

Das

Recht des Besizes.

Eine civilistische Abhandlung

von

D. Friedrich Carl von Savigny,

Professor der Rechte zu Marburg.

Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage.

Gießen bey Hoyer,

1806.

Einleitung.

I. Quellenkunde.

1. Westgotische Sammlung:

A.) PAULI *recept. Sentent. Lib. 5. Tit. 2.*
(*de usucapione*) §. 1. 2.

— — — *Lib. 5. Tit. 6. de Interdictis.*
(ed. HUGO, Berol. 1795. 8.)

B.) CODICIS THEODOSIANI *Lib. 4. Tit. 22.*
Unde vi.

— — — *Lib. 4. Tit. 23, Utrubi (1).*
(ed. RITTER, Lips. 1736. f.)

(1) So muß nämlich nach den. Die Handschriften haben:
dem Zusammenhang und In- *Utrumvi.*
halt des Titels gelesen wer-

2. INSTITUTIONUM *Lib. 4. Tit. 15. (de Interdictis) §. 4. 5. 6.*
3. DIGESTORUM : *Lib. 41. Tit. 2. de acquirenda vel amittenda Possessione.*
- — — *Lib. 43. Tit. 16. (1). de Vi, et de Vi armata.*
- — — *Lib. 43. Tit. 17. Uti possidetis.*
- — — *Lib. 43. Tit. 18. de Superficiebus.*
- — — *Lib. 43. Tit. 19. de Itinere Actuque privato.*
- — — *Lib. 43. Tit. 20. de Aqua cottidiana et aestiva.*
- — — *Lib. 43. Tit. 21. de Rivis.*
- — — *Lib. 43. Tit. 22. de Fonte.*
- — — *Lib. 43. Tit. 23. de Cloacis.*
- — — *Lib. 43. Tit. 26. de Precario.*
- — — *Lib. 43. Tit. 31. de Utrubi.*

(1) In allen alten Ausgaben, und auch bey Hallesander, ist die Zahl dieses Titels und der folgenden Titel um Eins geringer: der 10te und

11te Titel der Florentinischen Handschrift nämlich werden da für Einen Titel gerechnet

4. CODICIS *Lib. 7. Tit. 32. de acquirenda et retinenda Possessione.*

- — *Lib. 8. Tit. 4. Unde vi.*
- — *Lib. 8. Tit. 5. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit Possessio.*
- — *Lib. 8. Tit. 6. Uti possidetis.*
- — *Lib. 8. Tit. 9. de Precario, et Salviano Interdicto.*

Bei den Institutionen, den Pandekten und dem Codex liegt überall die Ausgabe von Gebauer und Spangenberg zum Grunde, wo nicht eine Abweichung besonders bemerkt ist, und dieses letztere ist nur da geschehen, wo es der Inhalt dieses Werks nothwendig machte. Einige Citate mußten, weil sie oft vorkamen, sehr abgekürzt werden, so daß es nöthig ist, diese Abkürzungen hier zu erklären:

COD. REHD. — die Rehdigersche Handschrift, welche in Gebauer's Notizen excerptirt ist.

Rom. 1476. — *Digestum Novum* „Rome
 „apud sanctum Marcum (1). Anno a
 „nativitate dni. mcccc. Septuagesimo-
 „sexto. die penultima mensis. Marcii.“
 fol. max.

Nor. 1483. — *Digestum Novum* „impensis
 „Anthonii koburger nurenberge felici-
 „ter est consummatum. Anno xpiane
 „salutis millesimo quadringentesimo
 „octuagesimo tercio. duodecimo kalen-
 „das majas.“ fol. min.

Ven. 1485. — *Digestum Novum* „Mira
 „arte Venetiis impressum Impensis Ber-
 „nardini de novaria. et Antonii de stan-
 „chis de valentia. Anno Mcccc. lxxxv.
 „die. vero undecimo mensis maji.“ fol.
 max.

Ven. 1491. — *Digestum Novum* „Explicit
 „liber scde ptis digesti novi . . . Ve-
 „netiis impressus: arte et impensis
 „Andree calabren. de papia. Anno
 „dni. MccccLxxxI. die ultimo Apri-
 „lis.“

(1) per Vitum Puecher.

Ven. 1494. — *Digestum Novum* „Venetiis
 „per Baptistam de tortis. M. cccc.
 „lxxxxiij. die xxij. decembris.“ fol.
 max.

Lugd. 1508. — *Digestum Novum* „Impres-
 „sum Lugduni per notabilem virum
 „artis impressoriae Magistrum Jaco-
 „bum Saccon. Anno salutiferae incar-
 „nationis dnice Mcccccviii. die vero
 martii xvi.“

Lugd. 1509. — *Digestum Novum*, mit
 derselben Unterschrift wie das vorige:
 „Mcccccxix. die vero xxvij. novembris.“

Lugd. 1513. — *Digestum Novum* „Impres-
 „sum Lugduni per Franciscum Fradin.
 „Anno dni millesimo. cccccxiij. Die vº.
 „xiiij mensis Novembris.“ fol. max.

Paris. 1514. — *Digestum Novum* „Impres-
 „sum est denuo in inclyta parrhisio-
 „rum academia: ad idus decemb. M.
 „d. xiiij. Opera et vigilantia quidem
 „mea: impensis autem et meis et Joan-
 nis Petit.“

Lugd. 1519. — *Digestum Novum* ap. Franc.
 Fradin, impensis Aymonis de porta,
 1519. d. 20. Aug.

Hal. — *Digesta* cura Haloandri, Noremburgae 1529. 4. (Bey Gebauer excersirt.)

Paris. 1536. — „*Digestum Novum . . Parisiis . . M. D. xxxvi. in 4°.*“ In fine:
 „Pandecte imperatoris Justiniani . . .
 „Excuse . . in alma Parisiorum academia: in edibus honestissime matrone yolande bonhomme, vidue spectabilis viri Thielmanni kerver. impensis suis M. D. xxxv.“

Auser diesen eigenthümlichen Quellen des Besizes gehören dahin auch die Quellen, welche zunächst auf Occupation, Tradition und Usucapion sich beziehen.

II. Literaturgeschichte.

Die Schriften, in welchen dieser Theil des Civilrechts bearbeitet ist, sind von zweyerley Art. Die erste Classe hat die Interpretation der Quellen zum Gegenstande, die zweite das System (1). Diese Entgegensetzung beider Classen kann zugleich als eine chronologische gelten, so daß das sechzehnte Jahrhundert als Gränze betrachtet wird: nur darf es damit nicht ganz streng genommen werden, denn der Anfang der zweiten Classe fällt der Zeit nach mit dem Ende der ersten zusammen.

(1) Es versteht sich von selbst, und daß alles Uebrige zugleich daß jeder Schriftsteller nach seinem Hauptwerke classificirt, neben diesem Werke genannt werden müsse.

Erste Classe: Interpreten.

1. Die Glosse zu den Theilen der Justinianischen Gesetzsammlungen, die oben als Quellen genannt worden sind.

Ein sehr großer Theil der spätern Meinungen und Streitigkeiten ist schon in der Glosse enthalten, oder durch dieselbe veranlaßt: auch läßt sich diese vorzügliche Wichtigkeit der Glosse leicht aus der Natur des Gegenstandes erklären, wobey es mehr auf eine gründliche Einsicht in die Justinianischen Sammlungen selbst, als auf Anwendung historischer Hülfskenntnisse ankam. Wieviel übrigens dadurch verloren ist, daß Wir von den Schriften der Glossatoren nicht viel mehr als die schlechten Auszüge des Accurs übrig haben, läßt sich selbst aus dem Wenigen beurtheilen, was hier von Placentin († 1192), Azó († 1220), Hofred († nach 1243) und Odofred († 1265) noch benutzt werden kann:

PLACENTINI *Summa in Cod. Lib. 7. Tit. 32.* (hier: 35.) (p. 328 — 333), *Lib. 8. Tit. 4 — 6.* (p. 373 — 377), *Lib. 8.*

Tit. 9.) hier: 11) (p. 379. 380), ed. *Mongunt.* 1536. f.

AZONIS Summa in Cod. titt. citt., fol. 134 — 135, 145 — 149. ed. (*Lugd.*) 1537. f.

AZONIS ad singulas leges XII. librorum Cod. Just. commentarius et magnus apparatus. Paris 1577. f.

(Aus diesem Werke ist der größte Theil der Glosse zum Codex genommen).

Lib. 7. Tit. 32. (p. 567 — 571), *Lib. 8.*

Tit. 4—6. Tit. 9. (p. 615 — 624).

ROFREDI Tractatus judiciarii ordinis p. 2. 8. (f. u. §. 34.)

ODOFREDI praelect. in Dig. novum, Lugduni 1552. f. (fol. 51 — 65. 100 — 104) et in secundam partem Codicis. Lugduni 1549. f. (fol. 103 — 109. 140 — 148.)

2. Die Commentatoren von Accurs bis zu Ende des funfzehnten Jahrhunderts.

Für das eigene Studium ist in diesen Werken gar nichts zu finden, allein für die Dogmengeschichte, besonders der unmittelbar darauf folgenden französischen Schule, sind sie bey weitem nicht genug benutzt.

3. Udalr. ZASIUS († 1535). — Seine Vorlesungen über einen Theil des Titels der *Pandekten* sind zuerst, mit mehreren Schriften, gedruckt: Basil. 1543. f. Dann: opp. T. 3. (Francof. 1590. f.) p. 78 — 161.
4. Andr. ALCIATUS († 1550). — Die Vorlesungen über neun Stellen des *Pandekten*-titels stehen: opp. T. 1. (ed. Francof. 1617. f.) p. 1188 — 1263. — Damit zu verbinden:
de quinque pedum praescr. num. 76 — 119. (T. 3. p. 350).
Comm. in L. 115. de V. S. (T. 2. p. 987).
Dispunct. Lib. 1. Cap. 1. (T. 4. p. 143).
 Mit Zasius und Alciat fängt bekanntlich der bessere Geschmack in der Behandlung des Civilrechts an: allein von diesem besseren Geschmack ist in den exegetischen Vorlesungen noch wenig oder nichts sichtbar.
5. Aemyl. FERRETUS († 1552). — Die Vorlesungen über drey Stellen des *Pandekten*-titels (*L. 1. 3. 12.*), woben das übrige gelegentlich eingeschaltet ist, stehen: opp. T. 1.

(Francof. 1598, 4.) p. 514 — 630. Am Ende steht: Finis 1551.

Etwas schwerfällig und weitschweifig, aber nicht ohne eigene Gedanken.

6. Franc. DUARENUS († 1559). — Seine überaus gründlichen Vorlesungen erstreckten sich auf den ganzen Titel der Pandekten, aber es ist nur die Erklärung der elf ersten Fragmente übrig geblieben; sie stehen: opp. (Lugd. 1584. f.) p. 819 — 872, und sind nach 1549. gehalten, denn Ulpian wird darin citirt. — Damit zu verbinden:

Comm. in tit. *de adqu. vel. amitt. poss.*

(p. 816 — 818). Kurze systematische Uebersicht über die Lehre.

Disput. annivers. Lib. 1. C. 18. (p. 1385).

7. Joan. CORASIUS († 1572). — Nur über zwey Stellen des Titels (opp. ed. Forster, Vitemb. 1603. f., T. 1. p. 918 — 968), und ziemlich unbedeutend.

8. Jac. CUIACIUS († 1590). — Er hat den größten Theil der Quellen dieser Lehre interpretirt, aber seine Interpretation steht der

des Duaren an Gründlichkeit nach, und läßt nur zu oft unbefriedigt. Die Veränderlichkeit seiner Meinungen ist auch hier sehr sichtbar, und es wird daher nicht überflüssig seyn, alles, was von seinen Schriften hierher gehört, soviel als möglich chronologisch zusammen zu stellen. Die Seitenzahlen beziehen sich auf die zwey Neapolitanischen Ausgaben der sämtlichen Werke (1722 und 1758, 10 B. Text und 1 B. Index, fol.) Was mit * bezeichnet ist, wurde erst nach seinem Tode und gegen seinen Willen gedruckt:

1556. Notae priores in §. 4. I. *per quas pers.* et §. 4 — 6. I. *de interd.* (T. 1. p. 94, p. 284. 285).

[1556. Observat. I. 20. II. 55 — nur über einzelne Stellen oder specielle Fragen](1).

1557. Notae in PAULI recept. Sent. Lib. 5. Tit. 2 et 6. (T. 1. p. 469. 478.)

[1559. Observ. IV. 3. 7. 8. 11.

[1562. Observ. V. 15. 17 18. 19. 20. 22. 23. 27.]

(1) Alle Observ. stehen im 3ten Bande der Sammlung.

- [1564. Observ. VI. 4. VII. 38]
 1569. Observ. IX. 32. 33.
 1569. Paratit. in Dig. XLI. 2. (T. 1.
 p. 843, mit Noten von Fabrot).
 1573. African. Tr. 7. L. 40. ff. de poss.
 (T. 1. p. 1401)
 [1577. Observ. XVII. 2. (zuerst gedruckt in
 oppi Paris. ap. Nivell. 1577. fol. T. 5.)]
 1579. Observ. XVIII. 24.
 1579. Paratit. in Cod. VII. 32, VIII. 4.
 5. 6. 9. (T. 2. p. 471. p. 528 — 530.
 p. 532, mit Noten von Fabrot).
 * 1584. 1585. Recitat. in PAULI (1) Comm.
 ad Ed. (T. 5.), in den hierher gehörig-
 en Stellen (vorzüglich: L. 1. 3. ff.
 de poss., p. 690 — 719).
 1585. Notae posteriores in §. 4. I. per
 quas pers. et §. 4 — 6. I. de interd.
 (T. 1. p. 94. p. 284. 285)
 [1585. Observ. XXIII. 21. XXIV. 9.
 10. 12]
 * 1588. Recitationes in tit. Dig. de acqu.
 vel amitt. poss. T. 8. p. 236 — 315.

(1) Weniger bedeutend sind zc. (T. 6.), weil die Stellen hier die Vorlesungen über Pa- selbst weniger wichtig sind.
 pinian (T. 4.), Julian zc.

Zuerst, und besser als in der Sammlung: Spirae 1595. 4.

[? Observ. XXV. 5. 32. 33. 34. XXVII. 7. 22] Zuerst gedruckt: 1595.

* ? Notae in Dig. XLI. 2. (T. 10. p. 512)

* ? Notae in Cod. VII. 32. VIII. 4. etc. (T. 10. p. 691. 697. 698).

* ? Recitat. in singg. LL. Cod. (T. 9) VII. 32. (p. 1004 — 1019) VIII. 4. 5. 6. 9. (p. 1148 — 1173). Diese, so wie die zwey vorigen Schriften, zuerst gedruckt: 1597.

* ? Comment. s. Scholia in Institutiones, ad §. 4. I. per quas pers. (T. 8. p. 960). — Zuerst gedruckt: 1658.

9. Jul. a. BEYMA († 1598). — Seine sehr unbedeutenden Vorlesungen über den Titel der Pandekten und des Codex stehen in: Comm. in varios titulos juris, Leovard. 1645. 4. (p. 321 — 408, p. 409 — 427).

10. Hubertus GIPHANTUS († 1604). — Der gründlichste und vollständigste unter allen Interpreten; die Collegienhefte, aus welchen fast alles abgedruckt ist, scheinen sehr mangelhaft

gewesen zu seyn, und der Abdruck selbst ist sehr nachlässig. Folgende Stücke der Quellen sind von ihm interpretirt:

- Tit. Dig. *de adqu. vel amitt. poss.* (lecturae Altorph., Francof. 1605. 4. p. 394 — 526).
- Tit. Cod. *de adqu. et retin. poss.* (ibid. p. 526 — 537).
- Ej. Tit. L. 3. (Explanatio Cod., Colon. Planc. 1614. 4. P. 2. p. 242 — 244).
- Lib. 8. Cod., Proleg. *de remed. poss.* (ibid. p. 257 — 269).
- Tit. Cod. *unde vi* (ibid. p. 276 — 298).
- Tit. Cod. *Uti possidetis* (ibid. p. 298 — 308).
- §. 4 — 6. I. *de interd.* (Comm. in Institut., Francof. 1606. 4. p. 431 — 435).
- Damit zu verbinden:
- Antinom. Jur. civ., Lib. 4. Disp. 48. *de Interdictis* (Francof. 1605. 4. p. 263 — 277).

11. Guil. MARANUS († 1621). — In seinen Werken (ed. Traj. 1741. f.) steht, außer einer unbedeutenden Einleitung in diese Lehre (p. 473 — 475), ein Commentar über die

drey ersten Fragmente des Pandektenititels (p. 599 — 615), welcher auch nicht viel Neues enthält.

Zweite Classe: Systematiker.

Schon Placentin und Azó (num. 1.) gaben eine kurze Uebersicht (*Summa*) über diese Lehre, als Einleitung in die Interpretation der Quellen, und diesem Beyspiel folgten Duaren und mehrere Andere. Hier aber sollen nur diejenigen Schriftsteller genannt werden, welche die Darstellung des Systems zum Zweck hatten, einerley ob sie es ganz darstellen, oder (wie Merenda und Super) nur Beiträge dazu liefern wollten: nur muß zugleich für die Erreichung dieses Zwecks etwas bedeutendes geleistet worden seyn (1). Für die neuesten Schriften indessen kann auch diese letzte Einschränkung nicht gelten, weil über diese noch nicht durch das Stillstehen

(1) Das siebzehnte Jahrhundert ist vorzüglich reich an Dissertationen, denen viel an viel Ehre geschähe, wenn man von jeder besonders bemerken wollte, daß sie nichts taugt.

späterer Schriftsteller entschieden seyn kann. Systeme des ganzen Civilrechts können fast durchaus übergangen werden, weil darin für einzelne Lehren nur selten viel Neues zu finden ist.

12. VACONII A VACUNA novae declarationes, Romae 1556. 4, Lib. 2. Declar. 56 — 92 (f. 52 — 102).

Das ganze Werk ist von einem Zuhörer aus Vorlesungen zusammen getragen: das zweite Buch enthält eine Reihe von Untersuchungen über den Besitz, die nicht ungründlich, aber dunkel und verworren sind.

13. Georg. OBRECHT († 1612): Methodica tractatio . . . tituli Dig. et Cod. de adqu. poss., in tres partes atque disputationes distincta. Zuerst (nach Lipenius): Argent. 1580. Dann in: Disputat., Ursellis 1603. 4, P. 1. Num. 25. (p. 517 — 571).

Die erste der drey Disputationen (Cap. 1 — 5) handelt vom Begriff des Besitzes, die zweite (Cap. 6 — 13) vom Erwerb, die dritte (Cap. 14 — 19) vom Verlust. —

Eine sehr brauchbare Schrift, sowohl wegen der leichten, natürlichen Anordnung, als wegen der richtigen Ansichten, die dabey zum Grunde liegen.

14. HUGO DONELLUS († 1591). — Hierher gehören:

Commentarii I. Civ., Lib. 5. Cap. 6 — 13.

[Besitz selbst] (p. 183 — 198), Lib. 15.

Cap. 32 — 38. [Interdicte] (p. 799 — 816).

Die elf ersten Bücher des Werks zuerst:

Francof. 1589. 1590. 2. Vol. f., das Ganze

zuerst: Francof. 1595 — 1597. 5 Vol. f.

Die angeführten Seitenzahlen beziehen sich

auf die Hanauer Ausgabe (1612, 1. V. f.)

[Damit zu verbinden:

Comm. in Cod., Lib. 8. Tit. 4. 5. 6. (p. 266

— 295) Tit. 9. (p. 304) ed. Lugd. Bat.

1587. f.; nicht sehr bedeutend].

Diese Darstellung des Besitzes ist vortreflich, ja sie ist die einzige, in welcher der eigentliche Zusammenhang desselben mit dem ganzen System des Civilrechts erkannt und entwickelt ist. Eigentliche Recherchen konnten in diesem einzelnen Abschnitt eines größern Werkes keinen

Platz finden, aber daß sie dem Werke selbst vorher gegangen sind, ist sehr sichtbar. Uebrigens gehört diese Darstellung des Besizes, wie das ganze Werk, zu den bekanntesten und unbekanntesten civilistischen Schriften zugleich. Einzelne Sätze daraus werden überall angeführt und beurtheilt, aber die Darstellung des Ganzen, die den eigentlichen Werth desselben ausmacht, wird meist ignorirt. Hilliger hat sogar einen eigenen Auszug mit Noten herausgegeben, um diesen falschen Gebrauch recht bequem zu machen.

15. P. FRIDERUS Mindanus († 1616). —

Schriften:

Comm. synopt. de materia possessionis,
Francof. 1597. 8.

Tr. de Interdictis, Francof. 1616. 4.

Beides sehr fehlerhaft zusammengedruckt:
Wetzlar 1731. 4.

Frider giebt überall die Absicht an den Tag, ein ganz neues System des Besizes aufzustellen, und er scheint selbst durch gelehrte Untersuchungen diesen Zweck erreichen zu wollen. Allein es giebt vielleicht

kein Buch über diesen Gegenstand, das so wenig Wahres und so viel Falsches enthielte als dieses, und man thut ihm im geringsten nicht Unrecht, wenn man es für völlig unbrauchbar erklärt. Indessen scheint das eben nicht die gewöhnliche Meinung gewesen zu seyn, denn das Buch ist nicht selten von späteren Schriftstellern stark benutzt worden.

16. Alex. TURAMINUS. — Sein Buch: *de vera possessionis substantia, ad Paulum in L. 3. §. ex contr. de possess.* enthält weidläufige und ziemlich geschmacklose Untersuchungen über den Begriff und die Natur des Besitzes. Es erschien zuerst: Ferrariae 1604 und steht in der Sammlung seiner Werke (Senis 1769. f.) p. 233 — 299.

17. Anton. MERENDA († 1655). — Seine *Controversiae Iuris* erschienen von 1625 an stückweise. Die neueste Ausgabe (Bruxellis 1745. 1746. f.) ist so abgetheilt: Tom. 1. (1745). Lib. 1 — 6, Tom. 2. (1745). Lib. 7 — 12, Tom. 3. (1746). Lib. 13 — 18,

- Tom. 4. (1746). Lib. 19 — 23, Tom. 5.
(1746). Lib. 24. — Hierher gehören:
Lib. 2. Cap. 16 — 21. Cap. 32.
Lib. 3. Cap. 19. 21.
Lib. 6. Cap. 25.
Lib. 12. Cap. 1 — 29.
Lib. 19. Cap. 24.
Lib. 24. Cap. 35. 39. 45.

Merenda leitet das ganze Recht des Besitzes aus dem Zustand wandernder Völker ab. Ihr Verhältniß zum Boden sey das gewesen, was wir Besitz nennen, und dieses Rechtsinstitut sey aus politischen Gründen beygehalten worden, da durch den Ackerbau wahrtes Grundeigenthum entstand. Das alles ist freylich falsch, aber zweyerley darf doch dabey nicht übersehen werden: einmal, daß der Irrthum selbst aus einem sehr realen Bestreben nach einer systematischen Einsicht entstanden ist: zweitens, daß Merenda neben diesem Irrthum eine gründliche Kenntniß des römischen Rechts hat, die er oft sehr scharfsinnig mit jenem Irrthum zu vereinigen weiß, und die ihn noch immer recht brauchbar macht.

18. Marc. Aurel. GALVANUS († 1659). —
 Bey dem Ususfructus kam er unter andern
 auch auf die Frage, wie der Besitz dabey zu
 bestimmen sey, und diese sollte durch eine Un-
 tersuchung über die Natur des Besitzes selbst
 vorbereitet werden. Darum gehört hierher das
 33te und 34te Capitel des Buchs: de Usu-
 fructu (zuerst: Patav. 1650. 1.).

Sehr schwerfällige Untersuchungen, meist
 auf willkürliche Begriffe gebaut. So z. B.
 wird bey jedem Besitzer untersucht, ob er
 stricte oder late, proprie oder improprie,
 vere oder interpretative besitze, und diese
 Methode ist recht dazu gemacht, den eigent-
 lichen Gesichtspunct zu verrücken. Das
 Buch ist hier völlig entbehrlich, wiewohl
 es keinesweges ungründlich genannt werden
 kann.

19. Melch. de VALENTIA († 1657), Prof. zu
 Salamanca. — Seine: illustres juris trac-
 tatus oder: lecturae Salmanticenses, sind
 stückweise gedruckt; das dritte Buch zuerst
 1634, das erste und zweite früher, und
 diesen beiden ist noch eine gelehrte Correspon-

denz mit Anton Faber eingeschaltet. Das Ganze ist zuletzt (und sehr fehlerhaft) gedruckt: Coloniae Allobrogum 1730. 4. (1). Hiersher gehört:

Lib. 1. Tract. 2. (p. 27 — 70).

20. Franc. RAMOS del Manzano († 1683), Schüler des Vorigen und Prof. zu Salamanca. — Seine Vorlesungen über den Besitz sind erst von Meermann abgedruckt worden (Thes. Tom. 7. p. 78 — 114).

21. Jos. Fernandez de RETES († 1678), Schüler des Ramos und Prof. zu Salamanca. — Seine Vorlesungen über den Besitz (gehalten vom J. 1649 an) stehen bey Meermann: Tom. 7. p. 454 — 494, die über die Interdicte (J. 1660) p. 495 — 539.

Die Vorlesungen dieser drey Spanischen Juristen sind mit großem Fleiße ausgearbeitet, und man kann sie nach Donellus als die gründlichsten Werke über den Besitz betrachten. Mit den Vorlesungen aus der Franz

(1) Dieser Ausgabe ist noch *emendandi doli mali*, und beygedruckt: *Noonr de forma* zwar als ein anonymes Buch.

zösischen Schule sind sie schon der unsern Einrichtung nach gar nicht zu vergleichen. Sie sind wie Bücher abgetheilt, und werden wie Bücher citirt: jede derselben ist mehrmals gehalten und immer von neuem bearbeitet. Auch ist oft von einer gemeinen Meinung der Akademiker zu Salamanca die Rede, was sich hteraus leicht erklärt. — Valentia scheint in außerordentlichem Ansehen gestanden zu haben, aber Ramos mag wohl der vorzüglichste unter den dreyen seyn. Der Tractat des Netes: de Interdictis, welchem wahrscheinlich nicht vorgearbeitet war, ist bey weitem das schlechteste.

22. Hieron. Oroz, Prof. zu Valladolid, Zeitgenosse und Gegner der drey Juristen zu Salamanca. — Er schrieb: Apices Iuris civilis, wovon das ganze vierte Buch den Besitz abhandelt (p. 268 — 344. ed. Lugd. 1733. f.).

Das Werk enthält fast nichts eigenes, und es wird dadurch unbrauchbar, daß es bey nahe ganz aus Friber (num. 15.) ausgesprochen ist.

23. Io. Iac. OPPENRITTER. — Schriften:

Diss. (resp. C. F. Com. a Werschowitz), Summa possessionis, Viennae 1738. 4. [P. 1. Begriff und Erwerb (p. 1—336), P. 2. Erhaltung und Verlust (p. 337—383)].

Diss. (resp. Com. a Kollowrath), beatitudo possidentis, Viennae 1738. 4. [P. 1. Vortheile des Besizes (p. 1—184) P. 2 Interdicte (p. 185—288). Hier ist die Darstellung der Interdicte nur eingeleitet: für die possessorischn Interdicte wird am Schluß noch eine dritte Schrift versprochen, von welcher ich nicht weiß, ob sie erschienen ist].

Viele eigene Gedanken sind in diesen Schriften nicht zu suchen, allein sie sind als Materialiensammlungen ganz brauchbar, indem sie bey den wichtigsten Fragen die Meinungen der älteren Juristen ziemlich vollständig, obgleich ohne alle Auswahl, zusammenstellen.

24. Robert Joseph POTHIER (n. 1699 † 1772), Prof. und Mitglied des Gerichtshofs zu Orleans. — Die letzte unter seinen vielen Schriften über Römisches und Französisches Recht ist

eine Abhandlung über Eigenthum und Besitz
unter folgenden Titeln:

Traité du droit de domaine de propriété,
par l'auteur du traité des obligations.
Tom. 1. à Paris et Orléans 1772. in - 12.

Traité de la possession [p. 1 — 128] et de la
prescription, par M. Pothier, Conseiller
au Présidial d'Orléans. Tom. 2. à Paris
et Orléans 1772. (1). in - 12. (mit vorge-
drucktem Leben des Verfassers.)

Damit zu verbinden:

Pandectae Iustinianae in novum ordinem
digestae, Lib. 41. Tit. 2, Lib. 43. Tit.
16 — 23. Tit. 26. Tit. 31. (Tom. 3. p. 121
— 132, p. 215 — 232, p. 240 — 244,
p. 248 — 249. ed. Lugd. 1782. f., zuerst:
1748).

Etwas Neues enthält diese Darstellung
des Besitzes gar nicht, aber die Haupt-
ansichten sind richtig und die Darstellung
selbst ist recht gut und zu einer allgemeinen
Uebersicht sehr brauchbar. Zugleich sind

(2) Auf dem Titel steht durch Druckfehler: MDCCLXXXII.

die Abweichungen des Französischen Rechts dabey bemerkt. (1).

25. Ernst Christ. Westphal († 1792), System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, Leipzig 1788. 8. [Arten der Sachen Th. 1. p. 1 — 32. Besitz Th. 2. p. 33 — 261. Eigenthum und Verjährung Th. 3. p. 261 — 784].

Westphal hatte die Absicht, eine recht gelehrte Schrift zu liefern, die den Gegenstand eigentlich erschöpfen sollte, und er hat sich dazu durch ein vollständiges Studium der Quellen und der besten Schriftsteller vorbereitet. Nur ist es zu bedauern, daß er die Quellen so gut als gar nicht zu behandeln wußte, und daß er unter den

(1) Hier würde in der chronologischen Reihe folgen müssen: I. Lupille, *essai sur les principes de droit, tant ancien que moderne, en matiere de possession*, à Louvain 1780. Allein Senkenberg's Nachtrag zum Lipe-

zu seyn, aus welcher spätere Schriftsteller das Buch citiren: dagegen habe ich von dem Löwenschen Buchhändler van Overbeke, welcher bey den dortigen Professoren Erkundigung eingezogen hat, die Versicherung erhalten, daß es nicht existire.

Meinungen seiner Vorgänger gewöhnlich die schlechtesten auswählte. Gerade in den entscheidendsten Puncten sind seine Meinungen so falsch, daß das Buch selbst als Compilation nicht sehr brauchbar ist. Seine größte Stärke ist die Entwicklung der Fehler der Römischen Juristen, und er weist sich mit großer Herzhaftigkeit selbst in praktischer Rücksicht über diese Fehler wegzusetzen.

26. *Angeli Iacobi CUPERI (diss. inaug.) observationes selectae de natura possessionis*, Lugd. Bat. 1789. 4. (120 S.) — neue Ausg. von Thibaut: Ienae 1804. 8. (154 S.); von S. 155 — 174 folgen: *editoris de naturali et civili possessione animadversiones* (s. u. num. 32.). Ich citire nach der ersten Ausgabe.

Vielleicht ist nie einer civilistischen Schrift so unbedingter Beyfall zu Theil geworden, als dieser, daher ist es nöthig, sie etwas genauer als die übrigen Schriften zu characterisiren. Sie ist aus einem überaus gründlichen Quellenstudium entstanden, und

ſie kann mit Wahrheit elegant genannt werden, nicht nur wegen der vortrefflichen Behandlung der Quellen, ſondern auch wegen der beſtimmten Richtung der Unterſuchung, wodurch ſie ſich ſehr vortheilhaft vor den meiſten Holländiſchen Schriften auszeichnet, die ſo oft mit ihren Digreſſionen beſchwerlich fallen (1). Aber bey aller dieſer Vortrefflichkeit ſind es doch nur einzelne Bemerkungen, die als eigentliches Reſultat der Schrift betrachtet werden können, ja in den wichtigſten Punkten ſind ſogar die Anſichten früherer Schriftſteller erweiſlich beſſer. Dieſer Umſtand iſt nur aus einem gänzlichen Mangel an ſyſtematiſchem Talent zu erklären, welcher Mangel ſich ohnehin ſchon in der fragmentariſchen Anordnung der ganzen Schrift äußert, noch mehr aber in dem Beſtreben, jede Regel des Römischen Rechts wo möglich zu

(1) Höpfner's Urtheil über Euper iſt völlig ungreiflich. Er ſpricht ihm richtige Beurtheilung und helle Begriffe ganz ab und vergleicht ſeine Manier mit der des

Caſmaſius. Gleich darauf findet er die Schrift von Spangenberg gut genug. (Commentar, ſechſte Ausgabe, S. 281. not. 11).

isoliren: viele Schriftsteller haben aus Liebe zum System die Quellen hintangesezt, aber hier wird umgekehrt mehr als einmal den Quellen Gewalt angethan, um die Einheit aufzuheben, die wirklich vorhanden ist. Daraus erklärt sich leicht, warum bey jeder Gelegenheit Merenda (num. 16) so übel von Euper behandelt wird; Merenda hatte gerade die entgegen gesezte Richtung. Welche von beiden Richtungen dem Civilrecht angemessen, ja nothwendig sey, kann wohl nicht gründlich bezweifelt werden.

27. C. F. W. von Spangenberg, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besiz, Bayreuth 1794. 8. (340 S.).

Ein Buch ohne neue Gedanken, und auch als Compilation nicht brauchbar. Wie wenig der Verf. selbst zum Compiler berufen ist, kann man schon daraus sehen, daß er Westphal und Euper neben einander excerptirt.

28. Ferd. Gotthelf FLECK. — Schriften:

Hermeneut. tituli ff. de acquirenda vel amit-

tenda Possessione specimina duo. Lips. 1796. 4. (139 S.).

Commentationes binae de interdictis unde vi et remedio spolii, Lips. 1797. 8. (136 S.). Dazu kommt noch:

C. F. M. KLEPE diss. de natura et indole possessionis ad interdicta uti possidetis et utrobi necessaria, Lips. 1794. 4. (1).

Es wäre zu wünschen, daß diese Schriften eben so sehr das Eigenthum ihres Vf's wären, als ihr Inhalt gelehrt und brauchbar ist. Allein selbst der Ausdruck: *Compilation* mögte hier wohl etwas zu gelinde seyn. Die erste Schrift kündigt sich selbst als ein *Spicilegium* zu Cuper und Spangenberg an, auch wird Cuper ein paarmal citirt. Aber daß fast die ganze Schrift, und zum Theil wörtlich, aus Cuper genommen ist, erfährt der Leser nicht. Eben so wird in der zweiten Schrift die Abhandlung von Cras (2)

(1) Fleck selbst hat nämlich terdictis p. 31.)
diese Schrift vindicirt (de in- (2) s. u. S. 40.

zwar genannt, aber bloß unter den Schriften, worin Cicero vertheidigt werde, also in einer Reihe mit Grotius und Donellus: und doch ist der beste Theil des Buchs ganz aus Eras genommen, ja ganze Blätter sind wörtlich abgeschrieben.

29. F. W. Sibeth, Erörterungen aus der Lehre vom Besitz, erster Theil, Kofstock 1800. 8. (168 S.).

Das Buch ist ganz originell und selbst von Cuper's Einfluß ganz frey: nur Einmal wird eine „Cuperische Deutung“ angeführt und sehr schüdde abgefertigt. Erst S. 136. kommt der Vf. auf die naive Frage: was er „eigentlich denn recht wolle?“ daß er es selbst nicht weiß, zeigt das ganze Buch. Indessen verdient doch jedes originelle Bestreben selbst dann eine Art von Achtung, wenn es so völlig fruchtlos bleibt wie hier.

30. N. F. J. Thibaut über Besitz und Verjährung, Jena 1802. 8. — Hierher gehört der erste Theil des Buchs S. 1 — 60.

Nach des Vfs eigener Erklärung (1) war es nicht sowohl seine Absicht eine neue Darstellung dieser Gegenstände zu liefern, als seinen Zuhörern einen Leitfaden in die Hände zu geben. Darum gehört diese Schrift nicht eigentlich hierher: allein wer die übrigen Schriften des Vfs kennt, muß es beklagen, daß eine eigene Untersuchung dieses Theils des Civilrechts nicht in seinem Plane lag.

31. Car. Chr. HEFFTER diss. de possessione, spec. 1. Viteb. 1803. — Sehr unbedeutend.

32. Thibaut's Bemerkungen über possessio civilis und naturalis hinter seiner Ausgabe des Cuper (s. v. num. 26.). Sie enthalten eine sehr interessante Berichtigung meiner Darstellung dieser Begriffe, wovon unten Gebrauch gemacht werden wird; das Wesentliche davon hatte der Verfasser schon vorher in einer Recension der ersten Ausgabe meiner Schrift (N. I. 3. 1804. num. 41 u.) bekannt gemacht.

(1) s. die Vorerinnerung.

33. Theod. Maxim. ZACHARIAE diss. (praes. Haubold) *Universalia quaedam de possessione principia e jure Romano collecta*. Lips. 1805. 4. (31 S.) — Der Verf. stellt einen neuen Begriff des Besitzes auf, und sucht durch diesen verschiedene Theile der Theorie aufzuklären. Sein Bestreben nach systematischer Einheit verdient Beifall und Achtung, nur scheint es mit der Anwendung dieser Methode etwas leicht genommen zu seyn. Der Inhalt der Schrift ist theils nicht sehr neu, theils nicht sehr haltbar, und gewonnen hat hier die Wissenschaft eigentlich nichts. Belege zu diesem Urtheil werden unten (S. 9. u.) vorkommen.
-

Erster Abschnitt.

Begriff des Besizes.

§. 1.

Wenn eine Reihe von Schriftstellern denselben Gegenstand bearbeitet, giebt es sehr bald eine Tradition allgemeiner Bemerkungen, welche auch in den verschiedensten Schriften immer an derselben Stelle dem Leser begegnen.

So ist es gewöhnlich, den Untersuchungen über den Besitz die Klage über die außerordentliche Schwierigkeit dieser Untersuchungen vorausgehen zu lassen. Einige haben es mit diesen Klagen so ernstlich gemeint, daß sie in eine Art von Verzweiflung darüber gerathen sind (1):

(1) Unter diese Schriftsteller, die dem Leser den Rath geben, sich auf jede andere Art zu helfen, als durch die unmögliche Ergründung der Sache selbst, gehören L e y s e r (Sp. 451. med. 2 — 4.) und S i b e t h (vom Besitz S. 61): „Bei den vielen Häfelesen und wirklichen

„Widersprüchen des römischen
„Rechts . . . wäre es unmöglich,
„daß man in solchen Sachen
„eine Urtheil nach voller
„Ueberzeugung machen könnte.
„Man sieht daher darauf, ob
„jemand ein Recht zum Besitz
„überhaupt habe“ etc.

e Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

bey den meisten war es nur eine vorläufige Lobrede auf ihr Werk, da sie eben durch dieses den Leser zu befriedigen die Absicht hatten. Ich enthalte mich leicht des Versuchs, im Anfang des Buchs die Schwierigkeit unsrer Aufgabe zu beweisen: schwerer wird es seyn, auch in keinem folgenden Punkte der Untersuchung durch meine Darstellung selbst daran zu erinnern.

Allen Definitionen des Besizes, so sehr sie im Ausdruck und in der Sache selbst von einander abweichen, liegt etwas ganz allgemeines zum Grunde, wovon jede Untersuchung über diesen Gegenstand ausgehen muß. Alle denken sich unter dem Besitz einer Sache den Zustand, in welchem nicht nur die eigne Einwirkung auf die Sache physisch möglich, sondern auch jede fremde Einwirkung unmöglich ist. So besitzt der Schiffer sein Schiff, aber nicht das Wasser auf welchem er fährt, obgleich er sich beider zu seinen Zwecken bedient.

Diesen Zustand, welchen man Detention nennt, und welcher allem Begriff des Besizes zum Grunde liegt, ist an sich durchaus kein Gegenstand der Gesetzgebung, und der Begriff desselben kein juristischer Begriff: allein es zeigt sich sogleich eine Beziehung desselben auf einen juristischen Begriff, wodurch er selbst Gegenstand der Gesetzgebung wird. Da nämlich das Eigenthum die rechtliche Möglichkeit ist, auf eine Sache nach Willkühr einzuwirken, und jeden andern von ihrem Gebrauch

auszuschließen, so liegt in der Detention die Ausübung des Eigenthums, und sie ist der natürliche Zustand, welcher dem Eigenthum, als einem rechtlichen Zustand, correspondirt.

Wäre diese juristische Beziehung des Besizes die einzige überhaupt, so ließe sich alles, was die Gesetze darüber zu bestimmen hätten, in folgende Sätze zusammenfassen: der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen, dasselbe Recht hat der, welchem der Eigenthümer den Besiz verstatet, jeder Andere hat dieses Recht nicht.

Allein die Gesetze bestimmen bey dem Besiz, wie bey dem Eigenthum, die Art wie er erworben und wie er verloren wird: sie behandeln ihn demnach nicht bloß als Folge eines Rechts, sondern als Bedingung von Rechten. So ist folglich auch hier, in einer juristischen Theorie des Besizes, nur von den Rechten des Besizes die Rede (jus possessionis), nicht von dem Recht zu besitzen (jus possidendi), welches in die Theorie des Eigenthums gehört (1).

Wir sind jetzt von dem Begriff der bloßen Detention zu dem des (juristischen) Besizes übergegangen:

(1) Diese Unterscheidung ist zu leicht, als daß es nöthig wäre, länger dabey zu verweilen, und Donellus hat sie so befriedigend auseinander gesetzt, (comment. lib. 9. c. 9.), daß es unbegreiflich ist, wie selbst manche Schriftsteller sich nicht darin finden können.

4 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

gen, welcher der Gegenstand dieser Abhandlung ist. Der erste Abschnitt derselben, als Grundlage der ganzen Untersuchung, hat diesen Begriff formell und materiell zu bestimmen: formell, indem er die Rechte darstellt, welche den Besitz als Bedingung voraussetzen, also die Bedeutung angiebt, welche der nicht-juristische Begriff der Detention für die Rechtswissenschaft erhält, um in dieser Bedeutung als etwas juristisches, als Besitz, betrachtet werden zu können; materiell, indem er die Bedingungen aufzählt, welche die Gesetze für das Daseyn des Besizes selbst vorschreiben, also die positiven Modificationen, unter welchen die Detention als Besitz gelten soll.

Die formelle Bestimmung des Begriffs, wodurch derselbe allererst Realität für die Rechtswissenschaft erhalten kann, zerfällt in zwey Theile.

Zuerst muß im System des Römischen Privatrechts selbst die Stelle aufgesucht werden, welche dem Besitz, als einem rechtlichen Verhältniß, in diesem System zukommt. Demnach müssen die Rechte angegeben werden, welche die Römische Gesetzgebung als Folgen des Besizes anerkennt: zugleich sind auch die Rechte zu prüfen, welche ohne Grund für Rechte des Besizes ausgegeben werden. Dann wird es leicht seyn, auf die bekannten Fragen zu antworten, ob der Besitz als Recht, und ob er als jus in re zu betrachten sey. —

Da übrigens die erste und einfachste Art, wie der Besiz in der Rechtswissenschaft vorkommen kann, darin besteht, daß der Eigenthümer das Recht hat zu besizen, hier aber der Besiz, unabhängig vom Eigenthum, als die Quelle eigener Rechte betrachtet wird, so kann man diese erste Frage auch so ausdrücken: in welchem Sinn haben die Geseze den Besiz vom Eigenthum abgesondert? welcher Ausdruck von vielen Schriftstellern gebraucht worden ist (1).

Zweitens ist zu untersuchen, wie die verschiedenen Beziehungen, in welchen der Besiz im Römischen Recht vorkommt, durch den Ausdruck von einander unterschieden worden sind: besonders was *possessio* überhaupt, *possessio naturalis* und *possessio civilis* den Römischen Juristen bedeutet hat. Diese terminologische Untersuchung wird theils die Resultate der vorhergehenden bestätigen, theils auch eine gründliche Interpretation möglich machen, auf welcher die ganze folgende Darstellung ruhen könne.

§. 2.

Es finden sich im ganzen Römischen Recht nur zwey Folgen, welche dem Besiz an sich, abgesondert von allem Eigenthum, zugeschrieben werden können: Usucapion und Interdicte.

(1) So z. B. von Cuper (*de nat. poss. P. 1. C. 2.*)

6 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

X
Der Usucapion liegt die Regel zum Grunde, welche die zwölf Tafeln aufgestellt haben: wer eine Sache ein oder zwey Jahre besitzt, wird Eigenthümer dieser Sache. Hier ist der bloße Besitz, unabhängig von allem Recht, Grund des Eigenthums selbst. Zwar muß er auf besondere Weise angefangen haben, wenn er jene Wirkung haben soll: aber dabey bleibt er, was er außerdem ist, ein bloßes Factum, ohne anderes Recht, als welches ihm jene Wirkung giebt. Zwar wurde derselbe Besitz, welcher die Usucapion begründete, auch als ein eignes rechtliches Verhältniß, als prätorisches Eigenthum, behandelt: aber dieses Institut, das erst lange nach der Usucapion eingeführt worden ist, konnte den Grund derselben nicht enthalten. Demnach ist es der Besitz an sich, abgesondert von jedem andern rechtlichen Verhältniß, wovon die Usucapion, also der Erwerb des Eigenthums, abhängt. Zu der Usucapion kam nachher als Supplement die longi temporis praescriptio, d. h. eine Exception gegen die rei vindicatio, deren Bedingungen meist dieselben waren, wie die der Usucapion, wobey also auch der Besitz auf dieselbe Weise vorkam, so daß es schon für das ältere Recht nicht nöthig ist, in die longi temporis praescriptio einen neuen, von der Usucapion verschiedenen, Gesichtspunkt für den Besitz anzunehmen. Justinian hat in allen diesen Fällen wah-

res Eigenthum gegeben, also kann man in dem neuesten Recht nur noch von Usucaption sprechen, sie mag nun 3, oder 10, oder 20, oder 30 Jahre dauern. Freylich wird für die 30jährige Verjährung das Wort Usucaption nirgends gebraucht, aber es ist ganz consequent, sie damit zu bezeichnen, da sie, wie jede andere, Eigenthum giebt. Ein anderes Wort dafür giebt es gewiß nicht, selbst in der Sprache der Juristen unter Justinian nicht.

Die zweite Wirkung des Besizes sind die possessorischn Interdicte. Mit diesen verhält es sich also: Da der Besiz an sich kein Rechtsverhältniß ist, so ist auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung, und sie kann es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletzt. Wenn nun die Störung des Besizes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll.

Das also ist es, worin alle possessorischn Interdicte übereinkommen: sie setzen eine Handlung voraus, die schon durch ihre Form unrechtlich ist. Bey gewaltthätigen Handlungen, der ersten und wichtigsten Art solcher Handlungen überhaupt, hat das gar keinen Zweifel: aber aus demselben Gesichtspunkte werden auch die übrigen Fälle im Römischen Recht betrachtet,

§ Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

in welchen possessorisches Interdicte gebraucht werden können. So z. B. gründet sich das *interdictum de precario* weder auf Vertrag, noch darauf, daß der Kläger mehr Recht an der Sache zu haben behauptet als der Beklagte: sondern allein darauf, daß die Gesetze es für unrecht halten, den guten Willen des Andern zu missbrauchen, grade so wie es unrecht ist, mit Gewalt eine Sache zu nehmen, der Andere mag Eigenthümer seyn oder nicht. Auch werden darum überall die drey Arten, wie der Besitz unrechtlich erworben werden kann (*vitia possessionum*) mit einander verbunden. (1)

Da nun die possessorisches Interdicte durch solche Handlungen begründet werden, welche durch ihre Form unrechtlich sind, so ist es klar, warum auch hier der Besitz, ohne alle Rücksicht auf seine eigne Rechtlichkeit, der Grund von Rechten seyn kann. Wenn der Eigenthümer eine Sache vindicirt, so ist es ganz gleichgültig, auf welche Art der Andere in den Besitz gekommen ist, weil jener das Recht hat, jeden Andern von dem Besitz auszuschließen. Wie mit der Vindication, so verhält es sich auch mit dem Interdict, wodurch die *missio in*

(1) TERENTIUS in Eunuch. „*precario fac tradas*:“
act. 2. sc. 3. v. 27. 28: „Hanc Eben so in unzähligen Stellen der Pandekten.
„tu mihi *vel vi, vel clam, vel*

possessionem geschützt werden soll (1): dieses Interdict ist kein possessorisches Interdict, denn die missio selbst giebt durchaus keinen Besiz (2), aber sie giebt ein Recht auf die Detention, und dieses Recht wird auf ähnliche Weise geltend gemacht, wie bey dem Eigenthum. — Wer dagegen bloß den Besiz einer Sache hat, hat damit gar kein Recht auf die Detention, aber er hat das Recht von jedem zu fordern, daß er überhaupt keine Gewalt gegen ihn brauche: thut dieser es dennoch, und ist diese Gewalt gegen den Besiz gerichtet, so schützt sich der Besizer durch Interdicte. Der Besiz ist die Bedingung dieser Interdicte, und also hier, wie bey der Usucapion, die Bedingung von Rechten überhaupt.

§. 3.

Usucapion also und Interdicte setzen den Besiz als Bedingung voraus, und machen es nöthig, den Besiz selbst juristisch zu bestimmen: auch hat daran noch niemand gezweifelt. Allein ich behaupte ferner, daß ausserdem kein Recht zu finden ist, was als Wirkung

(1) „Nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit.“ L. 1. §. 5. *ne vis fiat ei, qui in poss.*

(2) „Creditores missos in possessionem rei servandae causa, interdicto uti possidetis uti non posse: et merito: quia non possident.

„Idemque et in ceteris omnibus, qui custodiae causa, missi sunt in possessionem, dicendum est.“ L. 3. §. 8. „uti possidetis.“ — Im zweiten Abschnitt wird dieser Satz im Zusammenhang erklärt werden.

10 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

des Besizes gelten könnte, und in dieser Behauptung habe ich alle Schriftsteller, bis auf Einen oder Zwen, zu Segnern.

Im allgemeinen läßt sich diese Behauptung schon dadurch begründen, daß die Römischen Gesetze nie in einer andern Beziehung, als den beiden eben genannten, das Daseyn des Besizes zu bestimmen suchen. Da aber dieser Grund erst unten durch terminologische Untersuchungen völlig ins Licht gesetzt werden kann, so bleibt hier nichts übrig, als die angeblichen Wirkungen des Besizes zu widerlegen. Es ist dabei nicht meine Absicht, die Verzeichnisse durchzugehen, welche mehrere Schriftsteller von den Vortheilen des Besizes gemacht haben (1): nur diejenigen sollen hier widerlegt werden, deren Prüfung einem bedeutenden Irrthum begegnen, oder in die Natur des Besizes selbst neue Einsicht verschaffen kann.

I. Es giebt zwey Fälle, in welchen nach dem neuesten Römischen Recht immer mit dem Besiz zugleich

(1) Einer soll es bis auf 72 gebracht haben (CAR. TAPIA in Auth. ingressi C. de ss. eccl.). Aber auch schon bey Frieder (de mat. poss. Cap. 8. 9.) und Eludius (res quotid. C. 1.) ist die Verwirrung so groß, daß man sie nicht größer wünschen wird.

Außer diesen gehören hierher alle Schriften unter dem Titel: beati possidentes oder: de commodis possessionis. Es versteht sich von selbst, daß in jenen Verzeichnissen immer dasselbe unter andern Namen wiederholt wird,

Eigenthum erworben wird, so daß Usucapion weder möglich noch nöthig ist: Occupation einer Sache, die keinen Eigenthümer hat, und Tradition, welche vom Eigenthümer selbst vorgenommen wird. In beiden Fällen ist zwar der Erwerb des Besizes der eigentliche Grund des Eigenthums selbst (1), d. h. das was die neuern Juristen *modus acquirendi* nennen: allein der Besiz als eigner, dauernder Zustand, ist keinesweges der Grund dieses erworbenen Rechts, da er selbst erst in dem Augenblick anfängt, mit welchem das Eigenthum erworben ist. Demnach kann hier von keinem Rechte die Rede seyn, welches dem Besizer, als solchem, zukäme, sondern es ist nur in der Lehre vom Eigenthum der Theil der Theorie des Besizes zu gebrauchen, welcher die Apprehension betrifft. Aber obgleich hierin keine eigne, juristische Bedeutung für den Besiz gesucht werden kann, so ist dennoch diese Beziehung für die Theorie des Besizes selbst sehr wichtig. Da nämlich in diesen Fällen Erwerb des Besizes und Erwerb des Eigenthums unzertrennlich verbunden sind (2), so folgt daraus für

(1) Das heißt: „*per possessionem dominium quaerere.*“ L. 20. §. 2. *de adqu. rer. dom.* §. 5. I. *per quas pers.*

(2) So ist zu erklären L. 8. C. *de poss.*: „*Per procurato-*

die Interpretation die Regel, daß alle Gesetze über Occupation und Tradition, insofern sie die Form der Handlung betreffen, auch als Quellen für den Besiz gebraucht werden können, obgleich sie des Besizes selbst vielleicht nicht erwähnen: von welcher Regel auch schon in der Angabe der Quellen Gebrauch gemacht worden ist.

2. Das prätörische Eigenthum ist mit jedem Besize verbunden, welcher der Usucapion (die 30jährige ausgenommen) fähig ist, und es ist deshalb grade kein practischer Irrthum zu befürchten, wenn man diese Art des Eigenthums, wie die Usucapion, als eine Folge des bloßen Besizes betrachtet. Da aber das prätörische Eigenthum schon im älteren Römischen Recht dem wahren Eigenthum sehr ähnlich war, im neuesten Recht aber nur noch darin von demselben abweicht, daß es gegen manche Personen nicht geltend gemacht werden kann, so ist auch dabei eigentlich nicht mehr vom bloßen Besize die Rede, sondern es ist dasselbe Verhältniß, wie wenn durch Occupation und Tradition das wahre Eigenthum

„rem utilitatis caussa possessionem, et, si proprietas ab hac separari non possit, (d. h. wenn von einer gültigen

Occupation oder Tradition die Rede ist) dominium etiam „quaeri placet.“

zugleich mit dem Besize erworben wird. Demnach giebt es für jeden Usucapionsbesiz eine doppelte Ansicht: wegen des Eigenthums, was erst in der Folge durch ihn erworben werden soll, ist er als bloßer Besiz Gegenstand der Rechtswissenschaft (§. 2.): wegen der publicianischen Klage, die schon jezt mit ihm verbunden ist, gilt er selbst schon als Eigenthum. Auch haben ihn in dieser letzten Rücksicht von jeher die meisten Juristen nicht als Besiz, sondern als Eigenthum behandelt.

3. Wer eine fremde Sache so besizt, daß er sie für sein Eigenthum hält und aus einem juristischen Grunde dafür halten muß (bona fides und justa causa), erwirbt an den Früchten dieser Sache das Eigenthum wirklich (fructuum perceptio). Dieses Recht wird von den Meisten als etwas ganz einzelnes betrachtet, und unter die bedeutendsten Vortheile des bloßen Besizes gerechnet. Allein es läßt sich beweisen; daß dieses Recht durchaus nichts anderes ist, als prätorisches Eigenthum, bezogen auf die allgemeine Regel der Accession, welcher Beweis weiter unten (§. 22. a) auch wirklich geführt werden wird. Dieses vorausgesetzt, gilt alles, was über das prätorische Eigenthum (num. 2.) gesagt worden ist, auch hier, und es ist ganz inconsequent, das prätori-

sche Eigenthum von den Folgen des bloßen Besizes auszuschließen, während man die *fructuum perceptio* darunter rechnet.

4. Der Besizer hat im Streit über Eigenthum den Vortheil, daß der Gegner beweisen muß, um zu gewinnen, er selbst aber auch dann gewinnt, wenn von keiner Seite etwas bewiesen werden kann (1).

Daß indessen auch hierin kein Recht des Besizes liegt, wodurch der Besiz selbst eine neue, juristische Bedeutung bekommen könnte, folgt schon daraus, daß derselbe Satz allgemein für jeden Beklagten überhaupt wahr ist (2). Es ist also bloß das natürliche Vorrecht des Beklagten, angewendet auf den Fall der *Vindication*, weil dabey kein Anderer, als der Besizer, Beklagter seyn kann.

Das practische Interesse, wodurch dieser Punct von den vorigen sich unterscheidet, liegt darin.

(1) *J. 4. I. de interdicitis.* — Dieses Recht übrigens kommt bey unsern Juristen unter sehr verschiedenen Ausdrücken vor, deren jeder wieder als eine eigene *beatitudo possessionis* gezählt wird, z. B. „der Besizer ist frey vom Beweise, es wird präsumirt, daß er Eigenthü-

„mer sey, es wird im Zweifel „zu seinem Vortheil entschie- „den, er braucht den Grund „seines Besizes nicht anzuge- „ben“ u. s. w.

(2) „ . . . semper neces- „sitas probandi incumbit illi, „qui agit.“ *L. 21. de probat.*

§. 3. Rechte des Besitzes. (Forsf.) 16

Ist dieses Recht eine Folge des juristischen Besitzes, so kann es niemand haben, der, obgleich er die Detention einer Sache hat, dennoch nicht als Besitzer von den Gesetzen anerkannt wird; folglich müste ein solcher überhaupt nicht Beklagter seyn dürfen in dem Streit über Eigenthum, weil ihm sonst das allgemeine Recht des Beklagten nicht versagt werden könnte. Ist dagegen dieses Recht kein Vorrecht des Besitzes, so wird es auch bey der bloßen Detention, die nicht als Besitz gilt, behauptet werden müssen. Nun sagen die Gesetze ausdrücklich, daß die Vindication ange stellt werden kann, der Beklagte mag juristisch als Besitzer gelten oder nicht (1). Da nun ohne Zweifel der Kläger immer abgewiesen werden muß, wenn er nicht beweisen kann, so ist das Recht, von welchem hier die Rede ist, eben so wohl ein Recht der bloßen Detention, als ein Recht des Besitzes, also überhaupt kein solches Recht, welches durch den Besitz als ein eignes, juristisches Verhältniß bedingt ist.

5. Der Besitzer darf mit Gewalt seinen Besitz vertheidigen. (2).

(1) L. 9. de rei vind.

„inculpatae tutelae modera-

(2) „Recte possidenti, ad

„tione illatam vim propul-

„defendendam possessionem,

„sare licet.“ L. 1. C. unde vi.

„quam sine vitio tenebar,

26 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

Dieses Recht kann schon um deswillen nicht neben den übrigen, als Folge des Besizes, aufgestellt werden, weil der Satz selbst, auf welchem es beruht, gar nicht in das Privatrecht gehört. Da sich nämlich hierbey der Schutz eines Richters gar nicht denken läßt, so kann der Sinn jenes Satzes, als eines Rechtsatzes, nur dieser seyn: wer auf solche Weise Gewalt ausübt, ist von der Strafe frey, welche ausserdem auf alle Gewaltthätigkeit folgt. Dieser Satz gehört in das Criminalrecht und nicht hierher: aber auch im Criminalrecht kann er durchaus nicht als Folge des juristischen Besizes gedacht werden, da die Nothwehr überhaupt bey der bloßen Detention eben sowohl möglich und erlaubt ist, als bey dem juristischen Besiz. Dieses letzte indessen scheint der angeführten Stelle des Codex zu widersprechen: die Nothwehr wird hier dem Besizer, dessen Besiz nicht unrechtlich angefangen hat, verstattet, also — jedem Andern, unter andern auch dem, welcher bloße Detention hat, versagt. Allein diese Art der Interpretation, die überall nur mit grosser Vorsicht gebraucht werden kann, ist bey den Rescripten des Codex fast ganz unbrauchbar; so läßt sich gleich hier ein Fall denken, auf welchen dieser Zusatz sich beziehen könnte, ohne unsre

Regel indirect aufzuheben. Wer nämlich mit Gewalt aus dem Besiz verdrängt wird, darf sich gleich darauf mit Gewalt wieder in den Besiz setzen, ja es wird nun so betrachtet, als ob er den Besiz gar nicht verloren hätte (1): wenn also der Andere diesen Angriff mit Gewalt abwehrt, so kann er das nicht durch Nothwehr entschuldigen, weil er überhaupt nicht als Vertheidiger betrachtet wird. Wer nun etwa ohnehin bewiesen hätte, daß er in einem rechtlich angefangenen Besiz gewesen wäre, dem könnte dieser Einwurf nicht gemacht werden, und so haben die Worte: *recte possidenti* Sinn und Bedeutung, ohne jener Regel zu widersprechen.

Demnach kann auch Nothwehr auf keine Weise als Vorrecht des Besizes angesehen werden.

§. 4.

Daß der Besiz als ein rechtliches Verhältniß nur allein auf Usucapion und Interdicte sich bezieht, ist bisher bewiesen worden: dasselbe findet sich durch den Zusammenhang bestätigt, in welchem der Besiz bey den Römischen Gesetzgebern und Juristen vorkommt.

I. In den Institutionen (2) steht er mitten unter den possessorischen Interdicten, weil das Recht

(1) L. 17. de vi.

(2) Lib. 4. tit. 15.

diese Interdicte zu gebrauchen nur durch ihn begründet werden kann. Bey der Usucapion (1) wird er einstweilen als bekannt vorausgesetzt.

2. In den Pandekten wird im ganzen 41ten Buch der Erwerb des Eigenthums abgehandelt: im ersten Titel die *adquisitiones naturales*, im dritten und allen folgenden die Usucapion. Der Besitz kommt im zweiten Titel vor, offenbar als Uebergang zur Usucapion, welche hauptsächlich auf ihm beruht, und ohne eine genaue Kenntniß des Besizes nicht verstanden werden kann. Die Interdicte folgen erst später, und es ist daher ganz natürlich, daß bey ihnen nicht weiter die Rede davon ist.

Diese Ansicht der Pandektenordnung ist so natürlich, daß von jeher die meisten Juristen auf diese Art die Sache erklärt haben (2). Einige haben ein umgekehrtes Verhältniß angenommen, indem sie behaupteten, die ganze Lehre vom Eigenthum sey nur gelegentlich dem Besitz beygefügt worden: der Besitz selbst stehe hier als Vorbereitung zu den Interdicten (3) oder zur Execution (4).

(1) *lib. 2. tit. 6.*

Dig. lib. 41. tit. 2.

(2) DUARENUS *in tit. de poss.*, prooem., p. m. 823.

(4) GYPHANIUS *in oeconomia juris* p. 162. et *in lectur.*

(3) CULACIUS *in paratit. in*

Altorph. p. 394.

3. Im Codex steht der Besitz zwischen der Usucapion (1) und der longi temporis praescriptio (2), offenbar weil beide auf gleiche Weise durch ihn bedingt sind. Auch hier wird wieder eine entferntere Beziehung auf die Execution behauptet (3).

Die Basiliken (4) schliesen sich im Ganzen an die Ordnung der Pandektentitel an, welchen die Titel des Codex nur eingeschaltet werden. Doch ist es merkwürdig, daß hier unmittelbar nach der Usucapion und noch vor dem Titel pro emptore (5) die possessorischen Interdicte (6) eingerückt sind.

4. Bey Paulus (7) wird der Besitz nur als Bedingung der Usucapion vorgetragen. Da indessen in dem ganzen Titel, welcher diese Ueberschrift führt, ausser dem Besitz selbst zwar die longi temporis praescriptio vorkommt, die Usucapion aber gar nicht genannt wird, so ist es höchst

(1) lib. 7. tit. 26 — 31.

(2) lib. 7. tit. 33 — 38.

(3) GIPHANIUS in oecon.

juris p. 162.

(4) lib. 50. tit. 2, in MEER-

MANNI Thes. T. 5. p. 42-50.

Indessen steht hier von den

possessorischen Interdicten nur ein Theil. Das übrige steht im 58ten oder 60ten Buch.

(5) l. c. p. 58.

(6) l. c. p. 57.

(7) recept. sent. lib. 5. tit. 2
de usucapione.

29 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

wahrscheinlich, daß die Gothischen Compileren hier vieles geändert haben (1).

5. Das Edict, obgleich älter als alle vorige Quellen, führe ich zuletzt an, weil wir über die Ordnung desselben am wenigsten wissen. Ob hier der Besiz mit den Interdicten oder mit der Usucapion in Verbindung stand, ist sehr zweifelhaft. In dem Commentar von Ulpian sind die Interdicte mit dem Besiz verbunden, die Usucapion kommt an einer sehr entfernten Stelle vor: in dem Commentar von Paulus verhält es sich grade umgekehrt. Folgende Tabelle mag zur Uebersicht dienen:

ULPIANUS ad	Besiz.	Interdicte.	Usucapion.
<i>edictum lib. 11</i>			l. 6. de usurp.
<i>lib. 12</i>			l. 1. pro derelicto
<i>lib. 15</i>			l. 1. pro suo
<i>lib. 16</i>			l. 10. de usurp.
<i>lib. 69</i>	l. 10. de poss.	l. 3. de interd. l. 1. 3. de vi l. 1. 3. uti poss.	
<i>lib. 70</i>	l. 2. de poss. l. 6. de poss. l. 12. de poss.	l. 4. uti poss. l. 1. de superfic. l. 1. 3. de itin.	

(1) SCHULTING in rubr. tit. cit.

ULPIANUS ad	Besitz.	Interdicte.	Usucapion.
<i>edictum lib. 12</i>		l. 1. de aq. quot. l. 1. 3. de rivis. l. 1. de fonte	
<i>lib. 71</i>		l. 1. de cloac. l. 2. 4. 6. 8. de prec.	
<i>lib. 72</i>	l. 13. de poss.	l. 1. utrubi	
<i>lib. 73</i>	l. 16. de poss.		
PAULUS ad ed.			
<i>lib. 54.</i>	l. 1. de poss. l. 3. de poss. l. 7. de poss.		l. 2. 4. de usarp. l. 2. pro emt. l. 1. pro don. l. 2. pro derel. l. 2. 4. pro leg. l. 2. pro dote l. 2. pro suo
<i>lib. 65.</i>		l. 2. 9. de vi l. 2. uti poss.	
<i>lib. 66</i>		l. 2. 6. de itin. l. 2. de rivis.	
<i>lib. 67.</i>		l. 4. de interd. l. 6. 16. quod vi	

So ungewiß aber diese Sache ist, kann man doch mit der größten Wahrscheinlichkeit behaupten, daß in dem Edict selbst der Besitz an keiner andern Stelle, als entweder bey den Interdicten oder bey der Usucapion

22 Erster Abschnitt. Begriff des Besitzes.

vorkam, und damit ist auch für das Edict bewiesen, was hier bewiesen werden sollte.

Noch viel leichter läßt es sich zeigen, daß die Rechte, welche oben dem Besitz als Wirkungen abgesprochen worden sind (§. 3.), auch in den Quellen des Römischen Rechts in keiner Verbindung damit stehen.

Die Occupation und Traditio stehen überall unter den Fällen, in welchen Eigenthum unabhängig vom Civilrecht erworben wird (*adquisitiones naturales*).

Das prätorische Eigenthum kommt in den Institutionen (1) unter den prätorischen Klagen überhaupt vor, in den Pandekten (2) neben der *rei vindicatio*.

Die *fructuum perceptio* wird als *adquisitio naturalis* bey dem Eigenthum vorgetragen, und zwar in den Institutionen (3) unmittelbar nach der Accession.

Die Freyheit vom Beweise kommt zwar in den Institutionen als *commodum possessionis* vor (4), aber nicht sowohl um die Lehre vom Besitz zu ergänzen (5), als um den häufigen Gebrauch und die Wichtigkeit des *interdicti retinendae possessionis* zu erklären.

Das Recht zur Nothwehr endlich wird, wie billig, nicht als ein eignes Rechtsinstitut abgehandelt, für

(1) lib. 4. tit. 6.

(4) §. 4. I. de *interdictis*.

(2) lib. 6. tit. 2.

(5) Diese steht nämlich erst

(3) §. 35. I. de *rer. div.*

im folgenden Paragraphen.

§. 5. Der Besitz ist Recht und Factum zugleich. 23

welches: eine eigne Stelle im System des Privatrechts aufgesucht werden müste, sondern nur bey einer ganz andern Materie gelegentlich berührt.

§. 5.

Die Bedeutung, welche der Besitz im Römischen Recht hat, ist jetzt bestimmt: aller Besitz bezieht sich auf Usucapion oder Interdicte, und alle Gesetze, welche den Besitz als etwas juristisches betreffen, haben keinen andern Zweck, als die Möglichkeit der Usucapion oder der Interdicte zu bestimmen.

Jetzt wird es nicht schwer seyn, auf zwey Fragen zu antworten, über welche von jeher die Meinungen sehr getheilt gewesen sind: ob nämlich erstens der Besitz als Recht oder als Factum betrachtet werden müsse, und zweitens, wenn er ein Recht ist, unter welche Klasse von Rechten er gehöre.

Was das erste betrifft, so ist es klar, daß der Besitz an sich, seinem ursprünglichen Begriffe nach, ein bloßes Factum ist: eben so gewiß ist es, daß die Gesetze rechtliche Folgen damit verbunden haben (1).

(1) Durch diese rechtliche Folgen, die bisher dargestellt worden sind, bekommt nun das *jus possessionis*, was vorher nur als Gegenstand der Untersuchung vorläufig angenommen wurde, bestimmte Bedeutung. Der Aus-

druck selbst kommt in mehreren Stellen vor:

L. 44. *pr. de poss.*

L. 2. §. 38. *no quid in loco pub.*

L. 5. §. 1. *ad L. Iul. de vi pub.*

Demnach ist er Factum und Recht zugleich, und dieses zweifache Verhältniß ist für das ganze Detail un-
gemein wichtig.

Da nämlich der Besitz ursprünglich ein Factum ist, so ist seine Existenz von allen den Regeln unabhän-
gig, welche das Civilrecht oder auch das jus gen-
tium über den Erwerb und den Verlust von Rechten
aufgestellt haben (1). So kann durch Gewalt der Besitz

L. 5. C. de lib. causa.

Ganz dieselbe Bedeutung hat possessionis dominium und do-
minus, woraus Einige eine ganz
eigne Art von Recht gemacht
haben:

Cod. Gregor. III. 4. const. 1.

Cod. Theod. VIII. 18. const. 2.

L. 2. C. Iust. ubi in rem actio

(III. 19.)

Dominium heißt hier soviel als
jus, grade wie in: dominium
proprietas, was doch nicht
auch eine eigne Art von Recht
seyn kann. In einer spätern
Constitution übrigens steht jus
possessionis für jus-possidendi
(Rechtlichkeit des Besitzes):

L. 10. C. de poss.

(1) Das ist der Sinn fol-
gender Stellen:

„Otilius quidem et Nerva
„filius, etiam sine tutoris
„auctoritate possidere in-
„cipere posse pupillum
„ajunt, quoniam enim rem facti
„non juris esse.“ L. 1. §. 3.
de poss.

„ . . possessio autem plu-
„rimant facti habet.“ L. 19.
ex quibus causis majores.

„ . . quod naturaliter ad-
„quiritur, sicuti est posses-
„sio, per quemlibet . . .
„adquirimus.“ L. 53. de
a. r. dominio. Hier wird der
Erwerb des Besitzes nicht
allem juristischen Erwerb
überhaupt, sondern dem des
Civilrechts entgegen gesetzt,
weil dieser Gegensatz zum
Zweck der ganzen Stelle hin-
reichte.

§. 5. Der Besitz ist Recht und Factum zugleich. 25

erworben und verloren werden, obgleich Gewalt durch
aus keine juristische Handlung ist. So ist ferner nach
diesem ursprünglichen Begriff des Besitzes eine eigent-
liche Uebersetzung desselben nicht möglich; d. h.
kein Besitzer als solcher ist als Successor des vorigen
Besizers zu betrachten, sondern er erwirbt einen ganz
neuen Besitz für sich, unabhängig von dem vorigen (1).

Allein diese Regel ist nicht ohne Ausnahme. Es
giebt Fälle, in welchen die Gesetze es für nöthig hal-
ten, die Rechte des Besitzes zu gestatten, wo jenes
Factum nicht ist, oder zu versagen, wo es sich fin-
det (2). In allen diesen Fällen ist es nicht bloß, wie
in den übrigen, die Wirkung, was den Besitz zu einem
Rechtsverhältniß macht, sondern der Besitz selbst, als
die Bedingung jener Wirkung, erhält hier juristische

(1) Diesen Satz, der nicht
ohne Folgen ist, hat schon DUA-
RENUS in L. 1. de poss. p.
m. 838. 839. Auch ist davon
eine Controverse des Bulga-
rus und Martinus zu ver-
stehen. ROGERIUS de antino-
micis sentent. p. 196. (hinter
Placentin de var. act. ed.
Mog. 1530. 8.) „Differunt
„in eo an quis a me possi-
„dere valeat salva materia

„pösessionis.“

(2) Unsere Juristen nennen
den Besitz, welcher so von den
Gesetzen angenommen wird,
obgleich die natürliche Deten-
tion fehlt: *possessio ficta, im-
propria, interpretativa*. Der
erste, der diese Ausdrücke ge-
braucht hat, ist wahrscheinlich
Albericus. AZONIS *Summa
in Codicem, tit. de poss.,
num. 15.*

Bestimmungen (1). Diese Modificationen des ursprünglichen Begriffs vom Besize zu kennen, ist freylich sehr nöthig, d. h. es ist nöthig zu wissen, in welchen Fällen die Befehle überhaupt Besitz annehmen oder nicht: sie als Abweichungen von der Regel zu kennen, und von den Fällen zu unterscheiden, welche unter der Regel selbst enthalten sind, ist nicht schwer, wenn man den ursprünglichen Begriff des Besizes selbst deutlich aufgefaßt hat: von practischem Interesse ist diese Unterscheidung gar nicht. Cuper hat die sehr unbequeme Methode eingeführt, sie alle in einer Reihe zusammen zu stellen, und er selbst hat 75 derselben aufgezählt (2). Ein solcher Catalog mag recht gut

(1) „ . . . plurimum ex jure „*possessio mutuat.*“ L. 49. „*pr. de poss. — „possessio non tantum corporis, sed et juris est.“* L. 49. §. 1. *de poss.* Diese Stellen sind also nicht mit den oben angeführten zu verwechseln, welche von dem *jus possessionis* sprechen, obgleich die juristische Natur, welche der Besitz selbst erhält, sich auf jenes *jus possessionis* bezieht. — *Zacharia* (*de poss. p. 13.*) erklärt das *ex jure* durch *o servitute, ex usufructu*. Aber *possessio ex usufructu aliquid mutuat* heißt:

der Besitz entlehnt eine Regel von dem *usufructus*, d. h. es wird eine Regel auf den Besitz angewendet, die eigentlich für den *usufructus* bestimmt war. Demnach müste das *Räsonnement* von *Papinian* dieses seyn. Der *Slave*, dessen *usufructus* ich habe, kann mir einen *usufructus* erwerben, der Besitz aber richtet sich oft nach dem *usufructus*, also kann mir jener *Slave* auch Besitz erwerben. So aber hat *Papinian* gewiß nicht *räsonnirt*.

(2) *de nat. poss. P. 1. C. 6.*

seyn zur Uebersicht, wenn man die Sache selbst schon anderwärts her kennt: um sie kennen zu lernen ist es nicht sehr tauglich. Deshalb wird jede dieser positiven Modificationen des Besitzes, an ihrem Orte eingeschaltet werden, d. h. da, wo die Regel selbst vorgebracht wird, wovon sie eine Ausnahme enthält.

Noch deutlicher wird diese zweifache Natur des Besitzes durch folgende Anwendung werden. Niemand kann seine eigene Sache kaufen, d. h. der Kaufcontract ist in einem solchen Fall nichtig (1). Dasselbe gilt von dem Pacht, dem Precarium, dem Depositum und Commodat (2). Allein es giebt eine Ausnahme dieser Regel, wenn nämlich der Eigenthümer jene Verträge mit Rücksicht auf den Besitz des Andern schließt. So gilt in diesem Fall die *emptio possessionis* (3), *conductio possessionis* (4), *precarium possessionis* (5), und nach der Analogie auch *possessionis depositum* und *commodatum*. Aber die Bedeutung dieser Ausdrücke ist gar nicht, daß durch diese Geschäfte der juristische Besitz übertragen werde. Denn der *emptor possessionis* erwirbt den Besitz doch nicht ohne

(1) L. 21. de usurp.

(4) L. 28. 37. de poss.,

(2) L. 21. de usurp., L. 4. §. 3. de precario, L. 15. de posit.

L. 35. §. 1. L. 37. de pign. act.

(5) L. 28. de poss., L. 6.

(3) L. 34. §. 4. de contrah. emt., L. 28. de poss.

§. 4. L. 22. pr. de precario, L. 35. §. 1. de pign. act.

28 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

Apprehension, und durch die Apprehension würde er ihn auch ohne Kauf erworben haben. Der conductor possessionis dagegen erwirbt niemals den juristischen Besitz, und eben so der Commodatar. Das precarium und depositum endlich richten sich hierin bald nach dem Kauf, bald nach dem Pacht. — Die Bedeutung jener Ausdrücke ist vielmehr die, daß durch die Rücksicht auf des Verkäufers u. bisherigen Besitz, als auf ein juristisches, von den Gesetzen anerkanntes, Verhältniß jene Verträge gültig werden, welche außerdem deswegen ungültig gewesen wären, weil sie kein juristisches Object gehabt hätten. — Alles dieses aber hängt mit der oben entwickelten zweifachen Natur des Besizes auf das genaueste zusammen. Nämlich der Besitz ist Factum, insofern ihm ein bloß factisches (unjuristisches) Verhältniß (die Detention) zum Grunde liegt: darum hatte in jenen Fällen der Kauf, der Pacht u. auf den Erwerb des Besizes nicht den geringsten Einfluß. Aber der Besitz ist ein Recht, insofern mit dem bloßen Daseyn jenes factischen Verhältnisses Rechte verbunden sind: darum konnte die Rücksicht auf ihn sowohl, als die auf das Eigenthum, dem Kauf und anderen Verträgen Gültigkeit geben.

So ist also der Besitz Factum und Recht zugleich. Die vielen Verhandlungen anzuführen, welche man bey Schriftstellern über diese Frage findet, wäre eben

§. 6. Classification des Ius possessionis. 29

so unnütz, als ihre Lectüre unbelehrend ist. Cuper (1) hat die Sache im Ganzen richtig und gründlich dargestellt, auch hat sich seitdem kein Zweifel hierüber gezeigt. (2).

§. 6.

Die zweite Frage war: zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?

In so fern der Besitz die Usucapion möglich macht, läßt sich diese Frage gar nicht denken. Niemand fällt es ein zu fragen, zu welcher Art von Rechten die *justa causa* gehöre, ohne welche die Tradition kein Eigenthum übertragen kann. Sie ist gar kein Recht, aber sie ist ein Theil der ganzen Handlung, wodurch Eigenthum erworben wird. So auch der Besitz in Beziehung auf Usucapion.

Demnach bleibt nur noch der Besitz, auf welchen die Interdicte sich gründen, als Gegenstand unsrer Frage übrig. Diese Frage kann man vollständig beantworten, ohne sich auf die Classification des ganzen Privatrechts einzulassen, wodurch der Gang unsrer Untersuchung sehr unterbrochen werden müßte. Es läßt sich nämlich zeigen, daß der Besitz in das Obligationenrecht gehört, welcher Begriff in dem Röm.

(1) *de nat. poss.* P. 1. C. 5. gehandelt, aber ohne etwas

(2) Zachariá (p. 11.) hat neues darüber zu sagen.
zwar die Frage von neuem ab-

rischen Recht als völlig bestimmt vorausgesetzt werden kann: wer nun das Sachenrecht überhaupt in *jus in re* und *jus ad rem* (*obligationum*) eintheilt, der wird dadurch von selbst genöthigt, den Besitz von allem *jus in re* zu trennen: wer diese Eintheilung verwirft, muß ohnehin für das ganze Obligationenrecht eine eigne Stelle auffuchen, wodurch denn der Besitz zugleich mit bestimmt seyn wird.

Daß nun das Recht der possessorischn Interdicte in das Obligationenrecht gehört, folgt schon daraus, daß für alle Interdicte überhaupt dieser Satz gilt (1). Allein es läßt sich noch bestimmter darthun, daß sie sich auf *obligationes ex maleficiis* gründen. Bey dem *interdictum de vi* hat das gar keinen Zweifel (2).

(1) *L. 1. §. 3. de interd.* „*Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.*“ Die Worte: *licet in rem videantur concepta* müssen so übersetzt werden: „selbst diejenigen nicht ausgenommen, welche ic.,“ denn sie beziehen sich durchaus nicht auf alle Interdicte, namentlich nicht auf die possessorischn, sondern nur auf wenige, z. B. das *Interd. quorum bonorum*. Feuerbach (civilistische Ver-

suche 1r Thl. § 249.) bezieht jene Worte auf alle Interdicte überhaupt, und rechnet sie deshalb unrichtig unter die *actiones in rem* im weitern Sinne des Wortes.

(2) In *L. 19. de vi* ist von *delictum* die Rede in *L. 1. §. 14. eod.* von *maleficium*, in *L. 1. §. 15. eod.* von einer Nothklage. Ferner geht es gegen den Erben nur in *id, quod pervenit*, was ausdrücklich als Folge derselben allgemeinen Regel für alle ob-

Das *interdictum uti possidetis* wird nicht nur überall mit dem *interdictum de vi* zusammen gestellt, sondern es gilt auch, wie dieses, nur in dem ersten Jahr (1), folglich auch nicht gegen den Erben schlechthin (2), was denn wieder mit der allgemeinen Regel zusammen hängt, welche für alle *actiones ex delicto* die Verbindlichkeit des Erben beschränkt (3). Die übrigen *Interdicte* sind alle dem *interdictum uti possidetis* ganz ähnlich, das *de precario* ausgenommen: allein auch bey diesem ist die Verbindlichkeit des Erben grade so beschränkt, wie bey jeder *obligatio ex maleficio* (4).

Wenn aber den possessorischen *Interdicten obligationes ex maleficiis* zum Grunde liegen, warum werden sie im Römischen Recht selbst nicht mit diesen

ligationes ex delicto angegeben wird. *L. 3. pr. de vi.* Endlich wird es auch bey der *Exceptio pacti* mit andern *delictis* zusammen gestellt. *L. 27. §. 4. de pactis* (s. u. §. 40.)

(1) „ . . . *intra annum* “ . . .
L. 1. pr. uti poss.

(2) „ . . . *Honorariae autem actiones*“ (darunter sind hier die *Interdicte* mit begriffen) „*quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt: ut tamen lucrum ei*

„*extorqueatur, sicut fit in interdicto unde vi* „etc.“ *L. 35. pr. de oblig. et act.*

(3) *L. 38. 44. de R. I., L. un. C. ex delictis defunct., Cod. Herm. tit. 2.* Mehr hierüber s. u. §. 37.

(4) „*Hoc interdicto heres ejus, qui precario rogavit, tenetur . . . ex dolo . . . defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.*“ *L. 8. §. 8. de prec.*

zusammen gestellt? (1) bloß deswegen, weil die Classification der Römer auf prozessualischen Gründen beruht. Sie stellen unter der Rubrik Obligationen bloß die zusammen, welche eine eigentliche *actio* begründen (2). Demnach sind die Interdicte von jenen Obligationen bloß deswegen getrennt, weil sie eine eigne Art von Prozeß hatten: hätte das Edict in allen diesen Fällen Actionen gestattet, so wären sie ohne Zweifel unter die *obligationes ex maleficiis* gesetzt worden, obgleich die Natur des Rechtsverhältnisses selbst dadurch nicht geändert worden wäre. Da nun unser Prozeß die Actionen und Interdicte der Römer nicht kennt, also die Bedeutung jener Trennung für uns verschwunden ist, so hat es keinen Zweifel, daß wir die possessorischen Interdicte nach der Ansicht der Römischen Gesetzgebung selbst unter die *obligationes ex delictis* zu setzen haben.

Das Recht der possessorischen Interdicte also gehört in das Obligationenrecht, und von dem Besiz selbst ist dabey nur in so fern die Rede, als er die Bedingung enthält, ohne welche die Interdicte nicht

(1) Die *obligationes ex delictis* stehen in den Institutionen B. 4. T. 1 — 4, in den Pandekten B. 47, die Interdicte überhaupt in den Insti-

tutionen B. 4. T. 15, in den Pandekten B. 43.

(2) Darauf geht die Rubrik: *de obligationibus et actionibus* (Dig. lib. 44. tit. 7.).

gedacht werden können. Das jus possessionis also, d. h. das Recht, welches der bloße Besitz giebt, besteht lediglich in dem Anspruch, den der Besitzer auf die Interdicte hat, sobald eine bestimmte Form der Verletzung hinzutritt. Abstrahirt von dieser Verletzung giebt der bloße Besitz gar kein Recht, weder ein jus obligationis, wie sich von selbst versteht, noch auch ein Recht auf die Sache, denn die Gesetze erklären keine Handlung auf die Sache bloß deswegen für rechtlich, weil der Handelnde den Besitz der Sache hat.

Ueber die Frage, welche hier untersucht worden ist, hat man von jeher sehr viel gestritten. Der größte Theil dieser Streitigkeiten ist sehr unbelehrend, auch gehört er nicht hierher, weil fast Alle damit sich begnügen, den Begriff von jus in re und ad rem aufzustellen, und dann den Besitz, wie die übrigen Rechte, darunter zu rechnen oder davon auszuschließen, ohne über die Natur dieser Rechte selbst etwas neues und bedeutendes zu sagen. Alles kommt darauf an, die ausschließende Beziehung des Besitzes auf Usucapion und Interdicte als entscheidend zu behandeln. Donellus (1) hat unter Allen allein diesen Zusammenhang des Besitzes mit dem ganzen System dargestellt, ja er hat zur Rechtfertigung desselben das meiste wenigstens

(1) Comment. lib. 5. C. 6 Usucapion) lib. 15. C. 32—34.
— 13. (als Bedingung der (die possessorisches Interdicte).

34 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

angedeutet, was hier weiter ausgeführt werden mußte. Merenda scheint, nach einer gelegentlichen Bemerkung, der richtigen Ansicht nahe gewesen zu seyn (1), obgleich seine Hypothese ihn zu sehr beschäftigte, als daß er Gebrauch davon hätte machen können.

Baldus hat zuerst vier Arten von *jus in re* angenommen: Eigenthum, Servitut, Pfandrecht und Erbrecht. In der Folge ist auch der Besiz (2), die *dos*, *emphyteusis* u. a. m. darunter gerechnet worden. Endlich hat Hahn die Zahl derselben auf fünf festgesetzt, jene vier nämlich und den Besiz (3): seine überaus schlechten Schriften haben die Ehre gehabt, an der Spitze einer sehr zahlreichen Partey zu stehen. Einige haben die Sache dadurch zu entscheiden gesucht, daß sie in dem Sachenrecht neben dem *jus in re* und *ad rem* das *jus possessionis* als einen eignen Haupttheil annahmen (4), eine Meinung, die bloß dadurch entstehen konnte, daß man keine bessere Auskunft wußte.

(1) *Controv. lib. 12. C. 28:*
„*ubicunque de possessione*
„*agitur, ad interdicta respi-*
„*cimus, vel usucapionem.*“

(2) *ALCIATI Respons. Lib. 5.*
Cons. 112. n. 4.

(3) *Diss. inaug. de jure in*
re. Helmst. 1639, am voll.

ständigsten Helmst. 1664. 4.
In mehreren Schriften über
den Besiz hat er seine Mei-
nung wiederholt.

(4) I. B. FRIESEN *de ge-*
nuiua poss. indole, Ienae
1725. Ihm folgt Hypfner
(*Commentar über die Inst.*
§. 280. not. 2.)

§. 6. Classification des Ius possessionis. 35

Die Systematiker haben sich von jeher in großer Verlegenheit befunden, wenn es darauf ankam, dem Besitz eine Stelle anzuweisen. Connanus (1) und Ayliffe (2) handeln ihn ganz richtig bey der Usucapion ab, als Bedingung derselben: dagegen fehlt die andere juristische Seite des Besitzes, das Recht der Interdicte, in ihren Systemen ganz. Domat (3) theilt das ganze Privatrecht in Obligationenrecht und Successionsrecht: bey den Obligationen handelt er unter andern von den Folgen, wodurch sie selbst bestärkt werden können, und unter diesen Folgen steht — der Besitz und die Verjährung. Schon diese Stellung zeigt, daß er nicht gewußt hat, was der Besitz im Römischen Recht bedeute: auch ist er in der ganzen Abhandlung damit beschäftigt, drey Begriffe zu verwechseln, die beständig unterschieden werden müssen, wenn nicht die ganze Lehre vom Besitz mißverstanden werden soll: possessio nämlich, possessio civilis und

(1) *Comment. j. civ. L. 3. C. 8 — 10. (T. 1. p. 175 — 189. ed. Neap. 1724. f.)*

(2) *a new Pandect of Roman Civil Law, London 1734. Book 3. T. 10. p. 336 — 344. Im 8ten Titel steht die Usucapion, im 9ten ist die Schenkung eingeschoben, um*

soviel möglich die Folge der Institutionentitel darzustellen.

(3) *Loix civiles, Prém. partie (des engagements et de leurs suites) Livre 3. (des suites, qui ajoutent aux engagements ou les affermissent) Titre 7. (de la possession et des prescriptions), p. 258 — 276. éd. Paris. 1713. f.*

ius possidendi. Mehrere unter den Neuern (1) haben sich dadurch geholfen, daß sie den Besitz in den allgemeinen Theil des Systems verwiesen haben, obgleich er um gar nichts allgemeiner ist als das Eigenthum oder jedes andere Recht.

Wichtiger als alle diese Irrthümer über die juristische Natur des Besizes ist ein anderer, welcher so wenig mit in diesen Streit gezogen worden ist, daß er bey Schriftstellern von allen Parteyen sich findet. Man hat nämlich den Besitz gar nicht als eignes Recht, sondern als provisorisches Eigenthum betrachtet, die Interdicte bloß als provisorische Vindicationsen, bloß dazu eingeführt, um den Eigenthumsprozeß zu reguliren. Dieser Irrthum, der vielleicht mehr practische Folgen gehabt hat, als alle andere, kann erst dann vollständig widerlegt werden, wenn die Natur der

(1) z. B. Hofacker (princ. jur. civ. Lib. 3. Sect. 2.) Dieser Vorwurf bedarf einer kleinen Erläuterung, um nicht mißverstanden zu werden. Wenn man einen allgemeinen Theil nöthig findet, so läßt sich nichts dagegen einwenden, daß der Besitz darin aufgeführt werde, da ein solcher allgemeiner Theil doch nur wegen subjectiver Bedürfnisse der Mittheilung da

zu seyn pflegt, ohne daß ihm Begriff und Inhalt wissenschaftlich vorgezeichnet werden kann. Nur das ist wesentlich und nothwendig, daß über dieser Erleichterung nicht vergessen werde, den eigentlichen Zusammenhang des Besizes mit dem besonderen Recht selbst, anzuerkennen und darzustellen.

Interdicte darge stellt seyn wird. Hier können nur folgende Stellen dagegen angeführt werden, welche ganz hierher gehören, weil sie die Natur des Besizes selbst zum Gegenstand haben: „*nec possessio et proprietas, miseri debent*“ (1) und: „*nihil commune habet, proprietas cum possessione*“ (2). Daß hier etwas mehr ausgedrückt seyn soll, als der triviale Satz, man solle den Besizer nicht mit dem Eigenthümer verwechseln, zeigen folgende Worte der zweiten Stelle: „*et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis qui coepit rem vindicare. Non enim videtur, possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.*“ (3)

§. 7.

Bis hierher ist die juristische Bedeutung des Besizes aus dem System des Römischen Rechts überhaupt abgeleitet worden: ich wende mich nun zur Bestimmung des Sprachgebrauchs der Römischen Juristen. Der schwerste und wichtigste Theil dieser Untersuchung

(1) L. 52. pr. de poss.

(2) L. 12. §. 1. de poss.

(3) L. 12. §. 1. cit. Ueber keine Stelle des ganzen Titels ist so viel und so weitläufig commentirt worden, als über diese: die erste gedruckte Schrift über den Besiz ist ein solcher

Commentar von Bologna (Bononiae 1494. f.). Alle diese Schriften aber gehören so gut als gar nicht hierher; sie handeln nur bey Gelegenheit dieser Stelle die prozessualische Frage ab, ob das petitiorium mit dem possessorium cumulirt werden dürfe.

betrifft die *possessio* überhaupt, die *possessio civilis* und *possessio naturalis*, und damit soll gleich hier der Anfang gemacht werden.

Um den Beweisen, die durch Interpretation geführt werden müssen, eine bestimmtere Richtung zu geben, will ich eine Uebersicht der Resultate vorausgehen lassen, welche aus jenen Beweisen hervorgehen sollen. Ursprünglich bedeutet *possessio* das Verhältniß der bloßen Detention, also ein nichtjuristisches, natürliches Verhältniß: daß es ein bloß natürliches Verhältniß ist, was durch sie bezeichnet wird, braucht durch keinen Zusatz ausgedrückt zu werden, so lange kein anderer Begriff da ist, dessen Gegensatz diesen Zusatz nöthig machte. Diese Detention aber wird unter gewissen Bedingungen ein Rechtsverhältniß, indem sie durch Usucapion zum Eigenthum führt: dann heißt sie *civilis possessio*, und nun ist es nöthig, alle übrige Detention auch durch die Sprache von ihr zu unterscheiden. Man nennt sie naturalis possessio, d. h. die Art der *possessio* überhaupt, welche nicht so, wie die *civilis*, ein juristisches Verhältniß geworden ist. — Die Detention wird aber noch auf eine andere Art ein Rechtsverhältniß, indem sie die Interdicte begründet: so heißt sie *possessio* schlechthin, und das ist die Bedeutung dieses Wortes, wo es ohne Zusatz, und doch technisch gebraucht wird. Alle übrige Detention

im Gegensatz der *possessio ad interdicta* heißt wieder *naturalis possessio*, d. h. das natürliche Verhältniß im Gegensatz jenes juristischen, ganz auf dieselbe Weise wie dieser Gegensatz bey der *civilis possessio* durch sie bezeichnet wurde. — Es giebt demnach zweierley juristischen Besitz: *possessio civilis* (ad usucapionem) und *possessio* (ad interdicta); und alles was oben (§. 5.) über die juristischen Modificationen gesagt worden ist, die bey dem Begriff des Besitzes vorkommen können, bezieht sich auf einen von beiden oder auf beide zugleich. Ihr Verhältniß zu einander ist dieses: die *possessio ad interdicta* ist ganz in der *possessio ad usucapionem* enthalten, und diese hat nur noch einige Bedingungen mehr als jene. Wer also ad usucapionem besitzt, besitzt immer auch ad interdicta (1), aber nicht umgekehrt. — *Possessio naturalis* hat, wie oben bemerkt worden ist, zwey Bedeutungen: beide aber sind negativ und drücken bloß einen logischen Gegensatz aus. — Das sind die Sätze, deren Beweise ich jetzt zu führen habe.

(1) Eine Ausnahme dieses Satzes scheint bey dem Pfandgläubiger einzutreten, indem dieser zwar usucapirt, aber die Interdicta nicht hat. Allein auch seiner Usucapion liegt keine *possessio civilis* zum Grunde, sondern er wird durch eine ganz

spezielle Fiction so behandelt, als ob er dieselbe hätte, d. h. es wird zu seinem Vortheil von der Regel: *sing. possessione usucapio contingere non potest* eine Ausnahme gemacht. (s. u. §. 24.)

I. *Possessio civilis* und *possessio naturalis*, als Gegensatz derselben.

Civilis überhaupt hat vorzüglich zwey technische Bedeutungen. Zuerst bezeichnet es das ganze Privatrecht und wird so dem Criminalrecht entgegen gesetzt: davon kann hier, in den Gränzen des Privatrechts selbst, nicht die Rede seyn. Zweitens bedeutet es im Privatrecht selbst alles das, was weder aus dem *jus gentium*, noch aus dem prätorischen Recht, sondern aus einer Lex, einem *Senatusconsultum*, oder als Gewohnheitsrecht entstanden ist. Von dieser zweiten Bedeutung kommen noch mancherley Modificationen vor (1), aber so allgemein, wie sie hier bestimmt worden ist, wird sie bey weitem am häufigsten von den Römischen Juristen gebraucht. So, um nur an einige Anwendungen zu erinnern, heist die Agnation allein *civilis cognatio* (2), obgleich jede andere Cognation in dem *jus gentium* sowohl, als in dem prätorischen Recht wichtige Wirkungen hat, also gewiß auch ein juristisches Verhältniß ist: eben so verhält es sich mit der *civilis actio*, *civilis obligatio* u. s. w. Wenden wir diese Bedeutung des Wortes

(1) §. B. in L. 2. §. 5. 12. (2) L. 4. §. 2. *de gradibus. de orig. juris.*

auf die *possessio civilis* an, so muß derjenige Besitz darunter verstanden werden, welchen das Civilrecht anerkennt, d. h. von dessen Daseyn es abhängt, ob eine Regel des Civilrechts angewendet werden soll oder nicht. Nun giebt es im ganzen Civilrecht nur ein Recht, dessen Anwendung den Besitz voraussetzt, nämlich die Usucapion: folglich heist *possessio civilis* so viel als *possessio ad usucapionem* (1).

Daß nun die Usucapion wirklich in das Civilrecht gehört, bedarf keines Beweises: die Interdicte können nicht dahin gerechnet werden, da sie bloß aus dem Edict entstanden sind. Um hier keinem Zweifel Raum zu lassen, will ich zwey Stellen der Alten anführen, wodurch man veranlaßt werden könnte, die Interdicte dennoch in das Civilrecht zu setzen. Die erste steht bey

(1) Daß die *possessio civilis* auch als Bedingung der *longi temporis praescriptio* gelten soll (§. 2.) obgleich diese nicht in das *jus civile* gehört, ist keine Inconsequenz. Denn es war dieses eine bloße Uebertragung der nun einmal in Beziehung auf Usucapion ausgebildeten und bezeichneten *possessio civilis* auf ein Institut,

daß ganz nach der Analogie der Usucapion und als Surrogat derselben eingeführt wurde, welches also alle Bedingungen, worin nicht grade der Zweck der *longi temporis praescriptio* eine Abweichung nothwendig machte, stillschweigend von der Usucapion entlehnte, so daß es dabey auch keiner neuen Kunstausdrücke bedurfte.

Cicero (1): Um zu beweisen, daß auch der, welcher gewaltsam verhindert wird, in sein Grundstück einzugehen, als *dejectus* das *interdictum de vi* gebrauchen könne, braucht er folgendes Beispiel: „*quaero si te hodie domum tuam, redeuntem coacti homines et armati, non modo limine tectoque aedium tuarum, sed primo aditu vestibuloque prohibuerint, quid acturus sis? Monet amicus meus te, L. Calpurnius, ut idem dicas quod ipse antea dixit, injuriarum. Quid? ad causam possessionis? quid? ad restituendum eum, quem oportet restitui? quid denique? ad jus civile?*“ aut ad (actoris) notionem et ad animadversionem ages injuriarum?“ Bey aller Schwierigkeit dieser Stelle (2) ist es klar, daß Cicero sagen will: die Injuriensache steht mit der Restitution des Besitzes, also mit dem *jus civile* in keiner Verbindung: er scheint also das Interdict in das *jus civile* zu setzen. Da indessen die Injurie, von welcher hier die Rede ist, seit der *Lex Cornelia* ein *crimen publicum* war (3), so ist es

(1) *pro Caecina* C. 12.

hier angegebene Interpunction annimmt, verschwindet diese Schwierigkeit gänzlich.

(2) Wenn man indessen nach dem Vorschlag mehrerer Interpreten das Wort *actoris* wegstreicht, und zugleich die(3) „*Lex Cornelia de injuriis competit ei, qui in-*

offenbar, daß das Civilrecht hier dem Criminalrecht entgegen gesetzt wird: in diesem Sinn gehört unstreitig das ganze Edict in das *jus civile*, aber für die andere Bedeutung von *jus civile* läßt sich daraus nichts beweisen, ja sogar wird kurz vorher von Cicero selbst diese andere Bedeutung gebraucht (1). — Die zweite Stelle, durch die man verführt werden könnte, die *Interdicte* in das Civilrecht zu setzen, steht bey Petron (2): „*jure civili* dimicandum, „ut, si nollet alienam rem domino reddere, „ad *interdictum* veniret“ (3). Einige *Interpreten* (4) haben die Worte: *ad interdictum venire* von der *Jurisdiction* des *Prätors* überhaupt erklärt, so daß auch die *Vindication* damit gemeint seyn könnte: aber dafür sollte es schwer seyn, eine *Beweisstelle* zu finden. Das natürlichste ist wohl, dem Petron überhaupt alle

„*juriarum* agere volet ob
 „eam rem, quod se pulsa-
 „tum, verberatumve, domum-
 „ve suam vi introitam esse
 „dicat.“ *L. 5. pr. de injuriis.*
 Eben darauf gehen bey Cicero die Worte *notio* und *animadversio*.

„*jure civili ac praetorio* non
 „habes,“ d. h. du hast weder
 eine *Vindication*, noch ein
Interdict.

(2) *Satyr. C. 13.* (pag. 48.
 ed. Burmann. 1709.)

(3) Vergl. über diese Stelle
 unten §. 39.

(1) *Pro Caecina C. 12.*
 „ . . . quod agas mecum ex

(4) J. B. Turnebus (*adv.
 versar. lib. 19. Cap. 6.*)

Auctorität abzusprechen, wo es auf einen juristischen Sprachgebrauch ankommt, der durch ältere und neuere Schriftsteller als Petron so fest bestimmt ist.

Also auf Interdicte kann die *possessio civilis* nicht bezogen werden: auf die übrigen Wirkungen kann es schon um deswillen nicht geschehen, weil sie überhaupt nicht als Folgen irgend einer Art des juristischen Besizes gelten können. (§. 3.) Für die *possessio civilis* kommt noch der besondere Grund hinzu, daß die meisten gar nicht in das Civilrecht gehören. So gehört die Tradition nur dann in das Civilrecht, wenn von einer *res nec mancipi* die Rede ist (1), die Occupation und das prätorische Eigenthum, was unter andern durch Occupation und durch Tradition einer *res mancipi* entstand, nie, die *fructum perceptio* eben so wenig, weil sie das prätorische Eigenthum der Hauptsache voraussetzte. Die Freyheit vom Beweise, welche jeder Beflagte hat, rechnete sicher kein Römischer Jurist unter das *jus civile*, und das Recht der Nothwehr eben so wenig (2).

(1) ULPIANI *fragm. tit. 19.*

(2) *L. 3. de justitia et jure.*

Was bisher aus der allgemeinen Bedeutung von *civilis* bewiesen worden ist, wird durch einzelne Stellen der alten Juristen bestätigt. Zur Erklärung dieser Stellen ist eine allgemeine Erinnerung nöthig. Vorausgesetzt nämlich, daß die *possessio civilis* von dem *jus civile* ihren Namen führt, kann der Ausdruck: *civiliter non possidere* oder: *jure civili non possidere* eine zweifache Bedeutung haben, je nachdem das *civilite* entweder auf die Wirkung oder auf den Grund des *non possidere* bezogen wird. Erstens nämlich kann es heißen, denjenigen Besitz entbehren, welcher für das *jus civile* als Besitz gilt, und in diesem Sinn drückt es die reine Negation der *possessio civilis* aus und ist für unsere Untersuchung brauchbar. Zweitens kann es heißen, allen Besitz überhaupt entbehren, und zwar aus einem Grunde, der in dem *jus civile* enthalten ist: diese Bedeutung interessiert uns jetzt nicht, indem sie sich gar nicht auf die *possessio civilis* bezieht. Welche von beiden Bedeutungen in jedem gegebenen Falle anzunehmen sey, läßt sich meistens mit Sicherheit angeben: so z. B. ist es gewiß die erste, wenn es sich auf andere Weise darthun läßt, daß *possessio* überhaupt vorhanden sey: eben so ist es

wahrscheinlich die zweite, wenn das Gegentheil bewiesen werden kann (1).

Es kommen überhaupt fünf Fälle vor, worin der *possessio civilis*, des *civiliter possidere* und *non possidere* erwähnt wird. Aus zweien derselben läßt sich meine Behauptung bestimmt beweisen, aus den übrigen ist weder für diese noch für eine andere Meinung ein sicherer Schluß zu ziehen, - es kommt also bey ihnen bloß darauf an, zu zeigen, daß sie sich aus unserer Voraussetzung völlig erklären lassen, daß sie ihr folglich nicht widersprechen.

a. Wenn ein Faustpfand gegeben ist, soll der creditor nicht als Civilbesitzer gelten (2):

„Sciendum est, adversus possessorem
„hac actione (ad exhibendum) agen-

(1) Diese sehr wichtige Unterscheidung mit ihrer Anwendung auf die Interpretation, wodurch meine Erklärung der *possessio civilis* allererst völlige Sicherheit erhält, findet sich in Thibaut's Anhang zu seiner Ausgabe des Cuper, und früher in seiner Recension meines Buchs in der A. L. Z. 1804. N. 41. Ein Rec. von Thibaut (Gött. Anz. 1804.

p. 1431.) macht die sehr gute Bemerkung, daß eine Spur dieser Unterscheidung schon in der Glosse zu L. 24. de poss. liege, freylich ohne Beweis und Anwendung: „Dic ergo „civiliter, i. e. de jure ci- „vili non possidet, neque „civiliter, neque naturali- „ter.“

(2) L. 3. §. 15. ad exhibendum.

§. 7. *Possessio civilis und naturalis.* 47

„dum: non solum eum, qui civiliter,
 „sed et eum, qui naturaliter incumbat
 „possessioni. *Denique creditorem, qui*
 „*pignori rem accepit, ad exhibendum*
 „*teneri placet.*“

Der Zusammenhang ist dieser: die *actio ad exhibendum*, sagt der Jurist, geht nicht bloß gegen den Civilbesitzer. Er bestätigt diesen Satz durch das Beyspiel des *creditor*, und braucht, um diesen Uebergang von der Regel zur Anwendung zu bezeichnen, das Wort: *denique* („so zum Beyspiel“) welches grade in dieser Bedeutung in mehreren Stellen der *Pandekten* vorkommt (1). In den zwey Fragmenten,

(1) „In omni fere jure,
 „finita patris potestate, nul-
 „lum ex pristino retinetur
 „vestigium: *denique* et patria
 „dignitas quaesita per adop-
 „tionem, finita ea, deponi-
 „tur.“ *L. 13. de adopt.*

„In quaestionibus laesae
 „majestatis etiam mulieres
 „audiuntur: conjurationem
 „*denique* Sergii Catilinae Iu-
 „lia mulier detexit, et Mar-
 „cum Tullium Consulem
 „iudicium ejus instruxit.“

L. 8. ad legem Iul. majest.

„Nemo enim in persequen-
 „do deteriorem causam, sed
 „meliolem facit. *Denique*
 „post litem contestatam he-
 „redi quoque prospiceretur,
 „et heres tenetur ex omni-
 „bus causis.“ *L. 87. de R. I.*

Diese Bedeutung von *denique* läßt sich übrigens auf eine andere reduciren, welche bekannt genug ist; es heißt nämlich oft soviel als *sane* oder *certe*. *CAESAR de bello gall.*

welche auf unsre Stelle folgen (1) und unter welchen das zweite mit unsrer Stelle in Ulpian's Schrift selbst zusammen gehangen haben muß, werden diesem Beyspiel mehrere andere hinzugefügt, so daß sie mit diesem ein Ganzes ausmachen. Dieser Zusammenhang ist so natürlich und so nothwendig, daß man ihn nicht wohl verkannt haben würde, wenn man nicht schon einen falschen Begriff von *possessio civilis* mit hinzugebracht hätte. Die Glosse macht bey dem Worte: *creditor* die Bemerkung: „*hic civiliter possidet*“, was aber auch als Einwurf gegen die Meinung des Gesetzes gemeint seyn kann, so daß sie es nicht grade mißverstanden haben muß. Frider (2) will sogar aus dieser Stelle beweisen, daß der *creditor* Civilbesizer sey. Cuper (3) hebt allen Zusammenhang der Stelle auf, indem er willkürlich annimmt, mit dem Worte *denique* gehe etwas ganz neues an, ohne Verbindung mit dem vorigen, was zugleich eine bloße Wiederholung seyn müßte, da unter der *possessio*

lib. 2. C. 33. p. 83. ed. Lips.

1780. SENECA *de ira* lib. 3.

C. 18.

(1) L. 4. 5. *ad exhibendum*.

(2) *de materia possessionis*

C. 4. §. 13.

(3) *de nat. poss.* P. 1. C. 3.

pag. 35.

civilis und *naturalis*, für welche der Sag schon vorher behauptet wurde, alle mögliche Fälle überhaupt enthalten waren. Er hätte sicher nicht zu einer Interpretation seine Zuflucht genommen, wodurch die Logik der Römischen Juristen so verdächtig wird, wenn er auf andere Weise seinen Begriff von *possessio civilis* gegen diese Stelle zu retten gewußt hätte.

Also es ist sicher, daß der creditor an dem Pfand keine *possessio civilis* hat: und es ist nur noch nöthig, die Rechte seines Besitzes selbst zu bestimmen, um zu zeigen, welchen Begriff die Römischen Juristen mit jenem Worte verbinden. Ueber diese Rechte enthält folgende Stelle eine sehr genaue Bestimmung (1):

„ . . . qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reli-
 „ quas omnes causas pertinet, qui accipit, possidet“ . . .

Also der creditor besitzt in jeder juristischen Rücksicht, die Usucapion allein ausgenommen: demnach kann die *possessio civilis*, die ihm abgesprochen wird, nichts anders bedeuten, als *possessio ad usucapionem*.

(1) L. 16. de usurp. et usuc.

b. Der zweite Fall, in welchem der *possessio civilis* erwähnt wird, bezieht sich auf die verbotene Schenkung unter Ehegatten. Durch diese Schenkung soll keine *possessio civilis* entstehen:

„ . . . licet illa (uxor) jure civili possidere non intelligatur (1).

„ Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant“ (und diese Meinung wird hier, wie gewöhnlich, stillschweigend gebilligt, denn Paulus fügt sogar selbst noch einen neuen Grund hinzu) „ possidere eam: quoniam res facti infirmari jure civili non potest . . . “ (also das Civilrecht erkennt diesen Besitz nicht an) (2).

„ Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum (de vi) pertinet. Denique (3) et

(1) L. 26. pr. de donat. inter vir. et ux. Schon hier findet sich die oben bemerkte Zweideutigkeit des *jure civili non possidere*. Da indessen, wie sich sogleich zeigen wird, das Daseyn juristischer possessio überhaupt für diesen Fall

keinen Zweifel hat, so kann hier mit jenem Ausdruck nichts anders als die Negation der *possessio civilis* bezeichnet seyn.

(2) L. 1. §. 4. de poss.

(3) Die Verbindung, und selbst der Ausdruck, ist hier

§. 7. *Possessio civilis und naturalis.* 51

„*si maritus uxori donavit, eaque de-*
 „*jecta sit: poterit interdicto uti: non*
 „*tamen si colonus*“ (1).

Also *possessio civilis* wird in diesen drey Stellen gelaugnet: welches Rechtsverhältniß ist es nun, das mit diesem Wort bezeichnet werden soll? das überhaupt juristischer Besitz durch diese Schenkung entstehe, sagt die zweite der angeführten Stellen ausdrücklich, und damit stimmt noch eine andere überein (2). Die dritte

ganz derselbe wie in L. 3. §. 15. *ad exhibendum*, beide Stellen erläutern sich wechselseitig, und ich kann mich ganz auf die Interpretation beziehen, welche von dieser letzten Stelle oben gegeben worden ist.

