §. 161. bei Note 26 fg.

¹²⁾ A.L.R. §. 112. d. E. S. hierüber unten § 161. bei Note 15 fg.

¹³⁾ Die Besitzlagen erhalten dadurch die Natur von Deliktssagen, und daraus hat man gefolgert, daß auch das Besitzrecht einen obligatorischen Charakter habe (Savigny, 7. A. S. 48. §. 6. Rudorff's Zusatz 19. S. 590. Keller in der Zeitschr. f. geschichtl. R.-W. Bd. 11. S. 287f.). Allein dieser Schluß ist verfehlt. Die Deliktssage ist eine persönliche, weil sie gegen denjenigen angestellt wird, welcher den aus dem Delikt entspringenden obligatorischen Anspruch unbefriedigt läßt. Nicht sowohl das Delikt an sich, d. h. der unberechtigte Eingriff in die Rechtssphäre des Andern, als vielmehr die durch das Delikt erzeugte Obligation ist das Fundament der Klage (Oden B. 1. S. 230 Note 16). So wenig das durch das Delikt verletzte Eigenthum deshalb einen obligatorischen Charakter annimmt, weil die Deliktssage, die der Eigenthümer anstellt, eine persönliche ist, so wenig erhält wegen der persönlichen Natur des Interdikts der Besitz einen obligatorischen Charakter. Wer wäre hier auch gegenüber dem Besitzer der bestimmte Schuldner? Jeder Dritte kann den Besitz, wie das Eigenthum verletzen. — Uebrigens haben die Besitzlagen nicht ausschließlich die Natur der Deliktssagen, und dies wird namentlich klar bei den interd. retinendae poss., bei denen das Moment des formellen Unrechts oft ganz zurücktritt, so daß als ihre Grundlage nur die controversia de possessione übrig bleibt, die auch bei den interd. recup. poss. nicht fehlt, und nicht verkannt werden darf. Es ist daher die gelegentliche Aeußerung in den Gründen des Pl. Beschl. Entsch. V. 18. S. 16. „daß die Besitzlagen nicht die Natur der Deliktssagen haben“ zwar zu unbedingt, aber doch nicht ganz grundlos. Vergl. hierüber Pfaffner, was ist und gilt im röm. R. der Besitz? S. 90 ff. Vangerow I, S. 764 fg. Sintenis I, 463. Note 6. Seuffert B. 7. Nr. 41. (Oldenburg). Eine Kritik der verschiedenen Ansichten über den Grund des Besitzschutzes giebt Thering a. a. O. im ersten Beitrag. S. 3 f.

seiner thatsächlichen Grundlage, und daher der Wirkung gegen jeden Dritten entbehrt, wenn ihm diese entzogen ist. Er steht aber doch näher dem dinglichen, als dem obligatorischen Recht, er ist eine Vorstufe, eine beschränkte, unvollkommene Darstellung des dinglichen Rechts, er hat die dem obligatorischen Recht fehlende Fähigkeit, sich zum vollen dinglichen Recht zu entwickeln. Er ist häufig als vermuthetes, beginnendes, potenzielles Eigenthum bezeichnet worden. Diese Bezeichnungen sind nicht durchaus passend, denn nicht immer ist die Bestimmung des Besitzes, eine Aeußerung schon vorhandenen Eigenthums zu sein¹⁴⁾, oder Eigenthum zu werden; aber sie drücken doch aus: daß aus dem Besitz Eigenthum werden kann, daß er eine Vorstufe, eine Voraussetzung für das dingliche Recht ist.

Das RR. erkennt, wie schon bemerkt, den Besitz an sich als Rechtsverhältniß an. Das Recht des Besitzes wird dadurch begründet, daß man eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch einen Stellvertreter in seine Gewahrsam nimmt¹⁵⁾. Der Besitz ist also ein Recht, weil und wenn der Besitzer die Absicht hat, über die Sache für sich selbst zu verfügen, d. h. auf sie körperlich einzuwirken, und diese Absicht gegen die Sache bethätigen kann. Obgleich der Streit über die Natur des Besitzes schon in älterer Zeit geführt worden, so war es doch grade zur Zeit der Redaktion des RR. darüber still. Unklare Vorstellungen beherrschten die Litteratur, bei denen man sich beruhigte, ohne sie tiefer zu prüfen. Was seit Savigny eine Lebensfrage für Recht und Rechtswissenschaft zu werden schien, wurde damals „als eine bloße Schulfrage“ bei Seite geschoben¹⁶⁾. Es ist daher nicht auffällig, daß die Redaktoren die Frage, ob Recht oder Thatsache, nicht umständlich erörterten, sondern, beherrscht von den damaligen Vorstellungen, über diese „bloße Schulfrage“ hinweggingen. Gelegentliche Aeußerungen, die durch die Materialien bekannt geworden, zeigen, daß der Besitz, abgesehen davon, daß er als „Ausübung eines Rechts“ oder als „Ausübung des Eigenthumsrechts“ (Levenar)¹⁷⁾ auftritt, als „allgemeine Quelle von Sachenrechten“ (Suarez)¹⁸⁾, als „eine interimistische

¹⁴⁾ 1. 12. §. 1. D. XLI, 2. Nihil commune habet proprietas cum possessione. 1. 1. §. 2. D. XLIII, 17. Separata esse debet proprietas a possessione. Böcking S. 449 bei Note 4. In andern Stellen findet sich aber auch die Auffassung, daß der Besitz anfangendes Eigenthum sei. 1. 1. §. 1. D. XLI, 2. 1. 20. §. 2. D. XLI, 1.

¹⁵⁾ 1. 7. §. 3.

¹⁶⁾ Westphal, System des röm. R. über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung 1788. S. 35. Höpfner, Komm. §. 280. 281. erwähnt keiner Kontroverse, sondern ist unzweifelhaft über das jus possessionis, welches er als eigne Gattung neben das jus in re und das jus ad rem stellt.

¹⁷⁾ Mat. S. 116.

¹⁸⁾ Mat. S. 111.

Legitimation zu einer Sache“ (*Levenar*)¹⁹⁾, als „ein Mittel zum Erwerb des Eigenthums oder als ein Zwischenzustand, welcher die rechtliche Vermuthung des Eigenthums wirke“ (*Goßler*)²⁰⁾, angesehen wurde. Man zweifelte nicht daran, daß aus dem *facto s. statu possessionis* Rechte entspringen und trennte hiernach die Rechte und Pflichten, die dem Besitzer zukommen, *quia possidet*²¹⁾ — das Recht des Besitzes — von denjenigen Rechtsfolgen, die aus dem Titel entstehen, auf welchen sich der Besitz gründe — dem Recht zum Besitze. Hiernach ist im Wesentlichen auch der 7. Titel redigirt. Es umfassen die §§. 1—160. das erstere, die §§. 161—250. das letztere: nur einzelne Bestimmungen, die eigentlich dem letzteren angehören, sind dem ersteren untermischt²²⁾.

Es ist eine nahe liegende Frage, ob die Redaktoren des *AN.* da, wo sie bei dem Besitz vom römischen Recht abwichen, dem deutschen Recht gefolgt sind. Daß dies mit Bewußtsein, mit klarer Einsicht geschehen, kann gewiß nicht behauptet und auch nicht erwartet werden. Ueberhaupt ist die Frage nicht ganz richtig gestellt. Römisches und deutsches Recht haben seit der Reception nicht neben einander gestanden, sondern sie sind in einander geflossen. Die Reception ist ein Mischungsprozeß, das gemeine Recht enthält römische, kanonische und deutschrechtliche Elemente vermischt, und die Redaktoren des *AN.* haben nicht beliebig wählen können, ob sie dem römischen oder deutschen Recht folgen wollten. Im Allgemeinen kann man nur sagen, daß die Redaktoren, indem sie sich dem vorhandenen Rechtszustand anschlossen²³⁾, mit diesem die römischen, deutschen und kanonischen Elemente aufnahmen. Man nahm allgemeiner als im römischen Recht Besitz an, wo ein unmittelbares körperliches Verhältniß zur Sache vorhanden war, und dehnte den Besitz an Rechten weiter aus. Diese Erweiterungen lassen sich auf das deutsche und auf das kanonische Recht zurückführen. Auf das letztere, namentlich die große Ausdehnung des Besitzes an Rechten, auf das erstere welchem die scharfe Umgrenzung des Eigenthumsbegriffes, wie bei den Römern, unbekannt war,

¹⁹⁾ *Mat.* S. 116.

²⁰⁾ *Mat.* S. 201. 207. 277. 283.

²¹⁾ *Mat.* S. 111.

²²⁾ *Heydemann* S. 325 Note 604. Aus dem ersten Theil des 7. Titels gehören zum *jus possidendi* die §§. 10—42. 135. In den §§. 134—136. wird der Gegensatz zwischen dem *jus possessionis* und dem *jus possidendi* scharf dahin ausgedrückt: die Rechte des Besitzes hängen von der Beschaffenheit des Besitzes ab, das Recht zum Besitz von der Beschaffenheit des Titels, auf welchen sich der Besitz gründet. Bei der Redaction des *AN.* hat namentlich *Goßler* dem widersprochen, das *jus possidendi* in diesen Titel einzumischen, weil es nur als vermitteltes Eigenthum angesehen werden könne. *Mat.* S. 277.

²³⁾ *Koch*, *Komm.* Note * zu §. 1. I, 7. Vergl. die Urtheile über den Werth der Redaction des *AN.* über den Besitz von *Koch*, *Bej.* S. 7. *Bruno* S. 431. *Baron Abh.* S. 22. Das Urtheil des Letzteren ist doch wohl zu abstrakt.

die allgemeinere Annahme eines Besitzes²⁴⁾. Die Besitzklagen endlich haben im Mittelalter eine große Umwandlung erfahren; soweit das National-römische abgestreift ist, hat sich das *RR.* dem neueren Recht angeschlossen, aber auch die verworrenen gemeinrechtlichen Gestaltungen zu einem einfacheren Abschluß gebracht.

Zum Begriff des Besitzes gehören zwei wesentliche Momente: ein objektives oder körperliches, das physische Vermögen, auf eine Sache mit Ausschließung Anderer einzuwirken, oder, wie sich das *RR.* ungenau ausdrückt, über diese zu verfügen; ein subjektives oder geistiges: diese Einwirkung oder Verfügung vorzunehmen für sich selbst, die Absicht, den Willen in dieser Richtung zu haben²⁵⁾. Geht die Willensrichtung dahin, nicht für sich selbst sondern für einen Andern, in dessen Namen, also als dessen Stellvertreter über die Sache zu verfügen, so ist dies nicht Besitz, sondern *Gewahrsam*²⁶⁾. Auch diese *Gewahrsam* ist ein juristischer Begriff, ein Rechtsverhältnis, weil die Sache immer noch von einem gewissen Willen des Inhabers durchdrungen und beherrscht ist²⁷⁾. Wo es endlich an einer Durchdringung der Sache mit einem Willen fehlt, und nichts weiter übrig ist, als das körperliche Verhältnis zu ihr, da wird zwar auch von einer *Gewahrsam* gesprochen, aber diese *Gewahrsam* ist kein Rechtsbegriff. Wenn daher das *RR.* eine *Gewahrsam* ohne, selbst wider Willen des Inhabers anzunehmen scheint²⁸⁾, da wird das Wort unjuristisch verwendet, um die sachliche Grundlage des Besitzes, also das eine Moment in seinem Begriff zu bezeichnen, und es werden auch an einen solchen Zustand rechtliche Folgen nicht geknüpft. So ist denn im *RR.* wie im römischen Recht zwar ein Gegensatz von *possessio* und *detentio*, Besitz und *Gewahrsam* anerkannt, aber die Grenzlinie zwischen beiden Begriffen ist anders gelegt. Der Begriff des Besitzes und in Folge dessen seine Verwendung im Gebiete des Rechts ist im *RR.* weiter, weil die Willensrichtung allgemeiner gefaßt ist; überall, wo der Wille eigennützig ist, ist Besitz vorhanden, für die *Gewahrsam* bleibt nur das stellvertretende Innehaben. Daher haben die Nutzungsberechtigten, die im römischen Recht nur *Detentoren* sind, im preussischen Besitz.

Der Besitz wird nach verschiedenen Eintheilungsgründen in verschiedene Arten getheilt: nach dem Gegenstand in *Sachenbesitz* und

²⁴⁾ *Brunn* S. 315. 316. 328. 329. 338. *Hepdemann* S. 325.

²⁵⁾ *Entsch.* B. 55. S. 213.

²⁶⁾ §. 2. b. *L.* 1. 9. 18. pr. D. *XLI*, 2.

²⁷⁾ *Mater.* 117 zu §. 1—5.

²⁸⁾ §. 1. 138. b. *L.* *Mat.* S. 113. 603 f. *Schröter*, *civ. Verf.* I, 12 will zwischen einem grammatischen und juristischen Inhaber unterscheiden. *Gruchot* IV, 321 f. *Baron*, *Abg.* S. 13.

Rechtsbesitz²⁹⁾; nach der Willensrichtung in vollständigen und unvollständigen Besitz; nach dem Bewußtsein in redlichen und unredlichen, denen das *NR.* noch eine dritte Kategorie des unrechtfertigen Besitzes anschließt. Man sieht ohne Weiteres, daß diese Einteilung und der dadurch bedingte Sprachgebrauch von dem römischen Recht abweicht. Der Gegensatz des Sachen- und Rechtsbesitzes entspricht der *possessio* und *quasi-possessio* nicht genau, denn der Besitz an Rechten wird im *NR.* als ein wirklicher Besitz aufgefaßt³⁰⁾. Der Gegensatz von vollständigem und unvollständigem Besitz hat im römischen Recht keinen Parallellismus. Zwar hat Savigny den Begriff eines f. g. abgeleiteten Besitzes für das römische Recht aufgestellt³¹⁾, mit welchem der unvollständige Besitz insofern in Verwandtschaft steht, als bei beiden die besondere Willensrichtung, die Sache als eigene zu besitzen (der *animus domini*), nicht erfordert wird; allein der abgeleitete Besitz, wie ihn Savigny darstellt, ist eine Ausnahme, die nur gilt, wo das positive Recht sie gebietet³²⁾, der unvollständige Besitz ist ein zu gleichem Recht

²⁹⁾ Windscheid I, 445 f. II, 676 Note 3 erklärt den Ausdruck „Besitz eines Rechts“ zwar für bequem aber für unpassend. Was er an die Stelle setzen will, „that-sächliche Geltendmachung eines Willensinhalts, dessen rechtliche Anerkennung ein bestimmtes Recht ausmachen würde.“ ist denn doch etwas zu unbequem.

³⁰⁾ Heydemann S. 329. Koch, Bes. S. 108.

³¹⁾ Savigny S. 282 §. 23—25. Der abgeleitete Besitz entsteht durch eine Uebertragung des *jus possessionis* auf einen Andern, der, weil das Eigentum nicht mit übertragen ist, den *animus domini* nicht haben kann. Dies geschieht nach Savigny in folgenden Fällen (§. 24): der *Emphyteuta*, der Pfandgläubiger erwerben den *Interdictenbesitz*, während bei dem *Depositum* und *Precarium* (§. 25) die *Tentation* theils mit, theils ohne Besitz übertragen werden kann. Andere rechnen noch andere Fälle hierher, so Pangerow den *Sequester* (siehe hierüber oben B. 2. §. 139. Note 100). Die meisten Pfandgläubiger nehmen mit Savigny den Begriff des abgeleiteten Besitzes an. Dagegen haben sich Andere, namentlich Kierulff (I, 352), Böcking (Pand. I, S. 451 f.), Penz (S. 104) erklärt. Die beiden Ersteren behaupten, jeder Besitzer (also auch in den Fällen des f. g. abgeleiteten Besitzes) habe den *animus domini*, d. h. er wolle faktisch Herr des Objekts sein, der Letztere meint, in der Regel wolle der Besitzer Herr des Objekts ganz und für immer sein, aber in einigen Fällen wolle er es nicht für immer, sondern nur auf Zeit sein. Die letzteren Fälle sind diejenigen, die sonst als abgeleiteter Besitz angesehen werden. Gegen jene Ansicht wird geltend gemacht, daß dem *animus domini* ein zu weiter Sinn untergelegt werde. Man kann aber ebenso gut sagen, daß ihm die herrschende Meinung einen zu engen Sinn unterlegt, indem sie ihn als den Willen des Eigentümers auffaßt, was weder in dem Begriff des Besitzes liegt, noch aus den Quellen herauszulesen ist (S. unten §. 160 Note 9). „Bedürfnis und Statthastigkeit der ganzen, dem römischen und unserem Recht fremden Unterscheidung zwischen f. g. ursprünglichem und f. g. abgeleitetem Besitz fällt mit der richtigen Auffassung des *animus possidendi* hinweg.“ Böcking S. 452. Vergl. auch Schmidt, das *Commodatum* und *Precarium*. 1841. Gegen Penz aber spricht, daß der, welcher als Eigentümer unter Resolutivebedingung besitzt, doch gewiß ursprünglicher Besitzer ist, obschon er nicht für immer besitzen will. S. auch Randa S. 13 Note 24.

³²⁾ Savigny S. 282. 283.

neben den vollständigen Besitz gestellter allgemeiner Begriff, der auch auf Fälle Anwendung findet, bei denen das römische Recht keinen Besitz anerkannte³³⁾. Auch ist das Verhältniß des abgeleiteten Besitzes zum ursprünglichen ein anderes, wie das des unvollständigen zum vollständigen. Neben dem abgeleiteten kann der ursprüngliche Besitz nicht mehr bestehen. Neben dem unvollständigen Besitz aber besteht der vollständige, so daß in diesem Fall der letztere für die Dauer des unvollständigen ein ideales Rechtsverhältniß, ein Rechtsanspruch geworden ist³⁴⁾. Der Gegensatz von redlichem und unredlichem Besitz ist natürlich auch dem römischen Recht bekannt: er gehört aber nicht dem Recht des Besitzes, sondern dem Recht zum Besitze an. Den Begriff des unrechtfertigen Besitzes kennt das römische Recht nicht. Auf der andern Seite sind die Eintheilungen des letztern in *civilis* und *naturalis possessio* nicht in das preussische Recht übergegangen, obschon Suarez der Meinung war, daß der vollständige und unvollständige Besitz diesem Gegensatz entspräche³⁵⁾. Dies kann nur insofern zugegeben werden, als der unvollständige Besitz nicht erzfugungsfähig ist, aber es ist insofern falsch, als die Eintheilung des römischen Rechts auf der Verschiedenheit der Wirkungen, die des preussischen Rechts auf der Verschiedenheit des Besitzwillens beruht³⁶⁾. An einzelnen Stellen finden sich ferner im *AK.* und in der *AGD.* die Ausdrücke „wirklicher Besitz“, „Naturalbesitz“, „eingetragener Besitz“; der erste drückt in der Regel den Gegensatz zum bloßen Gewahrsam oder zu der noch nicht that-

³³⁾ Die Gebrauchs- und Nuzungsrechte, zu denen das *AK.* auch die Personalerbitut des Nießbrauchs rechnet. — Man kann daher nicht mit Gruchot IV, 326 sagen, der römische Begriff des abgeleiteten Besitzes enthalte den Keim zum unvollständigen; ganz abgesehen davon, daß überhaupt sehr streitig ist, ob der abgeleitete Besitz ein Begriff des römischen Rechts oder eine Erfindung von Savigny ist. Wie der Verf. aus einem ihm mitgetheilten nachgeschriebenen Hest von Savigny's Vorlesung über *AK.* ersehen, hat letzterer den unvollständigen Besitz als „etwas ganz Neues“ bezeichnet. Vergl. noch Heydem. I, 328.

³⁴⁾ §. 124. d. *E.* Entsch. B. 48. S. 47f.

³⁵⁾ *Mat.* 113. 118. 175. Der Sache nach schon bei Berger, *oecon. jur.* II. 6. cap. 1. nr. 2.

³⁶⁾ Ueber die Bedeutung der *poss. natur.* im Gegensatz zur *p. civilis* ist unter den gemeinrechtlichen Juristen noch Streit. Erschwert wird die Feststellung einer sicheren Terminologie dadurch, daß auch die römischen Juristen eine solche keineswegs festgehalten haben. Herrschend ist die Ansicht von Savigny (§. 7), welcher eine dreifache Terminologie aufstellt: *poss. civilis*, der *Ufucapionsbesitz*, *possessio schlechthin* (zuweilen auch *poss. nat.*), der *Interdictenbesitz* ohne *Ufucapionsfähigkeit*, *poss. natur.* im eigentlichen Sinn, der Besitz ohne Schutz durch *Interdicte*. Andererseits ist der Gegensatz darin gefunden worden, daß *p. civ.* den *Ufucapions-* und *Interdictenbesitz*, *p. nat.* den Besitz, dem beides abgehe, bedeute. Drittens ist behauptet, *p. civ.* sei der Besitz mit *animus domini*, *p. nat.* ohne *animus domini*. S. überhaupt Vangerow I, 348 §. 199 und Winbseid I, 400. Note 12, der sich zwar im Wesentlichen der Ansicht von Vangerow anschließt, der Sache aber dadurch nicht dient, daß er im Text der herkömmlichen Terminologie die Worte: „natürlicher“, „wirklicher aber nicht juristischer“, „bloß juristischer Besitz“ substituirt.

fächlich gewordenen Beherrschung der Sache³⁷⁾, der zweite den Gegensatz zum Besitzrecht ohne Gewahrsam³⁸⁾ aus, und der letztere bezieht sich auf die Eintragung in die Grundbücher³⁹⁾. Daß im gemeinen Leben das Wort Besitz oft zur Bezeichnung von Eigenthum oder Vermögen gebraucht wird, bedarf nicht besonderer Erwähnung. Das *RM.* hat sich von diesem untechnischen Sprachgebrauch nicht freigehalten⁴⁰⁾. „Titulirter Besitz“ ist derjenige, der auf einem gültigen besonderen Rechtsgrunde beruht⁴¹⁾. Der oft gebrauchte Ausdruck „juristischer Besitz“ ist nicht technisch⁴²⁾; er wird in verschiedener Bedeutung angewendet, so daß es besser wäre, ihn aufzugeben, um Mißverständnisse zu vermeiden. Bald bezeichnet man damit den vollständigen titulirten (usucapionsfähigen) Besitz, bald das ohne Gewahrsam fortdauernde Besitzrecht, und in den gemeinrechtlichen Schriften auch den Besitz mit rechtlichen Folgen, also gegenüber der *detentio*. Endlich ist noch der fingirte Besitz zu erwähnen, d. h. der Fall, wo die Gesetze Jemand als Besitzer behandeln, obgleich er es in Wirklichkeit nicht ist, und nicht sein will. Das sind prozessualische Fiktionen: *qui dolo desit possidere* und *qui liti se obtulit*⁴³⁾.

