**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista

di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und

Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 8 (1860)

Heft: 1

**Artikel:** Die Lehre von dem Besitze : nach den privatrechtlichen Gesetzbüchern

der Schweiz

Autor: Rüttimann

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-896696

#### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

#### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

#### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

**Download PDF:** 01.11.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

#### Die Lehre von dem Besite,

nach den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Schweiz.

(Bon herrn alt MRath Dr. Ruttimann.)

### Ginleitung.

#### §. 1.

Befit und dingliches Recht (Eigenthum und dingliche Rechte an fremden Sachen zusammengefaßt) find die beiden Pole, zwischen denen das ganze Sachenrecht gewissermaßen gravitirt. Es ist vielfach darauf hingewiesen worden, daß die Unterscheidung zwischen Besitz und Eigenthum um ihrer Kein= beit willen nur von einem in der Civilisation bedeutend vor= geschrittenen Volke erfaßt werden könne und daß die modernen Bölfer dieselbe den Römern entlehnt haben. 1) Noch mehr: Nicht nur streitet man sich über die Bedeutung der germanischen Gewere, sondern man ift bis zur Stunde noch immer nicht darüber einig geworden, ob der Besit, wie er unter dem Einfluffe des Römischen Rechtes in der Gegenwart aufgefaßt wird, ein rein thatfächliches oder ein Rechtsverhältniß oder aus Thatsache und Recht gemischt sei. 2) Ja sogar die Definirung des Eigenthums scheint ein viel schwereres Stuck Arbeit zu sein, als man fich früher dachte. Nachdem man zu der Ginficht gelangt war, daß es nicht angehe, das Eigenthum durch Aufgählung der einzelnen in ihm enthaltenen Befugniffe zu be-

<sup>1)</sup> D'Espinay, de l'influence du droit canonique sur la législation française, S. 84. Bluntschli, Staatslexifon, III. 299.

<sup>2)</sup> Bruns, bas Recht bes Besites, S. 414 ff. Leuenberger, Borlesungen, I. 387 f. Rotteck und Welker, Staatslexikon, II, Besit u. f. f.

schreiben, hatte die Bezeichnung des Verhältnisses als einer durch das Recht geschützten totalen und ausschließlichen Herr= schaft über eine Sache eine Zeit lang allgemeinen Beifall ge= funden, bis man auf einmal die Entdedung machte, daß es mit der totalen und ausschließlichen Herrschaft des Eigenthümers einer von einem Beräußerungsverbote betroffenen, für eine unerschwingliche Schuld verpfändeten und mit Servituten aller Art beladenen Sache nicht weit her fei. Ginige ließen nun bloß das Merkmal der Ausschließlichkeit weg 1) und beruhigten fich im Uebrigen mit Paulus und Julianus bei dem Gedanken, non falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. Andere erblickten das Charafteristische des Eigenthums in seiner willführlich bestimmbaren Unbestimmtheit2), oder sie fanden, daß sein Begriff "mit einer "Subject=Dbjectivirung vergesellschaftet sei", d. h. "daß es "sowohl der Form als der Materie nach für sich bestehe und "ohne einer Gelbstthätigkeit von unserer Geite zu bedürfen, "ohne von einer ihren Centralpunkt bildenden Perfonlichkeit "abhängig zu fein, fortdaure, d. h. unter den Begriff der "Substanz falle." 3)

Man kann sich kaum darüber verwundern, daß in der neusten Zeit einzelne Schriftsteller, erschrocken über diese transscendentalsphilosophische Auffassung des Eigenthums, den Inhalt desselnen wieder mehr nach Art der ältern Juristen im Einzelnen zu bestimmen versucht haben 4), wiewohl nicht einzusehen ist, warum nicht fernerhin der Begriff einer totalen und ausschließlichen Herrschaft zum Grunde gelegt werden könnte, sobald nur einerseits die Beschränfung durch das öffentliche Recht, welchem der Privatwille überhaupt untergeordnet ist und andersseits die Möglichseit der Ausscheidung dinglicher Rechte vorbeshalten wird. 5) Wichtiger aber als eine bloß formale Ers

<sup>1)</sup> Unger, öftreichisches Privatrecht, I. 524. 528.

<sup>2)</sup> Böding, Pandetten, II. 9.

<sup>3)</sup> Birfler in Weiste's Rechtslerifon, IV. 148. 149.

<sup>4)</sup> Bring, Banbeften, S. 52.

<sup>5)</sup> Arnote, Panbeften, S. 126. 130. Bangerow, Banbeften, S. 295.

kenntniß ist die Einsicht in das Wesen des Berhältnisses, welche nur durch ein Eingehen auf die Eigenthümlichkeiten der verschiedenen Institute des Sachenrechts gewonnen werden kann. Denn es ist flar, daß das Eigenthum durch das Psandrecht in ganz anderer Weise beschränft wird, als durch die Servituten und durch die Personal-Servituten anders als durch die Grunddienstbarkeiten, wiewohl hinwiederum alle jura in re aliena darin übereinstimmen, daß sie, wie schon der Ausdruck in re aliena andeutet, an einer herrenlosen Sache nicht entstehen können, sondern aus dem Eigenthum hersließen und bei ihrem Erlöschen gewissermaßen in dasselbe zurück fallen.

#### S. 2.

Es liegt nicht in dem Bereiche meiner Aufgabe, den Gegen= sat zwischen dem Eigenthum und den dinglichen Rechten im engern Sinne des Wortes zu behandeln; ich habe im Gegen= theil diejenige Qualität des Eigenthums ins Auge zu fassen, welche die jura in re aliena mit ihm gemein haben, so daß es als Repräsentant derselben in dieser Sinsicht gelten fann. Ich meine nämlich die Dinglichkeit, und gang besonders den aus der Dinglichkeit herfließenden absoluten Charakter aller dieser Rechte, welcher es in der Regel möglich macht, dieselben gegen jeden Dritten zu verfolgen. ) In dem von den römischen Juriften mit großer Klarheit und Consequenz durchgeführten Begriffe einer absoluten rechtlichen Herrschaft über eine Sache liegt von selbst die Möglichkeit eines Konflikts derselben mit dem von ihr durch einen Zufall losgeriffenen Besitze und die Nothwendiafeit, daß das Recht überndas bloke Kaftum siege. Die Unabhängigkeit des Eigenthums von der jeweiligen faktischen Lage seines Objekts ift ein sehr einfacher Gedanke und seiner Verwirklichung würde nicht die mindeste Schwierigkeit im Wege fteben, wenn es möglich ware, ben Sachen ein Beprage aufzudrücken, dem Jedermann die Perfon des Gigen=

Necht zu einander verhalten, ist mit großer Klarheit auseinandergesetzt von Unger, östreich. Privatrecht, I. 514 f.

thümerd mit Sicherheit entnehmen könnte. Soweit es aber an einer solchen Bublicität der Eigenthumsverhältniffe fehlt, wird man nicht umbin konnen, neben dem Bedürfniffe des Eigenthumsschutes auch die Interessen des redlichen Berkehres ins Auge zu faffen und bis zu einem gewiffen Grade zu mahren. Die Unschauungsweise des canonischen Rechts, daß Niemand seine Sachen ungestraft vernachläßigen darf (lex odit et punit circa rem suam negligentes) findet in jedem Rechts-Spsteme einen Ausdruck, in dem einen in größerem, in dem andern in geringerem Umfange. Die Lehre vom anver= trauten Gut fteht gang, bas Institut ber Ersigung größtentheils auf diesem Boden. Auch das Princip des römischen Rechts "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur", von welchem ich nachher (§§. 33 u. f.) ausführlicher zu sprechen habe, erklärt fich aus dem Beftreben, Formen des Eigenthumsübergangs, welche für den Berfehr gefährlich sind, auszuschließen.

Es sind aber nicht bloß solche, dem Eigenthum scheinbar feindlich entgegen stehende Rücksichten, welche dazu führen, seine Unabhängigkeit vom Besitz zu beschränken; sondern es ist auch gedenkbar, daß der Eigenthümer selbst es für vortheilhaft ersachtet, sich nicht auf sein absolutes Recht zu berusen, sondern bloß den relativen Schutz, welcher unter gewissen Voraussetzungen dem Besitze gewährt wird, in Unspruch zu nehmen. In diesem Falle dient also der Besitz geradezu als Stütze des Eigenthums.