(1) L. 1. §. 9. *de vi.*

(2) L. 1. §. 2. *pro donato*: „*Possidere autem uxorem rem*
 „*a viro donatam, Iulianus pu-*
 „*rat.*“ So klar dieser Satz bestimmt ist, so hat man ihn doch häufig gelaugnet, um irgend einen angenommenen Begriff von *possessio civilis* dadurch zu retten. Cuper (*de nat. poss.* P. 2. C. 11. p. 84.) glaubt, Paulus widerspreche sich selbst (in L. 1. §. 4. *de poss.* und

L. 26. *pr. de don. int. vir. et ux.*). Fleck (*de poss.* pag. 45. 118.) geht noch viel weiter, indem er behauptet, aller Besitz überhaupt werde hier überall gelaugnet. Die einzige Stelle, die man gegen unsern Satz anführen könnte, ohne einen willkürlichen Begriff von *possessio civilis* schon vorauszusetzen, ist L. 46. *de don. inter vir. et ux.*: „*Inter vi-*
 „*rum et uxorem nec posses-*
 „*sionis ulla donatio est.*“ Aber hier wird offenbar nicht der Besitz gelaugnet, sondern die Schenkung: es wird also nur behauptet, die Frau besitze nicht *pro donato*, und darauf geht auch L. 16. *de*

82 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

Stelle nennt sogar eine Wirkung dieses Besizes, nämlich ein Interdict. Aber Usucapion kann aus diesem Besiz nicht entstehen:

„Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio“ (1).

Demnach kann hier wieder unter der *possessio civilis*, welche abgeläugnet wird, nichts anderes gedacht werden, als die *possessio ad usucapionem*.

- C. Die Regel: *nemo sibi causam possessionis mutare potest* soll nicht bloß für die *civilis*, sondern auch für die *naturalis possessio* gelten (2). „Et propterea,“ fährt der Jurist fort, „neque colonum, neque eum, apud

poss.: „quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur,“ welche Stelle aus demselben Werk von Ulpian genommen ist, wie die *L. 46. cit.* Dieser Satz kann also um deswillen keinen Einfluß auf die Existenz des Besizes haben, weil er selbst sich bloß auf die juristische Succession (in der Schenkung) bezieht, die Existenz des Besizes aber von aller Succession unabhängig ist (s.

o. S. 23.). — Das wesentliche dieser sehr natürlichen Erklärung ist alt (DUARENUS in *L. 1. §. 4. de poss.*, p. 829, VALENTIA, *tract. ill. Lib. 1. Tr. 2. C. 7. p. 52.*) CuPER selbst hat sie noch um vieles gewisser gemacht, wovon erst im vierten Abschnitt, bey dem *interdictum utrobi*, die Rede seyn kann.

(1) *L. 1. §. 2. pro donato.*

(2) *L. 2. §. 1. 2. pro herede.*

„quem res deposita, aut cui commodata
 „est, lucri faciendi causa pro herede usu-
 „capere posse. Filium quoque donatam rem
 „a patre, pro herede negavit usucapere Ser-
 „vius“ In diesen 4 Fällen also wird
possessio civilis geläugnet. — Diese Stelle
 beweist zwar nicht geradezu für meine Ansicht
 der *possessio civilis*, aber sie läßt sich sehr gut
 aus ihr erklären. Daß nämlich in jenen 4 Fäl-
 len kein *Usucapionsbesitz* vorhanden ist, wird
 jeder zugeben. Zugleich läßt es sich leicht zei-
 gen, warum der Jurist den Irrthum für mög-
 lich hielt, daß die Regel auf den *Usucapions-*
besitz beschränkt werden müßte: weil nämlich
 nur bey dieser Art des Besitzes ohnehin schon
 eine *causa possessionis* vorkommt.

d. Zwey Stellen nehmen für die *Skaven* die
 Regel an: *civiliter non possident.*

„ . . *peculium*, quod servus civiliter
 „quidem possidere non posset, sed na-
 „turaliter tenet, dominus creditur pos-
 „sidere“ (1).

„Haec quoque stipulatio: *posside-*
 „*re mihi licere spondes?* utilis est:

(1) L. 24. de poss.

„quam stipulationem servus an possit
 „utiliter in suam personam concipere,
 „videamus. Sed quamvis civili jure
 „servus non possidet, tamen ad pos-
 „sessionem naturalem hoc referendum
 „est: et ideo dubitari non oportet,
 „quin et servus recte ita stipuletur.
 „Plane si: *tenere sibi licere* stipu-
 „latus sit servus, utilem esse stipula-
 „tionem convenit: licet enim possidere
 „civiliter non possint, tenere tamen
 „eos nemo dubitat (1).

In diesen Stellen wird der Ausdruck: civiliter non possidet dazu gebraucht, alle possessio überhaupt abzulängnen, aber um einer Regel des jus civile willen: demnach betreffen diese Stellen die possessio civilis gar nicht. Denn einertheils ist es gewiß, daß der Sklave gar keine possessio hatte, und es ließe sich nicht einsehen, warum hier dennoch nur von der fehlenden possessio civilis die Rede seyn sollte: andertheils wird in diesen Stellen selbst das: civiliter quidem possidere non potest, durch solche Ausdrücke beschränkt, welche, wie

(2) L. 38. §. 7. 8. de verb. oblig.

sich unten zeigen wird, überall als Gegensatz aller juristischen *possessio* gebraucht werden (*tenere, naturaliter tenere*). Die ganze Sache hängt so zusammen. Die Sklaverey selbst kam nach Römischen Begriffen aus dem *jus gentium*: allein der Erwerb des Sklaven für seinen Herrn, und die Unfähigkeit des Sklaven, eigenes Vermögen zu haben, gehörte in das *jus civile*, da die Römer selbst andere Völker kannten, bey welchen die Sklaven eigenes Vermögen hatten (1). Man konnte also sehr rich-

(1) So z. B. die Deutschen. *Taciti Germ. C. 25.* Auch einzelne Stellen sind mehr dafür als dagegen: 1) L. 1. §. 1. ff., §. 1. I. de his qui sui: „Igitur in potestate sunt „*servi dominorum.* (Quae „quidem potestas juris gen- „tium est, nam apud omnes „peræque gentes animadver- „tere possumus, dominis in „servos vitæ necisque po- „testatem fuisse); et quod- „cumque per servum adqui- „ritur, id domino adquire- „tur.“ Liest man ganz zu- letzt *adquiri*, so ist die oben vorgetragene Meinung gera- dezu falsch: liest man *adqui-*

ritur, so ist jene Meinung durch die ganze Construction um vieles wahrscheinlicher, als die entgegengesetzte. *Adquiri* liest in den Partheiten zuerst Haloander, in den Institutionen zuerst eine Chevallonsche Duodeztausgabe (Paris. 1527. mense Sept.), dann die von N. Stephan (Paris. 1528. 8.) und J. Schöffler (Mog. 1529. 12.), und nach diesen allen Haloander, welches letzte die Gebauer- sche Ausgabe nicht angiebt: *adquiritur* lesen alle bekannte 17te. und alte Ausgaben, namentlich in den Institutionen alle Pariser 17te 23 an

tig sagen: *servus civiliter non possidet*, d. h. der Sklave ist des juristischen Besizes unfähig, und der Grund dieser Unfähigkeit liegt in dem *jus civile*.

- e. Eben so heist es von dem Besizer einer zusammengesetzten Sache, insofern von dem Besizer der einzelnen Theile für sich (z. B. der Wagenräder) die Rede ist: *civiliter non possidet* (1). Welche der beiden Bedeutungen dieses Ausdrucks hier zum Grunde liege, ist nicht mit Gewißheit zu bestimmen. Es kann die *possessio civilis* negirt seyn (2), und die Stelle wie

der Zahl: im *Dig. vetus* von 13 Pariser Mspten 12, und in dem 13ten (sehr neuen) ist das *adquiri* offenbar Schreibfehler, denn in der Glosse desselben Mspts steht wieder *adquiritur*; 2) *L. 10. §. 1. de adqu. rer. dom.* widerspricht wenigstens nicht, denn die Worte: „*ipse enim, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest*,” können ebenso wohl einen Satz des Römischen Civilrechts, als des *jus gentium* aussprechen sollen. Der *Rec.* von Thibauts Ausgabe des Cuper (Gött.

Anz. 1804. p. 1432.) hält die Unfähigkeit des Sklaven, Vermögen zu haben, für *jus gentium*, aber die Anwendung derselben auf den Besizer, dessen factische Natur nur durch die Eigenheit des R. R. juristische Bestimmungen erhielt, für *jus civile*. Nimmt man einmal an, daß die Unfähigkeit *jus gentium* war (was ich läugne) so ist diese Vereinigung sehr sinnreich und befriedigend.

(1) *L. 7. §. 1. ad exhibendum.*

(2) Thibaut (Anhang zu

derspricht alsdann unserer Erklärung nicht, weil in einem solchen Falle unläugbar *usucapion* unmöglich ist (1). Es kann aber auch alle *possessio*, und zwar nach *jus civile*, nergirt seyn, denn die Unmöglichkeit des Besitzes in jenem Falle gründet sich ohne allen Zweifel auf das *Räsonnement* der Juristen, also auf eigentliches *jus civile*.

So viel von der *possessio civilis*. Daß die *possessio naturalis* überall als logischer Gegensatz der *civilis* (als *possessio, quae non est civilis*) vorgekommen ist, bedarf kaum einer Erinnerung. Mehr darüber wird weiter unten gesagt werden.

2. *Possessio* (ad *interdicta*) und *possessio naturalis* im Gegensatz derselben. — Ich habe hier zweierley zu beweisen: erstens, daß *possessio* schlechthin, als juristisches Verhältniß, von der *possessio naturalis* unterschieden wird, zwei-

Euper §. 162.) läugnet dieses, weil es absurd sey, bey der *actio ad exhibendum* nur noch bemerken zu wollen, daß der Beklagte nicht gerade ad *usucapionem* besitzen müsse. Allein diesem Einwurf ist nicht schwer zu begegnen, denn in

einer andern Stelle (L. 3. §. 15. ad *exhib.*) macht derselbe *Ulpian* gerade dieselbe Bemerkung, welche *Thibaut* für unmöglich hält.

(1) L. 23. de *usurp. et usucap.*

tens, daß dieser Gegensatz keine andere Bestimmung hat, als die juristische Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Interdicte zu bezeichnen.

- a. *Possessio* schlechthin wird, als juristisches Verhältniß, einem nichtjuristischen entgegen gesetzt, was unter folgenden Namen vorkommt: *esse in possessione, tenere, naturaliter possidere, corporaliter possidere* (1).

„Idem Pomponius bellissime temptat
 „dicere, numquid qui conduxerit qui-
 „dem praedium, precario autem roga-
 „vit, non ut *possideret*, sed ut in *pos-*
 „*sessione esset*? est autem longe diver-
 „sum: *aliud est enim possidere, longe*
 „*aliud in possessionem esse*“ . . . (2).

„Eum, cui ita non cavebitur, in
 „*possessionem ejus rei . . . ire, et,*

(1) In der Glosse heißt es *detentio asinina* (Glossa in L. 29. de poss.). An einer andern Stelle (in L. 24. de Poss.) wird dieser Ausdruck erklärt: „. . . tenere potest, „ut *asinus sellam*.“ Bekanntlich wählt Accurs den Esel sehr oft als Beispiel. — Die spätern Italienischen Juristen

nennen es *tenuta*, welcher Ausdruck auch schon bey Carti in einer Urkunde von 1252 vorkommt (De claris Archy-gymn. Bonon. prof. T. 1. §. 2. pag. 78.: „*corporalem „possessionem et tenutam „tradidisse*“).

(2) L. 10. §. 1. de poss.

„cum *justa causa* esse videbitur, *etiam*
„*possidere* jubebo“ (1).

„Qui in aliena potestate sunt, rem
„*peculiarem tenere possunt*, habere,
„*possidere non possunt*: quia *possessio*
„*non tantum corporis*, sed *et juris*
„*est*“ (2).

„Neratius et Proculus et solo animo
„*non posse nos acquirere possessio-*
„*nem*, si *non antecedit naturalis pos-*
„*sessio*“ (3).

„... quod ex *justa causa corpo-*
„*raliter a servo tenetur*... dominus
„*creditur possidere*“ (4).

Mit diesem Gegensatz ist es indessen nicht so gemeint, als ob in dem juristischen Besitz nicht auch jenes natürliche Verhältnis (die Detention) enthalten seyn könnte: denn obgleich jener zuweilen von den Gesetzen angenommen wird, wo sich dieses Verhältnis nicht findet, so ist er doch in der Regel mit demselben verbunden.

(1) L. 7. pr. de *damno infecto*.

(2) L. 49. §. 1. de *poss.* Die Schlußworte sind schon oben erklärt worden (§. 5.) und sagen ausdrücklich, daß hier das

juristische Verhältnis von einem nichtjuristischen unterschieden werde.

(3) L. 3. §. 3. de *poss.*

(4) L. 24. de *poss.*

(§. 5.) Demnach ist unter dem natürlichen Besiz, insofern er dem juristischen entgegen gesetzt wird, der bloß natürliche zu verstehen, so daß unbeschadet dieses Gegensatzes auch in dem juristischen Besiz der natürliche enthalten seyn kann. Auch werden wirklich in vielen Stellen alle die Ausdrücke, welche sonst das nichtjuristische Verhältniß bezeichnen, bey dem juristischen Besiz gebraucht, um die körperliche Detention auszudrücken, wenn sich diese bey ihm findet (1).

b. Daß durch jene Unterscheidung nichts anderes bezeichnet werden soll, als die juristische Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Interdicte, läßt

(1) so z. B. *corporalis possessio* (in L. 40. §. 2. *de pign. act.*): *naturalis possessio* (in L. 38. §. 10. *de usuris* und in L. 5. §. 13. *de poss.*): endlich *in possessione esse* (in §. 5. I. *de interdictis*, L. 11. §. 13. *quod vi*, und L. 2. C. *de poss.*) — Cuper (*de nat. poss.* P. 1. C. 3.) nimmt drey Bedeutungen von *possessio naturalis* an: 1.) bloße Detention, 2.) Detention, als Bestandtheil des juristischen Besizes, 3.) Besiz, der durch eine juristische

Fiction (s. o. §. 5.) der bloßen Detention gleich gesetzt ist. Allein es liegt hier immer nur eine Bedeutung zum Grunde, d. h. wir brauchen nicht etwa jede dieser drey Beziehungen erst aus den Stellen, worin sie vorkommt, zu lernen und zu beweisen, sondern wir könnten sie mit Gewißheit aus den andern folgern, selbst wenn sie nicht besonders gebraucht worden wäre. Cuper's ganze Bemerkung steht übrigens schon bey Donellus (*comm. V. 7.*)

sich eben so leicht beweisen, als das Daseyn dieser Unterscheidung selbst. Daß nämlich *possessio* im juristischen Sinn Bedingung der Interdicte ist, folgt schon aus dem Namen der possessorischen Interdicte, und steht überdem in vielen einzelnen Gesetzen (1). Zugleich ist das Daseyn der *possessio* überhaupt, ohne nähere juristische Bestimmung, hinreichend, die Interdicte zu begründen, wenn sie gleich auf eine unrechtlche Weise angefangen hat (2): also ist es die *possessio* schlechthin, ohne Zusatz in der Benennung, was die Interdicte begründet.

Dagegen hat es keinen Zweifel, daß der Pächter, der Commodatar, der *missus in possessionem* u. s. w., von welchen gesagt wird: *sunt in possessione, tenent, sed non possident*, daß alle diese das Recht der possessorischen Interdicte nicht haben (3).

(1) „Interdictum autem hoc (de vi) nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum dejeretur, possidebat (L. 1. §. 23. de vi).

„Creditores missos in possessionem rei servandae causa, interdicto uti non possent: et merito: quia non possident. (L. 3. §. 8. uti poss.)
„ . . si eam rem, cujus pos-

„sessionem per interdictum uti possidetis retinere possim . .
„ . . precario tibi concesserim: teneberis hoc interdicto“ (L. 7. de precario).
cf. §. 4. 5. 6. I. de interdictis

(2) §. 6. I. de interd., L. 1. §. 9. L. 2. uti poss.

(3) L. 1. §. 10. de vi, L. 3. §. 8. uti possidetis u. a. m.

68 Erster Abschnitt. Begriff des Besitzes.

Man kann also allgemein sagen: wer *possessio* hat, hat auch die Interdicte, wer nur *in possessione* ist, hat sie nicht, und beide Gegensätze fallen völlig zusammen.

Ich habe diesen Satz theilweise bewiesen, um den Beweis deutlicher übersehen zu lassen: jetzt wird es leicht seyn, eine Stelle zu erklären, die alles zusammen enthält, was bereits aus der Verbindung mehrerer Stellen bewiesen worden ist. Sie handelt von der *Vindication*: diese kann natürlich nur gegen den Besitzer der Sache gebraucht werden, der *judex* soll daher untersuchen, ob der Beklagte Besitzer ist, und es fragt sich nur, wer hier als Besitzer gelte. Das soll in dieser Stelle bestimmt werden (1):

„*Officium autem judicis in hac actione*
„*in hoc erit, ut judex inspiciat, an*
„*reus possideat Quidam tamen,*
„*ut Pegasus, eam solam possessionem*
„*putaverunt hanc actionem complecti,*
„*quae locum habet in interdicto uti*
„*possidētis, vel utrubi. Denique (2),*
„*ait, ab eo, apud quem deposita est*

(1) *L. 9. de rei vind.*

exhibendum und in *L. 1. §. 9.*

(2) *denique* vermittelt hier
wieder, wie in *L. 3. §. 25. ad*

10. de vi, den Uebergang von
der Regel zu ihrer Anwendung.

„vel commodata, vel qui conduxerit,
 „aut qui legatorum servandorum causa,
 „vel dotis, ventrisve nomine *in pos-*
 „*sessione esset*, vel cui damni infecti
 „non cavebatur, quia hi omnes *non*
 „*possident*, vindicati non posse. Puto
 „autem, ab omnibus, *qui tenent*, et
 „habent restituendi facultatem, peti
 „posse.“

Das Wort *possessio* soll eben hier erst bestimmt werden, es wird also im Anfang der Stelle unbestimmt als möglich genommen: nun glaubt Pegasus, der Satz gelte nur von der Art der *possessio*, die das Interdict begründe, und nicht von den Fällen, worin eigentlich gar keine *possessio* angenommen werden könne: Ulpian aber entscheidet gegen ihn. — In der Sache sind beide Juristen verschiedener Meinung, die Worte nehmen sie in derselben Bedeutung, und auf diese kommt es hier allein an. Beide gehen aus von einem allgemeinen (natürlichen) Begriff von *possessio*: von dieser giebt es zwey Arten. Die eine ist die, welche die possessorischen Inter-

dicte (1) begründet, folglich die andere die, welche sie nicht begründet. Von dem Besizer dieser zweiten Art heist es gleich nachher: „*est in possessione, tenet, non possidet*“, also muß nun die erste Art nothwendig *possessio* schlechthin heißen. So ist also aus dieser einzigen Stelle der ganze Beweis nochmals geführt, der für den Begriff der *possessio* (ad interdicta) geführt werden sollte.

3. Bisher ist bewiesen worden, daß es zweierley juristischen Besiz giebt: *possessio civilis* (ad usucapionem) und *possessio* (ad interdicta). In welchem Verhältniß stehen nun diese zwey juristischen Begriffe zu einander?

Das Recht auf die Interdicte setzt das Daseyn der *possessio* voraus, und nichts weiter: selbst wer

(1) Ich sage: der possessori-
schen Interdicte, ganz allge-
mein, obgleich Ulpian nur
das interdictum *uti possidetis*
und das interdictum *utrubi*
nennt. Denn es ist aus andern
Stellen gewiß, daß die übrige
dieselbe Art der *possessio*
als Bedingung voraussetzen
(L. 1. §. 10. *de vi*), und daß
Ulpian diese zwey allein nennt,
kommt daher, weil sie allein in

derselben Rechtsache hätten
vorkommen können. Hätte näm-
lich vor der Vindication der jezt-
zige Beklagte diese Interdicte
gebraucht, so wäre seine (juri-
stische) *possessio* untersucht wor-
den. Kommt es nun, will
Ulpian sagen, auch jetzt auf
diese an, obgleich nicht erst das
Interdict vor der Vindication
gebraucht wurde?

sich mit Gewalt in den Besitz gesetzt hat, kann die Interdicte gebrauchen (1), und es kommt also hier keine andere juristische Bestimmung, außer dem Daseyn des Besitzes überhaupt, hinzu, wodurch das Recht der Interdicte bedingt wäre.

Dagegen setzt die Usucapion zwar auch das Daseyn der *possessio* voraus (2), aber dieses allein ist nicht hinreichend: der Besitz muß überdem mit *bona fides* und *justa causa* angefangen haben, und die besessene Sache muß nicht besonders von der Usucapion ausgenommen seyn (*res furtiva, vi possessa u. s. w.*).

Demnach ist das Verhältniß beider Begriffe dieses: die *possessio ad usucapionem* hat bloß noch einige Bestimmungen mehr, als die *possessio ad interdicta*, und diese ist jedesmal in jener enthalten.

Dieses Verhältniß konnte auf keine andere Weise bezeichnet werden, als dadurch, daß die *possessio ad interdicta*: *possessio* schlechthin, die *possessio ad usucapionem*: *possessio* mit noch einem Zusatz (*civilis*) genannt wurde, und so

(1) §. 6. I. *de interdictis*, est. “ L. 25. *de usurp. et usuc.* So z. B. hört die Usucapion auf, sobald der Besitz verloren ist. L. 5. *eod.*

(2) „Sive possessione usucapio contingere non potest.“ L. 1. §. 9. L. 2. *uti possidetis.*

finden wir in diesen Namen bestätigt, was aus der juristischen Natur dieser Institute bereits bewiesen worden ist.

Aus diesem Allen folgt, daß den zwey juristischen Bedeutungen, die der Besiß im Römischen Recht hat, durchaus keine Eintheilung eines juristischen Besizes überhaupt zum Grunde liegt, sondern daß es nur eine juristische *possessio* giebt, die, wenn sie allein vorhanden ist, bloß die Interdicte begründet, aber wenn noch andere Bestimmungen hinzukommen, auch die Usucapion zur Folge hat (1). So hat folgende Stelle, die mehreren Interpreten sehr trivial geschienen hat, einen bedeutenden Sinn, ohne doch der zweifachen juristischen Natur des Besizes zu widersprechen, worauf unsre ganze Ansicht beruht: „*Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae*“ (2). Die *species infinitae* beziehen sich auf die vielen *causas possidendi*, wovon vorher die Rede war,

(1) Im ältern Römischen Recht kommt ein ganz ähnliches Verhältniß bey zwey andern Begriffen vor, dem *justum matrimonium* und dem *matrimonium cum conventione in manum*. Das erste wird im-

mer vorausgesetzt, wenn das zweite gedacht werden soll, auch dabey liegt folglich keine Eintheilung der Ehe zum Grunde, obgleich es zwey verschiedene juristische Ehen sind.

(2) L. 3. §. 21. *de poss.*

diesen wird also auch das *unum genus* zunächst entgegen gesetzt: allein dasselbe wird doch ganz allgemein behauptet, und das wäre unmöglich, wenn es auch nur in einer andern Beziehung mehrere ursprünglich verschiedene und entgegen gesetzte juristische Begriffe des Besizes gäbe.

Wir haben jetzt einen allgemeinen Gesichtspunkt gefunden für alles, was in der Römischen Gesetzgebung über *possessio* bestimmt ist. Alles dieses bezieht sich auf *Usucapion* und *Interdicte* zugleich, nur auf etwas verschiedene Weise: auf die *Interdicte* bezieht es sich unmittelbar, weil diese keine andere Bedingung voraussetzen, als *possessio* überhaupt: auf *Usucapion* nur mittelbar, weil zu aller *possessio* noch etwas hinzu kommen muß, wenn sie *civilis* seyn soll.

Diese Ansicht der juristischen *possessio* überhaupt, nach welcher alle juristische Bestimmungen der *possessio* immer nur einen und denselben Begriff zum Gegenstand haben, ist für die ganze Interpretation unter allen die wichtigste, und in ihr liegt der einzige Maasstab, nach welchem der materielle Werth jeder Schrift über den Besiz allgemein und mit Sicherheit bestimmt werden kann. Denn es ist klar, daß in demselben Verhältnis, in welchem jener allgemeine Begriff der

juristischen *possessio* der ganzen Darstellung zum Grunde liegt, auch der Sinn der Römischen Gesetzgebung über *possessio* aufgefaßt und verfehlt seyn muß.

Endlich läßt sich durch jenes Verhältniß der *possessio ad interdicta* zu der *possessio ad usucapionem* die Veranlassung der possessoriischen Interdicte überhaupt am leichtesten erklären. Die Usucapion war im alten Römischen Recht noch ungleich wichtiger, als sie jetzt ist, weil alle *adquisitiones naturales* nur die Usucapion begründeten, und erst durch diese zum Eigenthum führten. Es war also sehr natürlich, daß man ein so wichtiges Verhältniß, wie der Usucapionsbesitz war, durch juristische Anstalten zu schützen suchte. Eine solche Anstalt war die *publiciana actio*, welche direct und ausschließend auf den Usucapionsbesitz sich gründete: aber auch die Interdicte konnten mit deswegen eingeführt seyn, um diesen Besitz zu sichern, obgleich sie wegen ihres allgemeinen Grundes auch außer dem Fall desselben gebraucht werden konnten. Sind sie älter als die *publiciana actio*, so lag in ihnen, als sie eingeführt wurden, das einzige Mittel, die Usucapion zu schützen: sind sie neuer, so war es dennoch nicht überflüssig, auch in Beziehung

auf Usucapion sie einzuführen, weil der Beweis der *publiciana actio* oft fehlen konnte, obgleich alle ihre Bedingungen vorhanden waren.

4. *Possessio naturalis* kommt, wie bisher bewiesen worden ist (num. 1. 2.), in einer zweifachen Bedeutung vor. Seinem ursprünglichen Begriff nach ist nämlich aller Besitz ein natürliches Verhältniß, und es ist eben deshalb nicht nöthig, ihn durch ein Prädicat als solches zu bezeichnen. Sobald er aber unter gewissen Bedingungen als Recht gilt, wird diesem juristischen Besitz der nichtjuristische entgegengesetzt, in welchem sich diese Bedingungen nicht finden. Nun haben wir einen zweifachen juristischen Besitz aufgefunden, und mit ihm eine zweifache *possessio naturalis*: diese zwey Bedeutungen der *possessio naturalis* sollen hier noch gegeneinander gehalten werden.

Beide kommen darin mit einander überein, daß es bloß negative Begriffe sind, d. h. daß in ihnen nichts juristisches gesetzt, sondern nur etwas juristisches negirt wird: sie unterscheiden sich bloß durch den Umfang dieser Negation selbst.

Possessio naturalis der ersten Art also, im Gegensatz der *possessio civilis* (num. 1.), heist jede Detention, welche nicht zur Usucapion

qualificirt ist: eine andere juristische Bestimmung, außer dieser Negation, ist damit durchaus nicht gegeben, und darum umfaßt diese *possessio naturalis* auf gleiche Weise die bloße *Detention*, die gar nichts juristisches ist, und die juristische *possessio*, die nur nicht zur *Usucapion* geeignet ist: in diesem Sinn wird dem creditor eine *possessio naturalis* an dem Pfand zugeschrieben (1), und eben so soll aus der Ehenkung unter Ehegatten eine bloße *naturalis possessio* entstehen. Die Stelle, die diesen letzten Satz enthält, ist oben als Beweis für den Begriff der *possessio civilis* gebraucht worden (num. 1.); für die *possessio naturalis* ist sie auch unmittelbar wichtig (2).

„Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit: poterit interdicto uti: non tamen, si colonus.“

Der Sinn der Stelle ist dieser: das Interdict gilt bey jeder (juristischen) *possessio*, also nicht bloß bey der *possessio civilis*, sondern auch bey

(1) L. 3. §. 15. ad exhibendum (f. o. num. 1.).

(2) L. 1. §. 9. 10. de vi.

der *possessio naturalis*, bey dieser jedoch nur dann, wenn sie eine (juristische) *possessio* ist (1). So ist zwar der Besitz der Frau sowohl, als der des Pächters, unter der *possessio naturalis* enthalten, denn beide sind gleich unfähig zur Usucapion, aber das Interdict hat nur die Frau, nicht der Pächter, weil nur die *possessio naturalis* der Frau als eigentliche *possessio* betrachtet werden kann.

Possessio naturalis der zweiten Art (num. 2), im Gegensatz der *possessio* (ad interdicta), bezeichnet eine Detention, die selbst der Interdicte unfähig ist, also um so viel mehr auch der Usucapion (num. 3.). Der Unterschied ist

(1) Die ersten Worte (is qui possidet) enthalten also, was wohl zu bemerken ist, die Beschränkung, ohne welche die folgenden (et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet) viel zu allgemein wären, indem es unlängbar sehr viele Fälle giebt, in welchen eine *possessio naturalis* (z. B. die des Slaven etc.) nicht zum Interdict berechtigt. Indem man diese Beschränkung, die in der Stelle selbst liegt,

übersah, fand man es nöthig, die Worte: et naturalis possessio von aussen zu beschränken, und so entstand zu diesen Worten das Glossem: et pro suo (richtiger pro suo, ohne et, d. h. nam et ea naturalis possessio quae est pro suo,) welches in sehr vielen Manuscripten und Editionen im Text steht, und auch in der Glosse des Accurs als die gewöhnliche Lesart erklärt wird.

also der, daß hier noch viel mehr negirt wird, als im ersten Fall: wer demnach in dieser zweiten Bedeutung *naturaliter* besitzt, dessen Besitz ist gewiß auch in der ersten Bedeutung *naturalis*, aber eine *possessio naturalis* der ersten Art kann eine wahre, juristische *possessio*, also der zweiten *possessio naturalis* grade entgegen gesetzt seyn, wie das angeführte Beispiel der Schenkung unter Ehegatten am deutlichsten zeigt.

Welche *possessio naturalis* ist nun gemeint, wo das Wort in den Gesetzen gebraucht wird? ist damit nur das Recht der Usucapion, oder auch das der Interdicte geläugnet? das läßt sich in jedem Fall nur dadurch bestimmen, daß man den positiven Begriff aufsucht, dessen Gegensatz auf diese Art ausgedrückt ist. Je nachdem also der *possessio civilis*, oder der *possessio* überhaupt die *possessio naturalis* gegenüber steht, ist ihre Bedeutung anders zu bestimmen: ist sie ohne Gegensatz genannt, so muß durch Interpretation der positive Begriff aufgesucht werden, wodurch sie selbst erst bestimmte Bedeutung bekommen kann. Die wichtigste Regel der Interpretation, die für die *possessio naturalis* beobachtet werden muß, ist die, daß man ihre negative Natur nie vergeße, also nie zu dem Schlusse

sich verleiten lasse, den fast alle Schriftsteller gemacht haben, weil er so natürlich zu seyn scheint: *naturaliter possidet, ergo possidet.*

5. Sehen wir nun zurück auf die Bedeutungen, unter welchen das Wort *possessio* bisher vorkam. Ursprünglich bezeichnet es ein bloß natürliches Verhältniß: (1), und diese Bedeutung liegt in allen näheren Bestimmungen des Wortes (*civilis,*

(1) Aus diesem Grund, weil Begriff und Wort ursprünglich gar nicht juristisch sind, ist auch die Etymologie von *possessio* so unbedeutend, da bey eigentlich juristischen Begriffen die Etymologie oft so belehrend ist. Es ist ein alter Streit, ob Paulus (L. 1. pr. de poss.) das Wort „*a pedibus*“ oder „*a sedibus*“ ableite. Die letzte Lesart steht in dem Florentinischen Manuscript, wird aber auch schon in der Glosse als Variante angeführt: die meisten Juristen geben ihr den Vorzug, und mit Recht, obgleich Walther (miscellan. lib. 2. c. 19.) die erste recht gut vertheidigt. Hermann Canegieter (observ. lib. 4. cap. 7.) hat eine neue aus-

gedacht, in welcher gewissermaßen beide enthalten sind, die aber weit schlechter ist, als die alten: er liest „*a pedis sedibus.*“ — Durch die Lesart „*pedibus*“ ist übrigens die Stoffe veranlaßt worden, an beweglichen Sachen nur einen uneigentlichen Besitz anzunehmen, weil man zwar den Boden, aber nicht die beweglichen Sachen mit Füßen zu treten pflege. (Glossa in §. 4. L. de interdictis und in vielen andern Stellen). Ein Französischer Jurist schlägt vor, wenigstens bey Schuhen eine Ausnahme zu machen. Noch deutlicher wird sich diese Meinung der Glosse im 8ten §. erklären.

naturalis) zum Grunde. In diesem Sinn werden dem *possessor* die Rechte des Beflagten in der *Vindication* zugesprochen (1); obgleich sie auf den juristischen Besitz durchaus nicht beschränkt sind. Auch ist in diesem Sinn das *furtum possessionis* zu nehmen, da dieses nicht gegen solche Personen möglich ist, welche keinen juristischen Besitz haben (2).

Außerdem aber heißt *possessio* schlechthin der juristische Besitz, und diese *possessio* ist es, welcher eine *possessio naturalis* entgegen gesetzt wird (num. 2.).

Wenn nun in den Gesetzen von *possessio* schlechthin die Rede ist, welche *possessio* ist darunter zu verstehen? so lange kein Grund vorhanden ist, den Begriff zu beschränken, muß er

(1) §. 4. I. *de interd. et*
L. 9. *de rei vind. s. o.* §. 3.
num. 4.

(2) Nämlich nach L. 25.
§. 2. und L. 59. *de furtis* ist
es ein *furtum*, wenn der *com-*
modatarius dem *Commodatarum*
Sache entwendet, vorausge-
setzt, daß dieser ein besonderes
Recht auf die Detention hatte,
was er gegen ihn hätte gel-

tend machen können. Nun
kann dieses kein *furtum rei*
seyn; weil es vom Eigentümer
nicht geschieht; noch weniger
ein *furtum usus*, also ist nur
ein *furtum possessionis* anzu-
nehmen übrig: da aber zugleich
der *Commodatarius* keinen juri-
stischen Besitz hat, so folgt,
daß das *furtum possessionis*
nicht durch dieses bedingt seyn
kann.

§. 7. *Possessio civilis und naturalis* 75

so allgemein als möglich, folglich für das natürliche Verhältniß der Detention genommen werden, welche Regel der Interpretation durch das Beispiel der Römischen Juristen bestätigt wird (1). Aber solcher Gründe der Beschränkung giebt es vorzüglich zwey, und diese werden es bey weitem in den meisten Fällen nöthig machen, den engeren Begriff des juristischen Besißes vorzusetzen, wo das Wort *possessio* gebraucht ist.

Wird nämlich erstens die *possessio* bezogen auf Interdicta oder *Uti capiam*, als auf ihre Wirkung, so kann kein anderer als der juristische Besiß darunter gedacht werden. (§. 2.)

Eben so zweitens, wenn die Existenz des Besißes aus juristischen Gründen bestimmt wird, weil nur der juristische Begriff des Besißes solcher Bestimmungen fähig ist. (§. 5.) In allen Stellen also, worin untersucht, gezeifelt, gestritten wird, ob *possessio* anzunehmen sey oder nicht, ist immer der juristische Besiß mit diesem Worte bezeichnet. Zur Erläuterung dieser wichtigen Regel der Interpretation mag ein Beispiel dienen, welches schon oben in einer andern

(1) Es interpretirt nämlich eine juristische Regel (L. 2. Ulpian eine Stipulation (L. §. 1. *pro heredo*). 38. §. 7. *de V. Q.*), Julian:

Beziehung vorgekommen ist. Es ist nämlich oben (num. 1.) bewiesen worden, daß aus der Schenkung unter Ehegatten zwar keine *possessio civilis* entstehe, wohl aber *possessio* überhaupt. Diesen letzten Satz drückt Paulus so aus (1): „Si „vir uxori cedat possessione, donationis causa, „plerique putant possidere eam“ (darauf folgen zwey juristische Gründe für diese Meinung), und in einer andern Stelle (2): *Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Iulianus „putat.“* Da hier von Meinungen über das Dafeyn dieses Besizes die Rede ist, da juristische Gründe angeführt werden, aus welchen es behauptet werden müsse, so kann es nicht das natürliche Verhältniß der Detention, sondern nur der juristische Besitz seyn, was hier *possidere* genannt wird.

§. 8.

Die bisherigen Bestimmungen des Römischen Sprachgebrauchs sind die einzigen, die auf die Behandlung unsres Gegenstandes directen Einfluß haben: die übrigen sind nur um deswillen wichtig, weil ohne sie ein großer Theil der gangbarsten Irrthümer der Interpretation nicht gründlich widerlegt werden kann.

(1) L. 1. §. 4. *de poss.*(2) L. 1. §. 2. *pro donato.*

Dahin gehören zuerst noch zwey Eintheilungen des Besißes, die bey den Römischen Juristen vorkommen: *possessio justa, injusta* und *possessio bonae fidei, malae fidei*. Zweitens gehören dahin die Fälle, in welchen *possessio* überhaupt etwas ganz anderes bezeichnet, als den Besiß.

Iustum überhaupt hat zwey Bedeutungen bey den Römischen Juristen: zuweilen bezieht es sich auf *jus* (civile) und wird dann auf eben die Art gebraucht, wie *civile*, oder *legitimum*, z. B. in *matrimonium justum, justa traditionis causa* (denn diese besteht immer in einer *obligatio civilis*) u. s. w. In andern Stellen aber hat es einen viel unbestimmtern Sinn, und heist das rechtliche überhaupt: so in *absentia justa, error justus* u. s. w. (1). Bey dem Besiß ist das Wort in der zweiten Bedeutung genommen, und *justa possessio* ist folglich ein Besiß, der in irgend einer Rücksicht rechtlich ist, er mag nun juristisch als Besiß gelten, oder nicht. Denn erstlich heist der Besiß, welchen der creditor an einem Pfande hat, *justa possessio* (2). Da nun diese *possessio* nicht *civilis* ist (§. 7. num. 1.), so kann hier nicht die erste,

(1) Die Beweise für beide (p. 687. ed. Hal. 1743.)
Bedeutungen sind vollständig
zusammen gestellt von BRIS- (2) L. 13. §. 1. *de publi-*
SONIUS de verb. sig. v. *justus.* *ciana.* L. 22. §. 1. *de noxal-*
act.

ändern nur die zweite Bedeutung von *justum* gemeint seyn. Ferner entsteht sogar durch die *missio in possessionem* eine *justa possessio* (1), also in einem Fall, worin überhaupt nicht von juristischem Besiz die Rede seyn kann (2).

Demnach bezieht sich diese Eintheilung auf den allgemeinen Begriff des natürlichen Besizes (§. 7. num. 5.), selbst der Begriff der *justa possessio* fällt mit keinem juristischen Begriff des Besizes zusammen, und die ganze Eintheilung ist folglich für uns, in einer Theorie des juristischen Besizes, ziemlich unbedeutend (3). Hier, wie bey der *naturalis possessio* (C. 73), ist es also das wichtigste, den Schluß zu vermeiden: *juste possidet, ergo possidet*.

Aber diese Eintheilung ist nicht nur für uns unbedeutend, sie ist auch überhaupt keiner allgemeinen Bestimmung fähig, und kann nur in einzelnen Anwendungen einen bestimmten Sinn bekommen (4). Bey

(1) L. 7. §. 8. *comm. div.*

(2) L. 3. §. 23. *de poss.*

(3) „*in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat.*“
L. 3. §. 5. *de poss.*, d. h. es ist gleichgültig, wo es auf die Existenz des juristischen Besizes überhaupt ankommt, also

wo der Besiz an sich, und nicht etwa in einer besondern Beziehung, die außer seinem Begriff liegt, als Quelle von Rechten betrachtet wird.

(4) Euper (*de nat. poss. P. 2. C. 7.*) hat diesen Satz gründlich ausgeführt, wiewohl er mehrere verschiedene Bedeu-

weitem in den meisten Fällen bezieht sie sich auf die *vitia possessionis* (§. 2.), und *justa possessio* heißt dann jede Detention, welche ohne Gewalt, ohne Verheimlichung und ohne *precarium* angefangen hat (1), sie mag als juristischer Besitz gelten oder nicht. Dieser Unterschied ist zwar nicht für die Natur des Besitzes überhaupt, wohl aber für die possessorisches Interdicte von Bedeutung.

Der Begriff der *bonae fidei possessio* ist eben so unbestimmt und eben so unbedeutend für die Theorie des Besitzes überhaupt: Die *bona fides* bezieht sich auf jeden möglichen Grund der Detention: wer den rechtlichen Grund derselben zu haben glaubt, auf welchen es grade ankommt, heißt *bonae fidei possessor*. So bey der *Usucapion* jeder, der durch seine *justa possessionis causa* Eigenthum wirklich zu erwerben glaubt: so bey der *Vindication* jeder Beklagte, welcher seine Detention für rechtlich hält, er mag

tungen jener Eintheilung annimmt, die eigentlich nicht verschieden sind: einige seiner Behauptungen werden unten widerlegt werden. Bey weitem die Meisten haben *possessio justa* und *civilis* verwechselt. Die seltsamste Meinung hat *Madera* (*animadv. C. 27,*

bey *Otto T. 3. p. 488.*): er erklärt *justum* überhaupt von dem *jus gentium* (wegen *L. 95. §. 4. de solut.*) und überhaupt, alle *possessio* sey *justa*, weil sie aus dem *jus gentium* entstanden sey.

(1) so vorzüglich in *L. 1. §. 9. L. 2. uti possidetis.*

80 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

dieses Recht aus seinem Eigenthum, oder aus einem bloßen Vertrag (z. B. einem Pacht) mit dem Eigenthümer ableiten, in welchem letzten Fall er durchaus keinen juristischen Besiz zu haben behauptet.

So verschieden die Begriffe waren, welche bisher als Bedeutungen von *possessio* erwiesen worden sind, so war es doch immer der Begriff des Besizes, der in allen zum Grunde lag: noch sind die Stellen zu erklären übrig, in welchen *possessio* selbst etwas anderes bezeichnet als den Besiz. Solcher andern Bedeutungen, welche von jeher viel dazu beygetragen haben, die Theorie des Besizes zu verwirren, giebt es vornämlich zwey: Eigenthum und Verhältniß des Beklagten.

Eigenthum haben also wird zuweilen durch *possidere*, die Sache die im Eigenthum ist, durch *possessio* (Besizung) bezeichnet (1). Wie dieser Sprachgebrauch entstanden ist, läßt sich leicht er-

(1) „Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat: sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.“ L. 78. de V. S. — Eben so in sehr vielen andern Stellen der Pandekten und des Codex, und eben so oft bey Cicero,

Quintilian etc. Auch geht darauf die Definition bey Cornelius Fronton (in Gothofredi auct. linguae lat. p. m. 1331.): „habere potest etiam fur et nequam: possidet nemo, nisi qui rei . . . dominus est.“

klären. Da nämlich die Unterscheidung des Besitzes vom Eigenthum auf einer juristischen Abstraction beruht (§. 1.), so ist es sehr natürlich, daß diese Unterscheidung theils in der Sprache des gemeinen Lebens, theils bey Schriftstellern, die nicht Juristen sind, gewöhnlich nicht gemacht wird: auch kommt in den Gesetzen diese Bedeutung fast nur aus Testamenten, Verträgen, Consultationen u. vor, worin sie gebraucht worden war. — Merkwürdig ist es, daß in allen solchen Stellen *possessio* und *possidere* bloß von Grundstücken gebraucht wird (1), und daß auch darin das deutsche Besizung damit überein kommt.

Aus dieser nichtjuristischen Bedeutung von *possessio* scheint eine ganz juristische entstanden zu seyn, welche noch interessanter ist als jene. Dort wurde nämlich in dem Eigenthum selbst nicht sowohl der bloß Römische Bestandtheil desselben (das *jus quiri-*

(1) *ALCIATUS* in *L. 1. pr. de poss. num. 24.* (opp. T. 1. p. 1195.). Dieser Umstand mag viel zu der Meinung der Glosse beygetragen haben, daß nur unbewegliche Sachen eigentlich besessen werden können (f. o. S. 73.). — Die ausschließende Beziehung der *possessio* in diesem Sinn auf

Grundstücke ist so allgemein, daß sogar *possessor* und *possidere* nicht selten absolut gesetzt wird, um den Besitz von Grundstücken zu bezeichnen; so z. B. *L. 1. de decret. ab ord. fac.*, *L. 7. de incend. cf. ROTH de re municipali.* (Stuttg. 1801.) p. 43.

tium in dominio) bezeichnet, als vielmehr das Haben überhaupt mit dem Recht dazu, also das, wodurch die Sache zu unserm Vermögen gehört. Das alles fand sich nun bey dem prätorischen Eigenthum eben sowohl, als bey dem *justum dominium*, es war also sehr natürlich, daß man *possessio* in jener Bedeutung von beiden gebrauchte (1). Allein bey dem prätorischen Eigenthum fand sich außer diesem rechtlichen Haben (das durch die *publiciana actio* geschützt war) überhaupt gar nichts, da die *conditio usucapiendi*, die freylich damit verbunden war, nur die Aussicht auf ein künftiges Recht, und gar kein gegenwärtiges Recht erteilte: deswegen nannte man dasselbe, im Gegensatz des Römischen Eigenthums, *possessio* schlechthin, grade so wie der bloß natürliche Besiz unter dem Namen *possessio naturalis* dem juristischen entgegen gesetzt wird, obgleich auch dieser alle Bestimmungen an sich tragen kann, wodurch jener zur *naturalis possessio* wird (§. 7. num. 2.). Ganz

(1) Was hier gesagt ist, wird durch folgende Stelle deutlicher werden: „Bonorum appellatio aut *naturalis* aut *civilis* est: *naturaliter* bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis au-

tem nostris (nämlich nach der *appellatio naturalis*) „computari sciendum est, non solum quae *dominii* nostri sunt, sed et si bona *fide a nobis possideantur* . . .“ L. 49. de V. S.

eben so verhält es sich mit einer andern Bezeichnung desselben Rechts: man nannte es *in bonis (tantum) habere*, und setzte es so dem *dominium ex jure Quiritium* entgegen (1), obgleich alles, was im Römischen Eigenthum war, gewiß nicht von den *bonis* ausgeschlossen seyn sollte. Auf ähnliche Weise, wie das prätorische Eigenthum, wird auch das Recht an Provinzialgrundstücken *possessio* genannt, weil nämlich bey diesem wie bey jenem (obgleich aus einem andern Grunde) das *dominium juris quiritium* fehlt, und dennoch das Recht, die Sache zu haben, zu gebrauchen und zu benutzen vorhanden ist. Und ganz dieselbe Bewandniß, wie mit Provinzialgrundstücken, hat es mit dem *ager vectigalis*, dessen Rechte späterhin auf die *emphyteusis* übertragen worden sind. Diese Bedeutung von *possessio* findet sich in folgenden Anwendungen:

1. Javolen sagt, *ager* und *possessio* seyen sich juristisch entgegen gesetzt (2): so nämlich, daß

(1) ULPIANI fragm. tit. 1. §. 16. tit. 19. §. 20. tit. 22. §. 8.

(2) „*Possessio ab agro juris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cuius jus proprietatis ad nos non pertinet, aut nec potest per-*

„*tinere, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus*“ (der rechtliche Gebrauch und Genuß), „*ager proprietatis loci est*“ L. 115. *de V. S.* Die Stelle hat gar keine Schwierigkeit, wenn man die Worte, *aut nec potest*

ager meus bloß von solchen Grundstücken gebraucht werden könne, woran ich das Römische Eigenthum habe, *possessio mea* aber bey solchen, welche ich zwar zu gebrauchen und zu benutzen das Recht habe, ohne jedoch wahrer Eigenthümer derselben zu seyn, entweder, weil gerade nur solche facta vorgegangen sind, welche nur das Prätorische Eigenthum begründen (z. B. Tradition anstatt der erforderlichen Mancipation) oder weil das Grundstück an sich nicht im Privateigenthum seyn kann, weil es nämlich weder in Italien liegt, noch auch das *jus italicum* als Privilegium erhalten hat.

2. Wenn ein *ususfructus* nicht nach Civilrecht, sondern nur nach prätorischem Recht bestehen

pertinere von Provinzialgrundstücken erklärt; man vergleiche damit: *L. 11. pr. de evict.*, *FESTUS v. possessio*, *ISIDORI orig. XV. 13.*, §. 40. *L. de div. rerum*, ibique *THEOPHILUS*, endlich auch: *SIMPLICIUS*, *FRONTINUS* und *AGGENUS* bey *GOESIUS* p. 76. p. 38. p. 46. p. 47. *Ulcian* hat jene Stelle weitläufig erklärt (*de quinque pedum praescriptum*. num. 76 — 119. opp. T. 3.

p. 350. und in *L. 115. de V. S.*, opp. T. 2. p. 987.), aber auf mancherley Weise mißverstanden: seine Gegner haben sich noch weniger zu helfen gewußt (*opuscula de latinitate Juriscons.* ed. *DUKER* p. 64 — 67. p. 70. p. 85 — 87.). *Briffson* hat zuerst die richtige Erklärung angegeben (*select. antiqu. IV. 1.*) und ihm sind die Meisten gefolgt.

konnte, so hieß das *possessio ususfructus*, im Gegensatz von *dominium ususfructus*, oder von *ususfructus qui jure consistit* (1).

3. Nach einer Stelle des Edicts sollten die *possessores* von Grundstücken von prozessualischen Cauttionen frey seyn (2). Hier war aber unter dem *possessor* nicht der Besizer zu verstehen (3), sondern der Eigenthümer, aber natürlicherweise nicht bloß der *dominus ex jure quiritium*, sondern jeder, der die Sache *in bonis* hatte, also namentlich auch der, welcher einen *ager vectigalis* inne hatte (4).

4. Bey dem *damnum infectum* konnten nach einander zwey *missiones in possessionem* vorkommen, *ex primo et ex secundo decreto*: die erste gab bloße Detention, den Zweck der zweiten drückte der Prätor selbst im Edict so aus: *pos-*

(1) L. 3. *si ususfr. petatur* (cf. L. 1. pr. L. 4. L. 29. §. 2. *quibus modis ususfr.*, L. 29. *de usu et usufructu leg.*)

(2) L. 15. *qui satisfacere cog.*

(3) L. 15. cit. §. 2. „*Creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat.*“

ist unbegreiflich, daß man dennoch den *possessor* dieser Stelle so oft mit dem Besizer verwechselt hat.

(4) L. 15. cit. §. 1. „*Sed et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur.*“ (f. u. §. 9.)

sidere jubebo (1). Mit diesem *possidere* aber war nichts anders gemeint, als prätorisches Eigenthum, mit *conditio usucapiendi* (2).

5. Endlich ist das Wort *honorum possessio* nur auf diese Art zu erklären. Das prätorische Erbrecht nämlich verhält sich zum Civilerbrecht, wie das prätorische Eigenthum zu dem *justum dominium*, giebt also auch nur *possessio hereditatis*, nicht *hereditatis dominium* (3). Denn wie der prätorische Eigenthümer nicht *dominus* heist, aber von dem Prätor durch Ertheilung einer Realklage dem *dominus* gleich behandelt wird, so heist auch der prätorische Erbe nicht *heres*, aber er wird behandelt, als ob das ganze Erbrecht und mit diesem die einzelnen Obligationen auf ihn übergegangen wären (4).

(1) *L. 7. pr. de damno infecto.*

(2) *L. 15. §. 16. 17. de damno infecto, L. 18. §. 15. eod., L. 3. §. 23. de poss.*

(3) „*Hereditatis autem bonorum possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim juris magis, quam corporis, possessio.*“ *L. 3. §. 1. de bon. pass.*

(4) „*Hi, quibus ex successorio Edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.*“ *ULPIANI fragm. tit. 28. §. 12.*

Das prätorische Eigenthum also hieß *possessio* schlechthin, oder, wenn es noch genauer bezeichnet werden sollte, *possessio pro suo* (1), und daraus allein erklärt es sich; warum die Römischen Juristen sehr lange keinen andern Namen dafür hatten: denn *bonitarium dominium* kommt sicher zuerst bey Theophilus (2) vor, und *dominium naturale* oder *juris gentium* ist wohl auch erst spät dafür gebraucht worden, da Ulpian (3) überall das *dominium* schlechthin dem prätorischen Eigenthum entgegen setzt.

Außer dem Besitz und außer dem Eigenthum bezeichnet endlich *possessio* auch noch das Verhältniß des Beklagten. Wenn nämlich das Eigenthum vindicirt werden soll, so kann das gegen niemand geschehen, als gegen den, der die Sache besitzt, nur daß hier der Besitz durchaus in keinem juristischen Sinn genommen wird (§. 3. num. 4.): es ist also sehr natürlich, daß man bey jeder Vindication den Kläger *petitor*, den Beklagten *possessor* nennt, weil dieser in der That eine Sache besitzt, die der andere von ihm fordert. Nun wurde aber der Vindicationsprozeß auch außer dem Eigenthum gebraucht, insbesondere bey Erbschaftsklagen (4): deswegen übertrug man auch

(1) L. 1. 2. *pro suo*.

(2) in §. 4. I. *de libertinis*.

(3) in *fragm. tit. 19*.

(4) CICERO in *Verrem*,

act. 2.^o lib. 1. Cap. 45.: „Si

„quis testamento se heredem

auf diesen die Ausdrücke, die bey jenem gebraucht wurden, und nannte auch hier den Kläger *petitor*, den Beklagten *possessor*. In den meisten Fällen war das sehr passend, weil auch die *hereditatis petitio* gebraucht wird, um einzelne Sachen zu fordern, die der Andere aus einem allgemeinen Grunde (*pro herede* oder *pro possessore*) besitzt. Aber darauf ist sie nicht beschränkt, und so ist es gekommen, daß man den Beklagten in der *hereditatis petitio* auch dann *possessor* nennt, wenn es grade nicht um den Besitz einer Sache gilt. Man nennt ihn *juris possessor*, weil er irgend etwas zu thun sich weigert, was der Andere als Erbe von ihm fordern zu können glaubt, weil er also ein Stück des allgemeinen Erbrechts sich anmaßt: *corporis possessor* heißt dagegen der Beklagte, der zugleich Besitzer einer Sache ist (1). Ein solcher *juris possessor* ist:

- I. jeder der eine Erbschaftssache zwar nicht besitzt, aber besitzen kann, weil er eine Klage darauf hat: hier ist es die Cession dieser Klage, was von ihm gefordert wird (2).

„esse arbitraretur, quod tūm“ „certaret.“

„non exstaret, lege ageret“ (1) L. 9. L. 18. §. 1. de
 „in hereditatem: aut (et) pro hered. petit.

„praede litis vindictiarum cum“ (2) L. 16. §. 4. 7. L. 35.

„satis accepisset, sponsionem“ de hered. petit.

„faceret: ita de hereditate“

2. wer in dem *peculium* seines Sklaven den Werth einer verkauften Erbschafts Sache besitzt (1).

3. wer gegen die Erbschaft eine Verbindlichkeit, z. B. als *negotiorum gestor*, contrahirt hat (2).

Auf gleiche Weise wurde bey dem Streit über Freiheit (*liberale iudicium*) von den ältesten Zeiten an der *Vindicationsprozess* gebraucht (3), und auch dabey wird das Verhältniß des Beklagten und das Vorrecht dieses Verhältnisses durch die Ausdrücke: *libertatis, servitutis possessio* bezeichnet (4).

Also das Verhältniß eines Beklagten wird durch das Wort *possessor* bezeichnet, selbst wo keine Sache ist, die besessen werden könnte: aber dieser Satz ist durchaus nicht allgemein wahr. Beweisen läßt er sich nur für die *hereditatis petitio* und das *liberale iudicium*, mit Wahrscheinlichkeit behaupten bey allen Klagen, bey welchen der *Vindicationsprozess* vorkam (5), bey allen übrigen kann er durchaus nicht gelten (6).

(1) L. 34. §. 1. *de hered. petit.*

(2) L. 10. *si pars hered. petatur.*

(3) Die Hauptstelle ist bey LIVIUS Lib. 3. C. 44 — 48.

(4) *Digest. Lib. 40. Tit. 12.* — *Possessio servitutis* ist nicht zu verwechseln mit *pos-*

sessio servi.

(5) und auch da müssen noch die *Servitutenklagen* ausgenommen werden, weil bey diesen der *possessor* sogar Kläger seyn kann. §. 2. I. *de act.*

(6) Zwar sagt L. 62. *de iudiciis* allgemein: „*Inter litigantes non aliter lis expe-*

Daß nun nicht etwa Eigenthum oder das Beflagtenverhältniß gemeint sey, wenn über *possessio* irgend etwas in den Gesetzen bestimmt ist, muß bewiesen werden können, wenn ein solches Gesetz mit Sicherheit auf den Besitz angewendet werden soll: eine allgemeine Regel der Interpretation läßt sich hier nicht geben, aber es wird schwerlich ein Fall vorkommen, in welchem diese Unterscheidung bedeutende Schwierigkeit hätte.

§. 9.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß aller juristische Besitz auf *usucapion* oder *Interdicte* sich bezieht (§. 2.), und daß beiden ein allgemeiner Begriff juristischer *possessio* zum Grunde liegt, der, um die *usucapion* möglich zu machen, nur noch einige besondere Bestimmungen haben muß (§. 7.).

„*diri potest, quam si alter*
 „*petitor, alter possessor sit:*
 „*esse enim debet, qui onera*
 „*petitoris sustineat, et qui*
 „*commodo possessoris funga-*
 „*tur.*“ Allein *petere* und *pe-*
tor bezieht sich nur auf *actio-*
nes in rem (L. 28. *de oblig.*
et act., L. 178. §. 2. *de V. S.*)
 und mit dieser Beschränkung
 stimmt die Stelle mit der auf-
 gestellten Regel überein. Ja

es ist wahrscheinlich, daß sie
 eigentlich bloß auf *hereditatis*
petitio gieng, denn sie ist aus
 einem Buch von *Ulpian* ge-
 nommen (*Lib. 39. ad edictum*),
 das fast bloß von *Erbrecht* han-
 delt. (L. 22. *qui test. fac. poss.*,
 L. 1. 3. 5. *de bon. poss.*, L. 2.
de B. P. furioso, L. 1. 3. *de*
B. P. contra tab., L. 1. *de*
B. P. sec. tab., L. 6. *si tab.*
test. nul.)

§. 9. Materieller Begriff des Besizes. 91

Jetzt erst kann die Frage aufgeworfen werden: was gehört dazu, damit die juristische *possessio* angenommen werde? oder: welches sind die materiellen Bestimmungen ihres Begriffs?

Wir sind ausgegangen von dem allgemeinen Begriff der Detention, d. h. des natürlichen Verhältnisses, welches dem Eigenthum, als einem rechtlichen Verhältniß, correspondirt (§. 1.): aber dieser ursprüngliche Begriff des Besizes mußte juristischer Modificationen fähig seyn, sobald er als Bedingung von Rechten in den Gesetzen behandelt wurde (§. 5.). Der größte Theil dieser Modificationen ist so specieller Art, daß sie nur im Detail der Theorie des Besizes verstanden und vorgetragen werden können: aber eine ist ganz allgemein, und durch diese muß gleich hier der Begriff der Besizes vollständig bestimmt werden.

Es muß nämlich jede Detention, wenn sie als Besitz gelten soll, absichtlich seyn, d. h. man muß, um Besitzer zu seyn, die Detention nicht bloß haben, sondern auch haben wollen (1). Dieses der Detention correspondirende Wollen (*animus possidendi*) ist jetzt genauer zu bestimmen.

Die Detention nämlich wurde oben (§. 3.) bestimmt als der physische Zustand, welcher dem Eigen-

(1) L. 3. §. 1. de poss. „*pore et animo: neque per se, Apiscimur possessionem cor- animo, aut per se corpore.*“

thum, als einem rechtlichen Zustande, correspondire. Folglich besteht der animus possidendi in der Absicht, das Eigenthum auszuüben. Allein diese Bestimmung ist noch nicht hinreichend, indem derjenige, welcher die Detention hat, diese Absicht auf eine zweifache Weise haben kann: entweder um fremdes, oder um eigenes Eigenthum auszuüben. Hat er die Absicht, fremdes Eigenthum auszuüben, welches er also eben jetzt anerkennt, so liegt darin kein solcher animus possidendi, durch welchen die Detention zum Besitz erhoben würde. Dieser Satz, welchen die Römischen Gesetze ausdrücklich aufstellen (1), läßt sich aus der oben (§. 7) gegebenen Ansicht der Interdicte sehr natürlich erklären. Es bleibt also nur noch der zweite Fall übrig, in welchem die Absicht auf eigenes Eigenthum gerichtet war (2), so daß der animus possidendi

(1) L. 18. pr. de poss.
 „ . . . Nec idem est, possi-
 „ dere, et alieno nomine pos-
 „ sidere. Nam possidet, cu-
 „ jus nomine possidetur. Pro-
 „ curator alienae possessioni
 „ praestat ministerium.“ Die-
 ses Verhältniß ist in drey ver-
 schiedenen Beziehungen für den
 Besitz wichtig: a) indem der
 animus sibi habendi, also der
 ursprüngliche Begriff des Be-

sitzes, nicht auf den, der die
 Detention hat, anwendbar ist
 (davon hier) b) indem derselbe
 einen abgeleiteten Besitz bald
 hat, bald nicht hat (§. 23 bis
 25.) c) indem der Andere, der
 die Detention nicht selbst hat,
 als Besitzer gilt (§. 26. 27.)

(2) Man könnte diese Ein-
 theilung für unvollständig hal-
 ten, indem es sich (als dritter
 Fall) denken ließe, daß der,

durch *animus domini* oder *animus sibi habendi* erklärt werden muß (1), folglich nur der als Besizer gelten kann, welcher die Sache als Eigenthümer behandelt, deren Detention er hat. Mehr aber als dieser *animus domini*, gehört durchaus nicht in den Begriff des Besizers: am wenigsten die Ueberzeugung, daß man wirklich Eigenthümer sey (*opinio s. cogitatio domini*): darum kommt der Begriff des Besizes dem Räuber und Dieb eben so wohl zu, als dem Eigenthümer selbst, und jene sind ganz auf dieselbe Weise wie dieser dem Pächter entgegen gesetzt, welcher keinen Besiz hat, weil er die Sache nicht als seine eigene Sache behandelt (2).

welcher die Detention hätte, weder sich noch einen andern als Eigenthümer betrachtete, sondern nur zu einem speciellen Zweck (z. B. wegen der Früchte) die Sache haben wollte. Allein dieser Fall ist von dem unsrigen nur dem Scheine nach verschieden. Denn wer die Detention haben will, ohne bestimmt eine andere Person als Eigenthümer zu betrachten, hat immer den *animus domini*, und es ist, juristisch betrachtet, ganz gleichgültig, um welcher äußer-

lichen Zwecke willen er dieses Eigenthum haben will:

(1) THEOPHILUS in §. 4. I. *per quas pers. adqu. et in §. 2. I. quibus mod. toll. oblig.*

(2) Der hier aufgestellte Begriff des Besizes ist der der meisten Juristen, nur mehr oder weniger deutlich gedacht. Zacharia (de poss. p. 5.) verwirft ihn und setzt folgenden an die Stelle: „*Possessio nobis est: ea rei ad hominem ratio, e qua appareat, esse alicui et animum roma*

Die Anwendung dieses Begriffs kann nur in solchen Fällen zweifelhaft seyn, wenn Jemand ein Recht

„sibi habendi, et reliquarum virium modum animo illi accomodatum.“ In diesem animus also liegt, wie Z. selbst gesteht (p. 6.) nichts neues, wohl aber in der andern Hälfte der Definition (p. 10.). Welches ist denn nun das Maas physischer Kraft, das dem animus domini angemessen ist? Der animus domini geht auf willkürliche Behandlung der Sache, mit Ausschließung aller andern Menschen, also muß darauf auch jener virium modus gehen, also ist dieser nichts anders als Detention, wie sie sich jedermann denkt, und wie ich sie oben (S. 2.) ausdrücklich erklärt habe. Also liegt das Neue auch nicht in diesem virium modus, sondern lediglich in dem *appareat*. Besitz also, will Z. sagen, ist das Verhältniß einer Sache zu einem Menschen, welches zu erkennen giebt, daß der Mensch den animus domini habe und auch realisiren könne. Dadurch bekommt das Factum

im Besitz eine ganz symbolische Natur, indem es dazu bestimmt ist, etwas zu erklären, auszusprechen (p. 10. 17.). Ich will nichts davon sagen, daß dieses neue Element des Besizes unzähligen Anwendungen widerspricht: denn eben dieses Element ist noch so unbestimmt, daß eine directe Widerlegung äußerst mißlich, ja fast unmöglich ist. Aber die Art wie es Z. begründet, läßt sich aus sich selbst widerlegen. Er will nämlich zeigen, daß bey dem Erwerb und Verlust des Besizes bisher unbegreifliche Fälle aus jenem Begriff entwickelt werden können. Was den Verlust betrifft, so wird sich unten zeigen, daß Z. aus seinem Begriff gar nichts gefolgert habe, was nicht auch schon aus dem unsrigen folgt. Hier also nur von dem Erwerb. Nun läßt sich jenes Erklären, auf zweierley Weise denken: erstens so, daß das Erklärte (der virium modus) auch wirklich da ist, zwei-

ausüben will, dessen Verhältniß zum Eigenthum zweifelhaft ist. Dahin gehören folgende Rechte:

I. Prätorisches Eigenthum. Dieses wird in allen Verhältnissen, die nicht dem alten, strengen Civilrecht eigenthümlich sind, dem Eigenthum ganz gleich behandelt, so daß die unmittelbare

tens so daß es nicht da ist, der Erklärende also nur fälschlich glaubt, es sey da. Im letzten Fall wird gewiß kein Besitz erworben, wenn mir z. B. vor dem Magazin die Schlüssel übergeben werden, um mich in den Besitz von Waaren zu setzen, die darin aufbewahrt seyn sollen, die Waaren aber sind nicht darin, sondern 100 Meilen davon, so habe ich gewiß nicht den Besitz erworben. Also verhält sich mein Begriff des Besizes zu dem von Z. so: in dem meinigen ist enthalten: Detention und animus domini, in dem von Z. aber: Detention und animus domini und die oben beschriebene Erklärung, also nur noch etwas mehr als in dem meinigen. Also muß in allen Fällen, in welchen nach Z. Besitz erworben ist, auch nach mir

Besitz erworben seyn, aber nicht umgekehrt. Z. also hätte mich durch solche Fälle widerlegen müssen, in welchen ich Besitz behauptete, er aber und das Römische Recht ihn läugneten: da aber seine Fälle gerade von umgekehrter Art sind, so widerspricht er sich selbst. Nur Ein Beispiel zur Erläuterung, das Z. selbst zu dem seinigen macht (p. 19.). Wenn in dem Fall der L. 18. §. 2. *de poss.* zwischen den Thurm und den fundus ein Fluß hineingedacht wird, über welchen man jetzt nicht kommen kann, so ist freilich nach meiner Theorie der Besitz nicht erworben, aber nach der von Z. auch nicht, denn wer wegen des Flusses keine Herrschaft über den fundus ausüben kann, der kann auch nicht im Ernst erklären, daß er dieses könne.

96 Erster Abschnitt. Begriff des Besitzes.

Anwendung unsers Begriffs hier keinen Zweifel haben kann. Auch ist es dabey ganz gleichgültig, ob eine andere Person das nudum jus quiritium hat oder nicht.

2. Provincialgrundstücke (praedia stipendiaria et tributaria), d. h. Grundstücke, welche bey Eroberung der Provinzen ihren bisherigen Eigenthümern überlassen wurden, woran aber das Römische Volk ausser dem Grundzins auch das Obereigenthum sich vorbehielt. Eine Folge dieses den Besitzern fehlenden Obereigenthums war die Unmöglichkeit, das Eigenthum nach altrömischen Formen, d. h. durch cessio, mancipatio, usucapio zu erwerben. Daß aber in jeder andern Rücksicht die Besitzer dieser Grundstücke als Eigenthümer betrachtet wurden, daß also auch hier unser Begriff des animus domini anwendbar war, ist nicht nur aus der Entstehung dieses Rechtsverhältnisses, sondern auch nach verschiedenen Stellen der Alten (1) höchst wahrscheinlich. Es war demnach dieses Verhältniß dem bey dem prätorischen Eigenthum sehr ähnlich. Das Römische Volk hatte an diesen Grundstük-

(1) AGENUS UND SIMPLICIUS bey GOESIIUS p. 46. 47. p. 76., THEOPHILUS in §. 40. I. de dio. rerum.

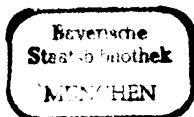
fen das nudum jus quiritium, die Provinzialen hatten sie in bonis, und ihr Recht daran wäre von dem Augenblick an volles Eigenthum geworden, in welchem das nudum jus quiritium überhaupt aufgehört hätte. Justinian aber hat das nudum jus quiritium aufgehoben, und den Provinzialen unbeschränktes Eigenthum an ihren Grundstücken gestattet: und indem er selbst dieses letzte für eine Folge des ersten erklärt (1), giebt er meiner Ansicht volle historische Gewißheit.

3. Servituten, d. h. durch *jus civile* eingeführte Rechte, welche als abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums (*jura, jura in re*) (2)

(1) tit. Cod. de usucap. transformanda.

(2) daß dieses und nichts anderes unter *jus in re* von den Römern verstanden wird, daß *dominium* also keineswegs darunter enthalten, sondern ihm sogar entgegengesetzt ist, hat vollständig bewiesen: WAECHTLER de jure in re Viteb. 1682. 12. (auch in: Thomasi diss. Lipsiens., Lips. et Hal. 1696. 4. p. 235). Huber scheint ihn benutzt zu

haben, doch ohne ihn zu nennen (animadv. ad jus in re, in seinen digress. L. 4. zwischen C. 10 und 11, auch in: Feltmannorum opp. Arnhem. 1764. f. T. 2. p. 257.). Aber Huber giebt dieser Meinung eine Ausdehnung, wodurch wieder alle Bestimmtheit des Begriffes aufgehoben wird: auch der Commodatar nämlich soll jus in re haben. Dasselbe behauptet Thibaut (Versuche B. 2. S. 32). Die einzige



dem Eigenthum selbst, als der Totalität aller Sachenrechte, entgegen gesetzt werden. Schon aus diesem Gegensatz, ohne welchen der Begriff der Servituten durchaus nicht bestimmt werden kann, ist es klar, daß, wer eine Servitut ausüben will, nicht zugleich den animus domini haben könne. Auch giebt es nur Einen Fall, in welchem man sich versucht fühlen könnte, diesen Satz zu bezweifeln, den ususfructus nämlich. Allein die Geseze erkennen selbst den Fructuar durchaus nicht als Eigenthümer, und *proprietas* ist sogar der technische Ausdruck für das nach Abzug des ususfructus übrig bleibende Recht. Bei allen Servituten also ist animus domini unmöglich.

4. Das Recht der *superficies* ist den Servituten ganz ähnlich, und daß es nicht zu ihnen gerechnet wird, hat bloß den historischen Grund, daß dieses Institut nicht durch jus civile, sondern durch das Edict entstanden ist. Es gehört also wie die Servituten unter die jura in re, ja es ist außer den Servituten das einzige jus in re im Justinianischen Recht. Daß es sich wirklich

Veranlassung dieser Meinung ist L. 2. §. 22. vi bon. rapt. allein die Worte: „*vel quod aliud jus*“ lassen sich nicht nur

eben so gut, sondern viel besser auf: „*sive usumfructum*“ allein beziehen.

so verhalte, daß also der Superficiarius nicht etwa, wie der prätorische Eigenthümer, die Sache in bonis habe, sagt Cajus ausdrücklich (1). Folglich ist auch hier animus domini unmöglich, also auch Besitz (2).

5. Schwieriger als in allen vortigen Fällen ist diese Untersuchung bey dem *ager vectigalis* und der *emphyteusis*.

A.) *Ager vectigalis*. Die erste bestimmte Nachricht davon ist aus der Zeit von Trajan oder Hadrian. Hygin (3) nennt so die Grundstücke, welche von dem Römischen Volk, von den Städten, von den Priestercollegien und von den Vestalinnen verpachtet wurden: die beiden ersten Arten, sagt er, wurden gewöhnlich auf 5 Jahre, oder 100 Jahre, die beiden letzten auf 5 Jahre oder Ein Jahr in Pacht

(1) L. 2. de *superficiobus*.
 „Superficiarías aedes appella-
 „mus quae in conducto solo
 „positae sint, quarum pro-
 „prietas et civili et naturali
 „jure ejus est cuius et so-
 „lum.“

(2) Der directe Beweis, daß der Superficiarius gar nicht Besitzer der Sache sey,

wird unten (§. 23.) bey dem abgeleiteten Besitz geführt werden.

(3) bey Voefius p. 205. 206. In einer andern Stelle sagt er, der Pacht habe bald in Geld, bald in Früchten (gewöhnlich $\frac{1}{5}$ oder $\frac{1}{7}$ des Ertrags) bestanden, ib. p. 198.

gegeben. — In den Pandekten ist aus leicht begreiflichen Ursachen nur noch von einem dieser 4 Fälle die Rede, von den Gütern der Städte nämlich, und zwar dabey mit einer etwas veränderten Terminologie: *vectigales* heißen sie nur, wenn sie in Erbpacht gegeben werden, außerdem *non vectigales* (1). Aber ganz allgemein, ohne Unterschied dieser beiden Fälle, wird dem Pächter eine Realklage gestattet (2). — Wie ist nun hier das rechtliche Verhältniß zu bestimmen? wie bey Servituten oder wie bey dem prätorischen Eigenthum und den Provinzialgrundstücken (3)? Hat der Pächter ein jus

(1) L. 1. pr. si ager vect.

(2) L. 1. §. 1. L. 3. eod.

Es ist sehr zweifelhaft, ob auch die übrigen Rechte des *ager vectigalis* dem Temporalpächter eingeräumt wurden. Den Worten nach scheint es nicht, weil überall bloß vom *ager vectigalis* die Rede ist. Da aber die Realklage für beide Fälle galt, so glaube ich daselbe auch von den übrigen Rechten, d. h. ich glaube, daß die engere Bedeutung von *ager vectigalis* nicht die gewöhnliche war, wofür auch die

Stelle des Hygin zu beweisen scheint.

(3) Die *praedia stipendiaria et tributaria* hatten überhaupt mit dem *ager vectigalis* große Aehnlichkeit, nur entstanden sie auf verschiedene Art. Jene wurden ihren bisherigen Eigenthümern gelassen, nur mit Beschränkung dieses vorher unbeschränkten Rechts: der *ager vectigalis* wurde an Leute verpachtet, die bisher kein Recht darauf hatten, und der Verpächter behielt sich einiges Recht vor.

in re, oder hat er die Sache selbst in bonis, so daß das übrige Eigenthum der Stadt auf ein nudum jus quiritium beschränkt wäre? im ersten Fall wird zugleich der Besiz dem Pächter abgesprochen, im zweiten aber beygelegt werden müssen. Meiner Meinung nach hat der Pächter die Sache in bonis, folglich auch im juristischen Besiz, der Verpächter dagegen behält von seinem Eigenthum nur das nudum jus quiritium zurück. Das ganze Verhältniß ist also demjenigen ähnlich, welches durch Tradition einer res mancipi entsteht. Es unterscheidet sich aber dadurch, daß bey dem lezten die Usucapion das zurückgebliebene nudum jus quiritium aufhebt, bey dem unsrigen aber der Pächter gar nicht usucapiren kann, folglich auch jenes Recht immer fortbauern muß. — Gründe für diese Ansicht:

I.) Die alten Juristen nahmen theils einen Kauf, theils einen Pacht bey dem ager vectigalis an, R. Zeno aber ein eigenes drittes Geschäft. Die erste dieser drey Ansichten ist durchaus nur erklärbar, wenn man annimmt, daß der Pächter die Sache in bonis gehabt habe, die zwey andern Ansichten erklären sich sehr gut daraus,

daß das römische Eigenthum nie über-
 den ususfructus gieng.

§. 11.) In allen einzelnen entscheidenden Fällen
 wird dieses Recht dem ususfructus ent-
 gegen; und dem prätorischen Eigenthum
 dem römischen gleich gesetzt (1):

a.) der Fructuar erwirbt die Früchte
 nicht durch seine Perception, der
 prätorische Eigenthümer schon durch
 jede Separation: dasselbe aber
 gilt auch bey dem *ager vectiga-*
lis (2). Hier kann dieser Satz bloß
 noch wegen der Gleichstellung
 des *ager vectigalis* mit prätorischem
 Eigenthum als Beweis gelten. Un-
 mittelbar aber wird sich ein unmittelbarer

(1) Solche Fälle allein kön-
 nen unsre Frage entscheiden.
 Also entscheidet nicht für mich
 die *actio publiciana* bey dem
ager vectigalis, denn diese gilt
 auch bey dem *ususfructus*. Eben-
 so wenig entscheidet aber auch
 gegen mich eine Stelle, worin
 gesagt wird, der Besitzer des
ager vectigalis sey nicht *domi-*
nus (L. I. §. 1. *si ager vect.*),
 denn *dominus* war der prätoris-

sche Eigenthümer auch nicht.

(2) L. 25. §. 1. *de usuris*
 „... *cum fructuarii quidem*
 „*non fiant*“ (die *fructus* näm-
 lich) „*antequam ab eo per-*
 „*cipiantur: ad bonae fidei*
 „*autem possessorem pertine-*
 „*ant, quoquo modo a solo*
 „*separati fuerint: sicut ejus,*
 „*qui vectigalem fundum ha-*
 „*bet fructus fuit, simul at-*
 „*que solo separati sunt.*“

Zusammenhang dieses Erwerbs durch bloße Separation mit dem juristischen Besitz zeigen (§. 22.), woraus denn wieder rückwärts auf das (natürliche) Eigenthum des Pächters zu schließen ist.

b.) Die *actio arborum furtim caesarum* hat nicht der Fructuar, wohl aber der Besitzer des *ager vectigalis* (1).

c.) Eben so verhält es sich mit der *actio aquae pluviae arcendae* (2).

d.) Der *Possessor rei immobilis* war frey von prozessualischen Cautionen. *Possessor* aber hieß der, welcher die Sache in bonis hatte (§. 8. C. 85). Auch wird der Besitzer des

(1) L. 5. §. 2. 3. *arb. furtim caes.* „Is cuius usus, fructus est in fundo, hanc actionem non habet. Qui autem fundum vectigalem habet, hanc actionem habet, sicut aquae pluviae arcendae actionem et finium regundorum.“

(2) s. die Stelle in der vorigen Note. Ferner L. 23. §. 1.

de aqua et aq. pluv. „Haec actio etiam in vectigalibus agris locum habet“ L. 3. §. 4. *cod.* „Neque fructuaris neque cum eo aquae pluviae arcendae agi potest.“
 Daß diese Klage zuweilen auch dem Fructuar, als *actio utilis*, gegeben wurde (L. 22. *pr.* §. 2. *cod.*), beweist dagegen nicht.

ager vectigalis ausdrücklich darunter begriffen, der Fructuar aber ausgeschlossen (1).

e.) Endlich gehört dahin noch folgende Stelle, welche den ager vectigalis zwar nicht in der Wirkung, aber im Ausdruck sehr scharf von allem jus in re unterscheidet (2). „Quare „fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit: „sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutem „utrorumque praediorum.“ Also wer einen ager vectigalis hat, hat den fundus selbst, der Fructuar hat bloß ein jus in fundo.

Der Besitzer des ager vectigalis also hat denselben in bonis, d. h. er wird behandelt wie ein Eigenthümer, obgleich er

(1) L. 15. §. 1. qui satis dare cog. „Sed et qui vectigalem . . . agrum possidet, „possessor intelligitur . . . „Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem „non esse, Ulpianus scripsit.“ Die Worte: „qui solam pro-

prietatem habet“ beziehen sich nicht auf den ager vectigalis, sondern nach der gewöhnlichen, bekannten Bedeutung von proprietas auf den usufructus.

(2) L. 1. pr. de condict. tritic.

nicht dominus heist. Damit ist folglich auch die Anwendbarkeit des animus domini auf diesen Fall, folglich der juristische Besitz des ager vectigalis, entschieden: auch wird dabei von den alten Juristen der Ausdruck *possessio* mehrmals gebraucht (1).

B.) *Emphyteusis*.

Die erste Spur findet sich in den Pandekten (2). Das Recht selbst wird daselbst nicht angegeben, aber es wird ausdrücklich als *jus praedii* behandelt und mit dem *ususfructus* zusammen gestellt.

Im Theodosischen und im Justinianischen Codex kommen die *praedia emphy-*

(1) L. 15. §. 1. *qui satisfacere cog. „qui vectigalem „... agrum possidet.“ L. 31. de pign. „Lex vectigali fundo „dicta erat . . . postea is fundus a possessore pignori datus est.“ Das Gegentheil scheint zu sagen L. 15. §. 26. de damno infecto. „Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum possidere . . . sed decernendum ut solem ju-*

re esset, quo foret is qui non caverat.“ Allein das *jubere possidere* ist aus der Formel des Edicts, und im Edict selbst gieng es hauptsächlich auf die *conditio usucapiendi* (s. v. §. 8. S. 86). Diese also wird hier ausgeschlossen, wie der ganze Zusammenhang unwidersprechlich beweist, nicht der juristische Besitz.

(2) L. 3. §. 4. *de rob. eorum qui sub tut., cf. §. 5. cod.*

teutica schon sehr oft vor, aber Anfangs bloß unter den Patrimonialgütern des princeps (1), und mit ausdrücklicher Unterscheidung von *ager vectigalis* (2).

Eine Constitution von Zeno nahm für die Errichtung der Emphytheusis eine eigene Art von Vertrag an (3), was uns hier nicht interessiert. Nur aus den allgemeinen Ausdrücken der Constitution erhellt, daß die Emphyteusis auch bey Privatgütern gewöhnlich geworden war, so wie aus der Interpretation der Constitution in den Institutionen (4), daß man einen Erbpacht darunter denken müsse. Von dem Recht an der Sache ist gar nicht die Rede.

Justinian hat dieses Recht bestimmt: zwar nur beyläufig, aber doch so deutlich, daß kein Zweifel darüber seyn kann. Er will, daß die (neue) Emphyteusis ganz die Rechte haben soll, welche der (alte) *ager vectigalis* gehabt hatte, d. h. daß jetzt bey dem Erbpacht (mag der Verpachter eine Stadt seyn oder nicht) dasselbe gelten soll, was vorher bey den (erb-

- (1) I. GOTHOFRED. *paratit. Cod. Theod. X. 3.* et al. *reb. minorum.*
 (2) L. 13. C. de *praediis* (3) L. 1. C. de *jure emph.*
 (4) §. 3. I. de *locat.*

lichen oder temporären) Pachtungen der Municipalgüter gegolten hatte (1).

Hält man diese Bestimmung mit dem oben entwickelten Recht des *ager vectigalis* zusammen, so folgt für die *Emphyteusis* dieses Resultat: der Verpachter ist im strengen Sinn des alten Rechts *dominus*, aber er hat ein *nudum jus quiritium*: der Pächter hat die Sache in *bonis*, also auch im juristischen Besiz (2).

Allein Justinian hat alles *nudum jus*

(1) *Inscriptio tit. 3. lib. 6. Digest.* „*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur.*“ — *L. 15. §. 1. qui satisfacere cog.* „*Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur.*“ (Offenbar eine Interpolation von Tribonian). Damit ist aber gar nicht gesagt, daß Justinian diese Gleichstellung neu eingeführt habe: vielmehr ist es gar nicht unwahrscheinlich, daß sie bereits nach Gewohnheitsrecht galt, weil sonst Justinian schwerlich unterlassen haben würde, seine Neuerung

in einer eigenen Constitution mit großem Pomp anzukündigen.

(2) Hieraus erklärt es sich, warum gewöhnlich der *emphyteuta* dem *dominus* entgegen gesetzt (*L. 1. 2. 3. C. de jure emph., L. 2. C. de mancip. et col.*), Einmal aber selbst *dominus* genannt wird (*L. 12. C. de fundis. patr.*). Das erste war die Terminologie des alten Rechts bis auf Justinian, das zweite beweist, daß man sich schon vor Justinian nicht immer an diese Terminologie band, die ja doch auf veralteten Formen beruhte.

quiritium überhaupt aufgehoben, folglich ist nun das Recht des Emphyteuta reines Eigenthum, und es unterscheidet sich von jedem andern Eigenthum bloß dadurch, daß es revocabel ist; d. h. daß es in gewissen Fällen auf den Verpächter übergeht. Der Verpächter hingegen hat außer dem persönlichen Recht gegen den Pächter bloß die Aussicht, in eben diesen Fällen das Eigenthum zu erwerben, also überhaupt gar kein gegenwärtiges Recht an der Sache.

6. Das Pfandrecht endlich kann nur deswegen hier genannt werden, weil auch daraus eine Realklage entsteht. Allein ungeachtet dieser Klage kann doch auf keine Weise der Gläubiger als Eigenthümer betrachtet werden, vielmehr erkennt er das fremde Eigenthum nothwendig an. Folglich ist hier animus domini unmöglich, also auch Besiz, in so weit der Begriff desselben bisher entwickelt worden ist (1).

(1) Die hier angestellte Untersuchung ist durch die Eintheilung des dominium in *directum* und *utile* nicht wenig verwirrt worden, bis Thibaut's treffliche Prüfung die-

ser Eintheilung (Versuche B. 2. ste Abhandl.) der Verwirrung ein Ende gemacht hat. Allein so gründlich seine Bemerkungen im allgemeinen sind, so wenig kann ich der Anwendung

Nach der bisher gegebenen Bestimmung des Begriffs gilt derjenige als Besizer, welcher die Detention

auf die *Emphyteusis* bestimmen. Der Verpachter nämlich soll das wahre Eigenthum haben, der *Emphyteuta* ein *ius in re aliena*, so daß die Präsumtion gegen ihn streite, und ihm kein Recht beygelegt werden dürfe, das nicht die Gesetze ausdrücklich nennen (l. c. p. 102. 103.). Aber diese Regel beruht auf einer *petitio principii*: denn daß der Verpachter *dominus* genannt wird, kann schon darum nichts beweisen, weil auch der *Emphyteuta* so heißt; zudem läßt sich jener Ausdruck nach meiner Theorie auf die einfachste Art von der Welt erklären. Demnach kann bloß aus den practischen Anwendungen in den Gesetzen erkannt werden, wer der wahre Eigenthümer sey, und dieser Weg ist hier eingeschlagen worden. — Die meisten Anwendungen meiner Grundsätze sind leicht zu machen, nur die *Usucapion* will ich noch mit wenigen Worten berühren. Bey Provin-

zialgrundstücken war alle *Usucapion* unmöglich, denn *Usucapion* konnte nur Römisches Eigenthum geben, das (römisches) Ober-Eigenthum des Staats aber beruhete nicht auf einem zufälligen Erwerb nach einer Regel des Privatrechts, sondern auf einem publicistischen Grundsatze, und konnte deswegen durch keine *Usucapion* aufgehoben werden. Bey dem *ager vectigalis* versteht es sich von selbst, daß der Pächter nicht *usucapiren* könne, und deswegen ist die L. 7. §. 6. C. *de praescript. XXX. vel XL. ann.*, die nur diesen Satz enthält, hier völlig unbedeutend. Es kann also nur von dem Recht eines Dritten die Rede seyn, welcher die Sache *usucapiren* will. Was dieses Recht betrifft, so galt keine *Usucapion* gegen den Besizer, d. h. das natürliche Eigenthum desselben konnte nicht etwa von demjenigen *pro herede usucapirt* werden, welcher sich fälschlich für den Erben des vorigen Pächters hielt,

um sein selbst willen haben will, aber nicht, wer sie für einen andern ausübt. Im letzten Fall gilt vielmehr (was hier nur vorläufig bemerkt werden kann) derjenige als Besitzer, für welchen das Eigenthum ausgeübt wird. Allein der Besitz wird als Recht betrachtet (§. 5.), und ist insofern einer Veräußerung fähig. Deswegen kann eben in jenem Fall der eigentliche, ursprüngliche Besitzer das Recht des Besizes auf den übertragen, welcher für ihn das Eigenthum ausübt, also nach den bisherigen Begriffen nicht als Besitzer zu betrachten wäre. Es giebt also außer dem

Gegen den Verpachter aber (weil dieser das römische Eigenthum hatte) galt die Usucapion, d. h. sie galt für den, welcher das Grundstück, wie jedes andere, im Eigenthum zu haben glaubte, nicht als *ager vectigalis* (L. 15. §. 26. 27. *de damno infecto*). Ganz anders bey der Emphyteusis im neuesten Recht. Denn da der Emphyteuta seit dem aufgehobenen nudum jus Quiritium volles Eigenthum hat, so muß nun die Usucapion auch für den gelten, welcher als successor des Emphyteuta das Recht desselben

erworben zu haben fälschlich glaubt. Das jus revocandi des Verpachters kann sogar nur in diesem Fall noch fortdauern, wenn die Usucapion vollendet ist. — Daß ich des *feudi* in dieser ganzen Untersuchung nicht erwähnt habe, wird Niemand tabeln, der es weiß, welche Verwirrung entstehen muß, wenn man so historisch verschiedene Dinge als gleichartig behandelt. Ich spreche vom Römischen Recht: wie bey Lehen das Eigenthum und der Besitz zu bestimmen sey, mögen die Feudalisten zusehen.

ursprünglichen Besitz, welcher auf Detention und animus domini beruhet, noth einen abgeleiteten, welcher sich auf den ursprünglichen Besitz einer andern Person gründet. Aller Unterschied dieses abgeleiteten Besitzes von dem ursprünglichen, dessen Begriff bereits erörtert ist, liegt in dem animus possidendi und in der Detention sind beide ganz gleich. Der animus possidendi nämlich, welcher bey dem ursprünglichen Besitz als animus domini gedacht werden mußte, geht bey dem abgeleiteten auf das von dem bisherigen Besitzer übertragene jus possessionis (1). So hat z. B. der creditor den juristischen Besitz des Pfandes, obgleich er kein Eigenthum ausüben will, denn der Schuldner, der den vollen Besitz der Sache hatte, hat ihm mit der Detention zugleich das jus possessionis übertragen.

(1) Es ist wohl zu bemerken, daß das charakteristische des abgeleiteten Besitzes bloß auf den animus possidendi geht, d. h. bloß auf Bestimmungen des Bewußtseyns der Person, welche diesen Besitz haben will. Es kommt also nur darauf an, daß diese Person den Besitz als von einem andern Besitzer übertragen betrachte. Folglich ist auch hier nicht von einer Succession

in den Besitz die Rede (s. S. S. 25). In allen Fällen dagegen, wo eine solche Succession wirklich statt findet (wie z. B. bey der accessio possessionis in der Usucapion) wird nicht auf das bloße Bewußtseyn des Besitzers, sondern auf das wirkliche Daseyn des juristischen Verhältnisses zwischen ihm und dem vorigen Besitzer gesehen.

Der abgeleitete Besitz aber darf durchaus nicht so verstanden werden, als ob er in jedem Fall gelten könnte, in welchem ihn ein wirklicher Besitzer gelten lassen will: denn da in demselben eine Abweichung von dem ursprünglichen Begriff des Besizes liegt, so kann er nur da angenommen werden, wo ihn die Gesetze ausdrücklich gelten lassen wollen. Demnach ist dieser Begriff hier noch als ein bloß formaler Begriff zu betrachten, welcher nur dadurch Realität erhalten kann, daß sich bestimmte Fälle nachweisen lassen, in welchen ihn die Gesetze zum Grund legen. In welchen Fällen aber ein abgeleiteter Besitz anzunehmen ist, d. h. in welchen Fällen angenommen werden muß, daß mit der Detention auch das jus possessionis übertragen sey, das wird bey dem Erwerb des Besizes (Abschn. 2.) vollständig bestimmt werden. Nun ist also der allgemeinste Ausdruck für den materiellen Begriff des Besizes dieser: es ist Detention, verbunden mit *animus possidendi*, und dieses Wort muß verschieden erklärt werden, je nachdem von einem ursprünglichen oder abgeleiteten Besitz die Rede ist: dort bezeichnet es den *animus domini*, hier die Absicht, das jus possessionis zu haben, was bisher einem Andern zukam (1). — Diese Eintheilung des Besizes übr-

(1) so erklärt, ist es sehr sey *animus possidendi*, oder gleichgültig, ob man sage, es *sibi possidendi*, oder *sibi ha-*

gens ist ja nicht so zu nehmen, als ob verschiedene Rechte des Besizes dadurch bestimmt werden sollten; Die Rechte sind völlig dieselben, und nur die Art des Erwerbs ist verschieden. Darum kann es ihr auch nicht zum Vorwurf gereichen, daß die Römischen Juristen keine Namen dafür haben: die Begriffe selbst liegen ohne Zweifel im Römischen Recht (1).

hendi, was zum Wesen des Besizes gehört. Diese Ausdrücke haben die Meisten viel zu sehr beschäftigt, als daß sie die Begriffe selbst hätten entwickeln können.

(1) Zacharia läugnet den abgeleiteten Besitz ganz ab (*de poss. p. 6 — 9*) und sucht die Fälle, in welchen ich ihn annehme, auf andere Weise zu erklären: den Besitz des Pfandgläubigers durch *Iuris quasi possessio*, den des Sequester durch eine *facta possessio*, ohne daß irgend ein *animus possidendi* vorhanden wäre, endlich die *precaria possessio* durch wahren *animus domini*, ganz wie bey einem *dominium revocabile*. Das erste und dritte ist so handgreiflich falsch, daß es sich gar nicht

der Mühe verlohnt, es ausführlich zu widerlegen. Das erste: denn die römischen Juristen sagen in so vielen Stellen von dem Creditor: *possidet, possessionem habet etc.* (s. besonders *L. 35. §. 1. de pign. act.*), und dieselben Juristen bemerken sehr sorgfältig bey dem Fructuar: *in possessione est, non possidet*. Das dritte: denn was hat denn der *precario rogans* nur z. B. vor dem *Conductor* voraus, wodurch bey jenem ein *animus domini* erklärbar wäre, den dieser unläugbar nicht haben kann? doch nicht gar die juristische *possessio*? diese ist ja eben das, was erst begreiflich gemacht werden soll. Also ist nur die Erklärung des zweiten Falls einiger Aufmerksam-

Jetzt wird es möglich seyn, die verschiedenen Begriffe von *possessio*, die in der Theorie des Besizes von Bedeutung sind (§. 7.), in einer Tabelle übersehen zu lassen, und zugleich die Anwendungen vorläufig anzudeuten, die in der Folge davon gemacht werden sollen.

keit werth. Wir wollen nun annehmen, Z. hätte alle drey Fälle so erklärt, d. h. er hätte in allen den abgeleiteten Besiz geläugnet, und *facta possessio* (ohne allen *animus*) angenommen. Nun kann es mit dieser Entbehrlichkeit des *animus* doch nicht so strenge genommen seyn, denn wer von dem *factum apprehensionis* nichts weiß, oder gar ein Rasender, ein Kind &c. wird doch auch hier nicht Besiz erwerben sollen. Also wird es doch auch

wieder auf *animus possidendi* ankommen, nur verschieden von *animus domini*. Dann aber ist es genau dasselbe, was ich abgeleiteten Besiz nenne. Denn daß dieser eine Abweichung vom ursprünglichen, reinen Begriff des Besizes (also eine Fiction) enthalte, und daß er deswegen nur da gelten könne, wo ihn die Geseze ausdrücklich anerkennen, habe ich schon in der ersten Ausgabe (S. 216.) gesagt und hier noch deutlicher wiederholt.

Possessio civilis	Besitz einer usucapionsfähigen (nicht gestohlenen ic.) Sache, mit bona fides und justa causa (1).	Possessio (ad Interdicta).
	Alle abgeleitete Besitz, u. zwar ist das bey dem Pfand immer der Fall, bey depositum und precarium zuweilen (s. Abschn. 2.) Alle ursprüngliche Besitz mit Detention und animus, aber ohne bona fides, oder ohne justa causa, oder an einer gestohlenen ic. Sache (s. Abschn. 2.)	
Possessio (im nichtjuristischen Sinn).	Detention eines Rechtlosen, oder an einer res extra commercium (s. u. in dies. §.) eines Rasenden oder eines Kindes (Abschn. 2.) an einer Sache, die ein Anderer noch besitzt. (S. 11.)	Possessio naturalis (esse in possessione, tenere, corporaliter possidere, non possidere).
	dessen, der bloß eines Andern Besitz auszuüben den Auftrag hat. (Abschn. 2.)	
	des Pächters, Commodatars, Fructuars ic. (Abschn. 2.)	
	des missus in possessionem, außer wo ein secundum decretum vorkommt. (Abschn. 2.)	
	bey dem depositum und precarium zuweilen. (Abschn. 2.)	

(1) Alle diese Bestimmungen züher selbst, der die Usucapion gar nicht nöthig hat: ist

Aus dem Begriff des Besizes, der jetzt vollständig dargestellt ist, folgt unmittelbar, daß theils gewisse Sachen in keinem Besiz seyn, theils auch gewisse Menschen keinen Besiz haben können: diese Fälle, die weder ein großes practisches Interesse haben, noch über die Natur des Besizes neuen Aufschluß geben können, sollen hier noch kurz angegeben werden (1).

Gegenstand des Besizes kann alles das nicht seyn, was nicht in commercio ist, und wovon wir dieses wissen. Denn nun ist der *animus domini* nicht

seine *possessio* auch *civilis*? sie ist es in dem Sinn, daß sie alle Bestimmungen hat, die zu der *possessio civilis* nöthig sind, sie ist es nicht, indem sich kein Fall denken läßt, in welchem der Eigenthümer dabei interessirt wäre, eine *civilis possessio* zu haben. Also die juristische *possessio* (ad *interdicta*) hat er auf jeden Fall, auch ist sein Besiz auf keine Weise schlechter als der des prätorischen Eigenthümers. — *Papius* (in *L. 3. §. ex pluribus de poss.*, p. m. 105.), und nach ihm mehrere Juristen, nennen des Eigenthümers Besiz *possessio causalis*, (wie *ususfructus causalis*): der Aus-

druck ist ganz passend, nur hüte man sich, ein *jus possessionis* dabey zu denken, was von irgend einem andern verschieden wäre. Practisch ist gar kein Unterschied.

(1) sie gehören hierher, und nicht zum Erwerb des Besizes, wo sie gewöhnlich abgehandelt werden, denn es ist etwas ganz anderes, den Besiz nicht erwerben, oder nicht haben können. Ein Rasender ist bloß des Erwerbs unfähig, ein Sklave des Besizes selbst, darum wird der Besiz verloren, wenn der Besizer die Freiheit, aber nicht, wenn er den Verstand verliert.

blos unrechtlich, was er freylich auch bey fremden Sachen ist, die wir dennoch wissentlich im Besiz haben können: sondern alle Beziehung auf Usucapion und Interdicte, die ausserdem ein Recht des Besizes, unabhängig von Eigenthum, producirt, fällt hier weg.

Darum konnte bey den Römern erstens kein freyer Mensch besessen werden, wenn der Andere wuste, daß er frey sey (1): dagegen war dieser Besiz möglich, wenn man den Freyen für einen Slaven hielt (2). Durch Freylassung wurde folglich der Besiz nothwendig verloren (3).

Zweitens sind alle *res publicae* und *communes* auf gleiche Weise von dem Besiz ausgeschlossen: es ist unmöglich, den Besiz einer solchen Sache zu erwerben, und jeder Besiz wird verloren, wenn die Sache in ein solches Verhältniß kommt. So hört der Besiz eines Grundstücks auf, wenn es vom Meer oder von einem

(1) „Item quaero, si vinxero liberum hominem, ita ut eum possideam: an omnia quae is possidebat, ego possideam per illum? Respondit, si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto . . .“ L. 23. §. 2. *de poss.*

(2) §. 4. I. *per quas perso-*

nas, L. 1. §. 6. *de poss.* — Die *malae fidei* possessio also, von welcher da die Rede ist, geht auf den Fall, wenn man glaubt, es sey ein fremder Slave, nicht wenn man weiß, daß er frey ist.

(3) L. 30. §. 4. L. 38. *pr. de poss.*

Flüsse nicht etwa bloß überschwemmt, sondern occupirt wird (1).

Drittens war Besitz unmöglich, wenn die Sache als *res sacra* oder *religiosa* dem Privateigenthum entzogen war, welcher Fall ausdrücklich mit dem Besitz eines freyen Menschen verglichen wird: auch hier kam es also darauf an, ob der, welcher die Detention hatte, dieses juristische Verhältniß der Sache kannte, nicht ob er es respectiren wollte (2).

Wie diese Sachen nicht besessen werden können, weil sie überhaupt nicht im Eigenthum sind, so sind auch die Menschen des Besizes unfähig, welche kein Eigenthum haben können: doch ist hier das Eigenthum nicht in dem strengen Sinn des Römischen Civilrechts (für *justum dominium*) zu nehmen, denn auch wer die Civität nicht hatte, konnte ohne Zweifel das Recht des Besizes genießen. Es gehören also hierher alle die, welche im Privatrecht als rechtlos betrachtet werden, also Kinder in väterlicher Gewalt, Sklaven und wer auf andere Art alles *caput* verloren hat.

(1) „Labeo et Nerva re-
sponderunt, desinere me
possidere eam locum, quem
flumen aut mare occupave-
rit.“ L. 3. §. 17. de poss.,
add. L. 30. §. 3. eod.

„sacrum non possumus pos-
sidere, etsi contumamus re-
ligionem, et pro privato
eum teneamus: sicut homi-
nem liberum.“ L. 30. §. 1.
de poss.

(2) „locum religiosum aut

K. Wer in väterlicher Gewalt ist (*filius familias*), kann nicht Besitzer seyn (1).

Dieser Satz gründet sich offenbar auf die allgemeinere Regel, daß der Sohn überhaupt kein Privatrecht haben könne; eben deshalb konnte er bey dem *peculium militare* nicht gelten (2). Da aber durch die neuern Peculien das, was bey dem *peculium militare* als Ausnahme galt, Regel geworden ist, so ist nun jeder *filiusfamilias* des Besitzes fähig, ja wenn der Vater an dem *peculium adventitium*, wie gewöhnlich, den *ususfructus* hat, so ist der Sohn der wahre Besitzer, und der Vater besitzt, wie jeder *fructuarius* (Abschn. 2.), im Namen des Sohnes (3). In dem *peculium profectitium* hat freylich noch jetzt der Sohn weder Eigenthum noch Besitz: aber da bey jedem Verwalter eines fremden Vermögens dasselbe gilt, so läßt sich eine persönliche Unfä-

(1) L. 49. §. 1., L. 30. §. 3. *de poss.*, L. 93. *de R. I.* — Wenn der Vater in der Gefangenschaft ist, so ist der Besitz des Sohnes in *pendenti* (L. 44. §. 7. *de usurp.*) und das ist ganz der Analogie gemäß: aber etwas besonderes scheint es zu seyn, daß der

paterfamilias, der sich für einen *filiusfamilias* hält, dennoch besitzen kann (L. 44. §. 4. *eod.*).

(2) „*Filiusfamilias . . . in castris acquisitum usucapi.*“ L. 4. §. 1. *de usurp.*

(3) GLOSSA in L. 49. §. 1. *de poss.*, wo diese Bestimmung genau und richtig angegeben ist.

higkeit des *filiusfamilias* zum Besiz auf keine Weise mehr behaupten.

2. Sklaven sind eben so des juristischen Besizes unfähig (1), und das ist sehr natürlich, da sie überhaupt keine Rechte haben. Auffallender ist es, daß selbst freye Menschen, wenn sie von Andern als Sklaven besessen werden, keinen Besiz haben können (2). Eigenthum kann in diesem Zustand nicht nur erhalten, sondern sogar erworben werden (3), und es zeigt sich also hier ein merkwürdiger Unterschied zwischen dem Erwerb des Eigenthums und des Besizes (4). Der Grund dieses Unterschieds liegt darin: um Eigenthum haben zu können, ist die bloße Existenz der juristischen Eigenschaften hinreichend, welche von den Gesezen in der Person des Eigenthümers

(1) L. 49. §. 1. L. 30. §. 3. *de poss.*, L. 24. *eod.*

(2) „... cum possideatur, possidere non videtur.“ L. 118. *de R. I.*, cf. L. 1. §. 6. *de poss.*

(3) ULPIANUS in fragm. tit. 19. §. 21, §. 4. I. *per quas pers.*, L. 19. L. 23. §. 2. L. 54. §. 4. *de acquir. rer. dom.*

(4) Deswegen kann man selbst

in den Fällen „ubi per possessionem dominium quaeritur“ nicht allgemein schließen, daß Besiz vorhanden sey, wenn Eigenthum erworben ist, und deswegen ist selbst da der Erwerb des Eigenthums und des Besizes nur in der Form der erwerbenden Handlung völlig gleich (s. o. §. 3. num. 1.).

vorausgesetzt werden, selbst wenn niemand darum weiß, aber Ausübung des Eigenthums, als eines Rechts, setzt einen Zustand voraus, in welchem freye Handlungen möglich sind. Darum ist der Freye, der als Sklave besessen wird, in Beziehung auf Eigenthum, von jedem Freyen überhaupt, in Beziehung auf den Besitz aber von jedem Sklaven gar nicht unterschieden.

3. Dasselbe Verhältniß, wie bey dem Sklaven, findet sich bey Kriegsgefangenen (1), so wie bey denen, die auf andere Weise alles *caput* verloren haben (z. B. durch *damnatio in metallum*). Alle diese Verhältnisse sind uns völlig fremd.

Nachdem der Begriff des Besitzes selbst von allen Seiten bestimmt worden ist, bleibt nur noch die historische Frage zu beantworten übrig: wie die neuern Juristen diesen Begriff bestimmt haben.

Die Definitionen des Besitzes überhaupt, die sich in großer Anzahl finden, und worüber sehr viel gestritten

(1) L. 19. *ex quib. causis* maj., L. 23. §. 1. *de poss.*, L. 15. *pr. de usurp.* — Auch gilt hier natürlich weder *postliminium*, noch die *fictio* Le-

gis Corneliae. — In wiefern juristische Repräsentation in diesem allen eine Aenderung bewirken könne, wird im 2ten Abschn. vorkommen.

ten worden ist, sind völlig unbedeutend (1): aller Streit dreht sich dabei um den Ausdruck, nicht der Römischen Gesetze, sondern dieser Definitionen selbst.

Der entscheidende Punkt, hier wie bey den Römischen Juristen selbst, ist die Bestimmung von *naturalis* und *civilis* possessio, und darüber sollen jetzt die bedeutendsten Meinungen dargestellt werden. Eine besondere Widerlegung wird nur selten nöthig seyn, da fast überall nur Meinungen, ohne alle exegetische Deduction, anzutreffen sind, zu einer allgemeinen Kritik bloßer Meinungen aber schon die eigne Darstellung hinreicht, die oben (§. 7.) gegeben worden ist.

Die älteste Meinung, die wir aus den Schriften ihres Urhebers selbst kennen, ist von Placentin, und diese Meinung ist verständiger und consequenter, als die der meisten Neuerer (2). Es giebt nur einen

(1) Drey der ältesten Definitionen, nämlich eine von Bassian und zwey verschiedene von Azo stehen in der Glosse (in L. 1. pr. de poss.) bey Azo selbst (summa in Cod. tit. de poss. num. 1. et 19.) und bey Odofred (in L. 1. de poss. p. 52.).

(2) PLACENTINI Summa in Cod. tit. de poss. (p. 352. 353. ed. Mogunt. 1536. f.):

„Possessio distinguitur ita,
 „alia civilis tantum, alia ci-
 „vilis et naturalis . . . alia
 „proprie et plane, ut ea quas
 „proficit ad usucapionem,
 „alia improprie et semiplene.
 „— — Haec quoque pro-
 „fecto naturalis possessio in
 „jure nostro non recte dici-
 „tur absolute possessio, sed
 „est oppositio in adjecto. —
 „Fieri enim potest, ut quis

juristischen Besitz, sagt er, der aber verschiedene Wirkungen haben kann, indem er bald die Usucapion möglich macht (*plena*), bald nicht (*semiplena*): zu den Interdicten wird sein Daseyn immer erfordert. Die Bestimmungen seines Begriffs sind theils factisch (Detention) theils juristisch (*animus*): je nachdem nur die ersten, oder nur die zweiten, oder beide zugleich vorhanden sind, heißt er *naturalis*, *civillis*, *naturalis simul et civilis*: allein die bloße *naturalis possessio* ist, juristisch gesprochen, gar keine *possessio*, und wird dieser sogar entgegengesetzt, weil in der bloßen Detention, ohne *animus*, kein Besitz von den Gesetzen anerkannt wird: anders bey der *civillis possessio*; da in vielen Fällen der Besitz *solo animo* erhalten werden kann. — Diese ganze Ansicht ist ohne Zweifel sehr gründlich, und die Terminologie ist nur um deswillen unrichtig bestimmt, weil die Unterschei-

„possideat et *civiliter* et *nat-*
 „*turaliter*, et *civiliter* solum-
 „modo. Ut autem quis pos-
 „sideat tantum *naturaliter*,
 „legibus subtiliter inspec-
 „tis, et ad vivum conside-
 „ratis, (ut reor) esse non
 „potest. — Nam et fur, et
 „praedo, et invasor et *natu-*
 „*rallyter* possidet, et *civiliter*
 „. . nam et colonus interver-

„*boni datur interdictum unde*
 „*vi, quod profecto si non*
 „*competeret, nisi . . . possi-*
 „*deret. Civiliter solummodo*
 „*quis possidet, puta saltus*
 „*quos nullus alius detinet.*
 „ — Quippe *possessio non-*
 „*nisi una est, licet diversis*
 „*modis habeatur, bonae fidei,*
 „*malae fidei, juste, injuste,*
 „*naturaliter, civiliter.*“

dang der *possessio naturalis* und *civilis* auf die (juristischen oder nichtjuristischen) materiellen Bestimmungen des Begriffs (vergl. §. 5. und §. 9.) und nicht auf die Wirkungen des Besizes (§. 7.) bezogen ist. Die Anwendung auf das Einzelne ist weniger gelungen, als die Darstellung der Begriffe selbst. — Azo hat im Ganzen dieselbe Meinung (1), nur daß er keinen Besitz annimmt, der zugleich *civilis* und *naturalis* wäre, sondern das Wort *civilis* allein da gebraucht, wo auf eine bloße Fiction der Gesetze das Daseyn des Besizes sich gründet, (*ubi solo animo retinetur possessio*) (2). Auch ist es bey Azo sichtbar, daß die *L. 10. C. de poss.* die wahre Veranlassung dieser Meinung war, indem man den Gegensatz, der in

(1) *Summa in Cod. tit. de poss. num. 4. et 15, (fol. 134. 135. ed. 1537. f.)* und: *lectura in Cod., in L. 10. C. de poss. (p. 569. ed. 1577. f.)*

(2) Dieselbe Meinung findet sich in einer ungedruckten Glosse des Rogerius zu *L. 3. §. 5. de poss.* (in einem Mspt. des Dig. novi zu Metz):
 „Sicuti ergo duo juste vel „injuste naturaliter possidere „non possunt in solidum,

„ita non potest esse ut cor- „poraliter in totum unus „juste alter injuste possideat. „Ex civili autem id est ficta „possessione et juste duos et „injuste utrumque et unum „juste et alterum injuste in „solidum possidere contin- „get, velut in re pignorata „aut in emphyteosim inve „feodam data si vel ambo „bona vel uterque mala vel „unus mala alter vero bona „fide possideat. R.“

dieser Stelle enthalten ist (1), mit dem des factischen und bloß juristischen (fingirten) Besizes, und diesen wiederum mit dem der *civilis* und *naturalis* possessio verwechselte. — Diese Meinung scheint lange Zeit hindurch die herrschende gewesen zu seyn (2). Noch in Alciats und Duarens Schriften liegt sie zum Grunde (3), obgleich sie in beiden von der andern

(1) „Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam, quae jure consistit“ (d. h. possessio civilis, die bloß juristisch fingirt wird) „aliam quae corpore“ (possessio naturalis, gegründet auf natürliche Detention). — Die richtige Erklärung dieser Stelle wird im 12ten §. vorkommen.