³⁷⁾ Wirklicher Besitz: §. 43. d. *Z.* (Gegensatz von Gewahrsam), §. 54. d. *Z.* (wo nach der Ansicht des D.-Erb. damit der vollständige Besitz bezeichnet ist, s. unten §. 160. bei Note 41. 43). I, 9. §. 646 (der thatsächlich ergriffene Besitz). I, 15. §. 11. (Gegensatz zum Inhaber). I, 17. §. 73 (der Gegensatz zum dinglichen Anspruch auf die Sache). I, 18. §. 18 (in gleichem Sinne). *ABD.* I, 14. §. 8. (Entfernung aus dem wirklichen Besitze). Ueberall hat das Wort wirklich die Bedeutung des Thatsächlichen, Realen, im Gegensatz zum Gedachten, Symbolischen, Fingirten. So auch, wo von wirklicher Uebergabe die Rede ist, I, 10. §. 1. Heydemann S. 353 Note 672.

³⁸⁾ Naturalbesitz und Naturalgewahrsam (letzterer nur ein Pleonasmus): I, 12. §. 453. I, 20. §. 105. 107. 109. 275. Naturalübergabe, so viel als körperliche: I, 11. §. 475. I, 20. §. 276. Heydemann S. 328 Note 614.

³⁹⁾ Eingetragener Besitz I, 10. §. 7. 9. 11. II, 17. §. 27. In §. 86. ist dafür „bürgerlicher Besitz“ gesagt. Heydem. daß. Der Ausdruck *Civilbesitz* kommt im Gesetzbuch nicht vor, wird aber von der Praxis häufig für den eingetragenen B. gebraucht. Koch S. 53. 54.

⁴⁰⁾ Vergl. I, 12. §. 41. 42. 452. 453. 454. I, 18. §. 681. I, 19. §. 7. 8. I, 20. §. 404. Ueber einen gleichen Sprachgebrauch bei den Römern s. Savigny S. 104.

⁴¹⁾ §. 8. 135. d. *Z.* Der vollständige titulirte Besitz entspricht dem *Usucapionsbesitz* bei den Römern. Mater. S. 11 §. 16. S. 49 §. 463 („rechtsförmlicher Besitzer“; dieser Ausdruck war nicht ungeschickt gewählt, konnte aber nicht durch „rechtmäßiger“ ersetzt werden, wie Suarez vorschlug). S. 117. 119 oben. S. 211 §. 7. S. 349 §. 8.

⁴²⁾ Das *RM.* kennt ihn nicht, er kommt nur bei den Schriftstellern und in der Praxis vor.

⁴³⁾ I, 15. §. 12—15. Das *RM.* betrachtet aber den falschen Besitzer (*qui liti se obtulit*) und den bösen Veräußerer (*qui dolo desit possidere*) nicht als fingirte Besitzer, wie das römische Recht, denn sie hatten dem *Usucapionskläger* nicht für Herausgabe der Sache, sondern nur für das Interesse. Hiernach ist auch der Satz *dolus pro possessione est* (I. 131. 157. §. 1. de R. J.) im preuß. R. eigentlich nicht anerkannt. Vergl. I. 25. 26. 27. pr. D. VI, 1. l. 45. D. V, 3. l. 27. §. 3. D. VI, 1. l. 20. §. 6. l. 25. §. 2. D. V, 3. Koch, Bes. S. 103 f.

§. 158. Das Subjekt des Besitzes.

I. Das römische Recht verlangt zum Besitz die allgemeine Rechtsfähigkeit des Besitzers, und entzieht daher den gewaltunterworfenen Personen, den Hauskindern (und Sklaven), die Besitzfähigkeit; sie können nur detiniren¹⁾. Das steht im heutigen Recht anders: Hauskinder sind nicht rechtsunfähig²⁾, folglich auch nicht besitzunfähig. Aber da zum Besitz eine Aeußerung des Willens gehört, die ihm erst den Charakter des Rechts aufprägt, so fragt sich weiter, ob Personen, die des Willens entbehren, also handlungsunfähig sind, besitzen, d. h. Besitz erwerben können: Kinder, Unmündige, Wahnsinnige. Nach römischem Recht ist der Beitritt des Vermundes zum Besitzerwerb nöthig, weil solche Personen *affectionem tenendi non habent*³⁾. Es soll also der Vormund den ihnen fehlenden Besitzwillen ergänzen. Und dies hat bei dem Besitz, obwohl sein Erwerb Gewinn ist und praktisch die Frage nur bei geschenkten oder gefundenen Sachen hervortritt, weil in allen anderen Fällen mit dem Erwerb die Uebernahme von Verpflichtungen verbunden ist, auch seine Rechtfertigung; denn zum Begriff des Besitzerwerbs gehört das aktive, thätige Wollen, welches in der körperlichen Einwirkung auf das Object seinen Ausdruck erhält, das letztere für sich allein ohne jenen Willen reicht nicht aus. Aber es ist dem praktischen Sinn der Römer nicht entgangen, daß der Wille zu besitzen sich leichter und früher entwickelt, und sie haben daher den Pupillen gestattet, Besitz zu erwerben, si ejus aetatis sint, ut intellectum habeant, wenn sie wissen können, was sie wollen⁴⁾. Das ist eine im einzelnen Fall zu beantwortende factische Frage. Das RR. läßt Kinder und Geistesfranke nicht Besitz erwerben, es kann aber jeder Dritte ihren fehlenden Willen ergänzen und für sie den Besitz ergreifen⁵⁾.

¹⁾ I. 24. I. 30. §. 3. I. 49. §. 1. D. XLI, 2. I. 93. 118. de R. J. Savigny §. 9. S. 126 f. „Der Satz gründet sich offenbar auf die allgemeine Regel, daß der Sohn überhaupt kein Vermögensrecht haben könne.“ Lenz S. 90. 91. „Warum hatten aber die Gewaltunterworfenen keine Besitzfähigkeit? Man kann darauf nur antworten: das ist sehr natürlich, da sie überhaupt keine Rechte haben konnten. Aber man darf doch nur so antworten, wenn man den Besitz als ein Recht betrachtet.“ Der Satz galt nicht in Betreff des *peculium castrense*. I. 4. §. 1. D. XLI, 3., im späteren Recht überhaupt nicht mehr vom *peculium adventitium*.

²⁾ Oben B. 1. S. 83. 84. 132. 135. RR. II, 2. §. 123. 124. 125. Rechtsunfähig und daher auch besitzunfähig sind aber Mündche und Mennchen nach abgelegtem Gelübde. RR. II, 11. §. 1200. Vergl. c. 6. X. III, 5.

³⁾ I. 1. §. 3. D. XLI, 2.

⁴⁾ I. 1. §. 3. D. XLI, 2. Vergl. hierzu I. 3. 13. 32. §. 2. cod. I. 3. C. VII, 32. Denzinger im Arch. f. civ. Pr. Bd. 31. S. 268 f. 425 f. Puchta. II. Schr. Nr. 19. Lenz S. 159, welcher die I. 1. §. 3. aber auch auf Kinder unter 7 Jahren für anwendbar hält, si intellectum habeant.

⁵⁾ I. 4. §. 20. I, 11. §. 106 (Oben B. 2. §. 122 bei Note 43). I. 7. §. 44. „Soweit jemand seinen Willen zu erklären unfähig ist, soweit kann er durch sich selbst keinen

Da Unmündige für so weit willensfähig erachtet werden, um Vortheile zu erwerben, so können sie auch unter dieser Voraussetzung Besitz erwerben⁶⁾.

II. Die Regel *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* wird übereinstimmend dahin gedeutet, daß die Ausschließlichkeit, die im Wesen des Besitzes liegt, den gleichzeitigen Besitz Mehrerer in der Art, daß jeder die Sache ganz besitzt, unmöglich macht⁷⁾. Aber wie schon die römischen Juristen sich die Frage aufgeworfen haben, ob nicht neben der *justa possessio* des Einen die *injusta possessio* des Andern an demselben Objekt, ob nicht der Besitz des Eigentümers neben dem des Präkaristen fortbauere, endlich ob nicht neben der *naturalis* die *civilis possessio* möglich sei⁸⁾, so ist auch nach *MD.* zu fragen, ob jener Grundsatz nicht dadurch eingeschränkt werde, daß doch jedenfalls neben dem unvollständigen Besitz der vollständige an der Sache bestehen bleibe⁹⁾. In der That aber sind alle diese Erscheinungen nicht geeignet, jenen Satz einzuschränken, denn was bei dem *justus possessor*, bei dem *rogatus*, bei dem *civilis possessor*, bei dem vollständigen Besitzer zurückbleibt, ist zwar nicht die Gewahrsam, welche vielmehr der *injustus*, der *naturalis possessor*, der *praecario rogans* und der unvollständige Besitzer ausschließlich erlangt haben, sondern das Klagerrecht, die Möglichkeit, den Besitz wieder zu erlangen und damit ihren Besitzwillen wieder im Objekt zu verwirklichen¹⁰⁾; sodann ist aber während der Zwischenzeit bei dem vollständigen Besitzer der Besitzwille zurückgeblieben, welcher durch den Willen des unvollständigen Besitzers nicht aufgehoben ist, mit ihm nicht kollidirt, sondern neben ihm bestehen kann, und die Gewahrsam setzt der unvoll-

Besitz erlangen.“ Koch S. 164 fg. nimmt an, daß hier die physische Unfähigkeit gemeint sei, so daß diese Stelle mit der l. 1. §. 3. D. XLI, 1. übereinstimme. Im Kommentar Note 20 Abs. 2 zu §. 44. sieht er den Zweifel als erledigt an durch die Erwägung, daß der Besitz kein Rechtsverhältnis, die Besitzhandlung also kein Rechtsgeschäft sei. — Aus §. 20. I, 4. folgt, daß Kinder unter 7 Jahren immer unfähig sind, Besitz zu erwerben, selbst wenn sie in ihrer Willensfähigkeit vorgeschritten wären. Mater. S. 10. 11. Nach S. 132 fehlte der jetzige §. 44. im ersten Entwurf zwischen §. 36. 37. S. 205. 230. 231. 233. 356 und S. 48. Vergl. hierüber noch Bornemann I, 244 f. und Kuhne in der jur. Wochenchr. 1844. S. 181 f., 197 f. Heydemann S. 349 erklärt das „soweit“ aus I, 4. §. 21. durch „insfern.“

⁶⁾ I, 4. §. 21.

⁷⁾ l. 5. §. 15. D. XIII, 6. l. 3. §. 5. D. XLI, 2. Savigny §. 11. S. 170 ff. Koch S. 116. Kanda S. 153 f. *MD.* §. 1. b. T. „mit Ausschließung Anderer“ ist ein Moment im Begriff des Besitzes.

⁸⁾ Ueber diese Kontroverse der röm. Juristen s. Savigny a. a. D. Lenz S. 135 f. §. 124. 169. b. T. Koch S. 117.

¹⁰⁾ Mit Recht sagt Lenz S. 136 Note 1: „Das Nähere gehört in die Interdikttenlehre.“ Vergl. v. d. Hagen, über den nach l. 15. §. 4. de prec. stattfindenden Besitz des *praecario rogans* und des *rogatus*. 1840. und Rudorff, Zusätze zu Sav. Nr. 49. S. 627 fg. Kanda S. 154.

ständige Besitzer, obgleich er aus eigenem Recht besitzt und insofern nicht eigentlich Stellvertreter ist*), doch insofern für den vollständigen Besitzer fort, als er die Sache nicht als seine eigene, sondern als eine fremde innehat. Jener Grundsatz wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß dieselbe Sache Mehreren ganz übergeben werden kann, dem Einen nämlich körperlich, dem Andern symbolisch, oder Beiden symbolisch¹¹⁾, denn im ersten Fall verschafft nur die körperliche Uebergabe den Besitz, die symbolische ist bedeutungslos, in dem zweiten Fall besitzt Keiner, der nicht die Sache körperlich ergriffen hat¹²⁾.

III. Trotzdem ist ein Mitbesitz Mehrerer an derselben Sache denkbar: zu ideellen Antheilen (*compossessio pro indiviso*)¹³⁾. Die Sache bleibt hier ungetheilt, das gemeinschaftliche Objekt für Alle, aber Jeder legt seinen Besitzwillen nur soweit in die Sache, als ihm durch den in sie gelegten Besitzwillen des Andern noch Raum frei gelassen, keiner ergreift mit seinem Willen die ganze Sache für sich allein¹⁴⁾. Das Besitzrecht jedes Einzelnen ist beschränkt durch das des Andern, aber die Sache ist nicht in Theile zerlegt. Und weil zum Wollen auch das Wissen, das klare Bewußtsein, wie weit man wollen darf, gehört, so ist ein ideeller Mitbesitz nur dann möglich, wenn Jeder weiß, wie weit er durch den Antheil der Andern beschränkt wird¹⁵⁾. Der Besitz verschiedener Personen an einzelnen Theilen derselben Sache (*compossessio pro diviso*) ist nicht Mitbesitz, denn Jeder besitzt seinen Theil besonders, und auf die übrigen Theile bezieht sich sein Besitzrecht nicht¹⁶⁾.

*) Er kann für den Eigentümer nicht Besitz erwerben (unten §. 160 bei Note 119) und dieser durch ihn den Besitz nicht verlieren (unten §. 161. bei Note 82 fg. und §. 103. d. I.).

¹¹⁾ Oder durch Willenserklärung. Strieth. B. 48. S. 21.

¹²⁾ §. 74—76. d. I. Koch S. 118f. Lenz, Studien und Kritiken S. 205 ff. Gruchot IV, 491 f. Heydemann S. 359. Die symbolische Uebergabe ist eben keine Art des Besitzes, weil die eigene Apprehension fehlt (s. unten §. 160 Note 61). Gofler (Mater. S. 242 a. E.) monirte mit Recht: „Das Symbolum wird ein Nichts, wenn die Wahrheit fehlt, und für denjenigen, welcher eine Sache wirklich in seiner Gewahrsam hat, spricht die That selbst.“

¹³⁾ Koch S. 125. Sav. §. 11. S. 170. 171. Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 85 fg. Nanda S. 155 f. bes. S. 165 f. l. 26. D. XLI, 2.

¹⁴⁾ Mitbesitz an einer Luftsäule. Strieth. B. 4. S. 225.

¹⁵⁾ l. 32. §. 2. D. XLI, 3. Lenz S. 117. Rudorff zu Puchta, 5. A. B. 1. S. 486 f. und zu Sav. Zus. 79. S. 650; Savigny's Erklärung des *mera subtilitate* ist nicht haltbar (§. 22. Note 4. S. 262). Böcking S. 459 R. 11*. Nanda S. 168 ist noch bei dieser Interpretation stehen geblieben. Aus l. 26. D. cod. folgt, daß der Bruchtheil durch irgend einen Rechtsgrund (*ex emtione vel qualibet alia ex causa*) bestimmt sein muß. Böcking S. 459 Note 11.

¹⁶⁾ Ein solcher Besitz *pro partibus divisus* ist nur bei Grundstücken (*pro regionibus*) denkbar, und selbst hier nur uneigentlich, weil jede *certa regio* ein Grundstück für sich ist. Bei Häusern und beweglichen Sachen ist ein Mitbesitz *pro diviso*

Das RR. kennt einen gemeinschaftlichen Besitz oder einen Mitbesitz an gemeinschaftlichen Sachen¹⁷⁾. Es ist unzweifelhaft, daß unter diesem Mitbesitz ein Besitz Mehrerer nach Antheilen verstanden wird. Der Antheil des Einzelnen ist sein besonderes Besitzrecht¹⁸⁾, und steht dessen Umfang im Verhältniß zu den Antheilen der Uebrigen nicht fest, so wird die Gleichheit der Antheile vermuthet¹⁹⁾. Verfügungen über den Besitz der gemeinschaftlichen Sache können die Besitzer nur in Gemeinschaft vornehmen²⁰⁾. Auch die Gewahrsam muß eine gemeinschaftliche sein. Nur wo dies nicht möglich, soll der, welchem der größte Antheil gebührt, oder bei durchweg gleichen Antheilen, der, welcher die bessere Sicherheit bieten kann, sonst der durch das Loos bestimmte Mitbesitzer die Sache verwahren²¹⁾.

IV. Juristische Personen, Korporationen, Gemeinden sind besitzfähig²²⁾. Ihr Besitz ist nicht Mitbesitz: die ideale Personeneinheit besitzt allein, der ihr fehlende Besitzwille wird von ihren Organen ergänzt. Es wird später zu zeigen sein²³⁾, daß das RR. den Mitbesitz und den Korporationsbesitz nicht scharf auseinander gehalten hat, was seine Erklärung theils darin findet, daß sich im deutschen Recht das Verhältniß der juristischen Einheit zu den durch diese Einheit verbundenen mehreren Personen sehr mannichfach gestaltet hat, theils in der dunklen Annahme der Redaktoren, daß durch den Mitbesitz an einer von Natur untheilbaren Sache eine Einheit unter den Mitbesitzern entstehe²⁴⁾.

undenkbar. Stodwerke oder einzelne Zimmer sind ebensowenig selbständige Sachen, wie das Haus getrennt vom Grund und Boden. I. 8. D. VI, 1. Sav. §. 22. S. 260. Oblig. R. I, S. 317. Feuz S. 138. Randa S. 156. 157 f.

17) §. 24 25. 88. 89. b. E.

18) Jeder vertritt seine Unrecllichkeit nur auf seinen Antheil (§. 24), er verpflichtet sich nur auf seinen Antheil und kann den Andern auf ihren Antheil nichts vergeben (§. 88. 89.). Unklar ist das Institut des Mitbesitzes geworden durch §. 25. Darüber unten §. 163 bei Note 28.

19) Arg. I, 17. §. 2. Dadurch ist der in der I. 32. §. 2. D. XLI, 3. ausgesprochene Grundsatz modificirt, sofern nach preuß. R. das Gesetz den etwaigen Zweifel entscheidet. Es ist aber auch nach preuß. R. ein Mitbesitz pro parte incerta undenkbar. Göppert, Beiträge 3, Lehre v. Miteigenthum, S. 99. Ohne Grund dagegen Silberschlag in der pr. Anw.-Z. 1865. S. 817 f. S. unten §. 160. bei Note 20.

20) I, 17. §. 10.

21) I, 17. §. 25—28.

22) Und zwar utilitatis causa. I. 1. §. 22. I. 2. D. XLI, 2. Sav. S. 317. Koch S. 70. 159. Die schlaussinnige Bemerkung von Böcking (S. 450 Note 8 und S. 461 Note 25), daß ein possidère und ein possidère zu unterscheiden sei (wie considère und considere, von denen jenes Besitz erwerben, dieses besitzen bedeute, muß der Prüfung der Philologen überlassen bleiben.

23) Unten §. 163. bei Note 28 fg.

24) Heydemann S. 342 Note 642, wo die Ansichten von Gösler und Suarez mitgetheilt sind. S. auch Mater. S. 221. Gruchot IV, 338.

§. 159. Der Gegenstand des Besitzes.

Sachen und Rechte sind Gegenstände des Besitzes. Sachen in dem engeren Sinne, räumlich begrenzte, d. h. Körper, bewegliche und unbewegliche¹⁾. Das römische Recht verlangt, daß die Sache fähig sei, besessen zu werden, d. h. daß sie nicht dem Rechtsverkehr entzogen ist²⁾. Das preussische Recht schweigt hierüber, aber es ist die gleiche Regel anzunehmen. Sachen, die von Natur dem Verkehr unzugänglich sind, weil sich an ihnen eine ausschließliche Benutzung durch Einzelne nicht denken läßt³⁾, scheiden von selbst aus. Sachen, die durch das positive Recht (Gesetz) dem Verkehr entzogen sind, können auch nicht besessen werden⁴⁾. Aber wenn die Verkehrsentziehung nur auf Privatverfügung beruht, ist dies nicht zu sagen.

Wichtiger ist die Erörterung, welche Rechte besessen werden können⁵⁾. Die Bestimmungen des A. R. müssen aus dem damaligen gemeinen Recht,

¹⁾ I. 3. pr. D. XLI, 2. 1. 4. §. 27. D. XLI, 3. Sav. S. 191. Pomponius in der I. 30. pr. D. XLI, 3. unterscheidet drei Arten von Körpern: corpus unitum, ut homo, lignum, lapis, corpus connexum, ut aedificium, navis, armarium, corpora uni nomini subjecta, veluti populus, grex, legio. Bei einem Inbegriff ist nicht dieser als Ganzes, sondern die einzelnen Stücke sind die Gegenstände des Besitzes. I. 30. §. 2. D. XLI, 3. Vergl. über die verschiedenen Arten von Mobilien die interessante Erörterung von Lenz S. 120 ff. Grundstücke, abgegrenzte Theile der Erboberfläche, bestehen nur in der Absicht des Besitzers als Spezien: si fundi animo cum habuimus in der I. 60. pr. de V. S. Lenz S. 130 f.

²⁾ I. 23. §. 1. 3. D. XLI, 2. 1. 15. D. XLI, 3. Ausgeschlossen waren also res divini juris (I. 30. §. 1. D. XLI, 2), res publicae, omnium communes (I. 3. §. 17. I. 30. §. 3. cod.)

³⁾ Oben B. 1. S. 100. Luft, fließendes Wasser, Meer I. 2. D. 1, 8. Senff. VII, 144. Es kann aber die Luftsäule über einem Grundstück, stehendes, gefrorenes oder gestautes Wasser Gegenstand des Besitzes sein. Nanda S. 98. Unten §. 168. Fischerei im Meere, Entsch. B. 53. S. 14 f.

⁴⁾ Koch, Bef. S. 107 meint, daß die Grundsätze des A. R. vom römischen R. abweichen, denn wenn solche Sachen auch nicht usucapirt werden können, so habe doch jeder Inhaber einer res publica oder religiosa den Schutz durch die Besitzklagen. Aber abgesehen von den Fällen, wo das Gesetz den Besitz bestimmter Sachen den Privatpersonen verbietet (z. B. Munitionens- und Mentirungsgegenstände), so kann auch bei solchen Sachen eine Gewahrsam im technischen Sinn, ein Innehaben für einen Andern, nicht gedacht werden. Ein Innehaben für sich selbst (Besitz) ist aber gewiß unzulässig. Man kann sich dafür auf §. 581. I. 9. berufen. Vorausgesetzt wird freilich, daß die Verkehrsentziehung erkennbar ist. Vergl. z. B. Entsch. B. 51. S. 105 oben. Die Entsch. bei Senffert IX, 159 schließt den Besitz an einem Platz, von dem streitig war, ob er eine res publica war. Fischerei im Meere ist nicht Gegenstand des Besitzes. Entsch. B. 53. S. 14.