Wo die Besitklagen summarisch behandelt werden (was zwar bei den Römern im klassischen Processe keineswegs zutraf), verdienen dieselben, wenn sie sonst genügen, schon deshalb den Borzug vor der Vindication. Im alten englischen und normannischen Rechte z. B. konnte der Kläger durch die dem Bestlagten im ordentlichen Processe zu Gebote stehenden Mittel, den Entscheid, ja sogar die bloße Verhandlung des Streites endlos zu verzögern, zur Verzweiflung gebracht werden. 1) Zuse

<sup>1)</sup> Reeves history of the English law, II. 123. 439. Crabb, history of the English law, 268. Schäffner, Geschichte ber Rechtsversaffung von Frankreich, III. 304.

gleich war die größte Neigung vorhanden, Waffengewalt an die Stelle des Rechtsgangs zu feten. Reeves in seiner Geschichte des enalischen Rechts (Bd. II. S. 84) erzählt, daß im Jahr 1224 ein Edelmann, Nahmens Fowkes de Breauté, gegen den fünf und dreißig Bahrsprüche betreffend Besiteefförungen abgegeben worden waren, mit einer bewaffneten Bande die Gerichtssitzung auseinander sprengte, den Richter im Schloß Bedford gefangen fette und fich dort eine Zeit lang gegen die foniglichen Truppen vertheidigte. Bei folden Zuständen war offenbar ein dringendes Bedürfniß vorhanden, der Eigenmacht energisch entgegen zu treten und den Spoliirten durch ein rasches Verfahren zu Silfe ju fommen. Go erflart es fich leicht, daß zwischen den aus dem Besige (seisin) und den aus dem Rechte (right) berfließen= den Klagen auf das Schärfste unterschieden und daß auf die Ausbildung der erstern die größte Sorgfalt verwendet wurde. 1) Achnliche Erscheinungen finden wir im Mittelalter überall. So fagt Warnfonig2) in der frangofischen Staate= und Rechte= geschichte (Bo. II. 297): "Ihre Entstehung verdanken die Be-"fitflagen unftreitig dem Bedürfniffe ihrer Zeit; fie find ein "Erzeugniß der Reaction, welche von dem zwölften und drei= "Behnten Jahrhundert an gegen die Berrschaft des in seiner "vollen Bluthe daftehenden Lebenwesens, des Fauftrechtes und "die vielen daran klebenden und zum Theil noch aus der frü-"besten barbarischen Zeit stammenden Migbrauche sich aufthat. "Der Zweifampf und die Fehde waren die zwei großen Ge-"brechen der Zeit, gegen welche die Könige und die Gelehrten "lange anfämpften und denen fie erft mittelft der Ginführung "von Besitrechtsmitteln fraftig entgegen treten fonnten." Sie= mit stimmt vollkommen überein, was Brung 3) über den Rampf mittheilt, den das Reichstammergericht zur Behauptung feiner Rompetenz in Besithstreitigkeiten der Reichsunmittelbaren durch= zufechten hatte. Die Beschleunigung des Besitprocesses beim all the the two middless when

<sup>1)</sup> Crabb, 387 f. Reeves, I. 177.

<sup>2)</sup> Ganz gleich außert sich Schaffner, Gesch. ber Rechtsverf. von Frankreich, III. 294.

<sup>3)</sup> Das Recht des Besithes, 375-382.

Reichskammergerichte scheint übrigens eine mäßige gewesen zu sein, indem nicht nur geflagt wird, daß man an einem Suma=riissimum über drei Jahre "geleiert" habe, sondern sogar ein Sumariissimum von vierzig Jahren vorgekommen sein soll. 1)

**§**. 3.

Beut zu Tage find nun zwar die Sitten mild genug. Bor offener Gewalt ift der Privatbesit durchaus sicher; auch dem Mächtigsten fällt es taum ein, sich mit der Staatsgewalt zu meffen und irgend einen Brivatzweck mit Berletung des Land= friedens durchzusegen. Ueberdieß ist der ordentliche Proceggang in der Schweiz immerbin fo rafch, daß ein außerordentliches fummarisches Berfahren in Besitzstreitigkeiten zur Noth mohl entbehrt werden könnte. Deffenungeachtet wurde auch gegen= wärtig noch die Vindication allein zum Schute des Eigenthums durchaus nicht ausreichen. In dem modernen Civil-Berfahren wird nämlich mit der Normirung der Beweislast fehr oft fattisch das Schicksal des Processes entschieden. Bei der Vindica= tion versteht es sich nun gang von felbst, daß der Beweis des Eigenthums von dem Bindicanten geleistet werden muß und dieser Beweis ift eben wegen seiner außerordentlichen Schwierigfeit als probatio diabolica von jeher übel angeschrieben ge= wesen. Es ist also sehr leicht gedenkbar, daß der mahre Eigenthümer fogar einem unredlichen Besitzer gegenüber unterliegen mußte, wenn ihm fein anderes Mittel zu Gebote stehen wurde, die verlorene Sache wieder zu erlangen, ale die Bindi= cation. Die aus der Lehre von dem Beweise fich ergebende gunftige Lage des Beflagten bei Gigenthumöstreitigkeiten mußte nothwendig dazu führen, daß die Frage, welche Parteirolle Geder der beiden Litiganten zu übernehmen habe, zum Gegen= stande eines Borverfahrens gemacht wurde. Wenn B dem A ben Besitz einer Sache in fehlerhafter Beise (vi, clam, precario) entzogen hat, so barf ihm aus dieser widerrechtlichen Sandlung fein Vortheil erwachsen; vielmehr foll vor Allem aus A wieder in den Befit des Streitobjects gefest und B genothigt

<sup>1)</sup> Bruns, ib. 405.

werden, im Petitorium als Kläger aufzutreten. Bei den Römern wurde in der altesten Zeit diese Borfrage von dem Brator in jure erledigt; später bildeten fich die unter dem Namen interdicta retinendæ possessionis befannten Besitztlagen aus, welche wesentlich dazu bestimmt waren, die controversia de proprietate vorzubereiten.1) Bur Ergänzung dienten noch die fog. interdicta recuperandæ possessionis. Diese Klagen waren aber unwirfsam, wenn dem Eigenthümer A nicht B, sondern ein dritter Besitzer C gegenüberstand. In diesem Falle fonnte A, wenn er fich nicht auf die Erfitung 2) der Cache zu ftuten, noch sonft den Beweis des Eigenthums zu führen im Stande war, einzig mittelft der actio publiciana durchdringen. Aber auch die actio publiciana fonnte entweder gar nicht oder wenig= stens nicht mit Erfolg angestellt werden, wenn der Kläger seinen Titel nicht nachzuweisen vermochte, sowie wenn die streitige Sache als res furtiva der Usucapion entzogen war 3) oder dem Beflagten ebenfalls justa causa und bona fides zu Statten fam.

#### S. 4.

Das Gesagte kann folgendermaßen zusammen gefaßt wers den: der Eigenthümer ist sehr oft genöthigt zu einer personslichen oder dinglichen Besitzslage seine Zussucht zu nehmen. Dieser Ausweg wird ihm aber in den der römischen Ansschauungsweise folgenden Rechts-Systemen dadurch verkümmert, daß ceteris paribus der gegenwärtige Besitz dem verlorenen ältern Besitze gegenüber obsiegt (melior est conditio possidentis). Dagegen hat nun Delbrück in seinem neusten Werke ("die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857."), wie mir scheint in schlagender Weise, dargethan, daß es im Geiste des deutschen Rechts liege, ceteris paribus dem ältern

<sup>1)</sup> Bangerow, Panbetten, S. 336.

<sup>2)</sup> Die Erstitung war bekanntlich in sehr enge Grenzen eingeschlossen, konnte also von den Vindicanten selten als Stütpunkt für die Klage benutzt werden. Gaj., II. §. 50. . . . in redus mobilibus non facile procedit, ut bonae sidei possessori usucapio competat.

<sup>3)</sup> Die Anwendbarkeit der Publiciana auf res furtivae wird freilich von gewichtigen Antoritäten behauptet.