(2) MENOCH. de retinenda poss., remed. 3. num. 18. et 22 sqq. — Hier wird diese Erklärung nicht sowohl dargestellt und ausgeführt, als stillschweigend vorausgesetzt, und bey den vielen ältern Praktikern, die daselbst citirt werden, verhält es sich wahrscheinlich eben so.

(3) ALCIATUS in L. 115. de V. S. (opp. T. 2. p. m. 987.) et in L. 1. pr. de poss. (opp.

T. 1. p. m. 1197.). — DUARENUS in Disp. anniv. lib. 1. cap. 18. (p. 1365. ed. opp. 1584. L.): „Civiliter vero“ (possidet), qui quamvis reā „non insistat, civilis juris“ „interpretatione, eam tenere“ „ac possidere intelligitur.“ Cf. Comm. 1. in tit. de poss. Cap. 1. et 4. (ibid. p. 816. 817. 818.) et Comm. 2. in tit. de poss. ad L. 1. pr. (ib. p. 820.). Die L. 10. C. de poss. wird hier ausdrücklich angeführt, und außer derselben auch Theophilus (in §. 5. l. de interdicitis), dessen Stelle natürlich nicht die Veranlassung dieser Meinung seyn kann, weil er weder gekannt noch gebraucht war, als sie entstand (s. über diese Stelle FERRETTUS in L. 10. de poss., (in opp. T. I. p. 611.).

Meinung nicht scharf genug unterschieden wird (f. u.).
 Merillius, der gleichfalls diese Erklärung annimmt,
 legt sie mit einer Frage in Verbindung, die weiter
 unten vorkommen wird (1). — War die Fiction, auf
 die sich das Daseyn des Besizes gründete, so groß,
 daß man mit einer bloßen *civilis possessio* nicht aus-
 zukommen glaubte, so nannten sie Viele seit Baldus:
civilissima (2).

Eben so alt als jene Meinung scheint die andere
 zu seyn, welche den Sinn der Römischen Juristen
 richtiger angiebt, indem sie die ganze Unterscheidung
 der *possessio civilis et naturalis* auf die juristische
 Wirkung des Besizes bezieht, unter *civilis possessio*
 also die Art des Besizes versteht, welche von den
 Gesetzen (in irgend einer Rücksicht) approbirt, also
 der *naturalis* vorgezogen wird. Sie findet sich nämlich
 bey Bassian (*Ioannes*), der mit Placentin und
 Azo zugleich lebte, und der Lehrer (*dominus*) des
 letzten war.

In dieser Meinung nun stimmen mit den Glossa-
 toren, bey denen sie sich zuerst nachweisen läßt, alle
 neuere Juristen überein: aber es haben sich in ihr

(1) MERILLII observ. lib. 2.
 cap. 31. 32, f. u. §. II.

le mort saisit le vif, P. I. de-
 clar. 7. num. 3.

(2) TIRAQUELLUS in tract.

wieder drey Hauptparteyen gebildet, die hier genau unterschieden werden müssen.

Die erste dieser drey Parteyen, deren Meinung der Wahrheit am nächsten kommt, nennt nur den Besitz, der alle mögliche Wirkungen eines Besitzes überhaupt in sich vereinigt, *possessio civilis*: also den Besitz des Eigenthümers selbst sowohl als den Usucapionsbesitz. *Possessio naturalis* dagegen nennt sie den Besitz, dem etwas fehlt, d. h. bey welchem zwar die Interdicta möglich sind, aber nicht die Usucapion. Von beiden unterscheidet sie die bloße Detention (*tenere, esse in possessione* etc.), die gar nichts juristisches ist. — Das erste, was an dieser Erklärung zu loben ist, besteht darin, daß sie den Begriff der *possessio civilis* im allgemeinen (1) richtig bestimmt; ein zweiter und größerer Vorzug liegt in dem einfachen Begriff der juristischen *possessio* (§. 7. num. 3.), der hier, im Gegensatz der bloßen Detention, eben so

(1) aber auch nur im allgemeinen, denn streng wird darauf nicht gehalten. So z. B. bezieht man häufig die *possessio civilis* bloß auf die *justa causa* in der Usucapion, und gebraucht folglich das Wort auch da, wo aus andern Gründen, z. B. wegen der *mala*

fides, Usucapion gehindert ist. (BARTOLUS in L. 1. pr. de poss., num. 8.) Diese Unbestimmtheit war eine nothwendige Folge davon, daß man die Bedeutung der *possessio civilis* aus dem allgemeinen Sprachgebrauch abzuleiten versäumte.

richtig gedacht als bezeichnet ist: deswegen sind die Schriften, worin diese Erklärung zum Grunde liegt, sicher zu gebrauchen als alle andere. Der einzige Fehler dieser Erklärung (denn die Fehler der Anwendung gehören nicht hierher) liegt in der unrichtigen Bedeutung, die sie der *possessio naturalis* giebt. — Folgende Schriftsteller sind hier vorzüglich zu bemerken:

IOANNES BASSIANUS.

ODORREDUS in *L. 3. §. 5. de poss.* (fol. 56.) in *L. 12. pr. eod.* (fol. 58.) et in *L. 3. pr. ut possidetis* (fol. 101.).

CUIACIUS in *observ. Lib. 9. Cap. 33.* (1569.)

GEORG. OBRECHT de *possessione Cap. 3 — 5.* (p. 524. *Disp. collect. Ursell. 1603. 4.*)

SCIPIO GENTILIS de *donat. inter vir. et uxor. Lib. 2. Cap. 30.* (opp. T. 4. p. 297.).

VALENTIA in *illustr. jur. tract., Lib. 1. Tract. 2 Cap. 3.*

RAMOS in *tit. Dig. de poss., P. 1. §. 18. 19.* (ap. *Meermann. T. 7. p. 82.*)

RETES in *tit. Dig. de poss. P. 1. C. 2.* (ap. *Meermann. T. 7. p. 458.*)

POTHIER *Pandectae Iust. Lib. 41. Tit. 2. p. 121.* — und: *traité de la possession Chap. 1. Art. 2. p. 8 — 17.*

Bassian's Meinung kennen wir fast nur aus den untreuen und dürftigen Auszügen des Accurs, in welchen alle vorräthige Meinungen in der größten Verwirrung durch einander laufen, obgleich er selbst die des Bassian den übrigen vorzieht: aber die Anwendungen, in denen sie gelegentlich vorkommt, sind hinreichend, eine deutliche Vorstellung davon zu geben (1). Nur dem wahren Eigenthümer, und dem welcher usufructuirt, wird *possessio civilis* zugeschrieben: der *emphyteuta*, der *fructuarius*, der Vasall haben *possessio naturalis*, und eben so der *praedo*, der ohne Titel einen fremden Besitz occupirt: der Pächter u. hat gar keinen Besitz, sondern bloße Detention. Hieraus erklärt sich der Streit, welchen Bassian mit Placentin und Azo darüber führte (2), ob die posses-

(1) GLOSSA in L. 1. §. 3. *de poss.* „Non ergo omnis „detentatio est possessio, sed „triplex est: nam alia civilis, alia naturalis, in quarum utraque quaerenda duo „exiguntur“ (nämlich factum und animus: diese gelten also allein als juristische *possessio*): „alia detentatio; ut hic: qualem etiam habet colonus.“ — GLOSSA in L. 3. §. 5. *de poss.*: Diese Stelle enthält alle die

Anwendungen, von welchen hier Gebrauch gemacht wird, und führe sie ausdrücklich als Bassian's Meinungen an.

(2) GLOSSA in L. 1. *pr. de poss.*: „. . . non duae sunt (possessiones) sed una secundum PLACENTINUM et AZONEM. At IOANNES et alii dicunt duas esse . . . quod est tutius.“ — AZO in *lectura in l. 10. C. de poss.*: „Et „est hoc notandum, quod

sio civilis und *naturalis* verschiedene Arten des Besizes seyen, oder ob es nur einen Besitz gebe: das erste mußte Bassian behaupten, das letzte Placentin und Azo, weil nur von jenem, nicht aber von diesen die ganze Distinction auf verschiedene Rechte des Besizes bezogen wurde. — Die fernere Geschichte von Bassians Meinung ist sehr merkwürdig. Zuerst hat Bartolus eine ganz unscheinbare Aenderung damit vorgenommen, in der That aber einen sehr großen Irrthum dadurch herbeigeführt (1). Er hielt es wahrscheinlich für unanständig, daß der bloße Praedo ganz dieselbe possessio (*naturalis*) haben sollte, wie der Basall und andere rechtliche Leute: deswegen nahm er außer der possessio *civilis* und *naturalis*, noch eine dritte wahre possessio (unterschieden von der bloßen Detention) an, die er *corporalis* nannte und nur dem praedo zuschrieb. Nun bezog er die

„quidam dicunt, et dominus
 „meus dixit quandoque, quod
 „diversae sunt possessiones, sc.
 „civilis et naturalis, sed con-
 „tra est.“ — ODOFRED. in
 L. 1. de poss. (f. 52.) et in
 L. 4. C. eod. (f. 105. 106.)

(1) BARTOLUS in Digestum Novum, L. 1. pr. de poss., num. 7 — 15. — Daß

er etwas neues sagen will, zeigt nicht nur die ausführliche Darstellung, sondern auch die Art, wie er darauf aufmerksam macht: Adverte ergo „ad me. Mihi videtur, quod „antiqui et moderni DD. „multum deviarunt a mente „juris in hac materia.“

possessio *civilis* auf das Eigenthum, durch dessen *justa acquisitionis causa* sie begründet werde, die *possessio naturalis* ganz eben so auf die *jura in re*; und unterschied von beiden die *possessio corporalis*; d. h. den Besitz, welchem aller Rechtstitel fehlt. In dem aber bey dieser Eintheilung auf die Existenz und Qualität eines Rechts gesehen wird, was dem Besitz zum Grunde liegt, wird der eigenthümliche Gesichtspunct für den Besitz selbst mehr verrückt, als durch irgend eine andere Meinung. — Euzaz, der in früheren Schriften die richtigere Ansicht des Bassian vielleicht unter allen am besten dargestellt hatte (s. o. S. 128), nahm späterhin die Erklärung des Bartolus an, aber mit einem neuen Zusatz, wodurch dieser Irrthum aufs höchste getrieben wurde (1). Er behauptet

(1) CUIACII observ. L. 27. „est, quae jure vel animo
C. 7. (1585). — Ej. notae „domini possidetur . . . Na-
posteriores in Instit. §. 4. „turalis tantum ea est, quae
per quas pers. (1585). — „Est „alio jure apprehensa est,
„civilis possessio, est natura „quam dominii, veluti jure
„lis, est corporalis: civilis, „pignoris, vel jure usufruc-
„naturalis, justa est: corpo „tus. Eam quae nullo jure
„ralis injusta: hanc pupillus „impudenter a praedone nul-
„sine tutore amittit, non „lum jus, nullum titulum ad-
„civilem, non naturalem.“ — „surgente et praetexente sibi,
Ej. recit. in L. 1. pr. de poss. „possidetur, jus non novit,
(1588.) in opp. ed. Neap. „non spectat. Plerumque
1722. T. 8. p. 239: „Civilis „praedo omnis et pervasor

nämlich, was Bartolus nicht behauptet hatte, die *possessio corporalis* werde von den Gesetzen gar nicht als ein juristisches Verhältniß, als Bedingung von Rechten, anerkannt. Da es sich aber doch nicht abläugnen läßt, daß auch der *praedo* die *Interdicte* hat, so erklärt dieses *Cuja*; dadurch, daß ein solcher unrechtlicher Besizer gewöhnlich einen rechtlichen Grund seines Besizes vorgebe: nicht der Besitz selbst, sondern dieser vorgegebene Rechtsgrund desselben sey der Grund der *Interdicte*, und ohne dieses Vorgeben seyen sie gar nicht begründet. Es ist kaum möglich, eine Ansicht des Besizes zu finden, welche dem Römischen Recht mehr entgegengesetzt wäre als diese.

Die zweite Partey nimmt den ganzen Unterschied viel einfacher an als die erste. Nämlich der *possessio civilis*, die auch *possessio* schlechthin heißt, und durch welche die *Usucapion* möglich wird, wird hier nichts entgegengesetzt, als die *possessio naturalis* (*esse in possessione, non possidere*), welche folglich alle andern Fälle umfaßt, ohne Unterschied, ob sie eine wahre *possessio*, d. h. das Recht der *Interdicte*, enthalten

„alienae possessionis sibi fingit titulum aliquem . . .
 „At si quis sit, qui nullum
 „sibi titulum adingat, ejus
 „possessionem jura non spec

„tant.“ — *Ej. Scholia s. Comment. in Institutiones*, §. 4. *per quas per*, in opp. T. 8. p. 96.

oder nicht. — Die *possessio civilis* ist also auch hier richtig erklärt, aber daß die *possessio ad interdicta* von der bloßen Detention nicht unterschieden wird, ist ein sehr bedeutender Fehler, und eben deswegen fehlt hier der richtige Begriff der juristischen *possessio* (§. 7. num. 3.) gänzlich. Die bedeutendsten Schriftsteller sind folgende:

FERRETTUS in *L. 1. pr. de poss.*, num. 11 — 13.

(opp. T. 1. p. 519. 520.) et in *L. 12. de*

poss., num. 31. 32. (ibid. p. 611.)

BRISSONIUS de verb. sign. v. *civilis* num. 3, v.

possessio num. 3. 4, v. *justus*.

MURETUS in epistolis, Lib. 3, ep. 81. (opp. ed.

Ruhnken. Vol. 1. p. 643.)

GALVANUS de usufructu Cap. 33. §. 10 — 12. —

Hier wird durch neu erfundene Distinctionen

die Lücke ausgefüllt, die in der Römischen

Terminologie durch diese Erklärung ange-

nommen wird.

VINNIUS in select. quaest. Lib. 2. Cap. 36. —

Besser als die übrigen Schriften dieser

Partey.

DOMAT, loix civiles, Partie 1, Liv. 3, Tit. 7,

préambule.

Westphal über die Arten der Sachen 2c. Th. 2.

Cap. 2. §. 52 — 64.

HOPACKER in princ. jur. Rom. T. 2. §. 759. 760. —

Er erklärt selbst, daß er meist nach SALVANIUS gearbeitet habe.

MALBLANC, princ. jur. Rom., P. 2. §. 191.

Jetzt ist noch die dritte Partey übrig, welche unter der *possessio civilis* allein juristischen Besitz überhaupt versteht, er mag die Usucapion oder nur die Interdicta begründen, welchem juristischen Besitz nun die bloße Detention (*possessio naturalis, esse in possessione, non possidere*) entgegengesetzt wird. Der eigenthümliche Fehler dieser Meinung liegt in der völlig unrichtigen Bestimmung der *possessio civilis*, und es ist eine nothwendige Folge davon, daß sie den einfachen Begriff des juristischen Besizes überhaupt, worauf immer das meiste ankommt (s. o. S. 67.), und von dessen Voraussetzung sie selbst sogar ausgeht, unmöglich festhalten kann. Denn da über keinen Punkt die Gesetze deutlicher reden, als darüber, daß in gewissen Fällen (besonders bey der Schenkung unter Ehegatten) keine *possessio civilis* angenommen werden soll, so müssen nun diese Fälle von dem juristischen Besitz überhaupt ausgeschlossen werden, wodurch denn diese Meinung in der Anwendung unrichtiger wird als alle andern. Zugleich ist es klar, daß unter den drey dargestellten Modificationen der Erklärung, nach welcher überhaupt die juristische Wirkung die *possessio civilis* be-

stimmt, keine so leicht als diese dritte in die allererste Erklärung übergehen kann, nach welcher die *possessio civilis* einen juristisch fingirten Besitz bedeutet (S. 123 u.). Denn es bedarf dazu nur des einfachen Satzes, der aber eben so falsch als practisch wichtig ist: wo eine *possessio civilis* unmöglich ist, ist auch die juristische Fiction des Besitzes unmöglich. Deswegen sind bey den ältern Schriftstellern gewöhnlich beide Erklärungen vermischt (S. 126), ja es ist bey Manchen völlig willkürlich, zu welcher von beiden Parteyen man sie rechnen will. — Hierher gehören nun besonders folgende Schriftsteller:

MARTINUS GOSIA, dessen Meinung in einer ungedruckten anonymen Glosse zum Titel des *Codex de possessione* enthalten ist (Ms. Paris. 4517.): „Duplex ratio possessionis est secundum M., alia pro suo, quae civilis est, alia pro non suo, quae naturalis. Pro suo civilis juris est, quae animo et corpore acquiritur, quandoque suo, quandoque alieno, ut in re peculiari et per quemlibet alium. Retinetur autem quandoque animo solo, quandoque animo et corpore suo aut alieno. Quaecunque corpore retinetur alieno, pro non suo est quantum ad

„eum qui detinet, quae dicitur naturalis
„et est facti ut colonaria.“

ZASIUS in *L. 3. §. 5. de poss.*, (opp. ed. Francof.
1590. T. 3. p. 111.)

VACONIUS A VACUNA in *declarat.*, Lib. 2. decl. 68
— 71. (fol. 63 — 68. ed. Rom. 1556. 4.)

Er vergleicht die *possessio civilis* der Phantastie, die *possessio naturalis* den Sinnen, und führt diese Vergleichung mit großer Geduld durch.

CORASIUS in *tit. de poss.* (opp. ed. FORSTER, Viteb. 1603. f., T. 1. p. 921. 922.)

CONTIUS in *disput.* Lib. 1. Cap. 9.

CHARONDAS in *verisimil.* Lib. 1. Cap. 6. (bey Otto B. 1. S. 699).

FRIDERUS MINDANUS *de materia possessionis* Cap. 1.
num. 16 — 20.

TURAMINUS *de subst. poss.* C. 8. (opp. p. 289 — 299.)

OROZ *de apicibus jur. civ.* Lib. 4. Cap. 2. §. 8. 9.

CUPERUS *de natura possessionis.* P. 1. C. 3. 4.
(p. 24 — 48.)

FLECK in *tit. pand. de poss.* p. 9 — 15.

Thibaut über Besitz §. 11. (1).

(1) In den Fußnoten zu seiner Ausgabe hat er diese Meinung aufgegeben.

Aus dieser Uebersicht ergiebt es sich von selbst, daß Cuper's Meinung nichts weniger als neu ist, obgleich er selbst sie für neu zu halten scheint: Vertheidigt hat er sie mit bessern Gründen und ausführlicher, als diese oder eine andere Meinung je vertheidigt worden ist, und er hat sich schon durch diese Erschöpfung etw. es möglichen Irrthums ein bedeutendes Verbleisf erworben; noch wichtiger aber ist seine vortreffliche Erklärung der L. 10. C. de poss., durch welche Erklärung alle Gelegenheit zu einer andern falschen Rettung (s. o. S. 124.) völlig aufgehoben worden ist. Nicht nur Cuper's Gründlichkeit, sondern auch der unbedingte Beifall, den seine Ansicht gefunden hat, macht es nöthig, der allgemeinen Widerlegung, die in dem Beweise meiner eignen Meinung enthalten ist, einige besondere Bemerkungen hinzuzufügen. — Um den Gegensatz der *possessio civilis* und *naturalis* zu bestimmen, schlägt Cuper einen Weg ein, der für den Erfolg seiner ganzen Untersuchung entscheidend ist: er geht aus von dem Begriff der *possessio naturalis*, (also von einem negativen Begriff); zeigt, daß darunter der nichtjuristische Besitz verstanden werden müsse, und bestimmt man die *possessio civilis* als der *possessio naturalis* logisch entgegengesetzt, folglich als juristischen Besitz überhaupt. So ist es sehr natürlich, daß ihm das eigen-

stänliche der *possessio civilis*, nämlich die Beziehung auf *jus civile*, ausgehen mußte, und es ist nur das dabey auffallend, daß Er, bey einer so gründlichen Kenntniß der Quellen des Römischen Rechts, nicht hinterher an die specielle Bedeutung erinnert wurde, die das *jus civile* im Römischen Recht hat. Daß er seine Erklärung von *possessio civilis* nicht noch direct beweiß, vorsteht sich von selbst: er führt nur, gleichsam zur Erinnerung an eine bekannte Sache, zwey andere Anwendungen an (*cognatio civilis*; und *bonorum appellatio civilis*), die allein schon hinreichend sind, seine Erklärung zu widerlegen. Nachdem so der Grund einer falschen Erklärung gelegt ist, kann diese wahrlich auch in den bedeutendsten Anwendungen auf keine Weise mit dem Römischen Recht übereinstimmen. Sehen wir nämlich, daß in der That *possessio civilis* den juristischen Besitz bezeichne, so kann das nichts anderes heißen, als: die *possessio civilis* hat juristische Wirkungen, welche die *naturalis* nicht hat. Welches sind nun nach Er der diese Wirkungen? die *usucapion* nicht allein, sondern unter andern auch die *Interdicta*: nun steht aber zufällig von einem *Interdict* ausdrücklich in den Pandekten, daß es auch außer der *possessio civilis* gelte (1), also — sind nur einige *Interdicta*

(1) L. 1. §. 9. de vi.

dem juristischen Besitz eigen, und die Begriffe müssen nun vollständig so bestimmt werden: juristisch (*civilis*) heißt der Besitz, wenn er entweder die *Usucapion*, oder doch wenigstens die *interdicta uti possidetis et utinam* zur Folge hat, nichtjuristisch (*naturalis*), wenn er alle jene Wirkungen nicht hat, abgesehen er andere Wirkungen, namentlich das *interdictum unde vi*, abzuwehren kann. Die Unrichtigkeit dieser practischen Unterscheidung unter den verschiedenen Interdicten, kann erst unten, bey den Interdicten selbst, bewiesen werden; da aber schlechterdings nicht einzusehen ist, warum das *interdictum de vi* weniger juristisch seyn sollte, als die übrigen Interdicten, so ist schon jetzt offenbar, welche willkürliche, unlogische Bezeichnung ihrer Begriffe den Römischen Juristen durch diese Erklärung zugeschrieben wird: ja es wäre schwer zu begreifen, wie dennoch Cuper den ersten Theil seiner Schrift mit einem so großen Lob der Römischen Jurisprudenz beschließen konnte, wenn nicht dieses Lob zu den Inventariestücken aller eleganten Schriften gehörte. Endlich ist schon oben bemerkt worden, daß die Interpretation der entscheidenden einzelnen Stellen des Römischen Rechts nach dieser Erklärung durchaus misslingen mußte (§. 70 num. 1.), so daß Cuper, dessen Talent zur Interpretation ausserdem nicht zu verkennen ist, gradezu vorauszusetzen genöthigt war, Paulus habe sich selbst

widersprochen (1); da doch nach EUPER'S ganzer Erklärung, bey so höchst einfachen Begriffen, bey welchen gar nicht etwa ein Streit der verschiedenen Schulen vorkam, an einen solchen Widerspruch gar nicht zu denken ist.

Da es nun keiner unter allen diesen Erklärungen gelingen wollte, allgemein anerkannt zu werden, so haben Viele die Wahrheit dadurch am sichersten einzufangen geglaubt, daß sie alle Meinungen zugleich angenommen haben (2). Auf diese Art allein kann man sicher seyn, von keinem Leser ganz verworfen zu werden; und um es nicht merken zu lassen, daß es

(1) Nämlich in L. 2. §. 4. *de poss.* und L. 26. *pr. de don. inter vir. et uxorem.*

(2) Das ist unter andern in folgenden Schriften der Fall, freilich auf verschiedene Weise: FACHINEI *controv.* L. 8. Cap. 5. MERENDAE *controv.* L. 12. Cap. 15. (Tom. 2. ed. Bruxell. 1745.) THOMASII *notae in Digest.* (Halaë 1713. 4.) lib. 41. tit. 2. (p. 321.) OPPENRIITER, *Summa possessionis* P. 1. C. 2. §. 8 — 24. Glück's *Commentar über die Pandekten* Th. 2. §. 180.

Spangenberg vom Besiz §. 115 — 118. — Schon unter den Glossatoren findet sich eine Spur dieser Erklärungsart, nämlich in einer ungedruckten Glosse des Piseus zu L. 38. §. 7. *de verb. oblig.* (Ms. Paris num. 4487. a.) „... civi- „liter possidere dicitur mul- „tis modis: dicitur enim pos- „sidere quis civiliter id est „animo! dicitur possidere „civiliter, id est iuxta; dici- „tur etiam possidere civili- „ter, id est de jure civili, „et hoc ad personas refertur „ut hic . . .“

eigentlich entgegengesetzte Meinungen sind, die hier friedlich neben einander wohnen, hat man sie durch allerley Namen (1) in Verbindung gesetzt, und nun ganz ruhig angenommen, das sey auch die Meinung der Römischen Juristen.

In dieser ganzen Uebersicht habe ich den einzigen Schriftsteller nicht genannt, der die gewöhnlichen Fehler allein vermieden hat. Bey Donellus nämlich findet sich keiner dieser terminologischen Irrthümer, und er kann daher überhaupt zu keiner Partey gerechnet werden. Da er aber den Besitz nur in dem System des ganzen Römischen Rechts abhandelte, so lag es nicht in seinem Plane, seinen Sprachgebrauch aus Gründen abzuleiten und polemisch durchzuführen, wodurch es allein möglich gewesen wäre, ihn deutlich und sicher vor allem Mißverständniß hervortreten zu lassen: und da sogar keine deutlich ausgesprochene Ansicht des Besitzes im Zusammenhang des ganzen Systems völlig unbemutzt geblieben ist, so kann es um so weniger auffallen, daß man auch von seiner Terminologie ganz und gar keine Notiz genommen hat.

§. 11.

Die Untersuchung über den Begriff des Besitzes scheint jetzt völlig geschlossen. Es kam dabey alles auf

(1) z. B. weiteste, wei. Bedeutung, a *forma* und a *more*, engere und engste do u. f. w.

die zwei Fragen an: welches ist die juristische Bedeutung des Besizes im Römischen Recht? (§. 2 — 8.) und welches sind die materiellen Bestimmungen seines Begriffs, d. h. unter welchen Bedingungen ist das Daseyn des Besizes anzunehmen? (§. 9.).

Die ganze folgende Theorie des Besizes schließt sich unmittelbar an diesen Begriff an, da in allem Erwerb oder Verlust des Besizes eine Anwendung oder Modification dieses Begriffs enthalten ist. Unter diesen Anwendungen aber, in welchen der Begriff des Besizes selbst erscheint, findet sich eine Regel, die so allgemeiner Natur ist, daß sie auf alle Theile unserer Theorie Einfluß hat, und an keiner andern Stelle als hier entwickelt werden kann.

Diese Regel lautet so: aller Besitz ist ausschließend (plures eandem rem in solidum possidere non possunt). Ihre Bedeutung, so wie ihre Wahrheit, soll hier untersucht werden, und diese Untersuchung wird zugleich Gelegenheit geben, unsere terminologischen Resultate durch die Anwendung deutlicher zu machen, als es in allgemeinen Begriffen geschehen kann.

Es ist also die Rede von einem Besitz derselben Sache (in solidum). Besitzen Mehrere eine Sache gemeinschaftlich (compossessio), so daß ihr Besitz sich wechselseitig beschränkt, so ist nur scheinbar die-

selbe Sache der Gegenstand ihres Besizes, denn jeder besitzt einen Theil der Sache allein, die übrigen Theile gar nicht, und daß diese Theile nicht reell, sondern ideell von einander abge sondert sind, macht juristisch betrachtet gar keinen Unterschied. Jeder besitzt also eine Sache für sich, und sie stehen zu einander ungefähr in demselben Verhältnisse, wie die Besitzer zweier benachbarten Häuser. Darum kommt auch weder das Wort *compossessio*, noch der Begriff bey den Römischen Juristen vor, und sie bestimmen bloß, wie weit Jeder für sich einen ideellen Theil einer Sache besitzen könne, da sich denn die Möglichkeit eines andern Besitzers der übrigen Theile von selbst ergibt, das Verhältniß zu diesem Mitbesitzer aber gar nichts Eigenes hat.

Die ganze Untersuchung ist dadurch verwickelt geworden, daß unter den Römischen Juristen selbst verschiedene Meinungen darüber herrschten. Einige verneinten ganz allgemein die Möglichkeit eines solchen Besizes, andere nur mit Ausnahmen, z. B. so, daß die *justa possessio* der einen Person nicht durch die *injuncta possessio* der andern ausgeschlossen seyn sollte u. s. w. Diese verschiedenen Beschränkungen der zweiten Meinung interessieren uns hier noch nicht, es ist hinreichend, sie als der ersten entgegengesetzt zu betrachten, und die Frage kann nun so ausgedrückt wer-

den; ist *possessio* Mehrerer Personen an derselben Sache möglich? wird die Frage bejaht, so ist es dann Zeit, die Bedingungen dieser Möglichkeit hinzuzusetzen.

Aus diesem allgemeinen Ausdruck der Frage selbst ergibt es sich also, daß *possessio* der Gegenstand derselben ist. Nun bezeichnet aber dieses Wort den Besitz auf zweierley Art, indem theils das natürliche Verhältnis der Detention, theils der juristische Besitz, d. h. die Bedingung der Usucapion und der Interdicte, darunter verstanden wird (§. 7. num 5.): welche dieser Bedeutungen liegt hier zum Grunde? die Regel, die oben hierüber aufgestellt worden ist, entscheidet das leicht. Da nämlich diese Frage von den Römischen Juristen zum Gegenstand ihrer Untersuchungen gemacht wird, so kann von keinem andern als dem juristischen Besitz die Rede seyn, da die natürliche Detention weder juristische Bestimmungen in ihrem Begriff haben, noch auch durch irgend eine juristische Wirkung es nöthig machen kann, ihr Daseyn juristisch zu bestimmen.

Es wird also hier von dem einfachen Begriff der juristischen *possessio* Gebrauch gemacht, der sich auf Usucapion und Interdicte zugleich bezieht (§. 7. num. 3.), und durch diese vorläufige Bestimmung der Frage ist schon der größte Theil der falschen Antworten abgewiesen, die man bisher darauf gegeben hat. So glauben Einige, dieselbe Wirkung des Besizes

können freilich nur Einer genießen, zu verschiedenen Wirkungen aber sey ein Besitz Mehrerer denkbar: allein es giebt nur zwey Wirkungen des Besitzes, und diese stehen in einem solchen Verhältnis, daß es ein und derselbe Besitz ist, welcher beide bedingt. — Andere haben *civilis possessio* auf einer Seite, *naturalis possessio* auf der andern zugelassen, und nur etwa die *naturalis possessio plurium in solidum* ausgeschlossen: allein auch das ist unmöglich, denn die *naturalis possessio*, welche neben einer fremden *civilis possessio* möglich seyn soll, ist entweder selbst wieder ein juristisches Besitz, und dann ist sie hier, wo von *possessio* überhaupt die Rede ist, von der *civilis possessio* gar nicht verschieden, oder sie ist bloße Detention, und dann ist sie kein Gegenstand einer juristischen Untersuchung.

Soll nun angenommen werden, daß Mehrere denselben Besitz zugleich haben können, so ist es klar, daß dieses nur durch eine juristische Fiction möglich sey. In dem ursprünglichen Begriff des natürlichen Besitzes (§. 1.) war nämlich die ausschließende physische Möglichkeit einer Einwirkung auf die Sache enthalten: von dieser Art ist der Besitz eines Geldstücks, das man in der Hand hält, und hier ist es klar, daß ein solcher Besitz nur in Einer Person gedacht werden könne. Allein der Besitz gilt als Recht,

und wird deshalb oft fingirt, wo jener ursprüngliche Begriff nicht mehr anwendbar wäre (§. 5): so wird der Besitz eines Hauses auch dann noch als fortdauernd angenommen, wenn der Bewohner desselben herausgegangen ist, ohne es auf irgend eine Art zu verwahren. Auf eine solche Fiction also müßte sich der gleichzeitige Besitz mehrerer Personen gründen, da der ursprüngliche Begriff des Besizes ihn ausschließt, und nun ist die Frage, die hier beantwortet werden soll, so auszudrücken: gibt es eine juristische Fiction, wodurch mehrere Personen als gleichzeitige Besitzer derselben Sache angenommen werden?

Die Römischen Juristen waren hier in zwey Partheyen getheilt. Die eine (P a u l u s und P a u l u s) läugnete die Möglichkeit solch. Besizes durch: ihre Meinung ist nicht nur im allgemeinen von den Compilatoren der Pandekten gebilligt, sondern sie kann auch durch alle Anwendungen durchgeführt werden. Die zweite (T r e b a t i u s, S a b i n u s und J u l i a n) ließ jenen Besitz zu, jedoch nur so, daß Eine Person *possessio justa*, die andere *possessio injusta* haben könne: zwey *injustae possessiones* sollten nicht nebeneinander bestehen können, und eben so wenig zwey *justae possessiones*, einen einzigen Fall ausgenommen, welcher aber mit einem Fall der *injusta possessio* selbst in Verbindung steht. Diese

Distinction bezieht sich hier auf die *vitia possessionis* (§. 2. 8.), und es ist daher nur in folgenden drey Anwendungen die Verschiedenheit jener Meinungen aufzusuchen: A) wenn der Besitz einer Sache mit Gewalt occupirt wird, in welchem Fall nämlich neben dieser *possessio injusta* die *possessio justa* des vorigen Besitzers soll fortdauern können. B) eben so, wenn h e i m l i c h ein Besitz occupirt wird, den ein Anderer bisher hatte. C) wenn durch ein *precarium* der Besitz erlangt worden ist. Damit dieser letzte Fall ganz verstanden werden könne, müssen hier einige Sätze eingeschaltet werden, die erst bey den Interdicten vollständig und in ihrem wahren Zusammenhange darzustellen sind. *Precarium* heist das Verhältniß, in welchem ohne juristisches Geschäft die Ausübung irgend eines Rechts einem Andern überlassen wird. Der gewöhnlichste Fall betrifft die Ausübung des Eigenthums, also den (natürlichen) Besitz, weil dieser die Bedingung jener Ausübung ist. Diese *precaria possessio* aber kommt auf zweierley Art vor: theils so, daß die bloße Detention, theils so, daß der juristische Besitz dem Andern überlassen wird (1). Im ersten Fall geht zunächst kein Besitz über, aber er wird hinterher erworben, wenn die Zurückgabe der Sache

(1) „ . . . *precario autem* „sed ut in possessione esset
 „rogavit, non ut possideret, „ . . .“ L. 10. §. 1. de poss.

verweigert wird; diese *possessio* ist ohne Zweifel *injusta*, und nun ist das *interdictum de precario* (als *interdictum recuperandae possessionis*) begründet, Im zweiten Fall wird gleich im Anfang der Besitz übertragen, diese *justa possessio* aber wird erst durch die Verweigerung der Zurückgabe *injusta*, und nun ist das Verhältniß dem des ersten Falls gleich geworden. Demnach kann man durch *precarium* theils eine *injusta possessio* haben, und dann wird dieselbe Frage aufgeworfen, wie bey der *possessio violenta* und *clandestina*: theils eine *justa possessio*, und dieses ist der einzige Fall, in welchem von manchen Juristen zwey *justae possessiones* neben einander angenommen wurden.

Also zuerst von der Regel im allgemeinen, dann von den drey Fällen ihrer Anwendung.

Die entscheidende Stelle über die Regel selbst ist von Paulus (1):

„ plures eandem rem in solidum
 „ possidere non possunt. *Contra naturam*
 „ *quippe est, ut cum ego aliquid teneam,*
 „ *tu quoque id tenere videaris.* Sabinus
 „ tamen scribit, eum, qui *precario* dede-
 „ rit, *et ipsum* possidere, *et eum, qui*
 „ *precario acceperit.* Idem Trebatius pro-

(2) L. 3. §. 5. *de poss.* PAULUS lib. 54. *ad edictum*).

§. 11. *Possessio plurium in solidum.* 149

„babat existimans, posse alium juste,
 „alium injuste possidere: duos injuste,
 „vel duos juste non posse (1): quem
 „Labeo reprehendit: quoniam in summa
 „possessionis non multum interest, juste
 „quis an injuste possideat: quod est ve-
 „rius: non magis enim eadem possessio
 „apud duos esse potest, quam ut tu
 „stare videaris in eo loco, in quo ego
 „sto: vel in quo ego sedeo, tu sedere
 „videaris.“

(1) Zu diesem Theil unsrer Stelle gehört L. 19. pr. de precario (IULIANUS lib. 49. Dig.): „Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere, aut clam, nam neque justae neque injustae possessiones duae concurrere possunt.“ Offenbar war es Julian's Meinung, daß dagegen die possessio justa des Einen neben der possessio injusta des Andern möglich sey, welcher positive Theil seiner Meinung aber von den Compilatoren ausgelassen werden mußte. — Die Frage, die hier Julian beantworten

will, ist diese: ist es möglich, eine precaria possessio mehreren Personen zugleich zu geben? Da nun die possessio precaria zunächst, nachdem sie gegeben ist, als justa possessio gilt, so ist es sehr natürlich, daß Julian die possessiones precarias, auf die sich seine Frage bezog, als possessiones justas der possessio violenta und clandestina als possessionibus injustis entgegen setzte, obgleich in andern Fällen auch die precaria possessio als injusta gelten kann. EUPER (de nat. poss. P. 2. C. 14.) hat diesen sehr natürlichen Zusammenhang abgeklüg-

Die ganze Stelle ist in folgende Sätze zu zerlegen:

1. Die eigne Meinung des Paulus, die hier Justinian zu der seinigen macht, steht gleich im Anfang und wird am Ende nur wiederholt: eine solche Concurrency mehrerer Besitzer, sagt Paulus, ist durchaus unmöglich, und zwar deswegen, weil aller Besitz entweder auf wahre Detention (*tenere*) oder auf die juristische Fiction derselben (*tenere videri*) gegründet ist: nun ist alle Fiction nur da möglich, wo das fingirte Factum selbst nicht unmöglich wäre: aber es ist unmöglich, daß mehrere Personen die Detention derselben Sache wirklich haben: also kann auch keine juristische Fiction diese Unmöglichkeit aufheben. (a)

2. Sabinus macht von dieser Regel eine Ausnahme bey dem *precarium*: hier sollen beide

nach, ohne einen andern an dessen Stelle zu setzen.

(1) Luper (*de nat. poss.* P. 2. C. 18.) hat diese Erklärung am besten entwickelt; sie selbst ist sehr alt, s. die Citate bey Glossem in L. Tanti XLV. num. 99. p. m. 289. — Paulus läugnet also nicht, was auch nicht läugnen läßt,

daß die Rechte des Besitzes in mehreren zugleich angenommen werden könnten, aber er behauptet, diese Annahme sey inconsequent, weil sie der Natur des Besitzes widerspreche. So muß die Unmöglichkeit verstanden werden, von welcher er redet.

Die Theile zugleich den juristischen Besitz haben können, und zwar ohne Unterschied, ob die *possessio precaria* eine *possessio justa* oder *injusta* sey.

3. Trebatius billigt diese Meinung, doch mit bedingter Modification, es müsse eine *injusta possessio precaria* seyn, wenn des Andern Besitz nicht ausgeschlossen seyn sollte: zugleich wird dieser Satz auf alle Concurrentz einer *possessio justa* und *injusta* ausgedehnt, und für alle übrigen Fälle negirt.

4. Beide Meinungen sind schon durch den Beweis widerlegt, den Paulus für die feindliche geführt hat. Aber gegen Trebatius führt Labeo (der also mit Paulus übereinstimmt) noch den besondern Grund an, auf den Unterschied der *possessio justa* und *injusta* könne nichts ankommen, wenn von der Existenz des Besitzes überhaupt die Rede sey (f. v. S. 76).

Eben so allgemein, wie in dieser Stelle des Paulus, wird derselbe Satz von Ulpian behauptet (1):

„Celsus filius ait, *duorum quiddam in solidum dominium, vel possessionem esse non posse.*“

(1) L. 5. §. 15. *commodati* (ULPIANUS lib. 28. *ad edictum*.)

Hier ist die Meinung des Celsus; wie das in vielen Stellen geschieht, von Ulpian nur um deswillen angeführt, weil es zugleich die seinige ist: am Ende der ganzen Stelle wird dieses dadurch noch deutlicher, daß Ulpian selbst die Meinung des Celsus durch Folgerungen daraus weiter fortführt.

Nun zu den Anwendungen jener Regel, in welchen die Regel selbst bestritten war:

A. Wer mit Gewalt eine Sache nimmt, hat ohne Zweifel den juristischen Besitz derselben: aber nach der Meinung des Trebatius müßte auch der vorige Besitzer noch als Besitzer gelten.

Nun ist soviel klar, daß dieser fortdauernde Besitz selbst nach dieser Meinung nicht in jeder Rücksicht behauptet werden konnte. Da man nämlich andere Interdicte hatte, um den verlorenen Besitz wieder zu erlangen (*recuperandae possessionis*), andere um sich im Besitz selbst zu erhalten (*retinendae possessionis*), so war es in Beziehung auf die Interdicte des vorigen Besitzers weder möglich noch nöthig, jene Fortdauer zu behaupten, und diese Ansicht war nicht etwa einigen Juristen eigen, sondern sie findet sich bey Allen, ja sie ist in dem Edict selbst deutlich ausgesprochen. Was man wieder erlangen will, muß man verlohren haben, und

was verloren ist, kann man jetzt nicht mehr haben. — Dennoch darf folgende Stelle nicht übergangen werden, die selbst hierin einigen Zweifel erregen könnte (1): „*Non alii autem, quam ei qui possidet* (2), *interdictum unde vi competere, argumentum praebet, quod apud Vivianum relatam est, si quis vi me dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri: quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.*“
 Nehren wir die Ordnung um, was auf den logischen Zusammenhang offenbar keinen Einfluss

(1) L. 1. §. 45. *de vi.*

(2) „*qui non possidet.*“ So lesen außer der Rehdiger'schen Handschrift folgende Ausgaben des Digesti Novi: Rom. 1476, Norimb. 1483, Venet. 1485, Venet. 1494, Lugdun. 1509. 1513, Paris. 1514. 1536. so auch wahrscheinlich noch viele andere. Erass (*spec. iur. Ciceronianae* p. 15.) und Fleck (*de interd. unde vi* p. 29.), der jenen wörtlich abschreibt, drücken das so aus: „*Accursius particulam: non inseruit,*“ gleichsam als ob Accurs kritische Noten zu

den Florentinischen Pandekten geschrieben hätte. Haesoander hat die Florentinische Lesart, obgleich Jauch (*de negat. Pand.* p. 82.) Erass und Fleck (l. c.) das Gegentheil sagen. Schon Markard hatte Jauch's falsche Angabe berichtigt (*interpr. L. 2. C. 18.*) — *Qui non possidet* liest ferner eine sehr gute Handschrift der öffentlichen Bibliothek zu Metz und 16 Pariser Mspte, in drey andern Pariser Mspten ist das *non* über dem Text supplirt, Eine aber (num. 448a.) liest: *qui possidet.*

hat, so ist dieses der Inhalt: „Tit. l. i. sagt:
 „wer aus einem Grundstück herausgeworfen wird,
 „habe dennoch nicht das *interdictum de vi*,
 „wenn seine Leute, die mit ihm zugleich den
 „Besitz ausübten, nicht auch herausgeworfen
 „werden: denn durch diese setzt Er selbst
 „seinen vorigen Besitz fort. Diese Ent-
 „scheidung bestätigt (*argumentum praebet*) die
 „allgemeine Regel, daß nur der das Interdict
 „gebrauchen kann, welcher jetzt nicht mehr
 „besitzt.“ Die innere Nothwendigkeit dieses
 Zusammenhangs giebt der Lesart: *qui non pos-*
sidet so entschieden den Vorzug, daß weder
 das Alter des Florentinischen Manuscripts,
 noch die viel unbedeutendere Uebereinstimmung
 der Basiliken (1) dagegen angeführt werden
 kann. Damit aber ist alle Schwierigkeit dieser
 Stelle gehoben, ohne daß es nöthig wäre, den
 Text selbst zu verändern (2).

(1) L. 60. T. 17. (bey Fa-
 brot Th. 7. S. 407.).

(2) Donellus (comm.
 L. 15. C. 32. p. m. 801.) er-
 klärt die Stelle sehr richtig,
 und folgert aus dieser Erklä-
 rung, daß nothwendig *non in*
 dem Text stehen müsse; unrich-

tig aber ist die Bemerkung, die
 er dabey macht: „*mendose le-*
 „*gitur in omnibus exempla-*
 „*ribus, etiam Florentinis*“
 etc. — Einige lesen: *qui pos-*
sedit, d. h. wer besessen hat,
 d. h. wer jetzt nicht mehr
 besitzt, und damit stimmt eine

Also auf die Interdicte des vorigen Besitzers (*dejectus*) konnte die Meinung des Trebatius nicht gehen: wohl aber auf die des neuen Besitzers (*deiciens*): wenn dieser nämlich gegen jenen das *interdictum uti possidetis* gebrauchen wollte, so schloß ihn ohne Zweifel eine Exception aus (1): nun läßt es sich denken, daß die Meinung des Trebatius diesen unbestrittenen practischen Satz dadurch erklären wollte, daß sie dem vorigen Besitzer in dieser Rücksicht fortdauernden Besitz zuschrieb. Unter dieser Voraussetzung, die bald durch eine Stelle Ulpian's (2) deutlicher und wahrscheinlicher werden wird, hätte der ganze Streit in dieser Anwendung keinen practischen Zweck gehabt, aber die Meinung des Paulus hätte darum nicht weniger den Vorzug der größeren Consequenz (3).

Pariser Handschrift überein (s. die vorlezte Note). Offenbar ist diese Erklärung sehr gezwungen. Sie steht zuerst bey Rutgers (var. lect. Lib. 6. C. 20.), welchem sie von Baudius mündlich mitgetheilt worden war: Grotius hat sie gebilligt (lor. spars. p. 185. ed. Amst. 1643. 12.).

(1) L. 1. pr. uti possidetis.

(2) L. 3. pr. uti possidetis.

(3) Auf diese Art könnte auch erklärt werden: L. 17. pr. de poss.: „Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum interdicto de vi recipiendae possessionis facultatem habeat.“ — Doch

Außer den Interdicten aber könnte der Satz des Trebatius auch auf die Usucapion sich bezogen haben, und nun wäre der Sinn dieser: wer mit Gewalt den Besitz verliert, hört deswegen doch nicht auf zu usucapiren. Von diesem Satz aber ist nicht nur in Justinians Compilation das Gegentheil entschieden (1), sondern es ist nach der ganzen Natur der Usucapion höchst unwahrscheinlich, daß ihn jemals ein Jurist behauptet habe.

B. Bey der heimlichen Occupation des Besitzes gilt ungefähr dasselbe, was über den gewaltsamen Besitz bisher gesagt worden ist. Indessen kommt hier eine besondere Regel bey Grundstücken in Betracht, die erst im dritten und vierten Abschnitt dargestellt werden kann. Deshalb ist es auch noch nicht möglich, eine Stelle von Ulpian (2) hier zu erklären, obgleich sie grade hier manche Mißverständnisse veranlaßt hat. Doch läßt es sich schon jetzt zeigen, daß

läßt sich diese Stelle besser ohne alle Beziehung auf unsre Frage erklären, und zwar entweder von der *hereditatis petitio*, die gegen den *dejectus* als *possessor* geht (§. 88.), oder von den *Cautionen*, wovon er

gleichfalls frey ist (§. 85.). Für das letzte spricht die *Inscription*, vergl. mit L. 11. 12. *qui satisd. cog.*

(1) L. 5. *de usurp. et usuc.*

(2) L. 6. §. 1. *de poss.*

weder Ulpian, noch Labeo, den er anführt, die Meinung des Trebatius auf diesen Fall anwenden: denn erstens haben Beide diese Meinung gar nicht gehabt (s. o. S. 150.), und zweitens sagt Ulpian am Ende: wenn der bisherige Besitzer verhindert werde, in sein Grundstück zurückzukehren, so habe der Andere eine *violenta possessio*. Da nun dieses nicht möglich wäre, wenn derselbe bis auf diesen Augenblick eine *clandestina possessio* gehabt hätte (1), so hat er nach Ulpian's Meinung bisher noch gar keinen Besitz gehabt, und Ulpian nimmt also hier nicht zwey Besitzer zu gleicher Zeit an.

C. Beide Fälle zugleich, der gewaltsame nämlich, so wie der heimliche Besitz, werden in folgender Stelle beurtheilt (2): „*Si duo possident in solidum, videamus, quid sit dicendum: quod qualiter procedat, tractemus.* „*Si quis proponeret possessionem justam, et injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior*

(1) „non enim ratio obtinenda possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est.“ L. 6. pr. de poss. — CUPERUS de nat. poss. P. 2. C. 20.
 (2) L. 3. pr. uti possidetis.

„sum interdictó: si vero non a me, neuter
 „nostrum *vinceretur* (1): nam et tu possi-
 „des et ego.“ — Ulpian spricht von dem
 interdictum uti possidetis, angewendet auf
 den Besiz, den Mehrere in solidum haben.
 „Wie ist das möglich? nur so, daß der Eine
 „juste, der Andere injuste, z. B. vi. oder
 „clam, besitzt.“ Hier ist offenbar von der Mei-
 nung des Trebatius die Rede, aber ohne daß
 diese gebilligt wird, was auch nach andern Stel-
 ten nicht möglich wäre (s. v. S. 150). Ulpian
 sagt: si quis *proponeret*: er nimmt also diese
 Meinung auf einen Augenblick als wahr an,
 um zu zeigen, wie das interdictum uti possi-
 detis nach ihr zu beurtheilen wäre (2). Offen-
 bar aber setzt er nur den Fall vorans, wenn der
injustus, nicht wenn der *justus* possessor das
 Interdict gebrauchen will, denn dieser hätte nach
 den Worten des Edicts selbst, also nach der
 Meinung aller Juristen das interdictum de vi
 und nicht das interdictum uti possidetis. Also

(1) So lesen: Rom. 1476, NOR. 1483, Ven. 1485. (FLO-
 RENT. cum rel. „*vincetur*.“
 Alle Mss., die ich kenne, stim-
 men mit dem Florentinischen

überein: auch kann die hier
 gegebene Interpretation ohne
 diese Lesart bestehen.

(2) CUIACIUS in observ.
 Lib. 9. C. 32, Lib. 5. C. 22.

ist die Frage die: ein *injustus possessor* gebraucht gegen den (vorigen) *justus possessor* das *interdictum uti possidetis*, welches ist der Ausgang des Processes? entweder, sagt Ulpian, ist der Beklagte von diesem Kläger aus dem Besitz gesetzt worden, und dann verliert der Kläger, so daß selbst jene Controverse hier keinen practischen Unterschied macht („*superior sum interdicto*“,“ nämlich nach allen Meinungen: nach der Meinung des Trebatius, weil der Beklagte noch Besitzer, und zwar besserer Besitzer war als der Andere, nach der Meinung des Paulus, wegen der bekannten Exception): oder er war von einem Dritten entsetzt worden, und diesen hat der jetzige Kläger wieder herausgeworfen, dann würde der Prozeß nicht zu entscheiden seyn (1)

(1) Daß dieses der einzig mögliche Sinn des: *neuter vinceretur* oder *vincetur* sey, daß also nun der Richter keinen Theil verhindern dürfte, dem Andern Gewalt anzuthun, läßt sich leicht zeigen, obgleich es oft bezweifelt worden ist. Nämlich die Condemnation des Beklagten wird, wie Alle zu-

geben, dadurch ausgeschlossen, aber eben so auch die Losprechung, denn theils ist bey diesem Interdict, als einem *remedium duplex*, jede Losprechung zugleich eine Condemnation, theils ist in dem ersten Fall, dem dieser zweite entgegen gesetzt wird, eben diese Losprechung gemeint.

„neuter *vinceretur*,“ nämlich nach der hier vorausgesetzten Meinung des Trebatius: anders nach der Meinung des Paulus und Ulpian, denn man mußte der Kläger gewinnen, weil der Beklagte weder selbst besaß, noch eine Exception gegen die Person des Klägers hatte). Hier zeigt sich also ein practischer Unterschied beider Meinungen, und dabey ist zugleich der Vorzug unsrer Meinung offenbar: ja es ist wahrscheinlich, daß Ulpian in dieser ganzen Stelle keine andere Absicht hatte, als durch diese Consequenz die Unhaltbarkeit der andern Meinung fühlbar zu machen.

D. Bey dem *precarium* sind zwey Fälle möglich: es ist entweder eine bloße Detention, die sich erst durch die Verweigerung in eine (*injusta*) possessio verwandelt, oder es ist gleich Anfangs der juristische Besiz überlassen (S. 147.): für den ersten Fall existirt außer der allgemeinen und verworfenen Meinung des Sabinus (S. 150.) durchaus keine Anwendung, wohl aber für den zweiten, und hier sind die Compileren so inconsequent gewesen, die Meinung des Sabinus wieder aufzunehmen, die sie schon im allgemeinen und in allen übrigen Anwendungen verworfen hatten. Die Stelle ist von Pompo-

nius (1), und sie sagt ausdrücklich, wenn die *possessio* selbst einem Andern überlassen sey, habe zwar dieser Andere ohne Zweifel den Besitz bekommen, aber auch der Erste habe ihn behalten, obgleich dieses letzte bestritten worden sey. — Untersuchen wir hier wieder die Bedeutung dieses fortdauernden Besitzes: 1) auf das Interdict des Ersten (des *rogatus*) kann er nicht sich beziehen, weil dieser ohne Zweifel ein *interdictum recuperandae possessionis* (de *precario*) hat. 2) auf das Interdict des Andern (des *rogans*) gegen den Ersten bezogen, hätte der Satz wieder keine practische Bedeutung, weil dieses Interdict auch ohne Besitz des Beklagten durch eine bloße Exception ausgeschlossen ist. 3) bey der *Usucapion* aber ist die Sache von Bedeutung, und hier behauptet demnach Pomponius, die *Usucapion* werde durch dieses *precarium* nicht unterbrochen. Aber grade dieser Zweck wird nach der andern Meinung auf eine Art erreicht, nach welcher diese Fiction eben so unmöglich als überflüssig wird: nämlich wenn die Sache zurückgegeben ist, wird nun der Zwischenbesitz des Andern dem vorigen Besitzer mit-

(1) L. 15. §. 4. *de precario binum*).

(Pomponius lib. 29. *ad Sa-*

gerechnet (1), und diese *accessio possessionis* gilt selbst dann, wenn er den Andern zur Restitution zwingen mußte (2), die *precaria possessio* also hinterher, durch die verweigerte Restitution, *injusta* geworden war. Nun ist es sehr natürlich, daß die Juristen, die diese *accessio possessionis* behaupten, über den Besiz des *rogatus* überhaupt grade das Gegentheil von

(1) „... si tamen *recepit possessionem rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur.*“ L. 13. §. 7. *de poss.* — Cuper (P. 2. C. 22.) findet es sehr seltsam, daß die Compilatoren diese Stelle auf die *Usucapion* bezogen haben, da sie ursprünglich das *interdictum utrubi* betraf. Alletti wie es nur *ei ne possessio* giebt, so giebt es auch nur *ei ne accessio possessionis*. Alle *accessio*, zu welchem Zwecke es sey, setzt nichts anders voraus, als ein Verhältniß juristischer *Succession* zwischen dem vorigen und jetzigen Besizer. *Succession* nämlich gilt nie bey dem Besiz an sich (C. 25.), son-

dern nur insofern etwas außer seinem bloßen Daseyn nöthig ist, z. B. Fortdauer durch einen bestimmten Zeitraum, wie bey dem *interdictum utrubi* und der *Usucapion*: nun aber ist diese *Accession* immer dieselbe in allen verschiedenen Anwendungen.

(2) „Si jussu judicis res mihi restituta sit, *accessionem esse mihi dandam placuit.*“ L. 13. §. 9. *de poss.* — Diese Regel geht auf alle Fälle überhaupt, in welchen eine juristische *Succession* zwar begründet ist (z. B. durch einen Kauf), die Restitution des Besizes selbst aber erzwungen werden muß. GIPHANIUS in L. cit. (lectur. *Actorph.* p. 467.).

dem sagen, was Pomponius als Regel aufgestellt hatte (1), und es ist hier weniger als in irgend einem Falle bedenklich, die eine Stelle der Pandekten durch die andere als aufgehoben zu betrachten, weil in der letzten für alles das gesorgt ist, was die erste, nur auf andere Art, bewirken wollte.

Die Resultate dieser Untersuchung über die Meinungen der Römischen Juristen sind diese:

1. Die Regel: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt* ist als Regel zu jeder Zeit anerkannt worden.
2. Die Ausnahmen dieser Regel, über welche allein gestritten wurde, waren nicht von großer Bedeutung.
3. In Justinians Compilation ist die Regel selbst, als allgemeine Regel, anerkannt.
4. Schon deswegen kann in dem neuesten Römischen Recht von keinen Ausnahmen mehr die Rede seyn, aber auch unabhängig davon läßt sich hier keine einzelne dieser Ausnahmen behaupten.

(1) „ . Si quis . . ea mente . . de poss. — Diese Stelle und „ possessionem tradidit, ut die L. 13. de poss. sind beide „ postea ei restituatur, desi- aus demselben Werke (ULPIA- „ nit possidere.“ L. 17. §. I. NUS ad edictum).

Hieraus folgen nun zwey sehr wichtige Regeln, die sich auf die ganze Theorie des Besitzes erstrecken:

- A.) Wenn die Gesetze sagen, daß der bisherige Besitz fortbauere, so folgt daraus, daß noch kein neuer Besitz angefangen haben könne.
- B.) Wenn die Gesetze einen neuen Besitzer anerkennen, so muß eben deshalb der vorige Besitz aufgehört haben.

Der practische Sinn beider Sätze wird durch folgende Beispiele deutlicher werden:

- A.) Beispiel für den ersten Satz: die Gesetze sagen, daß der Besitz eines Grundstücks, welches heimlich von einem Andern occupirt wird, solange fortbauere, bis der vorige Besitzer die Occupation erfahren habe (Abschn. 3.). Wenn nun der, welcher heimlich das Grundstück occupirt hat, von einem Dritten mit Gewalt herausgeworfen wird, so müßte dieser Dritte nach der Regel des Erwerbs überhaupt (Abschn. 2.) sogleich Besitzer geworden seyn: nach unfrem Grundsatz aber hat Er den Besitz noch nicht erworben. —
- B.) Beispiel für den zweiten Satz: Es ist oben (S. 107) bewiesen worden, daß bey dem *ager vectigalis* und der *Emphyteusis* der juristi-

sche Besitz dem Pächter zugeschrieben werden müsse. Von dem Verpächter sagen die Gesetze nichts: aber nach unserer Regel muß dessen voriger Besitz durch die Verpachtung nothwendig aufgehört haben.

Beide Sätze gehören an sich nicht zu den juristischen Modificationen des Besitzes (§. 26.) sondern sie folgen aus dessen ursprünglichem Begriff (§. 145.), aber sie können mit einer andern Fiction in Verbindung gebracht werden, und das war der Fall in dem hier gegebenen Beispiel.

Unter den neueren Juristen sind über diesen Gegenstand die Meinungen noch viel mehr getheilt gewesen, als bey den Römern, weil bey jenen, aber nicht bey diesen (1), ganz falsche Begriffe von *possessio* überhaupt und ihren Eintheilungen hinzukamen, wodurch die Frage völlig verwirrt werden mußte. Doch haben Mehrere die richtige Meinung gründlich vertheidigt (2): Einige haben gradezu das Gegentheil

(1) Doch ist selbst dies nicht unbestritten. Nämlich Merilius (observ. L. 2. C. 31.) erklärt den ganzen Streit der Römer für Wortstreit: was Einige *possessio civilis* und *naturalis* nannten, sollen Andere durch *possidere* und *in posses-*

sione esse unterschieden haben (f. v. §. 126.).

(2) CUIACIUS in observ. L. 9. C. 32, et L. 5. C. 22. ID. in L. 3. §. 5. de poss. (opp. T. 5. p. 708, et T. 8. p. 257.). OBRECHT de poss. Cap. 8. TURAMINUS de subst.

behauptet (1) die Meisten haben durch Distinctionen beide Extreme zu vermitteln gesucht, also die *possessio plurium* theils zugelassen, theils verworfen (2). — *VACONIUS* und *GALVANUS* haben nicht nur mehrere gleichzeitige Besizer derselben Sache für möglich gehalten, sondern sogar mehrere *usucaptionen*: wenn die erste geendigt sey, dauere die andere immer noch fort, und durch Vollendung der zweiten werde das

1795. C. 11 — 3, (opp. p. 235 — 259.) *MERENDA* in *CONTI*. Lib. 12. C. 13. 25. (unter Aikent am richtigsten). *VALENTIA* in *ILL. JUR. TRAC.* L. 1. TR. 2. C. 3. *RAMOS* de *poss. Praeterniss.* C. 1. (ap. Meerm. T. 7. p. 84.) *KETES* de *poss.* P. 1. C. 2. (*ibid.* p. 463.).

(4) „*MARTINUS cum suis* „*GOSIANIS.*“ *GLOSSA* in L. 3. *pr. uti poss.*). Auch gehören dahin Einige, die nur zum Schein, und um nicht geradezu den Gesetzen zu widersprechen, Distinctionen gebraucht haben, z. B. *ZASIVS* in L. 3. §. 5. *de poss.* (opp. T. 3. p. 111 — 116. cf. p. 125. 152. 153. 155.) und *OFFENRITTER* in *Summa Poss.* P. 2. C. 3.

(2) *Azo* in *lectura tit. uti*

poss., et in *Summa tit. de poss.* n. 10 — 15, *GLOSSA* in L. 3. §. 5. *de poss.* *ODOFREDDUS* in L. *cik.* (fol. 55. 56.)

ALCIATUS in L. 1. *pr. de poss.* n. 64. 65. *VACONIUS* in *declar.* 72. fol. 68. *DUAARENUS* in L. 3. §. 5. *de poss.* (opp. p. 853.) *GIPHANIUS* in L. 3. §. 5. *de poss.* (lect. Akt. p. 418.) *GALVANUS* de *usufructu* C. 34. in *fin.* *CUPERUS* *de nat. poss.* P. 2. C. 13 — 21. (Seine ganze Darstellung ist sehr gründlich und gut, aber am Schlusse giebt er alle Vortheile derselben verloren, weil es ihm an einem richtigen Begriff von *possessio* fehlt). — Auch scheint in: C. 9. X. *de probat.* diese Meinung zum Grunde zu liegen.

Eigenthum wieder genommen, welches die erste gegeben habe. Schon früher hat die Glosse über diese Meinung ein richtiges Urtheil ausgesprochen (1). — Die merkwürdigste Meinung ist die von *Wesshal* (2): nachdem er die Römischen Juristen völlig mißverstanden hat, erklärt er sich über die Sache selbst also: „es kommt hier bloß auf gewisse theoretische Refutation an, welche sie glaubten aus den Gesetzen oder der Natur der Sache abgeleitet zu haben, die uns also kein Gesetz machen, wenn sie unrichtig gefolget sind.“ Nun legt er den Römern diesen Fall vor: Ich entfesse einen Andern gewaltsam aus dem Besitze, ein gleiches widerfähret Mir von *Cajus*, nun besitze ja Ich und *Cajus* zugleich! „Den Fall haben die Alten vermuthlich nicht in Erwägung gezogen.“

Die erste Regel, die aus dieser ausschließenden Natur des Besizes für den Erwerb und Verlust desselben abgeleitet worden ist (S. 164.), hat man gewöhnlich durch den Satz ausgedrückt: die *possessio* muß *vacua* seyn, um erworben werden zu können. Nämlich bey der freywilligen Uebergabe, so wie bey

(1) *GLOSSA* in *L. 3. §. 5.* „*si omnes habeant bonam*

„*fidem . . . omnes usuca-*
„*piunt: quod est absurdum.*“

(2) über die Arten der Sachen, *Besitz* etc. *Lh. 2. Cap. 2. §. 65.*

der gewaltsamen Entziehung wird die *possessio* im Augenblick des Erwerbs selbst *vacua*: wo das nicht ist, wie z. B. bey der heimlichen Occupation eines Grundstücks, kann eben wegen unfres Grundes kein Besitz erworben werden, und so ist die Anwendung dieses Grundes durch jenen Ausdruck ganz richtig bezeichnet. (1). Mehrere Schriftsteller haben diese Bestimmung selbst in die Definition des Besizes aufgenommen (2): allein, obgleich dieses in seinen practischen Folgen nicht unrichtig ist, führt es doch zu der falschen Ansicht, als ob in dem Begriff selbst etwas dadurch bestimmt würde, da doch dieses Merkmal bloß negativer Art ist. — Cuper hat zuerst die Regeln ausdrücklich angegeben (3), die man vorher entweder gar nicht aufzustellen, oder durch den Ausdruck *vacua possessio* auszudrücken pflegte: aber er macht hiervon, wie von seiner richtigen Ansicht dieser Sache überhaupt, einen sehr einseitigen Gebrauch.

§. 12.

Nun erst ist es möglich, über den Plan der folgenden Abhandlung bestimmte Rechenchaft zu geben. Es giebt überhaupt zwey juristische Beziehungen des

(1) OBRECHT de possessione Cap. 8.

„sessionem esse detentionem rei vacuae . . .“ cf. §. 89.

(2) OBRECHT de possessione Cap. 2. §. 43: „ . . . pos-

(3) de nat. poss. P. 2. C. 19.

Besitzes; auf Usucapion und auf Interdictis (§. 2.): allein bey der Usucapion ist es nicht der Besitz allein, was sie möglich macht, sondern es müssen noch andere juristische Bestimmungen hinzukommen, bey den Interdicten kommt es lediglich auf das Daseyn des Besitzes an (§. 7. num. 3.)

Da also das einzige Recht des bloßen Besitzes in den Interdicten besteht, so ist das Recht der Interdictis das, was hier dargestellt werden soll. Demnach wird von der Usucapion nicht weiter die Rede seyn: allein alles, was hier vorgetragen werden soll, steht dennoch in genauer Beziehung auf die Usucapion, weil es ganz derselbe Besitz ist, der bey den Interdicten und bey der Usucapion als Bedingung vorausgesetzt wird. Nur was zu dem Besitz selbst noch hinzukommen muß, um ihn der Usucapion fähig zu machen, gehört allein in die Theorie des Eigenthums. Aber eben wegen dieser genauen Verbindung des Besitzes mit der Usucapion sind die Gesetze, worin diese letzte bestimmt wird, auch in der Theorie des Besitzes überhaupt als Quellen zu gebrauchen: auch ist bereits in der Quellenkunde diese Bemerkung benutzt worden.

Es ist demnach ein Theil des Obligationenrechts, welcher hier dargestellt werden soll (§. 6.), und es werden zwey Fragen beantwortet werden müssen, um diese Aufgabe vollständig zu lösen. Erstens:

wann ist Besitz vorhanden, d. h. wann ist das Dafeyn des Verhältnisses anzunehmen, ohne welches diese obligatio ex delicto nicht entstehen kann? Zweitens: was muß zu jenem Verhältniß hinzukommen, damit diese obligatio wirklich entstehe (1), d. h. wie muß der Besitz verletzt werden, wenn die obligatio aus dieser Verletzung entstehen soll? Die erste dieser Fragen ist wieder in zwey andere aufzulösen: wie wird der Besitz erworben? (Abschn. 2) wie wird der erworbene Besitz wieder verloren? (Abschn. 3.) — Die zweite Frage wird durch die Darstellung der verschiedenen Interdicte beantwortet seyn (Abschn. 4.), indem diese den verschiedenen Formen der Verletzung selbst correspondiren.

Allein noch ist einer Beziehung des Besizes nicht erwähnt worden, die hier, wo für jeden Theil der folgenden Abhandlung der Gesichtspunct angegeben werden soll, nothwendig erklärt werden muß. Ich habe nämlich bisher stillschweigend vorausgesetzt, daß

(1) Es bedarf kaum einer Erinnerung, daß dadurch die possessio ad interdicta nicht etwa der possessio ad usucapionem ähnlich werde, bey welcher auch etwas zu dem bloßen Dafeyn des Besizes hinzukommen mußte. Denn was bey

der Usucapion hinzukommen muß, sind in der That Bestimmungen des Besizes selbst: dagegen ist hier bloß von einer bestimmten Art der Verletzung die Rede, wodurch die Natur des Besizes durchaus keine neue Bestimmungen erhält.

aller Besitz nur auf Körperlich bezichen könne. Auch im Römischen Recht kommt nur einmal dieser Satz vor, und selbst da nicht mit bestimmter Ausschließung des Gegentheils (1): aber er ist in der ganzen Darstellung der Römischen Juristen so offenbar enthalten, daß man schon von außen einen falschen Begriff mit hinzugebracht haben muß, um ihn bezweifeln zu können. Nun wird aber auch eine Beziehung des Besitzes auf unkörperliche Sachen behauptet: was dieser Besitz ist dem Römischen Recht selbst und bey unsern Juristen für eine Bedeutung habe, soll also hier untersucht werden.

Das Recht der Interdicte gründet sich darauf, daß die Ausübung des Eigenthums auf eine unrechtlche Art, z. B. durch Gewalt, gestört wurde. Wenn nun bey irgend einem andern Rechte auch eine gewaltsame Störung der bloßen Ausübung gedacht werden könnte, so wäre es ganz consequent, auch gegen diese Störung durch solche Interdicte zu schützen. Das ist aber der Fall bey allen Bestandtheilen des Eigenthums, welche als eigne Rechte für sich und abgesondert vom Eigenthum selbst existiren können. Ein solches Recht ist der *usufructus*, und es ist auf den ersten Blick klar, daß hier eine gewaltsame Störung

(1) „Possideri autem possunt quae sunt corporalia.“ *L. 3. pr. de poss.*

eben so leicht gedacht werden könne, als bey dem Eigenthum selbst; eben so bey allen übrigen Servituten, und eben so bey der superficies: kurz, bey allen Rechten überhaupt, welche unter dem Namen *jura* oder *jura in re*, als abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums, dem *dominium*, als der Totalität aller Sachenrechte überhaupt, entgegengesetzt werden. Von diesen Rechten ist oben (§. 97) bewiesen worden, daß kein *animus domini*, also auch kein wahrer Besiz, bey dem, der sie ausübt, gedacht werden könne. Da aber die Ausübung derselben auf dieselbe Weise gewaltsam gestört werden kann, wie die des Eigenthums, so ist hier eine mögliche Beziehung des Besizes auf andere Rechte als das Eigenthum gefunden, und diese Beziehung ist in dem Römischen Recht wirklich enthalten. Also wie der wahre Besiz in der Ausübung des Eigenthums besteht, so besteht dieser nachgebildete Besiz in der Ausübung eines *jus in re*: und wie man bey dem wahren Besiz zwar die Sache besitzt (*possessio corporis*), aber nicht das Eigenthum, so sollte auch hier eigentlich nicht von dem Besiz der Servitut (*possessio juris*), die Rede seyn. Allein da wir kein anderes Wort haben, an welches wir hier den Besiz knüpfen könnten, so wie er im Eigenthum mit der Sache verknüpft ist, so bleibt nichts übrig, als denselben noch jenen uneigentlichen Ausdruck zu gebrauchen: da-

hey ist nur nie zu vergessen, daß es wirklich ein uneigentlicher Ausdruck ist, und daß nichts anderes damit bezeichnet werden soll, als die Ausübung eines *jus in re*, welche zu dem *jus in re* selbst in demselben Verhältniß steht, wie der eigentliche Besitz zum Eigenthum. Die Römischen Juristen haben das alles sehr deutlich gedacht: und nur auf diese Art erklärt es sich, warum ihr Sprachgebrauch hier so schwankend zu seyn scheint. In manchen Stellen nämlich wird hier *possessio* gradezu geläugnet (1), in andern auch gradezu angenommen (2), in noch andern aber wird das uneigentliche, was in diesem Sprachgebrauch liegt, durch *quasi possidere*, *quasi in possessione esse* bezeichnet (3).

(1) „*neque ususfructus neque usus possidetur, sed magis tenetur.*“ L. 1. §. 8. „*quod legat.*“

(2) „*jus fundi possedisse.*“ L. 7. *de itin.* — „*jus possedit.*“ L. 2. *comm. praed.* — „*possessionem vel corporis vel juris.*“ L. 2. §. 3. *de precar.* — „*Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam quae jure consistit, aliam quae corpore.*“ L. 10 C. *de poss.* Nämlich *consistere jure*, *corpore* heißt

hier: ein *jus* oder ein *corpus* zum Gegenstand haben. Cuper (P. 1. C. 4.) hat diese Interpretation sehr gründlich durchgeführt, und man kann sie als den gelungensten Theil seiner Schrift betrachten.

(3) „*ususfructus nomine . . . quasi in possessione.*“ L. 3. §. 17. *de vi.* — „*ususfructus quasi possessio.*“ L. 23. §. 2. *ex quibus causis majores.* — „*longa quasi possessione jus aquae ducendae manctus.*“ L. 10. *pr. si ser-*

Bei diesem sogenannten Besiz unförperlicher Sachen ist es nöthig, eine zweifache Verwechslung sorgfältig zu vermeiden. Erstlich kann in derselben Person zugleich von einer *possessio corporis* und *juris* die Rede seyn, diese müssen genau unterschieden werden, und dadurch, daß man sie nicht immer unterschieden hat, ist der Begriff des Besizes nicht wenig verwirrt worden. So z. B. hat der *fructuarius* an der Sache selbst, d. h. in Beziehung auf das Eigenthum, gar keinen juristischen Besiz, so daß seine *possessio* bloß *naturalis* ist (1), und daß der juristische Besiz des Eigenthümers durch ihn eben so wenig verhindert wird, als durch einen bloßen Pächter: allein an seinem *jus ususfructus* hat er den juristischen Besiz, und deswegen kann er die possessorischnen Interdicte ohne Zweifel gebrauchen. Durch die ganz unrichtige Verbindung jener *possessio naturalis* mit diesem Recht auf die Interdicte ist Bassian zu einem zweifachen Irrthum geführt worden (§. 129), indem er nicht nur die *possessio ad interdicta* durch *naturalis*

visus vind. — — *Quasipossessio*, als ein Wort, kommt nie vor, sondern *quasi* wird hier, wie bey: *obligatio quasi ex contractu* etc. immer adverbialiter gebraucht, so daß ditz-

aus kein Fall existirt, in welchem es nicht gradezu durch: gleichsam übersezt werden könnte. Vgl. Weber von der natürl. Verbindl. §. 25. not. 1.

(1) *L. 12. pr. de poss.*

§. 12. Erklärung der *Jurium quasi Possessio*. 175

possessio bezeichnete, sondern auch dem *fructuarius* den juristischen Besitz der Sache selbst beylegte, den der Pfandglaubiger wirklich hat: aus welchen Irrthümern dann nothwendig noch der Dritte folgen mußte, daß zwey juristische *possessionses* (nämlich eine *civilis* und eine *naturalis*) nebeneinander sollten gedacht werden können (S. 165). — Die zweite Verwechslung, die hier verhütet werden muß, ist diese: es ist oben einer *possessio ususfructus* und einer *possessio hereditatis* (*bonorum*) erwähnt worden, d. h. des *ususfructus*, oder des Erbrechts, die bloß durch das Edict, nicht nach Civilrecht, bestehen (S. 84): eben so ist eine *juris possessio* bey der *hereditatis petitio* und eine *libertatis* und *servitutis possessio* bey dem *liberale judicium* vorgekommen (S. 89): damit steht die *jurium quasi possessio*, wovon hier die Rede ist, durchaus in keiner Verbindung, da in jenen Stellen *possessio* selbst gar nicht mehr den Besitz, sondern entweder ein bloß prätorisches Recht, oder das prozessualische Verhältniß eines Beklagten bezeichnet.

Ein großer Theil unserer Juristen hat diesen Theil der Theorie des Besitzes gänzlich mißverstanden. Weil man nämlich die bestimmte Bedeutung des Römischen: *jus* (*in re*) übersah, erklärte man die *jurium quasi possessio* für Ausübung eines Rechts über-

haupt (1): nun läßt sich freilich bey jedem Recht auch eine Ausübung denken, aber nicht bey jedem eine gewaltsame Störung oder Usucapion, und doch sind das die einzigen Beziehungen, unter welchen die Ausübung eines Rechts als ein juristisches Verhältniß betrachtet wird. — Durch jene leere Abstraction kam Hommel (2) zu der Frage, die er selbst für unauflöslich erklärt: warum der Arzt, den man zu brauchen aufhöre, nicht im Besiß dieses Rechts geschützt werden müsse? Spangenberg (3) gieng in der Vollständigkeit so weit, daß er als den ersten möglichen Gegenstand der *quasipossessio* das Eigenthum selbst nannte. Da indessen auch der Besiß als ein Recht in den Gesetzen betrachtet wird, so ist nicht einzusehen, warum es nicht auch eine *possessio* quasi *possessio* geben sollte: dieser Besiß der zweiten Potenz wäre natürlich wieder Gegenstand eines neuen Besißes, und so in's unendliche fort. Sibeth ist hier, wie überhaupt, ganz originell: er läugnet alle *juris quasi possessio* überhaupt (4), und geht übel mit den Ju-

(1) Indessen ist nicht zu läugnen, daß bey den Meisten auch das Canonische Recht mit zu diesem Begriffe beitrug: davon unten.

(2) rhapsod. 489.

(3) vom Besiß S. 102.

(4) Eines seiner besten Argumente lautet so (vom Besiß, S. 80.): „Die natürliche Freyheit schlägt alles zu Boden, denn sie ist nicht nur

rissen um, die sie behaupten: natürlich weis^{er} hier, wie überall, gar nicht, wovon die Rede ist.

Es muß also nun zu der Theorie des Besizes selbst (Abschn. 2 — 4.) noch die Theorie der Anwendung seiner Grundsätze auf jura in re (Abschn. 5.) hinzukommen.

Allein auch damit ist noch nicht alles geleistet. Der Begriff und die Rechte des Besizes sind nämlich in den Gesetzgebungen neuerer Zeiten auf mancherley Weise anders als bey den Römern bestimmt worden. Soll also eine Theorie des Besizes auf practische Anwendung Anspruch machen können, so muß sie den Ansichten des Römischen Rechts die Modificationen hinzufügen, unter welchen jene Ansichten für uns practische Gültigkeit haben. Allein auch für die gründliche Kenntniß des Römischen Rechts ist dieser letzte Theil der Untersuchung (Abschn. 6.) nicht ohne Werth, indem das Wesentliche vom Zufälligen auf keine Art sicherer geschieden werden kann, als wenn die Grundsätze beybehalten, und nur die Bedingungen der Anwendung verändert werden.

Demnach ist der Gang der folgenden Untersuchung dieser: zuerst wird das Römische Recht vollständig

„in der Vernunft, sondern liche Freiheit so aufführt, muß
 „auch in den Gesetzen gegrün- man sie ihrer natürlichen Frei-
 „det.“ Wenn sich die natür- heit berauben.

178 Erster Abschnitt. Begriff des Besizes.

dargestellt (Abschn. 2 — 5.), dann werden die Modificationen der neuern Gesetzgebungen hinzugefügt werden (Abschn. 6.). Das Römische Recht betrifft theils den Besitz selbst (Abschn. 2 — 4.), theils die Anwendung seiner Grundsätze auf jura in re (Abschn. 5.): das Recht des Besizes selbst aber beruht theils auf dem Daseyn des Besizes (Abschn. 2. 3.), theils auf den bestimmten Formen seiner Verletzung (Abschn. 4).

Zweiter Abschnitt.

Erwerb des Besizes.

§. 13.

Der Inhalt dieses Abschnitts ist bereits durch die Darstellung des materiellen Begriffs des Besizes (§. 10.) vorgezeichnet. Aller Erwerb des Besizes nämlich beruht auf einem körperlichen Handeln (factum), von einem bestimmten Willen (animus) begleitet (1). Das Factum muß den, welcher den Besiz erwerben soll, in eine solche Lage setzen, daß Er, und Er allein, nach Willkühr die Sache behandeln, d. h. Eigenthum ausüben könne. Das Wollen muß darauf gerichtet seyn,

(1) „apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.“ L. 3. §. 1. de poss. — „Possessionem ad-

„quirimus et animo et corpore. . . .“ PAULUS V. 2. §. 1. — L. 8. de poss., L. 153. de R. I.

daß die Sache auch wirklich als eine eigne Sache behandelt werde: nur wenn der Besiz durch eine juristische Handlung von dem frühern Besiz eines Andern abgeleitet wird, ist es genug, diese Veräußerung zu wollen, so daß nun der Besiz erworben werden kann, obgleich das Eigenthum einer andern Person anerkannt wird.

Allein der Besiz wird als Recht betrachtet, und alle Rechte überhaupt kann Jeder nicht nur durch seine eignen Handlungen, sondern auch durch die Handlungen seiner Sclaven und Kinder erwerben (1): ja der Besiz kann uns selbst außer diesen beiden juristischen Verhältnissen durch Andere erworben werden (2). In allen diesen Fällen aber, in welchen durch Andere der Besiz erworben werden soll, gilt dieselbe Regel des Erwerbs, wie bey eignen Handlungen, und es ist nur zu bestimmen, wie diese Regel hier angewendet werden müsse.

Dieser Abschnitt wird demnach folgende Gegenstände zu untersuchen haben:

- I. Das körperliche Handeln, welches die erste Bedingung alles Besizes ist.
2. Das Wollen, was mit jenem Handeln theils bey

(1) *pr. I. per quas pers.* (2) *§. 5. I. per quas pers.*

dem ursprünglichen, theils bey dem abgeleiteten Besitz verbunden seyn muß.

3. Die Anwendung aller dieser Regeln auf den Erwerb durch Andere.

Erst am Schluß des ganzen Abschnitts wird vollständig angegeben werden können, wodurch der Erwerb des Besitzes von dem Erwerb aller andern Rechte sich unterscheidet.

§. 14.

In der ganzen Theorie des Besitzes scheint nichts leichter und sicherer zu bestimmen, als die Beschaffenheit der körperlichen Handlung (factum, Apprehension), welche zum Erwerb des Besitzes nöthig ist: und doch ist über keinen Punct das Römische Recht so allgemein mißverstanden worden, als über diesen. Alle Schriftsteller nämlich haben unter jenem Factum eine unmittelbare Berührung des eignen Körpers gedacht, also nur zwey Arten desselben angenommen: Ergreifen mit der Hand bey beweglichen Sachen, und Betreten mit den Füßen bey Grundstücken. Da aber in den Gesetzen viele Fälle vorkommen, in welchen zwar auch durch körperliche Handlungen, aber ohne solche unmittelbare Berührung, Besitz erworben wird, so hat man diese als symbolische Handlungen betrachtet, wodurch vermittelst einer juristischen Fiction die

wahre Besitzergreifung repräsentirt werde (*actus adscititii, apprehensio ficta*). Da diese Ansicht der Sache ganz allgemein ist (1), so hat man es nie für nöthig gehalten, ihre Richtigkeit zu beweisen, und sie kommt daher bey allen Schriftstellern so ziemlich auf dieselbe Art vor: deswegen ist es hier für die Geschichte derselben hinreichend, zu bemerken, daß schon die Glossatoren sie haben (2), und daß selbst Donellus nicht frey davon ist (3).

Nun ist oben (§. 5.) gezeigt worden, daß allerdings der Besitz von den Gesetzen oft angenommen werde, ohne daß die natürliche Detention vorhanden ist. Daß also überhaupt eine *ficta possessio* gedacht

(1) Ich nenne sie allgemein, weil die Ausnahmen davon nicht nur unbedeutend, sondern auch ohne Einfluß geblieben sind. So sind Einige durch naturrechtliche Mißverständnisse auf die ganz unrichtige Ansicht gekommen, die freilich zu ganz andern Resultaten führt: es komme bloß auf Willenserklärung an. Dahin gehören: S. P. GASSER *diss. de apprehensione possessionis*. Hal. 1731. (C. 1. 2.). BENI. PAUW *diss.*

de apprehensione possessionis. Trajecti 1737. (C. 1. 2.). — Spuren dieser Meinung finden sich schon früher, z. B. bey NooDt (*probat. II. 6.*), der sogar über den Grundsatz der Apprehension unter den Römischen Juristen Streit entstehen läßt.

(2) AZONIS *Summa in Cod., tit. de poss. num. 7. 8.* (fol. 134.).

(3) DONELLI. *comment. Lib. 5. Cap. 9.*

werden könne, ist kein Zweifel, und die Frage ist nun so zu bestimmen: kommt bey dem Erwerb des Besizes eine solche Fiction wirklich vor, so daß hier symbolische Handlungen die Stelle der eigentlichen apprehensio vertreten können? (1). Daß es für die Theorie von Wichtigkeit sey, eine richtige Antwort auf diese Frage zu finden, bedarf keines Beweises: aber es fehlt auch nicht an practischen Folgen, die davon abhängen, obgleich zunächst bloß von der juristischen Erklärung der einzelnen Fälle die Rede ist, welche selbst in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt sind. Gründen sich nämlich jene Fälle bloß auf eine juristische Fiction, so ist es ganz consequent, sie auf mancherley Weise zu beschränken, und diese Einschränkungen, die keinesweges selbst in den Gesetzen bestimmt sind, haben unsere Juristen hinzuzuthun nicht versäumt. So soll aller Erwerb dieser Art ausgeschlossen seyn, wenn die Handlung unrechtlich ist, also den Vortheil einer juristischen Fiction nicht verdient (2): eben so, wenn nicht durch

(1) Also ist *facta possessio* die Gattung, unter welcher die *possessio per fictam apprehensionem quaesita* als Art enthalten ist. Mehrere haben mit großer Mühe und ohne Zweck dieses zu widerlegen gesucht: *ALCIATVS* in L. 18. *de*

poss. n. 3. 4. (p. 1245), *DUARRENVS* in L. 1. §. 21. *de poss.* (p. 840.).

(2) *RETZ* de *poss. P. 1. C. 2. §. 18.* (p. 463.). — *GOMEZ* in *Leges Tauri*, L. 45. num. 20 — 31, 45 — 90.

eigne Handlungen, sondern durch andere Personen Besitz erworben werden soll (1): ja es wird dieser Erwerb bloß auf die Uebertragung eines fremden Besizes durch Tradition beschränkt (2), oder gar nur als Folge des Eigenthums betrachtet, das also immer zugleich erworben seyn müste, wenn der Besitz auf diese Art erworben werden sollte (3). Andere Folgen jener Ansicht, die mehr das Detail betreffen, werden unten vorkommen.

Diese ganze Ansicht wird schon im allgemeinen sehr unwahrscheinlich, wenn man in Erwägung zieht, auf welche Art ausserdem symbolische Handlungen im Römischen Recht vorkommen. Die Mancipation, die Manumission, die Vindicatio — alle solche Handlungen, bey welchen sich wirklich positive Formen finden, sind dem Römischen Recht ganz eigenthümlich. Bey allen juristischen Handlungen dagegen, die auch bey andern Völkern gewöhnlich waren (z. B. Kauf, Pacht u. s. w.) wurden solche positive Formen durchaus nicht gebraucht. Nun ist der Besitz an sich noch

(1) ZASIVS in L. 1. §. 21. de poss. (p. 93.) et in L. 18. eod. (p. 150.). — VALENTIA in ill. jur. tract. L. 1. Tr. 2. C. 14.

(2) ALCIATUS in L. 1. pr. de poss. num. 56 — 61. —

DONELLUS in comment. L. 5. C. 9. — OBRECHT de possessione. C. 6.

(3) AZO in Summa, tit. de poss. num. 7. 8. (fol. 134.) — ZASIVS l. c. (not. 1.).

viel weniger juristisch, als die Geschäfte dieser zweiten Art: ja er ist ursprünglich gar kein juristisches Verhältnis. Zwar bekommt er eine zweifache juristische Beziehung, unter andern auf die *Usucapion*, die auch ganz dem Römischen Recht eigen ist: allein grade hier soll durch die Dauer des Besizes erst ergänzt werden, was ihm selbst fehlt, und es liegt also in dieser Beziehung auf das Civilrecht durchaus kein Grund, bey der Entstehung des Besizes Römische Formen zu gebrauchen. Demnach wäre es gegen alle Analogie, wenn der Erwerb des Besizes wirklich durch symbolische Handlungen vor sich gehen könnte.

Soll nun überhaupt nicht von einer *ficta apprehensio* im Römischen Recht die Rede seyn, soll vielmehr aller Erwerb des Besizes auf eine und dieselbe körperliche Handlung zurückgeführt werden können, so muß der Begriff dieser körperlichen Handlung anders bestimmt werden, als er von allen Schriftstellern stillschweigend vorausgesetzt worden ist, weil nur durch diese Voraussetzung die Annahme einer *ficta apprehensio* nothwendig wurde. Es wird am leichtesten seyn, von jenem falschen Begriff selbst auszugehen, um den richtigen Begriff aufzusuchen.

Wer ein Stück Geld in der Hand hält, ist Besizer desselben, daran ist kein Zweifel: und von diesem und

andern ähnlichen Fällen wurde eben der Begriff einer körperlichen Berührung überhaupt abstrahirt, welche in allem Erwerb des Besizes das wesentliche seyn sollte. Aber es liegt in jenem Fall noch etwas anderes, was nur zufällig mit dieser körperlichen Berührung verbunden ist: nämlich die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken, und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen. Daß beides in jenem Fall enthalten sey, wird niemand läugnen: daß es mit körperlicher Berührung nur zufällig verbunden sey, folgt daraus, daß jene Möglichkeit ohne diese Berührung, und eben so diese Berührung ohne jene Möglichkeit gedacht werden kann. Das erste: denn wer in jedem Augenblick eine Sache ergreifen kann, die vor ihm liegt, ist ohne Zweifel eben so unumschränkter Herr dieser Sache, als wer sie wirklich ergriffen hat. Das zweite: denn wer mit Stricken gebunden ist, berührt diese unmittelbar, und doch könnte man leichter behaupten, daß er von ihnen besessen werde, als daß er sie besitze.

Jene physische Möglichkeit also ist das, was als *factum* in allem Erwerb des Besizes enthalten seyn muß: aus ihr lassen sich alle einzelne Bestimmungen der Geseze auf gleiche Weise erklären, körperliche Berührung ist in jenem Begriff gar nicht enthalten,

und es ist kein Fall mehr übrig, für welchen eine *ficta apprehensio* angenommen werden müßte (1).

Dieser Satz ist jetzt zu beweisen, d. h. es ist zu zeigen, daß er in allen Anwendungen wirklich enthalten ist, die sich in den Gesetzen finden. Dann erst wird es möglich seyn, diesen Begriff der körperlichen Handlung (*factum*) vollständig zu bestimmen, da er hier nur angedeutet werden konnte.

§. 15.

Zuerst also: was muß geschehen, damit an unbeweglichen Sachen (an Grundstücken), der Besitz erworben werde?

(1) Mein Rec. in der A. L. Z. (1804. N. 42.) verwirft diese ganze Ansicht, und nimmt mit den bisherigen Juristen körperliche Berührung als ursprüngliche Bedingung des Besitzes an: diese Regel sey nachher in manchen einzelnen Fällen erweitert worden, aber nie im Ganzen so sehr, daß ihr die meinige substituirt werden könne. Allein jene Voraussetzung beruht auf einer *petitio principii*, da wir die ursprüngliche Bedingung des Besitzes durchaus bloß, wie hier geschieht, durch Abstraction aus einzelnen Stellen finden können. Die von mir auf-

gestellte Regel hat von Anfang an gegolten, freilich nicht so rein und allgemein gedacht, sondern in einzelnen beschränkten Anwendungen: die spätern Juristen haben sie bloß deutlicher ausgesprochen und von dem Zufälligen jener Anwendungen gereinigt, ohne sie selbst im geringsten zu erweitern. Man betrachte nur die Art, wie sich die Römischen Juristen bey einem wahren *jus singulare* (z. B. der Erhaltung des Besitzes an Grundstücken *solo animo*) ausdrücken, um sich zu überzeugen, daß hier von keinem *jus singulare* die Rede ist.

Um diesen Besitz zu erwerben, ist es nöthig und hinreichend, in dem Grundstück gegenwärtig zu seyn, ohne daß irgend eine Handlung darin vorgenommen werden müsse:

„Quaedam mulier fundum (ita) non marito donavit per epistulam Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset cum epistula emitteretur: quae res sufficiebat ad tradendam possessionem“ (1).

Nun ist es klar, daß der oben angegebene Begriff der körperlichen Handlung hier völlig anwendbar ist: wer sich in einem Grundstück befindet, kann in jedem Augenblick nicht nur selbst damit vornehmen, was ihm gut dünkt, sondern auch jeden Andern davon abhalten. Allein beides ist ihm nicht etwa bloß für das Stück Boden möglich, auf dem er steht, sondern für das ganze Grundstück überhaupt, und es ist daher nicht das Betreten selbst, was den Besitz des Bodens verschafft, sondern die unmittelbare Nähe, wodurch es möglich ist, jedes beliebige Stück augenblicklich nicht nur zu betreten, sondern auch auf jede andere Art zu behandeln:

„Quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem,

(1) L. 77. de rei vind.

„non utique ita accipiendum est, ut qui
 „fundum possidere velit, omnes glebas
 „circumambulet: sed sufficit quamlibet
 „partem ejus fundi introire . . . (1):

Aus demselben Grunde ist es ferner nicht einmal nöthig,
 in das Grundstück einzugehen: denn wer dicht daneben
 steht, und das Ganze überseht, hat nicht weniger
 Gewalt darüber, als wer wirklich hineingegangen ist:

„ . . si vicinum mihi fundum mercatum
 „venditor in mea terra demonstrat, va-
 „cuamque se tradere possessionem dicat:
 „non minus possidere coepi, quam si pe-
 „dem finibus intulissem“ (2).

Alles dieses steht mit unförmlichem Begriff der körperlichen
 Handlung in unmittelbarer Verbindung: unsere Juri-
 sten haben hier immer eine juristische Fiction angenom-
 men, wodurch der einzige wahre Erwerb, durch kör-
 perliche Berührung nämlich, supplirt werde. Doch
 hat hier die Glosse noch einen andern Ausweg vor-
 geschlagen, der sehr merkwürdig ist (3): man solle
 nämlich nicht körperliche Berührung, sondern
 sinnliche Wahrnehmung als das factum im Er-

(1) L. 3. §. 1. *de poss.* ben diese Meinung, wenigstens
 (2) L. 18. §. 2. *de poss.* in einzelnen Anwendungen,
 (3) GLOSSA in L. 18. §. 2. J. B. DUARENUS in L. 3.
de poss., — Viele Neuere ha- *pr. de poss.* (p. 843.).

werb des Besitzes betrachten, nun gebe es fünf Sinne, also könne durch jeden derselben Besitz erworben werden, z. B. durch das Gesicht: durch Anschauen also könne der Besitz erworben werden, und wenn auch die Sache „per decem miliaria“ entfernt wäre (1).

Körperliche Gegenwart also ist das, was die willkürliche Behandlung der Sache möglich macht: aber wie wenn zu gleicher Zeit ein Anderer gleichfalls gegenwärtig ist, und auch diese Sache besitzen will? hier ist es offenbar, daß die Gegenwart des Andern den Besitz des Ersten hindert, und es giebt nur zwey Wege, dieses Hinderniß aufzuheben: der Wille des Andern, und Gewalt.

Der Wille des Andern macht auf diese Weise den Besitz möglich bey jeder Uebergabe. Indem der Käufer von dem Verkäufer in das Grundstück eingeführt wird, stehen beide in demselben physischen Verhältnis zur Sache: auch hat der Verkäufer bis auf diesen Augenblick den Willen, Besitzer zu seyn. Aber indem er jetzt erklärt, daß der Käufer den Besitz haben solle, ist durch seinen eignen Willen alles Hinderniß aufgehoben, das in seiner Gegenwart lag. Darauf gehen in der zuletzt angeführten Stelle (S. 189) die Worte: „vacuamque se possessionem tradere dicat.“

(1) GLOSSA in L. 1. §. 1. de poss.

Außer dem Willen des Andern aber kann auch durch Gewalt das Hinderniß seiner Gegenwart aufgehoben werden: denn es ist klar, daß die Herrschaft des Besitzers eben so entschieden ist, wenn er fremden Widerstand überwindet, als wenn gar kein Widerstand da ist. Das ist der Inhalt folgender Stelle (1):

„Species inducendi in possessionem alii-
 „cujus rei est, prohibere ingredienti vim
 „feri: statim enim cedere adversarium,
 „et vacuam relinquere possessionem jubet:
 „quod multo plus est, quam restituere.“

Die Basiliken, die Glosse und Cujaz beziehen die Stellen auf den Prätor, der ein Urtheil exsequirt, indem er in den Besitz einführt (2): aber es liegt weder in den Worten, noch in dem Inhalt irgend ein Grund, sie darauf zu beschränken, und sie ist folglich mit gleichem Recht auf jeden andern Fall zu beziehen, in welchem Widerstand geleistet und überwunden wird.

Also persönliche Gegenwart ist das eigentliche Factum, wodurch der Besitz einer unbeweglichen Sache erworben wird. Um indeß kein Mißverständnis

(1) L. 52. §. 2. de poss. poss. — CUIACIUS in L. 52.

(2) BASIL. Lib. 50. Tit. 2. §. 2. de poss. (opp. T. 8. p. 315.).

— GLOSSA in L. 52. §. 2. de

192 Zweiter Abschnitt. Erwerb des Besitzes.

Raum zu lassen, will ich gleich hier auf eine Beschränkung dieser Regel aufmerksam machen, die erst im dritten Abschnitt bewiesen werden kann. Der Besitz einer unbeweglichen Sache nämlich wird nicht eher verloren, als der Besitzer um diesen Verlust weiß: da nun eine Sache nicht mehr als Einen Besitzer haben kann (§. 11.), so ist nun unsere Regel auf folgende Art anzuwenden. Entweder hatte die Sache bisher einen andern Besitzer oder nicht (*vacua possessio*). Im letzten Fall ist unsere Regel ohne Einschränkung wahr. Im ersten Fall aber giebt uns jenes Factum allein noch nicht den Besitz, sondern es muß des bisherigen Besitzers Bewußtseyn hinzukommen. Nun geschieht unser Erwerb entweder gegen seinen Willen (*dejectio*) oder mit seinem Willen (*traditio*), wobei er selbst entweder gegenwärtig ist (*inducere in possessionem*) oder nicht (*mittere in possessionem*).

§. 16.

Zweitens: wie wird der Besitz einer beweglichen Sache erworben?

Daß dieses durch wirkliches Ergreifen der Sache geschehen könne, daran ist kein Zweifel: auch wird es in den Gesetzen nur stillschweigend vorausgesetzt. Demnach sind hier nur die Fälle zu erörtern nöthig, in welchen ohne wirkliches Ergreifen dennoch Besitz erworben wird.

Zuerst ist auch hier, wie bey unbeweglichen Sachen, die unmittelbare Gegenwart das, was die Stelle des wirklichen Ergreifens ohne alle juristische Fiction vertreten kann, und es ist also ganz gleichgültig, ob die Sache wirklich ergriffen ist, oder ob sie in jedem Augenblick ergriffen werden könnte. Diese Art der Apprehension ist sogar die gewöhnlichste, wenn die Sache von so grossem Umfang oder Gewicht ist, daß sie nicht leicht von der Stelle gebracht werden kann. — Alles dieses ist in folgenden Stellen enthalten:

I. L. 79. *de solutionibus.*

„Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam
 „rem, si *in conspectu meo ponere te ju-*
 „beam: efficitur, ut et tu statim libere-
 „ris, et mea esse incipiat: nam tum
 „quod a nullo corporaliter ejus rei pos-
 „sessio detineretur, acquisita mihi, et
 „quodam modo *manu longa tradita exi-*
 „stimanda est.“ — Der bisherige Besitzer
 ist hier wieder der einzige, der mich hindern
 könnte, über die Sache nach Willkühr zu
 verfügen: aber eben von diesem wird aus-
 drücklich gesagt, daß er sogar durch seine
 Handlung meinen Besitz anerkannt habe.

2. L. 1. §. 21. *de poss.*

„Si jusserim venditorem procuratori rem
 „tradere, cum ea in praesentia sit: vi-
 „deri mihi traditam Priscus ait“ (d. h.
 mir selbst, nicht bloß meinem Procurator,
 durch den ich freilich auch Besitz erwerben
 könnte (1)): „idemque esse, si nummos
 „debitorem jusserim alii dare: non est
 „enim corpore et actu (2) necesse adpre-
 „hendere possessionem, sed etiam oculis
 „et affectu: et argumento esse eas res,
 „quae propter magnitudinem ponderis
 „moveri non possunt“ (nicht leicht näm-
 lich, nicht von einem einzelnen Menschen,
 „deum mobiles sind diese Sachen dennoch)
 „ut columnas: nam pro traditis eas ha-
 „beri, si in re praesenti consenserint: (et
 „vina tradita videri, cum claves cellae
 „vinariae emtori traditae fuerint“: davon
 bald nachher). — Das heißt: so wie diese

(1) GLOSSA interlin. (Ms. Par. num. 4458. und 4455. zu mihi traditam: „Y. (Irnerius) quasi expressim, praeter illam acquisitionem, quae fit per Procuratorem.“

(2) Faber (error. pragm.

Dec. 75. Err. 2.) und viele Andere lesen: tactu, eine Veränderung, die eben so unbedeutend, als unnöthig ist. S. WIELING lect. j. civ. L. 1. C. 19.

Handlung bey den Sachen hinreichend ist, bey denen ohnehin nicht leicht eine andere möglich wäre, so muß sie es auch bey allen andern Sachen seyn („*argumento esse eas „res“* etc.).

3. L. 51. *de poss.* (Iavolenus lib. 5. ex Posterioribus Labeonis).

„Quarundam rerum animo possessionem
 „apisci nos ait Labeo: veluti si acervum
 „lignorum emeró, et eum venditor tol-
 „lere me jusserit: simul atque custodiam
 „posuissem, traditus mihi videtur. Idem
 „juris esse vino vendito, cum universae
 „amphorae vini simul essent.“ (So weit
 geht die Meinung des Labeo, obgleich alle
 Interpreten auch den folgenden Satz noch
 hinzuziehen. Labeo also sagt: in diesem Fall
 sey eigentlich ohne körperliche Hand-
 lung der Besitz erworben). „Sed videamus
 „inquit [sc. Iavolenus (1)], *na haec ipsa*

(1) Daß hier der Jurist, welcher in der Inscription steht, wieder durch *inquit* eingeführt wird, ist ganz der Analogie gemäß. Denn in sehr vielen Stellen wird in der Mitte der Name des Verfassers der Stelle

wiederholt, entweder ohne Zusatze (so daß *inquit* darunter zu verstehen ist) oder mit dem Zusatz: *respondit*, welcher hier eben so viel beweist, als *inquit* selbst.

„in eodem „*corporis traditio: ut*, quia nihil interest,
 „*utrum mihi, an et cuilibet jusserim,*
 „*custodia tradatur: in eo puto hanc*
 „*quaestionem consistere, an siamsi cor-*
 „*pore acervus aut amphorae adprehensae*
 „*non sunt, nihilominus traditae videan-*
 „*tur: nihil video interesse, utrum ipse*
 „*acervum, an mandato meo aliquis cu-*
 „*stodiat (1) utrobique animi (2) quodam*

(1) In diesen Worten liegt der entscheidende Grund gegen die gewöhnliche Erklärung, welche die Meinung des Javolenus erst mit den Worten: *in eo puto* anfangen läßt. Denn nach dieser Erklärung würden diese Worte nicht etwa eine müßige Wiederholung von Labeo's Behauptung (*quia nihil interest . . . tradatur*) enthalten, was sich noch zur Noth vertheidigen ließe: sondern Javolenus würde die Meinung des Labeo zuerst widerlegen (*in eo puto . . . videantur*), dann bestätigen (*nihil videtur custodiat*) und endlich abwechselnd widerlegen (*utrobique aestimanda*), ohne durch Veränderung des Tons und der

Wendung, oder nur durch ein eingeschobenes *quidem* im geringsten darauf hinzudeuten, was sich mit der logischen Präcision der Römischen Juristen durchaus nicht vereinigen läßt. Mein Rec. in der A. L. Z. (1804. p. 331.) entgeht dieser Schwierigkeit, indem er die Worte *nihil video* etc. so übersetzt: „aus diesem Grunde ist kein Unterschied etc.“ Nun entsteht freilich auch hier ein Gegensatz gegen die Meinung des Labeo, allein gerade das, wodurch dieser entsteht, wodurch also die ganze Erklärung erst möglich wird, ist ganz willkürlich in die Stelle hineingetragen.
 (2) *Eupia* lieft: *corporis* anstatt: *animi* (rooit. in L. 51.

„*genere possessio erit aestimanda.*“ —
 Jakoblenus also sagt: *Habeo* irrt, indem
 er zwei ganz verschiedene Umstände mit
 einander vermengt: den Erwerb durch einen
 Procurator, und den Erwerb ohne kör-
 perliche Berührung. In dem ersten liegt
 aber gar nichts besonderes, folglich kommt
 es bloß auf das zweite an, d. h. auf die
 Frage: wie wird der Besitz, ohne körperli-
 ches Ergreifen, durch bloße Gegenwart und
 custodia, erworben? Diese mag der Käufer
 selbst oder durch einen Stellvertreter vor-
 nehmen (was gar keinen Unterschied macht),
 immer fehlt dabei körperliche Berührung
 („*animi quodam genere possessio erit*
 „*aestimanda*“): dennoch ist in beiden Fällen
 die körperliche Handlung („*corporis*
traditio“) wirklich vorhanden, die zum
 Erwerb des Besitzes nöthig ist, folglich irrt
Habeo, indem er in dem einen jener beiden
 ganz gleichen Fälle einen Besitz annimmt,
 der solo animo erworben sey.

4. L. 14. §. 1. *de periculo et comm. rei vend.*

de poss. in hyp. T. 8. p. 514, aber ist eben so unnöthig, als
 auch in: *paratit. in Cod. Lib. 7. verwegen.*
 Tit. 32.). Diese Emendation

„Videri autem trabes traditas, quas em-
tor signasset. — Das Signiren kommt
hier nicht als Bestandtheil der Apprehension
vor, sondern weil daraus, als einem ge-
meinen Gebrauch, auf die Absicht der
Parteyen geschlossen werden kann. Nur da-
durch ist es zu erklären, warum in einem
Fall, worin die körperliche Handlung genau
dieselbe ist, dennoch das Gegentheil gelten
soll (1).

Von dieser Regel, daß durch bloße Gegenwart,
ohne Berührung, Besiz erworben werden könne, kom-
men nach folgende Anwendungen und nähere Bestim-
mungen vor.

Erstens: wenn ich die Sache, die ein Anderer
mir übergeben will, einem Dritten geben lasse, so ist
nun der juristische Besiz wirklich auf mich, und von
mir auf den Dritten übertragen worden (2). Hierin
liegt eine bloße Anwendung unsrer Regel: denn, indem
mir der Andere die Bestimmung über die (gegenwärtige)

(1) L. 1. §. 2. *de portis. et* „sens fuit, donatas, et ab ea
comm. (S. 4. C. 201.) „viro traditas videri respon-

(2) „Species extra domum
„a matre filias nomine viro
„traditas, filias, quas pras-
cf. L. 3. §. 12. *de dom. inter*
otr. et ux., L. 1. §. 27. *de poss.*
(S. 194.)

Sache überläßt, bin ich eben so unumschränkter Herr derselben, als ob ich sie wirklich ergriffen hätte, ja ich übe diese meine Herrschaft wirklich aus, indem ich ihm auftrage, dem Dritten die Sache zu übergeben. Indessen kann über die Einfachheit der äußerlichen Handlung, die hier vorgeht, das Zusammengesetzte der juristischen Handlung leicht übersehen werden (1).

Zweiten 8: Die Gegenwart giebt überhaupt nur insofern den Besitz, als es möglich ist, die Sache in jedem Augenblick wirklich zu ergreifen. Wer also ein Wild verfolgt, hat noch nicht den Besitz desselben, obgleich er ihm sehr nahe seyn kann: ja selbst wenn er es tödtlich verwundet hat, kann er noch auf vielerley Weise verhindert werden, es wirklich zu fangen („multa accidere possunt, ut eam non capiamus“), also ist selbst dadurch der Besitz noch nicht erworben, wiewohl selbst einige Römische Juristen das Gegentheil behaupteten (2). Demnach muß das Wild wirklich gefangen oder getödtet seyn, wenn der Besitz desselben erworben werden soll.

(1) „nam celeritate conjugendarum inter se actionum, nam unam actionem occultari.“ L. 3. §. 12. de don. inter vir. et ux.

(2) L. 5. §. 1. de acqu. rer. dom., §. 13. l. de rer. dig. —

Nach denselben Grundsätzen entscheidet einen andern, aber ähnlichen Fall: L. 55. de acqu. rer. dom. Die Entscheidung liegt in den Worten: „uti si meam potestatem personit, meus factus sit.“

Dritten: wenn die Sache in einem verschlossenen Gebäude liegt, so wird Tradition, also Erwerb des Besizes, angenommen, wenn die Schlüssel übergeben sind. Es ist sehr natürlich, daß diese Schlüssel von jeher symbolische Schlüssel haben seyn müssen, und man brauchte nicht viel weiter zu gehen, um zu behaupten, jede andere Sache könne eben so gut gebraucht werden, und die Schlüssel seyen nur Beyspielsweise im Römischen Recht genannt (1). Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß Schlüssel so gut als jede andere Sache als bloßes Zeichen dienen können, und wenn bey dem Einzug eines Königs die Schlüssel der Stadt überreicht werden, läßt sich kaum ein anderer Zweck denken. Aber es giebt noch einen andern Gebrauch der Schlüssel, der fast noch häufiger ist als jener: nämlich etwas aufzuschließen, was verschlossen ist, und daß davon allein hier die Rede ist, soll jetzt bewiesen werden. — Nämlich daß auch bey beweglichen Sachen die bloße Gegenwart, ohne wirkliches Ergreifen, als factum apprehensionis gelten könne, ist oben gezeigt worden. Nun muß aber zu jedem factum auch noch animus hinzukommen, wenn der Besiz erworben seyn soll, und dieser animus muß in den meisten Fällen geschlossen werden, weil er selten ausdrücklich erklärt

(1) Schmalz, Handbuch 1801.) §. 199.
des R. Privatrechts (Königsb.

wird. Wenn nun ein Grundstück verkauft wird, so kann der Käufer oft mit dem Verkäufer hincingehen, ohne daß dieser die Absicht hat, den Besitz zu übertragen, jener ihn zu erwerben. So auch bey beweglichen Sachen: wenn hier der Handel völlig geschlossen ist, selbst in Gegenwart der Sache, so kann dennoch der Käufer nicht die Absicht haben, den Besitz zu erwerben, wenn die Sachen in einem verschlossenen Gebäude liegen, wozu er keinen Schlüssel hat, weil er nun in jedem künftigen Augenblick verhindert werden kann, diese Sachen zu gebrauchen. Deswegen wird hier der Besitz erst dann als erworben betrachtet, wenn die Schlüssel übergeben sind.