⁵⁾ Savigny S. 190, §. 12. S. 472 f. §. 44—47. Duncker in der Zeitschr. für deutsches R. B. 2. S. 26 ff. Bruns S. 77. 86. 119. 128. 185—219. 328. 475. Nanda S. 235 fg. — Koch S. 107 f. Heydemann I, 329 fg. und die Aufsätze von Baron und Korte bei Gruchot B. 5 S. 79 und 101.

welches erhebliche Abweichungen vom römischen Recht enthielt, erklärt werden. Das *AdR.* stellt den Besitz an Rechten ganz parallel dem Sachenbesitz, der körperlichen Einwirkung bei letzterem entspricht hier die Ausübung des Rechts und die Richtung des Willens bestimmt, ob man nur Inhaber, oder unvollständiger oder vollständiger Besitzer des Rechts ist⁶⁾. Der Begriff der Gewahrsam ist nicht anwendbar⁷⁾. Der Rechtsbesitz ist auch steter Begleiter des unvollständigen Sachenbesitzes: „Der unvollständige Besitzer der Sache ist vollständiger Besitzer des Rechts „dessen er darüber sich annaht““, d. h. welches er an der Sache ausübt⁸⁾.

Im römischen Recht ist die *juris* oder *quasi possessio* nur zugelassen bei der *Servitut*, der *Emphyteusis* und *Superficies*, und es zeigt sich hierin, wie wenig man geneigt war, den Besitz von den körperlichen Sachen abzulösen⁹⁾. Die Glossatoren sind noch hierbei stehen geblieben¹⁰⁾. Dagegen sind im kanonischen Recht, durch die kirchlichen Verhältnisse hervorggerufen, bedeutend erweiterte Anwendungen des Rechtsbesitzes ausgebildet, bei denen zum Theil eine Beziehung auf eine Sache nicht entfernt mehr vorhanden war, zum Theil nur ein Zusammenhang mit einem bestimmten Bezirk, einer Ortschaft bestand. Aus dem deutschen Rechte sind noch fernere Fälle des Besitzes von Rechten hinzugefügt, bei denen wieder eine unmittelbare Beziehung auf Grundstücke hervortritt. Durch die Untersuchungen von Duncker und Bruns ist diese Entwicklung dogmengeschichtlich aufgeklärt. Gegenstände des Besitzes waren hiernach geworden: die kirchlichen Hoheitsrechte, die kirchlichen Ämter und Würden, die damit verknüpften Benefizien und Pfründen, die Patronats- und Präsentationsrechte, die Regalien, Zehnten und Reallasten, die persönlichen Zustandsrechte¹¹⁾. Die Verschiedenheit dieser Fälle zeigt, daß das kanonische Recht bei allen Rechten Besitz annahm, die eine fortdauernde Aus-

⁶⁾ §. 4. 5. d. I.

⁷⁾ Mater. S. 202. 205. Studien S. 604.

⁸⁾ §. 9. d. I. Studien 605. Mater. 213.

⁹⁾ I. 4. §. 27. D. XLI, 3. quia nec possideri intelligitur jus incorporale. Der Rechtsbesitz war den Römern nur ein uneigentlicher Besitz, eine *quasi possessio*. Sav. S. 192. Puchta im *Rechtlex.* B. 2. S. 66f. Bruns S. 77.

¹⁰⁾ Bruns S. 119fg. *Rogetius*: *incorporalia proprie possideri non possunt, sed quasi possessio ex juris civilis interpretatione in his recepta est.* *Akturfluß*: *Incorporalia, ut servitutes, improprie quis dicitur possidere, et magis improprie creditor jus quod habet in debito, impropriissime, cum ipse debitor dicitur hoc jus possidere.* Doch zeigen sich schon einzelne Einwirkungen der Auffassung des kanonischen Rechts, z. B. bei Willius Besitzschutz für Pachtzinsen. Bruns 121f.

¹¹⁾ S. bes. Bruns S. 185f. 237f., wo zahlreiche Quellenbelege beigebracht sind. Mit Recht bemerkt er S. 329 Note 1 gegen Duncker, daß die Auffassung des kanon. Rechts nicht aus dem deutschen herzuleiten ist. — Streiftig blieb, ob auch das gegenseitige Recht der Ehegatten Gegenstand des Besitzes sei. In den *Dekretalen* ist dies wiederholt behauptet. Bruns S. 191fg.

übung und damit auch eine Störung oder Entziehung der Ausübung möglich erscheinen lassen, daß aber ein sachliches Element als Unterlage nicht erfordert wurde. Aus dem deutschen Recht kam hierzu der Besitz an solchen Rechten, die auf Grund und Boden radizirt waren, bei denen eine Gewere am Gute angenommen wurde: das Erbzinsrecht und das Lehn. Daher wurden auch alle diejenigen Rechte, welche Gegenstand einer Verleihung waren, Gegenstände des Besitzes: das Herzogthum, die Grafschaft, die Gerichtsbarkeit, die Regalien, Zölle, Zehnten, Grundzinsen, Dienste, bei denen allen eine Beziehung zu einem bestimmten Gute, mit welchem das Recht dinglich verbunden war, bestand¹²⁾. In dieser Ausdehnung ist nach der Reception des römischen Rechts der Rechtsbesitz festgehalten worden, insbesondere war er auch bei den Personenrechten (den *jura status*) unbestritten, ohne daß in der Praxis oder durch wissenschaftliche Erörterungen eine festere Begrenzung oder eine tiefere Einsicht in das Wesen dieses Besitzes und seines Verhältnisses zum Sachenbesitz gewonnen worden wäre¹³⁾. Ja man kam zuweilen zu geradezu absurden Behauptungen¹⁴⁾. In die Gesetzgebungen des 18. Jahrhunderts ging diese Unbestimmtheit über. Auch an „allen unkörperlichen Dingen, ohne Unterschied von *realia* und *personalia*“ wurde im bayerischen Landrecht Besitz angenommen und die römische Unterscheidung zwischen *possessio* und *quasi possessio* ausdrücklich verworfen¹⁵⁾.

Es ist daher erklärlich, daß auch dem *Rd.* eine klare Grenzbestimmung für den Umfang des Besitzes an Rechten fehlt, und es hat sich daraus die Kontroverse entwickelt, ob alle Rechte, also auch die persönlichen, die Obligationen, als Gegenstände des Besitzes gedacht werden können. Die Kontroverse war schon früher vorhanden. Die dinglich radizirten Forderungsrechte hatten bald der Theorie der Besitzfähigkeit sich unterwerfen müssen¹⁶⁾, und es zeigte sich die Geneigtheit, wenigstens solche Obligationen als Gegenstände des Besitzes aufzufassen, welche eine von Zeit zu Zeit wiederholte Erfüllung verlangten: *quando habet obligatio multiplices praestationes*¹⁷⁾. Der Streit dauerte fort, ohne wesentlich von der Stelle zu rücken¹⁸⁾. Erst als man im 19. Jahrhundert tiefer in das Wesen der Rechte und das Verständniß der Quellen vordrang,

¹²⁾ Bruns S. 328. §. 38.

¹³⁾ Bruns S. 383.

¹⁴⁾ Hommel, *rhaps. obs.* 489 (Hansarzt). Dunder S. 30.

¹⁵⁾ Bruns S. 425. *Desterr. Gef.-B.* §. 311. „unkörperliche Sachen.“ Bruns S. 456. Wanda S. 235. Doch ist hier die Voraussetzung, daß sie einen Gegenstand des rechtlichen Verkehrs bilden, der Rechtsbesitz beschränkt sich daher auf Vermögensrechte. Code, art. 2228. Bruns S. 442.

¹⁶⁾ Bruns S. 214. Realasten, Zehntrechte n. s. w.

¹⁷⁾ Bruns S. 242 fg.

¹⁸⁾ Bruns S. 408.

gewann die Ueberzeugung allgemeine Anerkennung, daß Obligationen nicht besessen werden können. Im heutigen gemeinen Recht ist die Annahme eines solchen Besizes verworfen¹⁹⁾.

Während das *RM.* am Eingang des 7. Tit. unterschiedslos „Rechte“ als Gegenstand des Besizes nennt, und andere Stellen darauf hindeuten, daß alle Rechte als Gegenstand des Besizes und Eigenthums angenommen worden²⁰⁾, klassifizirt es bei den Bestimmungen über den Erwerb des Besizes an Rechten diese nach drei Gruppen. Es nennt: affirmative, negative, Untersagungsrechte²¹⁾. Es fragt sich also, ob diese Klassifizirung eine erschöpfende ist, und ob, wenn dies zu bejahen, unter eine dieser Kategorien auch die Obligationen gehören. Für erschöpfend ist die Eintheilung zu halten²²⁾. Dafür spricht schon, daß es sonst im 7. Titel an einer Bestimmung darüber fehlen würde, wie der Besiz an anderen Rechten erworben werde. Zwar ist es schwierig, die Personenzustandsrechte unter jene Kategorie zu bringen, aber wenn bei ihnen auch einmal von Besiz gesprochen wird, bei dem Adel²³⁾, so hat dies doch

¹⁹⁾ Brunß S. 420f. Puchta Rechtslex. S. 68. Wenn aber auch Obligationen nicht als Gegenstand des Besizes angesehen werden, so darf doch andererseits der Rechtsbesiz nicht beschränkt werden auf solche Rechte, welche in einer Beziehung zu Grund und Boden stehen. Entscheidend ist vielmehr der Umstand, ob das Recht durch eine oder wiederholte Erfüllung sich erschöpft und lösbar ist — dann kann es nicht Besizobjekt sein — oder ob es in der Erfüllung und durch sie fortdauert, d. h. eine Beendigung nicht in sich selbst trägt — dann kann es Besizobjekt sein. Die Phrase, daß nur solche Rechte besessen werden können, bei denen es auch die Römer, wenn ihnen die Rechte bekannt gewesen wären, angenommen hätten, sagt nichts. Deshalb möchte das oft erwähnte Urtheil über das Recht, Aushäfen zu baden, als ein romanisirendes zu bezeichnen sein. Abgedruckt in Matthiä, Kontrov.-Lex. S. 122. Emminghaus, sächs. Pand. S. 421 Nr. 35. Senffert I, 317.

²⁰⁾ I, 7. §. 1—8. §. 77—79. I, 8. §. 1. 2. I, 15. §. 3—5. In I, 2. §. 1—3. werden auch die Rechte zu den Sachen gerechnet. Vergl. darüber oben B. 1. S. 93. Heydemann S. 330 f.

²¹⁾ I, 7. §. 80. 81. 86. Heydemann S. 360 „unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte der Richtung ihrer Ausübung gegen einen Andern.“

²²⁾ Korte S. 112fg. Auch Heydem. a. a. O. hält die Eintheilung für vollständig: „sämmliche hier in Frage kommende Rechte.“ A. M. Ensch. B. 48. S. 4. Strietz. B. 47. S. 79. (Sollte aber nicht das Recht, von Zahlung eines Brückenzolls befreit zu sein, unter die Kategorie des Untersagungsrechts gehören, da der Zollberechtigte die Einforderung des Zolls unterlassen soll?)

²³⁾ *RM.* II, 9. §. 13. 19. Das *RM.* erkennt in folgenden Fällen (s. Korte S. 108fg. Heydemann S. 330f.) Rechte als Besizobjekte an: der unvollständige Besizer einer Sache besizt das Recht zu diesem unvollständigen Besize vollständig. §. 6. 9. d. L. Ferner: Kaufpfand, I, 20. §. 71. 104. 116. Die Gewerbrauchs- und Nutzungsrechte. Nießbrauch I, 21. §. 1. 2., Erbpacht, §. 187. 188., Kommodat, §. 229., Pacht und Miete, §. 258., Kulturnutzung, §. 626 daselb. „Kapitalien und andere nutzbare Rechte“ I, 7. §. 192. 232., Nachlaß, I, 9. §. 495—498., I, 12. §. 242f., I, 17. §. 159f., II, 18. §. 842., Servituten, I, 22. §. 14., Gerechtigkeiten, I, 23. §. 6., Realkasten (Dienste, Zinsen, Zehnten), II, 7. §. 463. 487. 494. 484., II, 11. §. 815. 865. 870., Pfänden, II, 11. §. 115f., Parochie, II, 11. §. 442., Patronat, II, 11. §. 576. 605., Regalien, II, 14. §. 26.

keine praktische Bedeutung; solche Zustände sind nicht sowohl Rechte, als vielmehr Voraussetzungen von Rechten²¹⁾. Das affirmative Recht ist der Anspruch, daß eine Handlung „als fortdauernde Schuldigkeit“ geleistet werde. Hierher müßten also die Obligationen gehören²²⁾. Es erinnert diese Bestimmung an den engeren Begriff von Sache: „Dasjenige, was eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann“²³⁾. Gerade dieses Kriterium fehlt aber bei der Obligation, auch bei derjenigen, welche mehrfache Erfüllungen verlangt. Wie die Obligation sich überhaupt durch die Erfüllung verzehrt, während das besitzbare Recht gerade durch die Erfüllung seine Dauer und die Reichhaltigkeit seines sich nicht erschöpfenden Inhalts zeigen soll, so ist auch bei wiederkehrenden obligatorischen Leistungen jede einzelne Erfüllung die Vernichtung einer Theilobligation: nur der Rechtsgrund bleibt, aber er ist doch nicht in dem Sinne dauernd, daß die Obligation dadurch ein selbstständiges Rechtsobjekt würde. Denn, was im Wesen der Obligation liegt, daß sie einer Lösung bedarf²⁷⁾, fällt selbst bei denen nicht weg, welche ihrem Zweck nach länger dauernde, in der Erfüllung sich wiederholende Verpflichtungen erzeugen. Ihre Dauer ist immer nur länger oder kürzer, sie besitzen niemals eine Fortdauer, welche ihre Beendigung ausschließt²⁵⁾. Eine solche Fortdauer und eine dadurch bewirkte Selbständigkeit des Rechts ist nur da vorhanden, wo entweder die Verpflichtung zu einer Leistung, unabhängig von dem Wechsel in der Person des Verpflichteten, auf eine unbewegliche Sache gelegt und an deren Existenz gebunden ist — wie bei den Reallasten —²⁶⁾, oder wo die Person des Verpflichteten

29. 30. 32. 34., II, 15. §. 138., II, 16. §. 106., Recht der Steuerfreiheit, II, 14. §. 80., Gerichtsbarkeit, II, 17. §. 24. 29., II, 11. §. 816.

²⁴⁾ Randa, S. 236. 237. Auch nimmt das A.L.R. einen Besitz an Familienrechten nicht an. A. M. Arndts in der krit. Vierteljahrscr. VIII. 380.

²⁵⁾ Die Handlung des Verpflichteten muß der eigentliche Inhalt des Rechts sein. Entsch. B. 34. S. 81. Strieth. B. 23. S. 163.

²⁶⁾ I, 2. §. 3. Oben B. 1. S. 93f.

²⁷⁾ Oben B. 1. S. 546.

²⁸⁾ Daher sind Forderungen, welche mit dem Tode des Berechtigten endigen, z. B. Beamtengehälter, oder welche durch Kündigung lösbar sind, nicht Gegenstände des Besitzes. In der gemeinrechtl. Praxis wird dies gleichwohl angenommen. Seuffert I, 61, III, 99, XIII, 32. S. auch unten §. 162 Note 71. Vergl. hiermit übereinstimmend die ältere sächs. Praxis bei Emminghaus, sächs. Pand. S. 420 Nr. 29 und daselbst S. 421 Nr. 24 „ewige Lasten.“ — S. Strieth. B. 47. S. 79a. Entsch. B. 35. S. 15 über den Begriff des fortdauernd; das A.G. hat angenommen, daß das bloße Vornehmen der Handlung nicht genügt, das D. Trib. interpretirt S. 16 fortdauernd im Gegensatz von gelegentlich oder vorübergehend, ohne opinio juris. Der zweite Richter hat aber das Wort nicht mißverstanden. Ein fortdauerndes Recht ist ein unlösbares Recht. Was das D. Trib. meint, kommt auf eine Tautologie mit dem auch im §. 82. stehenden Worte wirklich hinaus. Ungenügend ist, was Windscheid II, 328 sagt. Der Kern der Frage liegt darin: was ist „dauernde Ausübung;“ darauf giebt B. keine Antwort.

²⁹⁾ Sie waren nach deutschem Recht Gegenstand einer Gewere. Brunns S. 331. Korte S. 119. A.L.R. I, 9. §. 509. I, 11. §. 175. 178. 183. 185. I. 21. §. 87.

ihrem Wesen nach eine fortdauernde Existenz hat und an diese die Fortdauer der Verpflichtung gebunden ist — wie Gemeinden und Korporationen³⁰⁾ —, oder endlich, wo das Recht an ein bestimmtes territoriales Gebiet, an einen Bezirk gebunden ist — wie z. B. Zollgerechtigkeiten³¹⁾. Es kann daher nicht zugegeben werden, daß unter dem landrechtlichen Ausdruck des affirmativen Rechts die Obligationen, denen eine dauernde sachliche Unterlage und der Ausschluß der Lösbarkeit nicht beiliegt, mit umfaßt werden³²⁾.

Abgesehen hiervon sprechen aber auch noch allgemeinere und besondere Argumente gegen die Ansicht, daß persönliche Rechte besessen werden können. Zunächst wird sie widerlegt durch die systematische Bedeutung, die die Obligation im *ABR.* hat, wonach sie nicht als ein selbständiger Bestandtheil des Vermögens, sondern nur als das Mittel zur Erlangung oder Sicherung von Vermögensobjekten in Betracht kommt³³⁾. Sodann ist eine ausschließliche, unmittelbare Einwirkung auf die Obligation selbst, die durch das Eindringen einer dritten Person gestört oder entzogen werden könnte, nicht möglich, das Klagerrecht, welches die Obligation gegen den Schuldner gewährt, bleibt vielmehr immer erhalten, und die Verletzung der Obligation ist nur die Nichterfüllung des Schuldners³⁴⁾. Man kann von den Obligationen auch gar nicht sagen, daß sie einen „ausschließenden Nutzen“ gewähren³⁵⁾, denn die Obligation, das ideelle Band zwischen zwei Personen, gewährt an sich keinen Nutzen, sondern

292. 414. 495. II, 7. §. 248. *Abfij.-Gef.* v. 2. März 1850. §. 6. Der unvollständige Besitz des Feibers, Miehers, Pächters ist Sachbesitz, *Mat.* S. 209. 210. 213., nicht Rechtsbesitz, und der diesen unvollständigen Sachbesitz begleitende vollständige Rechtsbesitz ist nicht das Pachtrecht, sondern das aus der Uebergabe der Sache folgende Recht zum Sachbesitze, und dies ist im landrechtlichen Ausdruck ein negatives Recht. S. unten Note 42. So sagt richtig das *D.-Erib. Entsch.* B. 27. S. 315. „Der Pächter ist unvollständiger Besitzer des Grundstücks.“ *Arndts* in der *Rezeption von Randa* (*krit. Vierteljahrscr.* VIII, 336) verkennt dies. *Koch* Note 80a zu §. 131. d. *L.* behauptet: der Pächter sei als unvollständiger Besitzer nur Inhaber der Sache aber wirklicher (?) Besitzer des Pachtrechts, der Gegenstand der Gewahrsam und der Gegenstand des Besitzes des Pächters seien ganz verschiedene Dinge!

³⁰⁾ *Brunn* S. 483. *Korte* S. 134. §. 13. So auch in der gemeinrechtlichen *Praxis.* *Senff.* VII, 269. IX, 126. XIII, 32. XVI, 5. *Wochenbl. f. merkwl. Rechtsf.* 1863. S. 249. Dagegen ohne Grund *Windscheid* II, S. 676. Note 4.

³¹⁾ *Korte* S. 134. §. 14.

³²⁾ *Koch*, Note 47 zu §. 80 verlangt für das affirmative Recht eine *causa perpetua* oder *perennis*.

³³⁾ *Oben* B. 1. S. 21. 93. 309.

³⁴⁾ *Brunn* S. 214, welcher jedoch S. 481 f. einen Besitz bei Obligationen mit wiederkehrenden Leistungen annimmt, aber diesen Besitz wieder auf solche Obligationen richtig beschränkt, welche entweder an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft oder dauernd auf Sachen, namentlich Immobilien rabricirt sind. *Puchta Rechtslex.* S. 68.

³⁵⁾ *Was* I, 8. §. 2. von dem Objekt des Eigentums gesagt ist, gilt auch vom Objekt des Besitzes.

nur das, womit durch sie das Vermögen bereichert werden soll³⁶⁾. Der an einzelnen Stellen erwähnte Besitz eines Kapitals ist nicht gleichbedeutend mit Besitz der Forderung auf das Kapital, vielmehr wird letzteres als eine Sache angesehen³⁷⁾. Auch die Allgemeinheit, mit der das Wort Recht im A. N. bei dem Besitz und Eigenthum gebraucht wird, beweist nichts für die Möglichkeit des Besizes oder Eigenthums an Obligationen, wenn der so vielfach fühlbare Mangel an einer sichern und bestimmten Verwendung der juristischen Kunstausdrücke im A. N. in Betracht genommen wird. Daß aber endlich das besonders blendende Argument der Gegner, die Erfüllung einer Darlehnsforderung durch die zehn- und dreißigjährige Entrichtung von Zinsen, nicht sichhaltig ist, wurde schon an einem früheren Orte gezeigt³⁸⁾. Nach alle dem müssen die Obligationen von den Besitzgegenständen auch nach preußischem Recht ausgeschlossen werden, selbst wenn zuzugeben ist, daß sich, nach einzelnen Äußerungen zu schließen, die Redaktoren der Grenzscheidung nicht klar bewußt gewesen sein mögen³⁹⁾. Die Praxis hat im Wesentlichen dem praktischen Erfolge nach den richtigen Standpunkt festgehalten, und sich durch die Unbestimmtheit der Ausdrücke im Gesetzbuch nicht zu einer bodenlosen Ausdehnung des Rechtsbesizes verleiten lassen⁴⁰⁾. Auch die Theorie scheint jetzt die Kontroverse überwunden zu haben⁴¹⁾. — Das negative Recht ist die

³⁶⁾ Baron bei Gruchot V, 100 weist noch darauf hin, daß es ein ungewöhnlicher Sprachgebrauch wäre, darin, daß der Gläubiger die Leistung erwartet, in Empfang nimmt, eine Ausübung des Rechts zu finden.