Besitze den Vorzug zu geben. Ursprünglich äußerte sich dieser Borgug fo, daß berjenige, welcher fich auf altern Befit berufen fonnte, näher baran mar, fein Eigenthum an bem Streitobjefte mit seinem Eide zu erharten, als der gegenwartige Besitzer, wenn nicht dieser aus besondern Gründen ein besseres Recht für fich in Anspruch nehmen konnte. 1) Der juriftische Grund der Klage war zwar das Eigenthum des Klägers und insoweit hatte die dingliche Rlage des germanischen Rechts einen abso= luten Charafter. Aber der eigentliche Kampf drehte fich um die Frage, wem der Gid, d. h. das Beweisrecht gebühre und bier trat das Princip der Relativität in voller Reinheit und Stärke hervor und beherrschte den germanischen Gigenthums= proceß so vollständig, daß dagegen alles Uebrige und besonders der absolute Character des Klagegrundes völlig in den hinter= grund trat. Auf diesem Standpunkte schien nicht mehr das Eigenthum, sondern die Gewere Rlagegrund zu sein und es verlor sich der Streit um das Eigenthum in einen Streit um das beffere Recht. Als später der germanische Proces von Grund aus umgestaltet wurde und an die Stelle des Rechts jur Beweisführung die Beweislaft, an die Stelle des Parteien= eides die Beweisführung durch Zeugen, Urkunden u. f. f. trat, wurde zugleich auch das materielle deutsche Recht durch das römische verdrängt oder modificirt. Gleichwohl lebte durch alle Jahrhunderte hindurch der Borgug des altern Besites in einer neuen Form fort und es foll nach der Unficht von Delbrück heutzutage noch der Eigenthümer die Wahl haben, fich der Rlage aus einfachem alterm Befige, der Rlage aus Berlurft des Besitzes wider Willen, der Rlage aus titulirtem älterm Besite (Bubliciana) oder der eigentlichen Eigenthumöflage (der Bindication) zu bedienen. Ueber den innern Grund der Rlage aus älterem Besit äußert sich Delbruck folgendermagen: "Wir "durfen nur nie vergeffen, daß wir uns auf dem Gebiete der "proceffuglischen Wahrscheinlichkeit befinden. Sier gelten Un= "nahmen, die im einzelnen Falle fehr wohl unrichtig fein können. "Der Vorzug des ältern Befites ift nach diefer Seite bin eben

<sup>1)</sup> Delbrud, 40. 73. 85. 275. 277. 329. Brune, 287.

"so berechtigt wie die Annahme, daß ein einmal erworbenes "Eigenthum fortbestehe, daß der Besitzer guten Glauben habe, "daß der Erblasser seinen Willen nicht geändert habe u. f.f."

"Man fühlt sich zunächst versucht, an die schon in der "Gloffe vorkommende Bräsumtion des Eigenthums aus dem "Besite anzuknüpfen und, indem man lediglich auf dem Ge-"biete des Processes bleibt, zu fagen: die Klage ift nichts "Anderes als die Bindication felbst, jedoch mit der eigenthum-"lichen Beweisregel, daß Bermuthungen zum Beweise des Eigen-"thums genügen und die Vermuthung aus ehemaligem Besite "die Bermuthung aus gegenwärtigem Befige überwiegt. Diefe "Auffassung ware möglich, aber sie ist geschichtlich nicht be-"grundet. Die Bindication und ihre Beweislehre ift unberührt "geblieben, neben fie aber hat man eine eigene Rlage aus "älterem Besit gestellt. Der ursprünglich processualische Sat "ift in einen Sat des materiellen Rechts verwandelt worden; "statt zu fagen: aus dem Besite wird das Gigenthum prafu-"mirt, wird gefagt: der ehemablige Besitz genießt als folder Die Sache ift also die: wegen der "eines Rechtsschutes. "Schwierigfeit des Eigenthumsbeweises und der Unvollfommen-"beit menschlichen Erkennens in Thatfragen konnte der Rechts= "schut des Gigenthums nicht ausschließlich auf den Erwerb des "Eigenthums gegründet werden; um aber diesen Zweck des "leichtern Rechtsschutzes zu erreichen, reformirte man nicht die "Beweislehre, sondern man schuf eine eigene Rlage zum Schute "des Eigenthums, in der der Beweiß des Erwerbs durch den "Beweis gewiffer Thatsachen erset wird. Die Klage ift, wie "die Publiciana, ihren innern Motiven nach eine Rlage "aus vermuthetem Eigenthum, ihrer juriftifchen Con-"ftruction nach eine Rlage aus ehemaligem Befige."

#### S. 5.

Ich weiß nicht, ob es Delbrück gelingen wird, dem Endergebnisse seiner ebenso gründlichen als scharfsinnigen Forschungen im gemeinen Nechte Eingang zu verschaffen. Dagegen liegt es mir außer Zweifel, daß dieselben im höchsten Grade verdienen, die Aufmerksamkeit der schweizerischen Juristen auf sich zu ziehen,

da die Kapitel der privatrechtlichen Gesethücher der Schweiz, welche mit der Lehre von dem Besitze sich beschäftigen, einer Revision sehr bedürftig-sind. Zu dieser Arbeit liesern die von Delbrück angestellten Untersuchungen einen willsommenen Beitrag, wie dieß von dem hochverdienten Berfasser des Zürscherischen Gesethuches bereits anerkannt worden ist. 1) Aber auch bei Anwendung der gegenwärtig in Kraft bestehenden Rechtsnormen sindet sich Gelegenheit, die von der Wissensschaft neu gewonnenen Gesichtspunkte zu beachten und die Keime deutscher Rechtsbildung, welche bewust oder unbewust in die Gesetzgebungen niedergelegt worden sind, zu Ehren zu ziehen. 2)

Dieß ist der Standpunkt, von welchem aus ich es versucht habe, eine gedrängte Darstellung der Lehre von dem Besitze, wie sie in der Schweiz auf dem Wege der Codisication sich gestaltet hat, zu verfassen.

## I. Der Begriff des Besitzes und die Stellung desselben im Systeme.

Die Römer dehnten den Begriff des Besiges nicht über das Gebiet des Sachenrechts aus. Sie kannten bloß die corporis possessio und die juris quasi possessio. Ueberdieß zeigt der Zusat quasi, daß sie die faktische Ausübung einer Servitut bloß als ein dem Besitze ähnliches Berhältniß auffaßten. Auch liegt bei dem praktischen Sinne der Römer die Bermuthung nahe, daß der Prätor nicht durch Generalisirung des Begriffs der possessio sondern durch das im Leben sich zeigende Bedürfniß veranlaßt worden sei, den faktischen Bestand von Servituten durch Interdicte zu schüßen, deren Bergleichung mit den zum Schuße des Sachenbesitzes bestimm=

<sup>1)</sup> In Arnots fritischer Ueberschau, VI. 189 f.

<sup>2)</sup> Ich verweise namentlich auf die Interpretation des §. 517 des Züricher und des §. 260 des Luzerner Gesethuches (unten §. 51).

ten Rechtsmitteln dann dazu geführt haben mag, der corporis possessio eine juris quasi possessio in der Theorie gegenüber zu stellen. 1)

Die mittelalterliche Dialektik hat auf dem Wege der Absstraction die jurium possessio so erweitert, daß sie auf alle öffentlichen und Privatrechte, bei denen eine fortdauernde oder sich wiederholende Ausübung möglich ist, Anwendung sindet. Diesem allgemeinen Begriffe wird dann auch der Besitz im engern Sinne des Wortes als Ausübung des Eigenthums untergeordnet. 2) Die moderne Wissenschaft geht auf dieser Bahn weiter und erblickt in dem Besitze eine dem Rechtsgebiete in seinem ganzen Umfange parallel lausende thatsächliche Ordnung. So Bluntschli in seinem deutschen Privatrechte und im Commentar zu \$ 529 der Zür. Pr. N. und Bruns in der philosophischen Besitzlehre, die den Schluß seines Werkes über das Recht des Besitzes bildet.

Es fällt mir schwer, eine Ansicht, welche solche Autoritäten für sich hat, zu bekämpfen. Doch kann ich mich mit derselben unmöglich einverstanden erklären. Das Wort "Befig" wird in der deutschen Sprache allerdings in einem sehr weiten Sinne gebraucht. Man besitt nicht nur Sachen und Rechte, sondern auch aute Gigenschaften, Freunde u. f. f. Sieraus folgt aber nicht das Mindeste fur den Umfang des juriftischen Be-Die förperliche Berrschaft über ein abge= ariffs. grenztes Stück der vernunftlosen Ungenwelt stellt sich zunächst gar nicht als Ausübung eines Rechtes dar und ist vollkommen durch sich selbst verständlich, ohne daß der Eigenthumsbegriff zur Erklärung zu Silfe genommen werden muß. Eben deßhalb hat ja Brung ) mit gutem Grunde die Frage aufgeworfen, "wie sich die Römer den Zusammenhang zwischen "dem Besitze der Sachen und der Rechte eigentlich gedacht; "worin sie eigentlich die Aehnlichkeit zwischen zwei anscheinend "fo verschiedenen Begriffen, wie Detention einer Sache und

<sup>1)</sup> Brune, 82.