I. L. 9. §. 6. *de adqu. rer. dom.* (§. 45. I. *de rer. div.*)

„Item si quis mercēs in horreo repositas
 „vendiderit, simulatque claves horrei
 „tradiderit emtori, transfert proprietatem
 „mercium ad emtorem.“

2. L. 1. §. 21. *de poss.*

„... et vina tradita videri, cum claves (1)
 „cellae vinariae emtori traditae fuerint.“

(1) GLOSSA interlin. (Ms. Paris. num. 4458. und num. 4455.) zu dem Wort *claves*: „y. (Irnerius) quasi administriculum custodiae,“ also nicht als Symbol, sondern wegen der natürlichen Herrschaft über die Sache, die dadurch entsteht.

Ja selbst wenn der Käufer sein Siegel auf die Waare drückt, ist der Besitz ohne Uebergabe der Schlüssel noch nicht erworben, obgleich jene Handlung allerdings das *factum apprehensionis* bezeichnen kann, wenn die Sachen nicht verschlossen sind:

I. L. 1. §. 2. *de peric. et comm. rei vend.*

„*Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri: Labeo contra. Quod et verum est: magis enim, ne summutetur signari solere, quam ut tradi tum videatur.*“

2. L. 14. §. 1. *cod.*

„*Videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.*“ — Nämlich es ist eben so gewöhnlich, Bauholz unverschlossen aufzubewahren, als es bey dem Weine ungewöhnlich ist.

In allen diesen Fällen also wird nach einer sehr wahrscheinlichen Vermuthung angenommen, die Parteyen hätten die Tradition erst gewollt, als die Schlüssel übergeben wurden: aber der *animus possidendi* kann natürlich ohne das *factum apprehensionis* keine Wirkung haben, es wird also in jenen Stellen, die bloß davon sprechen, ob die Absicht der Tradition vermuthet oder nicht vermuthet werden solle, immer vorausgesetzt, daß an dem *factum apprehensionis*

nichts schle, d. h. daß die Uebergabe der Schlüssel in Gegenwart der Sache vor sich gehe. Auch haben die Comptatoren durch folgende Stelle dafür gesorgt, daß hierüber kein Zweifel entstehe:

L. 74. *de contr. emt.*

„Clavibus traditis, ita mercium in hor-
 „reis conditarum possessio tradita vide-
 „tur, si claves apud horrea traditae
 „sint: (was nun folgt, ist vorzüglich
 brauchbar, unsern Begriff der Apprehension
 zu erläutern und zu bestätigen) „quo facto,
 „confestim emtor dominium et posses-
 „sionem adipiscitur, etsi non aperuerit
 „horrea.“ — Nämlich Wer durch eine ver-
 schlossene Thüre von der Sache getrennt ist,
 besitzt sie eben so wenig, als wer weit da-
 von entfernt ist, hat er aber den Schlüssel,
 so kann er in jedem Augenblick die Sache
 ergreifen, und ob er dies wirklich thue,
 ja ob er auch nur die Thüre öffne, ist zum
 Erwerb des Besizes völlig gleichgültig.

§. 17.

An beweglichen Sachen also kann ohne wirkliches Ergreifen Besitz erworben werden, wenn nur die Sache gegenwärtig ist (§. 16.). Dasselbe ist aber auch noch

auf eine andere Art möglich. Wer nämlich eine Sache in seinem Hause aufbewahrt, kann eben dadurch den Besitz erworben haben, ohne daß irgend eine andere Handlung hinzukommt.

L. 18. §. 2. *de poss.*

„Si venditorem, quod emerim, deponere
 „in mea domo jusserim: possidere me
 „certum est, quamquam id nemo dum
 „attigerit.“ — Hier wird gar nicht vorausgesetzt, daß der Kauf in Gegenwart der Sache geschlossen war, und eben so wenig, daß der Käufer sich in seinem Hause befand, als die Sache niedergelegt wurde: also ist das bloße Niederlegen im Hause das factum gewesen, wodurch der Besitz erworben wurde. Auch bemerkt der Jurist ausdrücklich, daß nicht etwa im Namen des Käufers die Sache habe müssen von seinen Leuten in Empfang genommen werden („quamquam id nemo dum attigerit“), weil man sonst darin den Grund des Besizes hätte setzen können.

Der Grund dieser Regel ist leicht zu finden. Jeder hat über sein Haus sicherere Herrschaft als über alles andere Vermögen, und durch jene Herrschaft zugleich die „custodia“ aller der Sachen, die in dem

Hause enthalten sind. Daß dieses die Ansicht der Ge-
setze ist, folgt schon daraus, daß in einem andern,
aber ähnlichen Fall eben wegen der fehlenden custodia
der Besitz abgeläugnet wird. (1). — Hieraus lassen sich
leicht die Bedingungen dieses Erwerbs ableiten, die
in jener Stelle selbst nicht ausgedrückt sind. •

Da es nämlich blos auf den eigenen Gebrauch
des Gebäudes ankommt, von welchem die Rede ist,
so ist:

- I. dieser Erwerb weder durch das Eigenthum, noch
durch den juristischen Besitz des Gebäudes bedingt.
Wer also ein Haus oder ein Waarenlager gemie-
thet hat, kann auf diese Weise Besitz erwerben,
obgleich er an dem Gebäude selbst weder Eige-
nthum noch juristischen Besitz hat: denn auch ohne
diese Rechte hat er ohne Zweifel die custodia
aller Sachen, die in dem Gebäude sich befinden.
2. eben so ist aber auf der andern Seite dieser Er-
werb unmöglich, wenn jener eigne Gebrauch des
Gebäudes fehlt, obgleich Eigenthum und Besitz
desselben da seyn kann. So kann der Eigenthü-
mer eines vermiethten Hauses aus demselben
Grunde keinen Besitz dieser Art erwerben, aus
welchem dieses dem Bewohner des Hauses mög-

(1) L. 3. §. 3. de poss.

lich war, wiewohl hier der Eigenthümer den juristischen Besitz des Hauses keinesweges aufgegeben hat (1). — Schon aus diesem zweiten Satze läßt sich leicht folgende Stelle erklären, die ausserdem zu einem Zweifel an der Richtigkeit unsrer Regel verleiten könnte (2): „*Qui „universas aedes possidet (possedit), singulas „res, quae in aedificio sunt, non videtur „possèdise:*“ d. h. der juristische Besitz des Hauses giebt nicht nothwendig auch den Besitz der einzelnen Sachen in dem Hause, so daß man nicht von jenem auf diesen schließen kann. Sehr natürlich, weil man Besitzer eines Hauses werden kann, ohne es selbst zu bewohnen, z. B. indem man es kauft, und zugleich dem Verkäufer vermiethet (*constitutum possessorium*). Aber auch noch auf andere Art läßt sich der

(1) Beide Sätze werden durch folgende analoge Stellen erläutert und bestätigt: L. 5. §. 2 - 5. *de injuriis*. L. 22. §. 2. L. 23. §. 3. *ad Leg. Jul. de adult.* — Doch ist die Aehnlichkeit dieser Stellen mit unserm Fall nicht vollkommen, weil sie sich bloß auf eigentliche Wohngebäude beschränken, was hier durchaus nicht der Fall ist.

(2) L. 30. *pr. de poss.* — Die Glosse und die meisten neuern Juristen verstehen unter den „*res, quae in aedificio „sunt,*“ die Balken und Mauersteine, aus welchen das Haus gebaut ist. Der Inhalt hätte dann auch keinen Zweifel, aber die Erklärung selbst ist gezwungen.

Widerspruch dieser Stelle mit unsrer Regel aufheben. Nämlich wer den Besitz eines Hauses erwirbt, z. B. indem er den bisherigen Besitzer herauswirft, kann er von den einzelnen Sachen im Hause vielleicht gar nichts wissen. Dann aber besitzt er sie nicht, weil ihm für sie der animus possidendi fehlt.

Aus diesen näheren Bestimmungen unserer Regel läßt sich leicht die Entscheidung eines andern Falls erklären, der mit dem unsrigen viele Aehnlichkeit hat: ich meine den Besitz der Schätze. Unter einem Schatz nämlich wird in der Theorie des Eigenthums jede verborgene Sache von Werth verstanden, die durch die Länge der Zeit herrenlos geworden ist (1): diese Beschränkung des Begriffs ist da sehr natürlich, weil ausserdem von einem besondern Erwerb des Eigenthums gar nicht die Rede seyn kann, so daß die ganze Sache nur unter jener Bedingung in die Theorie des Eigenthums gehört. Ganz anders bey dem Besitze, wo das fremde Eigenthum ganz gleichgültig ist: hier ist alles vergrabene Geld ein Schatz, und es ist ganz einerley, ob der Eigenthümer noch auszumitteln ist

(1) „Thesaurus est verus „habeat: sic enim fit ejus, qui
 „quaedam depositio pecu- „invenerit, quod non alterius
 „niae ejus non exstat memo- „sit.“ L. 31. §. 1. de adquir.
 „ria, ut jam dominum non rer. dom.

oder nicht: deswegen beziehen hier auch die Römischen Juristen das Wort *thesaurus* ohne Unterschied auf beide Fälle zugleich, und dieser Sprachgebrauch ist so natürlich, daß sie es nicht einmal nöthig finden, ihn besonders anzugeben. Ganz anders die Glosse und die neueren Juristen. Sie unterscheiden bey den Stellen des Römischen Rechts, die den Besitz der Schätze betreffen, einen *thesaurus* im weitern und im engern Sinn, was denn allein schon hinreichend ist, die einfachen Regeln der Römischen Juristen völlig zu verwirren. — Endlich ist auch das für sich klar, daß ein Schatz von jeder andern beweglichen Sache, die in einem Grundstück verborgen wird, juristisch sich durchaus nicht unterscheidet, daß also von dem Besitz der Schätze bloß als von dem wichtigsten und häufigsten Fall dieser Art in den Gesetzen die Rede ist.

Wenn also ein Schatz oder irgend eine andere bewegliche Sache in einem Grundstück vergraben wird, kann dadurch allein der Besitzer des Grundstücks auch an jener Sache den Besitz erwerben, d. h. liegt in jenem Vergraben das *factum*, welches, wenn der *animus* hinzutritt, den Besitz wirklich begründet? Dieser Fall hat mit dem oben erklärten (S. 204) die Ähnlichkeit, daß eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen Sache in Verbindung gesetzt wird, ohne doch ein Theil der unbeweglichen zu werden: durch diese

Verbindung wurde oben (wenn die Sache in der Wohnung niedergelegt wurde) der Besitz erworben, dasselbe scheint also auch hier erfolgen zu müssen, wenn nur das Grundstück besessen wird. Allein bey dem Hause lag der Grund, warum der Besitz der beweglichen Sache erworben wurde, in der ganz eignen custodia, die nur darin möglich ist: demnach ist in unserm Fall der Besitz des Schatzes dem Besitzer des Grundstücks durchaus nicht erworben. Also muß dieser, wie jeder Andere, um diesen Besitz zu erwerben, den Schatz ausgraben, heben, da denn der Besitz, auf ganz gewöhnliche Weise, durch Ergreifen oder unmittelbare Gegenwart (§. 16.) erworben ist. — Das ist der Inhalt folgender Stellen des Römischen Rechts:

I. L. 15. *ad exhibendum*:

„*Thesaurus meus* (1) *in tuo fundo est,*
 „*nec eum pateris me effodere: cum eum*
 „*loco non moveris,* *furti quidem aut ad*
 „*exhibendum, eo nomine agere recte non*
 „*posse me, Labeo ait: quia neque possi-*
 „*deres eum, neque dolo feceris, quo*
 „*minus possideres*“ rel.

(1) Hier ist also nicht von des Eigenthums (S. 208).
 einem solchen thesaurus die Ebendasselbe gilt von der fol-
 Rede, wie bey dem Erwerb genden Stelle.

2. L. 44. pr. de poss.

„ . . . cum, si alius in meo condidisset
 „ (pecuniam), non alias possiderem, quam
 „ si ipsius rei possessionem (1) supra ter-
 „ ram adeptus fuisset“ . . .

3. L. 3. §. 3. de poss. (2).

„ Neratius et Proculus,
 „ (et) solo animo non (3)
 „ posse nos acquirere pos-
 „ sessionem, si non an-
 „ tecedat naturalis pos-
 „ sessio (4). Ideoque si

Neratius und Procu-
 lus sagen, durch bloßes
 Wollen könne nur dann Be-
 sitz erworben werden, wenn
 das physische in allem Be-
 sitz, die Detention, schon
 vorher da gewesen sey. Hier:

(1) *Possessio* heist hier Besitz
 im natürlichen Sinn (S. 74.),
 und daß *possessionem adipisci*
 wird hier auf dieselbe Weise
 als Bedingung des (juristi-
 schen) *possidere* gedacht, wie
 in andern Stellen die *natura-*
lis possessio als eine solche Be-
 dingung angegeben wird. (L. 3.
 §. 3. 13. de poss.

(2) Mit dieser Stelle haben
 sich von jeher viele Interpre-
 ten beschäftigt. Das beste, was
 darüber gesagt worden ist, fin-
 det sich bey: ENGELB. DE MAN
 diss. de thesauro ad L. 3. §. 3.

de poss. (Thes. Diss. Belg.
 Vol. 1. Tom. 2. p. 305 - 386:
 natürlich enthalten diese 81 S.
 auch sehr viel unnützes) und
 bey EUPER (P. 2. Cap. 32.
 33.). — Ich werde meine Er-
 klärung in einer freien Ueber-
 setzung geben, und diese durch
 Anmerkungen erläutern und
 rechtfertigen.

(3) s. die Note S. 212.

(4) also: *posse nos acqui-*
rere (solo animo) possession-
em, si antecedit naturalis
possessio. Durch die doppelte
 Negation ist das deutlich ge-

„thesaurum in fundo
 „meo (1) positum sciam,
 „continuo me possidere,
 „simul atque possidendi
 „affectum habuero: quia,
 „quod desit naturali
 „possessioni, id animus
 „implet (2). Ceterum

aus folgern sie, daß der Besizer eines Grundstücks an einem Schatz, der darin vergraben sey, durch bloßes Wollen den Besitz erwerben könne: denn die Detention sey schon da, was also der bloßen Detention zum juristischen Besitz noch fehle, sey nur der animus possidendi,

nug ausgedrückt, und es ist also durchaus nicht nöthig anzunehmen, dieser positive Theil des Satzes sey von Paulus oder von einem Abschreiber ausgelassen worden.

(1) Auf das Eigenthum des fundus kommt es dabey nicht an, sondern auf die Detention, und er wird nur deswegen *meus fundus* genannt, weil ursprünglich und in der Regel die Detention mit dem Eigenthum verbunden ist. Bey einem verpachteten Grundstück würde von dem Rechte des Pächters, nicht des Eigenthümers, die Rede seyn.

(2) Der Zusammenhang der ganzen Stelle ist dieser: zuerst wird aus den Schriften jener

beiden Juristen eine allgemeine Regel angeführt, worüber kein Streit war: dann aus denselben Schriften eine Anwendung dieser Regel auf Schätze: dann über diesen Fall eine andere Meinung, die verworfen wird: endlich über denselben Fall eine dritte Meinung, und diese letzte wird gebilligt. — Unsere Juristen haben geglaubt, die Regel des Neratius stehe mit seiner Anwendung (in der That oder scheinbar), im Widerspruch: dieser Irrthum hatte zwey Ursachen. Erstens sah man wohl ein, daß *naturalis possessio* hier das physische im Besitz (das *factum*) bezeichne: weil man aber dieses *factum* irrig durch körperliche Berüh-

„quod Brutus et Mani-
 „lius putant, eum, qui
 „fundum longa posses-
 „sione cepit, etiam the-

nung erklärte (S. 181.), so konnte man nicht begreifen, daß hier naturalis possessio des Schatzes angenommen werden sollte: alles ist leicht begreiflich, wenn man unter dem factum die unmittelbare Möglichkeit der Einwirkung (die custodia) versteht, und diese war das, was Neratius irrigerweise voraussetzte. Zweitens übersezte man: „quod desit nat. poss.“ durch: „was an der „nat. poss. noch fehlt:“ aber die nat. poss. soll ganz vorhanden seyn, und es soll ihr nur der äußere Zusatz fehlen, durch den sie juristischer Besiz wird. — Die Glosse sagt deswegen bey den Worten: si non antecedit naturalis possessio: „et supple, vel aliud, quod „pro ea habeatur.“ — In der Folge bezog man die naturalis possessio auf das Grundstück: durch dieses sey indirect auch an dem Schatz, und selbst ohne

der eben jetzt hinzugethan werde. — Die Meinung von Brutus und Manilius übrigens, daß der Schatz ein Theil des Grundstücks sey,

dessen naturalis possessio, juristischer Besiz möglich (PAUL. DE CASTRO in Dig. novi P. I. fol. 56. ed. Lugd. 1548. f., ferner: Zasius, Euzaz, Chesius und viele Andere). — Einige haben noch viel schlechter das erste non (solo animo non posse) weggestrichen (N. A SALIS sicilim. j. civ. Hannover. 1614. 8, p. 354. Noont probabil. L. 2. C. 6. num. 4.). — Jenson erklärt zuerst richtig, aber ganz kurz (strictur. p. 528. ed. 1739.). — Bey Man ist die richtige Erklärung von „desit“ ausführlich dargestellt (l. c. p. 351 — 353.). Auch die naturalis possessio erklärt er richtig, doch meint er, weil hier doch eine juristische Fiction nöthig sey, müsse wohl das Wort uneigentlich gebraucht seyn, und dieser Scrupel macht ihm so viel zu schaffen, daß er, nach vielfältigen Versuchen ihm zu entgehen,

„saurum cepisse, quam-
 „vis nesciat in fundo
 „esse, non est verum:
 „is enim qui nescit, non
 „possidet thesaurum,
 „quamvis fundum pos-
 „sideat: sed et si sciat,
 „non capiet longa pos-
 „sessione: quia scit alie-
 „num esse (1). Qui-

also mit diesem zugleich usucapirt werde, selbst wenn der Besizer gar nichts von dem Schatz wisse — diese Meinung ist ohne Zweifel falsch, selbst nach der zuerst angeführten Meinung: denn der Schatz ist in der That kein Theil des Grundstücks, folglich wird er von dem Besizer des Grundstücks nicht zugleich mit besessen, sondern dieser muß noch be-

endlich doch noch zu der gemeinen Meinung zurück kehrt, und die naturalis possessio auf den fundus bezieht (l. c. p. 351. 359—379.). — Euper (P. 2. C. 32.) erklärt völlig richtig, aber ganz kurz, so daß man nicht sieht, wie er sich wegen der naturalis possessio gegen die gewöhnlichen Einwürfe vertheidigt haben würde.

(1) In dieser ganzen Stelle wird unter *thesaurus* alles vergrabene Geld überhaupt verstanden, ohne Unterschied, ob es herrenlos ist oder nicht (S. 208.). Also nicht bloß ein herrenloser Schatz, welches

durch die Worte „quia scit „alienum esse“ unläugbar bewiesen ist. Eben so wenig aber bloß ein solcher Schatz, der noch in fremdem Eigenthum ist, sondern eben sowohl ein herrenloser Schatz, welches letztere von Euper aus einem falschen Grunde behauptet (s. u. S. 33.), von den meisten aber aus folgenden zwey Gründen bezweifelt wird: A.) weil von der Usucapion des Schatzes die Rede ist, diese aber bey einer herrenlosen Sache gar nicht nöthig wäre. Allein zu aller Occupation mußte noch Usucapion hinzukommen, um

„dam putant, Sabini sen-
 „tentiam veriorem esse;
 „nec alias eum, qui scit,
 „possidere, nisi si loco
 „motus sit: quia non
 „sit sub custodia nos-

sonders um den Schatz wis-
 sen: aber selbst wenn er
 darum weiß, also nach jener
 ersten Meinung den Besitz
 des Schazes hat, kann er
 ihn doch nicht usucapiren,
 weil er nicht anders von
 dem Schatz wissen kann, als
 indem er zugleich einen
 fremden Eigenthümer des-
 selben weiß, also in mala

das prätorische Eigenthum in
 ein justum dominium zu ver-
 wandeln: demnach beruht die-
 ser ganze Zweifel auf den ge-
 wöhnlichen Irrthümern über
 das Verhältniß der *rea nec
 mancipi* zu dem Römischen
 Eigenthum, welche Irrthümer
 erst von Hugo völlig wegge-
 räumt worden sind, B.) wegen
 der Worte: *quia scit alienum
 esse*. Man hat vergeblich ver-
 sucht, theils durch Emenda-
 tion, theils durch Interpreta-
 tion diesem Einwurf zu bege-
 gen. (BINKERSHOEK, obs.
 VII. 1. — CUPERUS P. 2.
 C. 33. — MAN I. c. p. 343 —
 345.). Meine Meinung ist
 diese: der Besitzer des Grund-

stücks soll den Schatz noch nicht
 selbst gefunden haben, und den-
 noch davon wissen. Wie ist das
 möglich? nicht anders als da-
 durch, daß er von dem Ver-
 graben des Schazes irgend
 eine Nachricht erhalte: dann
 aber weiß er zugleich, daß der
 Schatz in fremdem Eigenthum
 ist (L. 31. §. 1. *de adqu. rer.
 dom.* „*depositio . . . cujus me-
 moria non exstat*“). Also ist
 hier von einem Schatz in frem-
 dem Eigenthum die Rede, nicht
 als ob die ganze Stelle nur
 davon handelte, sondern weil
 das Wissen um den Schatz
 nicht wohl anders gedacht wer-
 den kann.

„tra, quibus consen-
„tio“ (1).

side ist. — Einige glauben nach Sabinus, der Besitzer des Grundstücks könne nicht durch bloßes Wollen den Besitz des Schatzes erwerben, sondern er müsse ihn ausgraben, weil er dadurch den Schatz in seine Verwahrung bekomme. Diese Meinung ist die richtige.

(1) Die Glosse und fast alle übrigen Interpreten finden diese Entscheidung sehr sonderbar, da doch Bewegung der Sache in andern Fällen nicht zum Erwerb des Besitzes gehört, ja sogar bey manchen Sachen (den Grundstücken nämlich) unmöglich ist. Die Meisten erklären deswegen die ganze Stelle bloß von einem Schatz, der noch in fremdem Eigenthum ist (s. die vorige Note): deswegen sey hier, wie in L. 15. *ad exhib.* und L. 44. *pr. de poss.* die Bewegung, als etwas besonderes, nöthig, um den bisherigen Besitzer auszutreiben: welche Erklärung selbst wieder von ganz falschen Grundsätzen

ausgeht. Dofred (fol. 55.) macht gerade die entgegen gesetzte Unterscheidung, indem er die Stelle auf einen eigentlichen, d. h. herrenlosen Schatz bezieht, und deshalb bey allen herrenlosen Sachen Berührung fordert „quia possunt intervenire multi casus, quibus nostra non fiunt . . . praeterea non est ibi aliquis, qui velit in me transferre possessionem.“ Bynkershoek (*obs.* VII. 1.) lieft: *loco natus* anstatt: *loco motus*, und bringt so mit Hülfe einer Emendation und einer sehr gezwungenen Erklärung endlich einen ganz falschen Satz als Resultat heraus. — Aber hier, wie in

§. 18.

Es ist jetzt durch Interpretation bewiesen, was oben vorausgesetzt wurde, daß es die Möglichkeit einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache, und nicht die körperliche Berührung ist, was das *factum apprehensionis* ausmacht (S. 186). Damit sind zugleich alle *factae apprehensiones* aufgehoben, weil alle diese

allen Fällen überhaupt, ist die unmittelbare Gegenwart der Sache das, was das *factum apprehensionis* ausmacht: da es sich indessen kaum denken läßt, daß Jemand einen Schatz völlig aufgraben wird, ohne ihn auch wirklich aus der Erde zu nehmen und weg zu tragen, so konnte die *loco motio* ohne Bedenken als *factum apprehensionis* angegeben werden, um so mehr, da es hier bloß darauf ankam, den Gegensatz gegen die Meinung des *Neratius* auszudrücken, nach welcher das bloße Wissen den Besitz begründen sollte. Diese richtige Erklärung der Worte *nisi si loco motus sit* findet sich bloß bey den ältesten Glossatoren. GLOSSA interl. (Ms. Paris. 4458. a.) „G. (Guarne-

rius) „*vel pro moto habeatur veluti si coram positum thesaurum oculis et affectione videatur apprehendisse, sicut in aliis rebus, ut I. e. l. I.* —“ GLOSSA interl. (Ms. Paris. 4455.) „*vel pro moto habeatur veluti si praesens thesaurus oculis et affectu apprehendatur quod in possessione necessarium est. M.*“ (Martinus.). — Demnach ist das Resultat der drey angeführten Stellen (L. 15. *ad exhib.*, L. 44. *pr. de poss.*, L. 3. §. 3. *de poss.*) völlig dasselbe, und es ist dabey ganz gleichgültig, ob das vergrabene Geld herrenlos ist oder nicht, und eben so, ob es bisher in fremdem Besitze war oder nicht.

Fälle, in welchen man nach einer willkürlichen Voraussetzung eine *fiat apprehensio* annahm, ohne Ausnahme unter dem Begriff der natürlichen Apprehension enthalten sind.

Dieser Begriff selbst aber, dessen Realität nun erwiesen ist, muß jetzt näher bestimmt werden. Die Vergleichung einiger bereits erklärten Fälle wird am leichtesten zu diesem Zweck führen.

Wer ein Stück Wild tödtlich verwundet hat, und es sehr nahe verfolgt, ist dennoch nicht Besitzer desselben, solange er es nicht wirklich gefangen oder getödtet hat; denn noch ist es auf vielerley Art möglich, daß ihm dieses Thier ganz entgehe (S. 199.), dann aber ist es ihm in keinem Moment möglich gewesen, willkürlich darauf zu wirken, was doch zum Erwerb des Besitzes nothwendig ist. Eben so, und aus denselben Gründen, erwirbt selbst der Eigenthümer eines Grundstücks den Besitz eines Schazes erst dann, wenn der Schaz wirklich ausgegraben ist (S. 209.), weil es auch hier leicht möglich ist, daß nicht er, sondern ein Anderer den Schaz findet, dann aber der Schaz in keinem Augenblick wirklich in der Gewalt jenes Eigenthümers war.

Dagegen kann der Besitz einer Sache bloß dadurch erworben werden, daß sie in unserer Wohnung niedergelegt wird, obgleich wir nicht selbst gegenwärtig sind

(S. 204.): und doch ist es auch hier nicht unmöglich, daß gleich nachher das Haus selbst von Andern mit Gewalt occupirt wird, so daß wir alsdann in keinem Augenblick jene Sache in unsrer Gewalt hatten. Eben so soll von einem nahen Thurme aus der Besiz eines Grundstücks übergeben werden können (S. 189.), und doch ist es auch da möglich, daß der neue Besizer die wirkliche Herrschaft über die Sache nie erhält, weil in demselben Augenblick, in welchem er hineingehen will, ein Anderer angekommen seyn kann, der auch auf diesen Besiz Anspruch macht, und von welchem er mit Gewalt zurückgewiesen wird.

Worin liegt nun der Grund; warum in jenen Fällen kein Besiz erworben ist, wohl aber in diesen? offenbar bloß darin, daß die Möglichkeit, von der Sache völlig ausgeschlossen zu werden, noch ehe man sie wirklich in der Gewalt gehabt hat, in jenen Fällen sehr nahe, in diesen aber so entfernt ist, daß sie für das Bewußtseyn des Besizers völlig verschwindet. Jeder wird es für leicht möglich halten, daß ihm ein verwundetes Thier entgehe, oder daß er so lange vergeblich nach einem Schafe suche, bis ihm ein anderer zuvorgekommen seyn wird: aber daß das Hausrecht gewaltsam verletzt werde, oder daß in den wenigen Augenblicken, die man braucht, um in ein ganz naheß Feld zu gehen, ein neuer Besizer ankomme, der vor-

her nicht zu sehen war, daß ist so unwahrscheinlich, daß auf diese Möglichkeit Niemand Rücksicht nehmen wird. Demnach kann nicht in jenen, wohl aber in diesen Fällen das Bewußtseyn physischer Herrschaft entstehen, und damit ist der Begriff der Handlung, wodurch der Besitz erworben werden muß, völlig bestimmt. Es muß nämlich die Möglichkeit, auf die Sache nach Willkühr zu wirken, von dem, welcher den Besitz erwerben will, als unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können.

Damit ist zugleich ein neuer Ausdruck für den materiellen Begriff des Besitzes (§. 9.) aufgefunden, in welchem zugleich der Erwerb und Verlust des Besitzes am leichtesten übersehen werden kann. Es beruht nämlich aller Besitz einer Sache auf dem Bewußtseyn unbeschränkter physischer Herrschaft (1). Damit dieses

(1) Wenn man diesen Satz so erklärt: „wer die physische Herrschaft über eine Sache zu haben meint, hat den Besitz,“ so ist nichts leichter, als ihn zu widerlegen, und er ist in dieser Gestalt von Zacharia (de poss. p. 27.) wirklich widerlegt worden. Aber ich glaube mich so deutlich vor diesem Mißverständniß verwahrt zu haben, daß ich selbst für die

Bestimmtheit des Ausdrucks nichts hinzu zu thun weis. Ich habe nämlich sehr bestimmt gesagt, daß die facta, welche jenes Bewußtseyn erzeugen können, wirklich vorhanden seyn müssen, so daß dieses Bewußtseyns bloß erwähnt worden ist, in Beziehung auf jene facta, theils um zu erklären, warum es auf dieselben ankomme, theils um den Begriff dersel-

Bewußtseyn entstehe, muß der Wille (animus) vorhanden seyn, die Sache als eigen zu haben (1): zugleich müssen die physischen Bedingungen der Möglichkeit vorhanden seyn, deren Bewußtseyn entstehen soll (factum). Fortgesetzt wird der Besitz durch die Fortsetzung derselben Bedingungen (factum und animus), wodurch der Besitz erworben wurde: aber es ist sehr natürlich, daß hier zur Fortdauer des Besizes nicht die unmittelbare physische Herrschaft nöthig ist, die zum Anfang desselben erfordert wurde; vielmehr kommt es bloß auf die fortdauernde Möglichkeit an, jenes unmittelbare Verhältniß nach Willkür zu reproduciren. Darum verlieren wir nicht durch bloße Entfernung von der Sache den Besitz, den wir uns einmal zugeeignet haben, obgleich das physische Verhältniß, in welchem wir nun in der That zu dieser Sache stehen, durchaus nicht hinreichen würde,

ben genauer zu bestimmen. Was aber die Fortdauer des Besizes betrifft, so habe ich eben so deutlich gesagt, daß dieselbe auf der möglichen Reproduction alles dessen beruhe, wodurch der Besitz erworben wird (erste Ausgabe S. 29. und 32.) welche Möglichkeit zwar nicht durch Ent-

fernung von der Sache und durch Vergessen des Besizes, wohl aber durch Verlieren und durch animus non possidendi aufgehoben wird.

(1) Von dem abgeleiteten Besitz nämlich, als einer bloßen Modification des ursprünglichen Begriffs (S. 9.) kann hier nicht die Rede seyn.

und den Besitz allererst zu verschaffen (1): welcher Unterschied unter den physischen Bedingungen des Erwerbs und der Fortdauer ohne jene Beziehung auf das Bewußtseyn des Besitzers durchaus nicht erklärbar wäre (2).

Aus dem allgemeinen Grundsatz der Apprehension, der hier durch bloße Abstraction aus den einzelnen Entscheidungen der Römischen Juristen aufgefunden worden ist, sind nun alle Fälle zu entscheiden, welche nicht ausdrücklich im Römischen Recht bestimmt sind.

(1) Diese Unterscheidung zwischen Fortdauer und Erwerb des Besitzes ist selbst in den Ausdrücken sichtbar. So wird in einem und demselben Fall die *custodia* abgeläugnet (L. 3. §. 3. *de poss.*), und in einer andern Stelle angenommen (L. 44. *pr. de poss.*): aber in der ersten Stelle ist vom Erwerb, in der zweiten von der Fortsetzung des Besitzes die Rede.

(2) Zacharia hält es für einen nicht geringen Vorzug seines Begriffs des Besitzes, daß nach demselben der Erwerb und die Fortdauer des Besitzes auf ganz gleichen Bedingungen beruhe (*de poss.*

p. 27.). Allein diese Gleichheit folgt nicht aus seinem Begriff, sondern aus dem Satz: *initio possessionis probato, tamdiu ejus retentio praesumitur, donec probetur contrarium, i. e. finis* (p. 16.) Dieser Satz aber ist gänzlich erschlichen, und er folgt so wenig aus seinem Begriff, daß er demselben vielmehr widerspricht. Denn nach dem Begriff gehörten die *Signa e quibus constat alicui inesse animum etc.* zum Wesen des Besitzes: in diesem Satz hingegen erscheinen sie als bloßes Beweismittel, das durch eine (erschlichene) Präsumtion ersetzt werden soll.

Gesezt, es wäre von dem Besiß eines Gutes die Rede, das in einem beträchtlichen Umfang mehrere Höfe enthielte: wäre es auch hier genug, das Ganze bloß an einem Ende zu betreten, um Besißer zu werden? das Römische Recht nennt diesen Fall nicht, denn die fundi, wovon die Römischen Juristen sprechen, sind offenbar einzelne Stücke Landes von beschränktem Umfang, die mit einem Blick übersehen werden können. Nach unfrem Grundsatz ist durch jene Handlung der Besiß noch keinesweges erworben, sondern dieses ist nur durch solche Handlungen möglich, wodurch die sinnliche Ueberzeugung physischer Herrschaft über jeden Theil des Gutes entstehen kann: das Gut also, welches juristisch als Einheit (universitas) gilt, wird bey dieser Handlung, die gar keine juristische Form hat, als zusammengesetzt betrachtet. Ganz anders, wenn man nach der gemeinen Meinung den Besiß der Grundstücke durch symbolische Handlungen erwerben läßt; die Wirkung dieser symbolischen Handlung müste sich auf die ganze Sache erstrecken, weil diese als juristische Einheit betrachtet wird: und dabey könnten physische Lage und Umfang keinen Unterschied machen.

§. 19.

Der Begriff der Handlung ist jetzt völlig bestimmt, die, in Verbindung mit animus possidendi, den Besiß begründet. Es ist nur noch der Fall zu bestimmen

übrig, wenn das physische Verhältniß schon vorher existirt, ehe der Besitz erworben werden soll.

Daß auch hier der *animus*, als die zweite Bedingung alles Erwerbs, hinzukommen müsse, ist klar: aber für das *factum*, womit wir uns hier noch allein beschäftigen, ist durchaus nichts neues zu thun nöthig. Insofern wird hier durch bloßen *animus* Besitz erworben (1), weil nämlich jetzt, in dem Augenblick des Erwerbs, außer dieser Bestimmung des Willens durchaus nichts neues zu geschehen braucht.

Zugleich ist es klar, daß hier zum Erwerb des Besitzes schon das entferntere physische Verhältniß hinreiche, wodurch außerdem der schon erworbene Besitz erhalten werden kann (§. 221.), vorausgesetzt, daß auch hier ein anderes *factum apprehensionis* vorhergegangen ist.

Der wichtigste Fall, welcher hierher gehört, betrifft die sogenannte *traditio brevi manu*. Man versteht darunter zwey sehr verschiedene Dinge: nämlich theils Uebertragung des Eigenthums, da der Besitz schon übergangen war (2), welcher Fall uns hier nicht

(1) L. 3. §. 3. *de poss.*
 „Neratius et Procalus, (et)
 „solo animo non posse nos
 „acquirere possessionem, si
 „non antecedit naturalis pos-
 „sessio.“ (§. 210. Note 4.)

(2) L. 21. §. 1. *de acqu.*
rer. dom. „Si rem meam
 „possideas, et eam velim tu-
 „am esse: fiet tua, quamvis
 „possessio apud me non fue-
 „rit.“ cf. L. 46. *de rei vind.*

interessirt, indem er durchaus keine Veränderung des Besizes begründet: theils Uebertragung des Besizes,

— Daß die Sache gegenwärtig seyn müsse bey einem solchen Vertrag, ist durchaus nicht nöthig, denn L. 47. *de rei vind.* geht offenbar auf den *fictus possessor*, d. h. auf den Beklagten, der nicht wirklich Besizer ist („*cum possessionem ejus possessor nactus sit*“), also heißt *res absens* eine Sache, die nicht in seinem Besize ist. — Gar nicht hierher gehören endlich: L. 11. *pr.*, L. 15. *de reb. cred.*, L. 34. *pr. mandati*: denn wer einem Andern Geld *ex mandato* schuldig ist, hat jetzt das Eigenthum und den Besiz der Geldstücke: wird also die *obligatio* in ein *mutuum* verwandelt, so ändert sich in dem Eigenthum, so wie in dem Besize, nicht das geringste, folglich gehört die Frage, ob jene Verwandlung möglich sey (über welche Frage jene Stellen in offenbarem Widerspruch stehen), gar nicht in die Theorie des Besizes oder des Eigenthums.

— Mein Rec. im juristischen

Archiv (B. 4. S. 411.) bemerkt dagegen, daß der Mandatar, welcher Geld *eincassire*, keineswegs Eigenthümer und Besizer der Geldstücke sey, „vor-
„ausgesetzt natürlich, daß die
„erhobenen Gelder beim Man-
„datar specifisch vorhanden
„seyen.“ Aber gerade von dieser Voraussetzung kann man hier sehr sicher das Gegentheil annehmen: 1) weil hier bloß von den Obligationen-Verhältnissen gesprochen wird, bey welchen es natürlich und gewöhnlich ist, ganz davon zu abstrahiren, ob der Mandatar die vorigen Geldstücke aufbewahrt hat. 2) Weil L. 34. *pr. cit.* gerade in dieser Rücksicht das *depositum* dem Mandate entgegensetzt: „*Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita hat: quia tunc nummi, qui mei erant, tui sunt.*“ Ganz natürlich: das Aufbewahren der *species*, welches bey dem Man-

§. 19. Erwerb durch frühere Apprehension. 225

da der Andere bisher die bloße Detention hatte, wodurch denn auf die oben angegebene Weise der Besitz erworben wird. Hierauf beziehen sich folgende Stellen:

I. L. 9. §. 5. *de adqu. rer. dom.* (§. 44. I. *de rer. divis.*)

„Interdum etiam sine traditione nuda
„voluntas domini sufficit ad rem trans-
„ferendam: veluti si rem, quam *commo-*
„*davi*, aut *locavi* tibi, aut apud te *de-*
„*posui* (1), vendidero tibi: licet enim ex
„ea causa tibi non tradiderim, eo tamen,
„quod patior eam ex causa emtionis apud
„te esse, *tuam efficio*.“

2. L. 62. *pr. de evictionibus*:

„Si rem, quae *apud te* esset (2), vendi-
„dissem tibi, quia *pro tradita habetur*,
„evictionis nomine me obligari placet.“

3. L. 9. §. 9. *de rebus creditis*:

„Deposui apud te decem, postea permisi
„tibi uti: Nerva, Proculus; *etiam ante-*

Datar sehr zufällig ist, ist eben die Schuldigkeit des Depositaris.

(1) Durch alle diese Handlungen geht kein juristischer Besitz über (s. u. §. 23.).

(2) L. 63. *de V. S.* „*Penes*
„*te* amplius est, quam *apud*
„*te*: nam *apud te* est, quod
„qualiterqualiter a te *tensa-*
„*tur*: *penes te* est, quod quod-
„dam modo *possidetur*.“

„*quam moveantur* (1), *condicere quasi*
 „*mutua tibi haec posse ajunt: et est ve-*
 „*rum, ut et Marcello videtur: animo*
 „*enim coepit possidere*“

In diesen Stellen ist zunächst von Uebertragung des Eigenthums die Rede, aber durch ein solches *factum*, *ubi per possessionem dominium quaeritur*, so daß sie auch für den Besitz völlig beweisen. (S. 11.), d. h. daß nicht nur in diesen Fällen selbst Besitz zugleich mit dem Eigenthum übergeht, sondern daß auch auf diese Art der Besitz ohne Eigenthum übertragen werden kann, wenn z. B. der Verkäufer selbst gar nicht Eigenthümer ist.

Zu dieser Art den Besitz zu erwerben, gehört auch die bedingte Uebergabe. Zunächst geht hier noch gar kein Besitz über, aber sobald die Bedingung eintritt, wird nun der Besitz unmittelbar erworben, der, bis dahin nur in fremdem Namen ausgeübt wurde:

L. 38. §. 1. *de poss.*

„. . . *existimandum est, possessiones sub*

(1) also ohne neues *factum apprehensionis*. In der folgenden Stelle (L. 19. *de reb. cred.*) wird in einem andern Fall gerade das Gegentheil gesagt, aber um deswillen, weil

da das wirkliche Brauchen des Geldes die Bedingung war, ohne welche nach dem Willen der Parteyen selbst gar nicht von einem *mutuum* die Rede seyn konnte.

„*conditione tradi posse, sicut res sub
 „conditione traduntur (1), neque aliter
 „accipientis fiunt, quam conditio existi-
 „terit.*“

Hey dieser ganzen Art den Besitz zu erwerben ist indessen eine Beschränkung wohl zu bemerken, die erst unten ganz deutlich werden kann. Wer nämlich seinen Besitz einer beweglichen Sache durch andere Personen ausüben läßt, verliert diesen Besitz nicht durch den bloßen Willen dieser Personen, sondern es muß ein wahres furtum, also auch *contractatio* hinzukommen (Abschn. 3): folglich kann auch der Repräsentant diesen Besitz nur durch *contractatio* erwerben, weil sonst zwey Besitzer derselben Sache vorhanden wären (S. 164), und darin liegt eine wahre Ausnahme von unserer Regel.

§. 20.

* Die Beschaffenheit der körperlichen Handlung, wodurch der Besitz erworben wird, ist jetzt vollständig bestimmt: zu dieser Handlung aber muß ein bestimmtes Wollen (*animus*) hinzukommen, wenn der Besitz wirklich entstehen soll, und dieser Punkt ist hier zunächst zu erörtern.

(1) d. h. wie bey dem Eigenthum, (also mittelbar auch bey dem Besitz) eine bedingte Uebergabe vorkommt, so auch bey dem Besitz allein, und ohne Beziehung auf Eigenthum.

Nun besteht dieses Wollen ursprünglich darin, daß der Besizer die Sache als eine eigene Sache behandelte (*animus domini*): dieser Begriff ist für sich deutlich genug, und es ist nur nöthig, vor der Verwechslung dieses *animus domini* mit der Ueberzeugung, daß man Eigenthümer sey (*opinio domini*) zu warnen (S. 93). Das Recht des Besizes aber kann, unabhängig vom Eigenthum, veräußert werden, und bei dem abgeleiteten Besiz, der dadurch entsteht, ist es nicht mehr der *animus domini*, was zu dem *factum* hinzukommen muß, um den Besiz zu begründen, sondern der bloße *animus possidendi*, d. h. man muß nur den Besiz auf diese Weise erwerben wollen. Auch dieser Begriff bedarf keiner weiteren Erörterung: dagegen ist es sehr wichtig, die Fälle zu wissen, in welchen ein abgeleiteter Besiz von den Gesetzen anerkannt, folglich eine Ausnahme von der Regel des *animus domini* gemacht wird. Diese Untersuchung also gehört ganz eigentlich hierher.

Aber es giebt Fälle, in welchen, ohne Rücksicht auf diese Unterscheidung, und doch wegen des fehlenden *animus*, kein Besiz erworben werden kann. Wer nämlich überhaupt nicht wollen kann, ist auch den Besiz zu erwerben unfähig: und eben so kann kein Besiz an einer solchen Sache entstehen, deren wir uns nicht als einer einzelnen Sache für sich bewußt werden können.

§. 21. Des animus possidendi unfäh. Persf. 229

Demnach sind hier, bey dem animus possidendi, drey Fragen zu beantworten:

1. Welche Personen können keinen Besitz erwerben, weil sie überhaupt nicht wollen können? (§. 21.)
2. An welchen Sachen kann kein Besitz erworben werden, weil kein animus possidendi an ihnen möglich ist? (§. 22.)
3. In welchen Fällen ist ein abgeleiteter Besitz möglich? d. h. in welchen Fällen ist es möglich, ohne animus domini den Besitz zu erwerben? (§. 23 — 25.).

§. 21.

Zuerst also: welche Personen können keinen Besitz erwerben, weil sie überhaupt nicht wollen können?

Dahin gehören zunächst: juristische Personen, d. h. solche, die bloß durch eine juristische Fiktion als Subjecte von Rechten betrachtet werden. — So kann eine Erbschaft (hereditas jacens) alle übrigen Rechte, z. B. Eigenthum, haben, Besitz aber nicht. Das factum apprehensionis liesse sich noch einigermaßen denken, indem z. B. in einem Hause, das der Erbschaft gehörte, die Sache eingeschlossen wäre: aber der animus possidendi ist hier durchaus

unmöglich, und deswegen kann eine Erbschaft das^o Recht des Besizes durchaus nicht erwerben (1):

L. 1. §. 15. *si is, qui testamento liber.*

„ . . . possessionem hereditas non habet,
 „ quae (i. e. quippe quae) est facti et
 „ animi . . . “

Auf dieselbe Art sind Corporationen Besiz zu erwerben unfähig, und selbst die Ausnahme, die das neuere Recht bey Städten gemacht hat, bezieht sich blos auf den Erwerb durch Andere, gehört also nicht hierher (2).

Eben so können Wahnsinnige, wegen des unmöglichen animus possidendi, keinen Besiz erwerben: wie im Namen eines Wahnsinnigen der Besiz von Andern erworben werden könne, wird unten bestimmt werden, aber von einer auctoritas curatoris, durch welche der Wahnsinnige in Stand gesetzt würde, selbst Besiz zu erwerben, kann hier, wie bey Wahnsinnigen überhaupt, nicht die Rede seyn:

L. 1. §. 3. *de poss.*

„ *Furiosus, et pupillus sine tutoris auc-*
 „ *toritate, non potest incipere possidere:*
 „ *quia affectionem tenendi non habent,*

(1) In wiefern dieses durch andere Personen, im Namen der Erbschaft, geschehen könne, wird unten vorkommen.

(2) L. 1. §. 22. L. *de poss.*

„ licet maxime corpore suo rem contin-
gant: sicuti si quis dormienti aliquid
in manu ponat. Sed pupillus tutore
auctore incipiet possidere. “

L. 18. §. 1. de poss.

So wie Wahnsinn, schließt auch Jugend von dem Erwerb des Besitzes aus: dabey ist aber der Zeitpunkt zu bestimmen, mit welchem diese Unfähigkeit aufhört. — Nun ist es sicher, daß durch die Pubertät hier, wie in allen ähnlichen Fällen, alle Unfähigkeit aufgehoben ist, demnach sind nur zwey Fälle zu erwägen übrig: Impubertät im engeren Sinn, und Kindheit.

Ueber die Fähigkeit der Pupillen, die nicht mehr Kinder sind, gilt diese Regel: durch Auctorität des Vormunds ist hier der Erwerb des Besitzes immer möglich, ohne diese nur dann, wenn in dem gegebenen Fall der Pupill ausgebildet genug ist, um diesen Erwerb begreifen und ernstlich wollen zu können:

L. 1. §. 3. de poss.

„ . . . pupillus tutore auctore incipiet
possidere. Ofilius quidem et Nerva
filius, etiam sine tutoris auctoritate pos-
sidere incipere posse pupillum ajunt:
eam enim rem facti, non juris esse:

„*quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant*“ (1).

Mehr Schwierigkeit hat die Sache, wenn von Kindern die Rede ist. Daß nämlich das Kind allein den Besitz nicht erwerben kann, folgt schon daraus, daß selbst die Pupillen dieses Recht nicht ohne Einschränkung haben: daß der Vormund im Namen des Kindes Besitz erwerben kann, ist eben so gewiß, und gehört noch nicht hierher. Aber ist auch durch des Kindes eigne Handlung Erwerb des Besizes möglich, wenn die *auctoritas* des Vormunds hinzukommt? aus zwey Gründen scheint diese Frage verneint werden zu müssen: erstens, weil in allen andern Fällen nur bey eigentlichen Pupillen, nicht bey Kindern, eine *auctoritas* des Vormunds von den Gesetzen anerkannt wird (2): zweitens, weil der Erwerb des Besizes keine juristische Handlung ist, folglich auf den Willen des Besizers gesehen werden muß, ohne daß dieser durch juristische Fiction supplirt werden kann. Da aber der Vormund selbst, im Namen des Kindes, Besitz erwer-

(1) Aus dieser sehr bestimmten Stelle müssen einige andere erklärt werden, welche ganz unbestimmt der Möglichkeit eines solchen Erwerbs erwähnen, ohne die Bedingungen dieser Möglichkeit anzugeben: L. 1.

§. 11. *de poss.*, L. 32. §. 2. *cod. L. 9. pr. de auct. et cons. tutor.*

(2) §. 10. I. *de inutil. stip.*, L. 1. §. 2. *de admin. tut.*, L. 5. *de R. I.*

ben kann, obgleich dabey noch weniger eine Einwilligung des Kindes statt findet, so darf der zweite Grund consequenterweise auch nicht gegen die Gültigkeit der auctoritas angeführt werden: und da man, nach der Analogie eines andern Falls der Apprehension (1), die ganze Handlung auch so betrachten kann, als ob der Vormund selbst, im Namen des Kindes, den Besitz ergriffe, so fällt auch der erste Grund weg, welcher bloß aus der juristischen Natur der auctoritas hergenommen ist. — Die Römischen Juristen selbst haben zuerst über diese Frage gestritten: späterhin wurde die Gültigkeit der auctoritas als entschieden angenommen, und es wird ausdrücklich die Analogie des Erwerbs durch den Vormund, deren Bedeutung so eben entwickelt worden ist, als Grund dieser Gültigkeit angegeben:

L. 32. §. 2. de poss.

„Infans possidere recte potest, si tutore
 „auctore coepit: nam iudicium infantis
 „suppletur auctoritate tutoris: *utilitatis*
 „enim causa hoc receptum est: nam alio-

(1) L. I. §. 21. de poss. „Si „in praesentia sit: videri
 „jusserim venditorem procu- „mihi traditam Priscus ait.“
 „ratori rem tradere, cum ea (C. 194.).

„*quin nullus consensus infantis est* (1)
 „*accipienti* (2) *possessionem.*“

Der tutor *auctoritatem interponens* wird offenbar dem tutor *accipiens possessionem* entgegen gesetzt,

(1) So lesen: COD. REHD., zwey Pariser Mspte (num. 4456. und 4485.) und Ed. Ven. 1494. nebst noch zwey neuern Ausgaben von Tortis (1499. und 1502.). Fünf Pariser Mspte (num. 4479. 4480. 4486. 4486. a. und ein Ms. du fonds de Notre-Dame) und EDD. Ven. 1485, Ven. 1491., Lugd. 1508. 1509. lesen: *consensus infanti est* (oder *est infanti*, was keinen Unterschied macht.) — FLOR. „ *sensusuae sit infantis*:“ schon in der Handschrift war der Fehler corrigirt und: *sensus est* gesetzt; dennoch hat Gebauer abdrucken lassen: *sensus sit*, was weder in der Handschrift steht, noch einen Sinn giebt. — EDD. Rom. 1476, Nor. 1485, Lugdun. 1513. Lugd. 1519. Haloandr., Paris. 1514. 1536: „*sensus infantis est.*“ Dabey bemerkt Gebauer: „Hal. „*trajicit voces: sensus infan-*

tis est, ut nunc existimo, auctoritate alicujus codicis suffultus.“ D. h. Gothofred hatte hier zufällig keine Variante alter Ausgaben notirt. Die übrigen Pariser Ms. lesen theils *sensus infantis est*, theils *sensus infanti est*.

(2) Accipienti lesen: COD. REHD., drey Pariser Mspte (num. 4458. 4479. 4487.) und Ed. Ven. 1485. Doch ist in der Rehdigerschen Handschrift von einer neuern Hand: *accipientis* anstatt: *accipienti* gesetzt. — Die übrigen Ausgaben und Mspte lesen mit dem Florentinischen Manuscript: *accipiendi*. — Aus dieser Uebersicht erhellt, daß die vollständige Lesart, die ich als richtig annehme, in keinem Ms. und keiner Ausgabe zu finden ist, daß aber jeder ihrer Theile auf Mspten und alten Ausgaben beruht.

und durch die (unbestrittene) Gültigkeit der zweiten Handlung soll die Gültigkeit der ersten bewiesen werden. Demnach ist der Sinn der ganzen Stelle dieser: „die „Gültigkeit der auctoritas ist, abweichend von der „allgemeinen Regel (*utilitatis causa*), angenommen „worden: denn, wenn man sie verwerfen wollte, so „würde das aus dem Grunde geschehen müssen, weil „es nicht der Besitzer selbst ist, der den animus possidendi hat: das ist aber auch der Fall, wenn nicht „das Kind, auctore tutore, sondern der Vormund „selbst, im Namen des Kindes, den Besitz erwirbt, „da auch hier nicht das Kind den animus possidendi „hat (1). Da nun in diesem Fall dennoch der Besitz „als erworben angenommen wird, so war es consequent, auch in jenem Fall den Erwerb zu behaupten.“ — Diese Erklärung beruht auf der oben angenommenen Lesart. Nach der gewöhnlichen Lesart („nam alioquin nullus sensus infantis est accipienti „possessionem“) erklären mehrere (2) auf diese Art: „denn ausserdem, d. h. ohne Auctorität des Vormunds, würde das Kind gar keinen animus possi-

(1) „nam et alioquin (für „nam et alioquin „auch in einem andern Fall:“ dieser Fall selbst wird zugleich durch das Wort: accipienti bestimmt) „nullus consensus infantis est

„accipienti (sc. tutori) possessionem.“

(2) GLOSSA in h. L. — CURIACIUS in h. L. (opp. T. 8. p. 297.). — GIPHANIUS in h. L. (lectur. Altorph. p. 394.).

„dendi (sensus s. intellectus accipiendi possessionem) haben können.“ Diese Erklärung ist unmöglich, theils weil das Kind auch dann keinen sensus hat, wenn der Vormund seine Auctorität interponirt, folglich das: *alioquin* keinen Sinn hätte, theils auch deswegen, weil der ganze Satz da steht, nicht um die Nothwendigkeit der auctoritas zu beweisen, sondern um zu erklären, warum durch die auctoritas nach der nun recipirten Meinung Besitz erworben werden könne. — Doch ist die oben gegebene Erklärung auch nach der gewöhnlichen Lesart nicht unmöglich, aber der Sinn derselben ist weit unbestimmter und schwankender. — Wie aus der unsrigen die andern Lesarten entstanden sind, läßt sich leicht zeigen. Da nämlich die Beziehung des „*accipienti*“ auf den tutor etwas versteckt liegt, so suchten die Abschreiber dieses Wort auf: *infans* zu beziehen: theils, indem sie *infanti* anstatt *infantis* setzten (1): theils, indem sie das *accipienti* in *accipientis* (2) oder in *accipiendi* (3) verwandelten, welche letzte Veränderung wieder die Verwandlung des *consensus* in *sensus* zur Folge hatte.

Hierher gehört endlich auch eine andere Stelle, die durch vielfache Interpretationen, und durch den prac-

(1) Ed. Ven. 1485, Ven.
1491, Lugd. 1508. 1509.

(2) OOD. REHD.

(3) COD. FLOR. rel.

tischen Gebrauch, den man von ihr gemacht hat, vorzüglich berühmt geworden ist (1). Bey ihrer Erklärung muß vorzüglich der Umstand in Erwägung gezogen werden, daß der Kaiser am Ende der Stelle einen Grund seiner Entscheidung angiebt, und dabey sagt: dieser Grund stehe auch schon in einem responsum von Papinian. Wo der Grund jener Entscheidung steht, muß auch die Regel selbst stehen, es ist also sehr natürlich, vor allem die Stelle aus Papinian's responsis aufzusuchen, die hier citirt wird. Diese Stelle aber ist keine andere als die L. 32. de poss., die so eben erklärt worden ist. In dem Florentinischen Manuscript nämlich ist sie überschrieben: PAULUS lib. 15. ad Sabinum (2) allein Alciat führt aus andern Handschriften diese Inscription an: PAPI- NIANUS lib. 11. Responsorum (3), und, die Wahrheit

(1) L. 3. C. de poss.

(2) Die Sennetische Ausgabe (Lugd. 1550. f.) liest „Paulus li. 12.“ Eben so hat die Ed. Iuntina von 1598. 4. im Text: *Paulus Lib. 12.* und führt bloß am Rande die Florentinische Lesart an. Ein Pariser Ms. (num. 4487.) hat als Inscription: *Pomp.* Die übrigen Ms. und Ed., die ich kenne, stimmen mit der Flo-

rentin. Handschrift überein.

(3) ALCIATUS in L. 1. §. 3. de poss. (opp. T. 1. p. 1208): „suadetur et auctoritate Pa- „piniani, quem adducit, qui „infra expresse loquitur, cum „tutor intervenit: dicit L. „quomvis (32) in fin. adscri- „bitur enim aliquibus in co- „dicibus ea lex Papiniano „lib. Respons. 11.“ — An einer andern Stelle beschreibt

dieses Zeugnisses vorausgesetzt (1), hat diese Lesart offenbar mehr Wahrscheinlichkeit als die erste. Denn die L. 30. *de poss.* ist gleichfalls überschrieben: PAULUS lib. 15. ad Sabinum, dagegen kommt vorher im ganzen 4ten Buch keine Stelle aus Papinian's responsis vor. Daher läßt es sich durchaus nicht erklären, wie ein Abschreiber die Inscription des Ulcian an die Stelle der Florentinischen gesetzt haben sollte: dagegen ist der umgekehrte Fall sehr leicht zu begreifen, weil es sehr oft in den Pandekten der Fall ist, daß eine Stelle bloß durch eine andere unterbrochen ist, der Abschreiber also auch hier die L. 30. und L. 32. als eine Stelle ansehen konnte, in welche die kleine L. 31. bloß eingeschoben wäre.

Aus dieser Verbindung unsrer Stelle L. 3. C. *de poss.* mit L. 32. *de poss.* folgt, daß der Inhalt jener Stelle kein anderer als dieser seyn kann: ein Kind

Ulcian sein altes Manuscript ohne Glosse und mit Inscriptionen (dispunct. lib. 1. prooem).

(1) Nämlich Eujaz erklärt einmal alle solche Angaben des Ulcian für erlogen (Comm. in L. 133. *de verb. obl.*, opp. T. 1. p. 1249). Rechnet man dabey die Uebertreibung ab, so bleibt als Factum bloß das

übrig, daß Ulcian einige Florentinische Lesarten falsch citirt, und grade dabey hat Augustin (emend. III. 3, bey Otto IV. p. 1504.) den Irrthum so befriedigend erklärt, daß wir durch nichts berechtigt sind, in irgend einem Fall, wie z. B. in dem unsrigen, eine Betrügerey anzunehmen.

erwirbt den Besitz einer Sache, wenn der Vormund durch seine auctoritas den fehlenden animus des Kindes supplirt. Diese Regel ist hier in einem Rescript auf einen einzelnen Fall angewendet, und dieser Fall muß so gedacht werden: einem Kinde war etwas geschenkt worden, der donator hatte dem Kinde selbst den Besitz übergeben, und der Vormund hatte seine auctoritas interponirt. Nachher entstand ein Zweifel, ob auf diese Art der Besitz erworben worden sey? Dieser Zweifel gründete sich darauf, daß hier das factum und der animus nicht in derselben Person vereinigt waren: der Vormund nämlich hatte den animus possidendi für das Kind, aber das Kind selbst hatte die körperliche Handlung vorgenommen, die zur Apprehension gehört, demnach wurde gezweifelt, ob durch diesen letzten Umstand der Erwerb des Besitzes nicht verhindert worden sey? Diese Frage wurde dem Kaiser vorgelegt, welcher durch das Rescript antwortete, daß in unsrer Stelle enthalten ist:

„Donatarum rerum a
 „quacunq̄ue persona in-
 „fanti vacua possessio
 „tradita corpore(1) quae-

Durch die körperliche Handlung des Kindes kann allerdings in einem solchen Fall der Besitz der geschenkten Sache erworben werden.

(1) Aus diesem Worte folgt offenbar, daß nicht in dem Kinde

selbst, gegen die Regel, animus angenommen werden, sou-

„ritur. Quamvis enim
 „sint auctorum senten-
 „tiae dissentientes (1):
 „tamen consultius vide-
 „tur *interim* (2), licet
 „animi plenus non fuis-
 „set affectus (3), posses-
 „sionem per traditionem
 „esse quaesitam: alio-
 „quin, sicuti consultis-
 „simi viri Papiniani re-
 „sponso continetur (4),

bern bloß die körperliche Hand-
 lung desselben ein gültiges fac-
 tum apprehensionis seyn soll.
 Da nun bey allem Besiz außer
 dem factum auch animus nö-
 thig ist, so muß hier der ani-
 mus außer dem Kinde vorhan-
 den seyn, also in der auctori-
 tas des Vormunds liegen.

(1) L. 32. §. 2. *de poss.* „uti-
 „litatis enim causa hoc recep-
 „tum est.“ — Vorher also
 wurde natürlicherweise das Ge-
 gentheil auch von Schriftstel-

Den obgleich ältere Schrift-
 steller anderer Meinung
 sind: ist es doch besser, den
 Besiz einstweilen durch
 diese Tradition als erwor-
 ben anzunehmen, wiewohl
 das Kind selbst, das die
 körperliche Handlung vor-
 nahm, nicht zugleich den
 animus haben konnte. Der
 Grund dieser Entscheidung,
 welchen schon Papinian
 in einem responsum an-
 führt, liegt darin, daß
 man ausserdem consequen-
 terweise nicht einmal einen

lern behauptet.

(2) Nämlich bis das Kind
 die Pubertät erreicht hatte,
 denn alsdann konnte der Besiz
 auf gewöhnliche Art anfangen.

(3) Dieser affectus minus
 plenus soll hier nicht durch Fic-
 tion als affectus plenus gel-
 ten, sondern er ist juristisch be-
 trachtet so gut als gar kein
 animus, und dieser Umstand
 soll hier nur nichts hindern.

(4) L. 32. §. 2. *de poss.*

<p>„nec quidem per tuto- rem (1) possessio infan- ti poterit acquiri“ (2).</p>	<p>Erwerb des Besizes durch die körperliche Handlung des Vormunds selbst annehmen könnte.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------

Die bedeutendern Interpretationen dieser Stelle lassen sich unter drey Classen bringen.

Schon die ältesten Glossatoren scheinen die auctoritas des Vormunds hinzugedacht zu haben, worauf hier alles ankommt. Usciat gab dieser Erklärung durch seine Variante neues Gewicht (S. 237.): daß kein Schriftsteller nach ihm dieselbe bemerkt hat, mag mit daher kommen, weil er selbst sie so schlecht benutzt. Aber auch ohne diese Combination hat Donellus diese Erklärung bloß aus dem innern Zusammenhang unsrer Stelle so vortrefflich entwickelt, daß aller Streit seitdem als geendigt hätte betrachtet werden sollen (3).

(1) Dieses: *per tutorem* entgegen gesetzt dem: *auctore tutore*, geht auf den Erwerb des Besizes durch körperliche Handlung des Vormunds im Namen des Kindes (L. 1. §. 20. *de poss.*).

(2) Papinian drückt diesen Schluß von der Gültigkeit des Erwerbs *per tutorem* auf die Gültigkeit der *auctoritas*

so aus: *nam alioquin nullus consensus infantis est accipienti possessionem*, (S. 233.).

(3) GLOSSA interlin. L. 3. C. *de poss.* (Ms. Paris. num. 4517.) wahrscheinlich von Irnerius: bey dem Wort *corpore*: „*sed auctoritate tutoris*“ — bey *alioquin*: „*Y* (Irnerius) „*utrumque enim*

Nach einer zweiten Meinung soll in unsrer Stelle etwas ganz neues verordnet seyn: das Kind soll nämlich auch allein, ohne den Vormund, Besitz erwerben können (1). — Einige lassen diesen Satz ganz allgemein, für jede Tradition überhaupt, gelten (2); Andere beschränken ihn auf Schenkungen, weil bloß davon in der Stelle selbst die Rede sey (3); noch Andere beschränken ihn auf solche Gegenstände, deren

„fit magis favore benignitatis, quam stricta ratiope juris, remoto itaque altero consequenter et alterum remouetur.“ — GLOSSA in *L. 3. C. de poss.*: „vel dic secundum Ioannem quod hic fuit tradita cum auctoritate tutoris. Et quod dicit: *alioquin*, id est: *si diceret non acquiri cum auctoritate tutoris per infantem, eadem ratione nec per ipsum tutorem.*“ (cf. Azo in *h. L.*, lectura p. 568. ODOFRED. in *h. L.*, fol. 104.) — ALCIAT. in *L. 1. §. 3. de poss.* (opp. T. 1. p. 1208.). — CURTACIUS in *L. 1. §. 5. de poss.* (opp. T. 5. p. 695, T. 8. p. 241.), und: in *L. 3. C. de poss.* (opp. T. 9. p. 1014.). —

OBRECHT de *poss. C. 10.* §. 365 — 374. — DONELLUS in *comm. j. civ. L. 5. C. II.* (p. 191. ed. Hanov. 1612.). — GIPHANIUS in *L. 26. C. de donat.* (lectur. Altorph. p. 196.).

(1) GLOSSA in *L. 3. C. de poss.* — AZO in *h. L.* (lectura p. 567.). — DUARENUS in *L. 1. §. 3. de poss.* (opp. p. 827.). — GIPHANIUS in *L. 3. C. de poss.* (Explanat. Cod., P. 2. p. 243: vergl. die vorige Note). — CUPERUS de *poss. P. 2. C. 24.*

(2) AZO l. c. — CUPERUS l. c.

(3) DUARENUS l. c. — GIPHANIUS l. c. — Duaren fordert außerdem, daß eine bewegliche Sache Gegenstand der Schenkung sey.

Besitz die Kinder vorzüglich interessirt, z. B. Spielsachen (1). — Auch nach dieser Erklärung kann freilich ein Zusammenhang der letzten Worte unsres Gesetzes mit der Entscheidung desselben gedacht werden (2), aber der Schluß, den nun Papinian und mit ihm der Gesetzgeber machen würde, wäre so unlogisch, daß schon dadurch die erste Meinung ein entschiedenes Uebergewicht erhält (3).

Eine dritte Meinung endlich steht zwischen beiden ersten in der Mitte (4). Nach ihr soll das Kind allein den Besitz erwerben, aber nur einstweilen („*interim*“) d. h. bis in der Folge durch Auctorität des Vormunds

(1) Azo l. c. „Alii distinguunt, aut dedit eis res, quarum voluit infans retinere possessionem, ut denarios, castaneas, et similia ludicra: aut quarum noluit retinere possessionem, ut castrum, vel talia. In primis bene habet affectum, et acquirit possessionem: in aliis non. Et in eis intellexerunt veteres,“ d. h. die früheren Glossatoren. Demnach ist es ganz falsch, wenn Dinius (um 1298.) als Urheber dieser Meinung genannt wird.

(2) GLOSSA in L. 3. C. de

poss. „id est, si non quaeritur infanti, quia non habet affectum: nec tutor ei quaeret eadem ratione. Utroque ergo modo ei quaeritur, favore benignitatis magis, quam stricti juris ratione. Irnerius. — Sunt ergo hic duo, quorum altero remoto, et alterum removetur.“ — Eben so Duaren und Cuper.

(3) DONELLUS l. c. (S. 242).

(4) BEYMA in var. tit. jur. p. 325. 414. — RETES de poss. P. 1. C. 4. (Meerm. VII. p. 469.).

das fehlende ergänzt wird. Auch nach dieser Erklärung enthielte unsre Stelle etwas ganz neues: theils weil doch einstweilen gegen die Regel der Besitz erworben würde (1), theils weil es ganz ungewöhnlich ist, daß die auctoritas erst in der Folge hinzukommen darf. — Uebrigens ist hier der Zusammenhang der Schlussworte mit der ganzen Stelle eben so schlecht als nach der vorigen Erklärung.

§. 22.

Soll der animus possidendi als möglich gedacht werden können, so muß auch der Gegenstand so beschaffen seyn, daß wir uns seiner als einer einzelnen Sache bewusst werden können (§. 229). Unter welchen Bedingungen ist es also möglich, an einem einzelnen Theil eines Ganzen Besitz zu erwerben? —

Dieser Erwerb läßt sich auf zweierley Art denken: entweder so, daß der einzelne Theil allein, oder daß er in dem Ganzen und durch dasselbe besessen werden soll. Auf den ersten Fall beziehen sich die drey ersten Regeln, auf den zweiten die vierte Regel.

Erstens: Ist der Theil so beschaffen, daß er auch ein eignes Ganze für sich ausmacht, d. h. ist der Be-

(1) Doch soll nach Ketes so sehr von selbst, daß es auf dieser Besitz einstweilen eine keine Weise eines Kaiserlichen bloße Detention seyn. Dann Rescripts mit juristischen Gründen verstände sich die Sache bedurft hätte.

griff des Ganzen selbst, auf welches dieser Theil sich bezieht, willkürlich angenommen, so hat die Möglichkeit, an diesem Theil allein Besitz zu erwerben, keinen Zweifel. So z. B. ist es bey Grundstücken völlig willkürlich, wo die Gränze eines Ganzen angenommen werden soll, folglich kann an jedem Stück Land von bestimmtem Umfang Besitz erworben werden, obgleich der bisherige Besitzer es als Theil eines größern Ganzen behandelt hat. Aber auf bestimmten Umfang des Theils, welcher erworben werden soll, kommt es allerdings an, d. h. es wird nur so weit Besitz an der Sache erworben, als der neue Besitzer sich die Sache als Gegenstand des Besizes bestimmt vorstellt.

Zweitens: Ist das Ganze bloß ideell, nicht reel getheilt, so ist gleichfalls Besitz eines einzelnen Theils möglich, vorausgesetzt, daß auch hier der Umfang dieses Theils völlig bestimmt sey. Nun ist in diesem Fall die Bestimmung der Theile überhaupt bloß arithmetisch, also ist es das Verhältniß dieses Theils zum Ganzen, was man kennen muß, um den Besitz des Theils erwerben zu können, d. h. das Ganze wird als Einheit behandelt, der Theil als ein Bruch, und man muß den Zähler und Nenner dieses Bruchs kennen, wenn der Besitz erworben werden soll. Wer z. B. den dritten Theil eines Vermögens geerbt hat, hat dadurch an jeder einzelnen Sache, die dem Verstorbenen ge-

hörte, den dritten Theil des Eigenthums erworben. Verkauft und übergiebt er nun einen Acker, der zur Erbschaft gehörte, so erwirbt der Käufer den Besitz eines Drittheils dieses Ackers, denn dieses Drittheil ist das, was er sich als Gegenstand seines neuen Besitzes denkt. — Die erste und zweite Regel zugleich sind in folgenden Gesetzen enthalten:

I. L. 26. *de poss.* (Pomponius lib. 26. ad Q. Mucium).

„*Locus certus ex fundo et possideri et*
 „*per longam possessionem capi potest:*
 „*et certa pars pro indiviso, quae intro-*
 „*ducitur vel ex emptione, vel ex dona-*
 „*tione, vel qualibet alia ex causa. In-*
 „*certa autem pars nec tradi, nec (usu)*
 „*capi potest (1): veluti si ita tibi tra-*
 „*dam, Quidquid mei juris in eo*
 „*fundo est (2): nam qui ignorat (3),*
 „*nec tradere, nec accipere id quod in-*
 „*certum est, potest.*“

(1) d. h. es kann kein Be-
 sitz daran erworben werden.

(2) Dieses Beispiel, so wie
 die Regel selbst, geht auf beide
 oben erklärte Fälle zugleich.
 Besitz also ist auf gleiche Weise

unmöglich, es mag von einem
locus incertus ex fundo, oder
 von einer *incerta pars pro in-*
diviso die Rede seyn.

(3) sc. *quanta pars sit.*

2. L. 32. §. 2. *de usurp.* (Pomponius lib. 32. ad Sabinum).

„*Incertam partem possidere nemo potest.*
„*Ideo si plures sint in fundo, qui igno-*
„*rent, quotam quisque partem possideat:*
„*neminem eorum mera subtilitate possi-*
„*dere Labeo scribit.*“ (1)

3. L. 3. §. 2. *de poss.*

„*Incertam partem rei nemo possidere*
„*potest: veluti si hac mente sis, ut*

(1) Was ist es eigentlich, was hier als bloße Subtilität stillschweigend mißbilligt wird? Die Regel nicht, denn diese stellt Pomponius in dieser und in der vorigen Stelle gradezu als wahr auf, auch folgt sie unmittelbar aus dem Begriff des *animus possidendi*. Also ist es nur diese Anwendung der Regel, was getadelt wird, und diese Anwendung muß so gedacht werden: zwey Personen, deren jede auf ein vacantes Grundstück Anspruch macht, occupiren dasselbe zu gleicher Zeit. Keiner will vorzeit dem Andern den Besitz freitig machen, weil Beide vor einem

Dritten am meisten sich fürchten, sie erkennen sich also stillschweigend als Mitbesitzer an. Nun kann streng genommen bloß durch eine juristische Handlung ein ideeller Theil entstehen („*introducitur ex emptio, ne*“ etc. L. 26. *de poss.*), folglich ist hier Keiner Besitzer geworden, folglich kann der Dritte mit Gewalt den Besitz occupiren. Aber diese ganze Folgerung beruht auf bloßer Subtilität, und es ist offenbar viel natürlicher, jeden zur Hälfte als Besitzer zu betrachten, obgleich keine ausdrückliche Verabredung hierüber nachgewiesen werden kann.

„quidquid Titius possidet, tu quoque
„velis possidere.“

Drittens: Außer diesen beiden Fällen ist es immer unmöglich, den Besitz eines einzelnen Theils für sich zu erwerben. Gewöhnlich wird diese Unmöglichkeit selbst eine physische seyn, also der Bestimmung der Gesetze nicht bedürfen: so z. B. versteht es sich von selbst, daß Niemand an einem Balken in einer Wand, oder an einem Wagenrad Besitz erwerben kann, solange die Verbindung dieser Theile mit ihrem Ganzen fort dauert. Aber auch abgesehen von dieser physischen Unmöglichkeit ist dieser Besitz aus juristischen Gründen allgemein unmöglich: so kann z. B. ein ganzes Gebäude, ohne den Boden worauf es ruht, nicht besessen werden (1), und der Grund liegt offenbar darin, daß ein Gebäude, als Theil eines Ganzen, für unzertrennlich von dem Boden angesehen wird.

Viertens: Wer den Besitz eines Ganzen erwirbt, besitzt nur das Ganze, nicht jeden Theil für sich. — Die drey ersten Regeln betrafen den Besitz des Theils, welcher abge sondert von dem Ganzen erworben werden sollte: hier ist die Rede von dem Theil, welcher in dem Ganzen und durch dasselbe, aber dennoch als eine

(1) L. 25. 26. de usurp. „Sine „quam superficies sine solo
„possessione usucapio con- „capi longo tempore potest.“
„tingere non potest. — Num-

besondere Sache besessen werden soll: dieser Besitz ist es, dessen Möglichkeit geläugnet wird. Uebrigens ist diese Regel zwar vorzüglich bey der Usucapion von Bedeutung, indessen kann sie doch auch bey den Interdicten vorkommen, wenigstens bey der alten Form des int. utrubi, wobey sie ganz auf dieselbe Art, wie bey der Usucapion anzuwenden ist (1).

Die erste Anwendung, in welcher diese Regel sich findet, ist diese: wer einen Wagen besitzt, hat nicht auch den Besitz der Räder als einzelner Sachen für sich, und eben so verhält es sich mit andern zusammengesetzten beweglichen Sachen (2). Wenn z. B. der Wagen gestohlen ist, so kann er nicht usucapirt wer-

(1) Gegen die Beispiele, welche Thibaut (Anh. zu Euper S. 163. 1c.) anführt, läßt sich noch manches einwenden. Denn die Pertinenzqualität einer beweglichen Sache, die mit einer unbeweglichen verbunden wäre, könnte auch neben dem Besitz der beweglichen Sache an sich bestehen. Ueberdem kommt es bey dem int. quodvi auf Besitz gar nicht an, bey dem int. de vi ist die dejectio aus der beweglichen Sache immer zugleich mit der dejectio vom Boden selbst verbun-

den, und bey dem int. uti possidetis könnte die Störung in dem Besitz des Theiles, selbst wenn dieser für sich besessen würde, doch immer zugleich als eine Störung im Besitz des Ganzen betrachtet werden.

(2) L. 7. §. 1. 2. ad exhib. „. . Si totam meam veliculo „ aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit: *quomodo tunc „ civiliter non possideas. Idem „ et si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho junxeris*“ rel. — Ueber

den: wird ihm nun ein Rad eingesetzt, das nicht gestohlen ist, so wird dieses dennoch nicht usucapirt, weil nicht das Rad für sich, sondern der Wagen besessen wird. Eben so kann umgekehrt ein gestohlnes Rad mit dem ganzen Wagen zugleich usucapirt werden, wenn nur dieser nicht gestohlen ist. — Wird umgekehrt das Ganze, welches ich besaß, zerlegt, so fängt für die einzelnen Theile (weil ich diese bisher nicht besaß) ein neuer Besitz an, welcher Satz wieder durch die Usucapion am besten erläutert werden kann. Ist nämlich in einem solchen Fall die Usucapion des Ganzen vollendet, so ist auch an jedem Theil Eigenthum erworben, und dieses Eigenthum wird natürlich durch die Trennung der Theile nicht aufgehoben: geschieht die Trennung vor geendigter Usucapion, so muß für den getrennten Theil eine neue Usucapion angefangen werden, aber die *justa causa* des Ganzen erstreckt sich auch auf diesen Theil (1), und eben so auch die Apprehension des Ganzen, so daß also der Besitz des ab-

die Zweideutigkeit dieser Stelle f. o. S. 58. Wenn aber auch darin nur der Usucapionsbesitz ausdrücklich negirt wird, so liegt der Grund davon ohne Zweifel in dem folgenden Besitze überhaupt, und es ist aus dem uns bekannten Zusammen-

hang der Stelle zu erklären, warum sie nur jener Art des Besizes erwähnt.

(1) L. 11. §. 6. *de public. in rem act.* — Was diese Stelle über zerstörte Gebäude bestimmt, muß von jedem getrennten Ganzen gelten.

getrennten Theiles durch die bloße Trennung, ohne neues factum des Besitzers erworben wird (1). Beide Sätze würden, selbst abgesehen, von ihren speciellen historischen Beweisen, schon deswegen als wahr angenommen werden müssen, weil die ganze Beschränkung des Besitzes, die den Inhalt dieses Paragraphen ausmacht, lediglich den fehlenden animus possidendi betrifft, also die Apprehension, oder gar die justa causa possessionis, gar nicht afficirt.

Zweite Anwendung: Wer ein Grundstück kauft, besitzt dieses Grundstück im Ganzen, und nicht einzelne Stücke desselben für sich (2). Dieser Fall unterscheidet sich indessen von den übrigen dadurch, daß der Begriff des Ganzen willkürlich angenommen, folglich auch eine reelle Trennung unmöglich ist. Demnach beschränkt sich hier die Anwendung unsrer Regel auf die justa causa, wobey sie auch allein in den Gesetzen angeführt wird.

(1) Die Anwendung dieser Grundsätze auf die fructuum perceptio s. in dem folg. §.

(2) L. 2. §. 6. pro emptore:
 „Cum Stichum emissem,
 „Dama per ignorantiam mihi
 „pro eo traditus est. Priscus
 „ait, usu me eum non cap-

„turum: quia id, quod emp-
 „tum non sit, pro emptore
 „usucapi non potest. Sed
 „si fundus emptus sit, et
 „ampliores fines possessi
 „sint, totum longo tempore
 „capi: quoniam universitatis
 „ejus possideatur, non singu-
 „larum partes.“

Dritte Anwendung: Wer ein Grundstück usucapirt, erwirbt nach der falschen Meinung einiger Juristen zugleich mit dem Grundstück auch den Schatz, der darin vergraben ist (1). Aber das Falsche in dieser Meinung liegt nicht darin, daß Usucapion des Theils zugleich mit dem Ganzen behauptet wird, sondern in der Betrachtung des Schatzes als eines Theils des Grundstücks. Demnach ist hier nur die Anwendung unsrer Regel unrichtig gemacht.

Vierte Anwendung: Wer ein Haus besitzt, hat nicht auch den Besitz der einzelnen Balken und Mauersteine. Hätte er diesen, so würde er die Balken und Steine, als bewegliche Sachen, früher erwerben als das Haus: das ist nach unsrer Regel unmöglich (2).

(1) L. 3. §. 3. *de poss.* (f. v. §. 212.).

(2) L. 23. *pr. de usurp.*
 „Eum, qui aedes mercatus
 „est, non puto aliud, quam
 „ipsas aedes, possidere: nam-
 „si singulas res possidere in-
 „tellegitur, ipsas aedes non
 „possidebit: separatis enim
 „corporibus, ex quibus ae-
 „des constant, universitas
 „aedium intellegi non pote-
 „rit: accidit (accedit) eo,
 „quod si quis singulas res

„possidere dixerit, necesse
 „erit, (ut) dicat (in) pos-
 „sessione superficiei tempo-
 „ribus de mobilibus statutis
 „locum esse, solum se cap-
 „turum esse ampliori (tem-
 „pore): quod absurdum, et
 „minime juri civili conve-
 „niens est, ut una res diver-
 „sis temporibus capiatur: ut
 „puta cum aedes ex duabus
 „rebus constant, ex solo et
 „superficie, et universitas ea-
 „rum possessione temporis

Eben so ist es eine bloße Folge unsrer Regel, und ganz den übrigen Fällen analog; daß, wenn ein Haus oder vollendeter Usucapion abgerissen wird, die Balken und Steine von neuem, als bewegliche Sachen, usucapirt werden müssen (1). — Aber etwas ganz eignes ist es, daß auch die vollendete Usucapion des Gebäudes sich nicht auf die Baumaterialien, als Theile jenes Ganzen, erstreckt, diese also nach der Trennung von neuem usucapirt werden müssen, obgleich das Haus selbst längst erworben war (2). Der Grund dieser Ausnahme liegt

„immobilium rerum domi-
 „nium mutet“ (So lesen:
 COD. REHD., EDD. Rom.
 1476, Nor. 1483, Ven. 1485,
 Ven. 1494, Lugdun. 1509.
 1513, Hal., Paris 1514. 1536.
 Eben so sieben der besten
 Handschriften zu Paris, und
 die zu Metz. — Die Floren-
 tinische Lesart ist ganz ohne
 Sinn: „*possessionem tempo-
 „ris immobilium rerum om-
 „nium mutet*“). — cf. L. 8.
quod vi.

(1) L. 23. §. 2. *de usurp.*
 „Si autem demolita domus
 „est, et integro res mobiles
 „possidendae sunt; ut tem-
 „pore, quod in usucapione
 „rerum mobilium constitu-

tum est, usucapiantur: et
 „non potest recte vi eo tem-
 „pore, quo in aedificio fue-
 „runt“ rel.

(2) L. 23. §. 7. *de rei vind.*
 „Item si quis ex alienis ce-
 „mentis in solo suo aedifi-
 „caverit, domum quidem
 „vindicare poterit, cements
 „autem resoluta prior domi-
 „nus vindicabit, etiamsi post
 „tempus usucapionis dissolu-
 „tum sit aedificium postquam
 „a bonae fidei emptore pos-
 „sessum sit: nec enim singula
 „cements usucapiuntur, si do-
 „mus per temporis spatium
 „nostra fiat.“ — cf. L. 59.
*in f. eod., L. 7. §. 21. de ad-
 quir. rer. dom.*

darin: wird irgend eine andere Sache, als Theil, mit einem Ganzen verbunden, so kann der Eigenthümer durch die *actio ad exhibendum* die Trennung fordern, dann aber die getrennte Sache wie jede andere vindiciren. Nicht so bey Baumaterialien: hier darf der Eigenthümer keine Trennung verlangen (1), und es war eine natürliche Folge davon, daß man die *Usucapion* gar nicht zuließ, die der Eigenthümer nicht das Recht hatte durch eine *Vindication* zu unterbrechen.

Auch in der Anwendung dieser Regel unterscheidet sich wieder der Erwerb von dem Verlust des Besizes. Ist nämlich der Besitz einer Sache einmal angefangen, so wird er dadurch nicht verloren, daß diese Sache mit andern Sachen zu einem neuen Ganzen verbunden wird (2), und es ist nöthig, dieses Sages hier zu er-

(1) §. 29. I. *de rer. div.*, *Dig. Lib. 47. Tit. 3.* — Daß hierin wirklich der Grund jener Ausnahme liegt, erhellt aus: *L. 23. §. 6. 7. de rei vind.*

(2) In einem der oben angeführten Fälle (*L. 7. §. 1. 2. ad exhib.*, (S. 249.) war zwar auch der Besitz des Theils früher vorhanden, als die Verbindung mit dem Ganzen: allein beides muß daselbst als

unmittelbar auf einander folgend gedacht werden, so daß keine *Usucapion* des Theils für sich anfangen konnte, weil derselbe bloß ergriffen wurde, um ihn unmittelbar darauf mit einem Ganzen zu verbinden. — Das übrigens versteht sich von selbst, daß durch die Verbindung der Theil selbst nicht etwa ein anderer Körper als vorher geworden seyn müsse (*specificatio*): denn dadurch

wähnen, weil man in der Stelle des Römischen Rechts, welche ihn enthält, einen Widerspruch gegen unsere Regel zu finden geglaubt hat (1). Aber hier, wie bey dem Erwerb, muß eine Ausnahme gemacht werden,

hätte die Existenz der vorigen Sache in der That aufgehört, folglich auch ihr Besitz L. 30. §. 4. *de poss.* „... desinimus „possidere . . . si, quod possidebam, in aliam speciem translatum est.“ — L. 30. §. 1. *de usurp.* „ . . . cum „utrumque maneat integrum.“

(1) L. 30. §. 1. *de usurp.* „Labeo libris epistularum „ait, si is, cui ad tegulorum „(tegarum) vel volumnaram usucaptionem decem dies „superessent, in aedificium „eas coniecisset, nihilominus „cum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo „in his, quae non quidem „implicantur rebus soli, sed „mobilia permanent, ut in „anulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam“ (d. h. jedes als eine Sache für sich) „possideri, et „usucapi, cum utrumque ma-

„neat integrum“ (Aus dem Worte: *maneat* folgt nothwendig, daß die Sachen erst einzeln besessen, und dann zu einem Ganzen verbunden wurden.). — Westphal (Arten der Sachen 2c. §. 46. 548.) hat, soviel ich weiß, zuerst auf diesen Unterschied des Erwerbs von dem Verlust des Besizes aufmerksam gemacht. Ihm folgt: WINCKLER *diss. de interrupt. usuc. ac praescr.*, Lips. 1793. p. 37. — CUPER (p. 29.) behauptet einen unauflösblichen Widerspruch der Römischen Juristen. Eben so: FLECK *de adqu. poss.* p. 31. etc. — Daß besondere Recht der Baumaterialien hat Man (ad L. 3. §. 3. *de poss.*, §. 15, p. 339.) richtig angegeben, aber er verwechselt diese Ausnahme mit der allgemeinen Regel, die hier auseinander gesetzt worden ist.

wenn von Baumaterialien die Rede ist: zwar wird auch ein Fall dieser Art angeführt, in welchem die angefangene Usucapion nicht unterbrochen seyn soll, aber der Jurist setzt ausdrücklich hinzu, daß zur vollendeten Usucapion nur noch eine Zeit von zehn Tagen gefehlt habe, also eine so kurze Zeit, daß eine usurpatio durch vindication kaum noch möglich gewesen wäre.

§. 22 a.

Nur aus den Regeln des vorigen §. ist die so genannte fructuum perceptio des bonae fidei possessor, d. h. des Pratorischen Eigenthümers, zu erklären, welche wegen ihres mannigfaltigen Zusammenhangs mit dem Besiß hier eine Erwähnung verdient, welche aber nicht anders deutlich gemacht werden kann, als durch den Gegensatz der übrigen Fälle, in welchen Früchte erworben werden (1).

I.) Der wahre Eigenthümer erwirbt das Eigenthum der Frucht in dem Moment ihrer Entstehung, durch Accession, welche nichts anders ist, als eine Anwendung der Regel: fructus rei frugiferae pars est auf das Eigenthum. Erst durch die Absonderung der Frucht von der Hauptsache wird er Eigen-

(1) Da dieser Gegenstand selbst, daß er hier nicht in allen indirectes Interesse für uns seinen Details verfolgt werden darf, so versteht es sich von den darf.

thümer der Frucht als einer besonderen, für sich bestehenden Sache, aber dieser Umstand ist für das Eigenthum völlig unbedeutend, und wird deshalb in den Gesetzen mit Recht ignorirt. Ueberhaupt hat es mit dieser Absonderung der Frucht genau dieselbe Bewandniß, wie mit der reellen Theilung jedes andern Ganzen (z. B. der Zerlegung eines Thieres, oder dem Abbrechen eines Hauses), welche auch für das Eigenthum völlig gleichgültig ist.

II.) Der Pächter, Fructuar und überhaupt jeder, der sein Recht auf die Früchte von dem des Eigenthümers ableitet, erwirbt sie durch perceptio, d. h. durch Apprehension des Besitzes. In dem Pacht zc. nämlich liegt in Beziehung auf die Früchte, theils die justa causa dominii quaerendi, theils die Erlaubniß selbst Besitz zu ergreifen, folglich ist nun die Apprehension eine wahre traditio, durch welche das Eigenthum der Frucht, von dem Eigenthümer der Hauptsache (s. Num. I.) auf den Pächter zc. übergeht. Das Eigenthum dieses letzten nun ist Römisches Eigenthum, wenn die Frucht eine res nec mancipi ist (wie alle Feldfrüchte), Prätorisches Eigenthum aber, wenn sie eine res mancipi ist (z. B. ein Pferd).

III.) Für den Prätorischen Eigenthümer gilt natürlich ganz dieselbe Accession, wie für den wahren Eigenthümer (Num. I.), weil die Regel, welche den

Grund jener Accession enthält, ganz allgemein ist. Wer also ein Grundstück in bonis hat, erwirbt auf dieselbe Art die Früchte in dem Augenblick ihrer Entstehung. Von diesem Erwerb aber ist bey dem Prätorischen Eigenthümer nie die Rede: denn so lange die Frucht mit der Hauptsache verbunden ist, kann bey dem Prätorischen (wie bey dem wahren) Eigenthümer, nach dem Recht auf die Frucht niemals die Frage seyn, weil die Frucht selbst in der Hauptsache mit begriffen ist: durch die Absonderung aber entsteht ein ganz neues Recht, und das vorige hört auf. Dieses neue Recht ist so zu erklären: Die Grundlage des Prätorischen Eigenthums ist juristischer Besiz. Wenn aber ein Ganzes in seine Theile zerlegt wird, so fängt für diese Theile ein neuer Besiz an, weil sie (als besondere Körper für sich) bisher gar nicht im Besiz waren. Also muß für diese Theile (d. h. in unserm Fall für die Früchte) auch ein neues Prätorisches Eigenthum anfangen. Aber nach den Regeln des Besizes wird bey der Zerlegung des Ganzen sowohl die Apprehension als die *justa usucapionis causa* von dem Ganzen auf den Theil übertragen: also entsteht auch in unserm Fall das neue Prätorische Eigenthum an der Frucht durch die bloße Absonderung derselben, und es ist weder eine neue Apprehension (eigentliche *fructuum perceptio*), noch

eine neue *justa causa* hierzu nöthig (1). Der Unterschied des wahren (Römischen) Eigenthümers von dem Prätorischen ist demnach so zu bestimmen: jener hat vor und nach der Absonderung der Frucht das wahre Eigenthum derselben, und in beiden Perioden dasselbe Eigenthum: dieser hat vor und nach der Absonderung Prätorisches Eigenthum der Frucht, aber von dem Moment der Absonderung an ein neues, obgleich nicht aus einem neuen Grunde, indem der Grund des vorigen auf dieses neue übertragen wird. Diese Eigenheit des Prätorischen Eigenthümers, welche auf den ersten Blick als eine leere Subtilität erscheint, hat die wichtigsten practischen Folgen:

A.) Wegen der Verbindung des Prätorischen Eigenthums mit der Usucapion. Durch die Absonderung nämlich fängt mit dem dem neuen Prätorischen Eigenthum auch eine neue Usucapion an, und zwar immer eine dreijährige, weil jede Frucht beweglich ist. Vor der Absonderung war die Frucht mit in der Usucapion der Hauptsache

(1) *L. 48. pr. de A. R. D., L. 25. §. 1. de usuris, L. 13. quibus modis ususfr.* diesen Satz als etwas ganz singuläres, als eine Belohnung der *bona fides*, zu betrachten, ohne weitern Zusammenhang mit dem

Rechtssystem, ist ganz gegen den Geist des classischen Römischen Rechts. Hier ist er aus Gründen erklärt worden, welche oben bereits für sich selbst gerechtfertigt worden sind.

enthalten, also bey einem Grundstück in einer
10 — 20jährigen Usucapion.

- B.) Wegen der speciellen Ausnahmen des Prätorischen Eigenthums und der Usucapion, besonders bey *res furtiva* und *vi possessa*. So lange die Frucht als Theil in der Hauptsache existirt, erstrecken sich jene Ausnahmen nothwendig auch auf sie: aber das neue prätorische Eigenthum, welches durch die Absonderung entsteht, ist davon unabhängig. So bey der *res furtiva*: existirte die Frucht schon bey dem Diebe, so war sie freilich für immer *res furtiva*, aber nicht, weil die Hauptsache es war, sondern weil sie selbst noch mit in dem *furtum* begriffen gewesen war. Wenn sie dagegen erst bey dem *b. lid. possessor* erzeugt wurde, so fiel dieser Grund weg, und in diesem Fall ist es unbezweifelt, daß für die Frucht das Prätorische Eigenthum und die Usucapion statt fand (1). — So auch (und noch deutlicher) bey der *res vi possessa*. Denn hier kann sich in keinem Fall das Verbot der Usucapion und des prätorischen Eigenthums auf die (abgesonderte) Frucht er-

(1) L. 48. §. 5. *de furtis*, schon Juristen über den *partus ancillae* beruhen auf ganz speciellen Gründen.
L. 33. *pr. de usurp. etc.* —
Die Streitigkeiten der Römi-

strecken, weil dieses Verbot auf unbewegliche Sachen eingeschränkt, alle Frucht aber beweglich ist. — Diese Anwendung unserer Regel ist also weit entfernt, diese Regel selbst zu widerlegen (1): dagegen führt sie auf eine genauere Bestimmung derselben, als bisher gegeben werden konnte. Der Erwerb der Früchte nämlich durch Absonderung, welcher hier erklärt worden ist, gilt nicht bloß (wie ich vorläufig angenommen hatte) für den, welcher das prätorische Eigenthum der Hauptsache wirklich hat, sondern für jeden, der nur die positiven Bedingungen des prätorischen Eigenthums (*possessio*, *bona fides* (2), *justa causa*) in sich vereiniget, die Hauptsache mag nun *res vitiosa* seyn oder nicht.

(1) Dazu gebraucht sie *Zacharia* (*de poss. p. 30.*). Ein zweiter Einwurf desselben Schriftstellers hat offenbar noch viel weniger auf sich: die *fructuum perceptio* nämlich sey eine *adquisitio naturalis*, das Prätorische Eigenthum aber sey ein positives Institut, sogar später als die *Usucapion* eingeführt.

bona fides nöthig? Bey der Apprehension der Hauptsache, oder bey dem Erwerb der Früchte? Die Römischen Juristen sind nicht einig über die Frage; s. *L. 48. §. 1. de A. R. D.*, *L. 23. §. 1. cod.*, *L. 11. §. 3. 4. de publiciana.* *L. 25. §. 2. de usuris.* Auf unsere Untersuchung hat die Frage keinen Einfluß.

(2) In welchem Zeitpunkt ist

IV.) Der Pächter eines *ager vectigalis* und eben so der *Emphyteuta* hat denselben in *bonis*: also erwirbt er nach der vorigen Regel (N. III.) das prätorische Eigenthum der Früchte durch ihre Absonderung vom Boden. Aber er kann zugleich, als Pächter, das wahre Eigenthum der Früchte durch Tradition erwerben (N. II.) und diese Tradition liegt hier nicht wie bey jedem andern Pächter in einer neuen Apprehension, sondern, da er den juristischen Besitz der Hauptsache hatte, in der bloßen Absonderung. Zugleich gab ihm diese Tradition immer Römisches Eigenthum, weil alle Feldfrüchte *res nec mancipi* waren. Folglich ist sein Recht auf die Früchte sogar noch vortheilhafter als das des prätorischen Eigenthümers. Aber der Zeitpunkt, in welchem der Erwerb vor sich geht, ist für beide derselbe (1) und hat für beide denselben Grund, nämlich die oben (§. 22.) entwickelten Regeln des Besizes. Da ferner eine andere Erklärung jenes Zeitpunkts als aus diesen Regeln möglich ist, so liegt auch umgekehrt in diesem Umstand ein directer Beweis für den juristischen Besitz des *ager vectigalis*.

(1) L. 25. §. 1. *de usuris*.

§. 23.

Bey dem animus possidendi ist zuletzt noch die Beschaffenheit des abgeleiteten Besitzes zu untersuchen • (C. 229).

Das Eigenthümliche dieses Besitzes liegt darin : daß ein früherer Besitzer sein jus possessionis ohne Eigenthum überträgt: demnach ist das factum apprehensionis gar nicht von jedem andern unterschieden , auch ein bestimmtes Wollen muß mit diesem factum verbunden seyn , aber dieses Wollen muß bloß darauf gerichtet seyn , das jus possessionis zu erwerben. Die Sache als eine eigne Sache behandeln wollen (animus domini), ist also hier nicht einmal möglich , weil das Eigenthum eines Andern ausdrücklich anerkannt wird (C. 217).

Hier kommt es darauf an , die Fälle des abgeleiteten Besitzes vollständig anzugehen : d. h. es sind alle juristische Geschäfte überhaupt zu untersuchen , in welchen Detention ohne Eigenthum übertragen wird , und es ist bey jedem derselben zu bestimmen , ob das jus possessionis zugleich mit der Detention übertragen werde oder nicht. Demnach sind diese juristischen Geschäfte überhaupt in drey Classen abzuthellen : einige begründen einen abgeleiteten Besitz nie (§. 23.) , andere immer (§. 24) , noch andere nur zuweilen (§. 25). Für alle überhaupt ist es nöthig , an eine Bemerkung

sich zu erinnern, die schon oben gemacht worden ist (S. 228): aller abgeleitete Besitz nämlich ist Ausnahme von der Regel, demnach ist es Regel, daß durch die juristischen Geschäfte dieser Art kein juristischer Besitz entstehe, und es muß für jeden Fall, in welchem dennoch Besitz übertragen seyn soll, die Existenz desselben besonders bewiesen und erklärt werden.

Erste Classe: Fälle, in welchen mit der Detention nie zugleich der juristische Besitz übertragen wird. — Alle diese Fälle kommen darin überein, daß der bisherige Besitzer durch diese Uebertragung sein jus possessionis durchaus nicht verliert, der Andere also diesen Besitz nicht erwirbt, sondern bloß als Stellvertreter einen fremden Besitz ausübt.

Der erste dieser Fälle, welcher am wenigsten einem Zweifel unterworfen seyn kann, ist dieser: die Detention wird eben zu dem Zweck übertragen, daß der Andere unsern Besitz verwalte (*procurator possessionis exercendae causa*). Hier ist dieses Verhältniß des Besitzes sogar der einzige Gegenstand des ganzen Geschäfts (1).

Zweitens gehört hierher das *commodatum*. Wer seine Sache einem Andern unter dieser Form zum Ge-

(1) „*Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus creditur possidere.*“
L. 1. §. 22. *de vi.*

brauch überläßt, verliert folglich den Besitz eben so wenig, als der commodans ihn erwirbt (1).

Ganz eben so verhält es sich Drittens mit dem Pachtcontract, da auch in der Natur dieses Vertrags kein Grund liegt, den Besitz als veräußert anzunehmen (2). Was nämlich die Usucapion betrifft, so kann dieser Vertrag durchaus keinen Einfluß darauf haben: aber auch wegen der Interdicte ist es gar nicht nöthig, dem Pächter den Besitz zuzusprechen. Denn gegen die Gewaltthätigkeit des Eigenthümers schützt den Pächter schon der bloße Vertrag, und stört ein Dritter den Besitz, so sind die Interdicte des Eigenthümers hinreichend, da auch in diesem Fall der Pächter aus dem Vertrag fordern kann, daß der Eigenthümer ihn schadlos halte, oder ihm die Interdicte cedire. — Von

(1) „Rei commodatae et „*possessionem et proprietatem retinemus.*“ L. 8. *commodati.* — cf. L. 3. §. 20. *de poss.*

(2) „. . . et colonus et in- „*quilinus sunt in praedio: „et tamen non possident.*“ L. 6. §. 2. *de precario.* — „*Et per colonus, et inquil-* „*nos, aut servos nostros pos-* „*sidemus.*“ L. 35. §. 2. *de*

poss. — — Einige haben sich durch zwey Stellen irre machen lassen, in welchen dem Pächter die Interdicte zugesprochen werden (L. 12. 18. *de vi.*). Allein da wird vorausgesetzt, daß der Pächter den Eigenthümer mit Gewalt aus dem Besitz gesetzt habe: von dieser *dejectio* also, und nicht von dem Pacht fieng der Besitz des Pächters an.

dieser Regel, daß der Pächter nur im Namen des Verpächters besitze, werden ohne Grund folgende Ausnahmen behauptet: A.) wenn der Pächter zugleich Eigenthümer der Sache ist, die bisher in fremdem Besitz war, so hört der bisherige Besitz in der That auf (1). Allein der Grund davon liegt bloß darin, daß in diesem Fall gar kein Pachtcontract anerkannt wird, folglich ist darin keine Ausnahme, sondern eine reine Anwendung unsrer Regel enthalten. — B.) wenn der Uebergang des Besitzes ausdrücklich ausgemacht wird. Eine solche Verabredung nämlich widerspricht der Natur des Pachts so sehr, daß der Pacht als aufgehoben gilt, wenn durch ein anderes Geschäft der Besitz übertragen wird (2). Mehrere haben diesen Satz geläugnet, indem sie die *possessio locatio*, die oben (§. 5.) erklärt worden ist, mißverstanden haben: diese bezeichnet nicht einen Pacht, wodurch der Besitz erworben werden soll; sondern wobey der bloße Besitz in dem Verpächter vorausgesetzt wird. Nur dadurch unterscheidet sich dieser Fall von den gewöhnlichen, in welchen der Verpächter Besitz und Eigenthum zugleich hat: das hat er mit allen übrigen Fällen

(1) vergl. über diesen Satz sowohl, als über seine Ausnahme bey der *locatio possessionis*, oben §. 5. S. 27.

Eine Anwendung dieser Ausnahme s. u. §. 24.

(2) *L. 10. de poss.* (s. u. §. 25)

gemein, daß der Pächter nur den Besitz verwaltet, den der Verpächter wirklich hat (1).

Ein vierter Fall, worin Detention ohne Besitz übertragen wird, bezieht sich auf eine Form des Römischen Prozesses, die *missio in possessionem*. Diese Erlaubniß des Prätors, Besitz zu ergreifen, wurde zu zwey verschiedenen Zwecken gebraucht; A.) um Eigenthum zu übertragen, (prätorisches Eigenthum nämlich, mit *conditio usucapiendi*) (2). Dadurch konnte freilich auch Besitz erworben werden, aber dieser Besitz war kein abgeleiteter, sondern ein ursprünglicher Besitz, weil der Besitzer *pro suo* besaß, d. h. um die Sache als seine eigne zu behandeln. — B.) um vor einer Veräußerung sicher zu stellen, Früchte genießen zu lassen u. s. w. Diese Fälle sind es, in welchen bloße Detention, ohne Besitz, erworben wird. Der Grund liegt darin: *Usucapion* soll der *missus in possessionem*

(1) L. 37. *de pign. act.* (s. u. §. 24.).

(2) Dahin gehört die *missio ex secundo decreto damni infecti causa* (L. 7. *pr. de damno infecto*): auch wird ausdrücklich bemerkt, daß durch diese juristische Besitz entstehe, was bey dem *primum decretum* nie der Fall war

(L. 3. §. 23. *de poss. add.* L. 15, §. 16. 17. — L. 18. §. 15. *de damno infecto*). — Auf gleiche Weise und mit derselben Wirkung auf das Recht einzelner Sachen wurde alle B. P. gegeben, obgleich das Wort: *missio* bey der B. P. *edictalis* vielleicht nie vorkommt.

nicht haben, denn dadurch eben unterscheidet sich diese *missio* von der der ersten Art: der *Interdicte* wegen ist es auch nicht nöthig, ihm Besitz zuzuschreiben, weil er ohnehin ein eignes *Interdict* hat, das von den possessorischen verschieden, und selbst vortheilhafter als diese ist (1). Demnach ist es leicht zu erklären, daß bey jeder *missio* dieser Art der *missus* durchaus keinen Besitz erhält, sondern nur im Namen des vorigen Besitzers die Detention der Sache hat (2).

(1) *Digest. lib. 43. tit. 4.*

(2) *L. 3. §. 23., L. 10. §. 1. de poss., L. 3. §. 8. uti poss.* — *Thibaut* (über Besitz S. 13.) behauptet eine Ausnahme im Fall der *fraudulenta absentia* (*L. 7. pr. quibus ex causis in poss.*): aber das „*bona possidere*“ in dieser Stelle geht eben so wenig auf juristischen Besitz als jede andere *missio* der Creditoren (*L. 3. §. 8. uti poss.*), und selbst der Ausdruck: „*bona possidere*“ wird von andern Fällen dieser Art gebraucht, worin gewiß kein juristischer Besitz existirt (*L. 12. quib. ex c. in poss.*). — Der Regel selbst scheint zu widersprechen: *L. 30. §. 2. de poss.* „Item

„*cum Praetor idcirco in possessionem rei (ire) jussit, quod damni infecti non pro-mittebatur: possessionem in-vitum dominum amittere La-beo ait.*“ Daß aber hier nicht den vorigen Stellen widersprochen werden soll, erhellt schon daraus, daß diese Stelle, und die *L. 3. §. 23. de poss.* denselben Verfasser (Paulus) haben, demnach ist hier die *Mein g* des *La-beo* auf keine andere Art angeführt, als in: *L. 3. cit. die des Q. Mucius*, und das: *ineptissimum est*, daß der letzten ausdrücklich hinzugefügt ist, muß bey der ersten supplirt werden. Als Meinung des Paulus kann sie nur für das *secundum decretorum* gelten.

Der fünfte und letzte Fall dieser Classe betrifft die Detention, die sich auf ein jus in re gründet. Wer also seine Sache einem andern um deswillen übergibt, weil dieser den ususfructus, oder usus u. s. w. an derselben hat, verliert dadurch den Besitz nicht, und der Fructuar übt auf dieselbe Art wie ein bloßer Pächter diesen Besitz des Eigenthümers aus. — Der Grund ist leicht anzugeben. Wegen der Usucapion ist keine Veränderung des Besitzes nöthig, indem durch das jus in re keine Veränderung im Eigenthum entstehen soll. Wegen der Interdicte aber eben so wenig: denn gegen den Eingriff eines Dritten wird das jus in re durch eigne Interdicte geschützt (§. 12.), und dieser Schutz verliert dadurch nichts, daß auch der Eigenthümer wegen seines Besitzes ein Interdict gegen den Verlezer hat: aber auch die mögliche Collision des Eigenthümers selbst mit dem Fructuar u. macht es nicht nöthig, dem Eigenthümer den Besitz abzusprechen. Beide nämlich haben Interdicte: aber diese Interdicte verhalten sich wie die rei vindicatio zu der confessoria actio, d. h. wie die Regel zur Ausnahme, folglich kann auch durch dieses Verhältniß keine Collision entstehen, die nicht sehr leicht zu entscheiden wäre. — Alle diese Sätze sind jetzt zu beweisen.

Für den ususfructus ist es am leichtesten zu beweisen, daß der Fructuar durchaus keinen Besitz hat:

L. 6. §. 2. *de precario* (1).

„ . . et fructuarius, inquit, et colonus
 „ et inquilinus sunt in praedio: et tamen
 „ non possident.“

L. 12. *pr. de poss.*

„ Naturaliter videtur possidere (2) is qui
 „ usumfructum (3) habet.“

(1) Vergl. L. 1. §. 8. *de poss.*, L. 10. §. f. *de acqu. rer. dom.* (§. 4. I. *per quas pers.*), L. 5. §. 1. *ad exhibendum*. — Dagegen sagt Cicero (*pro Caecina* C. 32. p. m. 308.): „ *Caesenniam posse, disse propter usumfructum, non negas.*“ Daß damals ein anderes Recht gegolten, oder daß Cicero aus Unwissenheit oder zum Vortheil seiner Parthey einen falschen Satz für wahr ausgegeben habe, ist nicht nöthig anzunehmen. Denn daß der Fructuar irgend eine *possessio* wirklich hat, nämlich die *juris quasi possessio*, mit dem Recht der *Interdicte*, ist nicht zu läugnen: auch kam es in jener Rechtsache bloß auf das Daseyn der *Interdicte* an. Nur eine eigentliche pos-

sessio, d. h. eine *possessio ipsius rei*, soll der Fructuar nicht haben, auch behauptet diese Cicero nicht. Die Folgen freilich, die er aus jenem Satze ableitet, kommen bloß auf Rechnung des Advocaten.

(2) i. e. *jus possessionis habere non videtur*. Völlig bestimmt wird der Sinn dieser Stelle erst durch die Verbindung mit den übrigen Stellen: weil der Ausdruck: *naturalis possessio* zweideutig ist (S. 69 — 73.). — GLOSSA *interlin. adv. Naturaliter* (ms. Paris. 4458. a.) „*id est corporali-ter tantum. M.*“ (d. h. Martinus.)

(3) Rom. 1476: „*usum.*“

Eben so wird in der andern Stelle das Verhältniß des ususfructus zum Eigenthum ausdrücklich so angegeben, daß die Ausübung des Eigenthums, (d. h. der Besitz), und die Ausübung des ususfructus ganz unabhängig von einander gedacht werden sollen, ohne daß die eine durch die andere gehindert werde:

L. 52. pr. de poss.

„Permisceri causas possessionis, et usus-
 „fructus non oportet: quemadmodum
 „nec possessio, et proprietas misceri de-
 „bent: neque (1) impediri possessionem,
 „si alius fruatur: neque alterius fruc-
 „tum amputari (2), si alter possideat.“

Dieses sehr einfache Verhältniß des Besitzes zu dem ususfructus ist von jeher nur von Wenigen anerkannt worden (3). Die meisten geben dem Fruc-

(1) *Neque* lesen sieben Pariser und Ein Mezer Ms., ferner Cod. REHD., EDD. Rom. 1476, Nor. 1483, Ven. 1485, Ven. 1494, Lugd. 1509. 1513., Hal., Paris. 1514. 1536. — FLOR. „namque.“

(2) *amputari* lesen die in der vorigen Note citirten Mss. und EDD. Bekanntlich wird durch non usus der ususfructus verloren; dazu soll also

nach dieser Stelle die bloße *possessio* eines Andern nicht hinreichen, weil Ausübung des ususfructus und des Eigenthums von einander unabhängig sind. — FLORENT. „com-
 „putari.“

(3) PLACENTINI Summa in Cod. L. 8. T. 4. (p. 373.) et L. 8. T. 5. (p. 376.). — ALCIATUS in L. 1. pr. de poss. n. 42. 43. (p. 1200.). — RE-

tuar neben der *juris quasi possessio* auch an der Sache selbst juristischen Besiz (1): theils wegen der mißverstandnen *possessio naturalis*, theils weil hier nicht, wie bey andern Servituten, ein eignes Interdict gegeben wird, sondern das *interdictum de vi und uti possidetis* selbst. Allein welches Interdict zugelassen werde, ist offenbar von dem Recht überhaupt ein Interdict zu gebrauchen sehr verschieden: daß der Fructuar dieselben Interdicte hat, die bey dem eigentlichen Besiz gelten, ist freylich etwas besonderes, und beruht auf einer Ausdehnung jener Interdicte über ihren ursprünglichen Begriff (2): aber zugleich ist dieser Umstand sehr zufällig, das Recht des Fructuars auf Interdicte überhaupt wird ganz unrichtig als Ausnahme von der Regel betrachtet,

res de poss. P. 1. C. 4. §. 11
— 13. (Meermann. T. 7.
p. 472. 473.).