³⁷⁾ Randa S. 265 f. Korte S. 139. Oben B. 1. S. 775 f. Vergl. A. N. I, 7. §. 67. 192. 232. I, 20. §. 542. Arnolds (krit. Vierteljahrschr. VIII, 387) will vom Standpunkt der neueren Gesetzgebungen doch noch an verzinlichen kündbaren Kapitalien Besitz annehmen. Er verwechselt aber Besitz des Kapitals und Besitz der Kapitalforderung. Zwischen dem unkündbaren Rentenrecht und dem verzinlichen kündbaren Darlehen besteht der wesentliche Unterschied, daß bei jenem keine Kapitalforderung existirt, wohl aber bei diesem; daher faßt dort das nur durch den dauernd wiederkehrenden Zins repräsentirte Recht Gegenstand des Besizes sein, bei dem Darlehen aber besteht das Recht nicht bloß in dem Anspruch auf wiederkehrende Zinszahlungen, sondern auf Rückzahlung eines hingegebenen Kapitals, und es fragt sich, ob dieser persönliche Anspruch Gegenstand des Besizes sein kann. Das aber ist zu leugnen.

³⁸⁾ Oben Bb. 1. S. 213 f. Korte 142.

³⁹⁾ Mater. S. 115. 116. 215 bei B. a. Ueber den Rechtszustand vor der Redaktion s. Heydemann I, 330 in der Note. Baron bei Gruchot V, 97 fg.

⁴⁰⁾ Ueber die Praxis, die sich zwar nicht freigehalten hat von der theoretischen Ansicht, daß nach A. N. Besitz an Obligationen stattfindet, aber die Anwendung der Besitzlagen auf obligatorische Rechtsverhältnisse möglichst eingeschränkt hat, s. die reichhaltigen Nachweisungen bei Heydemann I, 338 f. Der Standpunkt tritt besonders klar hervor in Entsch. B. 24. S. 396 f. Bei affirmativen Rechten ist man sogar in der Verjagung des Besitzschutzes zu weit gegangen. S. unten §. 162. Die Nichterfüllung einer vertragmäßigen Verpflichtung begründet niemals eine Besitzlage. Präj. 503. JWBl. 1854. S. 101. Nr. 3.

⁴¹⁾ Die Ansicht, daß nach preuß. N. Obligationen Besitzobjekte seien, vertreten u. A. Schepers in der jur. Wochenchrift 1839. S. 21. Grävell Besitz §. 253. Bornemann I, 233 (der jedoch die possesserischen Klagen wenigstens bei denjenigen Obligationen verjagt, welche sich durch ihre Ausübung endigen), Löber,

affirmative Servitut: die Verpflichtung, die Vornahme einer Handlung ferner zu leiden, der man widersprechen konnte⁴²⁾; endlich das Unterjagungsrecht entspricht der negativen Servitut: die Pflicht zur Unterlassung einer Handlung, die man vorzunehmen sonst berechtigt wäre⁴³⁾. Gewiß ist es nicht zu loben, daß das Gesetzbuch so abstrakte Kategorien aufgestellt hat, statt es bei den konkreten Rechtsinstituten und ihren hergebrachten Bezeichnungen zu belassen⁴⁴⁾.

§. 160. Der Erwerb und der Anfang des Besitzes.

I. Im Allgemeinen¹⁾. Zum Erwerb des Besitzes gehört ein innerliches und ein äußerliches Moment. Die Römer haben dies bekanntlich so ausgedrückt: *adipiscimus possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore*²⁾. Seit Savigny wird gelehrt: aller Erwerb des Besitzes beruht auf einem körperlichen Handeln (*corpus* oder *factum*), von einem bestimmten Willen (*animus*) begleitet,

System des A. R. S. 74 f., 98 f. Aus älterer Praxis: Rechtspr. II, 393 f. — Dagegen stellt Koch, S. 115, den Satz auf: Gegenstand des Besitzes können nur solche Rechte sein, bei welchen sich eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Störung der Ausübung denken läßt. Hiergegen bemerkt aber mit Recht Baron bei Gruchot V, 99, daß diese Ansicht nicht das innere Wesen des Besitzes erfasse, sondern aus einem äußerlichen Momente ihre Begründung nehme. Heydemann S. 332 f. betont Fortdauer und Consistenz des Rechts, möge es immerhin auch an sich obligatorischer Natur sein, eine abstrakte Grenze brauche nicht gezogen zu werden. Am meisten hat Korte in dem gebiegenen Aufsatz bei Gruchot B. 5. die Frage principiell angefaßt. Neuerdings hat wieder unterschiedlos alle obligatorischen Berechtigungen als Besitzobjekte angesehen Rubio bei Gruchot IX. S. 527 fg.

42) Korte S. 135. Außer den affirmativen Servituten sind negative Rechte: der Pfandbesitz, die dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte (oben Note 29), das Bergwerkregal (II, 16. S. 69 f.). Nach einer Seite kann man auch die Gewerksberechtigungen, die alten Zwangs- und Bannrechte hierher zählen, insofern Andere die ausschließliche Ausübung des Gewerbes durch den Berechtigten sich gefallen lassen müssen.

43) Korte S. 137. Nach der anderen Seite gehören hierher die in vor. Note erwähnten Gewerksberechtigungen, indem dem Berechtigten gegenüber alle Anderen von dem Betriebe des Gewerbes Abstand nehmen müssen. Wenn das O.-Trib. Entsch. B. 24. S. 392 f. sagt, das R. zum Gewerbebetrieb sei weder ein affirmatives, noch ein Unterjagungsrecht, noch ein negatives R., sondern „ein absolutes Vermögensrecht, das sich in einer wiederholten Thätigkeit des Berechtigten äußere,“ so ist damit eine juristische Erklärung nicht gegeben. Daß Erklusivberechtigungen Unterjagungsrechte sind, ist anerkannt im Präj 913 Samml. I, 23. Auch die Bergbauberechtigung, soweit der Grundeigentümer von dem Berechtigten ausgeschlossen wird, ist ein Unterjagungsrecht. Strietz. B 2. S. 48. B. 18. S. 303.

44) Wie die Redaktoren zu den Bezeichnungen der drei Kategorien gekommen, erhellt aus den Materialien nicht.

1) Sav. S. 205 fg. (2. Abschn.). Fenz S. 100 (1. Hauptstück). Randa §. 10—20. S. 95 f. Baron bei Gerber und Thering. B. 7. S. 38 f. — Koch S. 128 (II. Abschn.). Heydemann I, 348 f. Gruchot IV, 433 f.

2) 1. 3. §. 1. 1. 8. D. XLI, 2. 1. 153. de R. J.

oder — wie es an einer anderen Stelle bei ihm heißt: zu der körperlichen Handlung muß ein bestimmtes Wollen hinzukommen³⁾). Diese Fassung des Satzes erzeugt den Schein, als ständen beide Momente getrennt nebeneinander, jedes selbständig für sich, und die Addition beider vollende den Besitzerwerb⁴⁾). Richtiger ist es aber zu sagen, daß beide in Eins zusammenfallen: das bestimmte Wollen äußert sich in der körperlichen Handlung, es verwirklicht sich in dieser, es ist ohne diese nicht vorhanden. Denn der Wille ohne Verwirklichung ist nicht die Recht erzeugende Macht, sondern Begehren oder Wunsch⁵⁾). Wenn aber auch das Wollen und das Ergreifen ein Akt, das Eine nicht ohne das Andere ist, so muß doch die wissenschaftliche Betrachtung die innere und äußere Seite desselben gesondert erfassen⁶⁾).

II. Der Besitzwille. Das *AN.* sagt: wer eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam nimmt, wird Besitzer genannt⁷⁾). In der gemeinrechtlichen Theorie lautet jetzt seit Savigny die Formel: Besitzer ist, wer die Sache in der Absicht angreift, sie als seine eigene zu haben⁸⁾). Es wird nicht allgemein der *animus possidendi*, sondern enger ein *animus domini* verlangt. Der Ausdruck *animus domini* ist nicht quellenmäßig, von Savigny erst

³⁾ Sav. S. 205. 246 u. S. 213: corpus heißt die äußere Begebenheit im Gegensatz der inneren Thatfache (*animus*). Corpus und *animus* also *disiecta membra!*

⁴⁾ S. hiergegen bef. Lenz S. 97—99.

⁵⁾ Lenz S. 99. „Unser Wollen bleibt ein bloßer Wunsch, wenn wir uns des Objekts nicht bemächtigen: ist das Objekt unseres Willens eine körperliche willenlose Sache, so wird sie von unserm Willen gleichsam beseelt, und dieser findet in ihr seine Verkörperung.“ Auch S. 168. 171.

⁶⁾ Die Erörterung des Moments des Willens muß vorangestellt werden, denn, wie Lenz S. 99 richtig bemerkt: „eine juristische Auffassung kann nur vom Willen ausgehen, denn er ist allein der Grund des Besitzes, weil er der Grund ist des Besitzerwerbs.“ Sav. stellt das corpus voran. — Es kann zwar, wie bei der *dr. m. traditio* und dem *constitutum possessorium* (s. unten bei Note 70. 71) das corpus, das physische Gewaltverhältnis, schon vorhanden sein und der *animus* erst später eintreten. Aber auch hier ist es nur ein scheinbares Auseinanderfallen beider Momente. Bis zum Eintritt des Besitzwillens ist die Gewahrsam noch nicht das zum Besitz nötige corpus, sie wird es erst in dem Augenblick, wo man es will und das frühere Vorhandensein der Gewahrsam erübrigt nur einen besonderen neuen Ergreifungskakt.

⁷⁾ §. 3. b. T. Nach dem österr. G.-B. §. 309: wer die Sache mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten, inne hat. Auch im sächs. G.-B. §. 186. *animus domini*.

⁸⁾ Sav. S. 110. 128 f. 246. Ihm sind hierin die meisten Neueren gefolgt; z. B. Bruns S. 3. 467 ff. Puchta, Rechtslex. S. 47. Windscheid I, 402. Randa S. 130. Der Grund, weshalb nur ein *animus domini* (nicht eine *opinio dominii*, Sav. S. 20. 280) den Besitz erzeuge, wird darin gefunden, daß die ganze Sache für jede Einwirkung vom Willen ergriffen sein muß, und sobald der Wille sich nur auf gewisse Arten der Einwirkung beschränkt, immer noch im Uebrigen ein Moment bloßer Stellvertretung vorliegt. So namentlich Bruns, der behält auch die Kategorie des unvollständigen Besitzes nach *AN.* verwirft.

erfunden. Die *ψύχη δεσπόζοντος* in der Paraphrase des Theophilus rechtfertigt nicht die Uebersetzung mit *animus domini*, sondern nur die Uebertragung in *animus dominantis*, d. h. es wird die Absicht verlangt, die Sache für sich zu beherrschen⁹⁾. Die Quellen selbst sprechen auch nur von dem *animus possidentis*¹⁰⁾, und damit ist nicht gesagt, daß die Absicht durchaus darauf gerichtet sein muß, die Sachen als Eigenthümer zu beherrschen. So eng wurde auch in der gemeinrechtlichen Theorie vor Savigny der Besitzwille nicht verstanden¹¹⁾: es genügte ihr die Absicht, die Sache in eigenem Interesse zu haben, und dieses Interesse ist auch vorhanden, wenn es nicht gerade in dem Willen, Eigenthümer zu sein, sich ausdrückt. Dadurch ist eine viel breitere Basis für das Besitzrecht gegeben und das A. R. hat diese auch vollständig entwickelt. Es ist schwer nachzuweisen, daß diese allgemeinere Auffassung des Besitzwillens deutschrechtlichen Ursprungs sei, weil das deutsche Recht, so lange es rein von römischen Rechtsfäden geblieben ist, Besitz und Eigenthum so scharf nicht scheidet, beides vielmehr in dem Begriff der Gewere zusammenfloß. Jedenfalls aber kann gesagt werden, daß dieser allgemeinere Charakter des Willens der deutschen Rechtsauffassung nicht widerspricht¹²⁾, und daß es durch ihn möglich geworden ist, solche Beziehungen der Person zur Sache, welche, obschon sie eine unmittelbare Einwirkung gestatten, im römischen Recht doch nur als Detentionsfälle angesehen wurden, übereinstimmend mit den deutschen Rechtsgrundsätzen über die Gewere, welche sich in der gemeinrechtlichen Praxis erhalten hatten, als Besitzfälle zu beurtheilen¹³⁾.

Indem das A. R. Jeden Besitzer nennt, der die Sache für sich hat, und dies weiß und will, scheidet es nach der Energie dieses Willens den Besitz selbst in zwei Arten: wer die Sache nur für sich haben will, aber die Absicht, Eigenthümer zu sein, ausschließt, weil er anerkennt, daß das Eigenthum an der Sache einem Andern zusteht, heißt unvollständiger Besitzer¹⁴⁾; wer die Sache als Eigenthümer haben will, gleichviel ob er

⁹⁾ Theoph. in §. 4. J. II, 9 und §. 5. J. IV, 15. Hierulff S. 352. Arndts S. 135. Böcking, Pand. §. 123 Note 7. Lenz S. 100. Vergl. auch Bruns, Pand. I, S. 63.

¹⁰⁾ l. 41. D. XII, 1. l. 1. §. 3. 20. l. 18. §. 3. l. 46. l. 32. §. 2. D. XLI, 2. u. a. St.

¹¹⁾ Bruns S. 387. Höpfner, Comment. §. 231 (4. A. 1793. S. 243 a. E. f.). Diese Auffassung würde auch auf viele deutschrechtliche Besitzverhältnisse ganz unanwendbar gewesen sein, z. B. Lehn, Erbpacht u. a. Bluntzschli deutsches Priv. R. S. 150 (3. A.). Vergl. auch Köber, System des pr. L. R. S. 99 fg. und Gruchot IV, 329 f.

¹²⁾ Gaupp, die Zukunft des deutschen Rechts. S. 18. 50. Daß die Redactoren sich einer Abweichung vom röm. R. hier bewußt gewesen, geht aus den Materialien (S. 112) hervor, ebenso aber auch, daß über die Herleitung dieser Abweichung aus deutschem Recht ihnen ein Bewußtsein nicht beivoöhnte.

¹³⁾ Oben B. 2. §. 136 bei Note 16.

¹⁴⁾ §. 6. b. E.

nicht weiß, daß ein Anderer der Eigenthümer ist, oder ob er es zwar weiß, aber dies Eigenthum des Andern nicht anerkennen will, ist vollständiger Besitzer¹⁵⁾. Suarez war ursprünglich nicht einverstanden mit dieser Terminologie: er wollte die Ausdrücke Civil- und Naturalbesitz beibehalten, auch um das Mißverständniß zu vermeiden, daß durch jene neuen Bezeichnungen die Vollständigkeit oder Unvollständigkeit im äußern Umfang des Besitzes gemeint sein könnte¹⁶⁾. Sie sind jedoch angenommen worden und es läßt sich auch insofern nichts dagegen einwenden, als die römischen Ausdrücke *possessio civilis* und *naturalis* eine andere Bedeutung haben, die nicht einmal unbestritten feststeht¹⁷⁾.

Dieselbe Scheidung, wie bei dem Sachenbesitz tritt bei dem Rechtsbesitz ein: wer das Recht als eigenes ausübt, erwirkt den vollständigen, wer es nur für sich ausübt, den unvollständigen Besitz daran¹⁸⁾.

Der Besitzwille muß nicht allein von dem klaren Bewußtsein begleitet sein, in welcher Weise man sich auf die Sache beziehen¹⁹⁾, sondern auch von dem Bewußtsein, wie weit (dem äußern Umfang nach) man den Willen in die Sache legen kann: ob in die ganze Sache oder unter Anerkennung des von Andern auch in sie gelegten Besitzwillens, zu einem gewissen Antheil²⁰⁾. Auf einen Theil einer zusammengesetzten Sache kann sich der Besitzwille nicht beziehen: es wäre dies Besitz an einem Ganzen (dem bestimmten Theile), welchem während seiner Verbindung mit einer andern Sache zu einem Ganzen die Selbstständigkeit fehlt, wodurch die ausschließliche Einwirkung des Willens auf den Theil gehindert ist²¹⁾. Bezieht sich umgekehrt der Besitzwille auf das Ganze einer zu-

¹⁵⁾ §. 7. b. L.

¹⁶⁾ Mater. 113. 118. Auch Tevenar bemerkte: der Ausdruck „vollständiger Besitz“ ist eine etwas schwankende Benennung. Nach dem Sprachgebrauch ist der Besitz vollständig, wenn sich solcher über die ganze Sache, über alle Theile und alle Pertinenzstücke erstreckt.“ S. 124.

¹⁷⁾ S. oben §. 157 Note 36. Koch S. 44 macht darauf aufmerksam, daß der Ausdruck *possessio plena* und *semiplena* schon in der Summa des Placentinus vorkomme. Aber hier liegt der Unterschied zwischen beiden in der Usukapionsfähigkeit. Summa in Cod. tit. de poss., ed. Mogunt. 1536. p. 332. 333. S. auch Savigny S. 139 f.

¹⁸⁾ §. 5—7. b. L.

¹⁹⁾ 1. 3. §. 3. D. XLI, 2. Si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum habuero . . . is enim qui nescit, non possidet.

²⁰⁾ 1. 3. §. 2. 1. 32. §. 2. D. XLI, 3. 1. 26. D. XLI, 2. Oben §. 158. S. 24. Sav. S. 261.

²¹⁾ Der reelle Theil, der als ein Ganzes besessen wird, muß eine selbstständige Existenz haben, ein Besitz an einem realen Theil ist daher undenkbar, wenn dieser nur in seinem Ganzen existirt. Bei beweglichen Sachen ist dies durch sich selbst klar. 1. 8. D. VI, 1. Erst nach der Zerlegung können die abgetrennten Theile Besitzobjekte werden. Lenz S. 137. Randa §. 18. S. 169. Auch bei Grundstücken ist das *partes fundi petere* oder *possidere* eine Täuschung, weil jede *certa regio*, jeder *certus locus fundi* selbst wieder ein selbstständiges Grundstück ist. Certus

fammengesetzten Sache, so bezieht er sich nicht auf jeden ihrer Theile, weil für eine solche Willensrichtung neben jener auf das Ganze kein Raum mehr bleibt²²⁾.

III. Der Erwerbssakt. Der Besitzwille verwirklicht sich durch eine Handlung, welche den Schluß auf seine Existenz und seinen Umfang gestattet²³⁾. Diese Handlung ist das corpus, das äußere Moment des Erwerbssakts²⁴⁾. Nur diejenige Handlung gestattet jene Schlußfolgerung, welche geeignet ist, dem vollenden Subjekt die gewollte Herrschaft über die Sache wirklich zu verschaffen, so daß nunmehr die Möglichkeit gegeben ist, unmittelbar unter Ausschließung aller anderen Personen auf die Sache einzuwirken²⁵⁾. Dazu bedarf es zunächst A. eines objektiven Erfordernisses: die Sache muß genau bestimmt, ausge sondert, erkennbar sein. Sie darf also nicht mit anderen Sachen, auf welche sich der Besitzwille nicht bezieht, vermischt oder verbunden sein²⁶⁾: sie muß eine selbständige

locus ex fundo. I. 26. D. XLI, 2. und I. 6. §. 1. D. VIII, 4. Oben S. 26. Note 1. Lenz S. 138. Sav. S. 260 nimmt die Möglichkeit des Besitzes an einem reellen Theil des Grundstücks an. Sonderbesitz an realen Theilen eines Gebäudes: Strieth. B. 36. S. 231. S. unten Note 22. 27.

²²⁾ I. 30. pr. D. XLI, 2. I. 8. D. XLIII, 24. I. 2. §. 6. D. XLI, 4. I. 7. §. 1. D. X, 4. Gruchot IV, 457 fg. Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen giebt Vangerow I. §. 204 Anm. 2. S. bef. Sav. S. 264 f. Lenz S. 139 f. Kanda S. 172. Letzterer verwechselt S. 174 f. Theil und Zubehör. Das Segel oder Ruder sind ebenso wenig Theile des Schiffs, als der antiquirte Ladestock ein Theil des Gewehrs. Der losgelöste Theil ist Einzelsache, und kann nach der Trennung Besitzobjekt werden. I. 23. pr. §. 2. D. XLI, 3. I. 30. pr. D. XLI, 2. (in dieser Stelle sind die singulae res, quae in aedificio sint, nicht, wie Sav. S. 228. annimmt, die Sachen im Hause, Möbeln und dergl., sondern, wie schon die Glosse meint, die Balken, Steine. Lenz S. 143 gegen welche die Bemerkung von Rudorff, Anh. Nr. 67. S. 638 zu Sav. nichts sagt). Wenn der Besitzer einer Sache diese als Theil einer anderen von ihm besessenen einfügt, z. B. tegulae oder columnae seinem Hause, die gemma seinem annulus (I. 30. §. 1. D. XLI, 3), so dauert der Besitz fort, quum utrumque maneat integrum. Dies ist unzweifelhaft, wenn eine bewegliche Sache mit einer beweglichen verbunden wird, also bei der gemma und dem annulus; es ist aber bezweifelt worden bei der Verbindung einer beweglichen und unbeweglichen, also bei den verbauten tegulae und columnae. Daß die Usukapion sich bei letzteren forsetzt, sagt I. 30. §. 1. ausdrücklich. Die Stelle behandelt aber auch sonst beide Fälle gleich und es muß daher bei der Verbindung einer beweglichen und unbeweglichen Sache die Fortsetzung des Besitzes behauptet werden. S. Vangerow a. a. D. Kanda S. 177 will im letzteren Fall den Besitz deßhalb fortbauern lassen, weil er tegulae und columnae nur als äußerlich angefügte Verzierungen annimmt. A. M. Lenz S. 147 f. Der in einem Grundstück vergrabene Schatz oder andere in einem Ganzen zufällig verborgene Gegenstände sind nicht Objekte des Besitzwillens, Sav. S. 228 ff. Lenz S. 151 fg. Baron S. 113 f. I. 15. D. X, 4. I. 3. §. 3 I. 44. pr. D. XLI, 2.

²³⁾ Ueber die Konkludenzen der Besitzhandlung s. Seuffert II, 134. (Das Bestellen eines Ackers und der bloße Fruchtgenuß können Besitzhandlungen darstellen, aber ebensovgt für sich allein Erscheinungen eines anderen Verhältnisses sein).

²⁴⁾ Sav. §. 14. S. 206 fg.

²⁵⁾ Sav. S. 210 f.