<sup>2)</sup> Roghirt, Dogmengeschichte, 196.

<sup>1) ©. 80.</sup> 

"Ausübung eines Rechts gefunden haben; ... inwiefern denn "auch nur "quasi" oder ""gleichsam" bei einem bloßen Ges "dankendinge, wie einem Rechte, ein Besitz möglich sei."

Sodann ift der Besit allerdings ein blofee Faftum. Aber nicht deßhalb, sondern vielmehr deffenungeachtet wird er aus befondern Grunden, die bei andern faftischen Berhältniffen gang und gar nicht zutreffen, bis zu einem gewiffen Grade ge= schütt. Das Recht des Besitzers, seinen Besitz gegen unbefugte Bewalt zu vertheidigen, erklärt sich sehr einfach aus gewiffen Principien des öffentlichen Rechts, aus der Unverleglichfeit der Person, aus dem Berbote der in der Form des Angriffs stattfindenden Gelbsthilfe u. f. f. Das Wesen des Besitzes und des Privatrechts überhaupt kommt dabei überall nicht in Be= trachtung. Was hingegen die Rechtfertigung der zur Wieder= erlangung eines verlorenen Befiges dienenden Rlagen und beziehungsweise des dem gegenwärtigen Besitzer gegen eine solche Rlage gewährten relativen Schutes betrifft, fo fann gang furg auf das in der Einleitung Gefagte verwiesen werden. Gine Sache geht rasch von Sand zu Sand und ce ist eben so schwer, im Berkehre die Gigenthumsverhältnisse zu erkennen, als im Processe, sich als Eigenthümer auszuweisen. Defhalb ift in keinem Rechtssysteme das Eigenthum völlig unabhängig von der faktischen Herrschaft über sein Object. Sierin liegt der Schlüffel zur Lehre von dem Besite, welche eben die Intereffen des Eigenthums und diejenigen des redlichen Berkehrs gleich= mäßig wahren und in billiger Beise gegen einander abwägen foll. Ein ähnliches Berhältniß zwischen der rechtlichen und der faktischen Berrschaft findet sich bei den Gervituten, doch sehr abgeschwächt und modificirt, außer dem Gebiete des Sachen= rechtes gar nicht.

Man mag daher immerhin von dem Besitze der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt oder der ehelichen Rechte spreschen; aber ein Bedürfniß oder auch nur die Möglichkeit, diesen Besitz mit dem Sachenbesitze in fruchtbarer Weise unter Eine

<sup>1)</sup> Von dem öffentlichen Rechte, in welchem allerdings der Besit Unwendung findet, habe ich hier natürlich nicht zu handeln.

Theorie zu bringen, bin ich nicht im Stande, zu erkennen. Heut zu Tage ist zwar nicht zu befürchten, daß die Frage aufgeworfen werde, ob das eheliche Recht oder die Person des Ehesgatten Gegenstand des Besitzes sei oder ob das interdictum unde vi Anwendung sinde, ungeachtet eine Chefrau nicht als res immobilis gelten könne. Duch wird weder ein Arzt, den man zu brauchen aushört, woch eine Köchin, welcher übliche Trinkgelder vorenthalten werden, daran denken, eine Besitzslage anzustellen. Dagegen bleibt aber auch für einen passenden Gebrauch des über seine natürlichen Grenzen hinaus erweiterten Besitzbegriffes sehr wenig Raum übrig.

#### S. 7.

Der französische Code civil definirt in Art. 2228 den Besit so weit als immer möglich: La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous même ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. Diese Definition ist unverändert in alle Gesethücher der westlichen Schweiz übergegangen (Waadt, 1637. Wallis, 1986. Neuenburg, 1782. Freiburg, 425. Teffin, 1194.4) Unschüt, in seiner Ausgabe von Zacharia's französischem Civilrechte (Bd. I, S. 442, Note 4), bemerkt mit Recht, daß Art. 2228 den Besit von Sachen und den Besitz von Rechten in Ginem Sate, nicht aber in Ginem Dieser Art. 2228 findet fich im Begriffe zusammenfasse. Tit. XX, der von der Préscription handelt. In der Präscription find durch eine gewiß ganz verwerfliche Abstraction die von Grund aus verschiedenen Institute der Ersitzung und der Rlag= verjährung zu dem allgemeinen Begriffe der Berjährung als ber Beränderung von Rechten durch den Ablauf einer

<sup>1)</sup> Brune, 240.

<sup>2)</sup> Bruns, 400. Hommel rhaps. qu. 489.

<sup>3)</sup> Hommel rhaps. qu. 502.

<sup>4)</sup> Von Genf spreche ich nicht besonders, da dort die französische Gesetzgebung als Ganzes in Kraft besteht und bloß durch Specialgesetze modificirt ist. — Unter der Westschweiz begreife ich der Abkürzung wegen auch Tessin.

gewissen Zeit verdünnt und verflüchtigt. In diesem Zu= sammenhang mußte dann naturlich auch der Begriff des Befites auf entsprechende Weise generalifirt werden. Doch hat derselbe über das Sachenrecht hinaus eine außerordentlich geringe Trag= weite. Einzig in der Lehre von der Che (Art. 195 und 196) und von der väterlichen Gewalt (Art. 320 f.) ist von dem Rechtsbesit als von einer possession d'état die Rede. Besit des ehlichen Standes wird von den frangosischen Juriften 1 als eine réunion de circonstances bezeichnet, qui prouve l'état des époux. Diese Umstände sind: nomen, tractatus (!), sama. Die Frau hat den Namen des Mannes, mit dem fie lebte, getragen; sie ist von ihm als Gattin behandelt worden; sie hat als solche in der Gesellschaft gegolten. Deffenungeachtet gilt die Berbindung bloß als Concubinat, wenn nicht die Tranung hinzugekommen ift. Dagegen wird die Wirkung der Trauung, wenn auch irgend welche Formen bei Abfassung des acte de célébration du mariage verlett worden sein sollten, durch die binzukommende possession d'état in der Art verstärkt, daß die Trauungs=Urfunde von den Chegatten nicht mit der Nichtig= feitoflage angefochten werden darf.

Der Besitz des Standes eines ehlichen Kindes wird analog der possession d'état eines Ehegatten durch ein geuügendes Zusammentreffen von Thatsachen, welche auf das fragliche Verhältniß hinweisen, begründet. Der constante Besitz des Status hat die gleiche Wirkung wie ein den Civilstands-Registern entnommener Geburtsaft. Wenn dieser urfundliche Titel und der Besitz zusammentreffen, so bilden diese beiden Momente zusammen einen Beweis für den Status, welchen Niemand ansechten darf.

Dagegen die possession d'état d'ensant naturel ist besteutungsloß, indem die Rechte, welche das Gesetz den natürslichen Kindern zuschreibt, nur dadurch, daß der Bater sie als solche in gehöriger Form anerkennt, erworben werden können.

Alle diefe Gate find nichts anderes als Beweisregeln,

<sup>1)</sup> Commentar von Rogron zu Art. 195.

welche nicht aus der Natur des wahren und eigentlichen Besitzes, sondern aus dem Wesen der betreffenden Rechtsinstitute (der Ehe, der ehelichen und der außerehelichen Vaterschaft) und aus der Theorie des Civilprocesses zu erklären sind. Jene Regeln sinden sich mit einigen Modificationen auch in den westschweizerischen Gesethüchern (Waadt, S. 102. 269 f. Wallis, 121—123, 125. Neuenburg, 137 f. 225 f. Freiburg, 156 f. Tessiung dieser Materie, da dieselbe der Besitzlehre fremd ist und ins Familienrecht gehört.

ការស្រាស់ ស្រាស់ មិនក្រុម មាន ស្រាស់ ស្រ

Das öftreichische Gesethuch beschränkt zwar den Besgriff des Besitzes auf Sachen. Da aber nach §. 285 Alles Sache genannt wird, "was von der Person unterschieden ist und zum Gebrauche der Menschen dient", und da diese sonderbare Definition neben den körperlichen Sachen auch alle möglichen rechtlichen Besugnisse als unkörperliche Sachen umfaßt?), so hat auch der Begriff des Besitzes von selbst einen entsprechenden Umfang.