(1) IOANNES BASSIANUS (f. v. S. 129. 174.). — GLOSSA in L. 23. §. 2. *quib. ex c. maj.*, in L. 5. §. 9. L. 9. *de vi*, in L. 4. *uti poss.*, in L. 6. §. 2. *de prec.* — BARTOLUS in L. 1. *pr. de poss. num. 9. 12.* — CUIACIUS in *obs. IX. 33. XVIII. 24.*, *not. prior.* in §. 4. *I. per quas pers.*, *Comm.*

in L. 12. *pr. de poss.* (opp. T. 8. p. 271.), *Comm.* in *Cod. L. 7. T. 32.* (opp. T. 9. p. 1007.). — GALVANUS *de usufructu C. 34.* — Accurs und Eujaz haben eigentlich alle mögliche Meinungen zusammen: Galvanus hat andere Mittel gefunden, die Sache völlig zu verwirren.

(2) DONELLI *comm. j. civ. L. 15. C. 32.* (p. 801.) C. 33. (p. 803.)

und weder dieses Recht, noch jene zufällige Beziehung machen es nöthig, ihm an der Sache selbst irgend einen Besitz zuzuschreiben.

Was von dem *ususfructus* gilt, muß um so mehr bey dem *usus* und den übrigen *Servituten* behauptet werden, mit welchen *Detention* der Sache verbunden, da in allen diesen Fällen noch weniger Recht von dem *Eigenthum* abge sondert wird, als bey dem *ususfructus* selbst. Auch mag hierin der Grund liegen, warum des Besitzes in diesen Verhältnissen vielleicht (1) gar nicht in den Gesetzen Erwähnung geschieht.

Dasselbe gilt aber nicht bloß bey *Servituten*, sondern bey allem *jus in re* überhaupt, also auch bey der *Superficies*. Denn auf diese gründet sich ein ganz eignes *Interdict* (2), also nicht das *interdictum uti possidetis*, welches doch bey jedem juristischen Besitz statt findet. Dazu kommt noch folgende Stelle, die ausdrücklich das oben entwickelte Verhältniß des *Eigenthums* zu allem *jus in re*, wie einer Regel zu ihrer Ausnahme, bey der *superficies* vorschreibt:

L. 3. §. 7. *uti possidetis* (3).

„. . Ceterum *superficiarii proprio inter-*

(1) s. v. §. 270. Note 3.

(3) Dieser Theil der Stelle

(2) *Digest. Lib. 43. Tit. 18.* ist klar und entscheidend, der

„*dicto et actionibus a Praetore utentur:*
 „*dominus autem soli, tam adversus ali-*
 „*um, quam adversus superficiarium po-*
 „*tior erit interdicto uti possidetis: sed*
 „*Praetor superficiarium tuebitur secun-*
 „*dum legem locationis*“ (1). . . .

Placentin (2) ist vielleicht der einzige Schriftsteller, der diese völlige Gleichheit des Besizes bey allem jus in re, d. h. bey ususfructus, superficies u. u. anerkannt hat. Die Meisten haben sich damit begnügt, theils bey dem ususfructus, theils bey der superficies die Verhältnisse des Besizes zu untersuchen, weil zufällig nur dabey in den Gesetzen des Besizes erwähnt wird.

vorhergehende ist schwer, weil er offenbar corrupt ist, welches theils die außerordentliche Verschiedenheit der Lesarten, theils der gänzliche Mangel des Zusammenhangs beweist. Soviel ist es klar, daß nur insofern die Entscheidung anders ausfallen kann, als gar keine superficies, angenommen wird: folglich gehört die Sache nicht hierher.

(1) d. h. der Eigenthümer

hat hier allein den Besitz, folglich allein das interdictum uti possidetis, und dieses zwar auch gegen den superficiarius, welchem aber der Prätor eine Exception giebt, so wie er ihm gegen den Eigenthümer, wie gegen jeden Dritten, ein besonderes Interdict geben würde.

(2) Summa in Cod. L. 8. T. 4. (p. 373.) L. 8. T. 5. (p. 376.).

§. 24.

Zweite Classe: Detention, welche nie ohne Besitz übertragen wird (S. 263.).

Unter dieser Classe ist kein anderer Fall begriffen, als der Besitz des Pfandgläubigers, d. h. der Besitz, welcher durch den *contractus pignoris* begründet ist. Dieser allein also ist es, wodurch jener Besitz entsteht, nicht jede Verpfändung überhaupt: namentlich nicht ein bloß prätorisches Pfand (1), denn ein solches entsteht aus jeder *missio in possessionem* (2), und doch hat die *missio* in den meisten Fällen keinen Besitz zur Folge (S. 267.): eben so wenig das *pignus judiciale*, welches nach der Analogie des prätorischen Pfandes zu bestimmen ist (3): endlich auch nicht ein bloßer Vertrag, wodurch ohne Uebergabe eine Sache verpfändet wird (4).

(1) Wenn bey einer Vindication der Beklagte nicht erscheint, und deshalb dem Kläger eine *missio* gegeben wird, so scheint ihm nach L. 8. in f. C. de praescri. 30. l. 40. ann. der Besitz gegeben zu seyn. Bulgarus sprach ihm denselben erst nach einem Jahr zu, Martinus sogleich, jedoch so, daß er binnen dem ersten Jahr zurückgefordert werden

könnte (ODOFREDUS in L. 3. in f. de poss.; fol. 57.). Allein jene Stelle kann eben so natürlich von bloßer Detention erklärt werden, und die Natur des prätorischen Pfandes überhaupt macht diese Erklärung nothwendig.

(2) L. 26. pr. de pign. act., L. 12. pro emtore.

(3) ODOFREDUS l. c.

(4) L. 33. §. 5. de usurp.

Der Besitz des Pfandgläubigers ist so zu erklären. Die Römer hatten lange Zeit nur zwey Arten, durch das Eigenthum des Schuldners die Erfüllung einer obligatio zu sichern. Man pflegte erstens das Eigenthum einer Sache durch Mancipation dem Gläubiger gleich Anfangs zu überlassen, jedoch so, daß dieser bey der Mancipation selbst versprach, die Sache wieder einlösen zu lassen (*pactum de remancipando, fiducia*). Diese Form aber war nicht nur beschwerlich, sondern auch auf bestimmte Arten von Sachen (die *res mancipi*) beschränkt: deswegen war es zweitens gewöhnlich, die Sache dem Gläubiger blos hinzugeben, ohne daß durch dieses Hingeben ein andres Recht entstand, als das des Schuldners, in Zukunft die Rückgabe zu verlangen (*actio pignoratitia*). Daß in diesem Fall kein *animus domini*, also auch kein ursprünglicher Besitz, angenommen werden könne, ist schon oben vorgekommen. Soll also dennoch Besitz statt finden, so muß es ein abgeleiteter seyn, und davon ist hier die Rede. Zunächst erhält also der Gläubiger durch diese Uebergabe blos die natürliche Sicherheit, die ihm die Aufbewahrung einer Sache

— Dieses *pactum hypothecae* ist nicht zu verwechseln mit einem andern Geschäft, das auf den ersten Blick dasselbe zu

seyn scheint, nämlich *pignus*, verbunden mit *constitutum possessorium*. Davon unten mehr.

gewährt, aus welcher er sich in Zukunft bezahlt machen kann: verliert er den natürlichen Besitz, so ist alle Sicherheit verloren. Nun kommen aber auch die possessorigen Interdicte in Betracht, und es läßt sich leicht aus der Natur jenes Contracts zeigen, welchem von beiden Theilen diese Interdicte überlassen werden mußten: nicht dem Schuldner, denn sonst würde es diesem nicht schwer seyn, auf unrechtl. Art den natürlichen Besitz der Sache wieder zu erhalten: wohl aber dem Gläubiger, denn daß dieser die Detention habe, war der Inhalt des Contracts, und die Interdicte sind bloß dazu da, Detention zu erhalten oder wieder zu geben. Etwas änderte sich die Sache, als dem Pfandgläubiger späterhin eine Realklage (*actio quasi serviana*) gestattet wurde, um den verlorenen Besitz wieder zu erlangen. Nun waren ihm die Interdicte weniger unentbehrlich, aber er behielt sie dennoch, denn auch der Eigenthümer bekam die Interdicte, obgleich er von jeher eine Vindication hatte: ein großer Irrthum also ist es, wenn man die *possessio* des Gläubigers auf jene Realklage, als auf ihren Grund oder ihre Folge, bezieht, und sie erst durch diese und um dieser willen entstehen läßt, da sie im Gegentheil durch die Realklage hätte aufhören können. — Demnach wäre nun das Verhältnis dieses: der Gläubiger hätte den juristischen

Besiz, d. h. das Recht der Interdicte, aber nicht auch das Recht der Usucapion (*possessio civilis*), weil weder *justa causa* noch *bona fides* vorhanden ist: der Schuldner hätte nicht das Recht der Interdicte, also überhaupt keinen juristischen Besiz, also wäre selbst die Usucapion aufgehoben, die er etwa bis zu dieser Zeit gehabt hätte (S. 66). — Allein dieser letzte Punct ist nicht nur keine unmittelbare Folge aus dem Zweck des Pfandcontractes, sondern sogar dem Interesse des Pfandgläubigers grade entgegen gesetzt. Denn wenn an der Sache, welche der Schuldner bisher usucapirte, ein Anderer das Römische Eigenthum hatte, so konnte dessen *Vindication* bloß durch die vollendete Usucapion ausgeschlossen werden: war diese jetzt unterbrochen, so verlor der Eigenthümer nie das Recht, gegen den Gläubiger, wie gegen jeden andern Besizer, seine *Vindication* zu gebrauchen. — Dieses entgegen gesetzte Interesse des Gläubigers in Beziehung auf Interdicte und Usucapion hat bey dem Pfandcontract eine Ausnahme von den Regeln des Besizes veranlaßt, wie sie bey keinem andern Geschäfte sich findet. Das Ganze nämlich ist nun so zu bestimmen: der Gläubiger hat *possessio*, d. h. das Recht der Interdicte, aber keine *possessio civilis*, d. h. nicht das Recht der Usucapion: der Schuldner hat nicht das Recht der Interdicte, ja er

hat überhaupt gar keinen Besitz, aber er setzt dennoch die angefangene Usucapion fort, gleich als ob er noch immer den Besitz hätte. Es ist nicht so gleichgültig, als es auf den ersten Blick scheint, ob man den letzten Satz so ausdrückt, wie es hier geschehen ist und durch eine Stelle des Römischen Rechts gerechtfertigt wird (1), oder ob man sagt, der Schuldner habe wirklich den Besitz, es sey folglich der Besitz zwischen ihm und dem Gläubiger getheilt. Denn erstens bezieht sich nach unfrem Ausdruck die ganze Ausnahme auf die Regel: sine possessione usucapio contingere non potest, nicht auf die andere Regel: plures eandem rem in solidum possidere non possunt, wodurch denn die Allgemeinheit dieser letzten Regel auch gegen diesen Einwurf gesichert ist. Zweitens läßt sich daraus zeigen, auf welcher Seite allein die Ausnahme von der Regel liegt: nämlich das Recht des Schuldners ist das, was von der Regel abweicht, das des Gläubigers ist ganz unter der Regel des abgeleiteten Besitzes enthalten, und aus diesem Grunde konnte der Besitz des Pfandgläubigers mit allem Rechte dazu gebraucht werden, die allgemeinen Begriffe von possessio civilis und naturalis festzusetzen, welches Verfahren im entgegen gesetzten Fall völlig unmethodisch gewesen wäre.

(1) L. 36. de poss.

• 180 Zweiter Abschnitt. Erwerb des Besitzes.

Von diesen Behauptungen über den Besitz des Pfandes sind jetzt die Beweise zu führen :

A) Der Glaubiger hat den juristischen Besitz, nur nicht das Recht der Usucapion :

L. 16. de usurp. (1)

„ . . . Qui pignori dedit, ad usucapio-
nem tantum possidet: quod ad reli-
quas omnes causas pertinet, qui acce-
pit, possidet.“

B) Eine Folge des ersten Satzes ist es, daß der Glaubiger, wie jeder andere Besitzer, die Sache vermietthen kann: dieses kann selbst an den Schuldner geschehen, obgleich dieser zugleich Eigenthümer ist: nun besteht der Pacht als eine possessionis locatio (S. 266.), und der Schuldner verwaltet an seiner eignen Sache fremden Besitz :

(1) Vergl. L. 40. pr. de poss. L. 15. §. 2. qui satisd. cog., L. 35. §. 1. de pign. act., L. 3. §. 15. ad exhibendum (S. 46.). — Die L. 7. §. 2. C. de praescr. 30. l. 40. ann. kann nicht im Ernste dagegen angeführt werden, denn: „in fremdem Namen besitzen“ kann in sehr verschiednem Sinn gesagt werden, der debitor

wird auch in der That so behandelt, als ob er possessio (ad usucapionem) hätte, und endlich müste, wenn das Gegentheil wahr seyn sollte, in jener Constitution das alte Recht wirklich geändert seyn, da doch Justin gar nicht das Recht des Besitzes, sondern bloß die Verjährung der actio hypothecaria bestimmen will.

L. 37. *de pign. act.* (1)

„Si pignus mihi traditum locassem do-
 „mino, per locationem retineo possessio-
 „nem: quia, antequam conduceret debi-
 „tor, non fuerit ejus possessio: cum et
 „animus mihi retinendi sit, et condu-
 „centi non sit animus possessionem apis-
 „cendi.“

C) Der Schuldner hat eigentlich gar keinen Besitz, aber es wird in seiner Person eine *possessio ad usucapionem* fingirt, d. h. er wird, was die *usucapion* betrifft, so behandelt, als ob er Besitz hätte, obgleich er denselben nicht hat:

L. 36. *de poss.*

„Qui pignoris causa fundum creditori
 „tradit, *intellegitur possidere*. Sed etsi
 „eundem precario rogaverit, aequè per
 „diutinam possessionem capiet
 „cum plus juris in possessione habeat,
 „qui precario rogaverit, quam qui om-
 „nino non possidet“ (2).

(1) Vergl. L. 37. *de poss.*
 — Aus beiden Stellen folgt
 offenbar, daß die *possessio*
locatio (L. 28. *de poss.*) keine
 solche *locatio* seyn könne, wo-
 durch dem Pächter der juristi-

sche Besitz erworben würde (s.
 v. S. 5. 23.).

(2) Diese Worte, mit dem
 Anfang der Stelle und mit den
 folgenden Stellen verbunden,
 geben dieses Resultat: *debito-*

L. 16. *de usurp.*

„Qui pignori dedit, *ad usucapionem*
 „*tantum possidet . . .*“

L. 1. §. 15. *de poss.*

„. . . *ad unam enim tantum causam vi-*
 „*deri eum a debitore possideri: ad usu-*
 „*capionem . . .*“

D) Dieser fingirte Besiz des Schuldners gründet sich lediglich auf die juristische Natur des Pfandcontractes: wo also kein Pfandcontract von den Gesetzen anerkannt wird, da gilt auch jener Besiz nicht: das ist unter andern der Fall, wenn der Glaubiger Eigenthümer der verpfändeten Sache ist:

L. 29. *de pign. act.* (1)

„Si rem alienam bona fide emeris, et
 „mihî pignori dederis, . . . deinde me
 „dominus heredem instituerit, *desinit*
 „*pignus esse . . . idcirco usucapio tua*
 „*interpellabitur.*“

Bei den neueren Juristen finden sich über den Besiz des Pfandes sehr verschiedene Meinungen: der größte Theil derselben gehört nicht hierher, indem sie die Begriffe der *possessio civilis* und *naturalis* be-

omnino non possidet, sed ad
 unam causam (*usucapionis*)
 intelligitur possidere.

(1) Vergl. L. 33. §. 5. *de*
usurp.

treffen. — Placentin (1) giebt sich viele Mühe, dem Gläubiger allen Besitz abzustreiten. Donellus ist nicht ganz ohne seine Schuld so mißverstanden worden, als ob er dieselbe Meinung vertheidigte: allein er läugnet den Besitz des Gläubigers nur da, wo er den ursprünglichen Begriff des Besitzes, mit *animus domini*, angeht (2): in der Folge redet er erst von der Uebertragung des bloßen Besitzes, und erwähnt dabei sehr richtig auch des Pfandgläubigers (3). Der Fehler liegt also nur darin, daß er die Unterscheidung des ursprünglichen und abgeleiteten Besitzes, mit ihrer Anwendung auf diesen Fall, mehr stillschweigend zum Grunde legt, als ausdrücklich darstellt. — Duaren und vorzüglich Valentia haben die Verhältnisse des Gläubigers und Schuldners richtig bestimmt (4). — Westphals Meinung (5) lautet wörtlich also: „Daß bloß zur *usucapion* ein Besitz des Verpfänders angenommen werde, ist ein großer Irrthum des Juristen. . . . Man sieht, wie wenig man sich oft auf die Behauptungen der alten Rechtslehrer verlassen könne.“

(1) *Summa in Cod. tit. de poss. in fin.* (p. m. 333.).

(2) *comm. j. civ. L. 5. C. 6.* (p. m. 185.).

(3) *comm. j. civ. L. 5. C. 13.* (p. m. 197.).

(4) *Duaren's in L. 1. §. 15. de poss.* (opp. p. m. 834.

835.). — *Valentia in ill. jur. tract. L. 1. Tr. 2. C. 11.*

(5) *Arten der Sachen* etc. §. 157.

§. 25.

Dritte Classe: Detention, welche theils mit dem Besiz, theils ohne denselben, übertragen wird. — Zu dieser Classe gehören zwey Fälle: Depositum und Precarium.

Was zuerst das Depositum betrifft, so hat die Regel keinen Zweifel: Der Besiz also wird hier in der Regel eben so wenig als bey dem Pacht zc. veräußert:

L. 3. §. 20. *de poss.* (1)

„Sed si is, qui apud me *deposuit*, vel
 „commodavit, eam rem vendiderit mihi,
 „vel donaverit, non videbor causam pos-
 „sessionis mihi mutare, qui ne posside-
 „bam quidem.“

Die Ausnahme bezieht sich nur auf einen sehr bestimmten Fall. Wenn nämlich das Eigenthum einer Sache vindicirt, die Sache selbst aber bey einem Dritten (sequester) deponirt wird, so können die Parteyen ausdrücklich bestimmen, daß dieser Dritte den Besiz haben solle, damit durch diesen Besiz alle bisherige Usucapion unterbrochen werde: und dieses ist der einzige Fall, in welchem das Depositum eine Veränderung des Besizes zur Folge hat:

(1) Vergl. L. 33. §. 4 *de usurp.*, L. 9. §. 9 *de reb. cred.*

L. 39. *de poss.*

„Interesse puto, qua mente apud se-
 „questrum deponitur res: nam si omit-
 „tendae possessionis causa, et hoc aperte
 „fuerit approbatum: ad usucapionem
 „possessio ejus partibus non procederet:
 „at si custodiae causa deponatur, ad
 „usucapionem eam possessionem victori
 „procedere (1) constat.“

L. 17. §. 1. *depositi.*

„Rai depositae proprietates apud deponen-
 „tem manet, sed et possessio, nisi apud
 „sequestrem deposita est (2): nam tum
 „demum sequester possidet: id enim agi-

(1) indem nämlich in diesem Fall, d. h. wenn nur nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht ist, der sequester bloß einen fremden Besiz verwaltet.

(2) „deposita (possessio) „est“ nicht: „deposita (res) „est.“ Der Sinn also ist nicht: „Depositum giebt keinen Besiz, außer dem Fall „einer sequestratio,“ sondern: „Depositum giebt keinen Besiz, außer wenn von „einem sequester die Rede ist, „und zwar diesem der Besiz

„ausdrücklich übertragen wird „(deposita possessio).“ Daß nämlich auch der sequester nicht immer, sondern nur Ausnahmungsweise Besizer seyn soll, sagt nicht nur die erste Stelle, sondern auch die unfrige in den gleich folgenden Worten: „nam „tum demum sequester pos- „sidet.“ — Diese Erklärung hat zuerst: DUARENUS de sacris eccles. minist. III. 10. (opp. p. m. 1567): doch erklärt er ohne Noth das: *deposita est* durch: *omissa est.* —

„tur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.“

Bei dem Precarium verhält es sich grade umgekehrt: auch dabey wird theils Besitz, theils bloße Detention übertragen, aber das erste ist Regel, das zweite muß besonders verabredet seyn, um behauptet werden zu können (1). — Der Grund, warum Uebertragung des Besizes hier als Regel angenommen wird, liegt darin, daß sie dem Eigenthümer (rogatus) nicht schaden (2): Sein Usucapionsbesitz nämlich wird durch accessio possessionis fortgesetzt (3), und er hat ein eignes interdictum recuperandae possessionis, um den veräußerten Besitz wieder zu erlangen.

A.) In der Regel wird der Besitz selbst durch Precarium übertragen:

L. 4. §. 1. de prec. (4)

„Meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere.“

B.) Daß bloße Detention übergehen solle, kann durch ausdrückliche Verabredung bestimmt werden:

Die Glosse zu beiden Stellen nimmt grade das umgekehrte Verhältniß von Regel und Ausnahme an.

(1) DUARENVS in L. 10. de poss. (opp. p. m. 869.).

(2) Noch weniger Zweifel

hat dieser Punct nach der verworfenen Meinung älterer Juristen, welche dem rogatus sowohl als dem rogans Besitz zuschrieb (C. 160 — 163.).

(3) L. 13. §. 7. de poss.

(4) Vergl. L. 22. pr. eod.

L. 10. pr. §. 1. de poss. (1)

„Si quis ante conduxit, postea precario
„rogavit; videbitur discessisse a conduc-
„tione . . . Idem Pomponius bellis-
„sime temptat dicere, numquid qui con-
„duxerit quidem praedium, precario au-
„tem rogavit, non ut possideret, sed
„ut in possessione esset? (2) . . . quod
„si factum est, utrumque procedit.“

Zwar wird auch in diesem letzten Fall der Besitz verloren, wenn der rogans zugleich Eigenthümer der Sache ist: allein dieser Verlust gründet sich hier, wie bey dem Pacht bloß darauf, daß nun in Wahrheit kein Precarium vorhanden ist. Deswegen leidet der Satz selbst, eine Ausnahme, wenn der Eigenthümer wissentlich, also bloß mit Rücksicht auf den fremden Besitz, das Precarium eingeht (3): welches Precarium solius possessionis mit der Uebertragung des juristischen Besitzes durch Precarium nicht zu verwechseln ist, indem sowohl der Besitz, als die bloße Detention, dadurch, wie durch jedes andere Precarium, übertragen werden kann. — Eine wichtige Anwendung kommt bey dem Pfandcontract vor. Wenn

(1) Vergl. L. 6. §. 2. de precario rogare schlechthin die Rede.

(2) Im ersten Fall war von (3) s. v. §. 5. und 25. C.

288 Zweiter Abschnitt. Erwerb des Besizes.

nämlich der Schuldner das Pfand *precario* rogirt, so gilt diese *rogatio*, weil sie offenbar mit Rücksicht auf den juristischen Besitz des Gläubigers geschieht (1): der *Usucapions*besitz des Schuldners dauert natürlich fort, weil dieser durch die *rogatio* sogar mehr erhält, als er vorher hatte (2): der Besitz des Gläubigers dauert gleichfalls fort, wenn das *Precarium* die bloße *Detention* zum Gegenstand hat, welches in diesem Fall, nach dem Zweck des ganzen Pfandcontracts, sogar *präsumirt* wird (3).

§. 26.

Für den Erwerb des Besizes ist nun noch das einzige zu untersuchen übrig, wie durch fremde Handlungen Besitz erworben werden könne, und diese Frage muß, nach einem oben erklärten Ausdruck für den Begriff des Besizes (S. 219), abgesehen von bloßen Ausnahmen, auch so gefaßt werden dürfen: wie ist es möglich, durch fremde Handlungen das Bewußtseyn physischer Herrschaft über eine Sache zu erlangen?

(1) L. 6. §. 4. *de prec.*

(2) L. 36. *de poss.*, L. 29. *de pign. act.*, L. 33. §. 6. *de usurp.* (Alle drey Stellen sind aus den *Digestis* des Julian). — Von L. 26. *de O.*

at A., die aus demselben Werk des Julian genommen ist, wird unten, bey dem *constitutum possessorium*, die Rede seyn.

(3) L. 33. §. 6. *de usurp.*

Diese ganze Art des Erwerbs, besonders aber Ein Fall derselben (das *constitutum possessorium*), wird gewöhnlich als *facta apprehensio* betrachtet, welche Ansicht hier, wie überall, von wichtigen praktischen Folgen ist (S. 183). Nun ist nicht zu läugnen, daß dieser Erwerb etwas ganz Eigenthümliches hat: aber man hat vergessen, zu untersuchen, worin dieses Eigenthümliche liege. Es kommt nämlich hier überhaupt auf Drey Punkte an: was muß der thun, durch welchen der Besitz erworben werden soll (der Repräsentant)? was muß der (neue) Besitzer selbst thun? welches Verhältniß muß zwischen Beiden existiren? — Der erste und zweite Punct enthalten durchaus nichts, was von der Regel alles Erwerbs überhaupt beträchtlich abweicht, ganz anders der dritte, folglich kommen bey diesem juristische Bestimmungen vor, welche die ersten Puncte durchaus nicht betreffen. Durch zwey Beispiele wird diese Unterscheidung deutlicher werden, nach der gewöhnlichen Meinung (1) soll durch unrechtliche Handlungen, z. B. durch Gewalt, ein solcher Erwerb unmöglich seyn, weil eine unrechtliche Handlung keiner Fiction werth sey: allein in dem *factum apprehensionis* ist hier so wenig, als in jedem andern Fall, etwas juristisches

(1) DUARENUS in L. I. §. 13. *de poss.* (opp. p. m. 833.).

enthalten. Dagegen ist das Verhältniß zwischen dem Repräsentanten und Besizer allerdings etwas juristisches: deswegen kann die juristische Ungültigkeit dieses Verhältnisses den Erwerb des Besizes verhindern. — Demnach beruht jene irrige Ansicht auf einer ähnlichen Verwechslung, wie die des Lab. 40 (1), und unsere Juristen hätten wohl gethan, die Berichtigung des Favolenus auch für sich zu benutzen.

Der erste Punkt, also, welcher hier bestimmt werden muß, ist die Handlung des Repräsentanten. Nun ist auf den ersten Blick klar, daß Dieser nicht weniger thun darf, als wenn er für sich selbst Besiz erwerben wollte, d. h. daß ein factum apprehensio- nis vorkommen muß, verbunden mit animus possidendi, und daß eben deshalb Jeder, der überhaupt nicht wollen kann, auch zu dieser Repräsentation unfähig ist (2). Uebrigens der animus possidendi hat hier das Eigentümliche, daß der Repräsentant nicht für sich, sondern für den Andern muß Besiz erwerben wollen, wenn dieser Andere in der That Besizer werden soll: will der Repräsentant selbst Besizer werden, oder einen Dritten zum Besizer machen, so erfolgt das wirklich aus seiner Handlung, wenn nur nicht besondere Verhältnisse (z. B. das Sklavenverhältniß)

(1) L. 51. de poss. (S. 193.).

(2) L. 1. §. 9. 10. de poss.

im Wege stehen, in welchem Fall gar kein Besitz erworben wird (1). — Diese Regel hat keinen Zweifel, aber ob nicht bey der Tradition eine Ausnahme gemacht werden müsse, d. h. ob nicht dabey der Besitz nach der Absicht des tradens erworben werde, ohne Rücksicht auf die Untreue des Repräsentanten — darüber ist schwer zu entscheiden. Julian nämlich will auch hier die Regel gelten lassen (2), Ulpian be-

(1) L. 1. §. 19. 20. *de poss.*
 „ . . . Cum autem suo no-
 „ mine nacti fuerint posses-
 „ sionem, non cum ea mente,
 „ ut operam duntaxat suam
 „ accomodarent nobis: non pos-
 „ sumus adquirere.“ Diese Le-
 seart (in zehn Pariser Mspten
 und in Edd. Rom. 1476. Nor.
 1483. Ven. 1485. Lugd. 1509.
 1513. Paris 1514.) ist offen-
 bar besser als die Florenti-
 nische: „ . . . nobis non pos-
 „ sunt adquirere,“ indem der
 Repräsentant es nicht einmal
 will, also von seinem Reben
 noch gar nicht die Rede
 ist. Haloander liest: „ no-
 „ bis accomodarent: non pos-
 „ sunt adquirere,“ gleich als
 ob nun der Repräsentant nicht

selbst Besitzer würde, was ganz falsch ist.

(2) L. 37. §. 6. *de acqui-
 rer. dom.* — Daß hier ohne
 Einschränkung gesagt wird:
 „ nihil agetur,“ macht dennoch
 den eignen Besitz des Pro-
 curators nicht unmöglich, da
 hier zunächst von dem Eigen-
 thum die Rede ist, und da
 ohne Zweifel Besitz ohne Ei-
 genthum erworben werden kann.
 Aber es läßt sich nicht umge-
 kehrt denken, daß dieselbe
 Handlung, die bey der Tra-
 dition Eigenthum giebt, nicht
 zugleich den Besitz geben sollte
 (§. 12. u. 120., folglich ist es
 falsch, jene Unterscheidung zu
 Erklärang der L. 13. *de dom.*
 zu gebrauchen. — Gar nicht

hauptet die Ausnahme (1), und die Versuche, die man gemacht hat, durch Distinctionen diesen Widerspruch aufzuheben (2), sind so willkürlich, daß wohl nichts übrig bleibt, als ihn ausdrücklich anzuerkennen, und der Meinung des neueren Juristen den Vorzug zu geben.

Zweitens ist es nöthig, daß der Besizer selbst diesen Besiz erwerben wolle, also wird dieser Erwerb dadurch ausgeschlossen, daß der, für welchen der Besiz erworben werden soll, gar nichts davon weiß (*ignoranti possessio non acquiritur*). — Dieser Satz indessen kann leicht mißverstanden werden, weil der Ausdruck selbst eine zweifache Bedeutung haben kann. *Ignorantis possessio* nämlich kann der Besiz Desjenigen heißen, welcher von der ganzen Handlung nichts weiß, folglich auch diesen Erwerb nicht wollen kann: das ist der Gegenstand unsrer Regel, diese *ignorantis*

hierher gehören: *L. 59. de acqu. rer. dom. L. 2. C. de his qui a non dom.*, denn in diesen Fällen war das Mandat selbst darauf gerichtet, daß der Procurator die Sache in eigenem Namen kaufen, also selbst das Eigenthum erwerben, und dann auf den mandans übertragen sollte.

(1) *L. 15. de donationibus.*

(2) GLOSSA in *L. 37. §. 6. de acqu. rer. dom.* — DUARENUS in *L. 1. §. 20. de poss.* (opp. p. m. 838. 839.). — BEXMA in var. Dig. tit. p. 350. — VALENTIA in ill. jur. tract. *L. 1. Tr. 2. C. 13.* (p. m. 66.) et in epistolar. exerc. 9. (ib. p. 159.). — RETES ap. Meermann. T. 7. p. 475. 476. et p. 406.

possessio ist unmöglich, aber von dieser Unmöglichkeit giebt es drey Ausnahmen, wobey Besitz überhaupt und Usucapion durch jene ignorantia nicht gehindert wird: bey Peculium nämlich, bey dem Erwerb durch Vormünder, und bey Städten (1). Zweitens kann aber auch Derjenige *Ignorans* genannt werden, welcher den Besitz der Sache erwerben will, einem Andern den Auftrag dazu gegeben hat, aber nur von der Erfüllung dieses Auftrags, d. h. von der wirklichen Apprehension, noch nicht unterrichtet ist: auf diese ignorantia bezieht sich unsere Regel nicht, sie macht den Besitz überhaupt nicht unmöglich, wohl aber die Usucapion. Wer also jenen Auftrag gab, fängt an zu besitzen, sobald der Auftrag erfüllt ist,

(1) Die Regel steht bey PAULUS in *red. sent. Lib. 5. Tit. 2. §. 1.* „*Possessionem* „*adquirimus et animo, et* „*corpore: animo utique nos-* „*tro: corpore vel nostro, vel* „*alieno.*“ Vergl. *L. 3. §. 12. de poss.* — Die Ausnahme der Peculien bringt Paulus selbst sehr gut mit dieser Regel in Verbindung (*L. 1. §. 5, L. 3. §. 12. de poss.*). — Städte können auch durch Repräsentanten Besitz erwerben

(*L. 1. §. 22, L. 2. de poss.*), und daß dieser Erwerb als bloße Abweichung der Praxis von unserer Regel anzusehen ist, sagen die Römischen Juristen ausdrücklich („*uni con-* „*sentire non possunt*“ sc. *ei qui eorum nomine, neque ex peculiari causa* (denn nur dieser Fall ist durch das: *per se* ausgeschlossen (*apprehendit possessionem . . . „Sed hoc* „*juro utimur*“ rel.).

obwohl die Usucapio nicht erst ihren Anfang, wenn der Besizer von dieser Erfüllung Nachricht erhält. — Die Beweise aller dieser Sätze können erst bey dem dritten Punkte nachgeholt werden.

Drittens ist ein juristisches Verhältniß zwischen dem Repräsentanten und dem Besizer nöthig, wenn auf diese Weise Besiz entstehen soll. Man kann sagen, daß in der Regel entweder Befehl, oder Auftrag dem Erwerb selbst vorhergehen müsse, je nachdem von einem Verhältniß juristischer Gewalt (des Vaters über seine Kinder, und des Herrn über seine Slaven), oder von einem freyen Verhältniß die Rede ist.

12. A) Juristische Gewalt des Besizers über den Repräsentanten (1). — Daß hierdurch das Recht des Besizes erworben wird, ist gar nichts besonderes, indem alle Rechte überhaupt durch Slaven und durch Kinder in väterlicher Gewalt erworben werden können.

Durch einen Slaven erwirbt den Besiz der Eigenthümer desselben, der bonae fidei possessor, und der fructuarius. — Der Eigenthümer muß, um dieses Erwerbs fähig zu seyn, zugleich den Besiz des Slaven haben: ist der Slave selbst in fremdem Besiz oder wird er von Niemanden besessen, so kann der Eigenthümer, als solcher, durch ihn keinen Besiz er-

(1) Sehr gründlich handelt nat. poss. p. 62. p. 100 — 106.) Euper von diesem Fall (de

werben (1). Eine bloße Folge davon ist es, daß auch durch einen verpfändeten Sklaven der Eigenthümer keinen Besitz erwerben kann (2). — Der *bonae fidei possessor*, als solcher, erwirbt den Besitz, wie alles andere, durch den Sklaven, nur insfern, als dieser Erwerb auf die Arbeit des Sklavens, oder auf das Vermögen, des *possessor* gegründet ist (3): *bonae fidei possessor* aber heißt hier nun, der, welcher sich selbst für den Eigenthümer hält, folglich erwirbt der Pfandgläubiger durch den verpfändeten Sklaven gar nichts (4), obgleich auch er den Sklaven besitzt, und auf rechtliche Weise besitzt, also in anderem Sinne die *bona fides* ihm nicht abzusprechen ist. — Der *fructuarius* erwirbt, durch den Sklaven unter denselben

(1) L. 1. §. 6. *de poss.*, L. 54. §. 4. L. 21. *pr. de acqu. rer. dom.* — Bei einem flüchtigen Sklaven dauert die *possessio servi* und die *acquisitio per servum* fort, solange er nicht in fremden Besitz kommt, oder sich selbst für frey hält. L. 1. §. 14. L. 50. §. 1. *de poss.* (auf diese zwey Ausnahmen gehen die Worte: „*quem non possidet*“ der L. 54. §. 4. *de acqu. rer. dom.*: und die „*possessio*“ der L. 15. *de public.* ist offenbar die natürliche

Detention). — Durch die *possessio libertatis* ist natürlich die *possessio servi* ausgeschlossen, außerdem aber durch das bloße *liberale iudicium* nicht: nun ist nämlich die *acquisitio per servum*, so wie die *possessio servi* selbst, in auspenso. L. 3. §. 10. *de poss.*, L. 25. §. 2. *de lib. causa.*

(2) L. 11. §. 15. *de poss.*
 (3) L. 1. §. 6. *de poss.*, L. 21. *pr. de acqu. rer. dom.*
 (4) L. 1. §. 15. *de poss.*

Einschränkungen, wie der *bonae fidei possessor* (1). Dabey findet sich also wieder das gewöhnliche Verhältnis des Eigenthums zu jedem *jus in re*: in der Regel nämlich erwirbt durch diesen Sklaven der Eigenthümer, weil er zugleich den juristischen Besitz des Sklaven hat (S. 269), aber in jenen zwey ausgenommenen Fällen ist es nicht der Eigenthümer, sondern der *fructuar*, welchem der Sklave den Besitz, wie alles andere, erwirbt.

Wie der Herr durch den Sklaven, so erwirbt der Vater durch seine Kinder alle Rechte überhaupt, also auch den Besitz. Nur gründet sich dieser Erwerb lediglich auf das Recht der väterlichen Gewalt, nicht wie bey dem Sklaven, auf den Besitz an dem Kinde selbst, weil dieser überhaupt nicht denkbar ist: auch kann hier weder *ususfructus* vorkommen, noch ein der *bonae fidei possessio* analoges Verhältnis. Wer also aus Irrthum einen Sohn in seiner Gewalt zu haben glaubt, kann durch diesen auf keine Weise erwerben (2).

Für beide Fälle der juristischen Gewalt zusammen tritt eine ganz besondere Regel ein, wenn der Erwerb des Besizes auf ein *peculium* sich gründet. Man wird nämlich der Besitz erworben, obgleich der Herr oder der Vater von diesem Erwerb gar nichts

(1) L. 2. §. 8. L. 49. pr. (2) L. 50. pr. *de poss. de poss.*

weis (1), und selbst die Usucaption kann zugleich mit diesem Besitz anfangen (2). Da also hier auf den Willen des Besitzers selbst gar nicht gesehen wird, wenn nur ein *peculium* wirklich vorhanden ist, so können auch solche juristische Personen, auf diese Art den Besitz erwerben, welche überhaupt keinen Willen haben (3): ja selbst im Namen eines Gefangenen ist dieser Erwerb möglich (4), obgleich in diesem Fall nicht bloß der *animus possidendi*, sondern die Persönlichkeit des Besitzers selbst fehlt.

B.) Das Verhältnis zwischen dem Besitzer und Repräsentanten kann zweitens ein freies Verhältnis seyn. — Nämlich es ist Regel, daß außer jenen zwey Verhältnissen juristischer Gewalt kein Recht durch

(1) L. 1. §. 5. *de poss.* — L. 4. *de poss.* — L. 44. §. 1. L. 24. §. 3. §. 12. *de poss.*

(2) L. 1. §. 5. *de poss.* L. 31. §. 3. L. 47. *de usurp.*

(3) z. B. Kinder, Wahnsinnige, Erbschaften. L. 1. §. 6. *de poss.*, L. 29. *de captivis*, L. 16. *de O. et A.*

(4) Unter den älteren Römischen Juristen war die Sache bestritten, in den Pandekten wird jene Regel als ausgemacht angenommen, ohne Unterschied,

ob vor der Gefangenschaft oder in derselben der Besitz anfieng: folglich betrifft diese Regel den Erwerb und Verlust zugleich. — Entweder stirbt nun der Gefangene als solcher, oder er wird frey: im ersten Fall gilt die *lex Cornelia*, im zweiten das *postliminium*. — L. 29. L. 22. §. 3. *de captivis*, L. 23. §. 3. *ex quib. caus. maj.* — L. 44. §. 7. *de usurp.* — L. 12. §. 2. *de capt.* L. 15. *pr. de usurp.*

fremde Handlungen erworben werden kann, aber diese Regel leidet eben hier eine Ausnahme. — Besitz also kann auch ohne juristische Gewalt über den Repräsentanten erworben werden, und eben so das Eigenthum, wenn es vermittelst des Besizes, d. h. durch Tradition oder Occupation, erworben werden soll (1)

Worin muß nun dieses Verhältniß bestehen? in einem Auftrag, Besitz zu erwerben: bestimmter läßt sich diese Regel nicht ausdrücken. — Dieser Auftrag nämlich bedarf durchaus nicht solcher Bestimmungen, wodurch außerdem ein juristisches Geschäft bedingt ist, um im Civilrecht als gültig behandelt zu werden: so z. B. kann auch ein Sklave diesen Auftrag übernehmen, vorausgesetzt, daß er von Niemanden als Sklave besessen werde (2), weil er sonst über keine seiner

(1) L. 1. C. per quas pers., §. 5. I. eod. — PAULUS V. 2. §. 2, L. 55. de acqu. rer. dom., L. 20. §. 2. eod., L. 8. C. de poss.

(2) L. 31. §. 2. de usurp., L. 34. §. 2. de poss. — Auf diese Art kann ohne allen Zweifel auch der Eigenthümer selbst, dessen Sklave im Besitz der Freiheit ist, durch diesen Sklaven Besitz erwerben (C. 294.): ja es ist consequent, den bonae

fidei possessor auch dann durch den Sklaven Besitz erwerben zu lassen, wenn es nicht ex operis servi oder e re possessoris geschieht (C. 296.), indem ja die Möglichkeit dieses Erwerbs keinen Zweifel hätte, wenn der Sklave ganz ohne Besitzer wäre: endlich scheinen es ganz specielle Ausnahmen zu seyn, daß malae fidei possessor und der Pfandgläubiger nicht durch den Scla-

Handlungen Herr ist, also auch durch diese Handlungen keinem Andern die Herrschaft über eine Sache geben kann: eben so ist ein Pupill dieser Repräsentation fähig (1), wiewohl er ausserdem kein juristisches Geschäft eingehen kann. Allein solche Gründe der Ungültigkeit juristischer Geschäfte, wodurch der Wille des Repräsentanten selbst ausgeschlossen wird, wie z. B. Irrthum über einen wesentlichen Punct, machen freilich auch diesen Erwerb des Besitzes unmöglich (2). — Aber auch umgekehrt ist ein juristisches Verhältniß allein, wenn nicht ganz bestimmt jener Auftrag darin enthalten ist, zu dieser Art des Erwerbs nicht hinreichend: so z. B. hat der Verpächter den juristischen Besitz der verpachteten Sache (S. 265): stirbt nun der Verpächter, so geht das jus obligationis aus dem Pacht durch den bloßen Antritt der Erbschaft auf den Erben über, nicht so der Besitz: damit auch dieser erworben werde, muß irgend etwas gethan werden, wodurch der Pächter zugleich Repräsentant des Besitzes für diesen neuen Verpächter wird (3).

von erwerben können, den sie besitzen (L. 1. §. 6. 15. de poss.).

(1) L. 32. pr. de poss. — Was hier von der Fortsetzung des Besitzes, im Gegensatz einer obligatio, gesagt ist, muß

natürlich auch von dem Anfang gelten.

(2) Sp. z. B. wenn der Pächter, oder der Pfandgläubiger zugleich Eigenthümer der Sache ist (S. 266. 282.).

(3) L. 30. §. 5. de poss.

300 Zweiter Abschnitt. Erwerb des Besizes.

Jene Regel nun, daß auch durch freye Menschen in unfrem Namen Besitz erworben werden könne, ist wahrscheinlich schon ziemlich frühe durch Gerichtsbrauch eingeführt worden:

1. L. 51. *de poss.*

„ . . . ait Labeo, . . . si acervum lignorum emero, et eum venditor me tollere jusserit: simul atque custodiam possuissem, traditus mihi videtur . . . “ (1).

2. L. 41. *de usurp.* (Neratius L. 7. membr.)

„ . . . quamvis per procuratorem possessionem apisci nos, jam fere conveniat . . . “

3. L. 13. *pr. de adqu. rer. dom.* (Neratius Lib. 6. reg.).

„Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere.“ *MIRANDA in jur. contr.* L. 2. C. 32. — Cicero zwar scheint das Gegentheil zu sagen (*pro Caecina* C. 32.): allein, wie wenig er selbst auf die Gewisheit dieser Behauptung baut, sieht man aus dem Zusatz, den er gleich in den folgenden Worten nöthig findet; „Deinde

„ipse Caecina“ *rel.*

(1) Die Stelle selbst ist oben erklärt worden (S. 195.), hier kommt es bloß auf das Resultat der Meinung des Labeo an. Uebrigens könnte unter der *custodia* auch wohl ein Slave verstanden seyn: allein Javolen, der in dem folgenden Theil der Stelle offenbar denselben Fall vor Augen hat, braucht ausdrücklich das Wort „*mandato*.“

„Si procurator rem mihi emerit ex man-
 „dato meo, eique sit tradita meo nomi-
 „ne: dominium mihi, id est proprietas
 „adquiritur, etiam ignorantibus.“

4. L. 1. C. de poss. (Imp. Sever. et Antonin.)

„Per liberam personam ignorantibus quo-
 „que acquiri possessionem, et postquam
 „scientia intervenerit, usucapionis con-
 „ditionem inchoari posse, tam ratione
 „utilitatis, quam juris pridem (1) re-
 „ceptum est.“

Aus diesen Stellen ist klar, daß zur Zeit des zu-
 letzt angeführten Rescripts der Satz schon längst (pri-

(1) GLOSSA in h. L. „alias:
 „pridem, et alias: pruden-
 „tia.“ Die erste Lesart ist
 viel wahrscheinlicher, denn ge-
 gen *ratione utilitatis* giebt das
ratione juris einen viel reineren
 Gegensatz als *juris pruden-*
tia: die *ratio juris* nämlich
 steht in: L. 53. de acqu. rer.
dom. („quod naturaliter ad-
 „quiritur, siouti est posses-
 „sio“ rel.). — Zudem läßt es
 sich leichter begreifen, wie aus
 einer Abbréviatur das Wort
jurisprudencia entstehen konnte,

daß jedem juristischen Abschrei-
 ber so geläufig seyn mußte —
 leichter, als wenn man *pridem*
 als die falsche Lesart voraus-
 setzen wollte, die sich in den
 Text eingeschlichen hätte. *Pri-*
dem übrigens liest auch die
 Göttingische Handschrift worin
 zwar etwas corrigirt zu seyn
 scheint, aber so daß von der
 vorigen Lesart keine Spur
 mehr übrig ist. *Pridem* lesen
 endlich auch sieben Pariser
 Mss. des Codex, und Ein
 Ms. das ich selbst besitze.

dem) recipirt war, daß er schon zur Zeit des Nerva, ja sogar des Pabeo galt: dennoch haben ihn Mehrere durch diese Stelle des Codex neu einführen lassen, wozu wohl Ulpian und die Institutionen Veranlassung gewesen sind (1): allein daß Ulpian ein Rescript des regierenden Kaisers citirt, wenn auch der Inhalt desselben schon vorher ohne ausdrückliches Gesetz angenommen war, ist sehr natürlich, und die Stelle der Institutionen, die wohl aus jener entstanden seyn mag, sagt eben so wenig, daß Sever diesen Satz neu eingeführt habe.

Jetzt erst ist es möglich, einige nähere Bestimmungen dieser Regel zu entwickeln, welche oben nur angedeutet werden konnten. — Ist nämlich jenes Verhältniß der Repräsentation wirklich begründet, so wird der Besitz durch die Apprehension des Repräsentanten unmittelbar erworben, auch wenn der Besitzer noch keine Nachricht von der Erfüllung seines Auftrags hat, und man kann in diesem Sinne sagen: ignorantia adquiretur possessio. Die Usucapion aber fängt erst

(1) L. II. §. 6. *de pign. act.* „ . . . constitutum est ab Imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem adquiri.“ — §. 5. *per quas pers.* „ . . . per liberam personam, veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem, secundum Divi Severi constitutionem.“

an, wenn der Besitzer den erworbenen Besitz erfährt (1). Einige haben behauptet, daß wenigstens in dieser Bestimmung etwas Neues enthalten sey, was Sever der älteren Regel hinzugefügt habe, allein diese Meinung ist fast noch unhaltbarer, als die, nach welcher die Regel selbst von Sever herrühren soll. — Nur in dem eben angegebenen Sinn aber darf die *ignorantis possessio* genommen werden, wenn sie möglich seyn soll: also muß der Besitzer allerdings wissen und wollen, daß dieser Besitz für ihn erworben werde, ja es ist in den meisten Fällen die Repräsentation selbst nicht anders zu denken möglich. Demnach kann auch ein *negotiorum gestor* den Besitz verschaffen, aber erst von der Zeit der *ratihabitio* an (2): und dasselbe muß von einem *procurator universorum bonorum* behauptet werden, weil auch in dessen Auftrag nicht besonders dieser einzelne Erwerb enthalten ist:

1. PAULUS in rec. sent. L. 5. T. 2. §. 2.

„Per liberas personas, quae in potestate
 „nostra non sunt, adquiri nobis nihil
 „potest. Sed per procuratorem adquiri

(1) L. 1. C. de poss. (S. 301), nicht sowohl diese Regel, als
 §. 5. I. per quas pers. (S. 302), vielmehr die der *lex Atinia*
 L. 49. §. 2. de poss., L. 47. (L. 4. §. 6. de usurp.).
 de usurp. — Die Ausnahme (2) L. 24. de neg. gestis.
 der L. 41. de usurp. betrifft

„nobis possessionem posse, utilitatis
 „causa receptum est (1). Absente autem
 „domino comparata non aliter ei, quam
 „si rata sit, quaeritur (2).“

2. L. 42. §. 1. de poss.

„Procurator, si quidem mandante do-
 „mino rem emerit (3), protinus illi ad-
 „quirit possessionem: quod si sua spon-
 „te emerit, non: nisi ratam habuerit
 „dominus emptionem.“

Ungeachtet dieser sehr deutlichen Stellen haben meh-
 rere Juristen auch durch einen solchen Procurator die
 ignorantis possessio für möglich gehalten: und weil
 einmial Sever durchaus etwas Neues bestimmt haben
 sollte, so ist auch das als Inhalt seiner Constitution,

(1) d. h. „aber bey dem
 „Besitz ist eine Ausnahme von
 „jener Regel angenommen wor-
 „den.“

(2) Der Ausdruck procura-
 tor war zweideutig, deswegen
 erinnert Paulus ausdrück-
 lich, daß bloß von einem Stell-
 vertreter in Beziehung auf die-
 sen bestimmten Besitz die Rede
 sey, nicht von einem procura-
 tor bonorum, den man für
 die Zeit der Abwesenheit be-

stellt habe, und der während
 dieser Abwesenheit dem Herrn
 irgend einen Besitz erwerben
 wolle.

(3) d. h. „wenn er einen
 „Auftrag für diesen Er-
 „werb hatte“ (gewöhnlich
 geht nämlich ein solcher Auf-
 trag zugleich auf den Vertrag
 und auf den Erwerb des Be-
 sitzes und Eigenthums). —
 Der Gegensatz ist also derselbe,
 wie in der vorigen Stelle.

und als Zusatz zu dem ältern Recht betrachtet worden, obgleich der Satz selbst weder für das ältere, noch für das neuere Recht behauptet werden kann.

Zwey Fälle sind indessen auch bey diesem Erwerb durch freie Personen von der Regel ausgenommen, nach welcher der Wille des Besitzers zur Entstehung des Besitzes erfordert wird. Im Namen einer Stadt nämlich, als einer bloß juristischen Person, ist dieser Erwerb möglich, und davon ist schon oben geredet worden (S. 292.): eben so soll es im Namen der Pupillen, Minderjährigen und Wahnsinnigen geschehen können, ohne daß dabey auf den Willen des Besitzers selbst gesehen wird. Ein Tutor also und ein Curator kann den Besitz seinem Mündel auf gültige Weise erwerben (1). — Dieser Erwerb des Tutor im Namen des Pupillen ist schon oben zu Erklärung zweier Stellen gebraucht worden, in welchen auch die bloße auctoritas tutoris bey dem Erwerb des Besitzes zugelassen wird (S. 231 — 242.). Mehrere haben jene Stellen so mißverstanden, als ob die *adquisitio per tuto*

(1) L. 13. §. 1. *de acqu. rer. dom.*, L. 1. §. 20. *de poss.*, L. 11. §. 6. *de pign. act.* — Die L. 26. C. *de don.* ist offenbar bloß ein Supplement dieser Regel: in dem bestimmten

Fall dieses Gesetzes nämlich soll dem Pupillen, dessen Vormund hier verhindert ist, einstweilen ein Slave diesen Erwerb vollziehen dürfen. (L. 2. C. *Th. de dom.*)

rem sogar abgeläugnet werden sollte (1), die doch weder nach diesen noch nach andern Stellen (2) mit einigem Schein geläugnet werden kann.

§. 27.

Von der Regel, daß ein bloßer Auftrag, ohne juristische Gewalt, hinreichend ist, den Erwerb des Besizes durch fremde Handlungen zu begründen — von dieser Regel ist jetzt noch eine einzelne Anwendung zu erklären übrig, in welche sich unsere Juristen weit weniger zu finden gewußt haben, als in die Regel selbst.

Wer nämlich überhaupt durch seine Handlungen einem Andern den Besiz zu erwerben im Stande ist, kann dieses natürlich um deswillen nicht weniger, weil er, der Repräsentant, bis auf diesen Augenblick den juristischen Besiz der Sache gehabt hat. Zugleich ist es klar, daß für diesen Fall zwar nicht die Regel, wohl aber ihre Anwendung etwas anders als für die übrigen Fälle bestimmt werden müsse. Da nämlich das factum apprehensionis schon früher vorgekommen ist, so braucht es jetzt nicht wiederholt zu werden, und die ganze Handlung muß folglich als eine umgekehrte *brevi manu traditio* betrachtet werden: wie nämlich bey dieser Art der Tradition der, welcher bisher die

(1) Besonders die Schlußworte der *L. 3. C. de poss.* (S. 242.).
 (2) s. die vorlezte Note.

Detention ohne den Besitz hatte, durch bloßen *animus possidendi*, ohne neues *factum*, den Besitz erwirbt (C. 222. 223.), so verwandelt sich hier gleichfalls durch bloßes Wollen der Besitz in Detention, und (worauf es hier noch allein ankommt) das Recht des Besitzes selbst wird unmittelbar auf eine andere Person übertragen. — Unsere Juristen nennen diese Art, den Besitz zu übertragen: *Constitutum possessorium*. Das Wort kommt bey den Römern nicht vor, wohl aber die Sache, und selbst wenn sie nicht besonders im Römischen Recht genannt wäre, würde sie um nichts weniger gewiß seyn.

Der Satz selbst, der hier aufgestellt wurde, ist eben so allgemein, und ganz als bloße Anwendung bekannter Grundsätze, in folgender Stelle enthalten:

L. 18. *pr. de poss.*

„Quod meo nomine possideo, possum
 „alieno nomine possidere: nec enim mu-
 „to mihi causam possessionis, sed desino
 „possidere, et alium possessorem mini-
 „sterio meo facio: nec idem est, possi-
 „dere, at alieno nomine possidere. Pro-
 „curator alienae possessioni praestat mi-
 „nisterium.“

Also durch bloßen Vertrag, ohne alles körperliche Handeln auf die Sache selbst, ist dieser Erwerb des

Besizes möglich: dennoch wird in einer sehr bekannten Stelle der bloße Vertrag der Tradition gerade entgegen gesetzt: durch diese soll Eigenthum übergehen können, durch jenen nicht (1). — Dieser Umstand führt zu einer genaueren Bestimmung des Constitutum selbst. Der Vertrag nämlich, wodurch der Uebergang des Eigenthums bestimmt wird, z. B. der Kauf, ist von dem Constitutum sehr verschieden: in diesem liegt die Bestimmung, daß der bisherige Besizer Repräsentant eines fremden Besizes (*procurator possessionis*) seyn wolle, welche Bestimmung weder in einem bloßen Kauf enthalten ist, noch auch überhaupt angenommen werden kann, sie müßte denn ausdrücklich erklärt seyn, oder aus andern Erklärungen nothwendig folgen. Ist eine ausdrückliche Erklärung vorhanden, daß der bisherige Besizer nur noch fremden Besitz verwalten wolle, so hat die Sache keinen Zweifel, aber dieser Fall ist sehr selten. Außerdem ist ein Constitutum nicht anzunehmen, außer insofern es als Folge anderer Handlungen betrachtet werden muß.

Erstens: ein Constitutum ist in der Regel nicht anzunehmen. — Eine Anwendung dieses Satzes ist schon oben vorgekommen: wer nämlich Fässer mit Wein kauft und versiegelt, ist dadurch nicht Besizer

(1) *L. 20. C. de pactis: „Traditionibus et usucapionibus „dominia rerum, non nudis „pactis transferuntur.“*

und Eigenthümer der Fässer geworden. (1). Nun ist es klar, daß er selbst noch nicht die natürliche Detention dieser Sachen hat; so lange sie in einem Keller des Verkäufers liegen: aber eben so sicher ist es, daß der Verkäufer durch bloßes Constitutum den Besitz auf ihn übertragen könnte, und nur weil ein Constitutum überhaupt nicht präsumirt wird, ist in jenem Fall ohne weitere Unterscheidung der Uebergang des Besitzes verneint worden. — Eine zweite Anwendung des Satzes enthält folgende Stelle:

L. 48. de poss.

„Praedia cum servis donavit, eorumque
 „se tradidisse possessionem, litteris de-
 „claravit: si vel unus ex servis, qui si-
 „mul cum praediis donatus est, ad eum,
 „qui donum accepit, pervenit, mox in
 „praedia remissus est: per servum prae-
 „diorum possessionem quaesitam cetero-
 „rumque servorum constabit.“ — Der
 donator hatte in einem Briefe geschrieben:
 „er wolle hiermit das Gut und die Sklaven
 „übergeben haben.“ Wie ist diese Erklä-
 rung zu interpretiren? etwa so, daß er,
 der donator, von jetzt an als procurator

(1) L. 1. §. 2. de peric. et comm. rei vend. (C. 202.).

alienas possessionis betrachtet würde? nein, denn ein Constitutum ist nicht zu präsumiren: also ist nur dem donatarius erlaubt, in jedem Augenblick selbst Besitz zu ergreifen (missio in possessionem), diese Handlung ist vorläufig durch des donator Einwilligung zu einer Tradition gemacht, aber erst mit ihr kann der neue Besitz seinen Anfang nehmen.

Zweitens: Ein Constitutum wird dennoch angenommen, wenn sein Daseyn aus einer andern Handlung nothwendig folgt. — Dieser Satz wird durch folgende Anwendungen deutlich und gewiß werden.

A.) Wer eine Sache verschenkt und zugleich miethet, hat über den Besitz nichts ausdrücklich erklärt: allein er will, daß gleich jetzt ein Pacht zwischen ihm und dem Andern existiren sollte, davon ist eine nothwendige Folge, daß der Andere Besitzer ~~er~~ aber Verwalter des fremden Besizes sey, folglich ist hier durch Constitutum der Besitz wirklich übertragen (1).

B.) Eben so verhält es sich mit dem ususfructus: wer also eine Sache verschenkt oder verkauft, und den ususfructus für sich zurückbehält, hat durch Constitutum den Besitz und das Eigenthum wirklich über-

(1) L. 77. de rei vind.

tragen, und verwaltet von jetzt an, wie jeder Fructuar, einen fremden Besitz (1).

C.) Wenn eine Sache Gegenstand eines Pfandcontracts ist, zugleich aber der Gebrauch dieser Sache dem Schuldner precario überlassen wird; so ist gleichfalls durch bloßes Constitutum dem Glaubiger der Besitz der Sache erworben (2). Dieses ganze Geschäft

(1) L. 28. L. 35. §. 5. C. de donat. (Von diesem Satz, den im allgemeinen gewiß kein Römischer Jurist je bezweifelte, hatte Theodos II. bey Ehenkungen, wobey überhaupt viele besondere Bestimmungen vorkommen, eine Ausnahme verordnet, die er selbst zwey Jahre später wieder aufhob. L. 8. §. C. Th. de donat). — Ein Fall dieser Art kam bey einem Theil der Hanauischen Succession vor. Cramer (opusc. T. 1. p. 641.) demonstirte die gewöhnlichsten Irrthümer der Praktiker in mathematischer Methode, aber die Antwort, die von Darmstädter Seite erfolgte, ist eine der besten Schriften, die je über den Besitz erschienen sind: KORTHOLT de pos-

sessione ea lege, ne contrad., dum vivit, exerc., tradita. Giessae 1738.

(2) L. 15. §. 2. qui satisfacere cog. „Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessorem nem habeat, aut sibi traditam, aut precario debitori concessam.“ — Hieraus muß erklärt werden: L. 16. de O. et A. „... precario dando efficit, ne res usucapi possit.“ Daß nämlich in der Regel der Schuldner usucapirt, ist gewiß, diese Usucapion kann natürlich dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß der Schuldner sogar noch die natürliche Detention durch ein precarium erlangt: auch hat Julian diesen letzten Satz in seinen Digestis dreimal aufge-

hat mit einem bloßen *pactum hypothecae* viele Ähnlichkeit: ob das Eine oder das Andere gemeint sey, kann nur für jeden gegebenen Fall besonders bestimmt werden, aber wenn es ausgemacht ist, daß nicht dieses *pactum*, sondern ein *contractus pignoris*, verbunden mit *precarium*, eingegangen war, so ist davon die Uebertragung des Besizes durch *Constitutum* eine unmittelbare Folge (§. 288.), und bedarf nicht etwa noch eines besondern Beweises.

D.) Bey einer *Societas universorum bonorum* wird die Tradition aller einzelnen Sachen als geschehen angenommen, sobald der Vertrag abgeschlossen ist (1), was wieder nicht anders als durch ein *Constitutum* gedacht werden kann. Der Grund liegt wahrscheinlich darin: wegen der Mannigfaltigkeit der Gegenstände ist hier eine wirkliche Tradition sehr be-

stellt, und kann ihn also nicht wohl in einer vierten Stelle desselben Werks läugnen wollen (§. 288.). Demnach muß der ganze Fall so gedacht werden: die Sache gehörte dem Verstorbenen selbst, was auch die Worte „*sicuti . . . adquisivit*“ andeutet; folglich wurde die Usurpation allerdings unterbrochen, aber nicht durch das *precarium*, sondern durch

die Verpfändung (§. 283.): da aber das ganze Geschäft durch ein *Constitutum* abgeschlossen wurde, also das *precario dare* und das *pignori accipere* in einem Moment vereinigt waren, so konnte ohne Gefahr das erste genannt werden, um die Wirkung des letzten zu bezeichnen.

(1) L. 1. §. 1. L. 2. *pro socio*.

schwerlich, folglich ungewöhnlich, folglich ist im Gegentheil dasjenige Geschäft gewöhnlich und zu präsumiren, welches allein eine wahre Tradition ersetzen kann, und dieses Geschäft ist eben das Constitutum.

E.) „Die Sklaven“, sagt eine Stelle des *Codex*, „deren Kaufbriefe bereits tradirt worden sind, müssen selbst als tradirt betrachtet werden“ (1). Nehmen wir diese Stelle wörtlich als Gesetz an, so ist das Besondere, was sie bestimmt, offenbar bloß das, daß in Einem Fall, gegen die Regel, ein Constitutum präsumirt wird (2), nicht aber eine symbolische Tradition, die man freilich hier, wie in so vielen anderen Stellen gefunden hat. Aber selbst zu jener Annahme sind wir nicht berechtigt: die ganze Stelle ist, wie die Worte deutlich zeigen, ein Rescript für einen bestimmten Fall: die Bedingungen dieses Falls schienen dem Kaiser so, daß von dem Augenblick des übergebenen Kaufbriefs an der Uebergang des Besizes behauptet werden mußte: Wir kennen diese Bedingungen nicht, und so ist das practische Resultat dieser Stelle, wie so

(1) *L. 1. C. de donat. Emptionum mancipiorum instrumentis donatis, et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem, et traditionem factam intelligis: et ideo potes adversus dona-*

tozem in rem actionem exercere.“

(2) Schon Fulgostius erklärt die Stelle durch ein Constitutum. *Объяснитъ de poss. §. 280.*

vieler andern Rescripte, bloß eine unbestimmte Möglichkeit, d. h. der Inhalt derselben verwandelt sich in diese Regel: „es kann mit den übergebenen Kaufbriefen zugleich auch Besitz übergegangen seyn“, vorausgesetzt nämlich, daß dieser Uebergang des Besitzes sich durch andere Umstände rechtfertigen läßt, indem z. B. ein Constitutum ausdrücklich ausgemacht worden, oder aber die Uebergabe der Kaufbriefe in Gegenwart der Gläubiger geschehen wäre (1).

Unsere Juristen sind von jeher weit entfernt gewesen, diese einfache Ansicht des Römischen Rechts, nach welcher nicht einmal ein eigener Name für dieses Institut nöthig gefunden wurde, zu der ihrigen zu machen. Das Constitutum schien ihnen immer etwas sehr seltsames, eine der auffallendsten Fiktionen bey dem Erwerb des Besitzes überhaupt, und es sind daher Viele darin übereingekommen, die allgemeine Anwendung des Constitutum für eine Erfindung der

(1) Diese Erklärung war unter den Glossatoren allgemein. *Glossa* interlin. anon. (Ms. Paris. 4523. 4528.) zu dem Wort *mancipiorum* „praesentium in traditione, sicut dicitur de clavibus traditis coram horreo.“ — *Glosse* des *Pileus* (Ms. Paris. num.

4536.) „Sed numquid est „hoc intelligendum quando „mancipia absunt? respon- „deo nequaquam, sed cum „praesentialiter adsunt ut ff. „de rei ven. haec si res. „Pi.“ — *Glossa Accurati* v. *instrumentis* „sc. praesentibus servis datis.“ —

Praktiker zu erklären, in der Eheule also das Constitutum nur als Ausnahme, und nur in den Fällen gelten zu lassen, welche die Römischen Juristen zufällig gebraucht haben, die Anwendung ihrer Regel daran zu erläutern (1).

§. 28.

Der Erwerb des Besitzes ist jetzt vollständig dargestellt, und es ist aus dieser Darstellung klar, daß in dem Erwerb des Besitzes Bestimmungen enthalten sind, welche ihn von dem Erwerb jedes andern Rechts unterscheiden. Alle bloß juristischen Gründe nämlich, welche außerdem den Erwerb eines Rechts begründen oder unmöglich machen, haben diese Wirkung bey dem Besitz nicht. Erstens also: bloß juristische Hand-

(1) Schon Ajo (Samma in Cod. tit. de poss. n. 7. 8.) sagt bey dem Constitutum durch ususfructus: „et est hoc unum „mirabile mundi.“ — Die gründlichste Schrift ist von G. Mas cov (de const. poss., Harderov. 1733, auch in: opusc. ed. Püttmann. p. 101.), der aber auch die gewöhnliche Ansicht zum Grunde legt, und besonders durch das Eigen- thümliche der Schenkung (S. 261.) sich verleiten läßt, das Verhältnis von Regel und Aus-

nahme völlig umzukehren. — Einige haben alles Constitutum abgeläugnet, die Sache selbst aber in jenen einzelnen Fällen dennoch zugelassen, und nur etwa anders erkläret: G. FRIANIUS in L. 10. de donat. (lectur. Altorph. p. 120. 121.). SCHORCH de const. poss. in LL. Rom. non fundato. Erf. 1732.) — Völlig unbrauchbar ist: TIRAQUELLUS de jure const. poss. (opp. T. 4. p. 135. ed. Erf. 1574.).

lungen, in welchen nicht zugleich eine Apprehension liegt, geben den Besiz nicht. — So der Erwerb einer Erbschaft: alle Rechte überhaupt, insofern sie zum Vermögen gehören, also nicht bloß persönlich sind, gehen dadurch unmittelbar auf den Erben über, nur nicht der Besiz, da in dem Antritt der Erbschaft durchaus kein *factum apprehensionis* für die einzelnen Sachen der Erbschaft liegt (1). Mehrere neuere Gesetzgebungen haben sehr inconsequent das Gegentheil bestimmt (2), was wohl aus einer mißverstandenen Stelle des Römischen Rechts selbst entstanden seyn mag (3). — Wie mit dem Erwerb der Erbschaft, so verhält es sich auch

(1) *L. 23. pr. de poss.* „Cum heredes institui sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.“ — *L. 1. §. 15. si is, qui test. liber.* „nec heredis est possessio, antequam possideat“ (sc. naturaliter): „quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis: non autem fuit possessio hereditatis.“

(2) Das ist der Sinn der Regel: „*le mort saisit le vif.*“

(TIRAQUELLUS in tract. *le mort etc.* opp. T. 4.). Dasselbe gilt bey den Spanischen Majoraten. *LEGES TAURINUM.* 45. (GOMEZ in *LL. Tauri* p. 232. ed. Lugd. 1744. f.). — Vergl. C. A. BRAUN *de poss. ipso jure in heredem transeunte.* Erlang. 1744.

(3) *L. 30. pr. ex quib. caus. maj.* „possessio defuncti, quasi juncta, descendit ad heredem.“ CUIACIUS in *L. 23. pr. de poss.* (opp. T. 8. p. 287.). — Jene Stelle geht bloß auf die Fiction bey der Usucapion.

mit der Mancipation: diese konnte nämlich ohne Zweifel so vorgenommen werden, daß zugleich der Erwerb des Besitzes daraus erfolgte, ja bey beweglichen Sachen war dieses nothwendig; nicht so bey Grundstücken (1), folglich gieng bey diesen das Eigenthum ohne Besitz über, denn ein factum apprehensionis war nicht vorhanden, und ein Constitutum, wodurch dieses factum hätte ersetzt werden können, ist nicht zu präsumiren.

Zweitens, wenn die Bedingungen des Erwerbs vorhanden sind, so wird durch juristische Gründe der Ungültigkeit der Besitz nicht ausgeschlossen. — Im allgemeinen ist dieser Satz von jeher anerkannt worden, aber man hat ihn durch Ausnahmen beschränkt, welche in allen Fällen der ficta apprehensio eintreten sollten (S. 183): diese Ausnahmen sind ungegründet, weil es überhaupt keine ficta apprehensio giebt.

Nach dieser Regel also kann selbst durch eine strafbare Handlung, nämlich durch körperliche Gewalt, Besitz erworben werden, und dieser Satz liegt so vielen bekannten Anwendungen zum Grunde, daß er auch durch folgende Stelle nicht zweifelhaft werden kann (2):

(1) ULPIANUS in fragm. „simul, et quas diversis locis
Tit. 19. §. 6: „Res mobiles „sunt, mancipari possunt.“
„non nisi praesentes manci- (2) L. 22. de poss. (Iavo-
„pari possunt . . . immo- lenus lib. 13. ex Cassio). —
„biles autem etiam plures Cuper (P. 2. C. 23.) bezieht

„Non videtur possessionem adeptus is,
 „qui ita nactus est, ut eam retinere non
 „possit.“

Das *non videtur* muß schon nach den Worten nur in einer besondern Beziehung wahr seyn sollen, denn was man nicht behalten kann, muß man wohl für diesen Augenblick wirklich haben. Auch ist jene Beziehung leicht zu finden (1): eine *res furtiva* oder *vi possessa* nämlich kann nicht *usucapirt* werden, und diese Unmöglichkeit hört erst dann auf, wenn der Eigenthümer wieder in den Besitz derselben gekommen ist. Aber dieser Besitz muß auch so beschaffen gewesen seyn, daß er dauerhaft seyn konnte, d. h. er muß nicht wegen der Art seiner Entstehung haben angefochten werden können (2). Wenn also der *fundus vi possessus* von dem Eigenthümer selbst mit Gewalt wieder eingenommen wird, oder wenn der Eigenthümer dies *res furtiva* durch ein gültiges *precarium* (3)

die Stelle äußerst gezwungen auf das *interdictum quod legatorum*, weil Javolen in demselben Buche zweimal von *Interdicten* redet (L. 5. de *tab. exhib.*, L. 198. de *R. I.*), allein in zwey nicht sehr entfernten Stellen (lib. 15. ex *Cassio*) ist auch von *furtum*.

die Rede (L. 71. 75. de *furtis*).

(1) Die Glosse zu unserer Stelle hat sie wirklich gefunden.

(2) L. 4. §. 12. 26. de *usurp.*, L. 13. §. 2. de *V. S.*

(3) G. o. G. 287. — *Cu-*
 ja] (obs. XLIV. 12.) scheint

wieder in den Besitz bekommt, so ist die Unmöglichkeit der Usucapion nicht aufgehoben, weil der Besitz des Eigenthümers in beiden Fällen durch Interdicta angefochten werden kann.

Was von dem gewaltsamen Erwerb gilt, muß um so mehr von solchen Handlungen behauptet werden, die ihrer Form nach rechtlich, aber aus juristischen Gründen ungültig sind. — So wird durch die Schenkung eines Ehegatten kein Recht übertragen: der Besitz allein geht über (S. 51). — Eben so kann durch die Tradition, die ein Rasender oder ein Pupill vornimmt, kein Eigenthum erworben werden, wohl aber Besitz (1). — Aus diesen juristischen Gründen nämlich ist immer nur die Succession für ungültig zu halten: Succession aber bezieht sich überhaupt nicht auf die Existenz des Besitzes (S. 25), folglich kann diese nicht darum ausgeschlossen seyn, weil jene unmöglich ist.

um ein taugliches Beispiel für bewegliche Sachen sehr verlegen zu seyn: in dem Fall, welchen er anführt, ist gar keine res furtiva vorhanden.

(1) Die Gründe, aus welchen dieser Satz etwa bezweifelt werden könnte, gehören in

den folgenden Abschnitt, denn sie betreffen die Frage, ob der Rasende oder der Pupill den Besitz in diesem Fall verliere. Daß unter dieser Voraussetzung der Andere ihn erwirbt, wird Niemand läugnen.

Dritter Abschnitt.

Verlust des Besizes.

§. 29.

Im zweiten Abschnitt ist von dem Anfang des Besizes, geredet worden: hier soll das Ende desselben bestimmt werden. Diese Frage ist offenbar mit der nach der Fortdauer des Besizes völlig gleichbedeutend, da jeder Besiz genau so lange fortbauern muß, als er nicht verloren wird. Hätten unsere Juristen diese einfache Bemerkung, die schon sehr frühe gemacht worden ist (1), benutzt, so würden sie ihren Theorien nicht

(1) Azo in Summa Cod. tit. de poss. „Cum enim intitulatur de amittenda possessione, ergo de retinenda, vel quousque retineatur: tamdiu enim retinetur, quamdiu non amittitur.“—
GLOSSA in rubr. Dig. tit. de

poss. „not., „quod hic dicitur amittenda, sed Cod. eod. dicit retinenda, quod in idem recidit, quia contrariorum eadem est disciplina.“ Bey dieser Gelegenheit pflegen die Commentatoren nach Accurs, selbst Al-

nur ein ganze Kapitel, sondern auch manches Widersprüche erspart haben, indem nun zuweisen bey dem Verlust des Besizes das Gegentheil von dem gesagt wird, was bey der Fortdauer behauptet worden war.

Es ist also jetzt die Regel aufzusuchen, nach welcher die Fortdauer, und mit dieser zugleich der Verlust des Besizes bestimmt werden könne. Wir wollen es versuchen, diese Regel zuerst aus dem Begriff des Besizes abzuleiten: dieser Begriff hat durch die Untersuchung über den Erwerb des Besizes bereits volle Bestimmtheit und Realität erhalten, und selbst diese Beziehung auf Fortdauer und Verlust ist schon oben (S. 220) vorläufig angedeutet worden.

Weil nämlich der Besitz gedacht wurde als physische Herrschaft, bezogen auf das Bewußtseyn, so war zu allem Erwerb zweierley nöthig; factum und animus. Dasselbe muß sich auch bey der Fortdauer wieder finden: auch diese muß auf der Verbindung von factum und animus beruhen, wie der Erwerb, sie muß also ausgeschlossen seyn, wenn diese Verbindung aufgehoben ist, d. h. wenn entweder das factum

ciat nicht ausgeschlossen, sehr überall wahr sey; z. B. auch gelehrt zu untersuchen, ob die im Canonischen Recht, im Lehnsrecht u. s. w.
 „est disciplina“ auch wirklich

allein, oder der animus allein, oder beide zugleich aufhören. Aller Unterschied nämlich, der zwischen den Bedingungen des Erwerbs und der Fortdauer angenommen werden soll (S. 220.), kann durchaus nur den Grad, nicht das Wesen dieser Bedingungen betreffen, d. h. es muß sich immer ein Punct annehmen lassen, auf welchem aller Unterschied völlig verschwindet. Ein solcher Punct wäre z. B. bey dem factum die völlige Unmöglichkeit, auf die Sache einzuwirken, bey dem animus der bestimmte Entschluß, nicht Besitzer zu seyn: und es ist klar, daß in beiden Fällen der Besitz eben so wenig anfangen als fortgesetzt werden könne, daß also hier die Bedingungen des Erwerbs und der Fortdauer völlig zusammen fallen.

Was hier gesagt worden ist, läßt sich in folgende Sätze zusammen fassen:

1. Soll der Besitz fortauern, so muß factum und animus zugleich vorhanden seyn.
2. Hat das factum allein, oder der animus allein, oder beide zugleich aufgehört, so ist der Besitz verloren.
3. Diese Regel steht in einer unmittelbaren logischen Verbindung mit der Regel, welche den Erwerb des Besizes bestimmt.

Wir wollen uns jetzt nach historischen Beweisen jener Regel umsehen: vielleicht, daß uns dabey der Standpunct, aus welchem sie hier zuerst betrachtet worden ist, gute Dienste leistet.

§. 30.

Die Regel, die im vorigen §. aufgestellt worden ist, wird theils in vielen Anwendungen (1), theils in einigen Ausnahmen so bestimmt vorausgesetzt, daß schon dadurch der historische Beweis derselben als vollständig geführt gelten könnte. Ausserdem steht die Regel selbst in einer Stelle, die man grade dabey gewöhnlich überseht.

L. 44. §. 2. *de poss.*

„. . ejus quidem, quod corpore nostro
 „teneremus (2), possessionem amitti vel
 „animo, vel etiam corpore. . .“

Doch auch hier wird dieser Gegenstand nur gelegentlich berührt: dagegen findet sich eine andere Stelle, worin recht absichtlich eine allgemeine Regel für unsern Fall aufgestellt werden soll, und diese Regel — scheint der unstrigen grade entgegen gesetzt, indem sie weder

(1) Hier nur vorläufig einige der bestimmtesten: L. 3. §. 23. L. 29. *de poss.* (Verlust durch bloßes factum). — L. 3. §. 6. L. 17. §. 1. *de poss.* (Verlust durch bloßen animus).

(2) Dieser Fall macht die Regel aus, und es sollen eben hier die Modificationen für den entgegen gesetzten Fall angegeben werden.

das factum allein, noch den animus allein für hinreichend erklärt, den Besiz verlieren zu machen.

L. 153. de R. I. (1).

„Fere, quibuscunque modis obligamur,
 „hisdem (iisdem) in contrarium actis li-
 „beramur: cum quibus modis adquiri-
 „mus, hisdem in contrarium actis amit-
 „timus. *Ut igitur* (2) *nulla possessio*
 „*adquiri, nisi animo et corpore potest:*
 „*ita nulla amittitur, nisi in qua utrum-*
 „*que in contrarium actum* (3).“

An einen Streit der alten Juristen ist theils nach der Natur des Gegenstandes, theils auch deswegen nicht zu denken, weil die Stelle von Paulus herührt, in dessen Schriften grade die entscheidendsten Anwendungen der richtigen Regel sich finden (4).

Bei weitem die meisten Interpreten suchen diese Schwierigkeit dadurch aufzuheben, daß sie die ganze Stelle bloß auf einen besondern, ausgenommenen Fall beziehen. Nämlich Grundstücke werden auch dann

(1) Ich nenne diese Stelle die einzige, weil die L. 8. de poss. offenbar bloß ein Fragment derselben ist: die ganz unbedeutenden Abweichungen sollen sogleich bemerkt werden.

(2) Die L. 8. de poss., die

erst hier anfängt, liest „*quom-*
 „*admodum*“ anstatt „*ut igi-*
 „*tur.*“

(3) L. 8. de poss.: „*actum*
 „*est.*“

(4) L. 3. §. 6. 23. de poss.

noch beseffen, wenn schon ein Anderer sie occupirt hat, so lange nur der bisherige Besitzer noch keine Nachricht davon hat. Deswegen unterscheidet man nun so: entweder soll solo animo der Besitz verloren werden, dann hat der Verlust keine Schwierigkeit, folglich ist dann die Regel des Paulus falsch: oder solo corpore, dann ist die Regel wahr, aber doch auch nur bey Grundstücken (1). — Allein der Jurist hat so offenbar die Absicht, eine allgemeine Regel aufzustellen, daß diese Erklärung durch alle Nebengründe, die man dafür aufgesucht hat (2), unmöglich entschuldigt werden kann.

(1) BULGARI et PLACENTINI ad tit. ff. de R. I. comm., Colon. 1587. 8., p. 115. — Azo in Summa Cod. tit. de poss. num. 15. — GLOSSA in L. 3. §. 6. et in L. 8. de poss. ODOFREDUS in L. 3. cit. (fol. 56.). — CUIACIUS in notis ad §. 5. de interdictis, et in paratit. in Cod. tit. de poss. (auch: opp. T. 4. p. 625, T. 5. p. 710, T. 8. p. 258. 269. 877, T. 9. p. 1015.) — GYPHANIUS in lect. Altorph. p. 420. 421. 422. — MERENDA in contr. L. 12. C. 24. — CUPERUS de poss. P. 2. C. 36.

Man lasse sich nicht dadurch irren, daß Cuper und Andere damit anfangen, eben diese Erklärung zu widerlegen, denn am Ende ist es immer dieselbe, nur etwas anders ausgedrückt.

(2) Cujas legt viel Gewicht auf das Wort „fero“ („c'est „a dire, le plus souvent, ou „presque le plus souvent.“ Opp. T. 4. p. 625.), welches doch wider bey dem Besitz gebraucht ist, noch auch dabey einen so großen Unterschied machen könnte. — Giphanius und Cuper sehen vorzüglich auf die Inscriptionen.

Alle Schwierigkeit liegt offenbar in dem Wort „*utrumque*“: daß beides zugleich (*factum und animus*) aufgehoben werden müsse, damit der Besitz verloren sey — das ist es, was allen übrigen Anwendungen widerspricht. Lese sich also beweisen, daß *utrumque* für *alterutrum* stehen könnte, so wäre eben durch die übrigen Stellen diese Erklärung nothwendig und gewiß, und aller Widerspruch wäre völlig entfernt (1).

Dieser Beweis aber, daß *utrumque* die Bedeutung von *alterutrum* haben könne, ist auf zweierley Art zu führen: es muß nicht nur überhaupt, sondern auch nach dem Zusammenhang unsrer Stelle diese Bedeutung des Worts möglich seyn.

Erstens: *uterque* kommt in andern Stellen in der Bedeutung von *alteruter* vor (2):

(1) Ich kenne nur Eine Erklärung, die einen etwas ähnlichen Weg einschlägt, indem sie den Text ändert und „*utrumcunque*“ liest (FRIBSEN *de genuina poss. indole*, Ianao 1725. S. 14.): selbst diese Emendation ist weit weniger gewaltsam, als die gewöhnliche Erklärung. — Die bescheidenste Emendation wäre: *utcumque*; und nun wäre der Satz die-

ser: „kein Besitz ist verlohren, in welchem nicht auf irgend eine Weise in contrarium gehandelt worden ist,“ nämlich in *contrarium* der Bedingungen des Erwerbs, die unmittelbar vorher genannt wurden. Nun wäre alle Schwierigkeit gehoben (S. 29.)

(2) Diese Bedeutung selbst steht schon in der Stoffe (in L. 8. §. 5. C. *de bon. quas*

A.) In einer Stelle des Paulus, d. h. des Vfs unserer Stelle selbst (1):

Frater quoque per *utrumque* parentem accipitur, id est, aut per matrem, tantum, aut per patrem, aut per *utrumque*.“

B.) In einer Stelle des Celsus (2):

„Si Titio aut Sejo, utri heres vellet, le-

lib.); ferner in den Zusätzen zu Briffon (p. 1372. ed. Heinecc.), aber Eine Stelle, die da angeführt wird (L. 2. pr. de eo, quod certo loco), beweist nichts, und die L. 16. da leg. 2. fehlt ganz. — Azonis Brocardica (Basil. 1676. 8.) p. 199. „*Utrumque* id est „alterum. C. de bon. quae lib. 1. ult. § ipse; ff. de „contr. emt. l. sed Celsus „§ si fundum, ff. de pact. „l. rescriptum § si pactum, „ff. de pignor. l. si grego „§. 2.“ — Azonis Glossa in L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. (Ms. Paris. num. 4519.) zu v. *utraque*: „disjunctive „id est ex hac vel ex illa, „non conjunctim: sic ff. de „pactis rescriptum § si pacto

„ff. de lib. et posth. Si ita, „et ita ponitur unicuique „disjunctive S. comm. divid. „penult. Az.“ — Die meisten Beweisstellen von Azon halten freilich eine genauere Untersuchung nicht aus. — Hugo's Bemerkung (Hött. Anz. 1804. p. 295.), *utrumque*, (beides) müsse in jeder Sprache in der Welt in der Bedeutung von *alteruter* gebraucht werden können, beweist wohl etwas zu zu viel: denn wenn dieser Satz richtig wäre, müste die Verwechslung auch bey den Classikern vorkommen, wovon sich aber wohl kein Beispiel finden möchte.

(1) L. 10. §. 13. de *gratibus*.

(2) L. 16. de *legatis* v.

„gatum relictum est: heres alteri dando,
 „ab utroque liberatur: si neutri dat,
 „*uterque* perinde petere potest, atque
 „si ipsi soli legatum foret, nam ut
 „stipulando duo rei constitui possunt(1),
 „ita et testamento potest id fieri.“

C.) In einer Constitution von Justinian (2):

„Ipsum autem filium . . . alere patri ne-
 „cesse est . . . et ab ipais liberis paren-
 „tes, si inopia *ex utraque* parte verti-
 „tur.“

(1) Aus dieser Vergleichung mit gewöhnlichen Correis erhellt ganz offenbar, daß durch die wirkliche Forderung des Einen das Recht des Andern ausgeschlossen seyn soll, und daß es nur gleichgültig ist, Wer von Beiden fordert: eben das aber ist die allgemeine Bedeutung von *alteruter*.

(2) L. 8. §. 5. C. *de bonis quae liberis*. — In dieser Stelle ist die Sache so klar, daß Halsander in den Text gesetzt hat: *alterutra*. Allein daraus folgt nicht, daß er diese Lesart in einer Handschrift gefunden habe, die Glosse sucht

die besondere Bedeutung, die hier *utraque* hat, ausführlich zu rechtfertigen, ohne einer Variante zu erwähnen, und die späteren Editoren haben das *alterutra* offenbar bloß nach Halsander in den Text aufgenommen, oder als Variante bemerkt. Ruffard z. B. sagt ausdrücklich, in allen seinen Handschriften siehe *utraque*. Auch die 9 Pariser Mss., worin ich die Stelle nachgeschlagen habe, lesen *utraque*, einige mit der Interlinarglosse i. e. *ex altera*, wodurch die Sicherheit unserer Lesart noch verstärkt wird.

D.) Eben so steht in einer Constitution von Alexander Sever *unusquisque* für *alteruter* (1):

„ Cum autem regionibus dividi
„ commode aliquis ager inter socios non
„ potest, vel ex pluribus singuli: aesti-
„ matione justa facta, *unicuique* sociorum
„ adjudicantur“

E.) Daß endlich umgekehrt *alteruter* für *uterque* in einer Stelle des Ulpian vorkommt, beweist wenigstens so viel, daß der Sprachgebrauch hierin nicht mehr so fest beobachtet zu werden pflegte (2):

„ . . aut convenit inter litigatores,
„ uter possessor sit, uter petitor, aut
„ non convenit. Si convenit, absolutum
„ est Sed si inter ipsos contenda-
„ tur, uter possideat, quia *alteruter* se
„ magis possidere adfirmat“ etc.

Wenn zwischen beiden Streit über den Besitz seyn soll, so muß wohl Jeder (*uterque*) behaupten, se magis possidere.

Aber zweitens, wenn gleich *uterque* überhaupt für *alteruter* stehen kann, kann es auch hier diese Bedeutung haben? Offenbar soll der Verlust mit dem Erwerb verglichen werden (3), nun ist zu dem Er-

(1) L. 3. C. de communi dividundo.

(2) L. 1. §. 3. uti possidetis.

(3) „ . . quibus modis acqui-

werb factum und animus zugleich nöthig, also (scheint es) auch zu dem Verlust. Allein dieses Resultat der Vergleichung ist nur scheinbar: „factum und animus „zugleich ist zum Erwerb nothwendig“ heist nichts anders, als: „der Erwerb ist bedingt durch die Verbindung von factum und animus“, demnach wird nur dann der Erwerb mit dem Verlust verglichen werden können, wenn der Verlust eine Folge dieser aufgehobenen Verbindung ist. Aufgehoben aber ist diese Verbindung nicht erst dann, wenn factum und animus zugleich aufgehört haben, sondern wenn auch nur Eines von Beiden nicht mehr vorhanden ist: demnach ist die oben vorausgesetzte Bedeutung von *utrumque* nach dem innern Zusammenhang unsrer Stelle nicht nur möglich, sondern sogar nothwendig, indem Paulus nur darauf aufmerksam machen will, daß der Erwerb und Verlust des Besizes auf denselben Grundsatz zurückgeführt werden können, welcher Satz eben für unsere Regel schon oben (S. 322) dargethan worden ist (1).

„rimus, iisdem in contrarium
 „actis amittimus. Ut igitur
 „nulla possessio adquiri . . .
 „potest: ita nulla amitti-
 „tur . . .“ (S. 324.)

(1) Zachariä glaubt durch eine neue Erklärung die gewöhn-

liche Bedeutung von *utrumque* gerettet zu haben (de poss. p. 23.). Daß in *contrarium actum* aber, worauf er besonderes Gewicht legt, erklärt er gerade so, wie es jedermann bereits verstanden hat, und

So ist folglich auch durch Interpretation bewiesen, daß die Fortdauer des Besizes, wie der Erwerb desselben, auf factum und animus zugleich beruhen müsse, oder (was dasselbe sagt), daß sowohl durch factum als durch animus allein der Besiz verloren werden könne. — Diese Regel soll jetzt durch die Anwendung theils erläutert, theils näher bestimmt werden.

Nun kann aber, wie der Erwerb, so auch die Fortdauer des Besizes durch fremde Handlungen begründet seyn: demnach wird das Detail dieser Untersuchung überhaupt auf folgende Punkte gerichtet seyn müssen:

- A.) Factum, als erste Bedingung der Fortdauer des Besizes (§. 31.).
- B.) Animus, als zweite Bedingung derselben (§. 32.).
- C.) Modification dieser Regeln bey der Fortsetzung des Besizes durch Stellvertreter (§. 33.).

Die Schwierigkeit in dem *utrumque* sucht er durch folgende Paraphrase zu verdecken: „
 „ *requiri potius, ut e signis*
 „ *perspicuis appareat, non esse*
 „ *ei amplius utrumque.*“ Aber
 wann kann man dann sagen:
non est ei amplius utrumque?

offenbar *si alterutrum in contrarium actum est.* Folglich muß man in der Stelle selbst das *utrumque* doch wider durch *alterutrum* erklären, um auf das Resultat kommen zu können, worauf §. kommt.

§. 31.

Die erste Bedingung der Fortdauer des Besizes ist ein physisches Verhältniß zu der besessenen Sache (factum), wodurch es uns möglich ist, auf dieselbe einzuwirken. Diese Möglichkeit aber muß nicht etwa, wie bey dem Erwerb des Besizes, eine unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit seyn (S. 220.), sondern es ist hinreichend, wenn nur dieses Verhältniß unmittelbarer Herrschaft nach Willkühr reproducirt werden kann (1), und der Besitz ist auf diese Weise erst dann verloren, wenn die willkührliche Einwirkung ganz unmöglich geworden ist. — Diese Regel soll jetzt theils auf bewegliche, theils auf unbewegliche Sachen angewendet werden.

Der Besitz einer beweglichen Sache wird zuerst dadurch verloren, daß ein Anderer sich derselben be-

(1) L. 3. §. 13. *de poss.*
 „Nerva filius, res mobiles,
 „excepto homine, quatenus
 „sub custodia nostra sint,
 „hactenus possideri: id est,
 „quatenus, si velimus, natura-
 „lem possessionem nancisci pos-
 „simus.“ Daß Nerva die
 Regel nur für bewegliche Sa-
 chen, und noch mit Ausnahme
 der Sklaven, gelten lassen will,

thut ihrer Realität als Regel
 keinen Eintrag. Denn bey
 Sklaven und bey Grundstücken
 sind Ausnahmen in den Ge-
 setzen ausdrücklich anerkannt:
 bey Sklaven, indem der ser-
 vus fugitivus besessen wird,
 bey Grundstücken, indem ihr
 Besitz nicht eher verloren wird,
 als der Besitzer den Verlust
 erfährt.

mächtigt, einerley, ob mit Gewalt oder heimlich (1): und hier ist die Ausschließung unsrer eignen Herrschaft über diese Sache sehr entschieden. Ob der Andere den Besitz wirklich erworben habe, ist ganz gleichgültig; wenn z. B. ein fremder Slave, ohne Befehl seines Herrn, sie entwendet, so erwirbt diesen Besitz weder der Slave (S. 120.), noch der Herr (2), aber Wir verlieren ihn dennoch, da uns die physische Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, darum nicht weniger entzogen ist, weil kein Anderer das Recht des Besitzes hat. Anders verhält es sich freilich, wenn der Slave des Besitzers selbst die Sache stiehlt (3), aber hier gründet sich die Fortsetzung des Besitzes bloß darauf, daß der Dieb selbst, also vermittelt desselben auch die gestohlene Sache, in unsrem Besitze ist. — Aber auch ohne die Einwirkung eines Andern kann die Möglichkeit der unsrigen ausgeschlossen seyn, wenn nämlich der Ort, an welchem sie sich befindet, uns

(1) L. 15. *de poss.* „Rem (S. 292.), oder in der peculiaris causa (S. 296.) der „quae nobis subrepta est, Grund des Besitzes liegen: „perinde intellegimur desi- beides aber fehlt (vergl. L. 24. „nere possidere, atque eam, *de poss.*)“ „quae vobis erepta est . . .“

(2) Denn sonst müste entweder in dem Willen des Herrn

(3) L. 15. *de poss.* (s. II. §. 33.).

entweder unzugänglich (1), oder unbekannt (2) ist. Doch ist bey dem letzten Punct noch eine besondere Bemerkung nöthig. Wer nämlich eine Sache in seinem Hause aufbewahrt, oder einen Schatz im Felde vergräbt, verliert den Besiz nicht, wenn er auch die Sache nicht sogleich finden kann (3): denn die besondere Anstalt, die zu ihrer Aufbewahrung getroffen ist (custodia) (4), sichert ihm das Finden für die Zukunft. Also der Besizer muß entweder bestimmt den Ort wissen, so seine Sache ist, oder sie in einer

(1) L. 13. pr. de poss. „ . . .
 „ cum lapides in Tiberim de-
 „ mersi essent naufragio et
 „ post tempus extracti . . do-
 „ minium me retinere puto,
 „ possessionem non puto.“

(2) L. 25. pr. de poss. „ Si
 „ id, quod possidemus, ita
 „ perdiderimus, ut ignore-
 „ mus, ubi sit: desinimus
 „ possidere.“ Vergl. L. 3.
 §. 13. de poss.

(3) L. 3. §. 13. de poss.
 „ . . desinere a nobis possi-
 „ deri . . Dissimiliter atque si
 „ sub custodia mea sit, nec in-
 „ veniatur: quia praesentiae ejus
 „ sit, et tantam cessat interim
 „ diligens inquisitio.“ — L. 44.

pr. de poss. „ Peregre profec-
 „ turus, pecuniam in terra
 „ custodia causa condiderat:
 „ cum reversus locum the-
 „ sauri immemoria non repe-
 „ teret . . . Dixi quoniam
 „ custodiae causa pecunia con-
 „ dita proponeretur, jus pos-
 „ sessionis ei, qui condidis-
 „ set, non videri peremptum:
 „ nec infirmitatem memoriae
 „ damnum adferre possessio-
 „ nis, quam alius non inva-
 „ dit.“

(4) Das nämlich ist die all-
 gemeine Bedeutung von cus-
 todia, und die Verschiedenheit
 bey dem Erwerb und Verlust
 (§. 222.) ist bloß graduell.

besondern custodia haben: allgemeine Bedingung der Fortdauer ist die custodia nicht (1), und wer z. B. eine Sache im Walde liegen läßt, und sich nachher bestimmt derselben erinnert, hat ihren Besitz durchaus nicht verloren. Daraus ist folgende Stelle zu erklären:

L. 3. §. 13. *de poss.*

„Nerva filius (2), res mobiles . . . qua-
 „tenu sub custodia nostra sint, hacte-
 „nus possideri: Idem (3), quatenus si
 „velimus naturalem possessionem nan-
 „cisci possimus.“ — D. h. „Nerva sagt,
 „die Fortdauer des Besitzes könne begrün-
 „det werden durch custodia: derselbe

(1) Dagegen kann durchaus nicht angeführt werden: L. 47. *de poss.* „. . . rerum mobilium „neglecta atque ommissa custodia, quamvis eas nemo alius „invaserit, veteris possessionis „damnum adferre consuevit: idque Nerva filius retulit.“ Daß „consuevit“ bezeichnet nicht eine juristische Regel, sondern daß, was aus der ommissa custodia sehr oft erfolgt, und daß läßt sich dabey nicht läugnen. Papi- nian citirt ohnehin den jün-

geren Nerva, von dessen Meinung sogleich weiter die Rede seyn wird.

(2) sc. ait.

(3) sc. ait, hactenus possideri. „Item“ lesen drey Pariser Mss. (num. 1454. 4458. 4458. a.) und Ed. Rom. 1476, die Florentinische Handschrift hat: „id est,“ die meisten Manuscripten und Ausgaben aber eine bloße Abbre- viatur (i.). „Item“ gäbe auch einen richtigen Sinn.

„(Nerva) sagt, sie können auch bloß dadurch begründet seyn, daß der Besizer im Stande ist, die natürliche Detention zu erlangen, sobald er will.“ — Nämlich wer seine Sache im Hause hat, aber nicht finden kann, von dem kann man nicht sagen: *si velit, naturalem possessionem nancisci potest*, und wer sich erinnert, an welchem Ort im Walde seine Sache liegen müsse, von dem kann man nicht sagen: *sub custodia ejus est*. Also sollen diese zwey Sätze nicht sich wechselseitig erläutern, sondern zwey verschiedene Wege der Fortsetzung des Besizes beschreiben: auch zeigen die Beispiele, die in unserer Stelle folgen, sehr deutlich, daß in keinem der hier angegebenen Fälle der Besiz als verloren gelten soll.

Auf den Besiz der Thiere sind diese Regeln so anzuwenden.

A.) Zahme Thiere werden besessen wie alle andere bewegliche Sachen, d. h. ihr Besiz hört auf, wenn sie nicht wieder gefunden werden können (1). — B.) Wilde

(1) L. 3. §. 13. *de poss.*
 „ . . . *pecus simul atque aber-*
 „ *raverit . . . desinere a nobis*

„*possideri.*“ — Ganz ähnliche Grundsätze galten bey dem Besiz der Slaven, nur machte

Thiere werden nur so lange beseffen, als eine besondere Anstalt (custodia) vorhanden ist, die es uns möglich macht, sie wirklich zu ergreifen (1). Also nicht jede custodia überhaupt ist hier hinreichend, wie z. B. wilde Thiere in einem Park hält, oder Fische in einem See, hat allerdings etwas gethan, um sie aufzubewahren, aber es hängt nicht von seinem Willen, sondern von vielen Zufällen ab, ob er sie wirklich fängt, wenn er will, folglich ist hier der Besitz nicht erhalten: ganz anders, wenn Fische in einem Fischkasten, oder andere Thiere in einem Zwinger eingeschlossen sind, weil sie nun in jedem Augenblick er-

der animus revertendi einigen Unterschied (L. 44. pr. L. 47. de poss.), an einem flüchtigen Sklaven wurde Besitz fingirt (L. 15. §. 1. de usurp., L. 13. pr. L. 15. de poss., §. 0. C. 295.) und durch das liberale iudicium wurde er bloß suspendirt (C. 295.).

(1) L. 3. §. 2. L. 5. pr. de adqu. rer. dom. (§. 12. I. de rer. dip.) „Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur, cum vero evaserit

„custodiam nostram, et in „naturalem libertatem se receperit: nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit. — Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit, vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio.“ —

Hier ist nämlich der einzige Fall, in welchem der Verlust des Besitzes zugleich den Verlust des Eigenthums zur Folge hat, so daß das Eine für das Andere gesetzt werden kann.

griffen werden können (1). — C.) Thiere, die von Natur wild, aber durch Kunst gezähmt sind, werden den zahmen Thieren gleich behandelt, so lange sie zu dem Orte zurück zu kehren pflegen (*donec animum i. e. consuetudinem revertendi habent*), an welchem der Besitzer sie aufbewahrt (2).

(1) L. 3. §. 14. 15. *de poss.*
 „Item feras bestias, quas vi-
 „variis inclusimus, et pis-
 „ces, quos in piscinas conje-
 „cerimus, a nobis possideri.
 „Sed eos pisces, qui in stagno
 „sint, aut feras, quae in sil-
 „vis circumseptis vagantur, a
 „nobis non possideri. . . .
 „. . . Aves autem posside-
 „mus, quas inclusas habe-
 „mus“ etc. — Daß hier der
 Gegensatz durch den größeren
 und geringeren Umfang be-
 stimmt werde, ist sehr klar, und
 schon die Glosse hat so die
 Stelle verstanden. Eine *silva*
circumsepta kann sehr groß
 seyn, und man kann vergeblich
 darin jagen, ohne ein bestimm-
 tes Thier zu fangen; das darin
 eingeschlossen ist, also hat man
 den Besitz desselben nicht, ob-
 gleich das Thier in dem Walde

selbst eingeschlossen ist. Es ist
 demnach nicht nöthig, mit Hot-
 mann (*obs.* VIII. 7.) zu les-
 sen: „*silvis non circumsep-*
 „*tis*“, oder mit Fleck (*de*
poss. p. 82.) diese Worte von
 einer solchen Begränzung zu
 verstehen, die das Thier nicht
 hindern zu entfliehen. Daß sich
 Viele mit der Lesart „*eva-*
 „*gantur*“ aufhalten, ist ganz
 unbegreiflich, da alles, was
 dadurch etwa geändert werden
 könnte, durch das „*in silvis*“
 ausgeschlossen ist. Sehr auß-
 führlich, aber nicht sehr gut
 handelt von dieser Stelle und
 ihren Interpreten: NETTEL-
 BLADT, *diss. de vero sensu*
L. 3. §. 14. de poss. Hal. 1774.

(2) L. 4. L. 5. §. 4. 5. *de*
adqu. rer. dom. (§. 14. 15. I.
de rer. div.) L. 3. §. 15. 16.
de poss.

Bei unbeweglichen Sachen ist die Regel für den Verlust des Besizes ganz dieselbe. Auch dabey also wird der Besiz verloren, sobald die Möglichkeit der Einwürkung auf die Sache aufgehoben ist — fortgesetzt, so lange diese Möglichkeit dauert, nur daß der Begriff dieser Möglichkeit auch hier dem Grade nach anders bestimmt werden muß, als bey dem Erwerb (S. 222.).

Verloren also wird der Besiz eines Grundstücks durch jedes factum, welches dem bisherigen Besizer die Einwürkung auf die Sache unmöglich macht. Ein solches factum kann erstens darin liegen, daß der Besizer in dem Grundstück selbst als Slave behandelt wird (1): zweitens (und dieser zweite Fall ist bey weitem der häufigste) darin, daß dem Besizer die Gegenwart in dem Grundstück unmöglich gemacht wird (2). Ob in diesem Fall der, welcher die Gegenwart hindert, selbst besizen, oder bloß den fremden Besiz aufheben will, z. B. um die angefangene Usucapion

(1) L. 1. §. 47. *de vi*: „Quid
„dicturi essemus, tractat, si
„aliquo possidente ego quo-
„que ingressus sum in pos-
„sessionem, et non dejiciam
„possessorem, sed vinctum
„opus facere cogam? quate-
„nus res, inquit, esset? Ego.

„verius puto, eum quoque de-
„jectum videri, qui illic vinc-
„tus est. — PAULUS V. 6.
§. 6.: „Vi dejectus videtur
„et qui in praedio vi retine-
„tur . . .“

(2) Der technische Ausdruck
ist *dejectio* (s. u. §. 40.)

zu unterbrechen, ist völlig gleichgültig (1). Mehr Schwierigkeit hat die Frage, ob auch dann der Besitz verloren sey, wenn der Besitzer nicht wirklich herausgeworfen ist, sondern aus Furcht das Grundstück vorher verläßt? Hier sind zwey Fälle möglich:

- A.) Die Gefahr ist gegenwärtig, d. h. der Besitzer sieht den Gegner vor sich, und entgeht durch die Flucht der Gewalt, die sonst unmittelbar und nothwendig erfolgt wäre. In diesem Fall ist der Besitz wirklich verloren, denn die physische Unmöglichkeit ihn fortzusetzen, ist ganz auf dieselbe Weise begründet, wie wenn der Besitzer wirklich herausgeworfen wird: es kommt also auch nicht darauf an, ob der Gegner selbst den Besitz erwerben, sondern nur ob er den bisherigen Besitz aufheben will, d. h. die Furcht muß nur nicht auf einen Irrthum sich gründen:

L. 33. §. 2. *de usurp.*

„Si dominus fundi homines armatos ve-
nientes *extimuerit* (2), atqui ita pro-

(1) L. 4 §. 22. *de usurp.*

(2) *extimuerit* ist eine Conjectur von Eufaz (in L. 9. *pr. qu. metus* und L. 33. §. 2. *de usurp.*, opp. T. 1. p. 962. 2233.), die durch Ruffard's

Variante: „*existimaverit*“ sehr viel an Wahrscheinlichkeit gewinnt, weil nun allein das *a.* wegzustreichen ist. Das gewöhnliche „*existimaverit*“ giebt einen falschen Sinn und zugleich

„fugerit, quamvis nemo eorum fundum
„ingressus fuerit, vi dejectus videtur.“

L. 9. pr. quod metus.

„. . . non videor vi dejectus, qui dejici
„non exspectavi, sed profugi. *Aliter*
„*atque si posteaquam ingressi sunt* (1),
„*tunc discessi.*“

CICERO pro Caecina Cap. 16.

„. . . usitatum, cum ad vim faciundam
„veniretur, si quos armatos, quamvis
„procul, conspexissent, . . . optime
„sponsonem facere possent, *ni adversus*
„*edictum praetoris vis facta esset.*“

L. 3. §. 6. de vi:

„Si quis autem visis armatis, *qui alibi*
„*tendebant* . . . profugerit, *non videtur*
„*dejectus* . . .“

B.) Die Gefahr ist nicht gegenwärtig, d. h. die Furcht gründet sich auf Hörensagen. In diesem Fall ist die Möglichkeit der Einwirkung auf keine Weise aufgehoben, folglich der Besitz nicht

eine falsche Construction („*venientes existimaverit*“ anst. „*venire exist.*“)

(1) Auf das wirkliche Eingehen kommt es hier, wie über-

all, nicht an, sondern auf die sinnliche Gegenwart, die durch das „*ingressi sunt*“ bezeichnet werden soll.

verloren: nur wenn nachher der Gegner die Sache occupirt, so wird durch diese Occupation der bisherige Besitz aufgehoben, weil nun alle Einwirkung auf die Sache ausgeschlossen ist:

L. 9. pr. quod metus:

„Denique tractat (Pomponius), si fundum
 „meum dereliquero *audito quod quis*
 „*cum armis veniret*, an huic Edicto lo-
 „cus sit? et refert, Labeonem existimare,
 „Edicto locum non esse, *et unde vi inter-*
 „*dictum cessare: quoniam non videor vi*
 „*dejectus, qui dejici non expectavi, sed*
 „*profugi . . .*“

L. 1. §. 29. de vi:

„Idem Labeo ait, eum qui metu turbae
 „perterritus fugerit, (vi) videre dejectum.
 „Sed Pomponius ait, vim sine corporali
 „vi locum non habere. Ergo (1) etiam
 „eum qui fugatus est supervenientibus

(1) *Ergo* lesen drey Pariser
 Mss. (4458. a., 4486, 4486. a.),
 ferner COD. REHD., EDD.
 Rom. 1476. NOR. 1483. Ven.
 1485. Ven. 1494. Lugd. 1509.
 1573. Paris. 1514. 1536. —
 FLORENT., *ego*.“ — GLOSSA:
 „al. *ergo*, al. *ego*.“ — Liest

man *ego*, so macht Ulpian den
 Vermittler zwischen Labeo u.
 Pomponius: allein zwischen
 beiden war kein Streit, wie
 die vorhergehende Stelle zeigt,
 und Pomponius will hier
 nur den unbestimmten Aus-
 druck des Labeo berichtigen.

„ quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.“

L. 3. §. 7. de vi.

PAULUS V. 6. §. 4.

Das Wesentliche dieser Darstellung, nämlich die Unterscheidung gegenwärtiger und zukünftiger Gefahr, haben schon Euzaj (1) und (ausführlicher, aber weniger rein) Erass (2). — In allen diesen Fällen aber ist es ganz einerley, auf welche Art die Gegenwart in dem Grundstück unmöglich gemacht wird: d. h. es ist einerley, ob der Besizer in der That herausgeworfen, oder ob er hineinzugehen gehindert wird (3).

Dagegen dauert der Besitz eines Grundstücks fort, so lange die Möglichkeit willkürlicher Einwirkung nicht aufgehoben ist, und stete körperliche Gegenwart des Besitzers, die in den meisten Fällen sogar völlig unmöglich wäre, ist dazu durchaus nicht nöthig (4).

(1) f. Seite. 340. 341.

(2) specimen jurispr. Ciceron., Lugd. Bat. 1769., p. 22. — 25.

(3) L. 1. §. 24. de vi: „ . . . „ si quis de agro suo, vel de „ domo processisset nemine „ suorum relicto, mox revertens, prohibitus sit ingredi „ vel ipsum praedium, vel si

„ quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possiderit.“

(d. h. daß *detinere* muß eben diesen Zweck gehabt haben) „ vi „ dejectus videtur.“ Vergl. L. 3. §. 8. de vi. PAULUS V. 6. §. 6.

(4) L. 3. §. 11. de poss.). „ Saltus hibernos aestivosque „ animo possidemus, quam-

Es ist sehr wichtig, diesen Satz aus dem Gesichtspunct zu betrachten, aus welchem er hier aufgestellt worden ist, d. h. als bloße Folge aus der allgemeinen Regel der Fortdauer, durchaus nicht als Ausnahme dieser Regel. Nur von diesem Standpunct aus kann eine Ausdehnung dieses Satzes völlig verstanden werden, worin in der That eine Ausnahme der vorher für den Verlust des Besizes unbeweglicher Sachen aufgestellten Regel enthalten ist.