²⁶⁾ §. 46. 47. b. E. Der Grund für diesen Rechtsatz ist wesentlich der, daß es sonst an einem Objekt für den animus fehlt, liegt aber nicht vorherrschend in der fakti-

Erstzeng haben, vermöge deren sie fähig ist, Gegenstand des dauernden Besitzrechts zu sein; war sie der Theil einer zusammengesetzten Sache, so kann sie nicht eher Object der Handlung werden, als bis sie ab- oder ausgefondert worden²⁷⁾. Diesem Grundsatz soll, wie Gruchot annimmt²⁸⁾, die Bestimmung widersprechen, daß der Nutzungsberechtigte das Eigenthum an den Früchten gleich bei ihrer Entstehung, also vor ihrer Absonderung erwirbt²⁹⁾. Allein es muß erwogen werden, daß nach preussischem Recht der Nutzungsberechtigte bereits unvollständiger Besitzer des Grund und Bodens ist, und es daher, um das Eigenthum an den Früchten des Bodens zu erwerben, eines besonderen Besitzergreifungsakts an diesen nicht mehr bedarf. Die noch stehenden Früchte sind mit dem Boden in organischer Verbindung, sie sind nicht Theile, sondern Substanz³⁰⁾, sie werden also von dem besessen, der den Boden besitzt. Vermöge dieses Besitzes hat er die Möglichkeit der ausschließlichen Einwirkung auf jene. Anders dagegen verhält es sich, wenn der Besitz an Bäumen ergriffen werden soll, die auf fremdem, vom Erwerber nicht besessenen Boden stehen. Das Obertribunal hat entschieden, daß der Besitz an stehenden Bäumen durch den Anschlag mit dem Forsthammer selbständig erlangt werde³¹⁾. Aber es ist dabei übersehen, daß der Anschlag hier zwar ein Symbol, d. h. eine bildliche Willensäußerung ist, in der Hand-

schen Natur des Besitzes, wie Girtanner bei Gerber und Jhering III, 225 f. behauptet. I. 23. pr. D. XLI, 3. Buchta, Rechtslex. II, 52. S. oben N. 22 über die vom Besitzer ausgehende Verbindung zweier Sachen.

27) S. oben Note 21. Häuser können nur vertikal, nicht horizontal so getheilt werden, daß der einzelne Theil eine selbständige Erstzeng erlangt und zum Besitzobjekt werden kann. I. 6. §. 1. D. VIII, 4. Strieth. V 36. S. 231. Unten §. 168. Noch mit dem Boden zusammenhängende Früchte sind ein unselbständiger organisch mit dem Boden verbundener Theil seiner Substanz, können daher vor der Absonderung nicht selbständige Besitzobjekte sein. I. 44. D. VI. 1. I. 40. D. XIX, 1. Die Wolle auf dem Schaf ist nicht ein selbständiger Gegenstand der Gewahrsam. Entsch. B. 43. S. 8f. Dem im Text ausgesprochenen Rechtsatz widerspricht nicht, daß man auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude besitzen oder daß man Bäume und Holzungen auf fremdem Boden im Eigenthum haben kann (§. 472. 473. I. 20. §. 199. 200. 243. I, 22), denn das Gebäude wird mit dem Grund und Boden besessen, z. B. vom Pächter, der sich auf dem gepachteten Grundstück ein Gebäude errichtet hat, und das Eigenthum an Bäumen auf fremdem Boden hat nur die Bedeutung einer Grundgerechtigkeit. S. hierüber unten §. 187. a. C.

28) Beiträge IV. S. 461 f.

29) RM. I, 9. §. 221 (vergl. I, 7. §. 189 fg.). Unten §. 165 Note 1—3. Daß dieser Satz altdeutsches Recht ist, s. Stobbe Beiträge zur Gesch. des deutschen R. S. 67.

30) RM. I, 2. §. 43. Der Begriff von Zubehör und Pertinenz paßt gar nicht auf stehende Bäume. Das Gegentheil hat das D.-Trib. angenommen (MBl. 1854. S. 104 fg.).

31) Entsch. B. 11. S. 204 fg. Bei Strieth. B. 65. S. 99. 230 ist ausgeführt, daß eine Uebergabe durch constitutum possessorium an aufstehenden Früchten ohne Uebergabe des Grund und Bodens, so lange nicht eine symbolische Uebergabe vorgegangen ist, unmöglich sei. Es fragt sich nur, was unter symbolischer Uebergabe zu verstehen ist. Vergl. ferner widersprechend Strieth. B. 54. S. 132,

lung selbst aber deshalb noch keine f. g. symbolische Uebergabe nach den Grundsätzen des RR. liegt, weil sie nicht von der Beschaffenheit ist, daß der körperlichen Besitznahme, d. h. der Absonderung vom Boden, ferner nichts im Wege steht. Es könnten ihr noch allerlei Hindernisse entgegengestellt werden³²⁾.

Sodann B. ein subjektives Erforderniß, und zwar a. bei dem Besitzerwerb an Sachen: der Besitz an der bestimmten, besonderen Sache muß ergriffen werden. „Ohne Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden“³³⁾. Die Besitzergreifung ist nach der Definition des RR. die äußere Handlung, durch welche eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt³⁴⁾. Diese Definition ist richtig, sie enthält nicht, daß die Sache selbst betreten oder angefaßt sein³⁵⁾, sondern nur, daß sie in die Gewalt dessen gebracht sein muß, der den

³²⁾ Suarez (Mater. S. 133) meinte: „die bloße Bezeichnung ohne Widerspruch z. B. bei Bäumen im Walde, ist noch keine Besitzergreifung. Wenn sie aber auf vorhergegangene Anweisung geschieht, so geht allerdings der Besitz über.“ Das kann nur heißen, wenn der veräußernde Eigentümer in die Bezeichnung einwilligt, so soll ihm gegenüber die Uebergabe als erfolgt angenommen werden, er darf nun der wirklichen Besitzergreifung kein Hinderniß mehr entgegenstellen. Dritten gegenüber ist damit aber die Besitzergreifung nicht vollendet. Bornemann I, 254 ist der Ansicht des D.-Trib. beigetreten. Koch, Comment. Note 23 zu §. 47. d. T. will sie aber durch hr. m. traditio (richtiger constitutum possessorium) rechtfertigen. Jedoch s. noch seine Note 14 a zu §. 193. Die Motivierung des D.-Trib. verkennt das Wesen der symbolischen Uebergabe, wie sie im RR. angenommen ist; darüber unten bei Note 61. Die unterstützenden Argumente sind auch nicht beweisend, wenn man auch nicht mit Lenz S. 203 annehmen will, daß hier nur einzelne Verstöße des Gesetzes gegen die civilistische Vernunft vorliegen, aus welchen keine weiteren Schlussfolgerungen statthaft seien. Daß eine gebotene Sache für übergeben geachtet werden soll, wenn die Sache übergeben worden, aus welcher jene entstehen soll (L. 11. §. 585. 86.), hat den Sinn einer an eine körperliche Uebergabe geknüpften fingirten Uebergabe; es ist hier nur ein Auskunftsmittel geboten, weil künftige Sachen doch nicht übergeben werden können, und diese Bestimmung durchaus singulär. Entsch. B. 48. S. 12. bezeichnet diese Vorschrift passend als Ennrogat für die noch nicht mögliche Uebergabe. Ferner §. 199. I. 22 ist nur eine Beweisregel. Wenn aber aus §. 200. I. 22 hervorzugehen scheint, daß der Eigentümer des Bodens und der der stehenden Bäume verschiedene Personen sein können, so schwindet auch dieses Argument, weil sich ein solches Verhältniß in eine Holzungservant am Boden auflöst. — Die I. 40. D. XIX. 1. entscheidet richtig; der Käufer stehender Bäume kann sie nicht vindizieren, weil sie noch nicht corpora a fundo separata geworden; der Käufer hat nur die a. emti. Das hätte in dem vom D.-Trib. entschiedenen Fall auch angenommen werden sollen, oder eine a. doli gegen den dritten Erwerber des Grundstücks wegen seiner Kenntniß des Verkaufs. S. gegen die Ansicht des D.-Trib. das Erl. im Arnst. Arch. B. 9. S. 533. Piners das. B. 8. S. 459. Lenz, Studien und Kritiken. S. 194f. Gruchot, IV. 463. Eine vermittelnde Ansicht ist von Ruhne (jur. Bodensch. 1844. S. 664f.) aufgestellt. Auch für das österr. R. wird die symbolische Uebergabe durch den Hammeranschlag gelegnet von Unger, österr. Priv.R. II. S. 423 Note 16. Seuffert XIX. 123. Wehenthal. f. mecht. Rechtsfälle. 1859. S. 266.

³³⁾ §. 48. d. T.

³⁴⁾ §. 50. d. T. Der neue Besitzer oder sein Vertreter muß die Handlung vornehmen. Strietb. B. 26. S. 71.

³⁵⁾ Wie die ältere Doktrin vor Savigny annahm. S. Sav. S. 207f. I. 1. §. 21. D.

Besitz daran erlangen will. „In die Gewalt“ oder „in die Gewahrsam,“ d. h. es muß durch die Handlung die dauernde Möglichkeit herbeigeführt sein, jede Einwirkung einer dritten Person auf die Sache auszuschließen, und selbst auf sie einwirken zu können³⁶⁾. Nach der ersten Richtung hat hier Gewahrsam den Sinn von custodia³⁷⁾, welche je nach der verschiedenen Natur der Besitzobjekte selbst sehr verschieden sich gestalten kann: bald werden Anstalten nöthig sein, um den Gegenstand in Sicherheit zu bringen, ihn bewachen zu lassen, bald wird das körperliche Anfasseln der Sache dazu dienen, oder auch nur die Gegenwart bei der Sache, oder eine Bezeichnung derselben mit gewissen, den Besitzwillen kennbar machenden Merkmalen genügen. Die römischen Rechtsquellen liefern hierüber ein sehr interessantes Detail, welches den Auslegern auch viel Stoff zu abweichenden Erklärungen gegeben hat³⁸⁾. Im Allgemeinen bleibt es

XLI. 2. Non est enim corpore et actu necesse, apprehendere, sed oculis et affectu; und l. 3. §. 1. D. cod. non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet, sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminos velit possidere.

³⁶⁾ Sav. S. 210. Kieruff S. 378. Lenz S. 171, „daß wir die Objekte haben und behalten können; es dürfte kein Hinderniß vorhanden sein, wodurch es unserem Besitzwillen unmöglich gemacht würde, sich ihnen gegenüber dauernd durchzusetzen. Randa S. 103. 105. Windscheid I, 413. §. 51. d. I. sagt daher richtig: „zur Besitzergreifung ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch Andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen.“ Vergl. JMBL. 1854. S. 105. Nr. 16 d. Entsch. B. 46. S. 46.

³⁷⁾ Lenz S. 184. Baron bei Thering IV, §. 3—9.

³⁸⁾ Seuffert Pand. I, 138. Bei Grundstücken: l. 3. §. 1. l. 18. §. 2. D. XLI. 2. in mea turro demonstrat; es genügt also eine solche Nähe (die turris steht auf dem Nachbargrundstück), daß dem Betreten des Grundstücks kein weiteres Hinderniß entgegensteht (s. g. longa manu traditio), Seuffert XII, 5. XIII, 296. Lenz S. 180 f. interpretirt: die Nähe bei dem Grundstück sei nöthig, damit der Erwerber sich von der Lage und dem Umfang des Grundstücks durch eigne Anschauung unterrichten könne. Das genügt aber allein nicht, die Nähe ist auch wichtig, weil sie die Möglichkeit der Einwirkung darbietet. S. Baron S. 44. Die Nothwendigkeit der custodia tritt nur bei beweglichen Sachen hervor. Das corpus besteht also darin, daß die Sache in eine solche Lage gebracht werde, daß sie der Besitzer selber oder durch Dritte in Obhut nehmen kann. Subjektive und objektive custodia (durch Anstalten). Lenz S. 186 f. 194 f. und der Aufsatz von Baron, welcher S. 83 das Quellenmaterial über custodia zusammenträgt, S. 87 die custodia als die Grundlage des Besizes hinstellt, und sie S. 102 dahin bestimmt, daß sie vorhanden sei, wenn sich die Sache auf der Oberfläche eines Grundstücksinhabers befindet, oder wenn sie sich zwar auf einem von einem Andern detmirten Grundstück, aber doch mit Erlaubniß dieses Andern befindet. Diese Begriffsbestimmung ist aber offenbar eine zu weite. Einzelne Beispiele der Besitzergreifung: wenn die Sache, damit er sie ergreife, vor den Erwerber hingelegt wird. l. 1. §. 21. l. 51. D. cod. l. 79. D. XLVI. 3., wenn sie in sein Haus gebracht wird: l. 18. §. 2. D. cod., wenn der Schlüssel zu dem Raume, in welchem sich die Sache befindet, in der unmittelbaren Nähe des Raumes übergeben wird: l. 1. §. 21. D. cod. l. 9. §. 6. D. XLI. 1. vgl. mit l. 74. D. XVIII. 1. Sav. S. 223. Lenz S. 199. Bestellung eines Wächters: l. 51. D. XLI. 2. Lenz S. 188 fg. Bei Sachen, die ihrer Größe oder Schwere wegen nicht fortgetragen werden können, wie Säulen (daher „säulenartige Sachen“ bei Lenz S. 208), genügt nach

immer eine thatfächliche Frage³⁹⁾, ob durch die Handlung des Erwerbens die Sache in eine solche Lage gebracht worden, daß ihr Gewahrsam, ihre Verwahrung für jenen gesichert, und er dadurch in den Stand gesetzt ist, auf die Sache selbst oder durch Andere unmittelbar einzuwirken, sie für seine Zwecke zu gebrauchen. Dies ist auch insbesondere bei der Besitzergreifung durch Bezeichnung der Sache festzuhalten. Das Zeichen ist werthlos, wenn die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache fehlt⁴⁰⁾.

Ein Inbegriff als Ganzes ist in Besitz genommen, wenn einzelne Stücke desselben in die Gewalt des Erwerbers gebracht sind: es ist nicht nöthig, daß jede einzelne Sache ergriffen werde — aber die nicht ergriffene darf sich nicht im „wirklichen“ Besitz eines Andern befinden⁴¹⁾, und die Absicht des Erwerbers bei der Ergreifung des einzelnen Stückes muß auf den Besitzerwerb am Ganzen, d. h. an allen Stücken gerichtet sein. Wer den Besitz der Hauptsache ergreift, der hat zugleich die Pertinenz derselben in Besitz genommen⁴²⁾ — also ohne sie selbst ergreifen zu müssen. Aber auch hier die Voraussetzung, daß die Pertinenz zur Zeit, wo die Hauptsache in Besitz genommen wird, sich nicht im „wirklichen“ Besitz eines Andern befindet⁴³⁾. Der Ausdruck: „wirklicher Besitz“

I. 1. §. 21. D. XLI, 2: si in praesenti consenserint, d. h. die unmittelbare Gegenwart vertritt die Stelle des Ergreifens. Es bedarf bei ihnen nicht besonderer Vorkehrungen zu einer custodia. Solche Sachen nehmen wegen ihrer schweren Beweglichkeit eine Art Mittelstellung ein zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen. Sav. S. 217 fg. will diese Sachen nur als Beispiel annehmen, und den Satz, daß unmittelbare Gegenwart bei der Sache zum corpus genüge, auf alle Sachen ausdehnen. Dagegen mit Recht Lenz S. 205 f. Der Besitz an Thieren wird nur ergriffen, wenn man sie gezähmt, oder wenn man sie gefangen hat und bewacht. I. 3. §. 14. 15. D. XLI, 2. vivariis includere, in piscinas conjicere, in silvis circumseptis. Sav. S. 343. Lenz S. 262 f. Baron S. 68 f. — Eine Bezeichnung der Sache (Signiren, Aufschlagen, Besiegeln u. dergl.) für sich allein bewirkt nicht den Besitzerwerb, wenn nach der Natur und Beschaffenheit der Sache andere Maßregeln nothwendig erscheinen, um die Sache in die Gewahrsam zu nehmen und in ihr zu erhalten. Bei jenen s. g. säulenartigen Sachen kann die Bezeichnung genügen. Lenz S. 209. I. 14. §. 1. I. 1. §. 2. D. XVIII, 6.

³⁹⁾ Ea res enim facti non juris est. I. 1. §. 3. 4. D. XLI, 2. So ist z. B. der Besitz eines Grundstücks auch dann ergriffen, wenn mit der Richtung des animus auf das Ganze und bei vorhandenem Vermögen, auf das Ganze einwirken, einzelne Theile desselben bepflanzt werden. *JMBI.* 1854. Nr. 16 d. S. 105. *Entsch.* B. 46. S. 46.

⁴⁰⁾ §. 56. 57. d. I. Nach §. 55 reicht die Bezeichnung hin, den animus bei dem Erwerbssatz zu konstatiren, wenn sich die Sache nicht im Besitz eines Andern befindet, also eine Besitzertledigung nicht voranzugehen braucht. Das noch fehlende corpus wird aber durch die Bezeichnung nicht ersetzt. Koch S. 134. *Gruchot* IV, 468. Anpflanzung auf einer im Fluß entstandenen Insel als Beweis der Okkupation. *Entsch.* B. 46. S. 45 f.

⁴¹⁾ §. 53. 54. d. I. Der §. 49. d. I. gehört nicht in die Lehre vom Besitz, sondern handelt von der Succession in das Recht über einen Inbegriff. Vergl. über den Besitzerwerb an einem Inbegriff *Gruchot* IV, 465 f. *Heydem.* I, 351.

⁴²⁾ Bezieht sich nur auf körperliche Sachen. *Strieth.* B. 48. S. 16.

⁴³⁾ §. 52. 54. d. I. *JMBI.* 1854. S. 104. Nr. 15 c.

ist nicht technisch, sein Gebrauch im A. N. an verschiedenen Stellen ein verschiedener⁴⁴⁾, seine Auslegung zweifelhaft. Das Obertribunal versteht darunter den „vollständigen“ Besitz⁴⁵⁾, so daß, wenn das einzelne Stück oder die Pertinenz von einem Dritten unvollständig besessen werden, dieser Umstand kein Hinderniß ist, mit der Ergreifung des Inbegriffs oder der Hauptsache auch an ihnen den Besitz zu erlangen. Da das vollständige Besitzrecht neben dem unvollständigen Besitz an derselben Sache besteht, so ergibt sich daraus allerdings, daß der vollständige Besitz (nämlich das Besitzrecht) an einer Pertinenz, die sich im unvollständigen Besitz eines Dritten befindet, mit Ergreifung der Hauptsache erworben werden kann. Aber wo an der Hauptsache und ihrer Pertinenz unvollständiger Besitz erworben werden soll, da hindert der Umstand, daß die Pertinenz sich im unvollständigen Besitz eines Dritten befindet, den Besitzerwerb an dieser und die Apprehension der Hauptsache bewirkt ihn nicht. Die Auslegung des Obertribunals ist daher zwar nicht unrichtig, und namentlich war sie es nicht im vorliegenden Fall, aber sie ist doch zu allgemein ausgebrückt. Der vollständige Besitz des Dritten an der Pertinenz hindert den Erwerb des vollständigen und unvollständigen Besitzes an dieser; der unvollständige Besitz des Dritten an der Pertinenz hindert nicht den Erwerb des vollständigen, wohl aber den Erwerb des unvollständigen Besitzes an ihr, und in diesem letzten Fall ist auch der unvollständige Besitz ein „wirklicher“ im Sinn des §. 54. d. T.⁴⁶⁾

Die Voraussetzung der Besitzergreifung ist die Besitzlosigkeit der Sache (*vacua possessio*)⁴⁷⁾. Dies ist zunächst bei der s. g. ursprünglichen Besitzergreifung der Fall, wenn die Sache noch nicht oder nicht mehr von einem Andern besessen wird⁴⁸⁾, und hier ist der Besitzwille des Ergreifenden immer der des vollständigen Besitzers. Oder es ist erforderlich, daß ein bereits auf der Sache liegender Besitzwille sich vorher zurückziehe, es muß eine Besitzerledigung vorangehen. Dies ist der Fall, wo der Besitzerwerb Uebergabe verlangt⁴⁹⁾. Die Definition des

⁴⁴⁾ S. oben §. 157. a. E. bei Note 37. S. 21.

⁴⁵⁾ Entsch. B. 23. S. 69 bei Nr. 2. bef. S. 79 fg. S. jetzt noch Strietz. B. 67. S. 278.

⁴⁶⁾ Koch, Komm. Note 26 zu §. 54. nimmt wirklichen Besitz im Gegensatz zur Gewahrsam an.

⁴⁷⁾ In *vacuam possessionem intrare, ire, inducere, mittere aliquem, vacuam possessionem tradere, relinquere, occupare*. Siehe die zahlreichen Stellen, in denen diese Ausdrücke vorkommen, in Dirksen, Manuale oder Heumann, Lexikon, s. v. *vacuus*.

⁴⁸⁾ §. 55. 56. d. T. §. 9. 14. I, 9. Gruchot IV, 468. Entsch. B. 46. S. 45 f.

⁴⁹⁾ Lenz, Studien und Kritiken. S. 165 f. und Besitz S. 56 f. Gruchot IV, 469. VIII, 402. Puchta, Rechtsleg. II, 55. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. R. 1853. Nr. VIII, S. 190 f. Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum. II. 193 f. Ziebarth, Realoffenbarung und Obligation. S. 233.

AKK. ist charakteristisch: der bisherige Besitzer entschlägt sich der Sache zum Vortheil des Andern, und dieser ergreift den erledigten Besitz⁵⁰⁾. Die Uebergabe besteht also aus zwei getrennten Akten: die Erledigung geht voran — die Ergreifung folgt nach. Man bezeichnet die Uebergabe als Vertrag, als Realvertrag⁵¹⁾. Damit hängt die Frage zusammen: giebt es eine Succession in den Besitz? Dies ist bestritten⁵²⁾. Man leugnet die Succession, weil der Besitz kein Recht, sondern eine Thatsache, und nur in ein Recht, nicht in eine Thatsache Nachfolge denkbar sei⁵³⁾; deshalb auch kein Besitzerwerb durch Vertrag oder Vererbung. Diese Schlußfolgerung ist unzweifelhaft richtig. Aber sie ist nicht minder richtig, wenn der Besitz als Rechtsverhältniß gilt, denn das Recht des Besitzes hört auf, sobald sich der Wille von der Sache trennt, ein beendigter Besitz kann nicht mehr übertragen werden⁵⁴⁾. An der nunmehr besitzlos gewordenen Sache ergreift der Erwerber den Besitz, aber dieser Besitz ist nicht die Fortsetzung des alten, sondern ein selbständig neuer. Daraus erklärt sich, daß bei der f. g. Besitzübergabe die Rechtsregel: niemand kann mehr Recht übertragen, als er selbst hatte, gar keine Anwendung findet⁵⁵⁾. Der bisherige Besitzer weicht nur, er will es nicht mehr sein; ob und in welchem Umfange der neue Besitzer besitzen will, hängt allein von seinem eignen Willen ab. Ebenso wenig überträgt sich die Unredlichkeit des Ersten oder die Fehlerhaftigkeit seines Besitzes auf den f. g. Nachfolger⁵⁶⁾. Wenn hiernach der §. 58. d. T. scharf geprüft

⁵⁰⁾ §. 58. d. T. Penz Studien und Kritiken. S. 167 ff.