Dem östreichischen Gesetzbuche folgen im Wesentlichen die Gesetzücher der Mittelschweiz.3)

Einzig Solothurn versteht unter den Sachen bloß "äußere Gegenstände" (\$1649), d. h. Grundstücke und Mosbilien (\$1653), und beschränkt den Begriff des Besitzes auf das Gebiet des Sachenrechtes (Sachen und Dienstbarkeiten, \$8.665.666).

<sup>1)</sup> S. 309: Wer eine Sache in seiner Macht ober Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Bestyer.

<sup>3)</sup> S. 312: In den Bestt unförperlicher Sachen oder Rechte kommt min durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen.

<sup>3)</sup> Bern, S. 332: Jeder Gegenstand eines Rechts, der nicht felbst rechtsfähig ist, heißt Sache. S 350: Die Inhabung von Rechten (wird) durch die Ausübung derselben erworben. Luzern, SS. 200. 222, wörtlich wie Bern. Aargau, S. 413: Alles was Gegenstand eines Rechtes oder rechtlicher Handlungen sein kann heißt Sache.

Dem gleichen Spftem huldigt das einzige zur Zeit in der Oftschweiz bestehende Gesethuch, nämlich das Burcherische. Den Begriff "Sache" zu befiniren, ift mit gutem Grunde unterlassen worden. Singegen ergiebt sich aus dem ganzen Inhalte des Sachenrechtes, daß dasselbe nur forperliche Gegen= stände beschlägt. Im §. 484 wird zwar gefagt, "es seien unter "dem Ausdruck bewegliches Gut oder fahrende Sabe in "der Regel nicht bloß alle beweglichen Sachen im eigentlichen "Sinne des Wortes, sondern auch das ganze dem Berkehr an-"beimfallende in Rechten (Forderungen und Schulden!) be-"stehende Bermögen, mit Ausnahme des Gigenthums an Liegen= "schaften und deren Zubehörde und anderer selbstständigen activ "oder paffin mit Grundftucken verbundenen Rechte, sowie der "Wafferrechte, zu verstehen." Aber es ist jener Ausdruck, wie das Gefet felbst flar genug andeutet, nichts Underes als eine in uneigentlichem Sinne gebrauchte Collectivbezeichnung, welche dazu dient, die Aufzählung der einzelnen durch dieselbe umfaß= ten Bermögensbestandtheile zu ersparen. Die einzelnen Obliga= tionen find im Sinne des Gesetzes durchaus keine Sachen.

Der Besitz zerfällt in den Besitz von Sachen (§. 488) und den Besitz von Rechten (§. 529). Der Besitz von Rechten bezieht sich aber bloß auf Dienstharkeiten und ans dere Realrechte.

Es scheint mir diese Beschränkung mit der engern Fassung des Begriffes Sache, welche lettere gegenwärtig allgemein gestilligt wird, Hand in Hand zu gehen, und ich erblicke darin einen Vorzug der Solothurnischen und Zürcherischen Gesetzebung vor den übrigen schweizerischen Gesetzbüchern.

#### And made to Tree. Hands to 8.199 about to.

Bei dem Sachen besitze, mit welchem ich mich von nun an allein beschäftigen werde, kommen zwei Momente in Frage: die körperliche Herrschaft über die Sache und der Wille, diese Herrschaft für sich gleich einem Eigenthümer zu üben (der

<sup>1)</sup> Diese Parenthese ist ungenau redigirt. Sie follte lauten: "(mit Inbegriff ber Forderungen und Schulden)."

f. g. animus domini 1). Wer eine Sache in fremdem namen inne hat, dem wird von den Römern nicht Besit, sondern bloße Detention zugeschrieben. Gine Ausnahme bilden die Fälle des f. g. abgeleiteten Befiges2), von denen und ein= gig das Berhältniß des Fauftpfandgläubigere intereffirt. Es folgt beinahe mit logischer Nothwendigkeit aus dem Wefen bes Faustpfandrechtes, daß nicht der Schuldner, der dasselbe bestellt, oder irgend ein Dritter (Eigenthumer des Pfandes), der die Berpfändung bewilligt hat, sondern der Gläubiger als Besitzer behandelt werden muß, immerhin naturlich in der Meinung, daß mit hinsicht auf die Usucapion dieser Besitz birect dem Berpfänder und nur indirect dem Pfandgläubiger zu Statten fommt. Nach unferer modernen Unschauungsweise wäre wohl der Nießbraucher mit dem Pfandgläubiger auf eine Linie zu stellen, indem es und einfacher und natürlicher vor= fommt, ihm corporis possessio und nicht juris quasi possessio zuzuschreiben.

Im Nebrigen scheint mir die Römische Distinction zwischen Besit und Detention innerlich wahr und dem praktischen Bestürsnisse der Gegenwart vollkommen adäquat zu sein. Dagegen wollen Delbrück3) und Bruns4) umgekehrt den Besitz des Faustpfandgläubigers als juris quasi possessio aufgefaßt wissen. Bruns anerkennt bloß das Innehaben mit animus domini als Besitz; die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes saßt er als bloße Detention auf.5) Blunschli hinwiederum schreibt Jedem Besitz zu, der ein eigenes Interesse an der Macht über die Sache hat.6) Dieser Streit hat im Grunde mehr

<sup>1)</sup> Die Streitfrage über die Angemessenheit dieses nicht in den Quellen vorkommenden Ausdrucks (Böcking, Institutionen, S. 123, Note 7, Bring, Pandekten, 63 u. s. f.) kann ich hier füglich auf sich beruhen lassen.

<sup>2)</sup> Das Züricher Gesetz braucht in §§. 490. und 643 ben Ausbruck "absgeleiteten Besitz, absgeleiteten Besitz, Duasi-Besitz und Detention umfaßt.

<sup>3)</sup> S. 327.

<sup>4)</sup> S. 480, Note 1.

<sup>5) 6. 472.</sup> 

<sup>6)</sup> Deutsches Privatrecht, §. 56.

eine theoretische als eine praftische Bedeutung; ja man möchte fast sagen, er drehe sich bloß um Worte. Db man das Berhältniß des Miethers Miethebefit oder Detention, dasjenige des Faustpfandgläubigers abgeleiteten Besitz oder Detention nenne, ift ziemlich gleichgültig. Gang von felbst verfteht es fich, daß auch der Detentor gegen unbefugte Gewalt fich vertheidigen und wegen Störungen, in denen ein Delict liegt, eine perfonliche Rlage gegen den Störenden anftellen fann und daß umgekehrt die Usucapion und der Erwerb der Früchte nur dem Eigenthumsbesitzer zu Statten fommt. Db die dingliche Klage von dem Detentor in eigenem Namen oder bloß im Namen des Eigenthumsbesitzers angestellt werden konne 1), ist eine untergeordnete Frage, da ihr Interesse jedenfalls identisch Für das Berhältniß zwischen dem Eigenthumsbefiger und seinem Stellvertreter ist natürlich der Pfandvertrag, "Mieth vertrag u. f. firmaßgebend, und die Detention bildet bloß mögs licher Weise einen Unhaltspunkt für die Interpretation.

Wenn gegen den Detinenten die Eigenthumsflage angestellt wird, so tritt derjenige, für welchen er die Sache detinirt, in den Process ein.

Gegen die in das Züricher Privatrecht (§§. 488. 490. 516.) übergegangene Distinction zwischen Eigenthumsbesitz; Besitz dessen, der keinen animus domini, aber ein eigenes Interesse an der Sache hat, und Detention ohne ein solches Interesse habe ich immerhin einige Bedenken zu äußern. Diese Distinction würde sich harmonischer an den deutschrechtlichen Besitzesschutz anschließen; zu den Interdicten und der Publiciana des Nömischen Rechts, die nun im Zürcherischen Gesetzbuch Aufnahme gefunden haben (§§. 501—508. 516 f.), paßt sie nicht gut, und ihre Anwendung auf die Lehre vom Titel (Commentar zu §. 495.) scheint mir geeignet, Berwirrung hinein zu bringen. Ich kann mich für meine Ansicht wenigstens theilweise auf Arndts beziehen, welcher in seiner Recension des Züricher Gesetzbuches (Kritische Ueberschau, I, 355) sich folgendermaßen ausspricht:

<sup>1)</sup> Delbrüd, 285. de marte andre albiffen ? !