Daß nämlich durch bloße Abwesenheit des Besizers von der besessenen Sache der Besitz nicht aufhöre, wurde um deswillen als Folge eines allgemeinen Grundsatzes betrachtet, weil durch diese Abwesenheit die physische Möglichkeit willkürlicher Behandlung zwar in eine entferntere Möglichkeit verwandelt, aber nicht überhaupt aufgehoben wird. Tritt also zu dieser

„vis certis temporibus eos
 „relinquamus.“ — L. 1. §. 25.
 „de vi. „Quod vulgo dicitur,
 „aestivorum hibernorumque
 „saltuum nos possessiones
 „animo retinere: id exempli
 „causa didici Proculum di-
 „cere, nam ex omnibus prae-
 „diis, ex quibus non hac
 „mente recedemus (recedi-
 „mus), ut omisisse (amit-
 „tere) possessionem velle-

„mus, idem est.“ — Die sal-
 tus hiberni aestivique sind
 große Viehweiden, auf denen
 das Vieh theils bloß im Win-
 ter, theils bloß im Sommer
 sich aufhält, die also ihrer Be-
 stimmung nach die andere Hälfte
 des Jahres unbenutzt liegen.
 L. 67. de leg. 3. VARRO de
 re rust. Lib. 2. Cap. 1. (T. 1.
 p. 220. script. rei rust. ed.
 Schneider).

Abwesenheit noch etwas anderes hinzu, was jene Möglichkeit in der That aufhebt, so müßte, wenn jene Regel rein angewendet werden sollte, der Verlust des Besitzes allgemein behauptet werden. Hier aber ist es, wo jene Regel durch eine merkwürdige Ausnahme beschränkt wird. Wenn nämlich in unserer Abwesenheit das Grundstück, welches wir besaßen, von einem Andern occupirt wird, der unsere Rückkehr gewaltsam zu verhindern im Stande ist, so ist uns von diesem Augenblick an die physische Möglichkeit auf die Sache zu wirken eben sowohl entzogen, als wenn ein Dieb eine bewegliche Sache aus unsrem Hause entwendet: dennoch soll in jenem Fall der bisherige Besitz so lange noch fort dauern, als der vorige Besitzer von jener Occupation keine Nachricht hat.

Ehe ich den Satz selbst beweise, der hier aufgestellt worden ist, will ich auf einige andere Sätze aufmerksam machen, die, wenn er wahr ist, nothwendig auch wahr seyn müssen: A.) Der, welcher das Grundstück in Abwesenheit des Besitzers occupirt: erwirbt dadurch vor der Hand noch keinen juristischen Besitz (§. 164. 191 fg.) — B.) Aller Besitz an Grundstücken kann nicht anders als durch animus verloren werden (1), nicht als ob der Besitzer das Recht des Be-

(1) Aller Besitz — nämlich mit Ausnahme der Fortsetzung durch Stellvertreter, von wel-

chem besondern Fall im 33ten §. die Rede seyn wird.

sizet freiwillig aufgeben müsse, sondern insofern immer eine neue Bestimmung seines Bewusstseyns vorkommen muß, wenn der Besizer wirklich verloren seyn soll, welches nach der bloßen Regel des Verlusts, also auch bey beweglichen Sachen, bey welchen diese Regel rein angewendet wird, keinesweges behauptet werden kann. Von dieser Bemerkung übrigens wird im folgenden §. Gebrauch gemacht werden. —

C.) Heimlicher Besiz eines Grundstücks ist unmöglich. *Clandestina possessio* nämlich heist ein solcher Besiz, der mit absichtlicher Verheimlichung der Apprehension angefangen wird (1). Wenn nun ein Grundstück auf diese Weise occupirt wird, so ist nach dem Sag, dessen Folgen jetzt betrachtet werden, der ganze Hergang so zu bestimmen: durch die Occupation selbst ist noch gar kein Besiz erworben, also auch keine *clandestina possessio*. Erfährt der vorige Besizer die Occupation, so setzt er entweder mit Gewalt seinen Besiz durch, und dann hat er ihn eigentlich nie verloren, und der Andere ist nie wahrer Besizer gewesen (2); oder er wird umgekehrt mit Gewalt zu-

(1) *L. 6. pr. de poss.*

(2) Gerade so wie in dem Fall der *L. 17. de vi*: „*Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu reciperat,*

„*in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intellegendus est . . .*“ also der Besiz war hier eigentlich in keinem Augenblick verloren.

rückgewiesen (1), dann hat der Andere von diesem Augenblick an den Besitz, aber dieser Besitz ist keine clandestina, sondern eine violenta possessio: oder endlich es ist keines von beiden der Fall, d. h. der vorige Besitzer unterläßt es, und zwar nicht aus Furcht, seinen vorigen Besitz zu behaupten, in welchem Fall überhaupt keine vitiosa possessio vorhanden ist, indem der neue Besitz durch den Willen des vorigen Besitzers selbst seinen Anfang nimmt, mit welchem Willen aber, da er bloß auf den Besitz sich bezieht, sehr wohl die Absicht bestehen kann, auf anderer Art, z. B. durch vindication, die verlorne Sache wieder zu erlangen.

Bis jetzt sind bloß die Folgen jenes Satzes entwickelt worden: es ist Zeit, den Satz selbst zu beweisen, ohne welchen diese Folgen keine Realität haben würden. Zugleich ist es aus Gründen, die erst unten angegeben werden können, nothwendig, nicht bloß überhaupt zu zeigen, daß derselbe von Römischen Juristen anerkannt werde, sondern so genau als möglich die Zeit zu bestimmen, in welcher man ihn angenommen hat.

(1) Dabey ist es denn wieder ganz gleichgültig, ob die Gewaltthätigkeit wirklich vorfällt, oder ob sie aus Furcht vermieden wird (S. 340.),

nur muß diese Furcht gegründet seyn, d. h. es muß wirklich eine Occupation existiren, worauf sie sich bezieht.

I.) Papinian, Paulus und Ulpian behandeln den Satz als unbezweifelte Regel:

L. 46. *de poss.* (Papin. lib. 23. qu.)

„Quamvis saltus proposito possidendi
 „fuerit alius ingressus, tamdiu priorem
 „possidere dictum est; *quamdiu posses-*
 „*sionem ab alio occupatam ignoraret.*“

L. 3. §. 7. 8. *de poss.* (Paul. lib. 54. ad ed.)

„. . si animo solo possideas, *licet alius*
 „*in fundo sit, adhuc tamen possides.* Si
 „quis nuntiet, domum a latronibus oc-
 „cupatam, et dominus *timore conterri-*
 „*tus, noluerit accedere, amisisse eum*
 „*possessionem placet.*“

L. 6. §. 1. *de poss.* (Ulpian. lib. 70. ad ed.) (1).

L. 7. *de poss.* (Paul. lib. 54. ad ed.) (2).

II.) Celsus, Neratius und Pomponius erwähnen gleichfalls diesen Satz, aber so, daß er wahrscheinlich zu ihrer Zeit weder ganz in derselben Ausdehnung, noch von allen Juristen als entschiedene Regel kann betrachtet worden seyn (3).

(1) f. u. Num. III.

(2) f. u. Num. III.

(3) Nämlich von Neratius haben wir überhaupt nichts anderes als ein ganz unbestimm-

tes Citat des Paulus (L. 7. *de poss.*): jene Behauptung geht also nur auf die zwey andern Juristen.

L. 18. §. 3. 4. *de poss.* (Celsus lib. 23. Dig.)

„Si dum in alia parte fundi sum, alius
 „quis clam animo possessoris intraverit:
 „non desisse ilico possidere existimandus
 „sum, *facile expulsurus finibus, simul*
 „*atque sciero.* Rursus si cum magna
 „vi ingressus est exercitus, *eam tantum-*
 „*modo partem, quam intraverit opti-*
 „*net*“ (1).

L. 25. §. 2. *de poss.* (Pompon. lib. 23. ad Q.
 Mucium.)

„Quod autem solo animo possidemus,
 „quaeritur, utrumne usque eo posside-
 „mus, donec alius corpore ingressus sit,
 „ut potior sit illius corporalis possessio?
 „an vero, *quod quasi magis proba-*
 „*tur*, usque eo possideamus, donec re-

(1) Also nur wenn es wahr-
 scheinlich ist, daß Ich den
 Andern vertreiben würde (von
 welcher Beschränkung Papi-
 nian u. s. w. kein Wort mehr
 sagen), soll mir durch jene Fic-
 tion der Besitz erhalten wer-
 den, ausserdem nicht, doch soll,
 ausserdem wenigstens das
 Besondere eintreten, daß der

neue Besitz nur auf den Theil
 des Grundstücks sich erstreckt,
 der unmittelbar betreten
 worden ist. Der Umstand, daß
 der vorige Besitzer sich eben in
 dem Grundstück aufhielt, soll
 offenbar nur die Möglichkeit,
 den Andern zu vertreiben, ge-
 genwärtiger, anschaulicher dar-
 stellen.

„vertentes non (1) aliquis repellat : aut
 „nos ita animo desinamus possidere,
 „quod suspicemur repelli nos posse ab eo,
 „qui ingressus sit in possessionem? et
 „(id) videtur utilius esse.“

III.) Bey Labeo wird gerade das Gegentheil dieses Sages vorangesezt, weßwegen eine Entscheidung desselben von Ulpian ganz nach diesem Sage modificirt wird :

L. 6. §. 1. *de poss.* (Ulp. lib. 70. ad ed.)

L. 7. *de poss.* (Paul. lib. 54. ad ed.) (2).

„Qui ad nundinas profectus, neminem
 „reliquerit, et dum ille a nundinis re-
 „dit, aliquis occupaverit possessionem,
 „videri eum clam possidere, Labeo scri-
 „bit (3). *Retinet ergo possessionem is*

(1) „donec non“, solange als (und) nicht — „donec nos,“ bis und: das erste ist die Florentinische Lesart die auch Haloander hat: das zweite haben viele Mss. bey Gebauer, ferner: Ed. Rom. 1476. u. s. w. Beides giebt denselben Sinn, wegen der zwei möglichen Bedeutungen von donec und die Trans-

position, die Brenkman vor schlägt, ist ganz unnöthig.

(2) Beide Stellen müssen zusammen genommen werden, weil aus ihrer Verbindung das oben (S. 346.) beschriebene Resultat am deutlichsten erhellt.

(3) Also behauptet Labeo etwas, das mit jenem Sage im Widerspruch steht (S. 346.).

„*qui ad mundinas abiit* (1). Unde (2)
 „*si revertentem dominum non admiserit,*
 „*vi magis intelligitur* (3) *possidere, non*
 „*clam* (4). — *Et si nolit in fundum re-*

(1) Damit fängt die Berichtigung des Ulpian an: das *ergo* steht dieser Verbindung nicht entgegen, denn die Meinung des Labeo wird nicht als irrig verworfen, sondern als durch eine andere, spätere Regel modificirt angegeben. Man konnte nun sagen: „in jedem Fall, in welchem ehewahl clandestina possessio angenommen wurde, muß jetzt dieses neue Resultat gelten,“ und dazu paßt das *ergo* vollkommen.

(2) *Unde* lesen EDD. Ven. 1485. 1491. 1494. Lugd. 1508. 1509. 1513. 1519. Paris. 1514. 1536. — FLORENT. „*verum,*“ und eben so alle Pariser Mss.: allein es soll vielmehr eine Folgerung als ein Gegensatz dadurch verknüpft werden.

(3) *Intelligitur* lesen fünf Pariser Mss. (num. 4477. a., 4477. b. 4480. 4482. und das aus der Bibliothek von S. Victor.), eben so EDD. Rom. 1576.

Nor. 1483. V. 1485. Ven. 1491. Ven. 1494, Lugd. 1508. 1509. 1513. 1519. Paris. 1514. 1536. FLORENT. „*intellegi.*“ Durch diese Lesart wird der Sinn der Stelle ganz entstellt: der letzte Satz nämlich gehört dann zu der Meinung des Labeo, dann ist der Satz: *retinet ergo etc.* eine bloße Parenthese des Ulpian, und das *verum* (anstatt *unde*), das jetzt unmöglich ist, wird dann nothwendig. Aber darin ist es auch schlechterdings unmöglich, in die Meinung des Labeo selbst und die Berichtigung, die Ulpian beifügt, auch nur einen erträglichen Zusammenhang zu bringen, besonders wenn man die sehr natürliche Regel hinzu denkt, die sogar in dem *prooem.* derselben Stelle sich findet: *non ratio optinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est.*

(4) Also: „bis auf diesen Zeitpunkt hatte der Andere

„*verti, quod vim majorem vereatur,*
 „*amisisse possessionem videbitur* (1): et
 „*ita Neratius quoque scribit* (2).“

Jetzt wird es leicht seyn, den Inhalt dieses §. kurz und im Zusammenhang zu übersehen. Damit der Besiz fortbauere, muß jederzeit die Möglichkeit vorhanden seyn, daß als Bedingung des Erwerbs dargestellte unmittelbare Verhältniß, also durch dieses das Bewusstseyn physischer Herrschaft über die besessene Sache zu reproduciren: mit dieser Möglichkeit wird zugleich der Besiz selbst aufgehoben. Allein bey Grundstücken leidet dieser letzte Satz eine Ausnahme: hier ist die physische Unmöglichkeit nicht hinreichend, den Besiz zu entziehen, so lange sie nicht zum Bewusstseyn des vorigen Besizers gekommen ist.

§. 32.

Die zweite Bedingung der Fortdauer des Besizes ist der Wille des Besizers (*animus*), und damit verhält es sich auf ähnliche Art, wie mit dem physischen Verhältniß, das als die erste Bedingung bereits dargestellt worden ist.

„keinen Besiz, von jetzt an hat des Ulpian nur näher bestimmt (S. 347. N. 1.).
 „er vielmehr *violenta* als
 „*clandestina possessio.*“ (2) s. d. S. 348.

(1) Dadurch wird die Regel

Also ist zur Fortsetzung des Besizes, wie bey dem factum, so bey dem animus, nur das nöthig, daß die Möglichkeit einer Reproduction des ursprünglichen Wollens in jedem Augenblick erhalten werde: daß das Bewußtseyn des Besizes selbst in jedem folgenden Augenblick wirklich fortbauere, ist weder nöthig, noch auch überhaupt möglich. Dadurch also, daß der Besizer eine kurze oder lange Zeit hindurch nicht an die Sache, also auch nicht an ihren Besiz denkt, ist der Besiz nicht aufgehoben: ja es muß dasselbe behauptet werden, wenn der Besizer in eine solche Lage kommt, in welcher er überhaupt nicht wollen kann, so z. B. wenn er wahnsinnig wird. Denn da in diesem Fall die Unmöglichkeit, einen bestimmten Besiz zu wollen, lediglich subjectiv und zufällig ist, so ist im Verhältniß zu jeder besessenen Sache gar kein wesentlicher Unterschied, ob dieser Besiz bloß auf längere Zeit vergessen, oder ob der Besizer selbst wahnsinnig geworden ist.

Dagegen ist durch bloßen animus der Besiz verloren, wenn der Besizer in irgend einem Moment den Besiz aufgeben will (1): denn in diesem Mo-

(1) L. 3. §. 6. *de poss. poss. „ . . possessio autem „ . . si in fundo sis, et ta- „men nolis eum possidere: „protinus amittes possessio- „nem.“ — L. 17. §. 1. de „recedit, ut quisque consti- „tuit nolle possidere.“ — cf. L. 30. §. 4. I. 34. pr. de poss.*

ment ist die Reproduktion des ursprünglichen Wollens durch die entgegengesetzte Bestimmung des Willens schlechthin unmöglich, und diese Unmöglichkeit ist es, worauf eben sowohl als auf die physische Unmöglichkeit der Verlust des Besizes erfolgen muß. Demnach kann selbst dann, wenn nachher der vorige Besitzer von neuem zu besitzen sich entschließt, höchstens eine neue Apprehension dadurch veranlaßt werden, indem der vorige Besitz schon mit jenem Moment völlig zu existiren aufgehört hat.

Da also in diesem Fall der Verlust des Besizes nicht auf ein bloßes Nichtwollen, sondern auf ein neues Wollen, das dem ersten (bon animus possidendi) entgegengesetzt ist, sich gründet, so ist es klar, daß zu dieser Art des Verlustes, wie zu dem Erwerb, Jeder unfähig seyn müsse, der überhaupt nicht wollen kann (1). Demnach kann ein Wasender auf diese Art den Besitz durchaus nicht verlieren (2): dasselbe gilt von einem Pupillen, und zwar ganz allgemein, so daß die besondere Beschränkung, die oben (S. 231.) bey dem Erwerb hinzugefügt wurde, hier keinesweges

(1) Die Modifikationen dieses Satzes im Fall einer Repräsentation gehören in den folgenden §.

(2) GLOSSA in L. 1. §. 3. de

poss.: „licet enim desinat habere animum possidendi, non tamen habet animum non possidendi.“ — L. 27. de poss. (s. u. S. 356.)

anwendbar ist (1). — Dieselbe Unfähigkeit muß sogar in einem andern Fall des Verlustes behauptet werden, der dem unfrigen ähnlich, aber nicht damit zu vers-

(1) *L. 29. de poss.* „*Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat: non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.*“ Hier ist eben so klar bestimmt, daß durch körperliche Handlung der Besitz dem Pupillen verloren werden könne, als (was zunächst hierher gehört) daß es durch animus unmöglich sey: auch stimmt jener erste Satz ganz mit allgemeineren Grundsätzen überein, und der einzige Zweifel daran gründet sich auf folgende Stelle: (*L. 11. de adqu. rer. dom.*) „*Pupillus . . . alienare . . . nullam rem potest, et ne quidem possessionem quae est naturalis.*“ Allein *alienare* possessionem heißt so den Besitz verlieren, daß darin eine juristische Succession liegt, diese aber ist

unmöglich, weil es dabei auf den animus des vorigen Besitzers ankommt. Gesezt also, ein Pupill verkauft und tradirt eine Sache, so erwirbt der Andere zwar den Besitz, aber nicht zugleich das, was außer dem Daseyn des Besitzes noch ein besonderes Successionsverhältniß voraussetzt, also keine accessio possessionis, und zwar weder für die possessio civilis (ad usucapionem), noch für die possessio naturalis (bey dem alten *interdictum utrubî*: darauf geht unsre Stelle: „*ne quidem (eam) possessionem, quae est naturalis.*“). Eine ähnliche Unterscheidung der *omissio* und *alienatio* possessionis steht in: *L. 4. §. 1. 2. de alien. jud. mut. causa*, und eine ähnliche Anwendung ist oben (*S. 52.*) in dem Satz vorgekommen: *inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.* — *Glossa interlin.* zu den Worten *quae est naturalis*,

wechselfn ist. Der Besiz der Grundstücke nämlich wird durch fremde Occupation erst dann verloren, wenn dieselbe zu des vorigen Besizers Bewusstseyn gekommen ist (S. 346.). Dieses bloße Bewusstseyn ist von dem Entschlus, nicht zu besizen, sehr verschieden: aber darin kommen beide überein, daß sie in allen Fällen, worin überhaupt kein Bewusstseyn vorhanden ist, gleich unmöglich sind, so daß also Pupillen und Wahnsinnige den Besiz eines Grundstücks gar nicht verlieren können (1): diese prätische Aehnlichkeit mag die Römi-

(Ms. Paris. num. 4483.):
 „amittere tamen eam poterit
 „(civilem vero ne amittere
 „quidem potest) nec sunt
 „contraria haec cum sit aliud
 „possessionem alienare et
 „aliud amittere.“ Auch Mur-
 ret (opp. III. 81, opp. Vol. 1.
 p. 647.) erklärt die alienatio
 von einem solchen Verlust, der
 sich auf animus gründet. Eu-
 per (P. 2. C. 38.) nimmt einen
 unaufsöblichen Widerspruch zwi-
 schen L. 11. de adqu. rer. dom.
 und L. 29. de poss. an.

(1) L. 29. de poss. (s. die
 vor. Note): — L. 27. de poss.
 „Si is qui animo possessio-
 „nem saltus retineret, furere
 „cospisset, non potest, dum

„fureret, ejus saltus posses-
 „sionem amittere: quia furio-
 „sus non potest desinere animo
 „possidere.“ — Euper (P. 1.
 C. 6, p. 66.) behauptet eine
 Ausnahme dieser Regel,
 wenn der Pupill oder der
 Wahnsinnige eine Sache ver-
 kaufe, und der Käufer in bona
 fide sey (L. 2. §. 15. 16. pro
 dmt.): aber diese Stelle be-
 stimmt nur, daß in einem sol-
 chen Fall, gegen die Regel,
 Usucapion anfangen sollte —
 versteht sich, wenn überhaupt
 Besiz da ist: daß aber durch
 jene Handlung Besiz übergeht
 (nämlich corpore, nicht ani-
 mo), ist ohnehin Regel (s. die
 vor. Note), und leidet nur

sehen Juristen veranlaßt haben, beide Fälle, ihrer Verschiedenheit ungeachtet, mit demselben Namen (1) zu bezeichnen.

Die Regel, daß durch bloßes Wollen der Besitz verloren werde, ist jetzt erläutert und bewiesen: es ist nur noch nöthig, über die Anwendung derselben einiges hinzuzufügen. — Nun ist es eben so klar, daß durch ausdrückliche Erklärung des Besitzers die Anwendung derselben außer allen Zweifel gesetzt werde, als daß eine solche Erklärung nur sehr selten die Sache entscheiden könne, da eben in den Fällen, in welchen sie fast allein vorkommt, z. B. bey der Tradition, ohnehin schon auf andere Art, nämlich durch factum (§. 31.), der Verlust des Besitzes entschieden zu seyn pflegt. Es kommt also hier, wie in vielen andern Fällen, hauptsächlich auf eine Interpretation anderer Handlungen des Besitzers an, aus welchen jener Entschluß gefolgert werden kann: in den Schriften der Römischen Juristen sind uns mehrere Proben einer

bey Grundstücken eine Ausnahme: auf die Ausnahme allein beziehen sich L. 27. 29. *de poss.*, und daß dieselbe in jenem Fall nicht gelten solle, sagt L. 2. §. 15. 16. *pro emt.* gar nicht, indem sie überhaupt nicht das

Daseyn des Besitzes, sondern die Möglichkeit der Usucapion unter Voraussetzung des Besitzes bestimmt.

(1) „*animo desinere possidere.*“

folchen Interpretation übrig geblieben, wodurch über die ganze Sache vieles Licht verbreitet wird.

Eine Interpretation dieser Art liegt dem Constitutum zum Grunde. Wer eine Sache verkauft und zugleich miethet, verändert sein physisches Verhältniß zu dieser Sache im geringsten nicht, und da er dennoch aufhört zu besitzen, so kann der Grund dieses Verlustes lediglich in einer Bestimmung seines Willens aufgesucht werden. Auf welche Art überhaupt ein Constitutum angenommen werden könne, ist bereits oben (S. 27.) untersucht worden, wo das Constitutum als Grund des Erwerbs betrachtet wurde: hier wird darauf Rücksicht genommen, insofern der bisherige Besitz dadurch aufhört, aber die Bedingungen jenes Erwerbs und dieses Verlustes sind ganz dieselben.

Ein zweiter Fall, in welchem jene Interpretation vorkommt, betrifft die rei vindicatio. Es ist eine bekannte Regel, daß gegen den Besitzer diese Klage angestellt wird (S. 15). Wenn also der Besitzer selbst die Sache vindicirt, so scheint er dadurch dem Besitz zu entsagen, so daß ihm nachher das interdictum uti possidetis abgeschlagen werden müßte, wenn er dazu zurückkehren wollte. Dennoch ist das Gegentheil in den Gesetzen bestimmt (1), und der Grund dieser

(1) L. 12. §. 1. de poss. „dictum uti possidetis, qui
„ non denegatur ei inter- „ coepit rem vindicare; non

Bestimmung liegt bloß in jener Interpretation. Wer nämlich eine Sache vindicirt, zeigt eben dadurch, daß er die Sache haben wolle, und es ist kein Zweifel, daß er den Besitz, den ihm dieser Prozeß für immer sichern soll, auch jetzt schon zu haben geneigt wäre, wenn dieser Besitz mit der Qualität des Klägers im Vindicationsprozeß vereinbar wäre. Nun ist zwar diese Vereinigung unmöglich, allein man ist doch dadurch nicht genöthigt, eine freiwillige Entfagung auf den Besitz anzunehmen, weil es leicht möglich ist, daß der Besitzer entweder seinen Besitz ignörirt (1), oder den Rechtsfall, worauf sich jene Unvereinbarkeit gründet (2). Da nun in diesen beiden möglichen Fällen der Besitzer gewiß nicht die Absicht gehabt hat, den Besitz auf-

„enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.“ (C. 37.). Die hier ausgelassenen Worte können erst im folgenden Abschnitt erklärt werden.

(1) Auf diesen Fall wird von der Glosse unsere Stelle bezogen (Glossa in L. cit., et in C. 5, X. de causa poss.). Sehr gründlich hat Merenda (controv. XII. 16.) diese Erklärung durchgeführt, die nicht unrichtig, aber einseitig ist.

(2) Der error juris schadet

hier gar nichts, denn erstens wird dadurch überhaupt nur Erwerb verhindert (L. 7. de jur. et f. ign.), da hier im Gegentheil von Verlust die Rede ist, und zweitens geht selbst jener Satz bloß darauf, daß eine unbefolgte Vorschrift der Gesetze nicht durch einen solchen Irrthum entschuldigt werden soll: hier aber soll bloß eine Handlung interpretirt, also bloß ein Factum bewiesen werden.

zugeben, so ist überhaupt nichts vorgefallen, woraus diese Absicht mit Sicherheit gefolgert werden könnte, folglich ist der Besitz nicht verloren, folglich das interdictum uti possidetis noch immer begründet.

Drittens kann die Absicht, den Besitz aufzugeben, auch aus einer bloßen Unterlassung gefolgert werden. Bey Grundstücken nämlich ist gewöhnlich die Benutzung an bestimmte Zeiten des Jahres gebunden: wenn nun z. B. der Besitzer eine Reihe von Jahren hindurch sein Feld unbenutzt liegen läßt, so kann man annehmen, daß er diesen Besitz habe aufgeben wollen. Denn daß er ihn bloß vergessen habe, ist höchst unwahrscheinlich, und ob er denselben überhaupt nicht haben will, oder ob er ihn aus bloßer Nachlässigkeit aufgegeben hat, oder weil ihm eine Reise viel wichtiger war — das alles ist hier ganz gleichgültig, indem dadurch nur die Motive seines Entschlusses modificirt werden, nicht aber der Entschluß selbst: da nämlich in allen diesen Fällen der Entschluß frey und mit vollem Bewußtseyn auf etwas gerichtet ist, was die Ausübung des Besizes ganz unmöglich macht, so ist nothwendigerweise auch die Entsagung des Besizes in ihm enthalten (1). Gesezt also, der Besitzer hätte nicht aus

(1) L. 37. §. 1. *de usurp.* „sine vi nancisci possessio-
 (cf. §. 7. I. *de usuc.*) „Fundi „nem: quae vel ex negligen-
 „quoque alieni potest aliquis „tia domini vacet, vel quia

freiem Entschluß, sondern aus Furcht die Benützung des Feldes eine Zeitlang unterlassen, so könnte jener Schluß durchaus nicht gemacht werden, es wäre nur kein Entschluß vorhanden, den Besitz aufzugeben, und dieser wäre in der That erhalten (1). Noch entschiedener ist diese Fortdauer des Besitzes, wenn die Benützung der Sache so beschaffen ist, daß sie nur zu

„dominus sine successore
 „decesserit, vel longo tem-
 „pore afuerit.“ Daß durch
 des Eigenthümers Nachlässi-
 gkeit oder Abwesenheit
 die Sache nicht bloß ohne Auf-
 sicht und Detention, sondern
 wirklich ohne Besitzer müsse
 gewesen seyn, erhellet nicht
 nur aus dem Ausdruck *vacans*
possessio, sondern auch daraus,
 daß sonst selbst durch die neue
 Occupation kein Besitz hätte
 anfangen können. — Unsere
 Juristen (z. B. Cuper p. 65.
 66.) haben diese Bestimmung
 gewöhnlich als etwas ganz po-
 sitives betrachtet, was sie nicht
 ist, ja Einige haben sogar die
 Zeit genau bestimmen wollen,
 nach welcher der Besitz für
 verloren zu halten wäre.

(1) L. 4. C. de poss. „Licet

„possessio nudo animo ac-
 „quiri non possit, tamen
 „solo animo retineri potest.
 „Si ergo praediorum deser-
 „tam possessionem non de-
 „relinquendi affectione trans-
 „acto tempore non coluisti,
 „sed metus necessitate cultu-
 „ram eorum distulisti: praes-
 „judicium tibi ex transmissi
 „temporis injuria generari
 „non potest,“ also soll auch
 der Besitz nicht verloren seyn.
 Daß übrigens versteht sich von
 selbst, daß keine *dejectio* vor-
 gefallen seyn darf, denn sonst
 wäre schon solo corpore der
 Besitz verloren. Man denke
 sich also ein sehr entferntes
 Grundstück, das der Besitzer
 durch Kriegerunruhen lange ver-
 hindert war zu bauen.

gewissen Zeiten wiederkehrt: wer in dieser Zwischenzeit die Sache gar nicht besucht, hat damit durchaus nicht die Absicht erklärt, den Besitz aufzugeben. Hieraus erklärt es sich, warum die Römischen Juristen, um das besondere Recht der Grundstücke in der Erhaltung des Besizes zu bestimmen, fast immer die *saltus hiberni* und *aestivi* als Beispiel wählen (1): weil nämlich diese die eine Hälfte des Jahres hindurch unbesucht bleiben, dieser Umstand aber, indem er auf die eigenthümliche Bestimmung solcher Weiden sich gründet, den *animus derelinquendi* ausschließt, folglich für jeden einzelnen Fall die Bemerkung unnöthig macht, daß dieser *animus* weggedacht werden müsse.

§. 33.

Das einzige, was jetzt noch für die Fortdauer des Besizes zu bestimmen übrig bleibt, ist das Verhältniß der Repräsentation, wodurch die Erhaltung des Besizes eben sowohl, als der Erwerb, möglich ist.

Bei dieser Art der Fortsetzung kommen dieselben drey Fragen vor, die oben (§. 289) bei dem Erwerb aufgeworfen wurden, nur daß hier die Ordnung etwas verändert werden muß.

(1) *L. 1. §. 25. de vi.* „*Quod vulgo dicitur, aesti-* „*mo retinere: id exempli*
 „*vorum hibernorumque sal-* „*causa didici Proculum di-*
 „*tuum nos possessiones ani-* „*cere. . .*“ (§. 344).

Erstens also: Was ist in der Person des Besizers zu Erhaltung des Besizes nöthig, und wie kann umgekehrt bloß in seiner Person der Besitz verloren werden? — Was zuerst das physische Verhältniß zu der Sache betrifft, so ist es klar, daß dadurch allein der Besitz nicht verloren werden könne. Wer also ein Grundstück verpachtet hat, verliert den Besitz nicht, wenn gleich ein Dritter ihn selbst herauswirft, da seine Herrschaft über die Sache durch den bloßen Pächter immer noch völlig gesichert ist (1). — Ganz anders verhält es sich mit dem *animus possidendi*: folglich kann auch der, welcher durch Andere den Besitz ausübt, durch bloßes Wollen (*animus non possidendi*) den Besitz verlieren.

Zweitens: das Verhältniß zwischen dem Besizer und Repräsentanten kann hier, wie bey dem Erwerb, eben sowohl ein Verhältniß juristischer Gewalt (2), als ein freies Verhältniß seyn (3), und im

(1) L. 1. §. 45. *de vi*: „ . . si quis me vi dejecerit, „ meos non delecerit, non „ posse me hoc interdicto „ experiri: quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.“ (C. 267.)

(2) Bey Slaven gilt hier die besondere Regel, daß sie

auch gegen ihren Willen ihrem Herrn den Besitz fortsetzen, z. B. wenn sie ihm selbst die Sache stehlen wollen. L. 15. *de poss.* — Eine merkwürdige Anwendung auf den Besitz des Pfandes s. in: L. 33. §. 6. *de usurp.*, L. 40. *pr. de poss.*

(3) L. 9. *de poss.* „Gene-

zweiten Fall ist auch hier wieder der Auftrag, worin es besteht, durchaus nicht als eine besondere, juristische Form genauer zu bestimmen (S. 298). Auch ist es gar nichts besonderes, und nur zufällig bey der Fortsetzung gewöhnlicher, als bey dem Erwerb, daß diese Repräsentation durch mehrere Personen hindurch gehen kann. So kann der Pächter die Sache wieder verpachten, der Depositär sie wieder deponiren, und der vorige Besitz dauert immer auf dieselbe Weise fort (1). Eben so kann umgekehrt der Verpächter seine Sache einem Dritten verkaufen und zugleich von ihm pachten, so daß also der durch Repräsentanten ausgeübte Besitz, wie jeder andere, durch bloßes Constitutum übertragen werden kann (2).

„raliter quisquis omnino
 „nostro nomine sit in pos-
 „sessionem (possessione),
 „veluti procurator, hospes,
 „amicus, nos possidere vi-
 „demur.“

(1) L. 30. §. 6. *de poss.* —
 Das wird natürlich vorausge-
 setzt, daß nicht etwa der Päch-
 ter bey der neuen Verpachtung
 die Absicht gehabt habe, sich
 selbst den Besitz zuzueignen:
 dann wäre der Verlust aller-
 dings möglich, was aber erst
 zu dem dritten Punct gehört.

Wenn aber nur jene Absicht
 nicht da ist, so hat die Fort-
 dauer des Besizes keinen Zwei-
 fel, wiewohl die neue Ver-
 pachtung u. s. w. immer noch
 eine unrechtliche Handlung
 seyn kann, z. B. eine Ver-
 lezung des Contracts, aber
 auch ein *furtum usus*: auf
 dieses letzte geht L. 54. §. 1.
de furtis, die folglich der
 Fortsetzung des Besizes durch-
 aus nicht entgegen steht.

(2) Dieser Satz wird indes-
 sen von Vielen geläugnet, z.

Drittens (und dieser Punct ist bey weitem der wichtigste): was ist in der Person des Repräsentanten zu dieser Art der Fortdauer nöthig, d. h. wie kann bloß in seiner Person der Besitz verloren werden? dieser Verlust läßt sich auf zweierley Art denken: theils so, daß der Repräsentant selbst den Besitz erwerben will, den er bisher bloß ausübte (Verlust an den Repräsentanten), theils so, daß ein Dritter oder auch Niemand diesen Besitz erwirbt (Verlust durch den Repräsentanten). — Warum eben so und nicht anders diese Fälle entgegengesetzt werden müssen, wird sich in der Darstellung selbst zeigen.

Der Verlust an den Repräsentanten hat am wenigsten Schwierigkeit. Der Repräsentant hat nämlich als solcher den animus possidendi nicht, aber er steht zu der Sache in dem physischen Verhältniß eines Besitzers. Deswegen kann er ohne eine neue Bestimmung seines Willens den vorigen Besitz nicht aufheben, durch diese Bestimmung müste es unmittelbar und ohne neues factum geschehen, so wie dieses bey der traditio brevi manu (S. 223.) behauptet werden mußte. — Das erste hat keinen Zweifel. So lange also der Repräsentant nicht Besitzer seyn will, kann von

B. von Merenda (contr. wöhnlich mißverstanden wird, III. 21.), was sich aus der leicht erklären läßt. Art, wie das Constitutum ge-

dieser Art des Verlustes nicht die Rede seyn, selbst wenn aus andern Gründen die Zurückgabe der Sache verweigert würde:

L. 20. *de poss.*

„Si quis rem, quam utendam dederat,
 „vendiderit, emptorique tradi jusserit,
 „nec ille tradiderit: alias videbitur pos-
 „sessionem domini (1) intervertisse, alias
 „contra. Nam nec tunc quidem semper
 „dominus amittit possessionem, cum re-
 „poscenti ei commodatum non redditur:
 „quid enim si alia quaequam fuit justa
 „et rationabilis causa non reddendi (2)?
 „non utique ejus rei possessionem inter-
 „vertit (3).“

Dagegen müßte zweitens, wenn bloß die allgemeine Regel des Erwerbs anzuwenden wäre, der animus possidendi allein hinreichend seyn, den Repräsentan-

(1) So lesen mehrere Pa-
 riser Mss. viele Handschriften
 bey Gebauer, ferner: EDD.
 Rom. 1476, Nor. 1483. u. s. w.
 — FLORENT. „*possessione*
 „*dominum.*“

(2) Vergl. L. 12. in f. de
 vi. — Eine solche justa causa
 wäre z. B. das jus retentio-

nis wegen der actio commo-
 dati contraria.

(3) Nor. 1483, Halae —
 Eben so, mit einer ganz unbes-
 deutenden Transposition (*poss.*
ejus rei), Ven. 1485. — FLO-
 RENT. et rel. „*non utique ut*
 „*possessionem ejus rei inter-*
 „*verteret.*“

ten zum Besitzer zu machen. Allein diese Regel kann hier in keinem Fall rein zur Anwendung kommen. — Zuerst: nicht bey Grundstücken, indem bey diesen, wie überall, so auch hier, der Besitz nicht früher verloren wird, als der Besitzer die aufgehobene physische Möglichkeit der Einwirkung weiß (S. 345). — Zweitens: nicht bey beweglichen Sachen. Bey diesen nahm man aus einem Grund, der erst im folgenden Abschnitt angegeben werden kann, die Regel an, daß der Repräsentant erst dann als Besitzer gelte, wenn er zugleich ein *furtum* begangen habe: dazu aber, folglich auch zu diesem Erwerb des Besitzes, ist *contractatio* nöthig, d. h. körperliche Berührung der Sache zu dem Zweck des Diebstahls selbst (1). Nun liese sich freilich den=

(1) L. 1. §. 2. *de furtis*;
 „Sic is, qui depositum ab-
 „negat, non statim etiam
 „furti tenetur: sed ita, si
 „intercipiendi causa occulta-
 „verit.“ — L. 67. *pr. eod.*:
 „Infitiando depositum, nemo
 „facit furtum; nec enim fur-
 „tum est ipsa infitiatio, licet
 „prope furtum est. Sed si
 „possessionem ejus apiseatur
 „interoertendi causa, facit
 „furtum. Nec refert, in di-
 „gito habeat anulum, an

„dactylitheca, quem cum
 „deposito teneret, habere
 „pro suo destinaverit.“ Also
 ist erstens die bloße infitia-
 tio unzureichend zum *furtum*,
 zweitens *furtum* und Er-
 werb des Besitzes unzertrenn-
 lich verbunden, also auch (wor-
 auf hier alles ankommt) der
 Besitz nicht durch die bloße in-
 fitiatio erworben, drittens
 sind zwey Beispiele angeführt,
 in welchen weder *furtum* noch
 Besitz vorhanden ist: für die

ken, daß der Repräsentant aus diesem Grund noch nicht angefangen hätte zu besitzen, und dennoch der bisherige Besitz verloren wäre, da offenbar die physische Möglichkeit über die Sache zu verfügen schon durch den bloßen Entschluß des Repräsentanten dem Besitzer entzogen ist: dann wäre die Sache einstweilen ganz ohne Besitzer (1). Allein eben deswegen ist es sehr begreiflich, daß man jener Abweichung noch diese

dactylitheca ist das klar, aber auch für den *anulus in digito* hat es keinen Zweifel, denn dabey ist zwar körperliche Berührung, aber nicht zu dem Zweck der Entwendung, welcher Zweck eben in der vorigen Stelle durch das „*occultaverit*“ bezeichnet wird. *Averanius* (interpr. I. 28. §. 12.) hat diese Beispiele so mißverstanden, als ob darin *furtum* und Besitz angenommen würde. So vor ihm die Glossen, die auch schon die Lesart: „*datus hypothecae*“ notirt.

(1) Auf diese Meinung geht *L. 47. de poss.*, deren Inhalt kurz dieser ist: „Verloren ist der Besitz einer solchen Sache, sobald der Depositar

„die Absicht hat, selbst zu besitzen: daß der Depositar damit nicht auch den Besitz erwirbt, steht jenem Satz nicht entgegen, weil auch in andern Fällen der Besitz beweglicher Sachen oft verloren wird, ohne daß ein Anderer diesen Besitz erlangt. Nur bey *Esclaven* leidet der Satz eine Ausnahme, wegen des möglichen *animus revertendi*: da also dauert der Besitz des *deponens* so lange fort, bis der *depositarius* (durch ein wahres *furtum*) zu besitzen anfängt.“ (Daß nämlich durch diesen Anfang der vorige Besitz nothwendig aufhören muß, folgt schon aus dem Satz: *plures eandem rem etc.*)

zweite hinzugefügt hat, so daß nun nicht nur der Anfang des neuen Besitzes (des Repräsentanten nämlich), sondern auch das Ende des bisherigen durch alle die juristischen Bestimmungen bedingt ist, welche das furtum enthält (1). Diese Abweichung indessen darf

(1) L. 3. §. 18. *de poss.*
 „Si rem apud te depositam,
 „furti faciendi causa contrec-
 „taveris, desino possidere:
 „sed si eam loco non move-
 „ris, et (al. etiamsi) infitian-
 „di animum habeas, pleri-
 „que veterum, et Sabinus et
 „Cassius recte responderunt,
 „possessorem me manere:
 „quia furtum sine contrec-
 „tatione fieri non potest,
 „nec animo (solo) furtum
 „admittatur (al. committi-
 „tur.)“ Die Stelle selbst ist
 klar, aber wie ist damit L. 47.
de poss. (s. die vor. Note) zu
 vereintgen? nicht anders als so:
 Papinian (L. 47.) referirt
 bloß, daß auch für jene andere
 Meinung responsa existirten
 („responsum est“), was auch
 schon aus der unstrigen wahr-
 scheinlich ist („plerique . . re-
 „sponderunt“): zugleich sucht
 er die Gründe dieser andern

Meinung zu entwickeln („cu-
 „jus rei forsitan illa ratio
 „est“), ohne sich dadurch selbst
 dafür zu erklären. — Die ge-
 wöhnliche Vereinbarung ist diese:
 Papinian sagt „si . . tibi
 „possidere . . constitueris:
 „confestim amisisse me pos-
 „sessionem,“ nämlich vor-
 ausgelegt, daß auch noch
 contrectatio vorgegangen sey.
 Diese Erklärung ließe sich dem
 Anfang der Stelle zur Noth
 noch anpassen, aber alles nach-
 folgende hätte durchaus keinen
 Sinn (s. die vor. Note). Sie
 steht übrigens schon in der
 Glosse, und außerdem bey
 folgenden Schriftstellern: DUA-
 RENUS in L. 3. §. 18. *de poss.*
 (opp. p. 861. — MERENDA
 in contr. Lib. 2. C. 21. —
 AVERANIUS in interpr. L. 1.
 Cap. 28. §. 19. 20. (T. 1.
 p. 323).

durchaus nicht über den Fall ausgedehnt werden, für welchen sie hier bestimmt worden ist, d. h. sie darf bloß gelten für den Fall einer Repräsentation des Besizes, welche durch die Untreue des Repräsentanten selbst aufgehoben werden soll (1).

Also bey unbeweglichen Sachen kann die Untreue des Repräsentanten erst dann den Besiz entziehen, wann diese Untreue dem Besizer bekannt geworden ist: bey beweglichen Sachen erst dann, wann zugleich ein *furtum* in dieser Untreue enthalten ist.

Bisher war von dem Verlust an den Repräsentanten die Rede: es ist jetzt noch der Verlust durch denselben zu bestimmen, d. h. die Art des Verlustes, wobey in dem Repräsentanten selbst das Verhältniß zur Sache aufgehoben wird, welches unsern Besiz bisher sicherte. Die Fälle, die hierher gehören, sind zum Theil schon unter den Römischen Juristen so bestritten gewesen, daß es für die Sicherheit der Resultate sehr vortheilhaft ist, die Gegenstände dieses Strei-

(1) Euper (P. 2. C. 33.) hat sie auf eine seltsame Weise mißverstanden. Er scheint die Regel so zu fassen: „wo nur „überhaupt ein *furtum* gedacht „werden kann, sind die Bedin- „gungen des *furti* zugleich Be- „dingungen für den Verlust

„des Besizes“, und er folgert aus dieser falschen Regel den übrigens sehr wahren Satz, daß in L. 5. §. 3. *de poss.* nicht bloß von einem Schatz in fremdem Eigenthum die Rede seyn könne (s. oben S. 213. Note 1.)

tes so viel als möglich zu beschränken. — Nun kann der gegebene Fall so beschaffen seyn, daß der Besitz der Sache verloren wäre, auch wenn kein Repräsentant ihn ausgeübt hätte: alsdann ist er immer auch hier verloren, und dieser Fall darf gar nicht als Gegenstand des Streites betrachtet werden. Wenn also der Pächter eines Grundstücks dasselbe verkauft, der Käufer es bezieht, und ihn der vorige Besitzer nicht zu stören wagt (S. 346.), so ist ohne Zweifel von diesem Augenblick an der Besitz verloren. Eben so, wenn der Repräsentant eine bewegliche Sache verliert, so daß weder er noch der Besitzer sie wieder finden kann (S. 333.); oder wenn er die Sache einem Dritten übergiebt, indem dieser auf dieselbe Art wie ein Dieb (S. 332.) den vorigen Besitz ausschließt, ganz ohne Rücksicht auf das Bewußtseyn des vorigen Besitzers. — Ohnehin wird in vielen Fällen dieser Art der Repräsentant selbst bereits Besitzer geworden seyn (S. 368 fg.) und dann hat es keinen Zweifel, daß er diesen Besitz veräußern kann. Demnach ist nun unsere Frage so zu bestimmen: kann durch den Repräsentanten der Besitz verloren seyn, wenn er ohne Rücksicht auf Repräsentation als fortdauernd angenommen werden müßte?

Nun kann das Verhältniß des natürlichen Besitzes, in welchem bisher der Repräsentant zu der besessenen Sache stand, auf zweierley Weise aufgehoben

werden: ohne seinen Willen, und mit seinem Willen.

Für den ersten Fall ist wieder kein Streit. Ist es nämlich fremde Gewalt, die den Repräsentanten verdrängt, so ist ohne Zweifel der Besitz verloren, und es kommt nicht auf das Bewußtseyn des vorigen Besitzers an (1). Dagegen dauert sicher der Besitz fort, wenn ohne fremde Gewalt der Repräsentant unfähig wird unsern Besitz auszuüben, z. B. durch den Tod, oder durch Wahnsinn (2).

Nun ist noch der letzte Fall zu untersuchen übrig, wenn nämlich durch den Willen des Repräsentanten selbst sein Verhältniß zur Sache aufgehoben wird, und dieser Fall ist wieder auf zweierley Art zu denken möglich.

(1) L. 1. §. 22. *de vi*: „Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere: et ideo his dejectis ipse de juri de possessione videtur, etiam si ignoret eos dejectos, per quos possidebat.“
Nämlich nun ist auch sogleich das Interdict begründet, und das Grundstück als *fundus vi possessus* der *Usucapion* entzogen, also der ganze Erfolg wenig bedenklich.

(2) L. 60. §. 1. *locati*, L. 25. §. 1. *de poss.*, L. 40. §. 1. *de poss.* — Bloß die Ausnahmen in der letzten Stelle: „cum dominus possessionem apisoï neglexerit“ und: si nemo „extraneus“ etc. können einigen Zweifel erregen: allein die erste derselben läßt sich auf Analogien zurück führen (C. 360.), und die zweite hängt mit dem gleich folgenden Streite zusammen.

§. 53. Forts. d. Besitzes durch Stellvertreter. 373

A.) so, daß nun überhaupt Niemand den natürlichen Besitz hat. — Hier haben vielleicht einige Juristen den Besitz als verloren betrachtet: beweisen läßt sich das Daseyn dieser Meinung nicht, wiewohl man es gewöhnlich als entschieden annimmt, vielmehr ist in vielen Stellen gerade das Gegentheil bestimmt, ohne daß dabei eines Streitens Erwähnung geschieht (1). Alles kommt auf folgende Stelle an (2):

L. 40. §. 1. *de poss.*

„Si . . colonus . . decessisset . . non statim dicendum, eam (sc. possessionem) interpellari . . . *Idem* (3) *existimandum* ait, si colonus sponte possessione decesserit. Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.“ Ist „*aliud*“ die richtige Les-

(1) L. 5. §. 8. L. 44. §. 2. *de poss.*, L. 7. *pr. pro emtore*, L. 31. *de dolo*.

(2) Nämlich das argumentum a contrario, wodurch noch eine andere Stelle den Streit beweisen soll (L. 31. *de poss.* „ . . si non deserendae “), ist hier ziemlich unbedeutend, da uns aller Zusammenhang der Stelle fehlt.

(3) GLOSSA: „*alias aliud* . . . *alias idem*.“ (GIPHANIUS in lect. Alt. p. 535.). — FLORENT. „*aliud*“: eben so die gedruckten Ausgaben. Die meisten Pariser Mss. lesen *aliud*, sechs aber lesen *idem*, und eben so die Handschrift zu Mez. — Bey Gebauer findet sich hier, wie gewöhnlich, keine Spur einer Variante.

art, so ist jener Streit bewiesen, ist es „idem“, so ist kein Grund dafür da. Für die zweite Leseart ist der Zusammenhang der ganzen Stelle, indem nun die Worte: „*Sed haec ita esse vera*“ beide vorhergehende Sätze zugleich umfassen, da sie nach der ersten Leseart sehr gezwungen bloß auf den entfernteren Satz bezogen werden müssen: die erste Leseart hat die Schlussworte für sich („*sed semper in hereditate*“ etc.) die jedoch auch nach der zweiten erklärt werden können.

B.) so, daß nun ein Dritter den natürlichen Besiz bekommt. Die Tradition ist bloß Ein Fall dieser Art, und die Römischen Juristen behandeln es, wie billig, als ganz gleichgültig, ob der natürliche Besiz unmittelbar (durch Tradition) auf den Dritten übergeht, oder mittelbar, indem erst der Repräsentant ohne Rücksicht auf einen neuen Besizer die Sache verläßt, und dann dieser sie occupirt. — Für diesen Fall nahmen die Meisten den Besiz als verloren an (1): in folgender Stelle aber wird sehr bestimmt das Gegentheil behauptet (2):

(1) L. 40. §. 1. L. 44. §. 2. *poss.* kann nicht hierher gezogen werden, da sie bloß den Satz

(2) Nämlich L. 32. §. 1. *de* enthält: „der Repräsentant

L. 5. §. 6. 7. 8. 9. *de poss.*

„In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. „Igitur etc. etc. — Sed et si animo solo „possideas, licet alius in fundo sit, ad „huc tamen possides. — Si quis nuntiet, „domum a latronibus occupatam, et do „minus timore conterritus, noluerit ac „cedere: amisisse eum possessionem placet. Quod si servus vel colonus, per „quos corpore possidebam, *decesserint* „*discesserintve*, animo (1) retinebo possessionem (2). — Et si alii tradiderim (3),

„kann nicht quasi ex Consti-
tuto den Besitz übertragen.“
(CUPERUS P. 2. C. 40.). Diesem wichtigen Satze, der auch ganz die Analogie für sich hat, steht nicht entgegen L. 21 §. 3. *de poss.* („Qui alienam rem „precario rogavit, si eandem „a domino conduxit: possessio ad dominum revertitur“), denn der rogans ist in der Regel selbst Besitzer (S. 286.), also nicht Repräsentant eines fremden Besizers.

(1) COD. REHD., EDD. Rom. 1476, Ven. 1485, Ven.

1484, Lugd. 1509. 1513, Paris. 1536: „possidebam, *decesserit vel animo*.“ — Nor. 1483. Paris. 1514. Hal. „possidebam, *discesserit* (Hal. „*discesserint*) *vel animo*.“

(2) ohne Unterschied, ob auf den discessus eine fremde occupatio gefolgt ist oder nicht.

(3) EDD. Rom. 1476, Nor. 1483, Ven. 1485, Ven. 1494, Lugd. 1509. 1513, Hal., Paris. 1514. 1536., „Sed si alii „*tradiderit*, (Hal. *tradiderint*)“.

„amitto possessionem. Nam constat pos-
 „sidere nos, donec aut nostra voluntate
 „*discesserimus*, aut vi dejecti *fueri-*
 „*mus* (1).“ — Paulus bestimmt den Ver-
 lust des Besizes an unbeweglichen Sachen
 (die beweglichen Sachen folgen erst §. 13 u.).
 „Dabey“ sagt er, „ist der animus (2) des
 „Besizers entscheidend,“ und diese Regel
 „wird durch eine Reihe von Anwendungen
 durchgeführt: a.) durch bloßen animus non
 possidendi wird der Besiz verloren. b.)
 Durch bloße Occupation wird er nicht ver-
 loren. c.) Kommt aber das Bewußtseyn
 des Besizers hinzu, der seinen Besiz mit
 Gewalt durchzusetzen nicht wagt, so hört
 nun der Besiz auf. d.) Wenn der Slave
 oder der Pächter, durch den wir den Besiz
 ausüben, stirbt oder freiwillig die Sache
 verläßt, dauert dennoch der vorige Besiz
 fort. e.) Wenn der Besizer selbst die Sache
 tradirt, so hört der Besiz auf (3). — Alle

(1) Hal. „*discesserint . . fue-*
 „*rint.*“ Das Resultat ist nicht
 wesentlich verschieden, aber die
 Stelle verliert an Zusammen-
 hang.

(2) Animus bezeichnet hier,
 wie gewöhnlich, zwey verschie-
 dene Begriffe (S. 357.).

(3) Mehrere haben um des-
 willen die Richtigkeit der Lesef-

diese einzelne Anwendungen werden nun unter die allgemeine Regel zusammengefaßt: „Wir verlieren den Besitz (einer unbeweglichen Sache) nicht anders, als entweder durch unsern Willen, oder durch eine *dejectio*.“ Durch diesen Schluß ist die Nothwendigkeit der Florentinischen Lesart, und damit zugleich die Richtigkeit unserer Erklärung völlig bewiesen.

Also es war überhaupt von zwey Fällen die Rede: in dem ersten hatte der Repräsentant den natürlichen Besitz bloß aufgegeben, in dem zweiten Fall hatte überdem ein Dritter diesen Besitz occupirt: für den ersten Fall waren vielleicht, für den zweiten gewiß die Meinungen der alten Juristen getheilt. — Justinian hat, mit ausdrücklicher Beziehung auf einen Streit der alten Juristen, in einer eigenen Constitution (1) verordnet: „die Untreue des Repräsentanten

art: „*tradiderim*“ bezweifelt, weil dann der Satz zu bekannt wäre, als daß ihn Paulus ausdrücklich aufstellen sollte. Allein einmal kam es hier nur darauf an, den Zusammenhang mehrerer (zum Theil sehr bekannter) Sätze mit einer allge-

meinen Regel darzustellen, und zweitens gab es auch bey der Tradition Fälle, in welchen es gar nicht überflüssig war, den Verlust des Besizes zu behaupten und zu beweisen: vgl. L. 17. §. 1. *de poss.* (S. 163.).

(1) L. 12. C. *de poss.*

378 Dritter Abschnitt. Verlust des Besizes.

„tanten soll dem Besizer nicht schaden (1),“ (also auch seinen Besiz nicht aufheben): betrifft nun diese Verordnung bloß den ersten, oder auch den zweiten Fall (2)?

- Ich glaube, beide Fälle zugleich, und zwar aus folgenden Gründen:

A.) Der Streit der alten Juristen ist für den ersten Fall gar nicht bewiesen (S. 373.), und doch will Justinian einen Streit entscheiden.

B.) Dagegen ist für den zweiten Fall der Streit völlig bewiesen (S. 374.), und dieser würde sonst auf eine unbegreifliche Weise unentschieden bleiben, da er so genau mit dem ersten verbunden ist.

C.) Die Worte:

„ . . . definimus, ut sive servus, sive
„ procurator . . . corporaliter nactam
„ possessionem dereliquerit, vel alii pro-
„ diderit, desidia forte vel dolo, ut locus
„ aperiat,ur alii eandem possessionem de-

(1) Einige haben das bloß von einem Recht der Zurückforderung erklärt, allein einmal existirte ein solches Recht nach allgemeinen Grundsätzen gar nicht, und hier soll ja nicht etwa ein neues Rechtsmittel eingeführt werden: zweitens

wäre dann doch ein *praejudicium* nicht zu läugnen.

(2) Nämlich daß sie den ersten betrifft, darüber kann kein Streit seyn: ohnehin ist der erste in dem zweiten vollständig enthalten.

„tinere: nihil penitus domino praejudi-
„cii generetur etc. etc.“

bezeichnen offenbar jeden dieser zwei Fälle besonders, und sie müssen sehr gezwungen erklärt werden, und als ganz unbedeutend und überflüssig, wenn nicht dieser Gegensatz darin enthalten seyn soll: um so mehr, da hier schon die alten Juristen zwischen Tradition und Dereliction, auf welche nachher Occupation folgt, gar nicht unterscheiden.

D.) Endlich die allgemeine Wiederholung:

„Hoc etenim tantum sancimus, ut do-
„minus nullo modo aliquod discrimen
„sustineat ab his quos transmiserit“

Nach der andern Erklärung würde ganz eigentlich durch die Handlung des Repräsentanten der Verlust begründet seyn, da die bloße Occupation eines Grundstücks, ohne Wissen des Besitzers, den Besitz nicht entziehen kann.

Schon unter den Glossatoren war die Interpretation dieser Stelle sehr bestritten (1). Sie und

(1) GLOSSA in L. 12. C. de
poss. — AZO in L. 12. C. de
poss. (lectura p. 570.). —
AZO in Summa, tit. de poss.
num. 15. (fol. 135.). — PLA-
CENTINUS in Summa, tit. de
poss. (p. 332.) ROGERIUS de
antinomicis sententiis p. 198.
(hinter Placentin de var.
act. ed. Mog. 1550. 8.). —
ROFREDUS in tract. jud. ord.
p. 428. 429. ODOFREDUS in
L. 3. et L. 40. ff. de poss.
(l. 56. 65.) et in L. fin. C.

die neueren Interpreten theilen sich in zwey Hauptpartheyen: die erste, deren Meinung auch hier vertheidigt worden ist, nimmt Fortdauer des Besizes an, ohne Unterschied, ob der Repräsentant die Sache bloß verläßt, oder einem Dritten übergiebt (1): die zweite läßt nur in dem ersten dieser beiden Fälle die Fortsetzung des Besizes zu (2). Von beiden Meinungen finden sich unter den Glossatoren sowohl, als unter den späteren Juristen, noch mancherley Modificationen, die meist auf einer unvollständigen Uebersicht der Quellen beruhen.

cod. (l. 108.). — Die Juristen der folgenden Periode citirt in großer Anzahl: MERNOCH. de recup. poss., remed. 14, num. 17 — 23.

(1) GIPHANIUS in L. 12. C. de poss. (lect. Alt. p. 356: kurz vorher (p. 423. 424.) war er noch anderer Meinung). — MERILLIUS in 50 Decis. (opp. P. 2. p. 130.). — VINMIUS in §. 5. I. de interdictis. — MYLIUS in diss. ad L. f. C. de poss., Lips. 1690. — OFFENRITTER in Decis.

Imp. Synt., cont. 50. Imp. Iustin. Decis., Viennae 1735. 4 (p. 792 — 794.).

(2) CUIACIUS in L. 3. §. 8. 9. de poss. (opp. VIII. 253, cf. V. 712, IX. 2018.). — A. FABER de err. pragm. IV. 2. — RAMOS de poss. P. 2. C. 1. §. 12. (Meerm. T. 7. p. 97.). — CUPERUS de poss. P. 2. C. 39. — FLECK de poss. p. 112. 113, de interd. unde vi p. 77 — 80. — Thibaut über Besiz §. 23.

Vierter Abschnitt.

Interdicte.

Schriftsteller:

ROFREDI Tractatus iudicarii ordinis, Colon. 1591. f. — Hierher gehört: Pars 2. *de Interdictis* (p. 62 — 108) und Pars 8. *de constitutionibus quibus violentiae puniuntur* (p. 397 — 435). — Nicht so wichtig als die übrigen Werke aus dieser Periode: weniger theoretische Untersuchung als practische Regeln und Formeln zu Klaglibellen.

MENOCHIUS de acquirenda, retinenda et recuperanda possessione (die zwey ersten Abschnitte: Colon. 1557, das ganze: Colon. 1577, nachher sehr oft, z. B. Colon. 1624. f. Das Druckjahr der (Venetianischen) Originalausgabe ist mir unbekannt.) Ein Werk für Practiker, das alles enthalten sollte, was gute und schlechte Schriftsteller über den Gegenstand gesagt hatten. Eine

eigene Bearbeitung sucht man vergebens, aber die Zusammenstellung ist ganz erträglich, so daß das Werk als Materialiensammlung nicht unbrauchbar ist.

DONELLUS XV. 32 — 38, et in Cod. VIII. 4. 5.

6. 9, s. die Einleitung.

FRIDERUS MINDANUS de interdictis, s. die Einleitung.

RETES de interdictis, s. die Einleitung.

§. 34.

Aller Besitz wird durch Interdicte geschützt: demnach ist zunächst der Begriff der Interdicte zu bestimmen.

In allgemeinen kam der Prozeß der Interdicte mit dem der Actionen darin überein, daß der Prätor bloß einen Privatmann (judex) instruirte, den Streit zu untersuchen und zu entscheiden: auf dieser Form beruhte der *ordo judiciorum privatorum*, weshalb auch die Interdicte überall als *ordinaria judicia* allen den Prozeßformen entgegengesetzt werden, in welchen ohne judex (*extra ordinem*) etwas geschah (*missio in possessionem, inductio in possessionem, decretum, actio extraordinaria* u. s. w.) (1). Wenn

(1) Die Hauptstellen für diese Ansicht der Interdicte, deren Ausführung nicht hierher, sondern in die Rechtsgeschichte gehört, sind diese: FRONTIN. et AGGEN. URB. (bey GOESIUS

freilich der Beklagte, nachdem der Prätor die formula actionis oder interdicti gegeben hatte, sein Unrecht erkannte, oder auch nur das Factum zugab (confessio), von dessen Untersuchung die Entscheidung des judex allein abhieng, so war aller Prozeß vergeblich, und das Geschäft des judex war geendigt, noch ehe es angefangen hatte (1). — Im dritten Jahrhundert wurden die actiones extraordinariae, die vorher bloß als einzelne Ausnahmen gegolten hatten, immer mehr

p. 41. 56. 68. „interdicti formula,“ vergl. mit Ulpian XXV. 12.), L. 3. pr. ne vis fiat ei, L. 3. §. 3. de liberis exhibendis, L. 5. §. 27. ut in poss. legat., L. 1. §. 2. si ventris nomine, L. 3. C. de interd. (C. 329.), THEOPHI- IUS ad pr. I. de interd. (Die Stelle der Institutionen selbst ist weniger entscheidend). Der beste Schriftsteller ist: COSTA ad pr. I. de interd. — Mehrere nehmen im Gegentheil an, daß das Wesentliche der Interdicte eben darin bestanden habe, daß der Prätor ohne judex den Prozeß entschied. SIGONIUS de jud. I. 16. CUIACIUS in paratit. ad Cod. VIII. 1, VINNIUS in pr. I. de

interd. Es ist also ganz consequent, daß Sigonius die Interdicte und die missiones in poss. für einerley hält.

(1) Für die Actionen s. Digest. XLII. 2, Cod. VII. 59. für die Interdicte L. 1. §. 1. de tab. exhib. und L. 6. §. 2. de confessis. — Hieraus widerlegt sich die mehrmals versuchte Vereinigung der zwey angeführten Meinungen, nach welcher der Prozeß vor einem judex bey den Interdicten etwas bloß zufälliges seyn soll, etwas das hinzukommen konnte, wenn der Andere nicht gehorchte. Bey Actionen galt genau dasselbe, und bey diesen wie bey den Interdicten war umgekehrt die Endi-

Regel. Dadurch mußte endlich der alte Prozeß der Interdicte aufhören, auch existirt eine Constitution von Diocletian (1), nach welcher auf dieselbe Art

gung des Streits ohne judex das Zufällige und Ausnahme von der Regel. — Gegen diese Ansicht behauptet mein Rec. in den Öbtt. Anzeigen (1804. p. 269.), bey der actio sey immer sogleich ein judex ernannt worden, (obgleich es zuweilen nicht zum Verfahren vor ihm gekommen sey) bey dem Interdict aber sey es oft gar nicht zur Ernennung des judex gekommen: deswegen sey es ein Irrthum, wenn ich die Ernennung des judex in beiden Fällen für gleich notwendig halte. Ich antworte: es kann wohl unter den Verschiedenheiten beider Prozeßarten auch die gewesen seyn, daß die Interdictenformel ausgesprochen wurde, ohne zugleich (wie bey der actio) einen bestimmten judex zu ernennen, also bloß als ernstliche Ermahnung an den Beklagten, seine Schuldigkeit zu thun, ohne es zum Prozeß kommen zu lassen. Diese An-

sicht ist sogar sehr wahrscheinlich. Allein Rechtsstreit und Entscheidung desselben konnte auch bey den Interdicten nicht vor dem Prätor, sondern nur vor einem judex vorkommen, die Interdictenformel wurde durchaus nicht als Urtheil ausgesprochen, und es war dazu nicht nöthig, beide Parteien zu hören. In dieser Rücksicht war kein Unterschied zwischen Actionen und Interdicten, und in diesem Sinn allein werden sie hier von mir gleichgestellt. — Wenn man übrigens die eben erklärte Verschiedenheit der Interdicte und Actionen annimmt, so diene dann das vorläufig ausgesprochene Interdict, sobald es nun zur Ernennung des judex kam, zugleich zur Instruction des judex, gerade wie eine formula actionis.

(1) L. 3. C. de interdictis (S. 8. I. eod.). — Vergl. L. 2. 4. C. unde vi, L. 17. C. de

untersucht und gesprochen werden soll, wie es ehemals bey den Interdicten der Fall gewesen sey (1).

Also vor dem *judex* wurde ein Interdict eben sowohl, als eine *actio*, durchgeführt: demnach kann der Unterschied beider Prozeßformen bloß in der mehr oder weniger förmlichen Untersuchung liegen. Das Wesentliche der Interdicte also bestand in einem summarischen Prozeß vor dem *judex*: genauer läßt sich dieser Begriff durchaus nicht bestimmen.

Aus diesem Begriff der Interdicte aber, so unbestimmt er ist, folgt nothwendig, daß er nur noch historisches, kein practisches Interesse für uns haben kann, da uns die ganze Prozeßform fremd, ja unbekannt ist, auf welcher allein er beruhte. Demnach sind

act. emti. — Giphanius (explan. Cod. P. 2. p. 262. 270.) nimmt ohne Grund an, die ganze Veränderung sey erst von Justinian vorgenommen, und die Stellen des *Codex* seyen interpolirt.

(1) „*Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.*“ Hierin liegt ein Hauptbeweis für die hier dargestellte Ansicht der In-

terdicte (S. 381.): heißt *interdictum* ein einseitiger Befehl des Prätors an die Partey (etwa wie ein Mandat), woraus nur etwa in der Folge und zufällig ein Prozeß vor einem *judex* entstehen konnte, so war es durch die allgemeine Einführung des *judicii extraordinarii* (d. h. ohne *judex*) nicht unmöglich gemacht: wohl aber, wenn *interdictum* (oder *formula interdicti*) die Instruktion des *judex* selbst bezeichnet.

die Interdicte in dem heutigen Recht zwar anwendbar, aber nicht insofern sie Interdicte, sondern insofern sie Rechtsmittel überhaupt sind, und die Art der Anwendung würde gar nicht geändert, wenn z. B. der Prätor eine *actio de tabulis exhibendis* anstatt eines Interdicts angeordnet hätte.

§. 35.

Der Interdicte überhaupt ist hier nur deswegen erwähnt worden, weil auch der Besitz durch Klagen dieser Art geschützt wird. Die possessorigen Klagen also sind Interdicte, ohne darum mit den übrigen Interdicten in einer anderen Berührung zu stehen, als durch den gemeinschaftlichen Prozeß, welche Berührung für uns völlig verschwindet. Der Begriff der possessorigen Klagen, oder (weil alle possessorige Klagen zugleich Interdicte sind) der possessorigen Interdicte ist jetzt zu bestimmen.

Diese Bestimmung hat im Allgemeinen keine Schwierigkeit. *Rei vindicatio* heißt die Klage, welche der Kläger durch sein Eigenthum, *actio emti* die, welche er durch eine *emtio* begründet: eben so sind possessorige Klagen die, welche auf den Besitz des Klägers sich gründen, d. h. die nur unter der Bedingung angestellt werden können, daß der Kläger ein *jus possessionis* wirklich erworben hat. Die Anwendung dieses Begriffs auf die *interdicta retinendae*

und recuperandae possessionis hat keine Schwierigkeit: allein bey den interdictis adipiscendae possessionis behauptet der Kläger weder jetzt zu besitzen, noch ehemals den Besitz gehabt zu haben. Dennoch ließe sich eine zweifache Art denken, diese Interdicte mit den übrigen possessorischen Klagen in Verbindung zu bringen: A.) Indem man eine Fiction hinzudenkt, durch welche der Besitz als erworben behandelt würde, den wir bloß das Recht haben zu erwerben (1). Allein eine solche Fiction darf nicht willkürlich angenommen werden, und für diese wäre der erste Beweis noch vorzubringen: ja sie hat alle Analogie gegen sich, denn bey den int. retin. und recup. poss. beruht das Klagrecht außer dem Besitz auch noch auf einer bestimmten Form der Verletzung (Gewalt u. s. w.), diese ist bey den int. adip. poss. gewiß nicht nöthig, folglich hätte ein fingirter Besitz sogar noch mehr Recht, als ein wirklich erworbener. — B.) Indem man den Besitz einer andern Person, deren successor der Kläger wäre, als Bedingung betrachtet. So könnte z. B. das int. quorum honorum nur dann gelten, wenn der Verstorbene den juristischen Besitz der Sache gehabt hätte, und eben durch diese Beziehung auf den Besitz würde es ein possessorisches Rechtsmittel. Allein

(1) Diese Ansicht hat: Do- 37. (p. 814).
NELLUS in comm. j. civ. XV.

eben diese Beziehung ist falsch; die *possessio* des Verstorbenen wird durchaus nicht als Bedingung dieses Interdicts angegeben (1), und es wäre völlig willkürlich, wenn wir auf diese Weise das Klagerrecht des Erben beschränken wollten. — Demnach stehen die *int. adipiscendae possessionis* auf keine Weise mit jenem Begriff der possessoriischen Klagen in Verbindung.

Dennoch ist nicht zu läugnen, daß die Römer selbst die *int. adipiscendae, recuperandae und retinendae possessionis* zusammenstellen (2): aus dieser Zusammenstellung haben alle unsere Juristen ihren allgemeinen Begriff der possessoriischen Interdicte construirt. Possessorische Interdicte waren nun solche, welche den Besitz zum Zweck haben. — Allein diese Bestimmung ist so gut als gar keine, da der Besitz als Zweck bey den meisten Klagen vorkommen und nicht vorkommen kann, was offenbar ganz zufällig

(1) Die einzige Stelle, die hieran einen Augenblick könnte zweifeln lassen, ist: PAULUS III. 5. §. 18: „In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus, priusquam jure ordinario exheredetur, improbe mitti desiderat.“ Allein diese *missio* des Testamentserben, worauf

sich auch das *edictum D. Hadriani* bezieht, ist von dem Interdict sehr verschieden, ja es wird ihr eben hierin auch das Interdict entgegen gesetzt („*jure ordinario*“ s. o. S. 381), so daß diese Stelle im Gegentheil für meine Behauptung völlig beweist.

(2) L. 2. §. 3. *de interd.*, §. 2. I. *cod.*

ist. So z. B. ist der eigentliche Zweck der *actio pigneratitia* die Restitution des Besizes, derselbe Zweck ist bey der *actio emti* und *locati* und bey unzähligen anderen Klagen möglich, und es wäre durchaus kein Grund da, alle diese Klagen von jenem unbestimmten Begriff der possessorischen Klagen auszuschließen. Auch werden in der einzigen Stelle, in welcher wirklich von possessorischen Rechtsmitteln in jenem unbestimmten Sinn die Rede ist, ausdrücklich Interdicte, Actionen und Exceptionen zugleich darunter begriffen (1): dagegen werden jene drey Classen gar nicht als *possessoria interdicta*, sondern als *interdicta rei familiaris* überhaupt zusammengestellt (2), ja es wird eine Eintheilung der Interdicte als Haupteintheilung genannt (3), welche jene Zusammenstellung geradezu ausschließt. Der entscheidendste Grund endlich gegen die gewöhnliche Zusammenstellung ist dieser: die wahren possessorischen Interdicte gründen sich auf *Delicte* (S. 21. 22.): hätte nun der Prätor kein In-

(1) *L. 1. §. 4. uti poss.* „sionis ordo aut interdicto
 „ . . . omnis de possessione „expeditur, aut per actionem.
 „controversia aut eo pertinet, „Retinendae itaque posses-
 „ut quod non possidemus, „sionis duplex via est, aut ex-
 „nobis restituatur: aut ad „ceptio, aut interdictum . . .“
 „hoc, ut retinere nobis liceat (2) *L. 2. §. 3. de int.*
 „quod possidemus. Restitu- (3) §. 1. I. de int.
 „tae (restituendae) posses-

terdict, sondern eine *actio* für den Fall einer *dejectio* angeordnet, so wäre diese *actio de vi* ohne Zweifel mit der *actio vi bonorum raptorum u. a. m.* zusammengestellt worden: dann aber hätte Niemand darauf fallen können, sie mit dem *int. quorum bonorum u. s. w.* in eine Classe zu setzen, folglich darf dieses auch jetzt nicht geschehen, indem jene Anordnung eines *Interdicts*, anstatt einer *actio*, für uns völlig unbedeutend, und selbst nach der Ansicht der Römer zufällig ist, d. h. die Natur des Klagerechts selbst nicht afficirt.

Also sind die *int. retinendae und recuperandae poss.* die einzigen possessorigen Klagen überhaupt, und die *int. adipiscendae poss.* haben nichts mit ihnen gemein. Ja noch mehr: diese haben untereinander selbst nichts gemein, welches sich leicht durch eine Aufzählung derselben zeigen läßt, und auch schon daraus erhellt, daß sie an so ganz verschiedenen Stellen der Quellen abgehandelt werden. Das *int. quorum bonorum* nämlich ist eine provisorische *hereditatis petitio possessoria*: das *int. quod legatorum* beruht, wie der ganze Besitz und so vieles andere, auf einem ganz eigenen Rechtsfuß, den das Edict zuerst aufgestellt hatte: das *int. de glande legenda* ist eine provisorische *rei vindicatio* für einen speciellen Fall: das *int. Salvianum* eine provisorische *actio Serviana* (1):

daß int. fraudatorium (2) endlich eine provisorische actio Pauliana.

§. 36.

Der Begriff der possessorischen Interdicte ist jetzt vollständig bestimmt: aber es ist noch Einem Einwurf zu begegnen, der für die ganze Darstellung außerordentlich wichtig ist. Die meisten neueren Praktiker nämlich haben mehr oder weniger deutlich die Interdicte als provisorische vindicationen betrachtet (3): diese Ansicht soll hier geprüft werden.

Provisorische Rechtsmittel sind solche, deren Entscheidung den Streit nur vorläufig endigt, indem noch

(1) Donellus (comm. XV. 37.) rechnet außer jenen vier zuerst genannten noch zwey: daß int. de tabulis exhibendis, und daß was der missus in possessionem hat. Allein diese beiden haben gar nicht den Besitz zum Zweck, gehören also gar nicht dahin.

(2) L. 67. §. 1. 2. ad Sc. Trebell., L. 96. pr. de solut. — L. 10. pr. quae in fraud. cred.

(3) s. v. §. 36, und über die Entstehung dieser Meinung bey Bartolus und Cujas §. 130 — 132. Der Gegensatz

des *petitorii* und *possessorii* wird gewöhnlich auf diese Art gedacht. — Vielleicht hat unter andern die Stelle des Isidor zu dieser Meinung beigetragen, worin alle Interdicte überhaupt als provisorische Entscheidungen definiert werden (orig. V. 25, bey Gothofred p. 932.):

„Interdictum est, quod a „judice non in perpetuum, „sed pro reformando mo- „mento ad tempus interim „dicitur: salva propositione „actionis ejus.“ — Eben so Interpr. Goth. in Paul. V. 6. §. 1.

eine andere (peremptorische) Untersuchung und Entscheidung derselben Rechtsfrage möglich ist. So ist z. B. bey dem int. quorum bonorum das Erbrecht des Klägers ganz eigentlich das, was untersucht und entschieden wird: aber derselbe Punct kann nachher bey der hereditatis petitio, Gegenstand einer neuen Untersuchung seyn. Beide Untersuchungen stehen demnach in einem ähnlichen Verhältniß zu einander, wie die Untersuchung vor einer ersten und zweiten Instanz.

Wenn also die possessorischen Klagen in der That solche provisorische Rechtsmittel wären im Verhältniß zum Eigenthum, so müßte das Recht derselben so betrachtet werden: wer besitzt, wird nach einer allgemeinen Präsuntion der Gesetze vorläufig als Eigenthümer angenommen, aber diese Entscheidung der provisorischen vindication (des possessorii) kann bey einer folgenden Untersuchung (dem petitorio) eben sowohl geändert als bestätigt werden. — Daß diese Ansicht falsch sey, indem das Recht der Interdicte auf Gründen beruhe, die in gar keiner Beziehung auf Eigenthum stehen — dieser Satz ist gleich im Anfang dieser Abhandlung (§. 2.) vorausgesetzt, in der Folge aber vollständig bewiesen worden, indem gezeigt wurde, daß das Recht der Interdicte als das einzige Recht des bloßen Besitzes von den Römern betrachtet werde (§. 60 — 64.), der Erwerb des Besitzes selbst aber so beschaffen sey,

daß der Besitz weder mit dem Eigenthum, noch mit einem andern Rechte in Verbindung stehen könne (Abschn. 2, besonders §. 28.). — Hier ist es nöthig, die Veranlassungen jenes Irrthums zu entfernen, die, weil sie den Interdicten eigenthümlich sind, bisher noch nicht berührt werden konnten.

Die *interdicta retinendae possessionis* nämlich werden als nöthige Vorbereitungen der *vindication* angegeben; ja es wird gesagt, daß dieser Umstand Gelegenheit zu ihrer Einführung gegeben habe (1): in einer andern Stelle wird jedem Eigenthümer der Rath gegeben, wo möglich ein Interdict und nicht die *vindication* zu gebrauchen (2). — Allein dieses vorbereitende Verhältniß ist offenbar von dem eines provisorischen Rechtsmittels sehr verschieden, da gerade das Wesentliche dieses letzten (nämlich die Untersuchung derselben Rechtsfrage) bey dem ersten ganz gleichgültig ist, so daß selbst eine Civilsache zur Vorbereitung einer Criminaluntersuchung dienen kann. Ferner: jenes vorbereitende Verhältniß zur *vindication* läßt sich bey sehr vielen andern Klagen (z. B. aus *Contracten*) denken, und es ist kein Zweifel, daß jeder Jurist dem

(1) L. 1. §. 2. 3. *uti possid.* Vergl. *FESTUS v. possessio* (§. 4. I. *de interd.*), L. 35. (bey Gothofred p. 372.),
de poss. und *SIMPLICIUS* (bey Obsius

(2) L. 24. *de rei vind.* — pag. 79.)

Eigenthümer, der außer der Vindicatio auch eine Klage aus einem Contract hat, zu dieser letzten rathen wird, wiewohl sie sicher nicht eine provisorische Vindicatio ist. Endlich, was die Hauptsache ist: jenes vorbereitende Verhältniß ist bey den Interdicten selbst bloß zufällig. Da nämlich das Recht der Interdicte durch den bloßen Besitz völlig begründet ist, so können sie ohne Zweifel auch dann gebraucht werden, wenn keiner der streitenden Theile Eigenthum zu haben behauptet.

Demnach kann der Gebrauch der Interdicte zur Vorbereitung der Vindicatio sehr gewöhnlich seyn (1),

(1) Ulpian (L. 1. §. 2. *uti poss.*) giebt sogar diesen Gebrauch als Grund der Einführung des *int. uti possidetis* an, weil nämlich ohne dieses Interdict der Besitzstand im Prozeß über Eigenthum nicht hätte rogirt werden können. Nun muß freilich, wie auch Ulpian sagt, in jedem Prozeß über Eigenthum vor allem untersucht werden können, welcher von beiden Theilen als Kläger (*petitor*), welcher als Beklagter (*possessor*) gelten sollte; aber gerade für diese Untersuchung existirte seit den ältesten Zeiten eine ganz eigene Prozeßform vor dem Prätor selbst, die *lis vindiciarum*, die noch zur Zeit des Sallust, also lange nach Einführung der Interdicte, im Gebrauch war (*noct. att. XX. 10. „verba . . . quae . . . dici nunc quoque „apud Praetorem solent.“*). Nun gabe es freilich Fälle, in welchen in *rem* geklagt wurde ohne Römische Vindicatio, namentlich wenn ein *peregrinus* Partey war, wenn über ein Provinzialgrundstück gestritten wurde, und bey der *publiciana actio*. Allein die zwey ersten

dennoch ist dasselbe bloß zufällig, und es darf kein Gebrauch davon gemacht werden, wo es darauf ankommt, die juristische Natur jener Interdicte zu bestimmen. Diese letzte Bemerkung wird vorzüglich durch eine Stelle des Ulpian bestätigt, die schon mehrmals in dieser Abhandlung vorgekommen ist. (1) Es war nämlich die Frage, ob der Besizer durch den Gebrauch der Vindication den Besitz, folglich auch das *interdictum uti possidetis*, verliere: diese Frage wird hier verneint. Wäre nun das *interdictum uti possidetis* nicht bloß zufällig und in den meisten Fällen, sondern seinem Wesen nach eine Vorbereitung der Vindication, d. h. der Anfang des Vindicationsprozesses gewesen, so läge darin der entscheidendste Grund, den wirklichen Gebrauch der Vindication als Entfagung auf das Interdict zu betrachten: deswegen leitet Ulpian seine Entscheidung der Frage durch die Bemerkung ein, daß

Fälle gehörten gar nicht in das Edict des praetor urbanus, und bey der publiciana müste erst noch bewiesen werden, daß sie älter sey als das Interdict. Ueberhaupt aber erhellt ein so genauer Zusammenhang der possessorischen Interdicte unter einander aus ihren Formeln und Rechtsätzen, daß es mir schon deswegen gewagt scheint,

so ungleichartige Entstehung und so verschiedene Zwecke bey ihnen anzunehmen. Der entscheidendste Grund gegen Ulpian, aus den Worten des Edicts selbst, kann erst im folgenden §. entwickelt werden.

(1) L. 12. §. 1. de poss. — f. o. S. 37, und vorzüglich S. 358.

der Streit über Besitz und der Streit über Eigenthum ihrer Natur nach unabhängig von einander seyen, und folgert daraus, daß durch die Vindication dem Interdict nicht entsagt werde (1):

„*Nihil commune habet proprietas cum*
 „*possessione: et ideo non denegatur ei*
 „*interdictum uti possidetis, qui coepit*
 „*rem vindicare: non enim videtur pos-*
 „*sessioni renuntiasse, qui rem vindica-*
 „*vit.*“

Die possessorischen Interdicte also sind die Klagen, die durch den bloßen Besitz begründet sind (§. 386.), und dieser Begriff ist jetzt durch den Beweis gerechtfertigt, daß sie mit der Vindication in keiner nothwendigen Verbindung stehen. Aber nicht jede Verletzung des Besitzes überhaupt, sondern nur die Verletzung in bestimmten Formen giebt dem Besitzer das Recht der Interdicte, und durch diese Formen der Verletzung werden die einzelnen Interdicte selbst von einander unterschieden. Nämlich alle Interdicte gründen sich entweder auf Gewalt, oder auf Verheimlichung, oder auf den Mißbrauch eines precarii: aber Gewalt kann den Besitz entweder bloß stören, oder ent-

(1) Nämlich diese Renuntiation konnte noch aus einem andern Grunde behauptet werden

§. 358.), den hier Ulpian nicht ausdrücklich nennt.

§. 37. *Interdicta retinendae possessionis.* 397

ziehen, und wegen der bloßen Störung giebt es wieder verschiedene Interdicte, je nachdem ein Grundstück, oder eine bewegliche Sache Gegenstand des Besizes ist. — Demnach sind hier überhaupt folgende Interdicte abzuhandeln:

I. *Interdicta retinendae possessionis:*

A. im allgemeinen (§. 37.).

B. *Uti possidetis* (§. 38.).

C. *Utrubi* (§. 39.).

II. *Interdicta de violenta possessione.* (§. 40.).

III. *Interdictum de clandestina possessione.* (§. 42.).

IV. *Interdictum de precaria possessione.* (§. 42.).

V. Constitutionen der Kaiser über die possessorischen Interdicte. (§. 43.).

§. 37.

VERGINII DE BOCCATIIS A CINGULO, Ic. Romani, Tract. de int. uti poss. s. de manuten. in poss., Colon. 1582. 8, auch in: Tract. Tom. 3. P. 2. (Ven. 1584. f.) und öfters.

Alle *Interdicta retinendae possessionis* (auch für die *Quasi Possessio*) zusammengestellt: schlecht und sehr entbehrlich.

Die *Interdicta retinendae poss.* sollen den gegenwärtigen Besitzer gegen gewaltsame Eingriffe in seinen Besitz schützen.

Um diesen Satz näher bestimmen zu können, wird es nöthig seyn, die verschiedenen Fälle zu erwägen, in welchen diese Interdicte wirklich vorkommen können:

- 1.) wenn der Besitzer durch die Störung des Besizes Schaden gehabt hat, welchen er jetzt ersetzt haben will;
- 2.) wenn eine zukünftige Störung des Besizes zu fürchten ist, gegen welche der Besitzer geschützt seyn will;
- 3.) wenn Prozeß über das Eigenthum durch die vorläufige Untersuchung des Besizstandes regulirt werden soll, sollte auch gar keine gewaltsame Störung des Besizes vorgefallen, oder zu erwarten seyn.

Unstreitig haben in allen diesen Fällen unsre Interdicte statt. Eben so gewiß ist es, daß für diese verschiedenen Fälle dennoch dasselbe Interdict gebraucht wird, und daß dieselbe Stelle des Edicts als Quelle dafür gilt. Welches ist also der logische und historische Zusammenhang dieser verschiedenen Fälle der Anwendung desselben Interdicts?

§. 37. Interdicta retinendae possessionis. 399

Der erste Fall ist im Edict namentlich angegeben (1), und insbesondere hat die Verjährung des Interdicts für jeden andern Fall gar keinen Sinn. Auch hat es gar keinen Zweifel, daß diesem Fall eine obligatio ex maleficio zum Grunde liegt.

Auch der zweite Fall steht namentlich im Edict (2), und auch dieser kann auf eine obligatio ex maleficio reducirt werden, nur daß das maleficium dabey nicht als geschehen, sondern als zukünftig gedacht werden muß. Denn es ist offenbar, daß das (zu verhütende) maleficium durchaus der einzige Grund des Interdicts in diesem Fall ist, und daß dabey kein anderes Recht mit ins Spiel kommt. So daß also auch dieser Fall der oben angenommenen Classification (§. 6.) auf keine Weise widerspricht. Der erste und zweite Fall kommen darin überein, daß sie den jetzigen Besitzer gegen Störung schützen sollen, so daß in beiden die Untersuchung, ob der Kläger Besitzer sey, die Hauptsache ist. Dagegen ist ihre Verschiedenheit, juristisch betrachtet, nicht wesentlich, so daß also ihre Zusammenstellung dem Edict auf keine Weise zum Vorwurf ge-
reichen kann.

(1) neque pluris quam
quanti res erit intra annum,
quo primum experiundi po-
testas fuerit, agere permittam.

(2) Uti possidetis . . .
quo minus ita possideatis vim
fieri veto.

Der zweite Fall insbesondere wird sehr oft bey dem Prozeß über das Eigenthum statt finden, wenn es nämlich dabey darauf ankommt, während des Prozeßes alle Thätlichkeiten zu verhindern. Nur ist er hier ja nicht mit dem dritten Fall zu verwechseln. Denn es kann sehr wohl der jetzige Besitzstand ganz entschieden seyn, und dennoch von einem unruhigen Gegner Störung befürchtet werden: in einem solchen Fall bedurfte es des Interdicts zwar auf Veranlassung der rei vindicatio, aber gar nicht um den Prozeß über das Eigenthum zu reguliren (Num. 3.), sondern bloß um Gewalt zu verhindern (Num. 2.). Es kann aber eben sowohl zugleich der Besitzstand zweifelhaft seyn, und dann muß nach der oben gegebenen Regel zugleich hierüber entschieden werden.

Jetzt wird es leicht seyn, auch den dritten Fall zu erklären. Bey jedem Prozeß über Eigenthum muß vor allem der Besitzstand entschieden werden, wenn derselbe bestritten wird. Nun war eben dazu bey der vindicatio die *lis vindiciarum* eingeführt. Allein dabey trat die große Schwierigkeit ein, daß immer der Prätor selbst, ohne *judex*, die Sache entscheiden mußte, da doch die Untersuchung sehr verwickelt seyn konnte. Zudem gab es bey vielen Reaklagen gar keine *lis vindiciarum* (s. o. S. 394.). Dagegen lag ein Ausweg sehr nahe. Wenn nämlich in einem solchen Fall.

zugleich Thätlichkeiten zu befürchten gewesen wären, so hätte man das Interdict gebraucht, welches nur um sein selbst willen eben die Frage entschieden hätte, welche für das Eigenthum entschieden werden sollte, und dabey kam nicht nur ein iudex vor, sondern es war auch gar nicht auf die vindicatio ex jure quiritium eingeschränkt. Man brauchte also nur jeden Fall des streitigen Besihsstandes so zu behandeln, als ob dabey Thätlichkeiten verhütet werden sollten, so war mit Hülfe dieser Fiction das interdictum retinendae possessionis die juristische Form, wodurch alle jene Forderungen vollständig erfüllt wurden. Diese Fiction aber war ganz unbedenklich, indem sie das Resultat der Präliminaruntersuchung im wesentlichen gar nicht modifizierte, also keiner Partey Unrecht thun konnte. Auf diese Weise war der dritte der oben aufgezählten Fälle für die interdicta retinendae possessionis gefunden. Dieser Fall war in den Worten des Edicts selbst nicht enthalten, denn das *vim fieri veto* hatte damit nichts zu schaffen (1), allein er wurde durch

(1) Da dieser Fall also nicht einmal in den Worten des Edicts lag, so kann er am wenigsten die Entstehung dieses Interdicts veranlaßt haben, wodurch denn die historische Bemerkung von Ulpian (S.

394.) völlig weggeräumt wird. Es scheint verwegen, in solchen Dingen einem römischen Juristen zu widersprechen, allein erstens muß das Edict mehr gelten als Ulpian, d. h. ich will lieber annehmen, daß U.

eine ganz unschuldige Fiction der Regel des Edicts subsumirt. Durch diese Fiction wird der dritte Fall in der theoretischen Ansicht dem zweiten völlig gleich, kann also eben so wenig als dieser dazu dienen, unsere Classification dieser Interdicte (§. 6.) zu widerlegen. — Jetzt zu den Bedingungen der Anwendung der int. ret. poss.

Die erste Bedingung hier wie bey allen possessio- nischen Interdicten (§. 61 — 65.) ist die, daß Besitz wirklich erworben sey: nicht etwa *possessio civilis*, wohl aber juristische *possessio*, im Gegensatz des bloß natürlichen Verhältnisses der Detention (1). — Die

pian in einer historischen Erklärung irrt, als daß das Edict etwas ganz anders sagen will, als es wirklich sagt. Besonders hier lag der Irrthum so nahe, denn es ist wohl zu bemerken, daß jener dritte Fall, der in historischer Rücksicht und für das System so subordinirt erscheint, praktisch betrachtet, gerade der allerwichtigste und häufigste ist. Zudem lebte Ulpian mehrere hundert Jahre später, als die Interdicte eingeführt wurden. Zweitens wissen wir nicht, wie vieles in der Stelle des Ulpian von

den Compilatoren zugesetzt oder ausgelassen ist. Drittens giebt es ganz ähnliche Fälle, so z. B. erklärt Gajus die Entstehung der Usucapion (L. 1. de usurp.) und seine Erklärung paßt gerade auf den wichtigsten Fall des alten Rechts gar nicht.

(1) Hierher gehört: KLEBE diss. de nat. et ind. poss. ad int. uti poss. et utrobi necess., Lips. 1794 f. die Einl. num. 28.) — Die Einwürfe gegen diesen Satz können erst bey den einzelnen Interdicten dieser Classe widerlegt werden.

§. 37. Interdicta retinendae possessionis. 403

zweite Bedingung ist eine gewaltsame Verletzung (1), und damit verhält es sich so: Der Ausdruck „*Vis*“ wird im allgeinen von jeder Handlung gebraucht, welche gegen den Willen eines Andern vorgenommen wird, sey es, daß dem Handelnden dieser Wille wirklich erklärt wurde, oder daß er selbst diese Erklärung verhinderte (2). Wie diese gewaltsame Verletzung theils als vergangen, theils als zukünftig gedacht, theils endlich bloß fingirt werden müsse, ist bereits erklärt worden. — Drittens: die gewaltsame Verletzung des Besitzes muß den Besitz selbst nicht aufgehoben haben, welche Bedingung schon aus dem Namen dieser Classe der possessorischen Interdicte (*retinendae possessionis*) erhellt (3). Die nähere Bestimmung dieser bloß negativen Bedingung ist bereits in dem dritten Abschnitt dieses Werks gegeben, indem daselbst alle Fälle überhaupt bestimmt sind, in welchen der Besitz als verloren angenommen wird. Es versteht sich von selbst, daß diese Bedingung bloß für den Fall einer vergangenen Störung des Besitzes Sinn hat, und für diesen Fall kann der Besitzer auf zweier-

(1) „*Vim fieri veto*“ L. 1. *pr. uti poss.*, L. 1. *pr. de utrubi.*

(2) L. 1. §. 5 — 7. L. 20. *pr. §. 1. quod vi*, L. 73. §. 2. *de R. I.*

(3) die Glosse nennt diese Art der Gewalt „*vis inquietativa*“, und setzt ihr die „*vis expulsiva*“ entgegen (Gl. in §. 4. I. *de interd.*; et in L. 1. §. 9. *uti poss.*).

ten Art das Recht zu jenen Interdicten erwerben: theils indem ihm selbst nur einzelne Aeußerungen seiner Willkühr in Beziehung auf diese Sache verhindert werden (1), theils indem sich ein Anderer Handlungen eines Besitzers anmaasst, ohne ihn selbst aus dem Besitz zu verdrängen (2).

Der Zweck dieser Interdicte ist dreifach:

- 1.) Für den Fall einer vergangenen Störung: Schadensersatz.
- 2.) Für den Fall einer gedrohten zukünftigen Störung (welche aber auch aus einer vergangenen Verletzung geschlossen werden kann, so daß beide

(1) Beispiele: der Besitzer „faciendo, per quod liberam wird verhindert, sein Feld zu „possessionem adversarii non bauen (L. 3. §. 4. uti poss.), „relinquit.“ Aus den letzten oder ein Gebäude aufzuführen Worten, so wie aus den ersten oder zu verändern (L. 3. §. 2. (vim facit, bezogen auf „vim 3. uti poss., L. 52. §. 1. de „fieri veto“), erhellt am deut- poss., L. 12. comm. divid.) lichsten, daß von einer bloßen oder seinen Schatz aus einem Störung, nicht von Aufhe- fremden Grundstück auszugra- bung des Besitzes die Rede ist. ben (L. 15. ad exhibendum). DONELL. XV. 33. (p. 804).

(2) L. 11. de vi: „Vim faci- — Durch die Stelle, an wel- cit, qui non sinit possiden- cher dieses Fragment eingeschalt- tem eo, quod possidebit, et tet ist (tit. ff. de vi), sind mehrere Juristen veranlaßt wor- „uti arbitrio suo: sive inse- den, es auf das interdictum „rendo, sive fodiendo, sive de vi, zu beziehen.

„arando, sive quid aedifi-
cando, sive quid omnino

§. 37. Interdicta retinendae possessionis. 405

Zwecke coincidiren können): Verhinderung der befürchteten unrechtlichen Handlung: ob diese Handlung durch das bloße Verbot des Richters gehindert wird, oder ob eine thätliche Exsecution dieses Befehls nöthig ist, oder ob durch Cautionen die Ruhe des Besizes gesichert wird, ist für den allgemeinen Zweck dieser Interdicte ganz gleichgültig.

- 3.) Für die Anwendung dieser Interdicte auf den Prozeß über Eigenthum: Entscheidung der Frage, welcher von beiden Theilen den Besitz gegenwärtig habe. Auch dieser Zweck kann mit den beiden ersten coincidiren.

Für den Erfolg unserer Interdicte haben die Gesetze noch eine besondere Regel aufgestellt, die hier zu erläutern ist: Diese Interdicte nämlich sollen *duplicia* seyn, oder als *mixtae actiones* betrachtet werden (1), d. h. der Kläger und der Beklagte sollen gleiche Rechte haben, und nicht wie bey den meisten Klagen durch bestimmte Functionen einander entgegen gesetzt seyn (2).

(1) Für beide Interdicte:
L. 37. §. 1. de O. et A.,
§. 7. I. de interd. — Für das
int. uti possidetis allein: L. 2.
pr. de interd., L. 3. §. 1. uti
poss.

(2) §. 7. I. de interd. „ . .
„duplicia vocantur, quia par
„utriusque litigatoris in his
„conditio est, nec quisquam
„praecipue reus vel actor in-
„telligitur: sed unusquisque

Die wichtigste practische Folge dieses ist die, daß der Kläger eben sowohl als der Beklagte condemnirt werden kann. Nun läßt sich dieses auf zweierley Art denken: theils so, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte in der That den Besitz hat (1), und hier

„*tam rei, quam actoris partes sustinet.*“ Noch deutlicher ist: *L. 10. fin. regund. „Iudicium comm. div., fam. „erc. fin. reg. talis est, ut in „eo singulae personae duplex „jus habeant: agentis, et ejus „cum quo agitur.*“ — Einige nehmen jenen Satz so, als ob jeder Theil das Recht hätte, als Kläger aufzutreten, da doch nach der klaren Bestimmung der Gesetze die Eigenschaft der *mixta actio* bloß die Rechte der Parteien während des Prozesses betrifft. Anstellen kann das *interdictum retinendae possessionis* nur der Besizer, also immer nur Eine bestimmte Person. Eine wichtige Folge jenes Irrthums s. im folg. §.

(1) In den meisten Fällen ist eben dieß die Behauptung des Beklagten und der Gegen-

stand des Streits: daraus erklärt sich die Formel „*uti possidetis*“ d. h. „So, wie Einer von Euch, die Ihr Beide zu besitzen behauptet, wirklich besitzt &c. &c.“ Die Glossatoren habent mancherley Vermuthungen über diese Formel: unter andern nehmen sie an, der Prätor habe aus Höflichkeit den Besizer durch „*Sie*“ angeredet. Eine andere Erklärung war von sehr bedeutenden Folgen: Man bezog nämlich das „*uti possidetis*“ auf die *possessio plurium in solidum*, die eben dadurch theils überhaupt, theils für das int. *uti possidetis* allein bestätigt seyn sollte, indem bey diesem Interdict auch wohl der *dejectus* noch als Besizer gelten könne (s. u. S. 409.). — GLOSSA in rubr. Tit. C. *uti poss.*, Azo in Summa h. t. num. 19, et in lectura

hat es keinen Zweifel, daß der Beklagte, der sogar selbst als Kläger hätte auftreten können, auf dieselbe Weise, wie wenn er wirklich geklagt hätte, den Prozeß gewinnen muß: theils läßt es sich so denken, daß der Kläger zwar den Besitz hat, aber durch Exceptionen des Beklagten den Prozeß verlieren muß. In diesem Fall hätte der, welcher jetzt Beklagter war, nicht als Kläger auftreten können, dennoch wird ihm jetzt der Besitz zugesprochen (1), und diese scheinbare Inconsequenz läßt sich leicht rechtfertigen. Soll nämlich, wie hier, der Kläger abgewiesen werden, so muß der Richter entweder gar nicht über den Besitz entscheiden, oder den Beklagten zum Besitzer machen. Durch das Erste aber würde jedem Theile erlaubt, dem Andern nach Belieben Gewalt anzuthun: da nun dieses auf keine Weise das Resultat eines Richterspruchs seyn kann und darf, so bleibt nur das Zweite übrig, d. h. das Interdict muß als *duplex* behandelt, und der Beklagte muß in den Besitz gesetzt wer-

h. t. p. 622, PLACENTIN. in Summa h. t. p. 376. 377. — DONELLUS in Cod. h. t. num. 6. 7. 8. (p. 288. 289.).

(1) Daß dieses wirklich der Fall sey, folgt nicht nur aus

dem Begriff des *int. duplex*, sondern auch aus *L. 3. pr. uti poss. „ . . si a me possides, „ superior sum interdicto,“* d. h. Ich soll gewinnen, was sich auf keine andere Art denken läßt.

den, wiewohl er als Kläger mit diesem Interdict (1) nicht hätte gewinnen können.

§. 38.

Eigene Quellen für das *Interdictum uti possidetis*:

§. 4. I. de interd.	} s. die Einleitung.
Digest. Lib. 43. Tit. 17.	
Cod. Lib. 8. Tit. 6.	

Die Regeln, die in dem vorigen §. für die *interd. retinendae possessionis* überhaupt aufgestellt wurden, sind jetzt auf den Besitz der Grundstücke, also auf das *Int. uti possidetis* (2) anzuwenden.

Die allgemeinen Bedingungen dieser Interdicte waren: Besitz überhaupt, gewaltsame Verletzung desselben, und eine solche Verletzung, durch welche der Besitz nicht aufgehoben ist. Die erste und dritte dieser Bedingungen sind in der Anwendung auf das *int. uti possidetis* bezweifelt worden. — Was den ersten Punct

(1) Nämlich in den meisten Fällen würde er freilich ein anderes Interdict auch als Kläger haben gebrauchen können, z. B. das *int. do vi*, wenn ihn der Andere mit Gewalt aus dem Besitz warf, und dann das *int. uti possidetis*

gegen ihn gebrauchte, das er durch eine Exception ausschloß (L. 1. §. 5. *uti poss.*).

(2) Die Stelle des Edicts steht in: L. 1. *pr. uti possidetis*, und mit etwas verändertem Ausdruck bey Festus (v. *possessio*, ap. Gothofr. p. 372.):

betrifft, so fordert Cuper, daß die *possessio* auch *civilis* sey, wenn das Interdict begründet seyn soll: diese Behauptung ist eine bloße Folge seines falschen Begriffs von *possessio civilis*, mit welchem sie folglich zugleich widerlegt ist. Allein Cuper beweist seinen Satz noch besonders für unser Interdict, und dieser Beweis gehört hierher. Ulpian nämlich sagt in einer sehr bekannten Stelle; bey dem *int. unde vi* müsse die *possessio* nicht nothwendig *civilis* seyn; also — folgert Cuper — muß sie es bey dem *int. uti possidetis* allerdings seyn (1). — Die dritte Bedingung, daß der Kläger noch gegenwärtig Besitzer seyn müsse, ist gerade bey dem *int. uti possidetis* so klar bestimmt (2), daß sie eben hier am wenigsten hätte bezweifelt werden sollen. Der erste Grund dagegen beruht auf der falschen Erklärung der *possessio civilis* als *possessio quae animo retinetur* (§. 123 — 126. und §. 407.): diese Art der Fortsetzung sey auch dem

(1) de nat. poss. P. 2. C. 8.
 „in L. 1. §. 9. de vi scribit
 „ULPIANUS de Interdicto
 „unde vi: Nam et Natura-
 „lis Possessio . . . ad Hoc
 „Interdictum pertinet;
 „aperto indicio, eam non
 „pertinere ad Interdictum
 „Uti possidetis, aut

„Utrubi.“

(2) L. 1. §. 4. uti posside-
 tis „ . . . interdictum . . . uti
 „possidetis . . . redditur, ne
 „vis fiat ei, qui possidet . . .
 „hoc interdictum tuetur, ne
 „amittatur possessio: denique
 „Praetor possidendi vim fieri
 „vetat“ etc.

dejectus möglich, folglich habe dieser die Wahl zwischen dem int. *de vi* (wegen der verlorenen *possessio naturalis*) und *uti possidetis* (wegen der fortdauernden *possessio civilis*) (1). Ein zweiter Grund liegt in einer unrichtigen Erklärung der L. 11. *de vi* (S. 403. 404.): in dieser Stelle sey bey einer bloßen Störung des Besizes das int. *de vi* zugelassen, folglich müsse auch umgekehrt bey *dejectus* das int. *uti possidetis* gebrauchen dürfen. Drittens sagen Einige, da der *dejectus* als Beklagter ohne Zweifel den Prozeß gewinne, so müsse er auch als Kläger das Interdict haben (2). Das Mißverständnis in dem Begriff von *interdictum duplex*, der dabey zum Grunde liegt, ist schon oben (S. 405. Note 1.) aufgezeigt worden.

Auch die Wirkung dieses Interdicts kommt völlig mit dem *liberati*, was oben über die Wirkung der int. *retinendae poss.* im allgemeinen bestimmt worden ist. — Zuerst also ist die Handlung zu verhindern, wodurch der Besiz gestört werden soll. Dieser Zweck wird gewöhnlich durch das bloße Urtheil des Richters,

(1) Azo in *Summa Cod. tit. uti possid.* num. 16. 17. (fol. 145.). — MENOCH. *de retin. poss.*, remed. 3. num. 35. 36. 37. — SIPHANIUS in *antinom.*, Lib. 4. Disp. 48.

n. 24 — 30.

(2) Die zwey letzten Gründe zusammen haben: BUSIUS in *subtil. juris* Lib. 6. C. 8, SIPHANIUS l. c. (s. die vorige Note).

welches die Störung verbietet, vollständig erreicht seynte, außerdem hat es keinen Zweifel, daß dieses Urtheil wie jedes Urtheil überhaupt, exsecutirt werden müsse, und diese Exsecution kann unter andern darin liegen, daß der Richter von dem Verurtheilten, von welchem eine fortgesetzte Störung des Besitzes zu befürchten ist, deshalb Caution leisten läßt. Das Recht also, eine solche Caution aufzulegen, liegt schon in dem allgemeinen Recht der Exsecution, und es bedarf der ausdrücklichen Bestätigung der Gesetzgebung nicht, die bloß mit Hülfe einer falschen Interpretation hat behauptet werden können (1). — Für die Störung des Besitzes in

(1) *L. un. C. uti possidetis:*
 „Uti possidetis fundum, de
 „quo agitur, cum ab altero,
 „neq. vi, nec clam, nec pre-
 „cario possidetis, Restor pro-
 „vinciae vim fieri prohibe-
 „bit: ac satisfactionis, vel trans-
 „ferendae possessionis Edicti
 „perpetui forma servata,
 „de proprietate cognoscat.“
 Nämlich entweder, sagt man,
 ist der Beklagte nicht im Be-
 sitz, dann muß er jene Caution
 leisten: oder er ist im Besitz,
 dann wird der Besitz selbst
 durch dieses Interdict von ihm
 weggenommen (f. v. S. 409.).

QUARENUS in tit. uti poss.,
 et in Disp. anniv. I. 21. (opp.
 p. 944. 1386.). — Allein mit
 den Worten „vim heri pro-
 „hibebit.“ ist die Bestimmung
 des Interdicts zu Ende, was
 darauf folgt, betrifft die Dimi-
 nution, und bey dieser war
 es allgemeine Regel, daß der
 Beklagte entweder de iudicato
 capiren oder den Besitz abge-
 ben mußte, („satisfactionis,
 „vel transferendae possessio-
 „nis“) welche Regel aber nach-
 her aufgehoben wurde (S. 2.
 h. de satisd.). Diese richtige
 Erklärung haben: GLOSSA in

der vergangenen Zeit muß dem Besitzer Ersatz geleistet werden, und bey der Bestimmung dieses Ersatzes kommt alles das in Betracht, was der Besitzer durch jene Störung wirklich verloren, oder zu erwerben versäumt hat (1).

Soviel von den Bedingungen und der Wirkung dieses Interdicts im allgemeinen. Allein es sind einige Fälle besonders ausgenommen, in welchen das Interdict entweder gar nicht, oder nur zum Theile zugelassen wird: die Exceptionen des Beklagten, die sich auf diese Fälle beziehen, sind nun noch hinzuzufügen. — Die erste dieser Exceptionen betrifft die Art, wie der Besitz des Klägers entstanden ist: wenn nämlich dieser Besitz selbst mit Gewalt, oder heimlich, oder durch ein precarium angefangen hat, so gewinnt nicht der Kläger, sondern der Beklagte (2): doch muß diese unrechtliche Handlung zwischen denselben Personen

L. cit. Azo in Summa C. h. t. num. 23. — BARO in manual. in Dig. P. 6. (p. 184.), CUIACIUS in Paulum I. 11. §. 1. (heftiger Ausfall gegen Duaren), DONELLUS in Cod. h. t. n. 25 — 28. (Der jedoch andere Irrthümer in diese Interpretation bringt), ganz vorzüglich aber: F. C. CONRADI in diss. cautio de

non ampl. turb. in jud. poss. usu fori recepta, Helmst. 1737, wo außer der Interpretation jener Stelle auch diese Caution überhaupt gründlich dargestellt ist.

(1) L. 3. §. 11. uti possidetis.

(2) L. 1. pr. §. 6. L. 3. pr. uti poss. (s. 9. S. 159.).

vorgefallen seyn, die jetzt als Kläger und Beklagter im Prozeß auftreten: also gilt die Exception nicht, wenn entweder von dem auctor des Klägers (1), oder gegen eine andere Person als den Beklagten (2) die dejectio etc. etc. verübt worden ist. — Der Grund dieser Exception liegt darin, daß in allen solchen Fällen der Beklagte ohnehin ein Int. recuperandae possessionis hat: anstatt also den Beklagten, der freilich nicht Besitzer ist, in dem Int. uti possidetis verlieren, und dann in einem zweiten Prozeß gewinnen zu lassen, wird durch eine sehr natürliche Abkürzung des Prozesses gleich jetzt der Kläger abgewiesen, ja sogar aus einem besondern Grunde (S. 407.) der Besitz dem Beklagten eingeräumt. — Die zweite Exception betrifft die Verjährung des Interdicts. Wenn nämlich Ein Jahr verflossen ist, seitdem der Besitz verletzt wurde, so kann von diesem Interdict kein Gebrauch gemacht werden, um Schadensersatz zu fordern (3): es müßte

(1) L. 3. §. 10. uti poss.
 „Non videor vi possidere,
 „qui ab eo, quem scirem vi
 „in possessione esse, fundum
 „accipiam.“

„riusuo, non debet eum prop-
 „ter hoc, quod ab eo possi-
 „det, vincere . . .“ cf. L. 2.
 eod., L. 53. de poss., §. 4. I.
 de interd., L. 17. de prec.

(2) L. 1. §. 9. „ . . . ut,
 „si quis possidet vi, aut
 „clam, aut precario, si qui-
 „dem ab alio: prosit ei pos-
 „sessio: si vero ab adversa-

(3) L. 1. pr. uti possidetis
 „intra annum, quo primum
 „experiundi potestas fuerit,
 „agere permittam.“

dem durch den Verlust des Besitzers zugleich der Ver-
lezer gewonnen haben (1).

§. 39.

Eigene Quellen für das *Interdictum utrubi*:

§. 4. I. de interd.