⁵¹⁾ Koch Priv. R. I. S. 459. Komm. Note 27 zu §. 58 d. T. Ebenso Savigny, System III, S. 312. Unger, Herr. Pr. R. II, S. 170. Sintenis, Civil. I, S. 480. Dagegen Hellfeld, jur. for. §. 580. Gesterding, Eigenthum. S. 125 f. Sell, über bedingte Tradition, 1839. S. 8. Penz, Puchta, Scheurl, Pagenstecher a. a. D. Desgleichen Gruchot VIII, 409 f. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Ziebarth ein, welcher schon aus dem Vertrag, welcher der Tradition vorausgeht, ein relatives dingliches Recht herleitet, weil er Real-erfektion gewährt. S. hierüber oben §. 156. S. 4 f.

⁵²⁾ Handa S. 145 fg. Brinz, Pand. I, 60 und in Bekker's Jahrb. III, 16 f. nimmt Succession an.

⁵³⁾ Handa S. 146. Gruchot VIII, 122 Note 2. Ueber accessio possessionis s. unten §. 177.

⁵⁴⁾ Penz, Bes. S. 173. Oben §. 157. S. 15. Unten in diesem §. Note 82. Das Obertribunal verneint mit Recht Universalsuccession in den Besitz (s. darüber unten §. 162 Note 54), nimmt aber ohne Grund Singularsuccession an (Entsch. B. 42. S. 46). Aus §. 40. I, 7. läßt sich diese nicht deduziren, wenn darin auch das Wort „Nachfolger“ steht, und die Versicherung, daß es sich bei der Singularsuccession anders verhalte, als bei der Universalsuccession, leuchte von selbst ein, beweist natürlich nichts.

⁵⁵⁾ l. 21. §. 1. D. XLI, 1.

⁵⁶⁾ §. 40—42. d. T. S. hierzu Gruchot IV, 339. Nach gemeinem R. überträgt sich die mala fides bei der Universalsuccession, aber nicht bei der Singularsuccession. Nach Kanon. R. setzt sich die bona fides des Autors bei dem Successor nur fort, wenn nicht in diesem mala fides supervenit.

wird, so verkennt er nicht den richtigen Gesichtspunkt: der Andere ergreift den erledigten Besitz. Also auch hier liegt der Erwerbsakt in der einseitigen Ergreifung und nur eine negative Voraussetzung für diese ist das Weichen des bisherigen Besitzers⁵⁷⁾. Soweit zeigt sich also in dem Hergang nichts Vertragsartiges. Zudem aber gesagt ist, daß die Erledigung des älteren Besitzes stattfinden muß „zum Vortheil des Andern,“ wird der Schein erregt, als sei die Uebergabe ein Vertrag zwischen beiden. Doch nur der Schein, denn daß der Besitz zum Vortheil, zu Gunsten eines Andern aufgegeben wird, ist für den Besitzerwerb nichts juristisch Wesentliches⁵⁸⁾: diese Absicht, oder ein Uebereinkommen darüber kann fehlen, und doch setzt das bloße Aufgeben des älteren Besitzes den Erwerber in die Lage, ihn ergreifen zu können. Daß der Erledigung des Besitzes ein Vertrag zu Grunde liegen kann, dessen Erfüllung sie ist, soll freilich nicht geleugnet werden, aber dieser Vertrag ist ein abgesondertes Rechtsgeschäft, der Rechtsgrund (die causa) der Erledigung, diese selbst wird dadurch kein Vertrag.

Die Uebergabe wird 1) ins Werk gesetzt durch ein unmittelbares Hingeben, aus Hand in Hand (s. g. körperliche Uebergabe)⁵⁹⁾. 2) Daneben erwähnt das A. D. einer symbolischen Uebergabe, d. h. einer Uebergabe durch willkürlich gewählte Zeichen, welche hinlänglich andeuten, daß einerseits der Besitz erledigt, andererseits derselbe ergriffen

⁵⁷⁾ *Cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem.* l. 52. §. 2. D. XLI, 2. Puchta, *Rechtslex.* II, 55. „Die Erwerbung ist nicht eine verschiedene bei der Occupation und der Tradition, der Unterschied ist nur der, daß bei der letzteren die Erwerbung von dem bisherigen Besitzer gestattet wird. . . . Es liegt denn auch in der Tradition keine Succession in den Besitz, nicht der Besitz des Tradenten ist es, den der Empfänger erwirbt, sondern ein neuer, der als Besitz von jenem ganz unabhängig ist.“ Büding, *Instit.* I, 526. Windscheid I, 382. Note 6 gegen Brinz, *Jahrb. v. Vetter und Muther* III, 55f.

⁵⁸⁾ Lenz, *Besitz* S. 173. Wenn auch zum Eigentumserwerb unter Lebenden Tradition erfordert wird (§. 1. I, 10), so ist zu beachten, daß hier die Uebergabe auf Grund eines Vertrages geschehen muß, und in Folge der Willenseinigung die Succession in das Recht stattfindet. Daß das Eigentum in der Person des Erwerbers sich so, wie es der Verkäufer gehabt, mit seinen bisherigen Eigenschaften und Beschränkungen fortsetzt, ist also nicht Folge der Tradition. l. 31. D. XLI, 1. Daher gehört auch die Erörterung der Tradition in die Lehre vom Besitz. S. auch Ihering, *Geist des röm. R.* II, 461 fg. Lenz, *Studien und Kritiken.* S. 169 fg. Pagenstecher II, S. 195. Unten §. 178.

⁵⁹⁾ §. 61. b. E. Koch, *Komm.* Note 31 meint, daß das Zusammensein der Parteien bei der Sache nicht nöthig sei. Wenn aber die Uebergabe so vollzogen wird, daß der bisherige Besitzer erklärt, er lasse die Sache los und gestatte dem Erwerber, sie zu ergreifen, so ist dies eine Uebergabe im Sinn des §. 59., welche eben eine andere Art ist, als die des §. 61. Deshalb ist anzunehmen, daß in §. 61. das unmittelbare Geben und Nehmen des Körpers gemeint sei. Der Besitz an einem ideellen Theil kann nur durch Willenserklärung oder durch Zeichen, nicht körperlich übergeben werden. *Strietz.* B. 52. S. 248.

worden⁶⁰⁾. Hierin ist aber nichts von einem Symbol enthalten⁶¹⁾; das Zeichen ist nur das Beweismittel für die erfolgte Erlebigung und Ergreifung, deshalb wird auch vorausgesetzt, daß der Erwerber auf die Sache schon unmittelbar einwirken kann⁶²⁾. Wenn der Schlüssel zum Waarenlager eingehändigt wird, so sind dadurch die Waaren in die Gewahrsam (custodia) des Erwerbers gelangt, der Schlüssel ist hier nicht bloß Symbol⁶³⁾. Das *W.R.* sagt nicht ausdrücklich, daß die Einhändl-

⁶⁰⁾ §. 62—65. d. *L. Grundot IV*, 474 f. Also auf der einen Seite die Absicht sich der Sache und jeglicher Disposition darüber zu entschlagen, und auf der andern, die Sache behufs freier Verfügung darüber zu ergreifen. *Entsch. B. 50. S. 54 fg. B. 54. S. 24.*

⁶¹⁾ Daß es keinen symbolischen Besitzwerb geben kann, ist seit Savigny (*S. 206 f. §. 14*) allgemein angenommen. Das *W.R.* folgt der damaligen Doktrin, die von deutschrechtlichen Anschauungen inspiriert war. Dabei ist aber zu beachten, daß dem älteren deutschen Recht die Begriffe Eigentum und Besitz nicht scharf getrennt waren, daß daher, wenn auch symbolisch Grundstücke übertragen wurden, daraus für das heutige Recht noch nicht folgt, daß durch ein Symbol der vom Eigentum verschiedne Besitz übertragen werden kann. Unter einer symbolischen Uebergabe kann nur eine solche verstanden werden, bei welcher irgend einem Zeichen oder einer Handlung bildlich die Wirkung beigelegt wird, die Vollziehung eines Rechtsakts darzustellen. Wenn ein Zweig, ein Stück Meien, oder ein Stein dem Käufer vor Gericht übergeben wird, und dadurch bildlich versinnlicht werden soll, daß das Grundstück oder das Haus selbst übergeben sei, so ist dies eine symbolische Handlung. Wenn aber die Schlüssel zum Waarenlager eingehändigt werden, so werden nicht bildlich die Waaren als übergeben erachtet, sondern der Empfänger der Schlüssel hat dadurch wirklich die Möglichkeit erhalten, die verschlossenen Waaren in seine Gewalt zu bekommen. Denn, wie Sav. *S. 223* ironisch sagt, es giebt noch einen anderen Gebrauch der Schlüssel, der fast noch häufiger als jener ist (nämlich als Symbol zu dienen): etwas aufzuschließen, was verschlossen ist. Man sieht also, daß die symbolische Uebergabe, wie sie das *W.R.* enthält, gar keine solche ist, und daß §. 64. d. *L.* in den Worten „daß der körperlichen Besitznahme ferner nichts im Wege stehe“ das Korrektiv für den falschen Namen enthält. Aus demselben Grund ist die Anshändigung des Konnossements über Waaren auf dem Transport keine symbolische Uebergabe des Besitzes und die Verpfändung von Waaren durch Uebergabe der Schlüssel ebenso wenig ein symbolischer Akt. §. 338. I, 20. *Vergl. Entsch. B. 11. S. 206. B. 13. S. 247. B. 53. S. 26.* über symbolische Uebergabe des unvollständigen Pfandbesitzes. Unten §. 197. Das *D.-Trib.* steht in der Anshändigung des Ladescheins eine symbolische Besitzübertragung der Waare. *Präj. 698 Samml. I, 23. S. dagegen Koch, Komm. Note 34 zu §. 65. d. L. Grundot IV, 482.* Die Materialisten zeigen, daß die Redaktoren mehr am Namen als an dem Begriff des Symbols gehangen haben und wenn Gofler sagte, das Symbolum wird ein Nichts, wenn die Wahrheit fehlt, so zeigt sich darin deutlich die falsche Vorstellung von einem Symbol, welches eben nur ein Bildliches ist. Die Redaktoren sind dabei geblieben, daß die Uebergabe eine wirkliche Thatsache, nicht bloß eine bildliche Vorstellung sein soll. Damit ist aber das Zeichen zum Beweismittel herabgedrückt. *Mat. S. 239. 242. 246 f. Vergl. für preuß. R. Koch, S. 132 f. Lenz, St. u. Rr. S. 184 f. Grundot IV, 473 f. Heydemann S. 354 f. — Rand a S. 118.* Unrichtig ist auch die jetzt veraltete Ansicht, daß die *tr. m. traditio* und das *constitutum possessorium* fingirte oder symbolische Traditionen seien.

⁶²⁾ Deshalb kann der Anschlag stehender Bäume auf fremdem Boden mit dem Hammer nicht als symbolische Uebergabe angesehen werden. *S. oben S. 39.*

⁶³⁾ Die feine Bemerkung Heydemann's *S. 355 Note 680*: das „so können Waaren“ u. s. w. in §. 65. d. *L.* entspreche dem *ita* in *l. 74. D. XVIII, 1., d. h.* es sei dadurch ausgedrückt, daß nur so die Waaren durch Anshändigung der Schlüssel

gung des Schlüssels bei dem Behältniß geschehen müsse, aber die Nähe ist nöthig, weil „der körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege stehen darf“⁶⁴⁾.

3) Auch durch eine richterliche Verordnung kann gegen den Willen des Besitzers sein Besitz für erledigt erklärt, und dadurch dem Erwerber die Ergreifung ermöglicht werden⁶⁵⁾. Der Ausdruck „richterliche Verordnung“ ist zu eng, weil namentlich bei der Expropriation die Besitzerledigung auch durch Verfügungen der Verwaltungsbehörde bewirkt wird⁶⁶⁾.

4) Die Besitzerledigung kann durch eine Willenserklärung des bisherigen Besitzers erfolgen. Wenn diese unter Umständen geschieht, die den Erwerber in den Stand setzen, über die Sache zu verfügen, d. h. seinerseits den Besitz zu ergreifen, so bedarf es für diese Erklärung nicht der Vertragsform. Aber diese Besitzergreifung selbst darf auch hier nicht unterbleiben, um den Erwerbssakt zu vollenden⁶⁷⁾.

5) Die Willenserklärung kann endlich zugleich die Erledigung und die Ergreifung des Besizes bewirken, so daß es zum Erwerb eines besonderen Apprehensionsaktes nicht mehr bedarf. Auch hier muß sie immer von demjenigen ausgehen, der seinen Besitz aufgibt. Die Erklärung eines Inhabers, nunmehr Besitzer, oder eines unvollständigen Besitzers, nunmehr vollständiger Besitzer sein zu wollen, giebt ihm nicht das gewollte Besitzrecht (*nemo sibi causam possessionis mutare potest*)⁶⁸⁾. Hierher gehört *a.* der Besitzerwerb durch Anweisung: der

als übergeben anzusehen sind, wenn dies *apud horrea* geschehen, d. h. wenn der körperlichen Besitznahme ferner nichts im Wege steht (§. 64.), läßt sich zwar aus den Materialien nicht nachweisen. Das *So* steht im Kirchenlichen Entwurf §. 613 (S. 78), Suarez will den Satz beginnen mit *Wenn*. Es scheint daher der Gebrauch des Wortes *So* kein absichtlicher gemein zu sein. Trotzdem kann das *So* im Sinne von *ita*, unter Zurückbeziehung auf §. 64., ausgelegt werden, und durch diese Interpretation gewinnt jedenfalls der §. 65. einen richtigen Sinn. A. M. Fenz, *St. u. R.* S. 188 f. der es im Sinne von *z. B.* nehmen will. Aus gemeinrechtlicher Praxis: Couffert III, 5.

⁶⁴⁾ §. 64. d. Z. I. 74. D. XVIII, 1. Savigny S. 225. Koch S. 133. S. vorige Note.

⁶⁵⁾ §. 60. d. Z. I. 52. §. 2. I. 30. §. 2. D. XLI, 2. I. 15. §. 23. D. XXXIX, 2. Gruchot IV, 473.

⁶⁶⁾ Koch, *Komm. Note 30 zu §. 60. d. Z.*

⁶⁷⁾ §. 59. d. Z. Präj. 528. Sammlung I, 22. *Entsch. B.* 9. S. 170. Koch, *Komm. Note 28. 29.* Als unbedingt nothwendig muß also festgehalten werden, daß die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, seinen Besitz zu Gunsten des Andern aufzugeben, den Erwerber sofort in die Lage bringt, den Besitz ergreifen zu können. Fehlt Letzteres, so ist jene Erklärung für den Erwerb einflusslos. Darum hat mit Recht die Praxis streng daran festgehalten, daß die bloße Erklärung: die Uebergabe sei geschehen oder vollzogen, wenn ihr die Wirklichkeit nicht entspricht, den Besitzerwerb nicht beweist. S. Arnab. *Arch.* IV, 491. XV, 84. *Strietb.* V, 261. IX, 39. XI, 119. XII, 281. XV. 76. XX. 253. XXVI. 71. XXXVIII, 260. Gruchot IV, 471 f. Heydem. 380.

⁶⁸⁾ §. 69. d. Z. Heydemann I. 359. Gruchot IV, 487. *Rechtsprüche* I, 31. *Rechtsh.* III, 313. I. 3. §. 19. D. XLI, 2. I. 2. §. 1. D. XLI, 5. *Der Grund*

bisherige Besitzer beauftragt seinen Detentor, fortan die Sache für eine andere Person inne zu haben. Die letztere erwirbt den Besitz, wenn ihr die Anweisung bekannt geworden und sie diese annimmt, der Inhaber wird ihr verantwortlich, sobald er den Auftrag empfangen hat⁶⁹⁾. β. Der bisherige Besitzer erklärt, daß er seinem Detentor nunmehr das Besitzrecht einräumt⁷⁰⁾. Dies heißt Uebergabe zu kurzer Hand, *brevi manu traditio*. Sie verlangt eine „rechtsbeständige“ Erklärung. Dasselbe gilt γ. von dem Fall des *constitutum possessorium*: der bisherige Besitzer erklärt, daß er nunmehr für einen Andern nur Inhaber sein will⁷¹⁾. Die Worte „rechtsbeständig“, „rechtsgiltig“ in den §§. 70. 71. d. Z. haben den naheliegenden Zweifel angeregt, ob damit die Vertragsform (Schriftlichkeit bei Objekten über 50 Mthlr.) gemeint sei. Aus der Entstehungsgeschichte der §§. 59. 66—68. 70. 71. muß die Verneinung gefolgert werden. Es scheint, daß jene Worte in den §§. 70. 71. nur aus

des Besitzes, der die Art des Besitzrechts bedingt, kann vom Besitzer selbst und eigenmächtig in der Folge nicht geändert (d. h. in seinem Interesse verbessert) werden. Vergl. zur Verfassung der Regel im *MDM. Nettelblatt*, *introd. in jurispr. posit.* §. 827. — *Sav.* S. 84 und *Zuf.* 26. 27. S. 597f. *Puchta*, *Rechtlex.* II. 55f. Abweichende Ansichten über diese Regel haben aufgestellt *Schirmer* in der *Zeitschr. für Civ.-R. und Pr.* XI, 433, *Baron* bei *Gerber* u. *Ihering* VII, 156, welcher sie nicht auf den Detentor beziehen will. S. gegen ihn *Rudorff* bei *Sav.* S. 599 und *Randa* S. 143 Note 6 mit Bezug auf 1. 2. §. 1. D. XII, 5. Letzterer erklärt die Regel dahin, daß der Besitzwille allein noch nicht hinreicht, den Besitz zu einem rechtmäßigen zu machen. S. noch unten §. 161. bei Note 69. Vergl. über die Regel *Siebenhaar* und *Siegmann*, *Komment. z. sächs. G.-B.* zu §. 195. B. 1. S. 198f.

⁶⁹⁾ §. 66—69. d. Z. *Lenz*, *St. u. Kr.* S. 195. *Gruchot* IV, 483. *Heydem.* I, 356. *Roch* S. 191. Es ist nach *MDM.* nicht erforderlich, daß der angewiesene Inhaber mündlich für den Erwerber detinieren will. Deshalb kann der Inhaber nicht als *Repräsentant* des Erwerbers angesehen werden, aber er muß *Repräsentant* des Anweisenden sein. Es genügt, wenn der neue Besitzer die Anweisung erhalten, ihre Vorzeigung an den Inhaber ist nicht nöthig. *Entsch. B.* 12. S. 172. *Erkenntniß* des *AG. Hamm*, bei *Gruchot* 486. *Strietb.* B. 14. S. 45 (*Sequester*). In dem Fall *das. B.* 11. S. 119f. war nicht der Inhaber angewiesen. Unter Inhaber ist auch der unvollständige Besitzer zu verstehen. *Lenz* S. 486. *Schriftliche Form* bei Anweisung unter *Gegenwärtigen* nicht nöthig. *Strietb.* B. 44. S. 326. Dagegen ist *das. B.* 60. S. 73f. ausgeführt, es sei unverkennbar, daß der Gesetzgeber an die *Aushändigung* einer schriftlichen Anweisung gedacht habe.

⁷⁰⁾ §. 70. d. Z. 1. 9. §. 5. D. XII. 1. 1. 62. *pr. D.* XXI, 2. 1. 9. §. 9. D. XII. 1. 3. §. 20. D. XII. 2. *Lenz* *St. u. Kr.* S. 190. *Gruchot* IV, 487f. *Sav.* 243. Ein Beispiel *Entsch. B.* 44. S. 42 (*Verkaufung* der Detention in *Pfandbesitz* durch Erklärung des Eigentümers). Bei der *br. m. traditio* ist das *corpus* schon vorhanden und der *animus* tritt später hinzu. S. oben S. 35 bei Note 6. Darum wäre aber auch *br. m. trad.* in dem Fall *Entsch. B.* 46. S. 39 anzunehmen gewesen. S. hierüber *R. Koch*, *deutsche Ger.-Zeit.* 1862. S. 231.

⁷¹⁾ §. 71—73. d. Z. *Roch* 181f. *Lenz* S. 190f. *Gruchot* IV, 489. *Heydem.* 357. *Sav.* S. 318f. §. 27. *Puchta*, *Rechtlex.* II. 62. 1. 18. *pr. D.* XII. 2. „Das *constitutum possessorium* bildet den vollkommenen Gegensatz zu der *br. m. traditio*: bei dieser wird der *animus alteri* in den *sibi*, bei jenem der *sibi* in den *alteri possidendi* umgewandelt.“ *Böcking* I, 464 Note 46. Das *const.* setzt wie jeder Besitzwerb eine getrennte Sache voraus, *Entsch. B.* 48. S. 8, und daß der *Constituent* über den Besitz verfügen kann, d. h. daß er die *Gewahrsam* habe.

Versähen stehen geblieben, nachdem die ursprünglich beabsichtigte Schriftform bei der Redaktion nicht angenommen worden⁷²⁾. Weil aber die Worte im Gesetz stehen und ihre Beziehung auf die allgemeinen Erfordernisse einer Willenserklärung ihnen eine müßige Bedeutung beilegen würde, hat das Obertribunal durch Plenarbeschluß — jedoch mit der ausgesprochenen Absicht die Frage nicht allgemein zu entscheiden — in dem einen Fall die Schriftlichkeit für nöthig erachtet, wo der Käufer erklärt hat, dem Verkäufer die Sache zu leihen⁷³⁾. Es läßt sich nicht verkennen, daß derartige Entscheidungen, die absichtlich der Prinzipienfrage ausweichen, mehr verwirren als aufklären. Die Sache steht jetzt in der Praxis so, daß für die in §§. 59. 66—68. bezeichneten Erklärungen die Schriftform niemals nöthig ist, daß aber in den Fällen der §§. 70. 71. die Schriftform zuweilen nöthig sein kann⁷⁴⁾. Eine Rechtsfertigung für einen solchen Rechtszustand ist nicht möglich. Gegen den Plenarbeschluß spricht nicht nur die erwähnte Entscheidungsgeschichte der §§., sondern mehr noch, daß sowohl der *br. m. traditio* als dem *constitutum possessorium* die Vertragsnatur an sich nicht essentiell ist. Sie sind einseitige Erklärungen, die möglicher Weise die Folge einer vertragsmäßigen Abmachung sein können, nicht selbst aber die Vertragsnatur haben. Was daher von der Vertragsform gilt, kann nicht ohne Weiteres auf diese Erklärungen übertragen werden. Als Beispiele des *constitutum* erwähnt das *MR.* im Anschluß an das römische Recht⁷⁵⁾ die Fälle, wo der bisherige Eigenthümer erklärt, er behalte sich zum Besten eines Andern nur noch den Nießbrauch vor, und wo er sein bisheriges Grundstück von einem Andern, an den er es veräußert hat, leihet, pachtet oder miethet⁷⁶⁾. Er macht sich selbst dadurch zum unvollständigen, den An-

⁷²⁾ Studien in der Zeitschr. v. Simon u. Strampff. B. 3. S. 610 Nr. 15.