"Unbedenflich ift es wohl, jedem Innhaber als solchem "das Recht der Selbstwertheidigung gegen Gewalt beizulegen, "noch viel mehr also Anspruch an obrigfeitlichen Schutz gegen "beabsichtigte Gewalt. Beides ift ihm auch nach gemeinem "Recht nie verfagt gewesen. Aber die Besitztlagen in ihrem "ganzen Umfang und mit ihren eigenthümlichen nähern Be-"stimmungen auf alle Fälle des Inhabens anzuwenden, scheint "weder Bedürfniß noch auch nur angemessen." Auch macht Urndts mit Recht darauf aufmerksam, wie subtil die Unter= suchung der Frage ift, ob 3. B. dem Depositar ein selbst= ständiges Interesse an dem Innehaben der deponirten Sache zutomme, ob er also als Besitzer oder ob er gleich dem Dienst= boten bloß als Detentor zu behandeln fei. Blunschli felbst fant das Berhältniß des Depositars zu den deponirten Sachen im Commentar zu dem Züricher Gesetze (8. 490) als bloßes Ennehaben, im deutschen Privatrechte (I, S. 56) als Befit auf. Wast möchte ich diesen allzu feinen Unterscheidungen gegenüber dem etwas roben, aber sehr handlichen Berfahren der Eng= länder den Borzug geben, welche alle und jede Fälle eines Innehabens in fremdem Ramen (in auter droit) unter dem Musdrucke bailment zusammenfassen und dem Detentor (bailee) Befit, ja fogar qualificirtes Eigenthum gegenüber aller Welt, nur nicht gegenüber demjenigen; deffen Stellvertreter er ist (dem bailor), einräumen.1) (Das ältere englische Recht hin= gegen unterscheidet zwischen Besitz und Detention in einer Beise die fich nur aus dem damaligen Ginflusse des Römischen Mechts erklären läßt.2)) Blackstone, II, 396.

<sup>2)</sup> Sehr auffallend ift es, daß nach Glanvilla (lib. 10, c. 10) ber Pfand= gläubiger, wenn er die Gewere verliert, dieselbe nur durch das Mittel des Berpfänders wieder erlangen fann, indem ihm felbst feine directe Rlage gu: geschrieben wird. Wenn ber Berpfander ben Pfandgläubiger entwehrt, fo hat der Lettere keine dingliche Klage; fondern er muß zu der Schuldklage feine Zuflucht nehmen (Reeves, I, 164). wie er ist at geben is a school

#### **S.** 10.

Das östreichische Gesethuch') unterscheidet zwischen Detention und Besitz im Wesentlichen im Sinne des Römischen Rechts. Winiwarter in seinem Commentar zu §. 309 führt unter den Fällen des bloßen Innehabens den Depositar, Bestandnehmer und Pfandgläubiger nebeneinander an. Dieß ist aber kaum richtig, da der Besitz eines Pfandes nach §. 312 als juris possessio aufzusassen ist.

Bern weicht von Deftreich (§. 309) nur darin ab, daß in die Definition des animus domini die Worte "auf irgend eine Weise" eingeschoben sind.2) Wenn bloß der citirte §. 349 vorliegen wurde, so konnte man auf dieses Einschiebsel keiner= lei Nachdruck legen, und es wäre dasselbe als gleichbedeutend mit "rechtmäßig oder unrechtmäßig, redlich oder un= redlich" aufzufaffen, so daß das Aufnehmen oder Weglaffen jener Worte den Sinn unberührt laffen wurde, da für den Begriff des animus domini und beziehungsweise des Besithes justa causa und bona sides gleichgültig sind. Siemit könnte der anderswo (z. B. SS. 362. 371) vorkommende Ausdruck "ein Besitzer jeder Urt", d. h. rechtmäßiger, unrechtmäßiger, red= licher, unredlicher Besitzer (§. 353 f.), gang leicht in Zusammen= hang gebracht werden. Dieser Auslegung fteht aber entgegen, daß in §. 353 der Titel als ein Grund bezeichnet wird, der es dem Besitzer rechtlich möglich mache, den Besitzgegenstand "in derjenigen Sinficht, in welcher er den Besitz ausübt," ju dem Seinen zu gablen. Schnell, in seinem Commentar zu §. 349 (1, 25), erläutert die Worte "auf irgend eine Weise zu dem Seinen zu zählen", indem er beifügt: z. B. der Eigenthumer, Nutungsberechtigte, Pfandgläubiger 2c." Die Wiffenschaft hat

<sup>1)</sup> S. 309: Wer eine Sache in seiner Macht ober Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

<sup>2) §. 349:</sup> Die physische Möglichkeit über eine Sache zu verfügen, heißt Inhabung, und wenn sie mit der Absicht verbunden ist, die Sache auf irgend eine Weise zu dem Seinen zu zählen, Besit.

diese Beispiele zu dem allgemeinen Begriffe zusammengefaßt: "Die Absicht, eine Sache, sei es als Eigenthum, sei es als Gegenstand anderer dinglicher Berechtigungen, zu beherrschen (Leuenberger, I, 387)." Demgemäß wäre in S. 349 durch die Worte "in irgend einer Weise" der Begriff des Besitzes so erweitert, daß er auch den QuasizBesitz in sich schließen würde, und es müßte unter Inhabung nicht die Detention im Gegensaße zum Besitz, sondern dasjenige Merkmal des Besitzes, welches die Römer corpus nennen, verstanden werden, während dann in S. 352 der Ausdruck wieder in der erstern Bedeutung gebraucht wird. Eine materielle Verschiedensheit zwischen dem östreichischen und dem bernerischen Gesetze ist übrigens keineswegs vorhanden, da auch nach dem erstern der Begriff Besitz die juris quasi possessio in sich schließt.

Lugern hat in S. 221 1) ben S. 349 Bern mit einer Beränderung, welche bloß die Redaction betrifft, adoptirt. Auch führt Pfpffer zur Erläuterung der Worte "in irgend einer Beise" gang die gleichen Beispiele an wie Schnell. In einer neuern Abhandlung?) interpretirt hingegen Pfpffer den S. 221 fogudage der Begriff des Besites wie in Burich and das Berhältniß des Miethers, Entlehners u. f. f. um= faffen wurde. Dies will mir nicht einleuchten. Sch fann doch nicht wohl eine gemiethete oder entlehnte Sache zu meinem Bermögen gahlen. Auch findet fich bei der Bergleichung des öftreichischen Gesethuches mit Bern und Lugern nicht eine Spur, daß diese sich den Gegensatz zwischen Besitz und Des tention anders gedacht haben als lienes. Wielmehr fläßt sich den SS. 352 Bern und 224 Lugern, welche den SS. 318 f. Dest= reich entsprechen, mit ziemlicher Bestimmtheit Das Gegentheil entnehmen, fo daß nach meinem Dafürhalten mit hinsicht auf

<sup>1)</sup> S. 221: Der Zustand, in welchem Jemand eine Sache in seiner Macht oder Gewährsame hat und sich in der physischen Möglichkeit besindet, über diesselbe mit Ausschließung Anderer zu verfügen, heißt Inhabung, und wenn diese mit der Absicht verbunden ist, die Sache auf irgend eine Weise zu dem Seinen zu zählen, Besth.

<sup>2)</sup> Zeitschrift ber juristischen Gesellschaft bes Kantons Luzern. Zweite Lieferung, 1858. S. 2.

die Bestimmung der fraglichen Begriffe eine vollständige Uebereinstimmung zwischen allen diesen Gesehen besteht.

Solothurn) hebt bei der Definition des Besites bloß das körperliche Moment hervor und geht über die Frage; wie der Wille beschaffen sein müsse, mit Stillschweigen hinweg. Es ist dieß gewiß nicht zu loben, und est kann überhaupt der von dem Besitze handelnde Titel des Solothurnischen Gesetze buches den ältern Gesetzen gegenüber kaum als eine Verbesserung anerkannt werden.

Margau scheint auch die bloße Detention als Besitz zu bezeichnen.2) Doch ist vielleicht in \$. 447 bloß von dem Berhältnisse des Pfandgläubigers und Nießbrauchers die Rede. Bei der außerordentlichen Kürze — ich möchte fast sagen Leere — des Aargauischen Gesetzbuches ist es überhaupt oft sehr schwer, den Sinn desselben zu errathen.