Digest. Lib. 43. Tit. 31.

Cod. Theod. Lib. 4. Tit. 23.

} s. die Einl.

Wie bey Grundstücken durch das Int. *uti posside-
tis*, so wird bey allen beweglichen Sachen durch das
Int. *utrubi* der Besitz geschützt, wiewohl es nach den
Worten des Edicts nur Slaven betraf (2).

Die erste Bedingung, hier wie bey dem Int. *uti
possidetis*, ist juristischer Besitz, ohne Unterschied, ob
es *possessio civilis* ist oder nicht (3). Allein Besitz
überhaupt war dennoch nicht hinreichend, sondern der

(1) L. 4. de interd. „Ex
„quibus causis annua inter-
„dicta sunt, ex his de eo,
„quod ad eum, cum quo agi-
„tur, pervenit, post annum
„judicium dandum, Sabinus
„respondit.“

(2) L. 1. pr. §. 1. de utrubi
„Praetor ait, utrubi hic homo,
„quo de agitur, majore parte
„hujusce anni fuit: quo minus
„is eum ducat, vim fieri peto.

„— Hoc interdictum de pos-
„sessione rerum mobilium lo-
„cum habet . . .“

(3) Cuper (II. 8.) behauptet auch hier das Gegentheil: Einer seiner Gründe ist schon bey dem Int. *uti possidetis* (C. 409.) vorgekommen: ein zweiter beruht auf L. 46. de don. int. vir. et ux., welche Stelle auch schon oben (C. 51) erklärt worden ist.

Besitz mußte in dem letztverfloffenen Jahre längere Zeit als von dem Gegner ausgeübt worden seyn (1): in diese Zeit wurde natürlich der Besitz des Verkäufers etc. mit eingerechnet, so daß hier, wie bey der Usucapion und der Verjährung mancher Klagen, die *accessio possessionis* von großer Wichtigkeit war (2). Das neuere Recht hat diese Beschränkung aufgehoben, und das Int. *utrubi* dem Int. *uti possidetis* völlig gleich gesetzt (3): wahrscheinlich rührt diese Aenderung erst von Justinian her, und die Stelle des Ulpian, worin sie vorkömmt (4), ist interpolirt: wenigstens findet sich bey Paulus noch keine Spur von dieser Neuerung (5). — Die zweite Bedingung ist ein gewaltsamer Eingriff in den Besitz, und dabey findet sich hier nichts besonderes. — Endlich muß drittens der Besitz

(1) Die *major pars anni* also ist relativ zu nehmen. L. 156. de V. S.

(2) Cuper (II. 8.) macht, zum Theil nach Schusting, die sehr gute Bemerkung, daß L. 46. de don. int. vir. et ux. (f. v. S. 51.) und L. 13. de poss., durch die Inscription unter einander und mit L. 1. *utrubi* verbunden sind, also wahrscheinlich bey Gelegenheit dieses Interdicts von der *ac-*

cessio possessionis handelsten. — Ferner gehört dahin L. 14. §. 3. de div. temp. praescr. (KLEBE de nat. et ind. poss. p. 27. 9. — Endlich: L. 11. de adqu. rer. dom. (f. v. S. 355.

(3) §. 4. I. de Int.

(4) L. 1. §. 1. de *utrubi*.

(5) Rec. Sent. V. 6. §. 1: „ . . in altero vero (sc. in „Int. *utrubi*) potior est, qui „majore parte anni retrorsum „numerati . . . possedit.“

noch gegenwärtig fortdauern, also auch nicht etwa durch die Verletzung aufgehoben seyn. Für das Justinianische Recht kann dieser Satz nicht bezweifelt werden, und alles was oben bey dem Int. *uti possidetis* darüber gesagt worden ist, ist auch hier anwendbar. Aber wie verhält sich die Sache im älteren Recht, vor der Gleichstellung beider Interdicte? ist es auch hier ein reines Interd. *retinendae possessionis*, d. h. ist hier auffer der *possessio majoris anni parvis* auch noch gegenwärtiger Besitz nöthig, oder kommt es auf den gegenwärtigen Besitz dabey gar nicht an? ich bin jetzt überzeugt, daß diese letzte Meinung die richtige ist, obgleich aus ganz andern Gründen, als welche bisher dafür angeführt worden sind. Man pflegte sich nämlich auf folgende Stellen zu berufen, welche insgesammt nichts beweisen:

A.) L. 3. §. 5. *ad exhibendum*:

„Sed et si quis *interdicturus*, *rem exhiberi desideret*, audietur.“

B.) L. 3. §. 12. *ad exhibendum* (1):

„Pomponius scribit, ejusdem hominis recte plures *ad exhibendum* agere pos-

(1) Beide Stellen hat: A. A. und vor ihm CUIAC. obs. V. 23. und Paratit. in Dig. tit. *utrubi*.
 PAGENSTECHER in admonitor. ad Pand. Lib. 43. Tit. 31.
 (ed. Gronig. 1715. 8. p. 775.).

„se: forte, si homo primi sit, secundi
 „in eo ususfructus sit, *tertius possessio-*
 „*nem suam contendat*, quartus pignera-
 „tum sibi eum adfirmet. Omnibus igi-
 „tur ad exhibendum actio competit: quia
 „omnium interest exhiberi hominem.“

In beiden Stellen, sagt man, soll das Int. *utrubi* durch die actio ad exhibendum präparirt werden, also muß es auch den verlorenen Besitz wieder fordern können. Aber erstens ist es gar nicht nöthig, diese Stellen auf das Int. *utrubi* zu beziehen, und zweitens ist der Schluß aus dieser Beziehung ganz falsch. Das erste — denn der §. 5. kann von jedem Int. *adipiscendae* possessionis eben so gut verstanden werden, und der §. 12. setzt gar kein Klagrecht auf die *possessio* nothwendig voraus, vielmehr ist es aus andern Stellen gewiß, daß die actio ad exhibendum ohne Beziehung auf ein anderes Klagrecht gebraucht werden konnte, wenn nur Interesse und *justa causa* desselben vorhanden war (1): unter diesen Bedingungen konnte die *possessio*

(1) L. 3. §. 9. 10. 11. 14. *ad exhib.*

selbst unmittelbar durch jene Klage erlangt werden (1). — Zweitens war der Schluss falsch: denn wenn in der That die *actio ad exhibendum* das Int. *utrubi* vorbereiten kann, so ist es doch nicht nöthig, bey diesem Interdict den Besitz als verloren anzunehmen. Da nämlich der *commodans* etc. seinen Besitz nicht verliert, wenn ihm der *commodatarius* die Restitution bloß verweigert, ohne durch *contractatio* ein wahres *furtum* zu begehen, so kann in diesem Fall das Int. *utrubi* als Int. *retinendae possessionis* allerdings durch die *actio ad exhibendum* vorbereitet werden: dasselbe liesse sich in dem Fall der *L. 14. C. de agricolis* denken, die sogleich erklärt werden wird.

C.) *L. 14. C. de agricolis* (vgl. *Cod. Theod. V. 23. (2)*):

„Si coloni, quos bona fide quisque possidet (3), ad alios fugae vitio transeun-

(1) *L. 5. §. 1. ad exhibendum.*

(2) I. GOTHOFER. in *L. cit.*, KLEBE de nat. in ind. poss. p. 25.

(3) „Possedit“ lesen Sieben Pariser Mss. des volumens, das Göttingische Ms. ED. MOG. 1477. f. (ap. Schoeffer), Basil. 1478. f. (ap.

„tes necessitatem propriae conditionis
 „declinare tentaverint, bonae fidei pos-
 „sessori primum oportet celeri reforma-
 „tione succurri: et tunc causam origi-
 „nis et proprietatis agitari.“ Die Lesart
 „possidet“, die sicher aus Handschriften
 genommen ist, da sie das Zeugniß so be-
 währter Editoren für sich hat, wird durch
 das nachfolgende „possessori“ bestätigt,
 da dieses, wenn es natürlich erklärt werden
 soll, nicht anders als so aufgelöst werden
 kann, „ei, qui possessor est.“ Ein noch
 wichtigerer Grund für jene Lesart ist der
 Inhalt der Stelle selbst. Die Leibeigenen
 (*coloni*) nämlich, die hier, wie in vielen
 anderen Rücksichten, den Sklaven gleich
 behandelt werden (1), waren entflohen, und

Wenssler), Ven. 1491. f. (ap. THEOD. (aber aus dem Bre-
 Arrivabene), Ven. 1498. f. viarium). — — „Possidet“
 (ap. Tortis), Lugd. 1508. f. lesen: Cont. III. (Paris. 1566.
 (ap. Nicol. de Benedictis), f.), Cont. IV. (Lugd. 1571.
 Lugd. 1512. f. (ap. Fradin), 12.), Charondas, Cont. V.
 Paris. 1511. 4. 1515. 4. (ap. (Paris. 1576. f.), ferner alle
 A. Boucardum et I. Parvum), Gothofredische Ausgaben,
 Hal., Cont. I. (Paris 1559. f.) und aus diesen auch Gebauer.
 Cont. II. (Paris. 1562. 8.), (1) I. GOTHOFREDI paratit.
 Russard. Eben so: Cod. in Cod. Theod. V. 9.

gaben sich unter dem Schutze einer Dritten Person für Freigeborne aus: gegen diesen Dritten sollte geklagt werden. Also war dieser Dritte nicht Besitzer der Leibeigenen, weil er es gar nicht seyn wollte, sie selbst wurden als *servi fugitivi* behandelt, und so wie diese (S. 336.) von ihrem vorigen Besitzer auch jetzt noch besessen. Demnach ist freilich in unserer Stelle von dem *Int. utrubi* die Rede, was auch aus der Ueberschrift des Titels im *Cod. Theod.* erhellt und worauf der Zusatz „*bonae fidei possessori*“ sich bezieht, um die Exceptionen anzudeuten, durch welche dieses Interdict, wie das *Int. uti possidetis* ausgeschlossen werden kann: allein das Interdict selbst ist hier, wie überall, ein *Int. retinendae possessionis*.

D.) PETRON. C. 13. (1) S. v. S. 43.

Petron erzählt, es sey ein Kleid verloren worden, ein Anderer habe es aufgehoben, und gegen diesen sollte ein Interdict gebraucht werden. Diese Stelle würde freilich den Satz beweisen, wenn überhaupt

(1) PAGENRECHER l. c.

Petron bey einem Saß, der so sehr in das Detail des Civilrechts hineingeht, ein gültiger Zeuge seyn könnte.

Alle diese Gründe also beweisen den Saß nicht, dagegen sind folgende ganz entscheidend (1):

A.) Theophilus (2), welcher selbst die alte Form des Interdicts noch gekannt haben muß, führt ausdrücklich folgendes Beispiel zur Erläuterung derselben an: „wenn ich eine Sache sieben Monate besitze, der andere besitzt sie in den fünf darauf folgenden Monaten, so gewinne ich den Prozeß, und der Andere muß mir den Besitz herausgeben.“

B.) Außerdem wäre in vielen Fällen (z. B. eben in dem, welchen Theophilus anführt,) der Streit gar nicht zu entscheiden gewesen.

Der practische Rechtsfaß also hat keinen Zweifel, aber durch welche theoretische Ansicht ist derselbe zu erklären? ist deshalb das *Int. utrubi als recuperandae poss.* zu betrachten? Dieser Punct ist für meine Ansicht der possessorischn Interdicte überhaupt von der größten Wichtigkeit, indem die formelle Ver-

(1) ich bin auf diese Gründe (2) THEOPHILUS in §. 4: erst durch Hrn. H. R. Hugo I. de interdictis. aufmerksam gemacht worden.

legung, worauf ich sie durchaus beziele, bey dem Int. *utrubi*, wenn es *recuperandae possessionis* ist, gewiß nicht statt findet. Allein es läßt sich durch sehr deutliche Zeugnisse beweisen, daß die Römer dieses Interdict niemals als *recuperandae poss.* betrachteten. Paulus nämlich, der von der neuen Gestalt dieses Interdicts nichts weiß, nennt es ausdrücklich als Int. *retinendae possessionis* neben dem Int. *uti possidetis* (1): bald nachher spricht er von dem Int. *de vi*, stellt den bekannten Satz auf, daß es bey beweglichen Sachen nicht gebraucht werden könne, und nennt eine andere Klage, durch welche es in diesem Fall ersetzt werden könne: was hier, wo das Int. *utrubi* vor allen andern hätte vorkommen müssen, wenn es je auf den verlorenen Besitz als solchen sich erstreckt hätte — nennt er es nicht (2).

(1) PAULUS V. 6. §. 1.
 „Retinendae possessionis gra-
 „tia comparata sunt interdic-
 „ta, per quae eam possessio-
 „nem, quam jam habemus,
 „retinere volumus: quale est
 „uti possidetis de rebus soli,
 „et Utrubi de re mobili.“

(2) PAULUS V. 6. §. 1.
 „De navi vi dejectus hoc in-
 „terdicto (de vi) experiri non

„potest: sed utilis ei actio de
 „rebus recuperandis, exemplo
 „de vi bonorum raptorum,
 „datur. Itemque de eo di-
 „cendum est, qui carruca,
 „aut equo dejecitur“

— Eine ähnliche Stelle bey Ulpian (L. 1. §. 6. *de vi*) ist um deswillen weniger entschei- dend, weil dabey immer eine Interpolation möglich wäre.

Nun verhält sich die ganze Sache so. Das Int. *utrubi* ist *retinendae poss.*, nur wird dabey durch eine besondere Fiction (1) der Besitz der *major anni pars* für den gegenwärtigen Besitz genommen (2). Ist nun der Kläger nicht zugleich gegenwärtiger Besitzer, so liegt die formelle Verletzung in der gegenwärtigen Verweigerung der Sache. Ob der Gegner vorher etwa mit Gewalt dem Kläger den Besitz genommen hatte, ist ganz gleichgültig, so wie auch auf der andern Seite eine solche Gewaltthätigkeit das Interdict nicht begründen würde, wenn nicht die *possessio* der *major anni pars* vorhanden wäre. Beides kann incidiren, aber dieses Zusammentreffen ist bloß zufäl-

(1) Diese Fiction, folglich die ganze Eigenthümlichkeit des alten Int. *utrubi*, würde uns wahrscheinlich sehr natürlich, wohl gar nothwendig vorkommen, wenn wir den ganzen römischen Prozeß im Zusammenhang kennten.

(2) Ich finde diese Ansicht schon bey WIRLINGO fragment. edicti perpet. Franequ. 1733. 4. p. 325. 326.: „duplex fuisse „hoc interdictum videtur: „unum prohibitorium, cujus „verba hoc tit. referuntur:

„alterum restitutorium, quod „omittitur . . . ceterum re- „tinendae magis possessionis „hoc Interdictum fuisse, „quam recuperandae, si pro- „prio et ex arte loquamur: „possessio enim, quae hoc „Interdicto retineri dicitur, „non est praesens, verum „majoris anni partis: ita ut „vere retineatur possessio, „illa nempe majoris anni „partis, quam dixi; sed re- „cuperetur tantum praesens, „si tempore interdicti mu- „tata adpareat,“

§ (1), wodurch denn die völlige Verschiedenheit unseres Interdicts von den Interdictis *recuperandae poss.* recht klar wird.

Bisher ist von den Bedingungen dieses Interdicts die Rede gewesen: die Wirkung desselben hat gar nichts Eigenthümliches. Also auch hier muß vorzüglich die Störung des Besizes selbst verhindert (2), außerdem aber auch für die vergangene Zeit Schadensersatz geleistet werden.

Endlich sind noch die Exceptionen bey diesem Interdict zu bestimmen. — Die erste gründet sich hier, wie bey dem Int. *uti possidetis* auf die *vitiosa possessio* des Klägers (3), und es muß auch hier, wenn die Exception gelten soll, die Gewalt *re.* gegen den jetzigen Beklagten gebraucht worden seyn. Für das neuere Recht hat auch dieser letzte Satz keinen Zweifel (4): und selbst für das ältere Recht ist es bloß ein seltsamer Einfall von Cuper (5) gewesen, ihn zu

(1) Daraus erklärt es sich, warum Paulus (l. c.) in dem Fall einer gewaltsamen Besitzentziehung das Int. *utrubi* gar nicht nennt.

(2) L. 1. *pr. de utrubi*, „*„ Vim heri veto.*“

(3) Indessen ist die Veranlassung dieser Exception hier

etwas anders zu bestimmen, da hier gerade in den meisten Fällen der Beklagte kein eigenes Interdict hat, mit welchem er als Kläger auftreten könnte.

(4) §. 4 *in fin. I. de interd.*

(5) *de nat. poss. P. 2. C. 7.*

läugnen. Seine Gründe sind diese: A.) Paulus wiederholt nicht ausdrücklich die Worte „*ab adversario*“ (1): aber auf dieselbe Art hätte auch für das neuere Recht dieser Beweis geführt werden können, da auch in den Pandekten, und zwar in einer wahrscheinlich interpolirten Stelle (2), jene Worte fehlen. B.) Ein *argumentum a contrario* (3), das offenbar noch viel schlechter ist als jener erste Grund. Dagegen wird das ausdrückliche Zeugniß der Institutionen, welches gerade das ältere Recht betrifft (4), ganz übersehen, und es läßt sich kein Grund denken, warum dieses Zeugniß nicht als vollständiger Beweis sollte gelten können. — Die zweite Exception bezog sich bey dem Int. *uti possidetis* auf die Verjährung

— Bey neueren Schriftstellern gilt dieser Einfall schon als historische Gewißheit.

(1) PAULUS V. 6. §. 1. „Et in priore quidem (*uti poss.*) is potior est, qui rediti interdicti tempore nec vi, nec clam, nec precario *ab adversario* possidet. In altero vero (*utrubi*) potior est, qui majore parte anni retrorsum numerati nec vi, nec clam, nec precario possedit.“

(2) L. 1. §. 1. *de utrubi*.

(3) L. 2. *uti poss.* „Iusta enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert.“ Also (schließt Euper) macht es bey dem Int. *utrubi* allerdings einen Unterschied.

(4) §. 4. I. *de interd.* „Utrubi vero Interdicto is vincet, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario *ab adversario* possidebat. Hodie tamen . . .“

(S. 413.): diese Exception kann hier nicht behauptet werden, weil sie weder in dem Edict selbst (1), noch in den Institutionen (2) vorgeschrieben ist.

§. 40.

Eigene Quellen für die Int. *de vi*:

CICERO pro A. Caecina.

§. 6. I. *de interdictis*.

Digest. Lib. 43. Tit. 16.

Cod. Iust. Lib. 8. Tit. 4. 5.

Cod. Theod. Lib. 4. Tit. 22.

} s. die Einf.

Schriftsteller:

Zu Erklärung der Rede des Cicero dienen außer den *notis variorum* der Grävsschen und Neapolitanischen Ausgabe der Reden einige specielle Editoren und Commendatoren dieser einzelnen Rede: Iac. OMPHALIUS (Paris. 1535. 8.), Barth. LATOMUS (Argent. 1539. 8.) und Pet. PELLITARIUS (Paris. 1540. 4.). Aber ungleich wichtiger und brauchbarer ist folgende Schrift:

Henr. Const. CRAS diss. qua spec. jpr. Ciceron. exhib., s. Ciceronem justam pro A. Caecina causam dixisse ostenditur. Lugd. Bat. 1769. 4.

(1) L. 1. pr. §. 1. *de utrobi*.

(2) §. 4. I. *de interd.*

Eine gründliche Schrift, die nicht bloß von der Rede des Cicero handelt, sondern über das ganze Interdict sich verbreitet. Daß indessen Cicero eine gute Sache vertheidigt habe, ist auch durch diese Schrift nicht wahrscheinlicher geworden.

Ferd. Gotth. FLECK comm. binae de interd. unde vi et remediis spoliū, Lips. 1797. 8. (s. die Einl.) Nur der erste Theil des Buchs gehört hierher, und dieser erste Theil ist aus Craß abgeschrieben, Zusätze abgerechnet, die nicht von Bedeutung sind.

Wer durch Gewalt den Besitz verloren hatte, forderte ihn auf verschiedene Weise zurück, je nachdem die Gewaltthätigkeit mit oder ohne Waffen ausgeübt worden war (1). Zu den Zeiten der classischen Juris-

(1) Int. de vi armata vel quotidiana. — Die vis quotidiana (d. h. quae sine armis infertur) ist auf eine unhegreifliche Weise mit der vis civilis oder festucaria (lis vindictiarum) verwechselt worden, einem prozessualischen ritus, der bey der Vindication (nie bey den Interdicten) gebraucht

wurde. Vielleicht ist eine Stelle des Gellius (XX. 10. in fin.) die Veranlassung dazu gewesen, indem daselbst der vis festucaria die vis bellica et cruenta entgegen gesetzt wird. Aber schon aus Cicero läßt sich das Mißverständniß darthun, und noch viel deutlicher aus dem ganzen Zusammenhang

sten wurde dieser Unterschied noch beobachtet, aber da ihn Justinian nicht mehr kennt (1), so würden Wir

der Interdicte. Nämlich wer den Besitz verloren hatte, brauchte entweder das Int. de vi armata oder de vi quotidiana: wer im Besitz bloß gestört war, hatte das Int. uti possidetis oder utrobi, und wer nicht den Besitz, sondern das Eigenthum forderte, mußte diese Vindication mit der vis civilis eröffnen: diese vis civilis oder lis vindiciarum sollte den Besitzstand zum Behuf der Vindication selbst reguliren, sie war viel älter als alle Interdicte, und selbst nachdem die Interdicte eingeführt waren, wurde sie noch lange Zeit gebraucht (S. 394.) und zwar bey jeder Vindication, ohne Unterschied, ob ein Interdict vorhergegangen war oder nicht. Nur war freilich im ersten Fall die lis vindiciarum ein bloße Form, indem nun die Entscheidung des Interdicts auch für sie gelten mußte. — Am vollständigsten hat jenen Irrthum durchgeführt: HOTOMANNUS in or. Cic. pro Caec.

(p. 467. ed. Graev.) und: obs., VII. 6. — Auch Eujaz ist nicht ganz frey davon (obs. V. 17. „Ad interdictum ibatur vi, „et deductione quadam moribus facta, advocatis amicis in rem praesentem, ut „constat ex or. pro Caec.). — Sigonius (de jud. I. 21.) unterscheidet zwar beide Arten wirklicher Gewalt (mit und ohne Waffen) von der vis simulata, verwirrt aber auf andere Weise die Vindication mit den Interdicten noch weit mehr, als es bey Hotomann durch die Vernachlässigung dieses Unterschieds geschieht. Dimphtius (l. c. p. 41.) versteht unter der deductio moribus facienda, die actio familiae heriscundae.

(1) Nur Ein Unterschied steht wirklich in den Pandekten: Kinder und Freigelassene sollen das Int. de vi armata gegen ihre Eltern und Patronen haben, das Int. de vi quotidiana nicht, sondern an dessen Stelle eine actio in factum

selbst die Spuren desselben in den Fragmenten der Juristen (1) nicht mit Sicherheit unterscheiden können, wenn uns nicht bey Cicero ziemlich genaue Nachrichten von beiden Interdicten übrig geblieben wären. Im neuesten Recht also giebt es nur Ein Int. *de vi* (2), und dieses richtet sich theils nach der *vis armata* theils nach der *vis quotidiana* des alten Rechts: da indessen beide Interdicte nur in einzelnen bestimmten Puncten von einander abweichen, so wird es hinreichend seyn, bey der Darstellung des neuesten Rechts selbst bloß diese Abweichungen zu bemerken.

(L. 1. §. 43. *de vi*). In zwey andern Stellen aber wird ihnen das Interdict allgemein abgesprochen (L. 2. §. 1. L. 7. §. 2. *de obsequ.*), und ohnehin war schon zu Justinian's Zeit der Unterschied zwischen Interdict und *actio* eine bloße Antiquität.

(1) Auf die *vis quotidiana* geht L. 1. *de vi*, auf die *vis armata* aber L. 3. *de vi* (CUIAC. in Paul. V. 6. §. 3.). Auch erklärt sich daraus die Rubrik der Pandekten: „*de vi (sc. quotidiana) et de vi armata.*“ — Die Spuren der einzelnen Rechtsfälle werden unten vorkommen.

(2) Dieses allgemeine *int. de vi* beruht nun auf der einfachen Regel des Edicts, worauf die beiden alten Interdicte beruhten, nur mit einigen Modificationen im Detail: *unde illum vi deiecit, id illi restituas*. Auf diese Formel des Interdicts bezog sich der Ausdruck in der Antwort des Beklagten. Nämlich dieser mogte das *factum* des Klägers (z. B. die *dejectio*) läugnen, oder sich auf eine *Exception* berufen, immer drückte er das so aus: „*se illum restituisse.*“ Cicero pro Caecina Cap. 8. cf. Cap. 19. 21. 28. 29. 32.

Die erste Bedingung dieses Interdicts ist die, daß der Kläger juristischen Besitz wirklich erworben habe. Für das neueste Recht kann an der Richtigkeit dieser Bestimmung nicht gezweifelt werden, da die Gesetze eben so deutlich sagen, daß Besitz überhaupt nöthig, als daß *civilis possessio* unnöthig sey, wenn dieses Interdict gebraucht werden soll (1). Desto schwerer ist diese Frage für das ältere Recht zu beantworten. Cicero nämlich sagt ausdrücklich, das *Int. de vi armata* sey gar nicht durch Besitz bedingt (2), und diese Behauptung ist wohl einer nähern Erwägung werth. Der Fall, in welchem Cicero als Advocat des Klägers auftritt, ist kurz dieser: *Cæcina* behauptet, ein Stück Land geerbt zu haben, *Uebutius* macht aus anderen Gründen auf das Eigenthum Anspruch: *Cæcina* will in das Grundstück hinein gehen, wird aber von *Uebutius* und einem Haufen bewaffneter Leute mit Gewalt zurück gehalten. Höchst wahrscheinlich war *Cæcina* noch gar nicht im Besitz gewesen, denn Cicero sagt zwar, daß er besessen habe, aber diese Behauptung, die unter allen die entscheidendste gewesen wäre, kommt ganz zuletzt, nur mit zwey Worten, und gleichsam zum Ueberflus vor (3), so daß es offenbar seine Absicht war, sie in

(1) L. 1. §. 9. 10. 23. *de vi.*(3) *pro Cæc. C. 32.*(2) *pro Cæc. Cap. 31. 32.*

Schatten zu stellen: und doch findet sich in diesen wenigen Worten mehr als Eine Spur, woraus gerade das Gegentheil jener Behauptung geschlossen werden kann (1). Wenn nun Caecina in der That nie den Besitz gehabt hatte, so konnte seine Sache bloß dadurch gewonnen werden, daß der Richter den Besitz überhaupt zu diesem Interdict nicht für nöthig hielt: folglich war es die Aufgabe seines Advocaten, diesen falschen Satz so wahrscheinlich als möglich zu machen, Cicero hat das wirklich gethan, und er kann also hier nicht als historische Autorität aufgeführt werden (2). Ein Ausdruck in jener Stelle bedarf indes-

(1) Vorzüglich wichtig sind die Worte: „Caesenniam possessionem sedisse propter usum fructum, non negas“ (s. o. S. 270): denn dadurch wird das folgende: „Caecina . . . venit in istum fundum, rationes a colono accepit, sunt in eam rem testimonia“ ganz unbedeutend und enthält durchaus keine Apprehension des Besitzes, indem bloß für das Vergangene abgerechnet worden war. Selbst Eras (p. 30.) findet die Worte „propter usum fructum“ so bedenklich, daß er sie wegstreicht, was zwar durch

das Beispiel mehrerer Editoren, aber durch keine Handschrift unterstützt wird (s. die Note von Bed in opp. vol. 2. Tom. 2. p. 308. ed. Lips. 1800. 8.)

(2) Auch Eras (p. 35) wagt es bey dieser einzigen Stelle nicht den Redner zu vertheidigen, und er begnügt sich ausführlich zu beweisen, daß wegen Eines schlechten Grundes nicht gerade die ganze Sache für schlecht gehalten werden dürfe. — Dieselbe Meinung von dieser Stelle hatte schon GIPHANIUS in Cod. tit. unde vi (expl. Cod. P. 2. p. 276).

sen einer nähern Erklärung: „Cur ergo aut in illud
 „quotidianum interdictum, unde ille me vi de-
 „jecit, additur, cum ego possiderem: si de jecti nemo
 „potest, qui non possidet: aut in hoc interdictum,
 „de hominibus armatis, non additur, si oportet
 „quaeri, possederit, nec ne?“ Cicero beruft sich
 hier auf den Gerichtsstyl, dieser war allgemein be-
 kannt, also muß doch Etwas wahres dabey zum
 Grunde liegen, was nur etwa falsch ausgelegt wurde.
 Vielleicht läßt sich die Sache so erklären: das Int. de
 vi quotidiana wurde (die gleich folgenden Worte bey
 Cicero selbst machen es sehr wahrscheinlich) in die-
 ser Formel gefordert: „unde ille me vi dejecit, cum
 „ego nec vi, nec clam, nec precario ab illo possi-
 „derem.“ Der ganze Zusatz also enthielt bloß die
 bekannten drey Exceptionen, und das „cum ego pos-
 „siderem“ stand hier dieser Exceptionen wegen, nicht
 um den Besitz überhaupt zu bezeichnen, der ja schon
 durch das „unde me dejecisti“ deutlich genug aus-
 gedrückt war. Bey der vis armata galten die Ex-
 ceptionen überhaupt nicht, folglich wurde auch in
 der Formel der ganze Zusatz („cum ego . . . possi-
 „derem“) weggelassen, ohne daß hier der Besitz zu
 Begründung des Klagrechts weniger nöthig gewesen
 wäre. Es ist also sehr wahrscheinlich, daß Cicero
 jene Auslassung benutzte, um eine Folge daraus zu

ziehen, die eben so unrichtig, als für die Sache des Cæcina unentbehrlich war. — Unsere Juristen haben meistens die Behauptung des Cicero für wahr genommen, und so erklärt, als ob die bloße Detention, ohne juristischen Besitz, Bedingung des Int. de vi armata gewesen wäre (1): allein dieser Unterschied wird nicht nur nicht ausdrücklich von Cicero angegeben, sondern er kann ihn auch unmöglich gemeint haben: denn Cæcina war nicht etwa ein Pächter, dem nur der juristische Besitz der Sache abgeläugnet worden wäre, sondern er hatte entweder juristischen Besitz, oder nicht einmal die bloße Detention, so daß hier auf jenen Unterschied gar nichts ankommen konnte. Da nun für Uns die Stelle des Cicero die einzige Nachricht von der ganzen Sache enthält, so ist es ein völlig willkürliches Verfahren, jenen Unterschied dennoch dabey zum Grunde zu legen. Westphal (2) vermeidet glücklich alle diese Schwierigkeiten: Er hält die Behauptung des Cicero für wahr, nimmt sie ganz buchstäblich, und erklärt folglich das Int. de vi armata zugleich für ein Int. adipiscendae und recuperandae possessionis.

(1) So z. B. CUIACIUS in Hier scheint der Satz sogar als geltendes Recht behandelt!).
Paul. V. 6. §. 3, und: in L. 18. de vi (lib. 26. quaest. Pa- (2) Arten der Sachen re,
pin., opp. IV. p. 652. — §. 245.

Die zweite Bedingung dieses Interdicts ist gewaltsame Verlegung des Besizes. Auch ist hier nicht wie bey den vorigen Interdicten (§. 403.), jede Gewalt überhaupt hinreichend, sondern es muß „*atrox vis*“ (1) seyn. *Atrox vis* aber bezeichnet nicht den Grad der gewaltthätigen Handlung (2), sondern ihre Richtung auf die Person des Besizers oder seines Repräsentanten (3). Persönliche Ge-

(1) L. 1. §. 3. *de vi* „*Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum.*“ *Wesphal* (§. 275.) übersetzt das so: „eine ziemliche Gewalt.“ Er hätte sich besser „eine unziemliche Gewalt“ genannt.

(2) Deswegen steht folgende Stelle des Cicero gar nicht mit unserer Regel im Widerspruch (*pro Caec. Cap. 16, p. 274.*): „*Cum de jure et legittimis hominum controversiis loquimur, et in his rebus vim nominamus, pertinuis vis intelligi debet.*“

(3) L. 1. §. 29. *de vi* „*Pomponius ait, vim (scilicet in hoc interdicto) sine corporali vi locum non habere.*“ (s. v. §. 343.) Uld

pian läugnet gar nicht diesen Satz, sondern er bestimmt nur seine Anwendung. Nämlich ob die *corporalis vis* wirklich ausgeübt, oder nur gedroht und vermieden wird, das soll keinen Unterschied machen: bey dem Int. *uti possidetis* war nicht einmal das letzte nöthig. — Ein zweiter Beweis für jene Erklärung der *atrox vis* liegt in L. 3. §. 1. *quod metus*: „*.. Vim accipimus atrocem,*“ nämlich in dem Edict: *quod metus causa*; in anderen Stellen wird die Gewalt, von welcher in diesem Edict die Rede ist (also die *vis atrox*) erklärt: „*vis enim, si habet mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati*“ (L. 1. *eod.*)

waltthätigkeit also ist die Bedingung, wodurch sich hier dieses Interdict von den *Int. retinendae possessionis* unterscheidet. Ob Waffen zu der gewaltsamen Störung des Besizes gebraucht worden sind, oder nicht, ist nach dem neueren Recht ganz gleichgültig.

Dritte Bedingung: die Gewaltthätigkeit muß von dem Beflagten selbst verübt worden seyn. — Diese Regel hat indessen mehrere Ausnahmen: A.) Derjenige, mit dessen Willen die Handlung geschehen ist, z. B. indem er einem Andern den Auftrag dazu gab, hat die selbe Verbindlichkeit, wie der Handelnde selbst (1). — B.) Der Erbe ist nur in soweit verbunden, als er selbst vermittelst jener Handlung Etwas bekommen hat (in id quod ad eum pervenit) (2), oder ohne seinen dolus bekommen haben würde (3). Nicht so der Successor singularis, z. B. der Käufer des Hauses, aus welchem die dejectio geschehen ist: denn dieser steht in gar keiner Verbindlichkeit (4). — C.) War die Gewalt von Sklaven ausgeübt worden, und zwar ohne Willen des Herrn (s. v. A.), so hatte

und: „Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest, (L. 2. eod.).

(1) L. 1. §. 12 — 15, L. 3. §. 10 — 12. de vi.

(2) L. 1. §. 48, L. 3. pr.,

L. 9. pr. de vi, L. 11. C. de poss.

(3) L. 2. de vi.

(4) L. 3. §. 10. uti possidetis.

der Herr eine zweifache Verbindlichkeit: Er mußte erstens das Interdict selbst, wie jede andere actio ex delicto, als Nothilfe übernehmen, und zweitens herausgeben, was er durch die Gewaltthätigkeit seiner Sklaven hinterher erworben hatte (id quod ad eum pervenerat) (1). Diese zweite Verbindlichkeit gilt sogar noch viel allgemeiner, nämlich in allen Fällen überhaupt, in welchen Wir unmittelbar durch die Gewaltthätigkeit, die ein Anderer verübt hat, und ohne neue juristische Handlung, Etwas erworben haben (2).

Viertens: Durch die gewaltsame Handlung muß der Besitz verloren seyn (3), d. h. die Handlung selbst muß als *dejectio* betrachtet werden können (4). In welchen Fällen überhaupt durch För-

(1) L. 1. §. 11. §. 15—19. §. 21. de vi.

(2) Anwendungen: A.) L. 4. de vi: „Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius scribit: si quid ad eos pervenit.“ — B.) L. 1. §. 20. de vi: „Si filiusfamilias vel mercenarius vi dejecerit, utile interdictum competit“ (nämlich gegen den conductor

des Sklaven, oder gegen den Vater, und zwar in id quod pervenit, denn davon war in den vorhergehenden Worten die Rede gewesen. — L. 16. de vi gehört noch nicht hierher).

(3) L. 1. §. 45. de vi (f. v. S. 153.).

(4) *Dejicere* war schon zur Zeit des Cicero technischer Ausdruck: vorher *distrudere* Cic. pro Caec., Cap. 17.

perliche Handlung (facto) der Besitz verloren werde, ist oben untersucht worden. In allen diesen Fällen also kommt es blos darauf an, ob fremde Gewalt die Ursache des Verlustes war, und diese Bestimmung wird gewöhnlich keine Schwierigkeit haben. So z. B. ist es ganz gleichgültig, ob die Gewalt wirklich ausgeübt, oder aus einer gegründeten Furcht vermieden wird: eben so, ob der Besitzer aus seinem Hause herausgeworfen, oder hinein zu gehen abgehalten wird (1): und, diese beiden Regeln zusammen gefasst, ist es sehr klar, daß der Besitzer, dessen Haus in seiner Abwesenheit besetzt wird, als dejectus das Interdict gebrauchen kann, wenn er gleich nicht einmal den Versuch macht, seinen Besitz mit Gewalt zu behaupten (2). Dagegen ist das Interdict nie begründet, wenn durch Tradition der Besitz übertragen wird: selbst wenn die Tradition durch Furcht bewirkt worden ist, können andere Klagen begründet seyn (3), das Interdict ist es nicht (4). — In den meisten

(1) „*Ex aliquo loco*“ und „*ab aliquo loco dejicere*“: beides zusammen ausgedrückt durch „*unde dejecisti*.“ *Cic. pro Caec., Cap. 3a. 51.*

(2) *f. d. C. 347. Note 1,* und vorzüglich *L. 3. §. 8. g. de poss. (f. d. C. 375. 1c.).*

(3) *L. 9. pr. quod metus (Ulp. lib. 11. ad Ed.),* „*Sed et si par vim tibi possessionem tradidero: dicit Pomponius. hoc (huic) Edicto (sc. quod metus) locum esse.*“

(4) *L. 5. de vi (Ulp. lib. 11. ad Ed.):* „*Si rerum*“ (*Ac-*

Sollen also wird selbst die Anwendung des Begriffs der *dejectio* keine Schwierigkeit haben: Ein Fall muß indessen noch besonders bestimmt werden. Wer nämlich durch Gewalt den Besitz verliert, und unmittelbar darauf wieder mit Gewalt die Sache occupirt, hat den Besitz eigentlich nie verloren (1). Es wird also nicht als eine doppelte *dejectio* betrachtet, sondern als Eine, ungetheilte Handlung, wodurch der vorige Besitzer seinen Besitz mit Gewalt vertheidigt. Das praktische Interesse dieser Ansicht ist bedeutend: enthielte die Handlung eine doppelte *dejectio*, so könnte die Rechtmäßigkeit der zweiten *dejectio* nur durch eine Exception gegen das Interdict des *Andern* behauptet werden, und diese Exception selbst gibt es neueren

„*caus. al. incipit si metus et*
 „*al. si rerum*“ „*tibi possessionem tradidero, dicit*
 „*Pomponius; unde vi inter-*
 „*dictum cessare: quoniam*
 „*non est vi dejectus, qui com-*
 „*pulsus est in possessionem in-*
 „*ducere.*“ — *Gras* (p. 21. not. 2.), vermuthet mit vieler Wahrscheinlichkeit, daß diese und die vorige Stelle (L. 9. *quod metus*) nur eine Stelle gewesen seyen, folglich in der unsrigen gelesen werden müsse:

„*Si per vim*“ etc.

(1) L. 17. *de vi.* „*Qui possessionem vi ereptam, vi in ipso congressu recipiat, in pristinam causam revertit potius quam vi possidere intelligendus est: ideoque si te vi dejecero, sileo tu me, hinc ego unde vi interdicitum tibi utile erit.*“ Die Anwendung in den letzten Worten kann erst bey den Exceptionen erklärt werden.

Recht gar nicht mehr (1): nach jener Ansicht hingegen ist eine Exception unnöthig, weil das *Factum* (*dejectio*) fehlt, wodurch allein das Interdict begründet seyn könnte, und die Rechtmäßigkeit der Handlung ist eine bloße Folge des allgemeinen Rechts der Vertheidigung (2). Eine wichtige Anwendung dieser Regel betrifft den Besitz der Grundstücke, die in Abwesenheit des Besitzers occupirt werden (§. 231. 2c.). Wenn nämlich der Besitzer in das Grundstück zurück zu kehren durch Gewalt verhindert wird, so hat er nun erst, und zwar durch *dejectio*, den Besitz verloren (3): gelingt es ihm also umgekehrt, seinen Gegner zu vertreiben, so ist überhaupt keine *dejectio* vorgefallen, und der vorige Besitz ist nie verloren, sondern nur vertheidigt worden, so daß an der Rechtmäßigkeit dieser Handlung nicht gezweifelt werden kann.

(1) L. 3. §. 9. *de vi* sagt zunächst nichts anderes als: „eine solche Handlung des vorigen Besitzers ist rechtlich,“ welche Rechtmäßigkeit denn auch durch die Exception erklärt werden könnte, so daß daraus nicht auf jene Regel geschlossen werden müßte. Allein da bey der *vis armata*, wovon in dieser Stelle die Rede ist, die Exception gar nicht galt, und

da die Beschränkung „*sed hoc confirmatum, non ex intervallo*“ bey der Exception ganz falsch wäre, so ist dennoch die Stelle nicht anders als durch jene Regel zu erklären, so daß sie eben sowohl, als L. 17. *de vi*, den Beweis dieser Regel enthält.

(2) L. 12. §. 27. 28. *de vi*.

(3) L. 6. §. 1. *de vi*.

Die fünfte Bedingung des Interdicts betrifft den Gegenstand des Besitzes: es muß eine unbewegliche Sache seyn, wenn das Interdict gelten soll (1). Da nun bey beweglichen Sachen derselbe Grund vorhanden ist den bloßen Besitz zu schützen, wie bey unbeweglichen, so wäre es eine Inconsequenz, wenn nicht auch dabey ein Interdict oder eine andere Klage möglich wäre, wodurch das Int. *de vi* ersetzt werden könnte. Ein Interdict dieser Art giebt es nicht (2): dagegen nennt Aqstan drey andere Klagen, durch welche das Int. *de vi* bey beweglichen Sachen entbehrlich werde: die *condictio furtiva*, *actio vi bonorum raptorum*, und *actio ad exhibendum* (3). Die *condictio furtiva* aber, wie das *furtum* selbst, durch dessen Daseyn sie bedingt ist, setzt Umstände voraus, auf welche bey dem bloßen Besitze nichts ankommt: den *lucri animus* nämlich, die *contractatio*, und in der Person des Klägers selbst ein Interesse, das durch ein anderes

(1) L. 1. §. 3 — 8. *de vi*,
PAULUS V. 6. §. 5.

(2) Die Anwendbarkeit des
int. utrobi nämlich ist in ei-
nem solchen Fall ganz zufäl-
lig.

(3) L. 1. §. 6. *de vi*: „Il-
„lud utique in dubium non
„venit, interdictum hoc ad

„res mobiles non pertinere.
„Nam *ex causa furti*, vel
„*vi bonorum raptorum actio*
„competit: potest et ad ex-
„hibendum agi.“ Die rei per-
secutio *ex causa furti* ist keine
andere als die *condictio fur-*
tiva.

Recht begründet ist (1). Die *actio vi bonorum raptorum* ist auch durch ein solches rechtliches Interesse bedingt (2), und zugleich durch die Absicht des Räubers, ein solches Recht (außer dem bloßen Besitze) zu verletzen (3). Die *actio ad exhibendum* endlich kann zwar auch ohne Rücksicht auf eine andere Klage gebraucht werden, allein dasselbe Interesse, was bey den vorigen Klagen erfordert wurde, ist auch hier nöthig (4). Demnach finden sich bey jeder dieser drey Klagen Bedingungen, die in dem Rechte des Besitzes nicht enthalten sind, und es lassen sich folglich Fälle denken, in welchen das Recht des bloßen Besitzes gewaltsam verletzt ist, ohne daß irgend eine Klage gegeben ist, obgleich das Int. *de vi* sicher begründet seyn würde, wenn der Gegenstand des Besitzes eine unbewegliche Sache gewesen wäre. Diese Lücke muß so erklärt werden: jene drey Klagen sind älter als die Interdicta, folglich waren durch sie die meisten Fälle des verlorenen Besitzes beweglicher Sachen erschöpft, als die Interdicta eingeführt wurden. Die Interdicta aber,

(1) L. 53. §. 4. L. 71. §. 1. *de furtis*.

(2) L. 2. §. 22 — 24. *vi bon. rapt.*, §. 2. *I. eod.* Nur wird es in einigen Fällen weniger streng damit genom-

(3) L. 2. §. 18. *vi bon. rapt.*, §. 1. *I. eod.*

(4) L. 3. §. 9. 10. 11. *ad exhibendum* (S. 417.).

wie das ganze Edict, wurden nicht durch Râsonnement, sondern durch Bedürfnis veranlaßt, und es war daher sehr natürlich, daß man bey beweglichen Sachen nicht um einiger fehlenden Fälle wegen ein eignes Int. *recuperandae possessionis* erfand, wenn gleich eine strenge Consequenz auch hier darauf geführt haben müßte, das Recht des bloßen Besizes zu schützen. Die Richtigkeit dieser Absicht wird durch folgenden Umstand bestätigt. Wer als Repräsentant eines Andern den Besitz einer beweglichen Sache ausübt, kann dem Besitzer untreu werden, und selbst den Besitz der Sache erwerben: allein das Römische Recht bestimmt ausdrücklich, daß dieser Erwerb und Verlust des Besizes nur durch eine solche Handlung des Repräsentanten vor sich gehen könne, worin zugleich ein *furtum* enthalten sey (1). Ein Grund dieser Ausnahme mag darin liegen, daß der Besitz nicht eher verloren seyn soll, bis die Sache als *res furtiva* der *Usucapion* entzogen sey: allein ein zweiter Grund, der noch allgemeiner ist als der erste, scheint hierher zu gehören. Der Besitzer nämlich soll nicht früher den Besitz (also das Int. *utrubi*) verlieren, bis er zugleich durch das *furtum* des Repräsentanten eine neue Klage erworben hat, so daß also diese Bestimmung darauf

(1) L. 4. §. 18. de poss. (C. 367. 368.).

ausgeht, die Fälle zu beschränken, in welchen das Recht des Besizes einer beweglichen Sache verletzt wird, ohne daß der vorige Besitzer wegen dieser Verletzung klagen kann. — Diese ganze Beschränkung des Interdicts auf unbewegliche Sachen ist durch die Constitutionen aufgehoben worden. Valentinian nämlich verordnete, daß die gewalthätige Besiznahme jeder Sache überhaupt eine zweifache Folge haben sollte: erstens Restitution des Besizes, und zweitens (als Strafe der Verletzung) Verlust des Eigenthums; oder, wenn der Verleser nicht Eigenthümer sey, Bezahlung einer Summe, die dem Werthe des Eigenthums gleich sey (1). Bloß die erste dieser zwey Obligationen gehört hierher, und darin ist eine reine Ausdehnung des Int. *de vi* auf bewegliche Sachen enthalten. Daß die Gesetzgeber selbst die Sache so betrachten, d. h. als bloße Modification des alten Int. *de vi*, zeigt nicht nur die Verbindung mit dem Interdict, in welcher

(1) L. 3. C. Th. *unde vi*, L. 7. C. I. *eod.* (Bloß die Veranlassung war speciell, das Gesetz selbst war gleich Anfangs allgemein), §. 1. I. *de vi bon. rapt.*, §. 6. I. *de interd.* — Bloße Anwendungen sind: L. 34. C. *de loc.*, L. 10. C. *unde vi*, Nov. *Theod.* (Valent.) Tit. 19.

(bey Ritter p. 56.) — Frühere Spur desselben Rechts: L. 2. C. Th. *fin. reg.*, L. 4. C. I. *eod.* — Hauptschriftsteller für die historische Erklärung: J. Gothofred zu den angeführten Stellen des *Cod. Theod.*

dieser Satz in den Quellen selbst vorgetragen wird (1), sondern auch besonders der Umstand, daß die Bedingungen seiner Anwendung durchaus nicht näher bestimmt werden, was bey der Wichtigkeit dieses Satzes, so wie der andern damit verbundenen Folge durchaus unbegreiflich wäre, wenn nicht eben darin eine stillschweigende Hindeutung auf die bekannten Bedingungen des Int. *de vi* enthalten wäre.

Die Wirkung des Interdicts ist ganz einfach so zu bestimmen: Der *dejectus* muß wieder in die Lage gesetzt werden, in welcher er vor der *dejectio* war. — A.) Das erste also ist die Restitution des verlorenen Besitzes selbst. Hat der Beklagte gegenwärtig diesen Besitz, so hat die Restitution ohnehin keinen Zweifel: aber auch wenn er ihn nie gehabt oder wieder verloren hat, ist er darum nicht weniger verbunden, ihn zu restituiren, d. h. den Werth desselben (2) zu bezahlen (3). — B.) Außer dem verlorenen Besitz selbst muß

(1) L. 3. C. Th. unde vi, L. 7. 10. C. I. eod., §. 6. I. de interd.

(2) Dieser Werth des Besitzes ist von dem Werthe der Sache, d. h. des Eigenthums wohl zu unterscheiden, und auf diesen letzten kommt hier nichts an. L. 6. de vi. — Die Glasse

nimmt ganz unrichtig an, der Werth der Sache müsse immer bezahlt werden, und daß specielle Interesse des Besitzes könne nur noch diesen Werth erhöhen.

(3) L. 1. §. 42. de vi: „Ex „Int. unde vi etiam is, qui „non possidet, restituere co-

aller Schaden ersetzt werden, der durch die *dejectio* verursacht worden ist (1). Einige der wichtigsten Anwendungen der Regel sind diese: a) Wenn durch die *dejectio* zugleich andere Sachen verloren worden sind, so müssen auch diese oder der Werth derselben resti-

„getur.“ L. 15. *cod.* „Si vi
 „me dejeceris . . . quamvis
 „sine dolo et culpa amiseris
 „possessionem, tamen dam-
 „nandus es, quanti mea in-
 „tersit: quia in eo ipso cul-
 „pa tua praecessit, quod om-
 „nino vi dejecisti . . .“ (cf.
 L. 1. §. 36. *cod.*) — Eine merk-
 würdige Anwendung der Re-
 gel enthält die unmittelbar dar-
 auf folgende Stelle (L. 16.
cod.): wenn nämlich ein *filius-*
familias die *dejectio* vornimmt,
 so ist sein Vater verbunden *in*
id quod peruenit (S. 436), es
 scheint also, daß der Sohn für
 dasselbe Object nicht mehr
 zur Restitution verbunden seyn
 müste, weil er es gar nicht mehr
 hat; ganz anders nach unserer
 Regel, nach welcher der Sohn
 auch für dieses Object
 einstehen muß: „Interdicto
 „unde vi uti potes, si a filio-
 „familias dejectus es, ut et

„*ejus causa quod ad patrem*
 „*peruenit ipse teneatur.*“ *Ed*
 lesen: mehrere Pariser MS.,
 ferner *ENN. Ven.* 1485. *Lugd.*
 1509. 1513, *Paris.* 1514. 1536:
 eben so (nur mit einem zweiten
 „et“ vor „*ad patrem*“) *Rom.*
 1476, *Nor.* 1483, *Ven.* 1494.
 — Die Florentinische Les-
 art ist außerordentlich abwei-
 chend, und offenbar corrupt:
 die des Haloander ist aus
 Mehreren compilirt. . . .

(1) L. 1. §. 41. (cf. §. 31.)
de vi: „ . . . Vivianus refert,
 „in hoc int. omnia, quae
 „cunq; habiturus vel adse-
 „cuturus erat is qui dejectus
 „est, si vi dejectus non es-
 „set, restitui, aut eorum li-
 „tem a iudice aestimari de-
 „bere: eumque tantum con-
 „secuturum, quanti sua in-
 „teresset, se vi dejectum non
 „esse.“

tuirt werden. In dieser Rücksicht konnte schon nach dem ältern Recht das Interdict auf bewegliche Sachen gehen, und selbst in den Worten des Edicts war dieser Fall besonders bestimmt (1): auf juristischen Besitz dieser Sachen kommt es nicht einmal an (2), und es ist bey ihnen, wie bey der Hauptsache selbst, ganz gleichgültig, ob der Beklagte den Besitz dieser Sachen hat oder nicht hat (3). — b) Auch die Früchte der durch die *dejectio* verlorenen Sachen müssen restituirt werden: sie werden berechnet von dem Augenblick der *dejectio* an (4), und es kommt nicht darauf an, ob der Beklagte sie wirklich erhalten hat, sondern ob der *dejectus* sie hätte erhalten können (5). — c) Ist die Sache nach der *dejectio* beschädigt worden (z. B. das Haus abgebrannt), so muß dieser Verlust ersetzt werden, selbst wenn er durch keine culpa des Beklagten verursacht ist: doch muß in diesem Fall die Beschädigung so beschaffen seyn, daß sie ohne die *dejectio* gar nicht stattgefunden haben würde (6). — d) Eine sehr wichtige Frage endlich ist diese: wenn der Besitzer zugleich usu-

(1) L. 1. pr. de vi: „
 „*quaeque tunc ibi habuit.*“
 Commentar über diese Worte:
 F. 1. §. 32. 33. 34. 37. 38.
 eod.

(2) L. 1. §. 33. de vi.

(3) L. 1. §. 34. L. 19. de

vi, PAULUS V. 6. §. 8.

(4) L. 1. §. 40. de vi.

(5) L. 4. C. unde vi.

(6) L. 1. §. 35. de vi, PAULUS V. 6. §. 8. — L. 14. §. 11. *quod metus causa.*

capirte, muß auch für die unterbrochene Usucapion Ersatz geleistet werden? (1). Nach der allgemeinen Vorschrift, daß der *dejectus* völlig schadlos gehalten werden soll, ist diese Frage zu bejahen, und selbst die Stelle der Pandekten, welche bey dem *furtum* das Gegentheil bestimmt (2), kann als Bestätigung dieser Entscheidung gelten. Denn der einzige Grund, den sie anführt, besteht darin, es sey hier kein solches Interesse vorhanden, das durch ein anderes, schon erworbenes Recht begründet werden könnte und gerade durch diese Beziehung auf ein rechtliches Interesse unterscheidet sich die *obligatio furti* von dem Rechte des bloßen Besizes (S. 441.). — Wenn über die einzelnen Sachen, die durch die *dejectio* verloren worden

(1) Eine ganz andere Frage ist es, worin dieser Ersatz besteht? Gesezt, es wären nur noch wenige Tage zu Vollendung der Usucapion übrig gewesen, so könnte ohne Bedenken der Werth des Eigenthums selbst dafür angenommen werden, da dieses schon so wahrscheinlich war. Außerdem läßt sich kein anderer Weg denken, die Sache mit völliger Sicherheit zu entscheiden, als durch Cautionen: vindicirt nachher der Eigenthümer, ehe die Zeit

der ersten Usucapion geendigt ist, so hätte die Usucapion ohnehin nichts geholfen.

(2) L. 71. §. 1. *de furtis*:
 „Ejus rei, quae pro herede
 „possidetur, furti actio ad
 „possessorem non pertinet,
 „quamvis usucapere quis possit:
 „quia furti agere potest
 „is, cuius interest rem non
 „subripi: interesse autem ejus
 „videtur, qui damnatum passurus
 „est: non ejus, qui lucrum
 „facturus esset.“

sind, kein Beweis geführt werden kann, so wird der Verlust selbst und der Werth desselben durch den Eid des Klägers entschieden: nur muß vorher der Richter nach den Umständen ein *maximum* bestimmen, welches der Kläger nicht überschreiten darf (1).

Die Bedingungen und die Wirkung des Interdicts sind jetzt bestimmt, und es ist nichts mehr zu bestimmen übrig, als die Exceptionen, durch welche dieses Interdict beschränkt ist (2). — Die erste Exception betraf hier, wie bey den *Int. retinendae possessionis*, die Entstehung des Besizes, aus welchem der Kläger vertrieben war. Hatte dieser Besiz selbst *vi clam* oder *precario* angefangen, und zwar so, daß die Gewaltthätigkeit *z. z.* gegen den jetzigen Beflagten selbst vorgefallen war (*ab adversario vi possidere*), so war das Interdict ausgeschlo-

(1) *L. 9. C. unde vi (Iuramentum Zenonianum)*. — Der Unterschied von dem gewöhnlichen *Iuramentum in litem* besteht darin, daß dieses letzte bloß den Werth der geforderten Sache betrifft, alles andere aber als bewiesen voraussetzt.

(2) Es ist gleich hier zu bemerken, daß das *Int. de vi armata* von allen Exceptionen

frey war: *Cic. pro Caec. C. 8.*: „*P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, de vi, hominibus armatis, sine ulla exceptione.*“ *C. 22.*: „*Vim, quae ad caput et vitam pertinet, restitui sine ulla exceptione volunt.*“ *C. 32.*: „*ut, qui armatus de possessione contempdisset, inermis plane de sponsione certaret.*“

sen (1), nur gegen das *Interdictum de vi armata* galt diese Exception nicht (2). Der Grund, warum (außer diesem letzten Fall) die Exception ausgelassen würde, lag offenbar darin: der Beklagte hätte in allen diesen Fällen ein eigenes *Interdictum recuperandae possessionis* gehabt, das er nach dem verlorbenen ersten Prozeß mit Erfolg hätte anstellen können, und es war wieder eine

(1) Cic. pro Caec. C. 32.: In „illa vi quotidiana . . . ne id „quidem satis est, nisi docet, „ita se possedisse, ut nec vi, „nec clam, nec precario possederit.“ Cic. ep. ad fam. VII. 12. (p. 390. ed. Graev.) „neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertinet, medcas, Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris“ (Das „non,“ das Manutius sehr seltsam erklärt, und Mehrere sogar wegstreichen wollen, gehörte zu der gewöhnlichen Formel der Exception, worin der Beklagte und auch der Prätor den Kläger anredete; vergl. L. 1. §. 7. de cloacis: „. . non esse in interdicto addendum: quod non vi, non clam, non precario, ab illo usus“ (al. usus es): quod non steht für nisi).

— PAULUS V. 6. §. 7. „Qui „vi, aut clam, aut precario possidet, ab adversario possessione deiecitur.“ (Anm. nämlich so, daß kein Interdict zu befürchten ist, wovon hier allein die Rede war. Ein Verbrechen konnte es dennoch seyn). FRAGM. LEGIS THEORICAE (b. SIGON. de ant. Jul. Ital. II. 2, opp. ed. Argelat. T. 5. p. 388, auch bei BRUNSONIUS de form. p. 35, und bey: GOESIUS p. 332) „Qui „. . . ex possessione . vi . . . ejectus . est . quod . ejus . . . is . qui . ejectus . est . possederit . quod . neque . vi . . . neque . clam . neque . precario . possederit . ab . eo . . . qui . eum . ea . possessione . . . vi . . . ejecerit . jus . suum . . . persequi . liceto.“

(2) Cic. pro Caec. C. 32.

Diese Abfärzung des Processes, daß man anstatt eines neuen Interdicts eine Exception gegen das erste Interdict gab. Nur Wer sich einer *vis armata* schuldig gemacht hatte, sollte diesen Vortheil nicht genießen. — Justinian verwirft diese Exception ganz allgemein, ja er behandelt diese Ungültigkeit als eine ganz bekannte Sache (1): unsere Juristen haben darüber allerley Meinungen. Bald soll Justinian das alte Recht stillschweigend geändert haben, bald soll die Aenderung selbst in einer verlorenen Constitution vorgenommen worden seyn, bald soll Tribonian über das alte Recht völlig unwissend gewesen seyn (2): die letzte dieser Meinungen, die vorzüglich Hotmann vertheidigt, könnte wohl eher für unwissend gelten. Die ganze Sache bedurfte keines neuen Gesetzes, da sie sich als Folge eines andern sehr bekannten neuen Rechtsfazes von selbst verstand.

Nach den Constitutionen nämlich sollte durch die *dejectio* sogar das Eigenthum verloren werden, wenn dieses der Verlezer vorher hatte: um so mehr also

(1) §. 6. I. de interd. „Nam
 „ei (sc. dejecto) proponitur
 „interdictum Unde vi, per
 „quod is, qui dejecit, cogi-
 „tur ei restituere possessio-
 „nem, licet is ab eo, qui de-
 „jecit, vi, vel clam, vel pro-

„cario possidebat.“

(2) DUARENUS in disp. an-
 niv. I. 20, HOTOMANNUS in
 obs. VII. 6, CUIACIUS et
 SCHULTING in Paulum V. 6.
 §. 7.

alles Recht aus dem bloßen Besitz, wenn er etwa vorher Besitzer der Sache gewesen war. Nun gründete sich diese Exception auf das vorige jus possessionis, welches früher gewaltsam verletzt worden war: also war es sehr natürlich, daß die Exception seit jenen Constitutionen nicht mehr gelten konnte, ohne daß es eines besondern Gesetzes darüber bedurfte (1). Daß Justinian's Juristen selbst die Sache auf diese Art ansahen, folgt nicht nur aus der angeführten Stelle der Institutionen, die schwerlich auf eine andere Art zu erklären ist (2), sondern vorzüglich daraus, daß in den Pandekten mehrere Spuren des alten Rechts übrig geblieben sind, und doch recht künstlich alles das weggelassen ist, woraus eine Abweichung des alten Rechts direct (d. h. anders, als durch ein *argumentum a contrario etc.*) bewiesen werden könnte.

(1) Schon Schulting (s. die vor. Note) glaubt, durch diese Constitutionen sey der neue Rechtsatz veranlaßt worden, allein den eigentlichen Zusammenhang scheint er nicht deutlich gedacht zu haben, sonst hätte er die übrigen Meinungen geradezu verwerfen müssen, die er doch auch gelten läßt.

(2) Daß nämlich in diesem §. erst das Interdict selbst mit Inbegriff jener Modification (also überhaupt die *rei persecutio*), und dann die Strafe der Constitutionen angeführt, und bey der letzten allein die Constitutionen als Quelle genannt werden, beweist durchaus nicht dagegen.

Folgende Stellen dienen zu Beweisen dieser Behauptung (1):

L. 1. §. 30. *de vi*: „Qui a me vi possidebat,
„si ab alio dejiciatur, habet interdictum.“

L. 18. *pr. de vi*: „ . . . emptorem quoque . . .
„interdicto . . . teneri: non enim ab ipso,
„sed a venditore, per vim fundum esse
„possessum . . .“

L. 17. *de vi*: „ . . . ideoque si te vi deice-
„ro, ilico tu me, deinde ego te: unde vi
„interdictum utile tibi erit“ (2).

(1) Schon daraus, daß in L. 1. *pr. de vi* die Exception ausgelassen ist, die doch sicher in dem Edict stand, folgt notwendig, daß die Art, wie in Justinian's Gesetzgebung die Sache bestimmt ist, nicht durch bloße Unwissenheit der Compilatoren verursacht worden seyn kann.

(2) Der erste Theil der Stelle lautete so: „wer in con-
„tinenti den dejector wieder
„aus dem Besitze setzt, hat ei-
„gentlich nie den Besiz ver-
„loren.“ (S. 438.) Daraus wird hier diese Folgerung ge-
zogen: „wenn Ich Dir den

„Besiz, mit Gewalt nehme,
„von Dir unmittelbar darauf
„(ilico) wieder vertrieben wer-
„de, in der Folge aber (de-
„inde) denselben Besiz wieder
„gewaltsam occupire, so ist ge-
„gen Mich das Interdict von
„Wirkung (utile tibi erit),“
d. h. es wird nicht durch eine
Exception ausgeschlossen, was
doch ohne Zweifel behauptet
werden müßte, wenn die de-
jectio („ilico tu me“) eine wahre dejectio, und nicht
vielmehr bloße Vertheidigung des Besizes gewesen wäre.

L. 14. de vi: „Sed si vi armata dejectus es,
 „sicut ipsum fundum recipis, etiam si vi,
 „aut clam, aut precario eum possideres (1):
 „ita res quoque mobiles omnimodo reci-
 „pies.“

Die zweite Exception gegen das Interdict betrifft die Verjährung. Wenn nämlich Ein Jahr ver-
 flohen ist, so wird das Interdict durch diese Excep-
 tion ausgeschlossen (2); allein diese Regel ist wieder
 durch folgende Ausnahmen beschränkt: (A.) Insofern
 der Beklagte durch die *dejectio* etwas erlangt hat
 (*in id quod ad eum pervenit*), hat er kein Recht
 auf diese Exception (3). Demnach kann gerade in
 dem ersten und wichtigsten Fall des Interdicts über-
 haupt, wenn nämlich der Beklagte den Besitz der
 Sache noch hat, und es dem Kläger um diesen Bes-

(1) und zwar ganz allgemein,
 ohne Unterschied, ob ab adobr-
 sario oder ab alio vi, clam,
 precario besessen wird.

(2) L. 1. pr. de vi „ . . . de
 „eo . . . tantummodo intra an-
 „num . . . iudicium dabo.“
 (L. 1. §. 39. eod. „Annus in
 „hoc Interdicto utilis est.“
 Cf. L. 2. C. eod.)

(3) L. 1. pr. de vi „ . . .
 „post annum de eo, quod ad

„eum, qui vi deiecit, perva-
 „nerit, iudicium dabo.“ L. 7.
 §. 6. comm. divid. „ . . . pla-
 „cis, etiam post annum in
 „seum, qui vi deiecit, inter-
 „dictum reddi.“ (nämlich unter
 jener Voraussetzung, die nicht
 ausgedrückt zu werden brauch-
 te, weil sie sich in dem vorlie-
 genden Fall von selbst verstand).
 Cf. L. 3. §. 2. de vi, L. 2.
 C. unde vi.

siß selbst und nicht um Schadenersatz gilt, von der Exception kein Gebrauch gemacht werden (1). — B.) Von der *vis armata* galt die Exception nicht (2), aber von dieser Ausnahme ist in Justinian's Gesetzbuch keine Spur übrig geblieben. — C.) Nach einer Constitution von Constantin (3) endlich, fällt die Exception weg, wenn während des Besitzers Abwesenheit (4) seine Leute aus dem Besitz gesetzt werden. Hier ist das Interdict auf keine Zeit beschränkt seyn, ohne Unterschied, ob der Besitzer selbst nach seiner Rückkehr

154

(1) Man kann über diese Exception umöglich mehr Irrthümer haben, als Domat in wenigen Worten vorbringt (*Loix civiles III. 7, §. 1. 18, und §. 2. §. 39.*): „Wer mit Gewalt aus dem Besitz gesetzt wird, behält noch Ein Jahr lang den Besitz, und durch diesen das Interdict: nach dieser Zeit ist der Besitz und das Interdict verloren, und es ist nichts mehr übrig als die Vindication.“ Was in den *ordonnances* steht, die Domat anführt, weiß ich nicht: entschuldigen können sie sich nicht, da er zugleich auf das Römische Recht sich beruft.

(2) *Cic. ep. ad fam. XV. 16. (p. 415. ed. Graev.)* „*postulabimusque, ex qua haeredit, ob! Non inibus armatis dejectus sis, in eam restituaere. In hoc interdicto non solet addi, In hoc anno. Quare si jam biennium, aut triennium est, in integro res nobis erit.*“

(3) *L. 1. C. si per vim (L. 1. C. Th. unde vi).*

(4) Die Abwesenheit selbst aber ist hier etwas anders zu bestimmen als bei dem Verlust des Besitzes: hier ist nämlich bloß von langer Abwesenheit die Rede.

klagen w^o, oder ob noch vorher seine Leute die Klage vorbringen: denn auch diesen hat die Constitution das besondere Recht ertheilt, ohne ausdrücklichen Auftrag und doch als Procuratoren des Besitzers, das Interdict zu gebrauchen.

Beide Exceptionen haben eine eigenthümliche Beziehung auf dieses Interdict: aber auch von den übrigen Exceptionen, welche bey allen Klagen auf dieselbe Weise gedacht werden können, muß eine um deswillen hier erwähnt werden, weil gerade hier ihre Anwendung beschränkt ist. Die *exceptio pacti* nämlich ist hier, wie bey andern unrechtlichen Handlungen, verboten, wenn das pactum vor der unrechtlichen Handlung selbst eingegangen wird.

L. 27. §. 4. de pactis:

„Pacta, quae turpem causam continent,
 „non sunt observanda: veluti si paciscar,
 „ne furti agam, vel injuriarum, si fece-
 „ris: *expedit enim timere (timeri) furti*
 „*vel injuriarum poenam.* Sed post admissa
 „haec, pacisci possumus. *Item, ne expe-*
 „*riar interdicto unde vi, quatenus publi-*
 „*cam causam contingit (1), pacisci non*
 „*possumus.*“

(1) d. h. „weil der Staat „diese aber durch die Furcht
 „selbst dabey interessirt ist, daß „vor dem Interdict verhütet
 „keine Gewalt geübt werde, „werden kann.“

Das Interdictum de clandestina possessione scheint ganz dem Int. de vi ähnlich gewesen zu seyn. So wie dieses, setzte es nach der ganzen Analogie zuerst juristischen Besitz voraus. Dieser Besitz musste verloren seyn, und auf die unrechtl. Form der Handlung, welche den Verlust nach sich zog, gründete sich das Recht, durch dieses Interdict den Besitz wieder zu fordern. Clandestina possessio nämlich heißt ein solcher Besitz, dessen Apprehension einem Andern, dessen Widerspruch man befürchtete, verheimlicht worden ist (1). Auf den Anfang des Besitzes also kommt alles an: ist durch diesen Anfang der Besitz als clandestina possessio bestimmt, so hört er nicht auf es zu seyn, wenn er gleich nachher dem Andern bekannt gemacht wird (2): eben so wird umgekehrt der Besitz nicht etwa dadurch zu einer clandestina possessio, wenn der Besitzer erst nach dem

(1) L. 6. pr. de poss. „Clam
„possidere eum dicimus, qui
„furtive ingressus est posses-
„sionem ignorante eo, quem
„sibi controversiam facturum
„suspiciabatur, et, ne faceret,
„timebat.“

(2) L. 40. §. 2. de poss. „
„sciens tuum servum non

„a domino emerim, et tum
„(al. cum) clam eum possidere
„coepissem, postea certio-
„re fecerim: non ideo desi-
„nere me clam possidere.“

(3) L. 6. pr. de poss. „
„Is autem, qui cum posside-
„ret non clam se celavit, in
„ea causa est, ut non vi-

Erwerb ihn zu verheimlichen anfängt (3). Eine ganz besondere Ausnahmung liegt darin, daß der Eigenthümer der Sache, wenn gleich sein Besitz in der That einen solchen Anfang hat, dennoch nicht als *clandestinus possessor* betrachtet wird: (1). — Aus diesem Begriff der *clandestina possessio* ist es klar, daß sie nicht nothwendig Verletzung eines fremden Besizes sein müsse. Wenn z. B. eine gestohlene Sache, von der erweis, daß sie gestohlen ist, heimlich kauft, hat dabey die Absicht, die Sache vor dem Eigenthümer verborgen zu halten: sein Besitz also ist eine *clandestina possessio* (2); weiß er gleich bey seiner Entstehung vor der Person verborgen gehalten wird, deren Widerspruch man fürchtet, allein dieser Widerspruch würde sich nicht auf das *jus possessionis* gründen, weil der Besitz selbst längst verloren ist, sondern auf das Eigenthum. Demnach ist hier eine

„deatur clam possidere: non enim ratio optinenda possessionis. exquirenda est.“
 Dagegen: L. 4. pr. pro suo („... tum enim clam possedisse videberis“), Allein diese Stelle bezieht sich wohl auf das besondere Recht der *ancilla furciva*, das ohnehin so viel abweihendes hat. CUIAC. in L. 40. §. 2. de poss. (African. Tr. 7.)

— Nachher anders und schlechter: in L. 6. de poss., opp. VIII. 268.). Andere betrachten es als eine Ausnahme für das *furtum* überhaupt. GLOSSA in L. 6. de poss., DUAREN. in L. 6. de poss. (opp. p. 865).
 (1) L. 40. §. 3. de poss. — CUIACIUS in h. L. (African. Tr. 7.).
 (2) L. 40. §. 2. de poss.

clandestina possessio, welche sich nicht auf fremden Besitz bezieht. Dieser allgemeine Begriff der *clandestina possessio* muß überall vorausgesetzt werden, wo nicht ein besonderer Grund seiner Beschränkung nachgewiesen werden kann. Bey jeder *exceptio clandestinae possessionis* also liegt er wirklich zum Grunde (S. 411. 424. 448.). Ganz anders bey dem Interdicte, wovon hier die Rede ist. Da nämlich alle possessorischen Klagen bloß auf verletzten Besitz sich beziehen, so kann auch Verheimlichung des Besitzes bloß insofern ein Interdict begründen, als in dieser Verheimlichung die (unrechtliche) Form liegt, wodurch ein fremder Besitz aufgehoben wird.

Also ein juristischer Besitz müßte entzogen seyn, und durch die Art, wie dieses geschah, müste der neue Besitz als *clandestina possessio* betrachtet werden können, wenn das Interdict möglich seyn sollte. Zu diesen Bedingungen ist endlich noch die hinzuzusetzen, daß eine unbewegliche Sache Gegenstand des Besitzes seyn müsse. Dieser Satz hat kein ausdrückliches Zeugniß für sich, wohl aber eine so vollständige Analogie, daß ein anderer Beweis fast entbehrlich ist. Das Int. *de vi* nämlich war bey beweglichen Sachen ausgeschlossen, und zwar deswegen, weil andere Klagen für diesen Fall bereits vorhanden waren, als die Interdicte überhaupt eingeführt wur-

den (C. 440). Diese anderen Klagen (mit Ausnahme der *actio vi bonorum raptorum*) galten auf dieselbe Weise bey der *clandestina possessio* beweglicher Sachen, und es ist um so unwahrscheinlicher, daß dafür ein eigenes Interdict wäre gegeben worden; da es für die *violenta possessio* nicht geschah; die doch sicher als ein viel wichtigerer Fall betrachtet wurde.

Die Bedingungen dieses Interdicts sind jetzt vollständig bestimmt, aber eine ganz andere Frage ist noch zu beantworten übrig: die Frage nämlich, ob ein solches Interdict überhaupt existirt? Warum diese Frage erst hier aufgeworfen werden kann, wird sich sogleich zeigen.

Für die Existenz dieses Interdicts ist nur Ein Zeugniß vorhanden, und selbst dieses ist sehr zweideutig. Ulpian nämlich sagt bey einer ganz andern Gelegenheit: „Julian nimmt auch für die *clandestina possessio* ein eigenes Interdict an“: er selbst erklärt sich darüber nicht (1). Dagegen wird

(1) L. 7. §. 5. *comm. divid.* „vi possidere, non debere
(Es ist die Rede von dem „hoc iudicium dari, nec post
Rechte des Besizers, auf ein „annum quidem: quia pla-
iudicium communi dividundo „cuit, etiam post annum in
zu provociren): „Iulianus „eum, qui vi deiecit, inter-
„scribit, si alter possessor „dictum reddi: et si *precario*
„provocet, alter dicat eum „inquit, dicat eum possidere,

nicht nur in der ganzen Darstellung der Interdicta in den Institutionen und Pandekten dieses Interdict nicht genannt, sondern es ist kein Fall mehr übrig, in welchem es angewendet werden könnte, indem in allen den Fällen, in welchen es sonst allein gegolten haben kann, jetzt entweder kein Besitz verloren ist, oder das Int. *de vi* gebraucht werden kann. — Alles dieses erklärt sich leicht aus der historischen Untersuchung, die oben bey dem Verlust des Besizes angestellt worden ist. Grundstücke nämlich werden solange besessen; als der Besizer von einer neuen Occupation nichts weiß, und daraus folgt, daß *clandestina possessio*, insofern sie auf ein fremdes *jus possessionis* sich bezieht, was bey dem Interdict immer der Fall seyn müste (S. 458), an Grundstücken nicht mehr möglich ist (S. 346). Aber das Interdict bezog sich überhaupt bloß auf Grundstücke (S. 458); folglich ist seitdem auch das Interdict unmöglich geworden. Nun hat jener Satz mit allen seinen Folgen zu der Zeit des *l. a b e o* noch nicht gegolten (S. 347 ic.), folglich konnte in der noch früheren Zeit, in welcher

„adhuc cessabit hoc judici-
 „um: quia et de precario in-
 „terdictum datur. Sed et si
 „clam dicatur possidere qui
 „provocat, dicendum esse ait,

„cessare hoc judicium: nam (al.
 „nam et) de clandestina pos-
 „sessione competere interdic-
 „tum inquit.“

die Interdicte eingeführt wurden, ein solches Interdict allerdings gegeben werden: zur Zeit des Papian, Ulpian und Paulus war der Satz allgemein angenommen, also konnten diese Juristen das Interdict nicht mehr als gültig betrachten, und es konnte noch viel weniger in die Pandekten aufgenommen werden: im Anfang und um die Mitte des zweiten Jahrhunderts war der Satz selbst noch nicht völlig entschieden, und gewiß noch nicht in allen seinen Folgen durchgeführt, also konnte Julian das Interdict noch als geltendes Recht anführen. — Ganz anders verhält es sich mit der *exceptio clandestinae possessionis*: diese setzte nicht nothwendig eine fremde *possessio* voraus (S. 458), und sie mußte daher noch immer als gültig behandelt werden, wenn gleich das Interdict nicht mehr gebraucht werden konnte.

Unsere Juristen haben meistens dieses Interdict mit Stillschweigen übergangen, was nicht sowohl wegen der gelegentlichen Erwähnung des Julian, als wegen der Verbindung zu tadeln ist, in welcher überall die *clandestina* und *violenta possessio* genannt werden. Der Verfasser der alten Statuten von Pisa, welche Grandi in das zwölfte Jahrhundert setzt, hat das Interdict gerade in dieser Verbindung angeführt (1).

(1) GRANDI *epist. de Pand.*, „Hac saluberrima Constitutio-
ed. 2. (Flor. 1727. 4) p. 224: „tione sancimus, quod si ali-

Cujaz erwähnt nicht nur des Interdicts, sondern behauptet, es müsse noch jetzt angewendet werden: aber die Erklärung, die er von dem Fall seiner Anwendung giebt, ist freilich sehr unbefriedigend (1).

§. 42.

Eigene Quellen für das *Precarium*:

PAULUS *Lib. 5. Tit. 6. §. 10 — 12.*

Digest. Lib. 43. Tit. 26.

Cod. Lib. 8. Tit. 9.

} s. die Einl.

Schriftsteller:

Christ. RAU s. Aug. CORN. STOCKMANN diss. de precario, Lips. 1774.

L. G. VOGEL diss. de precario. Gött. 1786.

Beide Schriften sind nicht sehr bedeutend.

Wenn die bloße Ausübung eines Rechts einem Andern übertragen werden soll, so kann das unter sehr verschiedenen juristischen Formen geschehen: der Pacht z. B., das *commodatum* u. s. w. sind nichts

„quis fuerit possessor in der Regel ein Recht gegen
 „aliquo tempore prius illo den jetzigen Besitzer geben, ob-
 „qui nunc invenitur in pos- gleich keines der drey
 „sessione, licet non probetur Römischen *interd. recup.*
 „quod vi, vel clam, vel pre- *posses.* begründet ist.

„cario possideat, ab Adver- (2) CUIACIUS in obs. IX:
 „sario tamen in possessione 33, in L. 40. §. 2. *de poss.*
 „recuperanda semper potior (African. Tr. 7.), et in L. 6.
 „sit possessor: nisi etc. „d. §. 1. *pr. de poss.* (opp. VIII.
 b. der frühere Besitz an sich soll. 267. 268.).

als solche Formen, durch welche die bloße Ausübung des Eigenthums gewöhnlich auf bestimmte Zeit von dem Eigenthum selbst getrennt wird. In allen diesen Fällen ist durch jene juristische Form selbst für das Recht der Zurückforderung gesorgt: nicht so, wenn ohne alle juristische Form, wie z. B. durch ein bloßes *pactum*, jenes Geschäft vor sich gegangen ist. Allein für zwey Fälle dieser Art haben die Gesetze ein eigenes Recht der Zurückforderung bestimmt. Wer nämlich die Ausübung des Eigenthums (d. h. den natürlichen Besitz), oder die Ausübung einer *Servitut*, einem Andern verstatet, sich selbst aber das Recht vorbehält, nach Willkühr diese Erlaubniß zurück zu nehmen, hat dieses besondere Recht, und das juristische Verhältniß, das dadurch entsteht, heißt *precarium* (1). Der Name dieses Verhältnisses ist daher entstanden, daß die Erlaubniß selbst durch eine Bitte veranlaßt zu werden pflegt: nothwendig ist diese Bitte durchaus nicht, ja selbst eine stillschweigende Erlaubniß ist hinreichend (2). — Hierher übrigens

(1) *L. 2. pr. de prec.* „Habe precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est, ex hac solummodo causa, quod precibus adhibuit, et impetra-

„vit, ut sibi possidere aut uti liceat.“

(2) *PAULUS V. 6. §. 11:* „Precario possidere videtur non tantum qui per epistolam, vel quacunq[ue] alia ra-

gehört nur noch der erste der beiden Fälle, welcher die Ausübung des Eigenthums betrifft.

Wenn also die Detention auf diese Weise übertragen wird, so ist es Regel, daß damit zugleich der juristische Besitz übergeht, und es muß das Gegentheil besonders verabredet seyn, wenn diese Regel nicht gelten soll (S. 286 u.). In beiden Fällen aber kann die Erlaubniß nach Willkühr zurück genommen werden: wird die Sache dennoch nicht zurück gegeben, so ist nun der Besitz unrechtlich (*vitiosa, injusta possessio*) (1) und kann auf ähnliche Weise durch ein

„tione hoc sibi concedi potest, tulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente, tamen domino possidet.“ Cujas (in einer Note zu dieser Stelle) beschränkt das auf die Fortsetzung eines früheren *precarii*, und zwar ohne allen Grund, wenn nicht der folgende §. bey Paulus diesen Grund enthalten soll: „magis dicendum est, clam videri possidere (also nicht *precario*): nullas enim precarum ejus violentur adhibitae.“ Allein gerade diese letzten Worte fehlen in der *edit. princ.* (s. die Note von Hugo).

(1) Einige Gesetze nennen die *precaria possessio: justa*, andere: *injusta*, offenbar weil sie beides wirklich ist, nur zu verschiedenen Zeiten: sie fängt an, *injusta* zu seyn, sobald die Restitution verweigert ist. Dieser Mißbrauch des guten Willens und Zutrauens hat hier dieselbe Wirkung, wie bey der *violenta possessio* die Gewalt Cuper (II. 7.) verwirft diese sehr natürliche Vereinigung der Gesetze, die längst vorgeschlagen und angenommen war: sein Hauptgrund dagegen ist der, daß nicht etwa das *revocatum precarium*, sondern das

Interdict eingeklagt werden, wie der gewaltsame Besitz. Demnach gehört das *precarium* hierher, und bloß hierher, denn die *vitiosa possessio* ist das einzige, was hier ein juristisches Verhältniß begründet, und als Vertrag wird es durchaus nicht betrachtet (1). Eine Folge davon ist es, daß das Recht der willkürlichen Zurückforderung selbst dadurch nicht ausgeschlossen wird, wenn der, welcher die Erlaubniß gab, seinem Rechte entsagt (2): da doch die Klage aus einem

precarium schlechthin als Grund einer *injusta possessio* mit *vi* und *clam* bey den Exceptionen verbunden werde: allein wenn eine Exception gebraucht wird, so versteht es sich ja von selbst, daß die Erlaubniß zurückgenommen ist.

(1) Alles dieses ist sehr klar bestimmt in: L. 14, L. 22. §. 1. *de prec.*, L. 14. §. 11. *de furtis*, und es wird dadurch bestätigt, daß das Interdict sogar wegfällt, wenn ein anderes Klagrecht, aus einem juristischen Geschäft, vorhanden ist. L. 2. §. 3. *de prec.* („*ex hac solummodo causa*“); L. 15. §. 3. *cod.* — Aus zwey Gründen könnte jedoch der Satz bezweifelt werden: A.) in L. 23. *de R. I.* heißt das *precarium*

ein *Contractus*: allein dieses Wort wird da offenbar für jeden möglichen Grund einer Obligation genommen, denn auch *tutela* und *negotiarum gestio* ist darunter begriffen. — B.) in späteren Zeiten wurde außer dem Interdict auch eine *actio (praescriptis verbis)* gegeben L. 2. §. 2, L. 19. §. 2. *de prec.*, PAULUS V. 6. §. 10. Allein das heißt nur, der Kläger soll nun zwischen beiden Prozeßarten die Wahl haben. Die Natur der *obligatio* selbst wurde dadurch nicht geändert.

(2) L. 12. *pr. de prec.* — G. F. KRAUS *diss. de precario ad certum tempus dato*, Viteb. 1750.

Vertrage immer durch eine *exceptio pacti* beschränkt werden kann.

Die *obligatio* betrifft nur den, welcher durch das *precarium* den Besitz bekommen hat, einerley ob er selbst darum bat, oder durch Andere bitten lies (1). — Der Erbe besitzt die Sache nicht eigentlich als ein *precarium* (2), so daß auch das Interdict nicht so wie in andern Fällen gebraucht werden kann (3): dennoch gilt auch hier das Interdict, insofern der Erbe selbst durch das *precarium* etwas erlangt hat (*in id quod ad eum pervenit*) (4). — Gegen den Eigenthümer der Sache kann das Interdict um deswillen nicht gebraucht werden, weil in diesem Fall gar kein *precarium* von den Gesetzen anerkannt wird: die näheren Bestimmungen dieses Satzes sind schon oben (S. 287 u.) vorgekommen.

Die *obligatio* selbst, welche der Gegenstand dieses Interdicts ist, ist zunächst auf Restitution der Sache gerichtet, auf den Ersatz ihres Werthes (wenn

(1) L. 4. §. 2, L. 6. §. 1, L. 13. *de prec.*

(2) L. 12. §. 1. *de prec.* — Eine wichtige Folge ist die, daß nun die *accessio possessionis* (S. 162) wegfällt.

(3) Daraufgehen einige Stellen, die das Interdict schlecht-

hin (d. h. in seiner regelmäßigen Gestalt) für diesen Fall versagen: L. 11. *de div. temp. praescr.*, PAULUS V. 6. §. 12. (wenn nämlich die letzten Worte ächt sind).

(4) L. 8. §. 8. *de prec.*, L. 2. *C. eod.*

§. 43. Neues Recht der Constitutionen. 467

ſie ſelbſt verloren oder verborben iſt) nicht, auſer inſofern *dolus* oder *lata culpa* des Beklagten nachgewieſen werden kann (1). Allein von der Zeit an, in welcher die Klage angeſtellt wird, iſt der Beklagte *in mora*: nun muß er, wie bey den vorigen Interdicten, für jede *culpa* überhaupt einſtehen, die Früchte der Sache zurückgeben — kurz, den Kläger ganz in die Lage ſetzen, in welcher derſelbe ſeyn würde, wenn die freiwillige Reſtitution nicht verweigert worden wäre (2).

Befondere Exceptionen giebt es bey dieſem Interdict nicht, namentlich keine, die ſich auf Verjährung gründet (3): und ſelbſt die allgemeine Verjährung, die das neuere Recht eingeführt hat, kann doch nur in dem Fall angewendet werden, wenn nach der verweigerten Reſtitution der Beſitz noch 30 Jahre fortgeſetzt worden iſt.

§. 43.

Das ganze Recht der poſſeſſoriſchen Interdicte, welches biß hierher dargeſtellt worden iſt, beruhte auf

- (1) L. 2. *pr. de prec.* „Ait „stitutionem venire dolum
„Praetor, quod precario ab „et culpam latam dumtaxat,
„illo habes, aut dolo malo fe „cetera non venire.“ Cf. L. 8.
„cisti ut desineres habere, qua „§. 3. 5. *ead.*, L. 23. *de R. I.*
„de re agitur, illi restituas.“ (2) L. 8. §. 4. 6. *de prec.*
L. 8. §. 6. *ead.* „Et genera (3) L. 8. §. 7. *de prec.*
„liter erit dicendum, in re

bestimmten Formen der Verletzung des Besizes, aus welchen allein die *obligatio* entstand, die durch die Interdicte verfolgt werden sollte. Viele Juristen betrachten diese ganze Theorie als bloße Antiquität: durch die Constitutionen nämlich sey ein allgemeines Rechtsmittel eingeführt, wodurch jeder verlorne Besiz überhaupt wieder gefordert werden könne, ohne Rücksicht auf die Art, wie er verloren worden sey: durch dieses allgemeine Klagrecht seyen die alten Interdicte nicht sowohl aufgehoben, als ganz überflüssig geworden (1). Nach dieser Ansicht wäre das neue Recht der possessorischen Klagen eben so unbestimmt und willkürlich, als das alte Recht bestimmt und zusammenhängend war, und es ist um so nöthiger, die historische Richtigkeit derselben strenge zu prüfen.

Der neue Rechtsfaz selbst soll nicht sowohl in einem einzelnen Gesetz eingeführt, als in mehreren Constitutionen als entschieden vorausgesetzt seyn. Allein selbst ohne diese Constitutionen erklärt zu haben, kann man ihn bestimmt widerlegen. Justinian

(1) Cujas hat vorzüglich diese Behauptung aufgestellt (obs. I. 20, XIX. 16, paratit. in Cod. tit. unde vi, Comment. in Cod. tit. unde vi in opp. T. 9. p. 1248. 1263. 1259.)

und ihm sind viele Andere gefolgt. — Dagegen sind: GRÆNIUS in proleg. lib. 8. Cod. (expl. Cod. P. 2. p. 269.), WESTPHAL §. 320, FLECK de interd. p. 66 — 71.

nämlich hat nicht nur in den Pandekten ganz das alte Recht aufgenommen, sondern selbst in den Institutionen wird es vorgetragen, und zwar hier mit den neueren Modificationen, die zum Theil erst von Justinian selbst hinzugesetzt waren, zum deutlichen Beweise, daß es nicht bloß Antiquität, sondern practisches Recht ist, was daselbst gelehrt wird. Ja, was noch entscheidender ist, in einer der neuesten Constitutionen, die das neue Recht beweisen sollen (1), wird gerade im Gegentheil das alte Recht als geltend vorausgesetzt, indem für einen ganz speciellen Fall ein eigenes Klagrecht bloß deswegen eingeführt wird, weil die alten Interdicte für diesen Fall nicht zureichten. Das also ist schon jetzt entschieden, daß jener Rechtsfall nicht der Inhalt der Constitutionen seyn kann, deren Erklärung nun gegeben werden soll.

A.) *L. 5. C. unde vi. (2):*

„Invasor locorum poena teneatur legiti-
 „ma: si tamen vi loca eadem invasisse
 „constiterit. Nam si per errorem aut

(1) *L. 11. C. unde vi.* agr. p. 183. (auch bey Ritter
 (2) Vergl. *L. 1. C. Th. fin.* zu der Stelle des *Cod. Th.*),
reg. — CUIAC. obs. XIX. 16, Westphal §. 320, FLUCK
I. ГОРНОВ. in L. cit. C. Th., de interd. p. 67.
 GORZIUS in notis ad scr. rei

„incuriam domini loca ab aliis possessa
sunt: sine poena possessio restitui de-
bet.“

„Also — soll der Besitz auch dann wieder
„gefordert werden können, wenn er nicht
„durch Gewalt verloren worden ist.“ —
Aber den Besitz fordert auch der Eigenthü-
mer durch die vindication, und daß gerade
davon die Rede sey, zeigt der Ausdruck
„domini“ deutlich genug (1). Die ganze
Stelle ist also nur, wie so viele andere,
von Tribonian an einem unrichtigen
Orte eingerückt worden.

B.) L. 8. C. unde vi (2):

„Momentariae possessionis interdictum,
quod non semper ad vim publicam per-
tinet, vel privatam, mox audiri, inter-
dum etiam sine inscriptione meretur.“
Also es soll Fälle geben, in welchen zwar
das Interdict, aber keine *accusatio ex
lege Iulia* möglich wäre. Solche Fälle las-

(1) Eujas selbst erklärt in
einer ganz ähnlichen Stelle
(L. 6. C. de poss.) die *restitu-
tio possessionis* auf dieselbe
Art (Comm. in Cod., opp.
IX. 1016), ohne sich hier die-

ser Erklärung zu erinnern.

(2) L. 8. C. Th. de jurid.
— CUIAC. obs. I. 20, GI-
PHAN. in h. L. (expl. Cod.
P. 2. p. 288).

sen sich allerdings denken: wenn z. B. in Abwesenheit des Besitzers sein Grundstück ohne besondere Gewaltthätigkeit occupirt wird, und er zurück zu kehren nicht wagt, so ist kein *crimen vis* begangen, das Interdict aber dennoch begründet (§. 437).

C.) L. 11. C. *unde vi*:

„Cum quaerebatur inter Illyricianam
 „advocationem, quid fieri oporteret prop-
 „ter eos, qui vacuum possessionem (1)
 „absentium sine judiciali sententia deti-
 „nuerunt, quia veteres leges nec *Unde*
 „*vi* interdictum, nec *quod vi aut clam*,
 „vel aliam quandam actionem ad reci-
 „piendam talem possessionem definiebant,
 „violencia in ablatam possessionem mi-
 „nime praecedente, nisi domino tan-
 „tummodo in rem exercere permitten-

(1) *Vacua possessio* kann gesagt werden, theils von einer Sache, die keinen Besitzer hat (§. 167.), theils von einem Besizer, der eben jetzt nicht körperlich ausgeübt wird (z. B. *possessio fundi quae animo retinetur*). Hier ist der Ausdruck in der ersten Bedeu-

tung genommen, die ohnehin die technische ist: die Gründe werden weiter unten angegeben werden. Azo in Summa h. t. num. 31. (fol. 146), et in lect. in h. L. (p. 619), GLOSSA in h. L., GIPHANIUS in h. L. (expl. Cod. P. 2. p. 295).

„tes (1): nos non concedentes aliquem
 „alienas res, vel possessiones (2) per
 „suam auctoritatem usurpare, sancimus,
 „talem possessorem, uti praedonem in-
 „telligi, et generali jurisdictione ea te-
 „neri, quae pro restituenda possessione
 „contra hujusmodi personas veteribus
 „declarata sunt legibus (3) si
 „non ex die, ex quo possessio detenta
 „est, triginta annorum excesserint cur-
 „ricula“ (4). Der Fall, welchen dieses

(1) Dieser Theil der Stelle macht sie selbst am deutlichsten. Der Fall nämlich muß nun nothwendig so gedacht werden, daß keine persönliche Klage nach dem ältern Recht statt finden könnte.

(2) *Res*, im Gegensatz von *possessiones* (S. 81) sind bewegliche Sachen: also beide zugleich soll das Gesetz umfassen, was auch sehr natürlich ist, da das *Int. de vi* längst auf bewegliche Sachen ausgedehnt war.

(3) d. h. es soll nach dieser Ausdehnung des *Int. recuperandae possessionis* (s. *de vi*) auf diesen Fall, nun auch alles

das in demselben beobachtet werden, was bey dem *Int. de vi* schon nach altem Recht galt („quae . . . contra hujusmodi personas (s. *praedones*) veteribus declarata sunt legibus“).

(4) Daß die Klage nicht über 30 Jahre dauert, ist eine Folge der allgemeinen 30jährigen Verjährung: daß sie nicht auf Ein Jahr beschränkt ist, erklärt sich aus der Voraussetzung, daß der Beklagte selbst den Besitz der Sache noch hat, in welchem Fall auch das *Int. de vi* nicht auf Ein Jahr beschränkt ist (S. 453). Folglich enthält diese Bestimmung nichts beson-

Gesetz bestimmt, muß so gedacht werden: der Besitz einer Sache war durch bloße Abwesenheit verloren worden (§. 360), und diese *vacua possessio* hatte ein Anderer occupirt (1). Für diesen Fall nun galt keine der bisherigen possessoriſchen Klagen, ja keine Klage überhaupt außer der Vindication. Justinian will, daß auf diesen Fall das Int. *de vi* angewendet werde: etwas Neues liegt darin allerdings, aber einmal betrifft dieses Neue einen einzelnen, sehr genau bestimmten Fall, und zweitens wird dadurch überhaupt keine Regel modificirt, welche für die possessoriſchen Klagen außerdem gegolten hätte. Denn da der Besitz schon vor der Occupation verloren war, so ist von einer unmittelbaren Ver-

deres, und sie ist wohl von einer ähnlichen Bestimmung der L. 1. C. *si per vim* zu unterscheiden, welche in der That eine Ausnahme vorschreibt (§. 455).

(1) Daß so und nicht anders der Fall gedacht werden müsse, ist oben vorausgesetzt worden, und kann jetzt bewiesen werden. Wäre nämlich erst durch die

Occupation des jetzigen Besitzers der vorige Besitz aufgehoben worden, so hätte bey Grundstücken das Int. *de vi* gegolten (§. 437), bey beweglichen Sachen die *conditio furtiva*. Der Fall aber ist nach Justinian's eigener Erklärung so beschaffen, daß das alte Recht keine Klage gestattet hätte.

legung des Besizes gar nicht die Rede, so daß selbst die Entscheidung dieses speciellen Falls keine Ähnlichkeit mit der Regel hat, die als allgemeine Regel dadurch bewiesen werden sollte.

D.) *L. 12. C. de pass.*

Die Stelle selbst ist oben erklärt worden (S. 377 26.). Sie verordnet, daß in bestimmten Fällen durch die Untreue des Repräsentanten der Besitz nicht verloren seyn sollte: von einem besondern Klagrecht ist darin überhaupt nicht die Rede, am wenigsten von einer neuen *actio recuperandae possessionis*, da das Gesetz gerade die Fortdauer des Besizes zum einzigen Gegenstand hat.

E.) Endlich muß noch die bloße Ueberschrift eines Titels (1) dahin gerechnet werden, die wohl viel zu jener unrichtigen Meinung beigetragen haben mag. Sie lautet so: „*si per vim vel alio modo* „*perturbata sit possessio.*“ Was in diesen beiden Fällen einer *perturbata possessio* (*per vim vel alio modo*) erfolgen soll, ist nicht gesagt: dieser Erfolg kann also wohl nicht anders als aus den *Constitutio-*

(1) *Cod. Inst. Lib. 8. Tit. 5.*

nen des Titels selbst bestimmt werden. Die erste dieser Constitutionen spricht bloß von einer *possessio per vim perturbata*. Der Inhalt der zweiten ist dieser: „bey einem Rechtsstreit soll der Besitzstand „weder durch ein Rescript des Kaisers, noch durch „ein Decret des Richters geändert werden können, „wenn Eine Partey abwesend ist.“ Diese Verordnung betrifft offenbar bloß den Prozeß, und sie ist nur an einer unschicklichen Stelle von den Compilatoren eingeschaltet worden. Die Verletzung des Besitzes also, gegen welche das Gesetz gerichtet ist (*possessio alio modo quam per vim perturbata*) ist eine prozessualische Nullität, und hat mit einer solchen Verletzung, welche ein Interdictum veranlassen könnte, nicht die geringste Aehnlichkeit.

Demnach ist das alte Recht der Interdicten durch die Constitutionen auf keine Weise aufgehoben oder entbehrlich gemacht worden, und die Ansicht des Besitzes, welche jenen Interdicten zum Grunde lag, ist auch in Justinian's Gesetzgebung dieselbe geblieben.

Fünfter Abschnitt.

Iurium quasi Possessio.

§. 44.

Das Recht des Besizes beruht auf dem Schuz der bloßen Ausübung des Eigenthums gegen bestimmte Formen der Verletzung. Diese Formen der Verletzung und jener Schuz lassen sich auf dieselbe Weise auch bey solchen Rechten denken, die als einzelne Bestandtheile des Eigenthums von dem Eigenthum selbst abge sondert sind (*Iura in re*), und das Römische Recht hat diese Anwendung wirklich gemacht. Das Verhältniß dieser *Iurium quasi Possessio* zum wahren Besiz ist oben entwickelt worden (§. 12). Hier sind dieselben drey Fragen zu beantworten, wie bey dem Besize selbst, d. h. es ist der Erwerb, der Verlust und der Schutz durch Interdicte für die *Iurium quasi Possessio* zu

bestimmen. Diese Untersuchung aber muß für jede Classe jener Rechte besonders angestellt werden: daher zerfällt dieser Abschnitt in drey Theile:

1. Persönliche Servituten (§. 45).
2. Dingliche Servituten (§. 46).
3. *Iura in re*, die nicht unter die Servituten gehören (§. 47).

Für diese drey Classen von Rechten ist indessen noch eine allgemeine Bemerkung voraus zu schicken. Hier nämlich, wie bey dem eigentlichen Besiz, beruht der Erwerb und die Fortdauer des Rechts auf *factum* und *animus* zugleich. Allein die zweite dieser Bedingungen ist bey allen diesen Rechten ganz auf dieselbe Weise, wie bey dem Besiz selbst, zu bestimmen. Ohne *animus possidendi* also kann keine *Iuris quasi Possessio* erworben werden, und durch bloßen *animus non possidendi* muß das Recht des Besizes jedesmal aufhören. Deswegen mag diese allgemeine Bemerkung hinreichend seyn, und bey den einzelnen Rechten selbst wird des *animus possidendi* nicht mehr Erwähnung geschehen.

§. 45.

Die persönlichen Servituten (d. h. vorzüglich *usus fructus* und *usus*) haben das Eigenthümliche, daß die Ausübung derselben immer mit dem natürlichen Besiz der Sache selbst verbunden ist. Darum

hat ihre *quasi possessio* mehr Ähnlichkeit mit dem eigentlichen Besitz, als die der übrigen Rechte, und diese Ähnlichkeit zeigt sich nicht nur in dem Erwerb und Verlust, sondern auch in den Interdicten.

Erworben also wird diese Art des Besitzes durch dasselbe *factum*, wie der Besitz der Sache selbst: namentlich durch Uebergabe der Sache, oder dadurch, daß der Eigenthümer in das Grundstück einführt; oder den *fructuarius* selbst Besitz nehmen läßt (1): voraus-

(1) L. 3. pr. de usuf. „Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus; ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.“ Die „pactiones et stipulationes“ gehen nicht auf den Besitz, sondern auf die *justa causa*, durch welche die Einführung in den Besitz (die *traditio*) allererst fähig wird, das Recht selbst zu übertragen. Uebrigens mag wohl in der ganzen Stelle von

den Compilatoren etwas ausgelassen oder geändert worden seyn, denn nach dem alten Recht verhielt sich die Sache sehr wahrscheinlich so: war der Gegenstand eine *res Mancipi*, so wurde auch der *ususfructus Mancipii*, und die Tradition begründete außer der *Iuris quasi Possessio* nur eine *publiciana actio* (*possessio ususfructus*, s. v. S. 84. 85). L. 11. §. 1. de public. L. 1. pr. quib. mod. usfr. — Bei einer *res nec Mancipi* wurde schon durch bloße Tradition das *jus ususfructus* begründet. — *Cessio* endlich hatte diese Wirkung immer, ohne Unterschied der *res Mancipi* und *nec Mancipi* (ULF. XIX. 11).

gesetzt, daß dieses alles in bestimmter Beziehung auf den *ususfructus* geschehe.

Fortgesetzt wird dieser Besitz, wie jeder andere Besitz, durch die ununterbrochene Möglichkeit das *factum acquisitionis* zu reproduciren (1). — Auch darin kommt dieser Besitz mit jedem andern überein, daß er durch Repräsentanten, z. B. durch Pächter, fortgesetzt werden kann, und nur in der Anwendung dieser Regel ist es nöthig, einige Fälle besonders zu erörtern: A.) Das Recht dieser Servituten ist an eine bestimmte Person gebunden, folglich unveräußerlich, folglich hat selbst die Veräußerung derselben (durch Verkauf, Schenkung etc.) im wesentlichen keine andere Wirkung als eine bloße Verpachtung: es entsteht ein bloß persönliches Recht gegen den *fructuarius*, und nur die Form dieser *obligatio* ist verschieden. Die Folge dieses Satzes für den Besitz ist die, daß in allen den Fällen, in welchen der Besitz einer Sache übertragen zu werden pflegt, der Besitz des *ususfructus* etc. ungeändert bleibt, so daß der *fructuarius* auf gleiche Weise das Recht des Besitzes behält, er mag den *ususfructus* bloß verpachten, oder aber verkaufen, verschenken, oder durch *precarium* einem

(1) Selbst das besondere und es ist hier sogar noch vortheilhafter bestimmt. *L. 12. servus fugitivus* gilt auch hier, §. 3. 4. *de usufructu.*

Andern überlassen (1). — B.) Auch an den Eigenthümer der Sache kann der *ususfructus* verpachtet werden, so daß nun durch den Eigenthümer der Besitz fortgesetzt wird. Wenn aber der Eigenthümer die Sache ohne Rücksicht auf den *ususfructus*, (d. h. ohne ihn vorzubehalten) verkauft, oder in eigenem Namen (also gleichfalls ohne Rücksicht auf den *ususfructus*) verpachtet, so ist dadurch der Besitz aufgehoben (2).

Die Interdicte endlich sind hier ganz dieselben, wie bey dem eigentlichen Besitz, und dieser Umstand

(1) L. 12. §. 2. *de usufructu*: „*Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fructuam concedere (für dieses letzte folgen nun Beispiele), vel locare, vel vendere potest: nam et qui locat, utitur: et qui vendit, utitur. Sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti: atque ideo retineri usumfructum . . .*“ Die letzten Worte beziehen sich darauf, daß durch *non usus* in einer bestimmten Zeit der *ususfructus* selbst verloren wird: so ist also hier die Fortsetzung des Besitzes für die Erhaltung

des Rechts selbst indirect nöthig.

(2) L. 29. *pr. quib. mod. usfr.* — Diese Stelle darf durchaus nicht bey der Streitfrage gebraucht werden, die oben (§ 33.) für den Besitz selbst abgehandelt worden ist. Denn einmal ist die *Iuris quasi Possessio* überhaupt mit dem eigentlichen Besitz nicht einerley, und zweitens kommt in diesem Fall alles auf das besondere Verhältniß des *fructuarius* zum Eigenthümer an, mit welchem Verhältniß bey dem eigentlichen Besitz sich gar nichts ähnliches findet.

mag wohl am meisten dazu beigetragen haben, beide Rechte mit einander zu verwechseln. Da nämlich die Ausübung dieser Servituten, wie die des Eigenthums, von dem natürlichen Besiß der Sache selbst abhängt, so ist die Art der Störung in beiden Fällen ganz dieselbe, und eben so wurde der Schutz gegen diese Störung in beiden auf gleiche Weise bestimmt:

I.) Ist der Gegenstand eine unbewegliche Sache, so ist das Int. *uti possidetis* anwendbar, wenn die Iuris quasi Possessio zwar gestört, aber nicht aufgehoben ist. Dieses Interdict ist demnach auf folgende Fälle anzuwenden: A.) wenn Mehrere an derselben Sache (d. h. an partibus indivisis) den usufructus haben, und sich gegenseitig im Besitze stören, B.) wenn sich der fructuarius gegen Eingriffe des Eigenthümers schützen will oder umgekehrt (S. 269), C.) wenn ein Fremder, d. h. der gar kein Recht hat, den Besiß des fructuarius stört, D.) wenn verschiedene Rechte, z. B. usus und usufructus, an derselben Sache neben einander bestehen, und die Ausübung derselben gegen wechselseitige Störung gesichert werden soll (1).

(1) L. 4. *uti possidetis*: „In „alter usumfructum, alter pos-
 „summa puto dicendum, et „sessionem sibi defendat. Idem
 „inter fructuarios hoc inter- „erit probandum, et si usus-
 „dictum reddendum, et si „fructus quis sibi defendat

II.) Auf dieselbe Art, wie das Int. *uti possidetis* bey unbeweglichen Sachen, muß bey beweglichen das Int. *utrubi* auch auf diese Iuris quasi Possessio angewendet werden: daß diese Anwendung nicht ausdrücklich in den Gesetzen vorgeschrieben ist, erklärt sich leicht, wenn man bedenkt, wie wenig überhaupt von dem Int. *utrubi* die Rede ist.

III.) Ist der Besitz nicht bloß gestört, sondern gewaltsam aufgehoben, so ist das Int. *de vi* begründet (1). Nach dem alten Recht war es auch hier bey beweglichen Sachen ausgeschlossen, den Fall ausgenommen, wenn mit dem Grundstück zugleich solche Sachen (*quae ille tunc ibi habuit*) verloren wurden (2): die Ausdehnung dieser *obligatio* auf bewegliche Sachen, durch die Constitutionen, muß auch hier gelten, obgleich die Strafe der Constitutionen hier nicht anwendbar ist. Gegenstand der Klage ist erstens die Restitution der Sache, weil von dem natürlichen Besitz derselben die Möglichkeit der Aus-

„*possessionem: et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.*“

(1) L. 3. §. 13. 14. *de vi*, L. 60. *pr. de usufructu* (über *usufructus*). L. 3. §. 16. *de*

vi, L. 27. *de donat.* (über *usus*). — HUENERER *diss. de restitutione usufructuarii ex int. unde vi*, Arg. 1631. G. A. STRAUV. *diss. de int. unde vi*, quatenus usufructuarius ex eo restituatur, Ien. 1668.

(2) L. 3. §. 15. *de vi*.

übung jener Rechte abhängt: zweitens, vollständiger Schadensersatz (1). In vielen Fällen wird dieser Ersatz sogar der einzige Gegenstand der Klage seyn, wenn nämlich das Recht der Servitut selbst durch den Tod des fructuarius, oder durch *capitis deminutio*, oder durch *non usus* einstweilen aufgehört hat: in den zwey ersten Fällen betrifft der Ersatz bloß die vergangene Zeit, weil auch ohne die *dejectio* der Verlust hätte erfolgen müssen (2): wenn dagegen durch *non usus* das Recht verloren worden ist, so enthält die *dejectio* selbst die Ursache des Verlustes, folglich muß nun der Ersatz zugleich auf die künftige Zeit gerichtet seyn (3).

IV.) Von dem Int. *de clandestina possessione* ist hier natürlich gar nicht die Rede, da selbst bey dem eigentlichen Besitz der Name desselben nur sehr zufällig aufbehalten worden ist.

V.) Endlich kann auch die Ausübung einer solchen Servitut *precario* einem Andern überlassen werden (4), und nun wird die Restitution der Sache schon nach

(1) L. 9. §. 1. *de vi*: „De-
 „jectum ab usufructu in ean-
 „dem causam Praetor resti-
 „tui jubet: id est, in qua
 „futurus esset, si dejectus
 „non esset.“

(2) L. 60. *pr. de usufructu*,
 L. 3. §. 17. *de vi*.

(3) L. 9. §. 1. L. 10. *de vi*.

(4) L. 12. §. 2. *de usu-
 fructu*.

den Worten des Edicts mit dem Int. *de precario* gefordert (1).

§. 46.

Der Besitz der dinglichen Servituten ist nicht so einfach zu bestimmen, wie der der persönlichen: es müssen hier mehrere Fälle genau unterschieden werden, und diese Fälle selbst sind zum Theil sehr streitig (2).

Alle dingliche Servituten nämlich bestehen in einzelnen Ausnahmen von der allgemeinen Regel eines fremden Eigenthums: so daß entweder der, welcher das Recht der Servitut hat, etwas thun darf, das ihm außerdem unterlagt werden könnte, (servitus quae in patiando consistit), oder daß der Eigenthümer etwas unterlassen muß, das er außerdem thun dürfte (servitus quae in non faciendo consistit). Im ersten Fall ist das, was vermöge der Servitut geschehen darf, entweder eine eigene Handlung für sich, die nur mittelbar auf ein anderes Grundstück sich bezieht (z. B. jus itineris), oder es ist mit dem

(1) L. 2. *pr. de prec.* „Quod precario ab illo habes . . . id illi restituas.“ — L. 2. §. 3. *eod.* „Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel ju-

ris adeptus est . . .“

(2) OPPENRITTER, *Summa pass.*, P. 1. C. 5. *de acquisitione quasi Possessionis*; fast bloß von dinglichen Servituten.