⁷³⁾ Entsch. B. 29. S. 1. Strietb. B. 14. S. 329. *JMBl.* 1855. S. 23. *Plen.-Beschl.* Koch, Komm. Note 42 zu §. 73. b. I.

⁷⁴⁾ Heydem. S. 358. Nach gemeinem Recht ist nur ausdrückliche Erklärung nöthig. *Senffert* XIX, 15.

⁷⁵⁾ I. 28. I. 35. §. 5. C. VIII, 54. I. 77. D. VI, 1. *Senffert* VI, 310.

⁷⁶⁾ §. 72. 73. b. I. Vergl. Präj. 701. *Samml.* I, 23. *Entsch.* B. 23. S. 79. *Strietb.* XII, 201. XXI, 262 *Gruchot* I, 101. Leihen der verkauften beweglichen Sache, Präj. 701. *Samml.* I, 23. der Veräußerungsvertrag muß aber vorgegangen sein. *Entsch.* B. 19. S. 364 f. Diesen Satz hat das *D.-Trib.* *Entsch.* B. 33. S. 34. *Strietb.* B. 21. S. 262 auf den Uebergang des Eigenthums beschränkt, und es will durch Pachten des eignen Grundstücks ohne vorgegangene Veräußerung für den Verpächter vollständigen Besitz erwerben lassen. Mit Recht dagegen Koch *Komm.* Note 41. zu §. 73. (4. A.) und *Gierse* in der *preuß. Anw.-Zeit.* 1862. S. 321 f. Wer sein eignes Grundstück, ohne es zu veräußern, von einem Andern pachtet, kann nicht den unvollständigen Pachtbesitz erwerben und veräußert nicht den vollständigen Besitz an den Verpächter, vielmehr *nil actum est*, es ist ein juristisch unmögliches Geschäft. Oben B. 2. §. 136 bei Note 32. Auch ist *Strietb.* B. 25. S. 186 f. vom *D.-Trib.* angenommen worden, daß dadurch, daß ein Erbpächter das Grundstück vom Gutsherrn zeitpachtet,

bern zum vollständigen Besitzer. Bei dem *constit. poss.* wird der Besitz durch einen Stellvertreter erworben, das Eigentümliche liegt aber darin, daß der Vertreter sich dazu selbst bestellt⁷⁷⁾.

6) Der Besitzerwerb an Rechten⁷⁸⁾. Zunächst heißt es: „Rechte, welche mit dem Besitz einer Sache verbunden sind, werden mit der Sache zugleich übergeben“⁷⁹⁾. Das bedeutet: die Erledigung des Sachbesitzes erlebigt von selbst auch den Rechtsbesitz, und durch die Ergreifung des Sachbesitzes ist auch der Rechtsbesitz ergriffen. Dieser Satz, so zweifellos er erscheint, ist doch nicht ohne Zweifel. Zwar unbedenklich wird der Besitz eines Rechts an einer Sache erworben, wenn man diese in Besitz nimmt, also der vollständige Besitz des Pachtrechts, des Nießbrauchsrechts mit dem Ergreifen des unvollständigen Besitzes der zu nutzenden Sache. Ebenso unbedenklich wird der Besitz einer *s. g.* kontinuierlichen Servitut (Balkentragen, Ueberbau u. s. w.), welche eine dauernde Herrichtung voraussetzt, erworben, wenn die berechtigte Sache, für welche die Herrichtung vorhanden ist, ergriffen wird, weil die Existenz der Herrichtung den Inhalt des Besitzrechts erschöpft, d. h. die Möglichkeit der Ausübung mit deren Wirklichkeit zusammenfällt⁸⁰⁾. Aber wo der Besitz der berechtigten Sache (des herrschenden Grundstücks) nur die Möglichkeit darbietet, das mit ihr verbundene Recht gegen das verpflichtete Grundstück auszuüben (diskontinuierliche Servituten), zeigt jener Satz eine Irregularität, weil die Möglichkeit der Ausübung noch nicht die Ausübung selbst ist. Das römische Recht kennt als Besitzerwerksakt nur den *usus juris*, nicht die bloße Möglichkeit der Ausübung, und wenn Neuere letztere für genügend halten wegen der Gleichheit mit dem Besitzerwerb an Sachen, bei dem auch die Möglichkeit der körperlichen Einwirkung hinreicht, so übersehen

ersterer sein erbliches Recht nicht verliert, mithin kann der Guts herr auch dadurch nicht den vollständigen, inkapitionsfähigen Besitz erlangen. Daß eine Verkünderung als notwendig vorausgesetzt ist, folgt zweifellos aus dem Worte „bisheriger“ in §. 72. 73. d. L. Die Kontroverse ist dadurch nicht in eine bessere Lage gekommen, daß später das D.-Trib. (Strieth. B. 40. S. 19) es für eine *quaestio facti* erklärt, ob der Abschluß eines Pachtvertrags durch *constit. poss.* den vollständigen Besitz auf den Verpächter übertrage. Vergl. noch Strieth. B. 20. S. 167, wonach der Verzicht des früheren Ertpächters, der durch die spätere Gesetzgebung Eigentümer geworden, auf sein Eigentum gegenüber dem Guts herrn Letzterem keinen Titel zum Uebergang des Eigentums auf ihn gewährt.

⁷⁷⁾ Buchta, Rechtslex. 62.

⁷⁸⁾ Koch S. 146. Gruchot V, 291 fg. Heydemann I, 359. Korte bei Gruchot V, 101 f. — Sav. §. 44—47. S. 472 fg. Buchta, Rechtslex. II, 66 f. Brunß S. 475 f. Kanda §. 24—31. S. 235 fg. Windscheid I, 445.

⁷⁹⁾ §. 77. d. L. 1. 3. pr. D. VII, 1. Voraussetzung ist, daß das Recht schon mit der Sache verbunden ist, nicht erst für sie neu konstituiert werden soll. Entsch. S. 115.

⁸⁰⁾ Kanda S. 288. Brunß S. 476. 1. 32. D. VIII, 2. *natura enim servitutum ea est, ut possidere non possint, sed intelligatur possessionem earum habere qui aedes* (das berechtigte Haus, Böcking I, 469 Note 3) possidet.

sie nicht allein die Quersenzugnisse, die dafür keinen Anhalt bieten, sondern auch die Verschiedenheit zwischen der das Besitzverhältniß und die Existenz des Besitzwillens schon kennbar machenden Möglichkeit körperlicher Einwirkung auf eine Sache, und der durch den Besitz der berechtigten Sache noch keineswegs hervorgetretenen Existenz des Willens, das unsichtbare Recht zu besitzen⁸¹⁾. Die Praxis des Obertribunals nimmt aber bei solchen Rechten an, daß durch die Besitzergreifung der Sache (des berechtigten Grundstücks) zugleich — auch ohne Ausübung — der Besitz des Rechts erworben ist. Bei dem Wortlaut des §. 77. d. Z. ist dies auch nicht unrichtig — aber man muß sich der Irregularität bewußt sein, die darin liegt⁸²⁾.

Sodann: der Besitz anderer Rechte, d. h. solcher, die von dem Besitz einer Sache nicht abhängen, wird nur durch ihre Ausübung erworben⁸³⁾. Die Ausübung ist die Handlung der Besitzergreifung (corpus),

⁸¹⁾ 1. 20. D. VIII, 1. usum juris pro traditione possessionis accipiendum esse. 1. 3. §. 2. 1. 5. §. 3. D. XLIII, 19. Nur die Fortdauer des Besitzes an diskontinuierlichen Rechten ist nicht an fortgesetzte Ausübung gebunden. 1. 10. D. VIII, 5 Wirkliche Ausübung erfordern zum Erwerb: Böcking I, 474. Brinz I. S. 80 a. E. Kanda S. 287 Note 1. Mit der Möglichkeit der Ausübung begnügen sich Unterholzner, Verjähr. II, 166. Bruns S. 475. Sintonis I. S. 588 Note 36. Windscheid I. S. 447. Note 5. Kanda S. 302 will als Ausnahme bei dem Nießbrauch die Möglichkeit der Ausübung für hinreichend erachten wegen 1. 3. pr. VII, 1. (induxerit, eumve patiatur), aber das Ergreifen des körperlichen Besitzes, nachdem der Nießbraucher mit der erklärten Absicht in das Grundstück eingeführt worden, daß er es nutzen wolle, ist selbst schon ein Akt der Ausübung des Nießbrauchsrechts. Dasselbe gilt im preuß. R. vom Besitz des Pachtrechts, wenn die Pachtsache in Besitz genommen.

⁸²⁾ Entsch. B. 42. S. 46. Strietz B. 37. S. 34. Die Motivirung ist aber nicht treffend. Aus §. 40 f. d. Z. wird der daraus nicht erweisliche und an sich unrichtige Satz gefolgert, daß es Singularsuccession in den Besitz gebe. Der Nachfolger im Besitz des berechtigten Grundstücks erwerbe also als Successor den Rechtsbesitz auch ohne Ausübung. Der vom Obertribunal zur Motivirung seiner Entscheidung übrigens nicht herangezogene §. 77. leitet aber den Erwerb des Rechtsbesitzes nicht aus der Person des Autors, sondern aus der Uebergabe der Sache, d. h. aus der Besitzergreifung dieser ab. Der Erbe succedirt nach der Ansicht des Obertribunals nicht in den Besitz des Erblassers; warum erwirbt er trotzdem den Rechtsbesitz nach §. 77., wenn er den Besitz am Grundstück ergriffen hat? Ueber Singularsuccession in den Besitz s. oben bei Note 52 fg. — Koch, Comment. Note 44 zu §. 77. macht die Bemerkung: solche Rechte werden nicht durch die bloße Ausübung besessen, sondern durch den Besitz der Sache selbst. Soll dies heißen: zur Ausübung muß der Besitz hinzutreten, Ausübung und Sachbesitz müssen vereinigt sein, so wäre dies die richtige Theorie, aber §. 77. verlangt im Gegensatz zu den anderen Rechten in §. 78. überhaupt nicht die wirkliche Ausübung, sondern nur den Besitz der Sache. Koch's Note bezieht sich augenscheinlich nur auf den Fall, wo die Sache selbst der Gegenstand des Rechts ist, wie bei Nießbrauch und Pacht, nicht auf den, wo der Besitz des herrschenden Grundstücks ergriffen wird. §. 77. ist aber auf beide Fälle zu beziehen, denn auch im zweiten ist das Recht „mit der Sache verbunden.“

⁸³⁾ §. 4. 5. 7. 8. d. Z. Studien S. 611 fg. 1. 20. D. VIII, 1. Insbesondere giebt erteilte Erlaubniß zur Ausübung noch nicht den Rechtsbesitz, auch nicht die Unabhängigkeit der Urkunde über das Recht. Ueber ungeschickte Anwendungen des

sie muß geschehen mit der Absicht das Recht als Recht für sich auszuüben⁸⁴), es muß der wirkliche (stoffliche) Inhalt dieses Rechts ausgeübt werden⁸⁵), es muß die Existenz dieses Rechts möglich (wenn auch nicht wirklich) sein⁸⁶). Einmalige Ausübung genügt, sie entscheidet über den Umfang und die Art des Besitzerwerbs⁸⁷). Enthält das Recht Nebenbefugnisse, oder, wie das *RR.* sich ausdrückt, „Theile, welche aus dem Begriff von selbst folgen,“ so bedarf es, analog wie bei dem Besitzerwerb der Pertinenzien, keiner besonderen Ausübung dieser Theile, um ihren Besitz zu erwerben⁸⁸).

Von dem Allgemeinen zum Besondern übergehend ist zu bemerken: 1) der Besitz eines affirmativen Rechts (Reallasten, radizirte Renten, Auszug) wird erworben, wenn die Handlung, die von einem Andern als fortdauernde Schuldigkeit gefordert, von diesem wirklich geleistet wird⁸⁹). Es genügt hiernach nicht der bloße Erwerb des berechtigten Grundstücks, nicht die Anerkennung des Rechts oder das Versprechen der Leistung von Seiten des Verpflichteten. Auch wird der Besitz nicht durch den das Recht begründenden Vertrag erworben. Das Recht muß als Schuldigkeit gefordert, als Schuldigkeit in demselben Umfang und in derselben Art geleistet sein⁹⁰). 2) Der Besitz eines negativen Rechts (die affirma-

§. 78. auf Forderungsrechte (Entsch. V. 13. S. 190 B. 20. S. 128) f. Koch Note 45 zu diesem §.

⁸⁴) §. 5. d. L. I. 1. §. 11. I. 7. (tanquam id suo jure faceret) D. XLIII, 19. I. 22. (quasi debita), I. 25. (suo jure uti) D. VIII, 6. Randa S. 270. Studien S. 604. Animus juris, nicht opinio juris. Beides verwechselt Gruchot V. 298.

⁸⁵) Der Inhalt des Rechts muß durch die Ausübung realisirt werden. Randa S. 288. Aber nicht Erschöpfung des Inhalts, z. B. Strieth. V. 48. S. 16. Entsch. V. 41. S. 360. Strieth. V. 32. S. 62.

⁸⁶) Randa S. 294.

⁸⁷) Savigny S. 480. 485. Randa S. 289. 291. Mevius, decis. VIII, 63. Entsch. V. 50. S. 68.

⁸⁸) §. 79. d. L. Randa S. 293. Entsch. V. 47. S. 73. Strieth. V. 49. S. 101. B. 64. S. 157 (der §. 79. bezieht sich auf den qualitativen Umfang des besessenen Rechts, nicht auf die räumliche Ausdehnung des Rechtsbesitzes.).

⁸⁹) §. 80. d. L. Korte S. 117. Gruchot V, 292. Heydemann I, 361. Randa §. 30. S. 331 fg.

⁹⁰) Man kommt also zwar nach §. 77. d. L. in den Besitz der schon bestehenden Reallast, wenn man das berechtigte Grundstück erwirbt, aber in den Besitz einer noch nicht bestehenden, erst zu konstituierenden Reallast nur durch wirkliche Leistung des Verpflichteten. Der steht gleich, wenn die Leistung durch Abrechnung geschieht, wenn unter Anerkennung der Pflicht Befristung oder Erlaß einer einzelnen Leistung erbeten und gewährt wird (§. 654. I, 9.). Duncker, die Lehre v. d. Reallasten S. 99 f. und in der Zeitschr. f. deutsches R. II. 61 f. Einmalige Leistung genügt. Mevius, decis. VIII, 63. Es kommt nicht nur der Wille des Berechtigten, die Leistung als Recht zu fordern, sondern auch der Wille des Verpflichteten, die Leistung als Pflicht vorzunehmen, in Betracht. Randa S. 334. Entsch. V. 45. S. 115. B. 49. S. 63. Strieth. V. 33. S. 51. Eine andere Frage ist, ob bewiesen werden muß, daß die Handlung als Schuldigkeit gefordert worden, oder ob nicht eine Berufung auf die Vermuthung aus §. 107. d. L. zulässig ist. Schles. Arch. V. 5. S. 136. Strieth. V. 33. S. 51.

tiven Servituten, quae in patiando consistunt, Nießbrauch, Weide-, Wege-, Wasserfervituten u. s. w.) ist erworben, wenn eine Handlung als fortbauend zustehendes Recht wirklich vorgenommen wird, der der Andere widersprechen konnte aber nicht widersprochen hat⁹¹⁾. Daraus folgt: wenn die Handlung an einer Sache vorgenommen wird, so muß diese Sache für den Handelnden eine fremde sein⁹²⁾: die Handlung, welche den Inhalt der Berechtigung bilden soll, muß wirklich vorgenommen sein, weder die durch den Besitz der Sache, worauf sie sich bezieht, dargebotene Möglichkeit der Vornahme reicht aus⁹³⁾, noch der das Recht begründende Vertrag oder ein Zugeständniß des Verpflichteten⁹⁴⁾; der Verpflichtete (welcher die Handlung ferner leiden soll) muß widersprechen können, die Vornahme der Handlung muß ihm also bekannt geworden sein⁹⁵⁾, was nach gemeinem Recht streitig und von den meisten Neuern verneint⁹⁶⁾,

⁹¹⁾ §. 81—85. d. L. Entsch. B. 58. S. 43. Korte S. 135. Gruchot S. 295. Heydemann S. 361. Kanda S. 301 fg. Die Ausübung in der Meinung des Rechts ist nicht besonders nachzuweisen, vielmehr kann der animus juris aus den Umständen gefolgert werden. §. 82. d. F. Arnob. Arch. XIV, 595. Strieth. VI, 37. B. 27. S. 179. B. 31. S. 40. Präj. 215. Samml. I, 251. Beispiele über die Feststellung des animus s. in den Ergänz. 5. A. I, 218. Das Wort fortbauend interpretirt das D.-Trib. mit wirklich, so daß also §. 82. lautet: als ein wirkliches Recht wirklich zusehe. Entsch. B. 35. S. 14. Strieth. B. 23. S. 268. Oben §. 159. Note 28.

⁹²⁾ Rechtsf. III, 307. Entsch. B. 22. S. 304. Strieth. VI, 40. Daran schließt sich die Streitfrage, ob der Besitz einer Servitut gegen ein fremdes Grundstück erworben werden kann, wenn das Recht in der irrthümlichen Annahme ausgeübt worden, das Grundstück sei das eigene. Die gemeinrechtliche Praxis schwankt hier sehr. Bejaht von Lübeck bei Seuffert VIII, 292. Schletter Jahrb. II, 312. Verneint von Stuttgart bei Seuffert VIII, 220. Früheres Schwanken in der preuß. Praxis (Strieth. B. 3. S. 38 bejahend, Entsch. B. 22. S. 304 verneinend, B. 28. S. 116 wieder bejahend) hat der Pl.-Beschl. V. 47. S. 15 im bejahenden Sinne entschieden. Die Gründe dieses Beschlusses stehen ganz auf dem Savigny'schen Standpunkt vom Wesen des Besizes als factum und von der quasi-possessio. Dies entspricht nicht dem preuß. Recht, auch nicht dem heutigen gemeinen deutschen Recht. S. bef. dagegen Hinjcius in der pr. A.-Z. 1863. S. 38 f., S. 47 f. Gruchot VIII, 46. Ein näheres Eingehen muß bis zur Lehre vom Erwerb der Servituten verschoben bleiben. Unten §. 187.

⁹³⁾ Das folgt direct aus §. 81. d. L. „unternimmt.“ S. oben Note 81. namentlich auch über die 1. 3. pr. D. VII, 1. Animus juris (nicht opinio juris, s. oben Note 84): 1. 1. § 6. 1. 7. D. XLIII, 19. 1. 25. D. VIII, 6. Strieth. B. 22. S. 215 c. S. 219. Entsch. B. 37. S. 170 f.

⁹⁴⁾ Kanda S. 303. Unten §. 187 Note 29. 30.

⁹⁵⁾ §. 81. „widersprechen konnte.“ Strieth. B. 64. S. 1. Gruchot VIII, 50. interpretirt konnte im Sinn von durfte. A. M. Kanda S. 305., weil auch der heimlich, also heimlich erworben Besiz Besitz sei. Das ist aber derjenigen Person gegenüber nicht richtig, gegen welche der Fehler begangen worden. Der Verpflichtete muß die Vornahme der Handlung gestatten, er muß einwilligen, sonst kann ihm gegenüber der Besitz nicht erworben werden. Vergl. §. 313. österr. G.-B. Was muß der Besiztläger beweisen? Nach Entsch. B. 18. S. 183 II. und Strieth. B. 29. S. 143. B. 47. S. 194. B. 64. S. 243, Umstände, aus denen die Kenntniß des Verpflichteten zu folgern; nach dem Erk. des D.-Trib. bei Gruchot V, 297 genügt Berufung auf die Vermuthung gegen Heimlichkeit und Prefarium.

⁹⁶⁾ In der älteren Praxis wurde scientia und patientia verlangt, im Anschluß an 1. 2. C. III, 34. Mævius IX, 165. Die Neuern verlangen weder Wissen

in der preussischen Praxis aber festgehalten wird⁹⁷⁾; der Widerspruch endlich muß gegen den Handelnden selbst bei der ersten Erwerbshandlung, oder sofort auf frischer That oder nachdem die Kenntniß erlangt worden, erklärt werden, sonst hindert er nicht mehr den schon durch die erste Ausübung vollendeten Besitzerwerb⁹⁸⁾. 3) Der Besitz eines Unterjagungsrechts (negative Servituten, quae in non faciundo consistunt, auf Licht, freie Aussicht u. s. w.) wird erworben, wenn in der Absicht einer Rechtsausübung die Vornahme einer Handlung der an sich dazu berechtigten Person verboten und deshalb von ihr unterlassen wird⁹⁹⁾. Auch hier muß das Verbot in der Absicht erfolgen, dadurch ein Recht für sich auszuüben¹⁰⁰⁾. Während bei dem negativen Recht der Widerspruch von dem Verpflichteten ausgeht, um den Besitzerwerb zu hindern, geht bei dem Unterjagungsrecht der Widerspruch von dem Berechtigten aus, um den Besitz zu erwerben. Das Verbot kann mündlich oder durch Handlungen ausgedrückt werden¹⁰¹⁾. Das bloße Unterlassen ohne vorangegangenes Verbot genügt nicht zum Besitzerwerb¹⁰²⁾, auch muß grade diejenige Handlung, gegen welche das Verbot gerichtet worden und grade in dem Umfang, wie er sich in dem Verbot ausgedrückt hat, unterlassen sein¹⁰³⁾. Um die Unterlassung zu konstatiren, bedarf es keines längeren Zeitraums. Sie ist entweder Abstehen von der schon begonnenen Handlung oder einfache Nichtvornahme derselben¹⁰⁴⁾. Eine Eigenthümlichkeit bei dem Besitzerwerb eines Unterjagungsrechts zeigt sich darin, daß er auch aus einer Willenserklärung dessen, der zu diesem Recht verpflichtet werden soll, aus einem Vertrage hervorgehen kann¹⁰⁵⁾, und daß durch ein rechtskräftiges Urtheil, welches ein negatives Recht abgesprochen

noch Dulden. Sav. S. 480. Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen. S. 129 f. Aus der vorandrechtlichen Gesetzgebung s. das Edikt v. 1718 bei Heydemann S. 362 Anm. 706. Vergl. Gruchot VIII. S. 47 f. V, 296 f.