## The latter f is the first of f . It is a close that the first of the first of f

Naganische Gesethuch (das letztere jedoch etwas weniger scharf und bestimmt) stellen den Besitz geradezu unter die dingslichen Rechter, während derselbe von dem Zürcherischen und Solothurnischen Gesetzgeber gewissermaßen im allgemeinen Theile des Sachenrechtes untergebracht worden ist. Bom Standpunkte der römischen Jurisprudenz aus betrachtet muß allerdings die Auffassung des Besitzes als eines dinglichen Rechts verworsen werden. Inders aber verhält es sich, wenn man nach der deutschen und inodernen Anschauungsweise im Besitze ein prässumtives Eigenthum erblickt und ihn mit einer dinglichen Klage schützt. So sagt z. B. Calame (Coutume Neuchâteloise, 52): Droit réel: pouvoir reconnu dont l'objet est une chose et

Enricement, 18 - 2.

<sup>1)</sup> S. 665: Der Besitz einer Sache wird durch diesenigen Handlungen erworben, durch welche ste in die Gewalt oder den Gewahrsam von Jemanden gelangt.

ihm darauf eingeräumten Rechtes nicht besugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurückzubehalten.

<sup>3)</sup> Leuenberger, I, 395.

qui affecté cette chose tellement, qu'il la suit en quelques mains qu'elle passe. La possession jouit jusqu'à preuve du meilleur droit d'une garantie provisoire, qui lui donne à elle même, dans certaines llimites, le caractère du droit réel. Ich werde später bei Besprechung der Qualificationen des Besitzes auf diesen Puntt zurück kommentagen.

of marger a miver continue substitute in the more what

Der französische Code civil definirt in Art. 2228 den Bessitz for daß er mit der Detention zusammen zu fallen scheint (La possession est la détention d'une chose). In allen einzelnen Anwendungen aber siste nur vom eigentlichen Besitze à titre de propriétaire die Rede. Frei d'erflärt geradezu: die Detention somme als Quelle von Besitzslagen nicht in Betracht. Auch Zachariä?) verbindet mit der Detention nur zwei juristische Wirfungen: die Besugniß des Inhabers, a) sich gegen unbesugte Gewalt zu vertheidigen und b) die Sache wegen eines debitum cum re conjunctum zurück zu behalten. Das Retentionsrecht gehört aber nicht einmal hieher, dares ja nichts Alnderes als eine Form der exceptio doli ist und aus der Natur des obligatorischen Verhältnisses hersließt.

Bom Nutnießer sagt Zacharia (Bd. II. S. 15), er könne alle petitorischen Klagen anstellen, die dem Eigenthümer zustehen, indem er procurator domini, sed in rem suam sei.

Die Gesethücher der westlichen Schweiz (Waadt, Wallis, Neuenburg und Tessin) stimmen mit dem französischen Rechte durchaus überein. Actere Quellen fassen Detention und Besitz unter dem Ausdruck possession zusammen, z. B. (Boyve) Lois et Statuts du pays de Vaud, Theil II. Tit. 15: Nul possesseur... ne pourra, ni devra être dépossessionné sans clameur et connoissance de Justice, exceptés les usufructuaires ou leurs héritiers passé le temps de l'usufruit, les fermiers, locataires, grangeages étant expirés etc.

<sup>1)</sup> Lehrbuch des französischen Civilrechts, I. 318.

Immerhinigiebt es eine Ansicht, welche gestütt auf Art. 1743 dem Bächter Besitz zuschreibt.

Die Freiburgische Gesetzgebung muß hier besonders her= ausgehoben werden, weil sie das frangofische und das öftreichische Recht in eigenthümlicher Weise combinirt. Freiburg entlehnt die Definition des Besitzes (8. 425) dem Urt. 2228 des frangofischen Code civil, erganzt aber Dieselbe durch Aufnahme des Mertmals à titre de propriétaire (La possession civile . . . . est la détention ou la jouissance à titre de propriétaire, d'une chose ou d'un droit etc.). Dem Eigenthumsbefiger werden die= jenigen gegenüber gestellt, equi détiennent la chose d'autrui ou pour autrui (§§. 430-433). Die §§. 426 u. 427 enthalten die in feinem andern Rechts-Spfteme ) fich findende Borschrift. daß der Besit weder heimlich noch gewaltsam erworben werden fönne, sondern erst dann beginne, lorsque la violence ou la clandestinité ont cessé. Als Detention wird aber die gewaltfam oder heimlich erlangte phyfische Berrschaft über eine Sache immerhin aufzufaffen und demnach unter den Schut der \$\$. 444 und 459 (entsprechend den \$\$. 360 und 371 Bern) au ftellen fein.

Freiburg faßt die den Besit betreffenden Vorschriften (ähn= lich Zürich und Solothurn) in einem den dinglichen Rechten vorangehenden Titel zusammen, während die übrigen Geset; bücher der westlichen Schweiz diese Materie in den von der Verjährung handelnden Abschnitt verweisen.

# II. Die Qualificationen (Arten) des Besitzes.

1. Ideeller und reeller Befit.

ુતાર કેમાં આવેલું અસ્તિનું કેમ જિલ્લા કે કે**. 13.** જોલા છેલું કેમાં માન કે માનુ

Das Zürcherische Gesethuch stellt in verschiedenen Paragraphen den reellen Besitz dem ideellen und sogar das

<sup>1)</sup> Die Eigenthümlichkeit betrifft übrigens fast bloß die Definition und ben formalen Begriff des Besitzes, da in Freiburg die Detention eben so wirksam geschützt wird, wie anderswo der mit einem Fehler behaftete Besitz.

reelle Besitrecht dem itdeellen gegenüber, ohne die Bedeutung dieses Gegensates deutlich zu bestimmen (§8. 502. 518. 538). Für die Erwerbung des Befiges ift die Erlangung wirklicher, gegenwärtiger Berifchaft über die Sache erforderlich. Für die bloge Tefthaltung des einmal erworbenen Besites genügt es, daß die Doglich feit, jene Berrschaft aus= gunben, nicht definitiv verloren fei. In Diefem Ginne fann gesagt werden: Retinere animo possessionem possumus, adipisci non possumus. Ginen Befit nun, der in einem gegebenen Augenblick gewissermaßen solo animo retinetur, kann man füglich ideellen Besit nennen und demselben eine augenblicklich vorhandene förperliche Herrschaft als reellen Besit entgegen= feten. Wenn man diesem Gegenfate bloß die praftische Be= deutung beilegt, die demfelben in \$. 502 zugeschrieben wird, fo läßt fich gar nichts dagegen einwenden. ') Nur muß man fich hüten, das Berhältniß so aufzufassen, daß zwei Bersonen gleichzeitig Besither einer Sache sein konnen, indem die eine ideellen, die andere reellen Besit habe. 2) Der Commentar ju §. 502 könnte leicht so mifverstanden werden, als ob z. B. der Dieb reellen und der Bestohlene ideellen Besit habe, während der Berfaffer gewiß weit entfernt ift, diese dem klaren Buchftaben des S. 521 diametral zuwider laufende Behauptung aufftellen zu wollen. Selbst in dem Kalle des §. 525 ift ein Zusammentreffen von ideellem und reellem Besige durchaus nicht anzunehmen.3) Bielmehr hat hier der Gine ideellen, der Andere gar feinen Befit.

Ganz versehlt sind die in §§. 518 und 538 enthaltenen Vorschriften. Der Gegensatz zwischen ideellem und reellem Besitzrecht ist offenbar unlogisch. Jedes Besitzrecht ist ideell. Es sollte also in §. 518 ("diese Klage dient auch zum Schutze des

<sup>1)</sup> S. 502: Ist es streitig, welche Partei als gegenwärtiger Besitzer zu betrachten sei, so wird vorläufig dem der Vorzug gegeben, welcher zur Zeit den reellen Besitz hat 2c.

<sup>2)</sup> hiemit ift zu vergleichen: Delbrud, 104 f.

<sup>3)</sup> S. 525: Damit der Besit an einem Grundstücke verloren werde, genügt es nicht, daß ein Anderer sich desselben bemächtige, sondern es muß der bisherige Besitzer von dieser Beränderung Kenntniß erhalten und verfäumt haben, diese Herrschaft des Andern ohne Verzug zu beseitigen.