Besitz eines andern Grundstücks unmittelbar verbunden (z. B. *jus tigni immittendi*). Diese drey Classen von dinglichen Servituten sind hier sorgfältig zu unterscheiden (1).

Erste Classe: Positive Servituten (*serv. quae in patiando consistunt*), deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht. — Im allgemeinen läßt sich hier der Erwerb der *Juris quasi Possessio* so bestimmen: die Handlung, die den Gegenstand des Rechts ausmacht, muß irgend einmal ausgeübt seyn, und zwar als ein Recht ausgeübt seyn. Wer also über des Nachbarn Grundstück geht, um mit diesem zu reden, hat dadurch kein *jus itineris* ausgeübt: wer dagegen ein solches Recht ausüben will, und es gegen den Widerspruch des Eigenthümers mit Gewalt durchsetzt, hat allerdings den Besitz erworben, so daß die „*patientia*“ des Eigenthümers durchaus nicht zum Erwerb dieses Besitzes nöthig ist (2). Von dem Verluste des Besitzes kann,

(1) Diese Eintheilung fällt mit einer andern fast zusammen, was aber bloß zufällig und eben deshalb nicht allgemein wahr ist: nämlich die erste Classe enthält *jura praediorum rusticorum*, die 2te und 3te *jura praediorum urbanorum*.

(2) L. 20. *de serv.* „Ego „*puto, usum ejus juris (es* „*war von jus fundi die Rede)* „*pro traditione possessionis* „*accipiendum esse.*“ Also „*usus*“ ohne nähere Bestimmung, ist das *factum acquisitionis*. Derselbe Satz folgt

wie sich sogleich zeigen wird, bey den Interdicten nicht die Rede seyn, und diese allein sind der Gegenstand unserer Untersuchung. — Die Interdicte endlich sind hier auf ganz eigene Art bestimmt, und die gewöhnlichen possessorischen Klagen können durchaus nicht gebraucht werden (1). Das Int. *de vi* ist um deswillen nicht anwendbar, weil eine eigentliche *dejectio* sich nicht denken läßt (2): das Int. *de precario* ist wenigstens ganz überflüssig: denn wer einem Andern *precario* verstattet, durch ein Grund-

aus den Exceptionen der einzelnen Interdicte, welche Exceptionen („*vi, clam, precario*“), hier wie bey dem eigentlichen Besitz, durchaus keinen Sinn hätten, wenn in den Fällen derselben selbst das *factum possessionis* nicht behauptet werden könnte. Die Stellen, um deren willen man das Gegentheil behauptet (L. 11. §. 1. *de public.*, L. 1. §. 2. *de serv. pr. rust.*) reden nicht von dem Erwerb des Besitzes, sondern des Rechts selbst, und damit verhielt es sich so: 1.) *cessio* und *mancipatio* begründeten ein solches Recht in der That (ULP. XIX. 1. 11.) 2.) *Traditio* gab nicht das

Recht selbst, sondern nur eine *publiciana actio* (LL. cit.): aber auch dazu, wie zu jeder Tradition, gehört der Wille des *tradens*, und dieser setzt hier immer *patientia* voraus.

(1) Mehrere Juristen haben sie dennoch zugelassen, z. B. BUSIUS in subtil. jur. VII. 5. — Dagegen s. GIPHAN. in Cod. tit. *uti poss.*, P. 2. p. 302.

(2) L. 4. §. 27. *de usurp.*: „*Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris: per longum tempus non utendo amittam viam: quia nec possideri intellegitur jus incorporale, nec de via quis, id est mero jure, detruditur.*“

stück zu gehen, und dann diese Erlaubniß zurücknimmt, kann durch das Int. *uti possidetis*. dieses Verbot durchsetzen (1), und ohnehin ist das Int. *de precario* schon den Worten nach nur auf Rückgabe eines Gegebenen gerichtet, was sich hier gar nicht denken läßt (2). Das Int. *uti possidetis* also wäre das einzige, welches sich hier denken ließe, und doch ist nicht dieses Interdict hier zugelassen, sondern es sind eigene Interdicta für die wichtigsten Fälle dieser Art gegeben (3): demnach gilt überhaupt nicht in diesen bestimmten Fällen ein Klagrecht, und nur in best

(1) Nämlich das Verhältnis ist vollständig so zu bestimmen: der Eigenthümer hat vermöge seines bloßen Besizes das Int. *uti possidetis*: ist der Beklagte im Besiz der Servitut, so gebraucht derselbe das Int. *de itinere*, und zwar als Exception (S. 269): ist aber der Besiz der Servitut auf ein *precarium* gegründet, so kann der Kläger den Besiz selbst zugeben, und dennoch die Exception durch eine Replik entkräften.

(2) Nämlich das *habere precario* läßt sich bey jedem *jus in re* denken (L. 2. §. 3. de

prec.), und namentlich bey den Servituten dieser ersten Classe (L. 3. L. 15. §. 1. de *prec.*), aber nicht das *restituere precarium*, worauf das Interdict einzig und allein gerichtet ist (L. 2. pr. de *prec.*). Dennoch ist es auch bey diesen Servituten nicht gleichgültig zu wissen, ob sie sich auf *precarium* gründen oder nicht, weil davon wenigstens Exceptionen abhängen (L. 1. pr. de *itin.* etc.).

(3) L. 20. in f. de *serv.*
 „ . . . Ideoque et interdicia
 „ veluti possessoria constituta
 „ sunt.“

Formen, die von den Gesetzen ausdrücklich vorgeschrieben sind und jetzt erklärt werden sollen.

I.) *Ius Itineris, Actus, Viae.*

Quelle: *Digest, Lib. 43, Tit. 19.*

Die erste Bedingung dieses Interdicts ist Besitz der Servitut, und dieser Besitz muß hier näher bestimmt werden. Darin nämlich kommt er mit aller *Iuris quasi Possessio* dieser Classe überein, daß das Recht von dem Kläger selbst oder von andern Personen in seinem Namen (1) muß ausgeübt worden seyn, und zwar als ein Recht ausgeübt; wer also aus einer andern Ursache den Weg über ein fremdes Grundstück nimmt, z. B. weil der gewöhnliche Weg überschwemmt ist, hat dadurch gar keine Handlung eines Besitzers ausgeübt, und sein Verhältniß wird in den Gesetzen sehr genau selbst von dem einer *precaria possessio* unterschieden (2). — Allein Ausübung der Servitut überhaupt ist nicht einmal hinreichend, sondern die Gesetze haben ein bestimmtes Maas derselben als Bedingung des Interdicts vorgeschrieben. Wer nämlich das Interdict gebrauchen will, muß in dem verfloffenen Jahre (von der Klage an gerechnet) wenigstens 30 Tage hindurch das Recht ausgeübt

(1) L. 1. §. 7, 8, 11, L. 3. (2) L. 1. §. 6, L. 7, *de itin.*
§. 4. *de itin.*

haben (1). Doch ist gegen diese Art der Berechnung eine Restitution möglich: wenn z. B. die Ausübung in dem letzten Jahre durch Gewalt oder andere hinreichende Ursachen verhindert worden ist, so kann durch Restitution das vorhergehende Jahr der Berechnung zum Grunde gelegt werden (2). — Endlich ist bey dieser Bedingung die *accessio possessionis* zu bemerken: es ist nämlich ganz gleichgültig, ob der Kläger selbst, oder sein *auctor* (Erblasser, Verkäufer u. u.) oder beide zugleich das Recht an 30 Tagen des letzten Jahres ausgeübt haben (3). — Die zweite Bedingung des Interdicts ist gewaltsame Störung, und der Begriff derselben ist auf dieselbe Weise zu bestimmen wie bey dem Int. *uti possidetis*. Von wem diese Störung herrührt, ist ganz gleichgültig, und das Interdict bezieht sich folglich durchaus nicht bloß auf das Verhältniß der Servitut zum Eigenthum (4).

Der Kläger fordert durch dieses Interdict zunächst, daß die Störung seines Besizes aufgehoben (5), zweitens, daß ihm vollständiger Schadensersatz geleistet

(1) L. 1. §. 2. 3. *de itin.*

(4) L. 3. §. 5. *de itin.*

(2) L. 1. §. 9. *de itin.*

(5) L. 1. *pr. de int.* „ . . .

(3) L. 3. §. 6—10, L. 6. „*vim feri veto.*“

werde (1.) Die Wirkung des Interdicts ist also der des Int. *uti possidetis* ganz ähnlich.

Die Exceptionen endlich beziehen sich bloß auf die Art, wie die Servitut ausgeübt worden ist, denn für die Verjährung ist eine eigene Exception um deswillen nicht nöthig, weil schon in dem Factum, das der Kläger beweisen muß, eine solche Zeitbeschränkung enthalten ist. Die Regel, auf welcher jene Exceptionen beruhen, ist also diese: in die 30 Tage werden alle die Tage nicht eingerechnet, an welchen nur durch Gewalt, oder heimlich, oder *precario* die Servitut ausgeübt wurde (2). Dieses ist die einzige Bedeutung jener Exceptionen: wenn also 30 Tage hindurch ohne jene Fehler die Servitut ausgeübt wurde, so ist nicht etwa um deswillen eine Exception begründet, weil außer den 30 Tagen auch noch mit Gewalt oder heimlich oder *precario* die Servitut ausgeübt worden ist (3). Dagegen ist es ganz gleichgültig, ob gegen den jetzigen Beklagten selbst, oder gegen seinen Repräsentanten, oder gegen einen vorigen Besitzer die Gewalt u. gebraucht wurde, worauf sich die Ausübung der Servitut in den 30 Tagen gründete: also auch wer ein Grundstück kauft oder

(1) L. 3. §. 3. *de itin.*

(3) L. 1. §. 12, L. 2, L. 6.

(2) L. 1. *pr.* L. 3. *pr.* §. 1. *de itin.*

erbt, erwirbt damit zugleich die Exceptionen, welche der vorige Besitzer, dessen juristischer Successor er ist, hätte gebrauchen können:

L. 3. §. 2. *de itinere*:

„Si quis *ab actore meo* (1) vi aut clam,
 „aut precario usus est: recte a me vi
 „uti prohibetur, et interdictum ei inu-
 „tile est: quia a me videtur vi, vel clam,
 „vel precario possidere, qui *ab acto-*
 „*re* (2) *meo* vitiose possidet. Nam et
 „Pedius scribit, si vi aut clam, aut pre-
 „cario ab eo sit usus, in cuius locum (3)

(1) Es lesen vier Pariser Mss. (N. 4455. 4486. 4487. und 4456.) und (vielleicht unter allen Ausgaben allein) Paris. 1536. 4. GLOSSA anon. interlin. (Ms. Paris. 4479.) „*id est administratore*“ (Diese Glosse setzt die Lesart *actore* voraus, ist also aus einem Ms. genommen, worin sich diese fand). — ODOFRED. in h. L. (fol. 102): „*alii habent, ab actore: i. e. a castaldione.*“ — FLORENT. „*ab auctore vi.*“ — Rom. 1476. etc. etc. und selbst zwei frühere Ausgaben aus derselben Officin, wie die

vorher angeführte Pariser Ausgabe (Paris. 1510. und 1514. 4.) „*ab auctore meo vi.*“ Das *meo* haben auch sehr viele Mss. Ueber die häufige Verwechslung des *actor* und *auctor*, *actio* und *auctio* s. CUIAC. obs. XXIV. 8.

(2) So liest abermals: Paris. 1536. 4., und eben so die drei ersten unter den angeführten Pariser Mss. (das vierte hat hier *auctore*).

(3) So lesen die alten Ausgaben, mit Einschluß der Ha-loand. und der Paris. 1536. 4. — „*Non in cuius locum*“ hat

„hereditate, vel emptione, aliove quo jure
„successi, *idem esse dicendum*“

Die Florentinische Lesart ist höchst unwahrscheinlich, weil nach ihr Ulpian zweimal ganz dasselbe sagen, und sich doch gerade so ausdrücken würde, als ob er etwas anderes sagen wollte: ganz vorzüglich gilt das von den Worten „*idem esse dicendum*“ die nicht wohl anders als bey einem zweiten Fall gebraucht werden können, der aber mit dem ersten gleich entschieden werden soll. Die hier angenommene Lesart hebt die Schwierigkeit völlig: nun ist zuerst die Rede von einer gewaltsamen Handlung, die gegen meinen *actor* (d. h. den Sklaven, der über mein Landgut die Aufsicht hat), zweitens von der, die gegen meinen *auctor* (Erblasser,

im Text: Basil. 1541. f. (ap. Hervag.). — Bloß als Variante haben diese Lesart: Lugd. 1551. 1557. 4. (Portanae). — Als Variante eines *Cod. Medic.* hat sie die Vintimillische Ausgabe (Paris. 1548. 8), und nach ihr viele andere (Lugd. 1551. 12., Paris. 1552. 8, Rus-

sard., Charond., Paciana, Baudoz.): diese Medicaische Handschrift übrigens ist mit der berühmten Florentinischen nicht zu verwechseln, s. BRENCMANN hist. Pand. p. 254. — Ich habe das *non* in keiner Handschrift gefunden.

Verkäufer u. u.) gebraucht worden ist: im ersten Fall soll ich die Exception haben, die sich auf die gewaltsame Handlung gründet, und von dem zweiten Fall soll das nämliche gelten („*idem esse dicendum*“) — Nach der Hervag'schen Lesart wäre dieselbe Schwierigkeit auch aufgehoben, aber auf ganz andere Art: im ersten Satz wäre von einem juristischen successor die Rede („*ab auctore*“), im zweiten Fall von einem nicht juristischen („*non in „cujus locum . . . jure successi*“): aber der zweite Satz wäre dann nicht nur sehr schlecht ausgedrückt, sondern auch gegen alle Analogie.

II.) Ein zweites Interdict bezieht sich zwar auf dieselben Servituten, wie das vorige, aber es hat die Ausbesserung des Weges zum Gegenstand, dessen Gebrauch durch das vorige Interdict gesichert werden sollte.

Quelle: *Digest. Lib. 43. Tit. 19. (L. 3. §. 11. etc.)*.

Der Kläger also fordert in diesem Interdict, daß der Eigenthümer ihn nicht hindere, den Weg in brauchbaren Stand zu setzen.

Dieses Interdict ist indessen, aus leicht begreiflichen Ursachen, mehr als das vorige eingeschränkt: Der Kläger nämlich muß wegen des Schadens, der aus seiner Arbeit entstehen kann, Caution stellen (1): er muß ferner (und in diesem Punct unterscheidet sich das Interdict von allen anderen possessorischnen Klagen) sein *jus reficiendi* beweisen, und aufer diesem auch noch den Besitz, so wie er bey dem vorigen Interdict als Bedingung vorausgesetzt wurde. Das *jus reficiendi* aber wird als Folge der Servitut selbst angenommen, so lange keine besondere Ausnahme nachgewiesen werden kann: demnach muß hier der Kläger aufer dem Besitz der Servitut auch noch das Recht derselben beweisen (2).

Indessen ist hier das Recht der Servitut nicht bloß Bedingung, sondern zugleich Gegenstand dieses Interdicts, so daß der Kläger durch dasselbe nicht nur gegen alle Störung seiner Arbeit geschützt wird, sondern daß ihm, wie durch die *confessoria actio*, das Recht der Servitut selbst zugesprochen werden muß, wenn er seinen Beweis führt (3). Das Ver-

(1) L. 3. §. 11, L. 5. §. 4. „de itinere actuque privato
de itin. „(sc. reficiendo): nam pro-

(2) L. 3. §. 13. 14. *de itin.* „prietatis causam continet hoc

(3) L. 2. §. 2. *de interdictis*: „interdictum.“ — COSTA in
„Quaedam interdicta rei per-
„secutionem continent, veluti
pr. I. de interd.

Verhältniß des Interdicts zu der *confessoria actio* ist folglich so zu bestimmen; Wer das Recht der Servitut beweisen kann, schützt durch die *confessoria actio* jede Ausübung seines Rechts; allein für diesen bestimmten Fall hat er sogar die Wahl zwischen dem ordentlichen Prozeß und dem summarischen Prozeß der Interdicte: nur muß er, wenn der letzte gewählt werden soll, außer dem Recht der Servitut auch noch den Besitz derselben beweisen. — Da also dieses Interdict nichts anderes ist, als eine summarische *actio confessoria*, so kann nicht mehr die Rede davon seyn, seitdem die Prozeßform aufgehört hat, wodurch es sich allein von jener Klage unterschied.

III.) *Ius aquae quotidianae vel aestivae du-
scndae* (1).

Quelle: *Digest. Lib. 43. Tit. 20.*

Bedingung des Interdicts ist zuerst der Besitz dieser Servitut. Die Servitut muß zugleich in der Ueberzeugung ausgeübt seyn, daß das Recht selbst vorhanden sey (*bonae fidei possessio*) (2). Sie muß endlich in dem letztverfloffenen Jahre, oder, wenn die Wasserleitung nur im Sommer oder nur im Winter

(1) Ursprünglich bezog sich überhaupt erstreckt. L. 1. wohl dieses Interdict bloß auf §. 21 — 24. §. 24, L. 3 pr. Ackerbau: in der Folge wurde *de aqua.* es auf alle Wasserleitungen (2) L. 1. §. 20. 29. *de aqua.*

gebraucht wird, wenigstens in den letzten anderthalb Jahren ausgeübt worden seyn (1). — Außer dem Besitz wird hier wieder gewaltsame Störung des Besitzes vorausgesetzt, und es ist ganz gleichgültig, ob dieses durch die Handlung des Eigenthümers oder eines Dritten geschehen ist (2). Wenn Mehrere auf dieselbe Wasserleitung Anspruch machen, so gilt die Klage, wie das Int. *uti possidetis*, als Int. *duplex* (3).

Gegenstand der Klage ist zunächst die ungestörte Ausübung des Besitzes (4): ferner Ersatz des zugefügten Schadens, der hier, wie bey allen Servituten, in dem Verlust des Rechts selbst durch *non usus* bestehen kann (5).

Die Exceptionen gründen sich darauf, daß die Servitut zwar ausgeübt worden sey, aber auf unrechtlche Art, nämlich *vi, clam, precario* (6).

(1) L. 1. §. 31 — 36, L. 6. *de aqua.*

(2) L. 1. §. 25 *de aqua.*

(3) L. 1. §. 26. *de aqua*: „Si
„inter rivales; id est, qui per
„eundem rivum aquam ducunt,
„sit contentio de aquae usu,
„utroque suum usum esse
„contendente: duplex inter-
„dictum utrique competit.“

(Ueber die Definition von *rivalis* s. GLOSSA in c. 18. C. 32. q. 5.). Cf. L. 4. *de aqua*, PAULUS V. 6. §. 9.

(4) L. 1. *pr. de aqua*: „ . .
„vim fieri veto.“ L. 1. §. 27. *cod.*

(5) L. 1. §. 23. *de aqua.*

(6) L. 1. *pr. §. 10. 20. de aqua.*

IV.) Auf die Ausbesserung der Wasserleitung bezieht sich auch wieder ein eigenes Interdict (*de rivis*).

Quelle: *Digest. Lib. 43. Tit. 21.*

Dieses Interdict hat ganz dieselben Bedingungen wie das vorige (1): auf das Recht der Servitut also kommt es hier gar nicht an, sondern allein auf den Besitz (2). Nur wegen des Schadens, der durch die Arbeit etwa zugefügt werden könnte, ist auch hier eine Cautionsleistung nöthig (3).

V.) Auf ähnliche Art und unter denselben Bedingungen, wie die zwey vorigen Interdicte, sind zwey andere dazu bestimmt, das *jus aquae hauriendae* gegen Störung zu sichern.

Quelle: *Digest Lib. 43. Tit. 22.*

Wer also dieses Recht in dem letzten Jahre nicht gewaltsam u. ausgeübt hat, der kann das erste dieser Interdicte gebrauchen, um die künftige Ausübung selbst zu sichern: das zweite, um den Brunnen u., worauf die Servitut sich bezieht, wiederherstellen zu können.

Zweite Classe der dinglichen Servituten: Positive Servituten, die mit dem Besitz eines Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen.

(1) L. 3. §. 7. *de rivis*.

(5) L. 3. §. 9. *de rivis*.

(2) L. 1. §. 9, L. 4. *de rivis*.

Der Erwerb und die Erhaltung ihres Besizes ist sehr leicht zu bestimmen, da sie immer in einer dauernden Anstalt bestehen, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird. Wenn z. B. von dem *jus tigni immittendi* die Rede ist, so hängt die *Iuris quasi Possessio* davon ab, ob die *immissio* wirklich statt findet oder nicht (1).

Die Interdicte können erst bey der dritten Classe erklärt werden.

Dritte Classe: Negative Servituten.

Wer ein solches Recht hat, kann von dem Eigenthümer einer Sache fordern, daß derselbe irgend eine Handlung unterlasse, die er als Eigenthümer auszuüben berechtigt wäre. Wie wird der Besiz eines solchen Rechts erworben? — In der Antwort auf diese Frage sind drey Beziehungen zu unterscheiden, in welchen die Frage selbst vorkommen kann: A.) Meistens wird sie aufgeworfen in Beziehung auf das Recht selbst, das dadurch bedingt seyn soll. Dingliche Rechte, sagt man, sind nicht anders zu erwerben als durch Tradition: wie ist also hier diese möglich? Daß die Römischen Juristen keine Veranlassung hatten, diese

(1) L. 20. pr. de serv. pr. arb.: „Servitutes, quae in „superficie consistunt, possessione retinentur . . . ,“

nämlich vermittelst des Besizes der Sache (des Körpers), durch welche das Recht ausgeübt wird.

Frage aufzuwerfen, da bey ihnen eine eigene juristische Form alle andere Art des Erwerbs überflüssig machte (1), pflegt man hier zu übersehen. Die Meisten nehmen an, daß diese Rechte ohne alle Uebergabe, durch bloßen Vertrag, übertragen werden können, und diese Meinung ist ganz richtig, da Wir jene Form des alten Römischen Rechts nicht mehr haben, und in unserer Gesetzgebung nicht etwa eine ähnliche Form (z. B. Erklärung vor einem Richter) substituirt ist. Da also diese Rechte selbst in den Gesetzen anerkannt sind, und doch keine Form für sie bestimmt ist, so müssen sie ohne alle Form erworben werden können, wenn nur der Eigenthümer in ihren Erwerb einwilligt. Einige behaupten jedoch, daß auch hier eine *juris quasi traditio* nöthig sey, und diese Uebergabe soll darin bestehen, daß der Eigenthümer die Handlung zum Schein unternimmt, und sich bey dem Verbote des Andern beruhigt (2). — B.) Servituten

(1) ULP. XIX. 11: „*In jure cedi res etiam incorporales possunt . . .*“

(2) Heißler, Untersuchung des Sages, daß die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden (Abhandl., Halle 1783. 4. St. 3.) §. 14 — 16.

Thibaut über Besiz 16. — Heißler sucht der Unschicklichkeit einer Handlung, die weder ernstlich gemeint seyn kann, noch auch als bloße Formalität durch die Gesetze eingeführt ist, dadurch zu entgehen, daß er eine bloße Clausel des Contracts, wodurch für die

könnten durch *longa possessio* erworben werden, und es ist in dieser Beziehung zu bestimmen, wie der Besitz der negativen Servituten entstehe. Allein diese Frage setzt ganz andere Untersuchungen über die Verjährung der Servituten überhaupt voraus, und kann also hier nicht beantwortet werden. — C.) Endlich muß für unseren Zweck, d. h. für die possessorisches Interdicte, bestimmt werden, wie der Besitz der negativen Servituten erworben werden könne. Zu diesem Erwerb ist nicht etwa ein wirklicher Versuch der Handlung nöthig, welcher Versuch durch Einspruch des anderen Theils wäre verhindert worden, sondern das bloße Nichtthun ist zum Besitz der Servitut hinreichend (1).

Zukunft gegen alle solche Handlungen protestirt wird, für hinreichend erklärt: allein dadurch wird die Sache um nichts gebessert. — Der eigentliche Fehler liegt darin, daß man die Nothwendigkeit der Tradition, die bey dem Eigenthum, so wie bey den Servituten, bey denen sie sich denken läßt, in den Gesetzen vorgeschrieben ist, ganz willkürlich auf alles *jus in re* ausgedehnt hat.

(1) L. 6. §. 1. *si sero vindicet*: „Sciendum tamen, in

„his servitutibus possesso-
 „rem esse eum (al. eundem)
 „juris et petitem et, si forte
 „non habeam aedificatum altius
 „in meo, adversarius meus
 „possessor est: nam, cum ni-
 „hil sit innovatum, ille possi-
 „det, et aedificantem me
 „prohibere potest, et civili
 „actione, et interdicto, quod
 „vi aut clam. Idem et si
 „lapilli jactu impedierit. Sed
 „et si, patiente eo, aedifica-
 „vero, ego possessor ero ef-
 „fectus.“

Dieser Satz scheint um deswillen bedenklich, weil dahin z. B. jeder, der jetzt gerade sein Haus nur bis zu einer bestimmten Höhe gebaut hat, von seinem Nachbar verhindert werden könnte, es höher zu bauen (*jus altius non tollendi*): allein dieser Einwurf ist nicht von Bedeutung, weil sogleich das Daseyn des Rechts selbst durch die *actio negatoria* in Untersuchung gezogen werden kann. Da nun bey dieser Klage der Beklagte selbst durch den Besitz nicht frey vom Beweise des Rechts der Servitut ist (1), so hat jener Schutz des Besitzes immer nur die Folge, daß während des Processes die jetzige Lage der Sache unverändert bleiben muß. (2). — Grundet sich aber der

(1) Hufeland über die Beweislast bey der negatorischen Klage (Beiträge, St. 4, Jena 1802. 8.).

(2) Dieser Erfolg ist um so weniger bedenklich, da der Gegner Schadensersatz leisten muß, wenn es sich in der Folge zeigt, daß er ohne Grund Prozeß geführt hat. Diesen Sätzen widersprechen keineswegs L. 15. *de nov. op. nunt.* und L. 45. *de damno infecto*, denn diese Gesetze bestimmen nur folgende von dem unfrigen ganz ver-

schiedene Fälle der *servituti altius non tollendi*: 1) wenn die *confessoria* angestellt wird, der Kläger ist im Besitz, und der Beklagte läßt sich nicht ein, so muß der Beklagte Caution stellen, daß er nicht bauen werde, ohne die *negatoria* angestellt zu haben. 2.) ist bey der *negatoria* der Beklagte im Besitz, und läßt sich nicht ein, so muß derselbe Caution stellen, daß er den Kläger nicht im Bauen stören wolle. 3.) ist bey der *confessoria* der Be-

Besitz auf das bloße Nichthandeln, so wird derselbe durch das entgegengesetzte Handeln natürlich aufgehoben: wenn also das Haus eines Nachbarn, gegen welches Ich ein *jus altius non tollendi* behauptete, wirklich höher gebaut ist, so ist dadurch mein Besitz der Servitut nothwendig ausgeschlossen (1).

Endlich sind noch die Interdicte zu bestimmen, wodurch die Ausübung der zweiten und dritten Classe der dinglichen Servituten geschützt werden kann. Jede dieser Servituten ist eigentlich nur eine Qualität des Besitzes der Hauptsache: wer z. B. das *jus tigni immittendi* oder *altius non tollendi* besitzt, hat eigentlich nur den Besitz eines Hauses, so oder anders modificirt. Deswegen war es ganz unnöthig, für den Besitz dieser Servituten eigene Interdicte einzuführen, da durch jede Störung derselben zugleich der Besitz der Hauptsache mit gestört wird. Die Klage also, welche für den Besitz aller dieser Servituten allein gilt, ist das Int. *uti possidetis* (2).

Klagte im Besitz und läßt sich nicht ein, so wird er aus dem Besitz gesetzt, d. h. es wird ihm aufgegeben, in einer vorgeschriebenen Zeit die *negatoria* anzustellen, und, wenn das nicht geschieht, das Gebaute wieder abzubauen.

(1) L. 6. §. 1. *si serv. vind.*, in fin. (s. die vorlezte Note).

(2) L. 8. §. 5. *si serv. vind.*:
 „ . . . *agi poterit, jus esse*
 „ *fumum immittere, quod et*
 „ *ipsum videtur Aristo pro-*
 „ *bare. Sed et interdictum uti*
 „ *possidetis poterit locum ha-*

Dieser Satz zeigt sich recht deutlich in Einer Ausnahme. Bey dem *jus cloacae* nämlich fand man es für nöthig, die possessorishe Klage etwas anders zu bestimmen, als das *Int. uti possidetis* wirklich bestimmt war: deswegen wurde für diesen Fall nicht nur ein eigenes Interdict gegeben (1), sondern auch das *Int. uti possidetis* noch besonders ausgeschlossen (2). —

„*bers, si quis prohibeatur, qua-
liter velit, suo uti.*“ — Hier ist bloß von einer positiven Servitut (und zwar der zweiten Classe) die Rede, aber es ist kein Zweifel, daß dasselbe auch bey negativen Servituten gelten müsse. Indessen tritt ein besonderer Grund ein, warum bey diesen seltener von possessorischen Klagen Gebrauch gemacht werden wird: es kommt nämlich bey ihnen gewöhnlich nicht bloß darauf an, eine Störung abzuwenden und Erfaß zu bekommen, sondern das was wirklich gebaut ist, niederreißen zu lassen *re. re.* Zu diesem Zweck aber giebt es ein ganz eignes Interdict (*quod vi aut clam*), welches nicht unter die possessorischen Klagen gehört und sogar noch vortheilhafter ist, indem es andere

und leichtere Bedingungen hat als diese. Hieraus erklärt es sich, warum in *L. 6. §. 1. si sero. vind.* bloß dieses Interdict genannt wird (*§. 500*).

(1) *Digest. Lib. 43. Tit. 23. de cloacis (sc. purgandis, reficiendis).* — Das Unterscheidende dieses Interdicts liegt in der Ausschließung der gewöhnlichen Exceptionen (*L. 1. §. 7. de cloacis*), und der Grund dieser Ausschließung ist leicht einzusehen. Die ganze Stadt ist dabey interessirt („*ad publicam utilitatem spectare videtur*“), daß die Reinigung *re. re.* nicht aufgehalten werde: die Untersuchung des Rechts selbst, oder auch nur der *justa possessio*, hat schon eher Zeit.

(2) *L. 1. pr. uti possidetis: . . . De cloacis hoc interdictum non dabo . . .*

Diese Ansicht wird durch den Gegensatz der ersten Classe dinglicher Servituten (welche in unabhängigen Handlungen bestehen) noch deutlicher werden. Auch diese Servituten nämlich sind Qualitäten der Grundstücke, d. h. das Recht derselben ist eine Qualität des *Eigentums* der Grundstücke (1): nicht so ihr Besitz. Denn da dieser auf Handlungen beruht, die von dem Besitz der Hauptsache ganz unabhängig sind, so kann man nicht sagen, daß die Servituten selbst zugleich mit der Hauptsache besessen werden, und daß die Störung derselben zugleich den Besitz des Grundstücks verletze. Darum sind für die wichtigsten Rechte dieser Classe eigene Interdicte angeordnet, ohne daß man es für nöthig fand, sie von dem *Int. uti possidetis* ausdrücklich auszunehmen: und darum mußte oben (S. 487) behauptet werden, daß sie ausser diesen bestimmten Fällen überhaupt gar nicht durch Interdicte geschützt werden können.

(1) *L. 86. de V. S.*: „*Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?*“ d. h. die Servituten sind eben so bloße Qualitäten der Grundstücke, wie der gute Boden, die ge-

sunde Lage &c. die gar nichts juristisches enthalten. — Der Satz wird übrigens allgemein behauptet, also auch von den Servituten der ersten Classe: von diesen allein steht etwas ähnliches in *L. 12. quemadm. serv. amitt.*

§. 47.

Der letzte Fall der *Iuris quasi possessio* betrifft die Superficies, als das einzige jus in re überhaupt, welches keine Servitut ist (1).

Eigene Quelle für die *Superficies* :

Digest. Lib. 43. Tit. 18.

Jedes Gebäude wird bloß als Theil des Bodens betrachtet, auf welchem es ruht, und das Eigenthum

(1) Gehörte das Recht an Provinzialgrundstücken und das an dem ager vectigalis auch unter die jura in re, so würde es auch für ihre quasi possessio eigene Interdicte geben. Da aber in diesen Fällen juristischer Besitz der Sache selbst statt findet, so sind solche eigene Interdicte hier weder nöthig, noch auch nur möglich, vielmehr gelten die possessorisches Interdicte auf ganz gewöhnliche Weise. Für die Provinzialgrundstücke, findet sich eine sehr unbestimmte Erwähnung der Interdicte bey *Simpli-*
eius (ap. *Goesium* p. 76.

vgl. über die dunkle Stelle *Treffell* in der *Hamb. Bibl.* B. I. (Hamb. 1743. 8.) S. 817.). Für den ager vectigalis scheint gerade ein solches eigenes Interdict das *Int. de loco publico fruendo* zu seyn (*Digest. XLIII. 9, L. 1. §. 7. ut in flum. pub., L. 13. §. 7. de injur.*). Allein dieses Interdict bezog sich gar nicht auf den Besitz, die *conductio* allein reichte dazu hin, selbst ohne allen Besitz: kam etwa noch Besitz hinzu, so concurrirte nun das Interdict mit den possessorisches.

sowohl als der Besitz desselben ist mit dem Eigenthum und Besitz des Bodens unzertrennlich verbunden. Die einzige Trennung, die hier möglich ist, besteht in einer eigenen Art von *jus in re*, welches von dem Eigenthümer einem Anderen übertragen werden kann. Wer dieses *jus in re* hat, ist eben so wenig Besitzer als Eigenthümer des Hauses, allein er hat eine *Iuris quasi Possessio*, und durch diese auch possessoriſche Klagen. Diese *Iuris quasi Possessio* hat die größte Aehnlichkeit mit dem Besitz der persönlichen Servituten, weil sie, wie dieser, von dem natürlichen Besitz der Sache selbst abhängt. In dem Erwerb und Verlust des Besitzes ist gar kein Unterschied, und auch in den Interdicten ist er wenigstens nicht practisch.

I.) Gewaltſame Störung des Besitzes begründet nicht, wie der *ususfructus* etc. das Int. *uti possidetis*, sondern ein ganz eigenes Interdict (1), das aber alle Rechte des Int. *uti possidetis* hat (2). Dieser Unterschied betrifft also nur den Namen, und er ist wohl so zu erklären: die *Superficies* war ein bloß prätorisches Institut, und sie mußte also durch eine

(1) L. 1. pr. de *superfic.*, (2) L. 1. §. 2. de *superfic.*
L. 3. §. 7. *uti possid.*

eigene Stelle des Edicts *interdicti* juristische Existenz erlangen. Daß diese Stelle vielmehr bey den *Interdictis* als bey den *Realklagen* eingerückt wurde, war wohl bloßer Zufall. Ganz anders verhielt es sich mit dem *usufructus*: alle *Servituten* waren schon auf das *Civilrecht* gegründet, und es bedurfte also dabey bloß einer ganz einfachen Anwendung der gewöhnlichen *possessorischen Interdicte*.

II.) Ist der natürliche Besitz durch *dejectio* wirklich aufgehoben, so gilt das *Int. de vi*, hier wie bey dem eigentlichen Besitz (1).

III.) Hat endlich der *Superficiarius* die Ausübung seines Rechts einem Anderen *precario* überlassen; wird ihm jetzt die *Restitution* verweigert, so muß das *Int. de precario* angewendet werden, indem dieses *Interdict* für alle *Iura* überhaupt gilt, bey welchen sich nur eine *Restitution* denken läßt (§. 487), die *Superficiels* aber ganz auf eben die Weise, wie die *Servituten* (§. 172), unter die *Iura (in re)* gerechnet werden muß.

(1) *L. 1. §. 5. de vi:* „Pro- „jectus est, apparet inter-
 „inde et si *superficiaria in-* „dicto fore locum.“
 „sula fuerit, qua quis de-

Sechster Abschnitt.

Modificationen des Römischen Rechts.

§. 48.

Die Theorie des Besizes ist in den fünf ersten Abschnitten dieses Werks mit völliger Abstraction von allem demjenigen dargestellt worden, was dem Römischen Rechte durch neuere Gesetzgebung etwa beygemischt seyn könnte: und diese Methode der Untersuchung ist schlechthin nothwendig, wenn nicht über der Vermischung des Alten und Neuen, Beides zugleich mißverstanden werden soll.

Allein jene Untersuchung ist jetzt geschlossen, und nun ist es erlaubt, nach den Modificationen zu fragen, welche das Römische Recht in neueren Zeiten erfahren hat. Zugleich tritt hier ein besonderer Grund ein, warum diese Frage nicht übergangen werden darf. Unter allen bedeutenden Irrthümern nämlich, die man über die Römische Ansicht des Besizes zu haben pflegt, ist vielleicht keiner, der nicht zugleich durch das

Canonische oder Deutsche Recht veranlaßt wäre. Deswegen ist für die Anwendung wenig gewonnen, wenn jene Meinungen bloß aus dem Römischen Rechte völlig widerlegt sind: Man kann diese Widerlegung zugeben, und dennoch bloß eine falsche Deduction einer richtigen Ansicht entdeckt zu haben glauben. Soll also eine civilistische Theorie des Besitzes auf Anwendung Anspruch zu machen berechtigt seyn, so muß das Verhältniß, in welchem sie zu den Bestimmungen des neuern Rechts steht, untersucht und dargestellt werden: dieses Verhältniß wenigstens anzudeuten, ist die Bestimmung der folgenden §§; es vollständig auszuführen, liegt nicht in den Gränzen dieses Werks, indem dazu ein ganz verschiedener historischer Standpunct genommen werden muß.

Es sind drey Punkte, auf welche diese Untersuchung gerichtet seyn muß: der erste hat den Begriff des Besitzes selbst (§. 49.), die zwey letzten haben possessorisches Klagen zum Gegenstand: die Spolienklage nämlich (§. 50.) und das *possessorium summarium* oder *summarissimum* (§. 51.).

§. 49.

Die erste Untersuchung also, die hier anzustellen ist, betrifft den Begriff des Besitzes. Der Besitz bezog sich nach Römischen Recht bloß auf Eigenthum und *jura in re* (C. 175.): in der Folge (und beson-

ders durch das Canonische Recht) soll er auf jedes mögliche Recht überhaupt ausgedehnt worden seyn.

Nun beruhte das ganze Recht des Besizes darauf, daß die bloße Ausübung eines Rechts, ohne alle Rücksicht auf die Existenz des Rechts selbst, gegen bestimmte Formen der Verletzung geschützt werden sollte: dieser Schutz also konnte sich nur auf solche Rechte erstrecken, bey welchen diese Formen der Verletzung gedacht werden konnten, und solche Rechte gab es außer Eigenthum und jus in re nicht. Allein durch die Verfassung der christlichen Kirche und der europäischen Staaten sind Rechte erzeugt und mit dem Besitz und Genuß des Bodens verbunden worden, welche die Römer theils nicht kannten, theils als eigene Rechte der Einzelnen zu betrachten sehr entfernt waren. So hängt die Ausübung der bischöflichen Gewalt von dem Besitz der bischöflichen Kirche und ihrer Güter ab, und ein ähnliches Verhältniß der Staatsgewalt oder einzelner Zweige derselben zeigt sich bey der Landeshoheit der Fürsten, wie bey der Jurisdiction der Güterbesitzer. Bey allen diesen Rechten ist ein ähnlicher Schutz der bloßen Ausübung denkbar, wie bey dem Eigenthum, und der Besitz dieser Rechte, der auf diese Weise angenommen würde, ließe sich immer auf den Besitz des Bodens, d. h. auf die Ausübung des Grundeigenthums, reduciren. In die-

len Fällen ist die Wichtigkeit dieser Beziehung sehr auffallend: wenn z. B. ein Bischoff von seinem Gegner mit Gewalt aus seinem Bisthum vertrieben wird, so ist die Störung des Besizes am Boden mit der Störung der bischöflichen Rechte unzertrennlich verbunden, und dieselbe Verbindung ist auch in jedem Schuß gegen diese Störung nothwendig. Aber selbst in den Fällen, in welchen nur eine einzelne Ausübung jener Rechte, z. B. der Jurisdiction, gewaltsam gehindert wird, ist zwar nicht jene Beziehung auf den Besitz des Bodens, wohl aber auf ein Analogon desselben denkbar, ganz wie bey der Römischen *Juris quasi possessio*. Denn bey diesen Rechten ist eben so wohl gewaltsame Störung denkbar, als bey Servituten, also auch derselbe Schuß der bloßen Ausübung consequent, der bey diesen schon durch das Römische Recht bestimmt ist.

Die hier beschriebene Beziehung des Besizes ist aber nicht bloß denkbar, sondern sie ist längst wirklich gemacht worden. In dem Canonischen Rechte nämlich ist sehr häufig von dem Besitz der Diöcesanrechte und anderer kirchlichen Rechte, so wie von den damit verbundenen Zehnten die Rede: und eben so hat nie Jemand gezwifelt, daß die Jurisdiction und andere publicistische Rechte auf ähnliche Art gegen gewaltsame Eingriffe der Ausübung geschützt werden müssen, als

das Eigenthum, obgleich bey allen diesen Rechten nie ein Römer an ein Recht des Besiß denken konnte. Diese Ansicht wird durch eine sehr merkwürdige Einschränkung bestätigt, welche das Canonische Recht dieser neuen Art des Besißes hinzugefügt. Wenn nämlich Geistliche Personen in einer fremden Parochie einen Zehnten besißten, und von dem parochus derselben aus dem Besiß verdrängt werden, so sollen sie dennoch keinen Schutz des Besißes zu erwarten haben, sondern ihr Recht selbst beweisen müssen, weil nämlich das *jus commune*, d. h. die Regel der Kirchenverfassung, gegen sie spricht (1).

Wie verhält sich also diese Art des Besißes zu dem Römischen Recht? auf unmittelbarer Anwendung desselben beruht sie nicht, denn die Gegenstände dieser Anwendung sind dem Römischen Recht fremd: wohl aber beruht sie auf einer sehr natürlichen und consequenten Anwendung seiner Grundsätze. Die Ansicht des Besißes also ist dadurch auf keine Weise verändert: sie ist nur auf Gegenstände bezogen worden, worauf schon die Römer sie ohne Zweifel angewendet haben würden, wenn die Römer diese Gegenstände gekannt hätten (2).

(1) C. 2. de restitut. spo- „aliud ostendatur) eas de jure
liat. in VI. „ . . . cum . . . „communi ad eandem eccles
„sit . . . manifestum (nisi „siam pertinere.“

Außer diesen Rechten aber, bey welchen eine Ausdehnung des Römischen Rechts, und zwar ganz im Geiste dieses Rechts, nicht geläugnet werden kann, werden vorzüglich zwey andere Classen von Rechten genannt, auf welche der Besitz sich beziehen soll, Rechte des persönlichen Zustandes nämlich, und Obligationenrechte. Durch die Prüfung dieser Meinung wird der allgemeine Begriff des Besizes, durch welchen der sehr bestimmte Römische Begriff verdrängt seyn soll, hinlänglich widerlegt seyn.

Zuerst also wird ein Recht des Besizes behauptet bey Familienrechten, und diese Behauptung scheint gerade bey dem wichtigsten Fall dieser Art, der Ehe nämlich, ausdrückliche Stellen des Canonischen Rechts für sich zu haben (3). Die Vergleichung mit einem Fall des eigentlichen Besizes wird die Sache völlig in's Licht setzen. — Wenn also über das Eigenthum eines Grundstücks gestritten würde, so liesse sich dieser Streit ohne Zweifel selbst dann entscheiden, wenn die Gesetze über das Recht des bloßen Besizes gar nichts bestimmt hätten: aber selbst dann wäre es möglich, ja es könnte nöthig seyn, daß der Richter den Be-

(2) Es ist sehr merkwürdig, daß schon die Glossatoren ganz dieselbe Ansicht gehabt zu haben scheinen. ROFREDI tract. jud.

ord. p. 81 — 83., p. 82. 90.

(3) C. 8. 10. 13. X. de re-
stit. spaliat.

sstand vorläufig besonders regulirte, nur wäre diese provisorische Verfügung von einem Schuß des Besitzes, als eines eigenen Rechts für sich, sehr verschieden. Setzen wir, um diesen Schuß im Gegensatz jener Verfügung deutlich zu denken, daß keine der beiden Parteien das Eigenthum wirklich habe, daß aber Eine von der Andern einmal mit Gewalt aus dem Besitz gesetzt worden sey: hier könnte jene provisorische Verfügung nichts ändern, da in diesem Augenblick der Besitz ruhig und entschieden ist, allein durch die *obligatio*, die das einzige Recht des Besitzes ausmacht, wird die Restitution des Besitzes gefordert, der in einer vorigen Zeit gewaltsam aufgehoben worden war. — Kehren Wir nun zu den Familienrechten zurück, deren Besitz vom Richter geschätzt werden soll. Dieser Schuß ist offenbar nichts anderes, als eine provisorische Verfügung über den Besitzstand, welche in unmittelbarer Verbindung mit der endlichen Entscheidung des Rechts selbst steht. Die Form der Ehe z. B. wird nicht abgeläugnet, sondern es werden andere Gründe gegen ihre Gültigkeit angeführt: diese Gründe sind nun zu untersuchen, aber vorläufig, sagt das Canonische Recht, soll das eheliche Verhältniß fortgesetzt werden, wenn nicht aus besondern Gründen selbst diese Fortsetzung sündlich wäre (1). In diesem

(1) C. 10. 13. X. *de restit. spoliat.*

allen ist also durchaus nicht ein Recht des bloßen Besizes enthalten, d. h. ein *jus obligationis*, wodurch die Ausübung eines anderen Rechts gesichert würde, ohne alle Rücksicht auf das Daseyn dieses anderen Rechts selbst.

Alles was hier gegen den Besiz der Familienrechte bemerkt worden ist, gilt in noch weit höherem Grade gegen den Besiz der Obligationenrechte. In den meisten Fällen dieser Art läßt sich an einen Besiz gar nicht denken, und es ist sehr zufällig, daß auch nur in Einem Fall die Rede davon seyn konnte. Wer nämlich für ein Capital Zinsen empfangen hat, soll durch diesen Empfang den Besiz des Rechts auf das Capital und die künftigen Zinsen erworben haben. Daß nun in diesem Fall ein wahres Recht des Besizes eben so wenig als bey Familienrechten angenommen werden könne, bedarf nicht noch eines besondern Beweises. Aber selbst die provisorische Verfügung über den Besizstand, welche bey Familienrechten behauptet werden mußte, ist hier weder nöthig, noch in den Gesetzen vorgeschrieben, wiewohl man wegen einiger, selbst Römischen, Gesetze, die eher alles andere enthalten, häufig das Gegentheil angenommen hat.

Bis jezt ist bewiesen worden, daß die Ansicht, aus welcher im Römischen Recht der Besiz selbst betrachtet wird, nicht sowohl verändert, als auf eine

ganz consequente Weise weiter durchgeführt worden ist. Es ist nun noch zu untersuchen übrig, wie die Klagenrechte aus dem Besitz, d. h. die Formen, unter welchen der Besitz gegen Verletzung geschützt wird, modificirt worden sind.

§. 50.

Schriftsteller über die Spolienklage:

C. ZIEGLER ad can. *redintegranda* (zuletzt, mit Anmerkungen, in: WOLTAER, observ. ad jus civ. et Brand., fasc. 2., Hal. 1779. 8, obs. 35.).

I. H. BOEHMER in I. Eccl. Prot. Lib. 2. Tit. 13.

Ej. notae in c. 3. C. 3. q. 1. etc. etc. (ed. Corp. jur. can. Hal. 1744.

FLECK de interdictis unde vi et remedio spolii, p. 83 — 136.

Unter den erdichteten Decretalen, wodurch die Pseudisidorische Sammlung das Ansehen der Erzbischöffe und der Provincialsynoden untergrub (1), findet sich auch eine ganze Reihe folgenden Inhalts (2):
 „Ein Bischoff, der aus seinem Sitze vertrieben, oder
 „seines eigenen Vermögens beraubt ist, soll wegen

(1) (Spittler) Geschichte des kanonischen Rechts, Halle 1778. 8, S. 261. 272. (2) c. 3. 4. 5. 6. C. 2. q. 2. c. 1. 2. 3. 4. C. 3. q. 1.

„feines Verbrechens vor die Synode gezogen werden
 „können, so lange er nicht in den Besitz der verlor-
 „nen Güter wieder eingesetzt ist.“ Gewiß hat Nie-
 mand weniger als der Betrüger selbst, der diese Briefe
 Böhmischer Bischöffe verfertigte, daran gedacht, daß
 aus einer unter jenen Stellen einst ein ganz neues
 System des possessorisches Klagerechts, ja des Besitzes
 selbst, hergeleitet werden würde. Die Stelle, welcher
 diese zufällige Ehre widerfahren ist, lautet so (1):

„Redintegranda sunt omnia exspoliatis,
 „vel ejectis episcopis praesentialiter or-
 „dinatione pontificum, et in eo loco,
 „unde abscesserant, funditus revocanda
 „quacunq[ue] conditione temporis aut cap-
 „tivate, aut dolo, aut violentia malo-
 „rum (2), aut per quascunq[ue] injustas
 „causas, res ecclesiae, vel proprias, id
 „est substantias (3) suas perdidisse nos-

(1) c. 3. C. 3. q. 1.

(2) Diese Lesart einer al-
 ten Berliner Handschrift findet
 Böhmer mit Recht viel wahr-
 scheinlicher als die gewöhnli-
 chen: *violencia majorum*, *vio-*
lencia majore, *virtute majo-*
rum. Die richtige Lesart fin-
 det sich auch in einer sehr schö-

nen Handschrift des Decrets
 in der Universitätsbibliothek zu
 Marburg.

(3) So lesen die vier Hand-
 schriften, die Böhmer ge-
 braucht hat. Ms Marburg.
 „i. suas substantias.“ — Al-
 aut substantias.

„cuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum,“
et rel.

Wenn es wahr ist, was uns die Praktiker versichern, so ist durch diese Stelle alles, was das Römische Recht über den Besitz bestimmt hat, völlig überflüssig geworden. Sie soll nämlich nicht weniger als folgende Sätze enthalten:

- 1.) Das Klagerrecht gilt ohne alle Rücksicht auf juristischen Besitz des Klägers.
- 2.) Es gilt auch bey beweglichen Sachen. — Davon ist schon oben (§. 40.) bey dem Römischen Recht geredet worden.
- 3.) Es gilt auch bey unkörperlichen Sachen, d. h. als Schutz der Ausübung aller Rechte überhaupt. — Davon s. §. 49.
- 4.) Es ist nicht bedingt durch gewaltsame Verletzung des Besitzes, sondern es gilt auf dieselbe Weise bey jedem Verlust des Besitzes ohne rechtlichen Grund.
- 5.) Es gilt auch gegen jeden dritten Besitzer.
- 6.) Es ist nicht auf ein Jahr beschränkt. — Davon s. §. 40.

Unter diesen Sätzen ist vorzüglich der erste, vierte und fünfte zu bemerken: wären diese Sätze in der That in jener Stelle enthalten, so würde es

wenig bedeuten, daß eigentlich bloß von Bischöffen die Rede ist: die Bischöffe könnten beispielweise gebraucht seyn, oder Wir könnten durch bloße Analogie das für Uns verwenden, was der Verfasser jener Stelle und nach ihm Gratian, bloß den Bischöffen zugebracht hatte.

Von jeher aber haben sich alle gründliche Juristen durch jene Behauptungen gar nicht oder doch nur wenig täuschen lassen: sie haben einstimmig behauptet, es sey kein neues Plagrecht in jener Stelle eingeführt, sondern der Verfasser habe das Römische Recht, also das *Interdictum de vi* gemeint, wiewohl auch unter den gründlichen Juristen Manche nicht abgeneigt sind, kleine Modificationen des Interdicts durch die Stelle des Decrets anzunehmen.

Aber es lassen sich wohl alle jene Behauptungen auf eine weit sicherere Art widerlegen. Die ganze Stelle nämlich sagt überhaupt kein Wort davon, daß ein beraubter Bischoff restituirt werden, sondern daß er nicht angeklagt werden soll, so lange er nicht restituirt ist. Sie sagt nicht: „*Redintegrandasunt omnia episcopis*,“ sondern: „*Redintegrandasunt omnia episcopis . . . ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum.*“ Wäre die Stelle so ausgedrückt, wie folgende (und es ist offenbar bloß zufällig, daß es nicht geschehen ist):

„Nullus episcopus expoliatus debet accusari priusquam integerrime restauretur“ (1), so hätte wohl Niemand darauf verfallen können, ein eigenes Klagrecht in derselben zu suchen. Also von Klagrecht ist in der ganzen Stelle überhaupt nicht die Rede, sondern von einer Exception gegen die Anklage vor der Synode, und hieraus folgt für uns zweierley. Erstens, daß die Ausdehnung dieser Verordnung für Bischöffe auf alle übrige Menschen, die oben vorläufig zugegeben wurde, unmdglich ist: denn ein Klagrecht wegen des verlorenen Besitzes läßt sich bey andern Menschen ungefähr auf dieselbe Weise denken, aber jene Exception hat keinen Sinn, ausser in dem bestimmten Verhältniß des Bischoffs zur Synode. — Zweitens, daß in jener Stelle ein Klagrecht gewiß nicht neu eingeführt, sondern höchstens als existirend vorausgesetzt ist. Auf diese Voraussetzung also muß alles das bezogen werden, was aus dieser Stelle für die possessorischn Klagen bewiesen werden soll.

Nun waren es vorzüglich drey neue Bestimmungen, die das Klagrecht hier erhalten haben sollte: Klagrecht ohne juristischen Besitz, ohne gewaltsame Verletzung und gegen jeden Dritten Besitzer. Die erste dieser Bestimmungen hat am wenig-

(1) c. 3. C. 2. q. 2.

sten Veranlassung in der Stelle selbst, für die zwey letzten scheint wirklich einiger Grund darin enthalten zu seyn. Für die zweite: denn in den Worten: „aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, aut per quascunque injustas causas“ ist ausdrücklich dafür gesorgt, daß die Vorschrift nicht auf den Fall gewaltsamer Entsetzung beschränkt werde. Für die dritte: denn die unbestimmten Worte: „redintegranda sunt“ unterscheiden durchaus nicht unter den verschiedenen Personen, die jetzt den Besitz haben können. Also: es ist wahrscheinlich, daß der Verfasser jener Stelle und eben so Gratian vorausgesetzt hat, selbst außer diesen zwey Bedingungen sey ein Klagrecht möglich. Aber auch ein Klagrecht aus dem bloßen Besitz? davon enthält die ganze Stelle keine Spur. Der Bischoff, der durch eine „injusta causa“ nicht im Besitze des Bisthums ist, soll ja wirklich Bischoff seyn: das Vermögen, das er durch eine „injusta causa“ verloren hat, soll wirklich sein Vermögen seyn: nun, in diesen Fällen hat sein (petitorisches) Klagrecht kein Bedenken, wenn gleich von einer possessorischen Klage vielleicht nicht die Rede seyn kann.

Ich fasse diese ganze Erklärung nochmals kurz zusammen: ein Klagrecht ist hier nicht vorgeschrieben, sondern vorausgesetzt. Dieses Klagrecht wird in den

meisten Fällen (1) ein Römisches Interdict seyn, und in den übrigen Fällen (2) ist es eine Vindication. Also läßt sich das Klagrecht, welches die Stelle voraussetzt, völlig aus dem Römischen Recht erklären, und es ist selbst um dieser Voraussetzung willen nicht nöthig, eine neue Art von Klagrecht anzunehmen.

Wenn also in den Worten jener Stelle ein neues Recht des Besitzes nicht enthalten ist, und wenn noch viel weniger der Verfasser derselben und Gratian daran dachten, ein solches Recht dadurch einzuführen, wie ist man dennoch auf diese Erklärung gekommen, die nicht etwa der Einfall eines einzelnen Juristen, sondern die allgemeine Meinung der Praktiker ist? Darüber ist nur eine Vermuthung möglich, aber eine sehr wahrscheinliche Vermuthung. Man verstand das Römische Recht nicht, und vermischte daher in vielen Fällen des verlorenen Besitzes ein Klagrecht, in welchen eine vollständige Einsicht in das Römische Recht ein solches dargeboten hätte. Deswegen war es am bequemsten ein neues Rechtsmittel auszufinnen, das durch seine Allgemeinheit und Unbestimmtheit recht ge-

(1) „*exspoliatis vel ejectis*
„*episcopis . . . captivitate . .*
„*aut violentia.*“ Es ist sehr
zu bemerken, daß Gratian
in der Anmerkung am Schlusse

der ganzen *quaestio*, worin er
ein allgemeines Resultat zieht,
blos diesen Fall denkt.

(2) „*aut per quascunque in-*
„*justas causas.*“

schickt war, der mühsamen Kenntniß des Römischen Rechts zu überheben. Ist es nun zu verwundern, daß die Praktiker diese Erfindung mit großer Freude aufnahmen? daß sie, weit entfernt, an ihrer Nichtigkeit zu zweifeln, sich beeiferten, die Erfindung selbst immer noch zu vervollkommen? — Aber die Sache bedurfte auch einer Auctorität, und es war ein recht artiger Zufall, daß man dazu gerade eine Stelle der Pseudisidorischen Sammlung wählte: vor einem Texte, der selbst untergeschoben ist, hat selbst die willkürlichste Interpretation keine Ursache sich zu schämen!

Außer diesen wichtigen Neuerungen, die das Canonische Recht nicht enthält, sind aber auch noch zwey andere, weniger bedeutende, wirklich in demselben enthalten, welche sich beide auf das Recht des gewaltsam verlorenen Besizes beziehen (1).

Die erste dieser Neuerungen betrifft das Klagerrecht selbst. Das Römische Recht gestattete die Klage gegen einen dritten Besizer selbst dann nicht, wenn dieser Dritte von demjenigen, welcher die Gewaltthätigkeit verübt hatte, die Sache bekam und es wohl wußte, wie der Besiz seines *auctor* entstanden sey (2).

(1) Eine dritte Bestimmung nämlich, die das C. 9. X. *de probat.* enthalten soll, kann erst im folgenden §. klar werden.

(2) L. 3. §. 10. *uti possidetis* (C. 435). — Obhmer zeigt in einer Note zu C. 18. X. *de rest. spol.*, daß er mehr

Aber Innozenz III. sah wohl ein, daß die Seele dieses Dritten in eben so großer Gefahr schwebte, als die des gewaltsamen Besitzers selbst, und er ließ daher auch gegen Jenen die Klage zu (1).

Die zweite Neuerung betrifft die *exceptio spoli*. Diese Exception, die sich ursprünglich bloß auf die Anklage der Bischöffe bezog, scheint durch Gewohnheitsrecht für alle Sachen überhaupt aufgenommen worden zu seyn, und sie ist endlich gesetzlich bestimmt worden (2). Jeder, der gewaltsam beraubt ist, soll diese Exception haben, um dadurch alle Civilklagen, die der spoliator gegen ihn anstellen kann, so lange abzuweisen, bis die Restitution erfolgt ist: doch ist

Canonist, als Civilist war: er glaubt, es sey in den Decretalen gar nichts neues verordnet.

(1) C. 18. X. de restit. spoliat. — Ziegler (l. c. p. 246) hat die sehr richtige Bemerkung gemacht, daß, da hier etwas Neues bestimmt seyn sollte, nicht schon vorher nach c. 3. C. 3. q. 1. gegen jeden dritten Besitzer ein Klagerrecht geltend haben könne. Wolter's Widerlegung (p. 250) ist wohl mehr gelehrt als über-

zeugend: auch betrifft sie nicht sowohl den Canon selbst, als eine Usualerklärung desselben, die schon längst geltend haben soll. — Ferner soll nach Wolter (p. 252.) das C. 18. X. de rest. spoli. selbst gegen jeden dritten Besitzer gehen, weil auch derjenige scienter detinens sey, der nur jetzt durch den Prozeß das spolium erfahre. Allein es heißt ja ausdrücklich: „si quis . . . scienter rem talem receperit.“

(2) C. 1. de restit. spoli. in 6.

die Exception ausgeschlossen, wenn die Klage eine Kirchensache, die Exception aber eine andere Sache betrifft, oder umgekehrt. Gegen eine Criminalanklage kann die Exception auch dann gebraucht werden, wenn nicht der *Spoliator*, sondern ein Dritter die Anklage vorbringt: nur muß dann das *Spolium* mehr als die Hälfte des ganzen Vermögens betragen, auch kann der Ankläger fordern, daß dem Angeklagten eine Frist vorgeschrieben werde, in welcher das Interdict gebraucht werden könne: nach Verlauf dieser Zeit hört die Wirkung der Exception auf (1). In Civilsachen sowohl als in Criminalanklagen muß das *Spolium* selbst, worauf sich die Exception gründet, längstens in 15 Tagen bewiesen werden.

Zunächst also ist die Bedeutung der *exceptio spoli* bloß prozessualisch: allein wie verhält sie sich zu dem *Interdictum de vi*, wenn dieses die Klage ist, die der Andere anstellt? Entweder ist in der Klage und in der Exception von verschiedenen Gegenständen oder von demselben Gegenstande die Rede. Im ersten Fall wird das Interdict, wie alle andere Klagen, durch jene dilatorische Exception einstweilen

(1) Es versteht sich von selbst, daß diese Exception in Criminalsachen nur da gebraucht werden kann, wo der reine accu-

satorische Prozeß gilt, d. h. daß sie fast ganz außer Gebrauch ist.

ausgeschlossen: allein der Beklagte kann anstatt dessen auch sein Interdict als Reconvention vorbringen, und dann ist die Wirkung die, daß beide Rechtsfachen zugleich verhandelt und entschieden werden (1). Im zweiten Fall, wenn der Kläger, der den verlornen Besitz wiederfordert, früher den Beklagten aus demselben Besitz verdrängt hat, ist jene Exception als dilatorische Exception, was sie nach dem Canonischen Rechte immer seyn soll, undenkbar: als peremtorische Exception aber ist sie nach Römischem Recht ungültig (S. 450.) und diese Ungültigkeit muß folglich noch jetzt behauptet werden.

§. 51.

Seit dem dreizehnten oder vierzehnten Jahrhundert (2) ist in Italien, Spanien, Frankreich und Deutschland ein ganz neues Klagrecht aus dem Besitz aufgekommnen, welches *possessorium summarium* oder *summarissimum* genannt wird. (3), zum Unterschied von den possessorschen Klagen, die schon

(1) C. 2. 4. X. de ord. cognit.

(2) Die Glosse nämlich erwähnt der Sache noch nicht: Baldus dagegen († 1400) soll das *summarissimum* nennen. (CLUDII res quotid. 238.)

(3) Bei älteren Schriftstel-

lern führt es sehr verschiedene Namen: in Italien hieß es *Mandatum de manutenendo*, in Spanien *Inicio de Interim*, in Frankreich *Recredencia* (wahrscheinlich *Récréance*) u. s. w.

das Römische Recht eingeführt hatte. Die Entstehung dieses Instituts ist nach der Art, wie der Gebrauch desselben von älteren Schriftstellern allgemein beschrieben wird, so zu erklären (1). Der Prozeßgang war in demselben Verhältniß weitläufiger geworden, als er kürzer hätte werden müssen, um der allgemeinen Gewohnheit der Selbsthilfe zu steuern: ein Rechtsstreit über den bloßen Besitz also, der in Rom vielleicht wenige Tage gedauert hätte, konnte jetzt Jahre hindurch geführt werden, und die Parteien pflegten dann einseitigen mit Gewalt durchzusetzen, was sie ohnehin,

(1) Es ist leicht zu vermuthen, daß man keinen Versuch gespart hat, dieses Institut aus dem Römischen Recht herzuleiten. Budäus (in L. 2. de O. I., annot. in ff. p. 90. 91. ed. Lugd. 1546. 8.), und nach ihm viele Andere, behaupten, daß die *lis vindiciarum* ganz dasselbe sey. Allein die *lis vindiciarum* war nichts als die Eröffnung der *Vindication*, und wurde nie, wie Budäus glaubt, zur Vorbereitung eines Streites über den bloßen Besitz gebraucht. Er hätte sich so ausdrücken müssen, um etwas Wahres zu sagen, die *lis vindiciarum* stand zu der *Vin-*

dication, in einem ähnlichen Verhältniß wie das *summarissimum* zu dem *ordonarium*, d. h. zu dem *Int. uti possidetis*. — Andere finden das *Summarissimum* in L. 1. §. 3. *uti poss.* (RETES ap. Meerm. VII. p. 507) oder in L. 13. §. 3. *de usufr.* (I. GRAV. de jud. poss. summ. Tüb. 1672, §. 6 — 8.): noch Andere in CICERO pro Caec. Cap. 12: „Nondum de Caecinae causa „(sc. *principali*) disputo, nondum de jure possessionis „(sc. *ordinario*) nostrae lo- „quor.“ (PELLER de summaris. poss. Altdorph. 1665. §. 13.).

nur später, von dem Urtheil zu erhalten hofften. Diese Selbsthülfe konnte auch bey der Vindication, oder bey der Klage aus einem Contract zu befürchten seyn: nur bedurfte es dabey, um dem Uebel vorzubeugen, keiner eigenen Rechtsanstalt: der Besitzstand war in allen diesen Fällen entschieden, und gerade in der Unentschiedenheit des Besitzstandes lag die stärkste Veranlassung zu Gewaltthätigkeiten, indem diese immer unter dem Vorwand bloßer Vertheidigung ausgeübt werden konnten. Wie mit der Vindication *re.*, so verhielt es sich auch mit dem Int. *de vi*: der Besitzstand war nach des Klägers eigener Behauptung entschieden, denn der Kläger behauptete nur aus einer *obligatio* die Restitution des Besitzes fordern zu können. Ganz anders bey dem Int. *uti possidetis*: hier ist es gerade der jetzige Zustand des Besitzes, worüber fast immer gestritten wird, folglich lag dabey gerade in dem Gegenstande des Streitens die Veranlassung der Gewaltthätigkeit, und es bedurfte einer eigenen Rechtsanstalt, um nur vorläufig, d. h. bis zu Entscheidung der Sache selbst, alle Gewalt zu verhüten. Diese Anstalt war das *Summariissimum*, dessen Beschaffenheit nun leicht zu bestimmen ist. Es bezieht sich lediglich auf ein Int. *uti possidetis*, worüber noch nicht entschieden ist: es ist nur nöthig, wenn die Gefahr offenerer Gewaltthätigkeit so dringend ist, daß sie nur durch eine vorläufige

fige Verfügung des Richters vermieden werden kann: es gilt in diesem Fall als ein provisorisches Int. *uti possidetis* selbst, d. h. es wird gerade dieselbe Rechtsfrage untersucht und entschieden, wie in dem Int. *uti possidetis*, und der einzige Unterschied besteht darin, daß die Nothwendigkeit einer schnellen Entscheidung jede andere Rücksicht, selbst die der vollständigen factischen Gewißheit, überwiegt. — Das erste, worauf es bey dem Int. *uti possidetis* ankam, war gegenwärtiger juristischer Besitz, und es ist ganz ohne Grund, wenn viele behaupten, daß bloße Detention und nicht eigentlicher Besitz für das *Summariissimum* erfordert werde. Freilich wird es dem, welcher bloße Detention hat, hier leichter als in dem Int. *uti possidetis* gelingen, den Richter zu täuschen, und seine Detention als Besitz gelten zu lassen: allein Gegenstand der Untersuchung und Grund der Entscheidung ist doch immer der juristische Besitz, und es ist durchaus kein Grund denkbar, warum hier etwas anderes gelten sollte als bey dem Int. *uti possidetis* selbst: denn der eigenthümliche Zweck, wozu das *Summariissimum* bestimmt ist (Verhütung von Verbrechen), wird durch jede Festsetzung des Besitzstandes erreicht, und außer diesem Zweck ist überhaupt kein Grund der Entscheidung zu denken möglich, als der, nach welchem auch das Int. *uti possidetis* entschieden wird. — Allein nicht jeder

Besitz war bey dem Int. *uti possidetis* hinreichend, sondern durch die bekannten drey Exceptionen war jede *injusta possessio* ausgeschlossen. Auch diese Exceptionen müssen hier das Urtheil bestimmen, nur ist die Anwendung dieses Satzes nicht leicht möglich, da ein so schneller Beweis dieser Exceptionen, als hier geführt werden müste, in den meisten Fällen nicht wird geführt werden können.

Nach dieser ganzen Darstellung also ist der eigentliche Zweck jenes Instituts die Verhütung von Verbrechen, und man kann es als eine Maasregel betrachten, die die Polizey unter der Form eines Rechtsinstituts zu brauchen für gut gefunden hat. Diese Ansicht wird bestätigt durch die bestimmte Form, unter welcher dasselbe in Deutschland von der Gesetzgebung eingeführt worden ist, und obgleich diese Bestimmung nicht als allgemeines Gesetz für ganz Deutschland gegeben worden ist, so hat es doch keinen Zweifel, daß das Wesentliche ihres Inhalts die sicherste Norm der Entscheidung ist, wo sie nicht etwa mit den Gesetzen einzelner Länder, sondern nur mit einem unbestimmten Gerichtsgebrauch concurrirt. Der Inhalt des Gesetzes ist dieser (1): Wenn unmittelbare Unterthanen des Deutschen Reichs über den Besitz streiten, der jetzige

(1) *Ord. Cam.* 1555. P. 2. P. 2. T. 22. §. 4. 5.
Tit. 21. §. 3, *Conc. Ord. Cam.*

Befißstand zweifelhaft und die Lage der Sache so ist, „daß sorgliche Empörung, Weiterung oder Aufrubr, „(also Bruch des Landfriedens) daraus zu besorgen“, so soll das Kammergericht das Recht haben, auf Anrufen der Parteyen oder auch ex officio den Befiß zu sequestriren und unmittelbar darauf „ohne einigen „Gerichtlichen Prozeß oder andere weitläufige Aus- „führung der Sachen zu erkennen, welchem Theil die „momentanea possessio vel quasi einzugeben, oder „zu inhibiren sey, sich derselben bis zu endlichem Aus- „trag des endlichen Rechts, in Possessorio und „Petitorio (1) zu enthalten, und so das beschehen, „soll alsdann solches keinen Theil an seinem Inhabern „oder Befiß im Recht nachtheilig seyn.“

Nach diesem Gesetze ist es leicht, die Art der Anwendung jenes Instituts zu bestimmen. Der erste Grund nämlich, warum es auch in diesem Gesetze vorgeschrieben

(1) Frieder (de interd. Comm. 13.) will die ganze Eintheilung in *ordinarium* und *summarium* nicht gelten lassen, und er legt auf diese neue Meinung großes Gewicht. Das *summ.*, meint er, sey das einzige *possessorium*, und das *ordinarium*, wovon sonst und auch wohl in den Reichsgesetzen geredet werde, sey nichts an-

ders als das *petitorium*, weil darin ja auch die *possessionis causa* (d. h. die endliche Entscheidung des Befißstandes) enthalten sey. Am Ende des Abschnitts giebt er aber doch selbst ein Paar Ausnahmen zu, und es trifft sich gerade, daß in diesen Ausnahmen alle die Fälle enthalten sind, in welchen das *summar.* als Regel gilt.

ist, liegt offenbar darin, daß selbst das (gewöhnliche) *possessorium* nicht schnell genug entschieden werden kann. Aber nicht die lange Dauer der Prozesse allein ist der Grund jener Vorschrift, sondern die Gefahr der öffentlichen Sicherheit, welche durch jene lange Dauer verursacht wird. Wo also eine solche Gefahr nicht nachgewiesen werden kann, da kann das *Summariissimum* nicht etwa deswegen angewendet werden, weil Eine Partey wegen der Langwierigkeit der gewöhnlichen *possessorischen* Prozesse vorläufig in den Besitz zu kommen wünscht. Wäre dadurch allein das *Summariissimum* begründet, so ließe sich kein Grund denken, warum nicht bey jedem anderen Rechtsstreite, z. B. über Eigenthum, eine solche provisorische Entscheidung gelten sollte, da bey allen Prozessen die lange Dauer derselben gleich drückend ist. Ja es ist sehr natürlich, daß durch den häufigen Gebrauch, der von jenem Institut gemacht wird, der Streit über Besitz immer noch langwieriger werden muß, und daß bald ein zweites *Summariissimum* nöthig wäre, um der langen Dauer des ersten zu entgehen. Wenn dagegen dieses Institut nur so angewendet wird, wie sein Ursprüngliche Bestimmung und die Vorschrift der Reichsgesetze es fordern, so ist es klar, daß in den einzelnen Ländern in Deutschland der Gebrauch desselben nur sehr gering seyn kann: denn eigenmächtige Störung der öffent-

lichen Sicherheit ist das einzige, was dadurch abgewendet werden soll, und davon ist in den einzelnen Staaten Deutschlands weniger mehr zu befürchten. — Wenn nun der Fall so beschaffen ist, wie ihn das Reichsgesetz fordert, so hat es auch nach diesem Gesetz keinen Zweifel, daß in dem Prozeß über das Summariissimum selbst alles das gelten müsse, was oben darüber behauptet worden ist. Denn da das Gesetz nicht sagt, wem der Besitz einzuräumen sey, so kann diese Frage nur aus allgemeinen Gründen, und nur wie es oben gesehen ist, beantwortet werden. Welchen Erfolg das Summariissimum haben soll, sagt das Gesetz sehr deutlich. Es soll nämlich selbst dem juristischen Besitz gar nicht präjudiciren. Zeigt es sich also in der Folge bey dem *possessorium ordinarium*, daß nicht der, welcher in dem Summ. gewonnen hätte, sondern sein Gegner den juristischen Besitz hatte, so ist dieser auch durch die Entscheidung des Summ. nicht verloren worden, und der durch dasselbe eingeräumte Besitz ist nun als eine bloße Detention zu betrachten, wodurch ein fremder juristischer Besitz einstweilen ausgeübt wurde (1).

Bisher ist bloß das *possessorium summarium* untersucht worden, ohne das *ordinarium* auch nur zu

(1) vgl. die zu Ende dieses Ver p. 24.
 §. angeführte Schrift von L.

berühren: dieses letzte nämlich wird nur um des Gogensages willen mit diesem Namen bezeichnet, es ist nichts anderes als das alte Int. *uti possidetis*, und es ist leicht zu begreifen, daß die Polizeyankalt, wodurch nur vorläufig die öffentliche Sicherheit erhalten werden sollte (das *summarissimum*), auf dieses Interdict keinen Einfluß haben konnte. Einige Juristen haben gerade das umgekehrte Verhältnis angenommen (1), und einzelne Anwendungen dieser Meinung finden sich bey sehr vielen Schriftstellern: das *Summarium* nämlich soll das alte Interdict seyn, nur etwa mit einigen Modificationen, das *Ordinarium* aber soll ein Mittel Ding von Possessorium oder Petitorium seyn, welches das Canonische Recht zwischen Beide eingeschoben habe. Daß diese Ansicht historisch falsch ist, zeigt der erste Blick auf die älteren Schriftsteller und auf das angeführte Reichsgesetz. Jede Schriftsteller behandeln ohne Ausnahme das *Summarissimum* (die *Recredentia*, das *Interim* etc.) als etwas Neues,

(1) F. A. HOMMEL, *disq. de processu poss. summ. quaest. 12*, Lips. 1748, Qu. 1 — 3. KLEBE *de nat. et ind. poss. ad interd.* Cap. 3. p. 35. 36. Klebe läßt eigentlich beide Possessoria neu einführen: das *Ordinarium* vom Canoni-

schen Recht, das *Summarium* von der Kammergerichtsordnung: die Interdicte aber sollen doch auch noch gelten. Aber in welchem Verhältnis das alles neben einander bestehen soll, ist schwer zu begreifen.

das der Gerichtsgebrauch dem Römischen Recht hinzugefügt habe, und die Kammergerichtsordnung, welche die Bedingungen der Anwendung dieses Instituts genau bestimmt, sagt ausdrücklich, daß diese vorläufige Entscheidung auf das Endurtheil über das Recht selbst sowohl als über den Besitz keinen Einfluß haben soll (S. 531.), und damit kann nichts anderes gemeint seyn, als das was das Römische Recht über Eigenthum und Besitz bereits bestimmt hatte. Die Stelle des Canonischen Rechts, welche jene falsche Meinung von einem neuen *possessorium ordinarium* veranlaßt hat, ist C. 9. X. de probat., und es sind zwey Eigentümlichkeiten, wodurch dieses Rechtsmittel von den römischen unterschieden wird. Erstens, der Besitz, worauf sich das *Ordinarium* gründet, soll eine *justa possessio* seyn müssen. Versteht man darunter nur das, daß die *possessio* nicht *injusta* (d. h. weder gewaltsam, noch heimlich, noch *precario* erworben) seyn dürfe, so ist der Satz wahr, allein er sagt weiter nichts, als was schon nach dem Römischen Recht keinen Zweifel hat, daß das Interdict durch die bekannten drey Exceptionen ausgeschlossen werde. Hier aber soll die *justa possessio* ein solcher Besitz seyn, der durch eine juristische Handlung (*justus titulus*) entstanden ist (1). Zweitens: der Besitz soll älter

(1) HOMMEL l. c. p. 15. 16. — Hier ist die Wahrheit der

als Ein Jahr seyn, wenn das *Ordinarium* soll gebraucht werden können (1). Allein jene Stelle der *Decretalen* bestimmt gar kein neues Rechtsmittel, sondern sie setzt das *Int. uti possidetis* voraus, und beurtheilt in einem bestimmten Fall den geführten Beweis. Diese Ansicht wird schon durch zwey allgemeine Bemerkungen sehr wahrscheinlich. Erstens dadurch, daß die Stelle in dem Titel *de probationibus* eingedrückt ist, zweitens, weil sonst der Gegensatz und Unterschied zweier possessorischen Rechtsmittel im Canonischen Recht höchst wichtig seyn mußte, den doch das Canonische Recht ganz ignoriert. Volle Gewißheit erhält jene Ansicht durch den Inhalt der Stelle selbst. Der Fall, welchen *Innocenz III.* zu entscheiden hatte, betraf den Besitz eines Districts mit Jurisdiction und anderen Rechten. Beide Parteien hatten eine Menge Zeugen vorgebracht, Jede hatte bewiesen,

Bemerkung recht auffallend, die oben (§. 509) über die Genealogie dieser Art von Irrthümern gemacht worden ist. Der Zusammenhang dieser Meinung mit einer andern über den Begriff des Besitzes (§. 130-133) und einer dritten über die Natur der Interdicte (§. 391) ist unverkennbar.

(1) HOMMEL l. c. qu. 1. 2, KLEBE l. c. p. 36. — Nach Hommel soll gar das *Ordinarium* ein *Remedium recuperandae possessionis* seyn! dadurch wird die ganze Verwirrung so groß, daß man nicht weiß, wo die Widerlegung eigentlich anheben müßte, um Alles abzuräumen.

daß sie seit vielen Jahren solche Rechte ausgeübt habe, und das Factum des Besizes war folglich höchst zweifelhaft. In dieser Verlegenheit entschied der Paps: weil Ein Theil schon 60 Jahre jenen District mit allen Hoheitsrechten besitzt, und zugleich einen rechtlichen Grund seines Besizes bewiesen hat, der andere Theil aber erst seit 50 Jahren einzelne Hoheitsrechte ausübt, und keinen Rechtstitel dieser Ausübung nachweisen kann, so soll in dem Int. *uti possidetis* jener erste Theil im Besiz geschützt werden. Beide Entscheidungsgründe lassen sich sehr gut mit der römischen Theorie des Interdicts vereinigen. Das Interdict nämlich forderte: 1) gegenwärtigen Besiz. Dieser war wegen der widersprechenden Beweise zweifelhaft. Aber daß der eine Theil 10 Jahre vor dem andern den Besiz gehabt hatte, war gewiß. Da nun der Verlust dieses ehemaligen Besizes nicht bewiesen war, neben demselben aber kein anderer Besiz möglich war (*duo in Solidum* etc.), so wird in Ermanglung eines andern Beweises präsumirt, daß jener Besiz noch jetzt fortbauere. 2) *Possessio non vitiosa*. Da die eine Partey Privilegien der Kaiser und Päpste vorgebracht hatte, die andere aber keinen solchen Rechtstitel nachweisen konnte, so war es dadurch höchst wahrscheinlich, daß jene eine *possessio non vitiosa*, diese aber, wenn sie ja Besiz haben sollte, *possessio vitiosa* habe,

so daß sie auch in diesem Fall wegen der Exceptionen verlieren müßte, wovon jene gar nichts zu fürchten habe; in dieser Beziehung wurde hier des titulus erwähnt. — Daß dieses wirklich die Meinung des Papstes war, erhellt sehr deutlich aus folgenden Worten, welche die eigentliche Entscheidung enthalten: Nos recognoscentes in hoc casu non sic locum esse interdicto Uti possidetis, ut dicere debeamus: Uti possidetis, ita possideatis (1); cum probationes Ecclesiae longe sint potiores: *et ideo sit in interdicto superior*. Commune Farentinae sibi condemnamus . . . quoad possessorium iudicium, quo tantummodo actum est, ut neque per se, neque per alios super his praesumat Ravenn. Ecclesiam . . . molestare (2).

(1) d. h. obgleich hier das Int. uti poss. angesetzt ist, würde doch das Urtheil wenig helfen, wenn es bloß die unbestimmten Worte des Edicts enthielte, vielmehr muß es ganz vorzüglich die Person bezeichnen, welche im Besitz geschützt werden soll.

(2) Dieselbe Meinung über das possessorium ordinarium und das Cap. 9. X. de probat.,

welche ich hier vorgetragen habe, ist in folgender Schrift ausführlich dargestellt. Frid. Gottl. KOBER (praes. Iac. Frid. KEES) de iudicio possessorio ordinario. Spec. 1. Lips. 1505. 4. Diese Schrift ist sowohl wegen ihrer gründlichen, lichtvollen Behandlung der Sache, als wegen ihres Reichthums an litterarischen Nachweisungen sehr brauchbar.

§. 52.

Das Resultat dieser Untersuchung über den Inhalt der neueren Gesetzbuchungen ist folgendes. Es sind darin allerdings Rechtsätze aufgestellt, die das Römische Recht nicht kannte; allein durch diese Sätze ist das ganze der Römischen Theorie so wenig aufgehoben, daß sie selbst im Gegentheil nicht anders Sinn haben können, als indem man sie als Zusätze zu jener Theorie betrachtet, deren Gültigkeit eben dadurch sehr deutlich anerkannt ist.

I n h a l t.

Einleitung:

I. Quellkunde.

II. Literaturgeschichte.

✓ Erster Abschnitt: Begriff des Besitzes (1 — 178).

§. 1. Einleitung in diese Untersuchung (1 — 5).

Detention, als Grundlage des Begriffs (2). — Besitz, als Bedingung von Rechten: *jus possessionis*, verschieden von *jus possidendi* (3). — Uebersicht über den ersten Abschnitt (4).

§. 2. Juristische Bedeutung, wodurch die Detention zum Besitz wird (5 — 9).

Erste Bedeutung: *Usucapion* (6). — Zweite Bedeutung: *Interdicte*. Beziehung derselben auf formelles Unrecht (7).

§. 3. Widerlegung anderer Beziehungen (9 — 17).

Tradition und *Occupation* (11). — *Prätorisches Eigenthum* (12). — *Fructuum perceptio* (13). — Freiheit vom Beweise (14). — Selbsthülfe (15).

(Erster Abschnitt :)

- §. 4. Stelle dieser Lehre in den Quellen des Römischen Rechts (17 — 23).

Institutionen (17). — Pandekten (18). — Codex (17). — [Basiliken (19)]. — Paulus (19). — Edict (20). — Stelle der im 3ten §. abgehandelten Gegenstände (21).

- §. 5. Ist der Besitz ein Recht? (23 — 29). ✓

Der Besitz ist Factum und Recht zugleich [*Dominium possessionis*] (24). — Regel die hieraus folgt. [Keine *Successio in possessionem*] (24). — Ausnahmen dieser Regel (25). — [L. 49. pr. de poss.]

- §. 6. Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz? (29 — 37). ✓

Diese Frage betrifft nicht die Usucapion (29). — Die Interdicta gehören in das Obligationenrecht [L. 1. §. 3. de *interdictis*] (30). — Es sind *obligationes ex maleficiis* (30). — Warum rechnen die Römer sie nicht darunter? (31) — Literarische Bemerkungen (33).

- §. 7. Sprachgebrauch der Römischen Juristen (37 — 76).

Uebersicht über den §. (38).

1. *Possessio civilis* und *naturalis* (40 — 57.)

Nach der allgemeinen Bedeutung von *civilis* (40). — Nach einzelnen Anwendungen: Vorerinnerungen über *civilliter non possidere* (45). — Anwen-

(Erster Abschnitt:)

§. 7.)

- dungen selbst: a. *pignus*. L. 3. §. 15. *ad exhibendum* (46). — b. *donatio inter virum et uxorem* (50). [L. 46. *de don. int. v. et ux.* (51, vergl. 415)]. — c. *Nemo sibi causam etc.* [L. 2. *pro her.*] (52). — d. Besitz den ein Slave hat [L. 24. *de poss.* L. 38. §. 7. 8. *de V. O.* — L. 1. §. 1. *de his qui sui*, §. 1. *I. eod.*] (53). — e. Besitz an einem einzelnen Theil einer Sache [L. 7. §. 1. *ad exhib.*] (56). — *Possessio naturalis* (57).
2. *Possessio* (ad interdicta) und *Possessio naturalis* (57 — 64).
- a. *Possessio*, als juristisches Verhältniß im Gegensatz der *possessio naturalis* (58). Das natürliche Verhältniß kann in dem juristischen enthalten seyn (59). — b. Beziehung jenes Gegensatzes auf Interdicte (60); — L. 9. *de Rei vind.* (62).
3. Verhältniß der *Possessio civilis* zu der *Possessio* (ad interdicta) (64 — 69). — Es liegt keine Eintheilung des Besitzes dabei zum Grunde (66). — Resultate: Für die Interpretation der Quellen (66). — Für die Kritik (67). — Für die Geschichte der Interdicte (68).
4. *Possessio naturalis* (69 — 73).
- Zwey Bedeutungen des Wortes (69). —

* (Erster Abschnitt:)

* (§. 7.)

Beide sind negativ (69). — Erste Bedeutung in Beziehung auf Usucapion. L. 1. §. 9. 10. *de vi* (69). — Zweite Bedeutung, in Beziehung auf Interdicte (71). — Regel für die Interpretation (72).

5. *Possessio* überhaupt (73—76).

Ursprünglich nichtjuristisch (73). — Unbedeutende Etymologie (73). — *Possessio*, als juristischer Besitz (74). — Regeln für die Interpretation (74).

§. 8. Fortsetzung der Untersuchung über den Sprachgebrauch (76 — 90)

Possessio justa, injusta (77). — *Possessio bonae fidei, malae fidei* (79). — *Possessio* Besizung für: Sache, die im Eigenthum ist (80). — *Possessio* für: Prätorisches Eigenthum und ähnliche Rechte (82). — *Possessiones*, Grundstücke die das *Ius Italicum* nicht hatten oder nur tradirt waren L. 115. *de V. S.* (84). — *Possessio ususfructus* (84). — *Possessor* in der Lehre von Cautionen (85). — *Possidere* bey *damnum infectum* (85). — *Bonorum Possessio* (86). — *Possessio* für: Verhältniß des Beklagten. *Iuris Possessor.* L. 62. *de judic.* (87). — Regel für die Interpretation (90).

(Erster Abschnitt:)

§. 9. Materieller Begriff des Besizes (90 — 121).

Detention allein reicht nicht hin zum Besiz (91). — *Animus domini* (93). Anwendung dieses Begriffs: 1) auf Prätorisches Eigenthum (95) 2) auf Provinzialgrundstücke (96) 3) nicht auf Servituten (97) 4) nicht auf *Superficies* (98) 5) auf *ager vectigalis* und *emphyteusis* (99) 6) nicht auf Pfandrecht (108). — Abgeleiteter Besiz: hier ist nicht, wie bey dem ursprünglichen, der *animus domini* nöthig (110). — *Animus possidendi* (111). Tabelle für die Anwendung des Römischen Sprachgebrauchs. [Besiz des Eigenthümers?] (115). — Gegenstände, die nicht im Besize seyn können: freie Menschen, *res publicae*, *res sacrae* (116). — Subjecte, die des Besizes unfähig sind (118). 1. *Filius familias* (119). 2. Slaven, oder die als Slaven besessen werden (120). 3. *Capite deminuti* (121).

§. 10. Literaturgeschichte dieses Begriffs (121 — 141).

I. Erklärung der Eintheilung der *possessio (civilis, naturalis)* aus der Art der Ausübung. Placentin. (122). No. Roger (124).

II. Erklärung aus den juristischen Wirkungen (126).

Erste Partey (127). Bassian (129).

(Erster Abschnitt:)

§. 10.

Bartolus (130). Cujas (131).

Zweite Partey (132).

Dritte Partey (134). Martin Gossia (135). Cuper (137 — 140).

Verbindung mehrerer entgegen gesetzten Meinungen (140).

Donellus (141).

§. 11. **Alle Besitz ist ausschließend** (*plures eandem rem in solidum possidere non possunt*) (141 — 168).

Compossessio gehört gar nicht hierher (142). Verschiedene Meinungen der Römischen Juristen: Bestimmung der Streitfrage (143 — 146). Einige behaupten die Regel ganz allgemein, Andere nur mit Ausnahme der *possessio justa* und *injusta* (146 — 148).

Beweis der Regel im allgemeinen. L. 3.

§. 5. *de poss.* (148 — 151). [L. 19. *pr. de precar.* (149)]. — L. 5. §. 15. *commodati* (151 — 152).

Erklärung der einzelnen Anwendungen, über welche allein gestritten wurde:

A. *Violenta possessio* (152 — 156).

L. 1. §. 45. *de vi* (153). L. 17. *pr. de vi* (155).

B. *Clandestina possessio* (156. 157.)

C. Beide vorige Fälle zusammen gefaßt.

L. 3. *pr. uti possidetis* (157 — 160).

(Erster Abschnitt:)

§. 11.)

D. *Precaria possessio* (160 — 163).L. 15. §. 4. *de precario* (161).L. 13. §. 7. 9. *de poss.* (162).

Resultate: Für die Geschichte (163). Für das System (164).

Literärgeschichte 165 — 168. [*Possessio vacua* (167)].

§. 12. Uebersicht über die folgende Abhandlung (168 — 178).

Besitz (d. h. Ausübung des Eigenthums) ist nur an Körpern möglich (170). *Iura* oder *Iura in re* (171). *Iurium quasi possessio* (171 — 173). Verwechslungen, die bey diesem Begriff zu verhüten sind (174. 175). Misverständnisse unserer Juristen (175 — 178).

Zweiter Abschnitt: Erwerb des Besitzes (179 — 319).

§. 13. Uebersicht (179 — 181).

§. 14. *Factum*, erste Bedingung des Erwerbs (181 — 187).Gewöhnliche Meinung über das *Factum*. *Ficta apprehensio* durch symbolische Handlungen? (181). — Bedeutung der Frage (183). — Unwahrscheinlichkeit der gewöhnlichen Meinung (184). Richtiger Begriff der *Apprehensio*, durch die folgende Darstellung zu beweisen (185).§. 15. I. *Apprehensio* der Grundstücke (187 — 192).

Körperliche Gegenwart (188). — Con-

(Zweiter Abschnitt:)

§. 15.)

currenz einer andern Person, aufgehoben durch Ihren Willen (190): durch Gewalt. L. 52. §. 2. *de poss.* (191). — Ausnahme der Regel (192).

§. 16. II. Apprehension beweglicher Sachen (192 — 203).

Gegenwart (193). L. 79. *de solut.* (193). L. 1. §. 21. *de poss.* (194). L. 51. *de poss.* (195). L. 14. §. 1. *de periculis et comm. rei vend.* (197). — Anwendungen (198 — 203). Wilde Thiere (199). Uebergabe der Schlüssel (200). [L. 74. *de contr. emt.* (203)].

§. 17. Fortsetzung des vorigen §. (203 — 215). Apprehension ohne Gegenwart, wenn die Sache im Hause niedergelegt wird (203). L. 18. §. 2. *de poss.* (204). Grund (204). Nähere Bestimmungen (205). [L. 30. *pr. de poss.* (206)]. — Schätze: Begriff (207). Erwerb des Besitzes (208). L. 15. *ad exhibendum* (209). L. 44. *pr. de poss.* (210). L. 3. §. 3. *de poss.* (210 — 215).

§. 18. Nähere Bestimmung des Begriffs der Apprehension (216 — 222).

Beziehung auf Bewusstseyn (218). Neuer Ausdruck für materiellen Begriff des Besitzes (219). Beispiel der Anwendung (222).

§. 19. Erwerb des Besitzes, wenn das physische

(Zweiter Abschnitt:)

§. 19.)

Verhältniß schon vorher existirt (222—227).

Traditio brevi manu (223). [L. 47. *de rei vind.* (224)]. Bedingte Uebergabe (226). Ausnahme der Regel (227).

§. 20. *Animus*, zweite Bedingung des Erwerbs. — Uebersicht (227 — 229).

§. 21. Personen, welche des *animus* unfähig sind (229 — 244).

Juristische Personen (229). — Wahnsinnige (230). — Pupillen L. 1. §. 3. *de poss.* (230). — Kinder (231). L. 32. §. 2. *de poss.* (232—236). L. 3. *C. de poss.* (237—244). [Variante des *Ulcian* (237). Literaturgeschichte (241)].

§. 22. Besitz an einem einzelnen Theil einer Sache (244 — 256.)

Erste Regel [Willkürlicher Begriff des Ganzen] (244). — Zweite Regel [Ideelle Theilung] (245). L. 26. *de poss.* (246). L. 32. §. 2. *de usurp.* (247). L. 3. §. 2. *de poss.* (247). — Dritte Regel (248). — Vierte Regel [Besitz des Theils in dem Ganzen] (248). 1.) Bewegliche Sachen. L. 7. §. 1. 2. *ad exhib.* (249. vgl. 254). 2.) Grundstücke (251). 3.) Schätze (252). 4.) Gebäude. L. 25. *pr. de usurp.* Eigenheiten dieses Falls (252—254). — Die vierte Regel gilt nicht für die Fortdauer des Besitzes (254). L. 30. §. 1. *de usurp.* (255).

(Zweiter Abschnitt:)

§. 22. a Erwerb der Früchte (256).

1.) Für den Eigenthümer der Hauptsache (256). — 2.) Für den Pächter, *Fructuar* etc. (257). — 3.) Für den Prätorischen Eigenthümer (257). — 4.) Für den *Emphyteuta* (262). —

§. 23. Abgeleiteter Besitz (263 — 274).

Drey Classen ohne Eigenthum veräußerter Detention (263).

Erste Classe: Immer ohne das Recht des Besitzes (264). — 1.) *Procurator possessionis* (264). — 2.) *Commodatarius* (264). — 3.) *Conductor* (265). —

[Ausnahmen? *Possessionis conductio* (266).] — 4.) *Missus in possessionem* (267). [L. 7. pr. quib. ex causis. L. 30.

§. 2. de poss. (268)]. — 5) *Fructuar*

(269). [Cicero pro Caec. 32? (270)].

L. 6. §. 2. de prec. (270). L. 12. pr. de poss. (270). L. 52. pr. de poss. (271).

Schriftsteller (271). — *Usuarius* (273).

— *Superficiarius* (273). — L. 3. §. 7. uti poss. (273). — *Placentin* (274.)

§. 24. Zweite Classe: Immer mit dem Rechte des Besitzes zugleich (275 — 283.)

Creditor pignoratitius (275). — Grund dieses Besitzes (276). — Nähere Bestimmung desselben (278). — Beweise (280 —

283). [L. 7. §. 2. C. de praescr. 30. l. 40. ann. (280.) L. 36. de poss. (281.) —

Literatur (282).

(Zweiter Abschnitt:)

- §. 25. Dritte Classe: Zuweilen mit dem Recht des Besitzes, zuweilen ohne dasselbe (284 — 288.)

Depositum (284 — 286). *L. 17. §. 1. depositi* (285). — *Precarium* (286 - 88). [*Possessionis Precarium* (287)].

- §. 26. Erwerb durch fremde Handlungen (288 — 306).

Eigenthümlichkeit dieses Erwerbs (288). Handlung des Repräsentanten (290). [*L. 1. §. 19. 20. de poss.* (291). *L. 37. §. 6. de adqu. rer. dom.*, *L. 13. de donat.* (291). — Wille des neuen Besitzers selbst (292). *Ignorantis possessio*, zweideutig *L. 1. §. 22. de poss.* (292). — Juristisches Verhältniß zwischen beiden (294). A.) Befehl (294). Sklaven (294). *Filiifamilias* (296). — *Peculiaris causa* (296.) — B.) Auftrag (298). *L. 51. de poss.* (300). *L. 41. de usurp.* (300). *L. 13. pr. de adqu. rer. dom.* (300.) *L. 1. C. de poss.* (301). Der Satz galt schon zur Zeit des La beo, und nicht erst seit Sever (301). Nähere Bestimmungen (302—306). [*Paulus V. 2. §. 2, Lib. 42. §. 1. de poss.* (303. 304.)

- §. 27. *Constitutum possessorium* (306 - 315) *L. 18. pr. de poss.* (307.) — Begriff des *Constitutum* (308). — Es ist in der Regel nicht anzunehmen. *L. 48. de poss.* (308. 309.) — Ausnahmen: A.) Ehen-

(Zweiter Abschnitt:)

§. 27.)

fung und Pacht in derselben Handlung (310.) — B.) Vorbehalt des *ususfructus* (310). C.) *Pignus precario rogatum* (311.) [L. 16. *de oblig. et act.* (311).] — D.) *Societas universorum bonorum* (312) — E.) L. 1. C. *de donat.* (313). — Literatur (314).

§. 28. Resultate dieses Abschnitts (315 — 319).

Blos juristische Handlungen geben den Besitz nicht (315). Erbschaft (316). Mancipation (317). — Blos juristische Gründe verhindern den Besitz nicht (317 — 319). [L. 22. *de poss.* (317)].

Dritter Abschnitt: Verlust des Besitzes (320 — 475).

§. 29. Einleitung (320 — 323).

Bestimmung der Fortdauer und des Verlustes gleichbedeutend (320). — Regel des Verlustes aus dem Begriff des Besitzes abgeleitet: *Factum* allein, und *Animus* allein, ist zum Verluste hinreichend (321).

§. 30. Historische Untersuchung dieser Regel (323 — 331).

L. 44. §. 2. *de poss.* (323). L. 153. *de R. I.*, [L. 8. *de poss.*] (324 — 329). Gewöhnliche Erklärung verworfen (324). — „*Utrumque*“ (326). L. 16. *de leg. 2.* (327). L. 8. §. 5. C. *de bonis quae lib.* (327). L. 3. C. *comm. divid.* (328). L. 1. §. 3. *uti poss.* (329). — Logischer Zusam-

(Dritter Abschnitt:)

§. 30.)

menhang jener Stelle (329). — Uebersicht über die folgenden §§. (331).

§. 31. Verlust durch *Factum* (331 — 352).

Bewegliche Sachen von Anderen occupirt (332), oder an einem unzugänglichen oder unbekanntem Orte (335). [*Custodia* (334). *L. 47. de poss.* (335). *L. 3. §. 13. de poss.* (335). Zahme Thiere (336.) [Sclaven (336)]. Wilde Thiere (336.) [*L. 5. §. 14. 15. de poss.* (338)]. Gezähmte Thiere (338). — Unbewegliche Sachen 339 — 343. Bloße Abwesenheit hebt nicht den Besitz auf (343). [*Solitus hiberni et aestivi* (344)]. — Durch eine besondere Ausnahme wird selbst durch fremde Occupation des Grundstücks, ohne des Besitzers Bewusstsein, der Besitz nicht verloren (344). Folgen des Saßes (345). Beweise, mit Rücksicht auf die Geschichte des Saßes (347). [*L. 18. §. 3. 4. de poss.* (349.) *L. 25. §. 2. de poss.* (349). *L. 6. §. 1. L. 7. de poss.* (350)]. — Resultate für den Verlust durch *Factum* (352).

§. 32. Verlust durch *Animus* (352 — 362). Regel für diesen Verlust (352. 353.) — Persönliche Unfähigkeit dazu (354). [*L. 29. de poss.* (355). *L. 11. de adqu. rer. dom.* (355). Ausdehnung dieser Unfähigkeit (355). [*Animo desinere possidere* (356)]. — Beweis des *Animus non possidendi*

(Dritter Abschnitt:)

(§. 32.)

durch Interpretation (357): A.) *Constitutum* (358). B.) *Rei vindicatio*? L. 12. §. 1. *de poss.* (358. vgl. 396). C.) Bloße Unterlassung (360). [L. 37. §. 1. *de usurp.* (360). L. 4. C. *de poss.* (361). *Saltus hiberni et aestivi* (362.)]

§. 33. Fortsetzung des Besitzes durch Repräsentanten (362 — 380).

Was muß der Besitzer selbst thun? (362). — Verhältnis zwischen ihm und dem Repräsentanten (364). — Was muß der Repräsentant thun? (365). A.) Verlust an den Repräsentanten (365 — 370). L. 20. *de poss.* (366). Ausnahmen, die für diesen Fall gelten (366). [L. 67. *pr. de furtis* (367). L. 47. *de poss.*, L. 3. §. 18. *eod.* (368. 369.)] — B.) Verlust durch den Repräsentanten (370 — 380). Fälle, die nie bestritten worden sind (370 — 372.) Streitige Fälle (372 — 380). L. 40. §. 1. *de poss.* (373). L. 3. §. 6-9. *de poss.* (375). L. 12. C. *de poss.* (377-380.)

Vierter Abschnitt: Interdicte (381 — 475).

Schriftsteller (381).

§. 34. Begriff der Interdicte (382 — 386).

Sie gehörten vor den *Iudex*, so gut als *actiones* (382). — Sie sind, wie diese, *extraordinaria judicia* geworden (383). — Das Eigenthümliche dieses *summarii*.

(Vierter Abschnitt:)

§. 34.)

schen Prozeßes ist nicht nur unpractisch, sondern unbekannt (385).

§. 35. Possessorische Interdicte (386 — 391).

Begriff: Klagen aus dem Recht des Besitzes (386). — Interdicta *adipiscendae possessionis*? sie sind nicht possessorische Klagen, ja sie machen überhaupt keine eigene Classe von Klagen aus (386—391.) [Paulus III. 5. §. 18. (388)].

§. 36. Die possessorischen Interdicte sind nicht provisorische vindicationen (391 — 397).

Begriff der provisorischen Rechtsmittel (391). [Etymologie des Isidor und Anian (391)]. — Der Irrthum ist schon durch die bisherige Darstellung widerlegt (392). — Besondere Veranlassungen des Irrthums (393). [*Lis vindiciarum* (394)]. L. 12. §. 1. *de poss.* (395). — Uebersicht über den vierten Abschnitt (396. 397).

§. 37. Interdicta *retinendae possessionis* im Allgemeinen (397 — 408).

Schriftsteller (397).

Historische Einleitung (398 — 402). Bedingungen: 1.) Besitz (402). 2.) Gewaltthätige Verletzung (403). 3.) Gegenwärtige Dauer des Besitzes (403). [L. 11. *de vi* (404)]. — Zweck (404). Sie sind Interdicta *duplicia* (405 — 408).

§. 38. Interdictum *uti possidetis* (408 — 414).

Quellen (408).

(Vierter Abschnitt:)

§. 38.)

Bedingungen (408): *Possessio civilis?* [Euper] (409). Gegenwärtiger Besitz (409). — Wirkung (410). Caution [L. un. C. *uti poss.*] (411). — Exceptionen: 1.) *vi, clam, precario possidere* (412). 2.) Verjährung (413).

§. 39. Interdictum *utrubi*. (414 — 426).

Quellen (414).

Bedingungen: *Possessio civilis?* [Euper] (414). Besondere Bedingung des Besitzes, von Justinian aufgehoben (415). Gegenwärtiger Besitz nach Justinian, nicht nach dem älteren Recht (416). Unächte Gründe für diesen Satz des ältern Rechts: L. 3. §. 5. *ad exhib.* (416). L. 14. C. *de agricolis* [Cod. Th. V. 23.] (418). Petron. Cap. 13. (420). Aechte Gründe: Theophilus (421). Innere Nothwendigkeit (421). — Dennoch war es kein *int. recuperandae poss.* (422). Paulus V. 6. §. 1. 5. (422). — Wirkung (424). — Exceptionen: 1.) *vi, clam, precario possidere* (424) [und zwar *ab adversario*, selbst nach dem älteren Recht (424)]. 2.) Verjährung? (425).

§. 40. Interdicta *de vi* (426 — 456).

Quellen (426). Schriftsteller (426).

Vis quotidiana, [*civilis? festucaria? lis vindictiarum?*] *armata*: fast aller Unter-

(Vierter Abschnitt:)

§. 40.)

schied aufgehoben (427 — 429). — Bedingungen des Interdicts: 1.) Besitz [? Cicero pro Caec. C. 31. 32.] (430 — 433). 2.) *Vis atrox* (434. 435). 3.) Der Beklagte selbst muß die Gewalt zugefügt haben. Ausnahmen (435. 436). 4.) *Dejectio*, d. h. Verlust des Besitzes durch Gewalt [L. 5. *de vi*, L. 17. *eod.*, L. 3. §. 9. *eod.* (436 — 439)]. 5.) Unbewegliche Sache; historische Erklärung des Sages (440 — 443). Durch die Constitutionen ist er aufgehoben (443. 444.) — Wirkung: A.) Restitution (444). [L. 16. *de vi* (345)]. B.) Interesse [Usucapion?] [*Iuramentum Zenonianum* (444 — 448)]. — Exceptionen [*Vis armata* (448)]: 1.) *Vi, clam, precario* possidere (448) [Cic. ep. ad fam. VII. 13]. Ausnahme bey *vis armata* (449). Grund der Regel (349). Justinian hat die Exception verworfen: historische Erklärung (450 — 452). In den Pandekten sind nur noch indirecte Beweise für sie übrig: L. 1. §. 30, L. 18. *pr.*, L. 17, L. 14. *de vi* (451 — 453). — 2.) Verjährung. [Domat]. Ausnahmen (453 — 465). — 3.) *exceptio pacti* (455).

§. 41. Interdictum de *clandestina* possessione (456 — 462).

(Vierter Abschnitt:)

§. 41.)

Bedingungen (456 — 458).

Clandestina possessio (456—458). [L. 4. *pr. pro suo* (457).] Ausnahme des Eigenthümers (457). Sie bezieht sich nicht nothwendig auf fremden Besitz (457): das Interdict aber ist nur unter dieser Bedingung möglich (458). Es geht nur auf unbewegliche Sachen (458). Existirt überhaupt ein solches Interdict? (459 — 462) [L. 7. §. 8. *comm. divid.* (459). Historischer Zusammenhang (461)].

§. 42. *Interdictum de Precario* (462 — 467).

Quellen (462). Schriftsteller (462). Begriff des *Precarium* [Paulus V. 6. §. 11. 12] (463 — 466). *Injusta possessio*? (464). — Bedingungen dieser *obligatio* (466). — Gegenstand (466). — Exceptionen? (467).

§. 43. Neues Recht aus den Constitutionen? (467 — 475).

Gewöhnliche Meinung (467). — Directer Gegenbeweis (468). — Erklärung der einzelnen Constitutionen selbst: L. 5. C. *unde vi* (469). L. 8. C. *unde vi* (470). L. 11. C. *unde vi* (471 — 474). L. 12. C. *de poss.* (474). Tit. Cod. *si per vim vel alio modo* (474). — Resultat (476).

Fünfter Abschnitt: *Iurium quai Possessio* (476).

§. 44. Einleitung (476. 477).

(Fünfter Abschnitt:)

(§. 44.)

Für den *Animus* ist hier nichts besonderes zu bestimmen (477).

- §. 45. Persönliche Servituten (477 — 484).
 Detention der Sache, hier wie bey dem eigentlichen Besitz (477). — Erwerb [Erwerb des Rechts selbst. L. 3. pr. de usufr.] (478). — Fortsetzung [L. 12. §. 2. de usufr., L. 29. pr. quib. mod. ususfr.] (479. 480). — Interdicte (480): I.) *Uti possidetis* [L. 4. uti poss. (481)]. II.) *Utrubi* (482). III.) *Unde vi* (482. 483). IV.) *de clandestina possessione* (483). V.) *de precario* (483).

- §. 46. Dingliche Servituten (484 — 504).
 Drey Classen 484. — Erste Classe: Erwerb (485). Verlust? (485). Interdicte, die gewöhnlichen Interdicte gelten hier nicht (486 — 488). I.) *Int. de itinere*: Bedingungen (488. 489). Gegenstand (489). Exceptionen [L. 5. §. 3. de itinere] (490 — 493). — II.) *Int. de reficiendo itinere* [unpractisch] (463 — 495), III.) *Int. de aqua*: Bedingungen (495. 496). Gegenstand (496). Exceptionen (496). — IV.) *Int. de rivis* (497). — V.) *Int. de fonte* (497).
 Zweite Classe (497. 498.)
 Dritte Classe [Negative Servituten]; Erwerb des Besitzes [verschiedene Beziehungen der Frage] (498 — 502). Ver-

(Fünfter Abschnitt:)

§. 46.)

lust (502). Interdicte für die zweite und dritte Classe (502 — 504) [Int. de cloacis (503)]. [L. 86. de V. S. (504)].

§. 47. *Superficies* (505 — 507).

Sechster Abschnitt: Modificationen des Römischen Rechts (508. 509).

§. 48. Einleitung (508 — 509).

§. 49. Begriff des Besitzes (509 — 516).

Ausübung jedes Rechts überhaupt? (510). — Richtige Beziehung auf kirchliche und publicistische Rechte (510 — 512). — Familienrecht? (513 — 515). — Obligationenrecht? (515).

§. 50. *Spolienklage* (516 — 526).

Schriftsteller (516). — Can. *redintegranda* (517). — Vorgeblicher Inhalt der Stelle (518). — Wahrer Inhalt (518 — 522). — Entstehung der falschen Interpretation? (522. 523). — Andere Bestimmungen des Canonischen Rechts über possessorisches Rechtsmittel: 1.) C. 18. X. de restit. spoliat. (523. 524). 2.) *Exceptio spoli* (524 — 526).

§. 51. *Possessorium Summariissimum* (526 — 539).

Entstehung (526 — 528). [Erklärung aus dem Römischen Recht?] (527). — Beschaffenheit, aus jener Entstehung abgeleitet (528 — 530). Bestätigung des In-

(Fünfter Abschnitt:)

§. 51.

tituts und dieser Ansicht durch die Reichs-
gesetze (530 — 533). — Possessorium
ordinarium. [C. 9. X. de probat.]
(533 — 538).

§. 52. Resultat des sechsten Abschnitts (539).

D r u c k f e h l e r .

Der Vf. schränkt sich darauf ein, diejenigen
Druckfehler nachhaft zu machen, welche entweder
allen Sinn aufheben, oder doch einen ganz falschen
Sinn geben.

§. 234. Note 1. Z. 14 und 15 der Note ff. *sensuae* l.
sensuse.

— 250 in der ersten Spalte der Note Z. 3 v. u. ff.
folgenden l. fehlenden.

— — ebendas. in der letzten Zeile ff. bekannten
l. unbekanntem.

— 262 Z. 3 v. u. ff. möglich l. unmöglich.

— 335 in der zweiten Spalte der Note Z. 9 v. u. ff.
Item l. *Idem* u. Z. 8 v. u. ff. 1454 l. 4454.