⁹⁷⁾ Entsch. B. 18. S. 183 II. Strietz. B. 27. S. 64. B. 29. S. 143. B. 64. S. 1. JMW. 1854. S. 103. Nr. 8. Ueber den Beweis, den der Kläger zu führen, s. oben Note 95.

⁹⁸⁾ S. 83. 84. 85. d. I. Mat. S. 24. 74. JMW. 1844. S. 105 a. E. Entsch. B. 47. S. 82. Späterer Widerspruch macht den fehlerfrei erworbenen Besitz nicht zu einem fehlerhaften. Dai. B. 50. S. 68. Vergl. I. 1. §. 12. I. 2. D. XLIII, 19. Savigny S. 480. 486.

⁹⁹⁾ S. 86. 87. d. I. Worte S. 137 f. Gruchot V. S. 301 f. Heydemann S. 362. Randa S. 312 f. Puchta, Rechtslex. II, 70. Seuffert VI, 15. XIV, 13.

¹⁰⁰⁾ I. 45. D. XXXIX, 2.

¹⁰¹⁾ Randa S. 316. Entsch. B. 38. S. 80.

¹⁰²⁾ Randa S. 314. Wenn der Eigentümer freiwillig etwas zu thun unterläßt, so kann daraus ein Dritter kein Unterjagungsrecht gegen ihn herleiten. Entsch. 37. S. 51. Strietz. B. 28. S. 112. B. 32. S. 57. B. 40. S. 78.

¹⁰³⁾ Randa S. 319.

¹⁰⁴⁾ Randa S. 320 Note 17. Das Präj. 913 (Samml. I, 23) verlangt den „Hinzutritt einer Handlung des Verpflichteten“ im Gegensatz zu einer bloßen Willenserklärung desselben.

¹⁰⁵⁾ Präj. 913. Samml. I, 23. Heydem. I, 362 Note 707.

hat, der Besitz des diesem entsprechenden Untersagungsrechts erworben wird¹⁰⁶⁾.

Es bleibt, weil bei dem Rechtsbesitz dem Berechtigten in der Regel ein Verpflichteter oder in seinem Eigenthum Belasteter gegenübersteht, die Frage übrig, wie er erworben wird gegen mehrere Verpflichtete oder gegen eine juristische Person. Das A.R. giebt folgende Regeln: Einzelne von mehreren Mitbesitzern können durch ihre Handlungen, Oubungen und Unterlassungen nur auf ihre Antheile einem Andern das Besitzrecht einräumen. Das Besitzrecht am Ganzen wird erworben, wenn alle bisherigen Mitbesitzer handeln, dulden, unterlassen. Kein Einzelnr kann durch sein Handeln und Dulden den anderen Mitbesitzern etwas vergeben¹⁰⁷⁾.

Soll gegen eine juristische Person, eine Korporation oder Gemeinde, der Besitz eines Rechts erworben werden, so muß bei dem affirmativen Recht die Handlung in verfassungsmäßiger Weise (auf Grund eines statutenmäßigen Beschlusses) von denjenigen Organen geleistet sein, welche die juristische Person verpflichten können¹⁰⁸⁾, die Oubung dagegen (bei dem negativen Recht) und die Unterlassung (bei dem Untersagungsrecht) zwar von allen Mitgliedern geübt sein¹⁰⁹⁾, aber die Kenntniß ihrer Repräsentanten von dem Verbot, welchem Folge geleistet, oder von der vorgenommenen Handlung, welcher hätte widersprochen werden müssen, reicht aus, um die Gemeinde selbst zu dem negativen und Untersagungsrecht zu verpflichten¹¹⁰⁾.

IV. Der Besitzerwerb durch Stellvertreter¹¹¹⁾. *Possessionem acquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*¹¹²⁾. Es ist hiernach zu lässig, daß die Erwerbshandlung (*corpus*), durch einen Andern in Vertretung des Erwerbers

¹⁰⁶⁾ §. 87. d. L. J.WiBl. 1854. S. 104 Nr. 12. Strietb. B. 2. S. 49f. B. 18. S. 305. B. 26. S. 111. B. 28. S. 116. B. 41. S. 188. Entsch. B. 41. S. 59. Dagegen ist es offenbar unrichtig, daß gegen ein solches Judikat nicht ein neues negatives Recht erworben werden kann. S. gegen diese Ansicht des D.-Trib. Koch, Komm. Note 54 zu §. 87.

¹⁰⁷⁾ §. 88, 89. d. L. Mater. S. 146. Gruchot V, 303 f., der richtig darauf hinweist, daß §. 88. und 89. im Grunde dasselbe sagen. Heydem. I, 363.

¹⁰⁸⁾ §. 90. 91. Stubien S. 615 f. Mater. S. 71 f. Gruchot V, 304, wo auch Citate der älteren gemeinrechtlichen Praxis. Heydemann S. 363.

¹⁰⁹⁾ Strietb. B. 11. S. 176. Gegen Gruchot's Widerspruch V, 305, 306. darf eingewendet werden, daß der Besitz eines Kirchenstuhls doch wohl nur als Besitz des Rechts aufgefaßt werden kann, den Stuhl zu benutzen; dem Sachbesitz fehlt die Absonderung der Sache (Theil eines Ganzen). Strietb. B. 62. S. 228. Oben S. 37. So auch Böhmer, jus. paroch. l. c. 2. Loyser XXII, 4. Glück II, 430. Seuffert VI, 240. XI, 272 und Präj. 2. bei Matthia, Kontrov.-Lex. I, 123.

¹¹⁰⁾ §. 92—95. d. L. Strietb. B. 11. S. 176.

¹¹¹⁾ Koch S. 176. Heydemann I, 349. Gruchot IV, 435 fg. — Savigny §. 26. S. 304 f. Buchta, Rechtslex. II, 59. Kanda S. 186 f., 339 f. Oben die Litteratur bei §. 42. B. 1. S. 192.

¹¹²⁾ Paull. S. R. V, 2. §. 1. 1. 3. §. 12. D. XLI, 2. 1. 53. D. XLI, 1. 1. 8. C. VII, 32.

vorgenommen wird. Der Satz bezieht sich aber nur auf die freie Stellvertretung, denn bei der nothwendigen muß durch die Vertretung auch der Erwerbswille ergänzt werden¹¹³⁾. 1) Die freie Stellvertretung. Das RM. bietet über diesen viel behandelten und in der Praxis oft schwer zu entscheidenden Gegenstand eine einzige dürftige Vorschrift. „Nur insofern Rechte durch die Verträge eines Andern erlangt werden können, kann auch der Besitz durch die Handlung eines Andern erworben werden“¹¹⁴⁾. Aus dem Wortlaut folgt, daß der Stellvertreter entweder Mandatar sein muß, oder daß die Grundsätze von den Verträgen zu Gunsten Dritter anzuwenden sind. Der Fall des Mandats bietet keinen Zweifel. Ist der Auftrag speziell auf den Besitzwerb gerichtet, so weiß und will der Vertretene denselben, die Vertretung des Mandatars bezieht sich nur auf die Ergreifung, die er in der Absicht vornehmen muß, den Besitz seinem Machtgeber zu erwerben¹¹⁵⁾. Auch das Generalmandat macht keine Schwierigkeit; es ist jetzt in der gemeinrechtlichen und preussischen Praxis die vorherrschende Ansicht, daß der Besitz dem Machtgeber durch die Ergreifung des Generalbevollmächtigten erworben wird, auch ohne daß er spezielle Kenntniß von diesem Besitzwerb hat, wenn nur in der Ertheilung der Generalvollmacht die Ermächtigung zu solchen Handlungen enthalten ist¹¹⁶⁾. Aus gleichem Grunde erwirbt der

¹¹³⁾ Kunze, die Oblig. und Singularsucc. 1856. S. 271.

¹¹⁴⁾ §. 45. b. E.

¹¹⁵⁾ Savigny S. 312. I. 34. §. 1. I. 49. §. 2. D. XLI, 2. I. 1. C. VII, 32. Die Urtapation beginnt aber erst mit der erhaltenen Kenntniß von der Ergreifung. I. 47. D. XLI, 3. I. 49. §. 2. D. XLI, 2. Seuffert XII, 231. Matthiä, Kontrov.-Lex. I. S. 115 bei Nr. VI.

¹¹⁶⁾ Savigny S. 316 bestreitet, daß der procurator universorum bonorum Besitz erwerben kann ohne speziellen Auftrag hierzu, und zwar auf Grund der I. 42. §. 1. D. XLI, 2. Aber die Worte si sua sponte emerit bilden nicht den Gegenatz des allgemeinen Auftrags zum speziellen, sondern es ist der Gegensatz angebrückt zwischen einem Kauf für den Auftraggeber und in eigenem Namen. Die Glosse hat den Generalmandatar dem Spezialmandatar gleichgestellt. Ebenso Donellus, Comment. V. c. 8. §. 10. Vinnius, comment in instit. II. c. 9. §. 6. Stryck. us. med. XLI. tit. 2. §. 5. Pufendorf, observ. I, 8. Von den Neueren vertreten diese Ansicht Unterholzner (krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. IV, 387), Buchta (neue Schr. Nr. 32), der jedoch zwischen dem generellen und universellen Mandat (proc. omnium bonorum) unterscheidet und bei dem letzteren ein spezielles Mandat erfordert. Rechtslex. II, 61. S. ferner Bremer in der Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz. B. 11. S. 211f. B. 17. S. 193f. Randa S. 197 a. E. f. Dagegen sind Koch S. 178, Pierulff S. 380, Schirmer in d. Zeitschr. f. C.-R. u. Pr. B. 14. Nr. 3. S. 169. Die Praxis ist fest in der Gleichstellung des speziellen und generellen Mandats. Seuffert II, 135. IV, 205. V, 106. VIII, 231. X, 134. Matthiä, Kontrov.-Lex. I, 116f. Präj. 4. 5. 6. Das RM. verlangt zum Besitzwerb nicht Spezialvollmacht. Vergl. I, 13. §. 99—109. Koch S. 180f. Und aus der preuß. Praxis: Strieth. B. 26. S. 117. B. 32. S. 199 und Entsch. B. 22. S. 321f. Strieth. B. 5. S. 156 (Bl.-B.), wo der Satz auch für gemeines R. deduzirt ist. Besonders ist hier der Besitzwerb von Prädialservituten durch Gutsverwalter, Hirten und Schäfer hervorzuheben, auf welche Fälle sich jene Entscheidungen beziehen. Arnob. Arch. B. 14. S. 641 Vergl. I. 1. §. 7. 11. I. 3. §. 1. D. XLIX, 19. I. 6. pr. I. 20. 24. D. VIII, 6.

Verwalter für den Herrn den Besitz, wenngleich dieser davon noch nicht Kenntniß hat¹¹⁷), und ausnahmsweise, vermöge positiver gesetzlicher Vorschrift der Nießbraucher, weil er das vollständige Nutzungsrecht hat¹¹⁸). Aber durch Miether und Pächter kann ohne besonderen Auftrag der Besitz für den Eigenthümer nicht erworben werden, da dies außerhalb der Sphäre ihres Vertragsverhältnisses, aber auch außerhalb des Umfangs ihres Besitzrechts liegt, und der unvollständige Besitzer in so weit nicht als Stellvertreter des vollständigen Besitzers angesehen werden kann¹¹⁹). Einen Auftrag findet die Praxis darin, daß der Vermiether die Ausübung eines von ihm noch nicht besessenen Rechts vermietet¹²⁰). — Nach den Grundsätzen des A. R. über die Verträge zu Gunsten Dritter ist zum Besitzerwerb durch Vertretung nöthig, daß der Vertretene nachträglich den Ergreifungsakt genehmigt, und erst durch diese Genehmigung vollendet sich der Erwerb¹²¹). Hiernach entscheidet sich die Frage, ob durch auftraglose Geschäftsführung der neue Besitz erworben werden kann¹²²). In alle dem stimmt das preussische Recht mit dem gemeinen überein. Nöthig ist also, daß der Vertretene den Erwerb weiß und will, daß der Vertreter für ihn apprehendire, daß er für die Apprehension willensfähig ist und auch den Willen hat, den Akt für den Vertretenen vorzunehmen¹²³). Er übt nicht eine äußere Handlung, sondern eine Handlung von bestimmter juristischer Wirkung, die sich nicht denken läßt ohne den grade diese Wirkung bestimmenden Willen¹²⁴). Zu weit geht aber offenbar eine Praxis, die durch Handlungen, welche der Apprehendent in eigenem Interesse vornimmt, für eine andere Person den Besitz erwerben läßt, bloß weil diese Handlungen auch in ihrem Interesse liegen (Schankgäste, Mahlgäste)¹²⁵). Wenn der Besitzergreifung eine Besitzerle-

¹¹⁷) S. vorige Note. Seuffert II, 135. VIII, 231.

¹¹⁸) §. 98. I, 21. Unten Note §. 161. bes. Note 88. Entsch. B. 44. S. 127. Strietb. B. 45 S. 105.

¹¹⁹) Strietb. B. 24. S. 69. B. 29. S. 209. Rechtsfälle III, 251 Nr. 2. Entsch. B. 44. S. 123, bes. S. 125 f. und der Rechtsfall bei Grundot IV, 444 fg. Kanda S. 199.

¹²⁰) Entsch. B. 18. S. 157. Grundot IV, 445.

¹²¹) §. 75. I, 5. Oben B. 1. S. 410.

¹²²) Grundot IV, 446. Strietb. 49. S. 359c. Die Genehmigung wirkt rückwärts. Koch S. 180. Oben B. 1. S. 197 Note 29. I. 24. D. III, 5. Sav. S. 315. a. G. f. Kanda S. 197.

¹²³) I. 1. §. 9. 10. 19. 20. D. XLI. 2. Seuffert X, 130. In Betreff der Treulosigkeit des Mandatars s. I. 37. §. 6. D. XLI. 1.

¹²⁴) Koch S. 176. Kanda S. 197 f., 200 f. Fhering, Jahrb. B. 1. S. 287. Schenri, das. B. 2. S. 20 f. Die Handlung des Vertreters muß in ihrer Totalität, sowohl für als gegen den Prinzipal in Betracht kommen. Daher wird durch eine Handlung des Vertreters, die er vi, clam, precario vorgenommen, für seinen Machtgeber der Besitz nicht erworben. J. M. B. 1854. S. 107. Nr. 29. Strietb. B. 3. S. 353.

¹²⁵) J. B. Seuffert II. 11. XIV. 212. (Mahlgäste, die zur Mühle einen Weg be-

digung vorangegangen sein muß, so ist nicht erforderlich, daß der frühere Besitzer mit der Absicht oder Kenntniß seinen Besitz aufgibt, daß ihn der Repräsentant für den Repräsentirten ergreifen will¹²⁶⁾. Da das neuere Recht grundsätzlich die Stellvertretung durch unabhängige Personen anerkennt¹²⁷⁾, so fällt das Interesse der Frage weg, warum die Römer, welche solche Vertretung für unmöglich erachteten, sie dennoch *utilitatis causa* bei dem Besitzerwerb gestatteten¹²⁸⁾, und man ist nicht mehr genöthigt zu untersuchen, ob der Grund davon in dem Wesen des Besitzes als eines nur thatsächlichen Verhältnisses liege, oder umgekehrt daraus eine Stütze für diese Auffassung zu entnehmen.

2) Während bei der freien Stellvertretung der Wille des Vertretenen immer das entscheidende Moment für den Besitzerwerb bleibt, und dieser Wille nicht vertreten werden kann, stellt sich dies naturgemäß anders bei der nothwendigen Stellvertretung, bei Personen, die nicht willensfähig sind. Hier ergänzt der Vertreter durch seinen Willen den der vertretenen Persönlichkeit fehlenden Willen. Es ist schon erwähnt, daß Unmündige und Geisteskranke durch ihre Vormünder und Pfleger den Besitz erwerben. Es bedarf dazu keines Auftrags, keiner Kenntniß der Bevormundeten von dem Besitzerwerb¹²⁹⁾. Einige Bemerkungen sind aber noch über juristische Personen zu machen¹³⁰⁾. Den ihnen fehlenden Willen ergänzen die dazu geordneten Organe, die Vorsteher, Beamten, oder die Mehrheit der Mitglieder¹³¹⁾. Um für die juristische

nugt haben: „dieses Fahren sei gar nicht als ein reines (?) *factum alienum*, sondern als ein solches zu betrachten, welches im Interesse des Mühlensbesizers geschehen ist“). Das. (Holzkäufer für den Waldeigenthümer). Das. III, 11. (Schankgäste, wo auch die Vornahme der Handlung zugleich im Interesse des Wirths betont wird). Dagegen verneint bei Langenn und Kori. *Erört. prakt. Rechtsfragen* I, 332 (Gruchot IV, 439f.).

¹²⁶⁾ Scheurl, *Beiträge* B. 1. S. 208. Randa S. 203. Ebenso Bremer a. a. D. B. 20. S. 43f. Rudts. §. 145. Ann. 3. S. 215. Vangerow §. 311. Ann. 1. Buchta *Paub.* §. 148. *Al. civ. Schriften* Nr. 32. Dagegen *Jhering Jahrb.* I, 319fg. und die *Entsch.* bei *Seuff.* V, 112, 253. X, 134. XII, 122. fordern Wissenschaft des Tradenten, was jedoch nur in Betreff des Eigenthums erwerbs nicht aber in Betreff des Besitzerwerbs bestritten werden kann. S. unten §. 178 bei Note 32.

¹²⁷⁾ Oben B. 1. S. 195. B. 2. §. 141. bei V.

¹²⁸⁾ Paull. S. R. V, 2. §. 2. I. 1. C.-VII, 32. Sav. S. 311. 313.

¹²⁹⁾ Oben §. 158. bei Note 5. 6. 7.

¹³⁰⁾ *Studien* in Simon u. Strampff's *Zeitschr.* B. 3. S. 609. Nr. 13. Dem *RR.* fehlt eine Bestimmung hierüber, sie wird nicht, wie Gogler meinte, durch die §§. 26f. d. *Z.* ersetzt. *Centralblatt* 1839. Sp. 733ff. *Strieth.* B. 31. S. 40f. Koch S. 160f. Bornemann I, 245. Heydemann S. 349. Gruchot IV. S. 447fg. Randa S. 188fg.

¹³¹⁾ §. 34. d. *Z.* „Vorsteher und Beamte.“ §. 32. d. *Z.* „Repräsentanten.“ §. 26. d. *Z.* „die Mehrheit der Mitglieder.“ I. 1. §. 22. I. 2. D. XLI, 2. I. 14. D. L, 1. Matthä, *Kontrov.-Lex.* I, S. 120f. (bei Gruchot S. 447 a. E. f.). *Rechtspr.* B. 4. S. 297. *Centralbl.* 1842. Sp. 151. *Strieth.* B. 31. S. 40d. Ueber

Person den Besitz zu erwerben, müssen ihn diese Organe mit dem Willen, es für jene zu thun, ergreifen¹³²⁾. Eines besonderen, durch einen statutenmäßigen Beschluß geäußerten Auftrags bedarf es nicht, wenn die Besitzergreifungshandlung unmittelbar in den Umkreis der Thätigkeit des einzelnen Beamten oder Repräsentanten gehört, wenn er vermöge seines Verhältnisses zu der juristischen Person berechtigt und befähigt ist, die Apprehension vorzunehmen¹³³⁾. Dagegen muß die Apprehension beschlossen werden, wenn die juristische Person nicht durch eine einzelne Person, sondern durch eine Mehrheit vertreten wird. Der Beschluß erzeugt den Besitzwillen und bedarf zuweilen noch der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde¹³⁴⁾. Nach RR. kann aber auch der Besitz durch sämtliche Mitglieder der Gemeinde unmittelbar ergriffen werden¹³⁵⁾.

Nach alle dem läßt sich jetzt der Umfang der Rechtsregel *ignoranti non acquiritur possessio*¹³⁶⁾, die das RR. so ausdrückt: „Niemand kann ohne oder wider seinen Willen wirklicher Besitzer einer Sache werden“¹³⁷⁾, bestimmen. Sie hat keine Beziehung auf willensunfähige Personen; bei freier Stellvertretung ist ihr Geltungsbereich, aber auch hier nicht in dem Maße, daß der Erwerber Kenntniß von der Ausführung

die Frage, wann ein solcher Besitzwerb rechtlich oder unrechtlich ist, s. unten §. 163. a. E.

¹³²⁾ Besitzergreifung der Stellvertreter des Fiskus, Strieth. B. 52. S. 27.

¹³³⁾ Pl.-Beschl. Entsch. B. 22. S. 321.

¹³⁴⁾ Koch, bef. S. 159f.

¹³⁵⁾ §. 26f. d. I. Strieth. B. 31. S. 40d. Voigtel in der pr. Anw.-Z. 1865. S. 215. Dabei ist freilich übersehen, daß sämtliche Mitglieder der Gemeinde oder die Mehrheit nicht die Gemeinde selbst sind (Kanda S. 190 Note 5), daß zwar die Apprehension (*corpus*) durch alle oder einzelne Mitglieder vorgenommen werden kann, der Besitzwille für die Korporation aber durch deren Vertreter gefaßt werden muß. Durch Handlungen des Publikums oder einzelner Gemeindeglieder kann daher ohne solchen Willensentschluß der Besitz nicht erworben werden. Koch S. 160f. (Die Bemerkung von Kanda S. 192. Note 5b zu dem von Koch S. 161. mitgetheilten Rechtsfall trifft insofern nicht zu, als die Benutzung des Thormwegs durch die Mitglieder der Stadtgemeinde nicht auf Grund eines verfassungsmäßigen Willensentschlusses ihrer Vertreter erfolgt war). Die gemeinrechtliche Praxis läßt aber bei dem Besitzwerb *au res, quae in communi usu habentur*, durch die einzelnen Gemeindeglieder auch *deu animis* vertreten. S. die von Gruchot mitgetheilten Entsch. Seuffert IX, 255. Ebenso Plen.-Beschl. Präj. 1126. Entsch. B. 8. S. 3. nach gemeinem Recht. Vergl. hierüber Koch, Beurth. S. 524 und Kommentar. Note 17 zu §. 34. Piners im Arnob. Arch. B. 8. S. 452f. Sommer das. B. 11. S. 237. Brandis das. B. 12. S. 247f. Rechtsfälle B. II. S. 94. Daß alle oder die Mehrheit der Mitglieder den Besitz für die Gemeinde ergriffen haben, wird sich thatsächlich wohl nicht leicht feststellen lassen: es kommt eben wesentlich auf die vom Richter im einzelnen Fall zu würdigenden thatsächlichen Momente an. Handlungen von Nichtgemeindegliedern können nicht in Betracht kommen. Entsch. B. 53. S. 16f.

¹³⁶⁾ Sav. S. 307. Lenz S. 118.

¹³⁷⁾ §. 43. d. I.