"ideellen Besitzrechtes z. B. des Erben; (\$, 493) und nicht bloß "bei Störungen des reehlen Besitzrechtes") statt Besitzrechtes heißen Besitzes, Es versteht sich aber so sehr von selbst, daß der s. g. ideelle Besitz ebenso gut zu schützen ist, wie der reelle, daß gar kein, Bedürfniß vorhanden ist, dieß hier ausdrücklich zu sagen. Bas speciell das Berhältniß des Erben betrifft, so besteht die Eigenthümlichkeit desselben bloß darin, daß der Erbe den Besitz erwirdt, ohne im Augenblicke des Erwerds körperliche Macht über den Nachlaß zu haben. Im lebrigen unterscheidet sich der einmalzer wordene Besitz von jedem unterscheidet sich der einmalzer wordene Besitz von jedem Mindesten.

Bollends bedenklich ist es, wenn in \$. 538 als Requisit der Erstzung vorgeschrieben wird, daß reeller Besitz zehn Jahre lang ununterbrochen vorhanden sein müsse, was kaum einen rechten Sinn hat. Bei der Erstzung beweglicher Sachen ist von der ununterbrochenen Fortdauer des reellen Besitzes nicht die Rede (\$. 642).

Jn einigen andern Gesethüchern der Schweiz sindet sich der Ausdrucks wirklicher Besith, "possession actuelle". So zu B. Freiburg S. 459 und 2129, Bern SS. 356, 368, Luzern S. 228. In alten diesen Stellen kann das Wort "wirklich" oder "actuelle" sehr gut weggelassen werden und es würde sogar durch diese Peränderung die Redaction nur gewinnen.

Wallis sagt in S. 800 von den rechtmäßigen Erben: sie treten unmittelbargin das Vermögen des Verstorbenen ein, "ob= "schon sie die Verlassenschaft noch nicht in reellen Vesitz ge= "nommen hätten."

vod mutich mus dens gi Gehlerhafter Beng. 216 3 ni oilo urfri

§. 14.

Der Besitz gilt als fehlerhaft, wenn die Handlung, durch welche er erworben worden ist, ihrer äußern Form nach rechts= widrig ist, gleichviel, wie der sie innerlich bestimmende Wille und die materielle Grundlage, auf welcher der Kampf um den Besitz geführt wird, beschaffen set.

<sup>1)</sup> Hiemit ist zuwergleichen: Savigny's System, III, 99-119.

Als rechtswidrige Formen des Besitzerwerbes bezeichnen die Römer die Gewalt, die Feimlichkeit und das Precarium. Unsere modernen Gesetzebungen halten dieses Schema fest. Doch zeigt sich ein gewisses Schwanken in der Ausdruckse weise, welches wohl auf Unklarheit in der Auffassung der bestressenden Begriffe hindeutet. Zürich bezeichnet in S. 494 den Besitz als sehlerhaft und unehrlich, wenn er "durch widersrechtliche Gewalt oder Arglist oder Mißbrauch des Bertrauens" erlangt worden ist. In S. 505 hingegen werden diese drei Fehler als "Gewalt, List oder Mißbrauch einer Bergünstigung" bezeichnet, und unter den höhern Begriff eines widerrechtslichen Besitzerwerbs zusammen gesaßt. Offenbar enthalten beide Stellen eine gleichbedeutende, nur im Wortlaut verschies dene Nachbildung des vi clam precario der Römer.

Biemlich schleppend drückt sich das östreichische Geseße buch aus: §. 345. "Wenn sich Jemand in den Besitz eindrängt "oder durch List oder Bitte heimsich einschleicht und das, was "man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Vers"bindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes "Recht zu verwandeln sucht, so wird der an sich unrechtmäßige "und unredliche Besitz noch überdieß unecht."

Es ist gewiß nur zu billigen, daß Bern und Luzern diese Definition einsach weggelassen und sich darauf beschränkt haben, das Klagrecht dessen, der durch "Gewalt, List oder den Mißbrauch einer Vergünstigung" aus dem Besitze verdrängt worden ist, näher zu bestimmen (Bern §. 371, Luzern, 235). Freiburg spricht in §. 459 von demjenigen, der par violence ou par dol aus dem Besitze verdrängt worden ist.

Solothurn geht über die Besitssehler mit Stillschweigen weg. Aargau bezeichnet als solche in den §§, 448 und 449 bloß List und Gewalt, während dann hingegen in der Bersjährungslehre (§. 851) nicht von Gewalt und List, sondern von heimlicher oder bittweiser Ausübung des Besitzes gesprochen wird.

Nach dem Code civil (Art. 2229) gilt als fehlerfreier Befitz: une possession paisible, publique non équivoque et à titre de propriétaire. Im Code de procédure civile hingegen (§§. 23—29) findet sich der Ausdruck: une possession paisible et à titre non précaire. Daß aber beide Bezeichnungen gleichtedeutend sind, ergiebt sich aus Art. 2236 C. c. (Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais. — Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire), zu welchem Rogron die Anmerkung macht: "Dans "notre droit on entend par possession précaire toute possession, qui n'est pas à titre de propriétaire." Die Gesetz gebungen der Westschweiz copiren den französischen Code civil wörtlich.

#### S. 15.

Das Römische Brecarium trägt einen streng positiven Charafter an fich. Es ift durchaus fein Bedurfnig vorhanden, Dieses Institut in unser Rechtsleben, dem es durchaus fremd ift, zu verpflanzen. ') Sätten wir nicht das Römische Recht vor Augen, fo mare gewiß Niemandem ein Ginn baran ge= fommen, das Precarium aus der Leihe auszuscheiden oder dasfelbe als eine Species der Leihe besonders hervorzuheben, wie dieß in Bern S. 745 u. Burich S. 1129 gefchehen ift.2) Ueberbaupt fam früher ein Brecarium bloß in der Lehre von den Gervituten zur Sprache, indem der Rlage aus dem Quafibesite die Ginwendung entgegen gehalten murde, daß der Beflagte die Benutung feines Gigenthums dem Rlager auf deffen Bitte bin ale wiberrufliche Bergunftigung gestattet habe, weghalb die von dem Kläger vermöge diefer Erlaubnig vorgenommenen Sandlungen nicht als Ausübung eines Rechtes betrachtet werden fönnen.

Es scheint den sammtlichen neuern Gesetzgebungen als bas

<sup>1)</sup> Bring, Banbetten, 87. Bangerow, S. 691.

<sup>2)</sup> Bern S. 745: "Ift bei Ueberlassung einer Sache zum Gebrauche "weder der Zweck noch die Zeit des Gebrauches bestimmt worden, so ist "dieses als eine bloße Bergünstigung anzusehen, die der Bergünstiger "willführlich ausheben kann." Wgl. Leuenberger, Borlesungen, I, 434.

dritte Glied der Trilggie vi clam precario die widerrechtliche Umwandlung der Detention in Eigenthumsbesit vorzuschweben 1) (etwas gang Anderes als die Weigerung des Precaristen, den ihm widerruflich verliehenen Besitz gurud zu geben). Ich fann mich aber nicht überzeugen, daß es gerechtfertigt sei, diese Form der rechtswidrigen Besitzergreifung neben der Gewalt und der Beimlichkeit oder Lift besonders hervor zu beben. Schon bei Cicero 2) findet fich eine Andeutung, daß alle Handlungen, die in ein fremdes Rechtsgebiet frankend eingreifen, ihrer Form nach in nicht mehr als zwei Kategorien zerfallen und diese Einthei= lung ist innerlich so febr gerechtfertigt, daß fie fich auch jest noch selbst bei oberflächlicher Betrachtung der dießfälligen Er= scheinungen gewiffermaßen von felbst darbietet. Bas speciell den Besitz betrifft, so besteht das oberste Princip darin, daß Niemand einen Andern ohne deffen Einwilligung oder vermöge der Autorität des Richters aus dem Besitze verdrängen darf. "Sans figure de justice on ne peut dépossessioner personne" fagt das alte Neuenburger Recht. 3) Nun springt es in die Augen, daß bei der gewaltsamen und bei der heimlichen Besitzergreifung von der Einwilligung des bisherigen Besitzers überall keine Rede sein kann, daß der Gewalt die Drohung und der Seimlichkeit die Lift im Wesentlichen gleich ftebt, indem ein durch Unwendung unsittlicher Mittel bestimmter Wille demjenigen, welcher sich dieser Mittel bedient hat, nicht zu Statten fommen fann. Die Umwandlung der Detention in Eigenthumsbesit geschieht immer hinter dem Rucken des durch diese Sandlung Bedrohten, also heimlich. Wenn ich daber eine Definition zu geben hatte, so wurde ich sagen: "der Besits-"erwerb ift fehlerhaft, wenn der frühere Besitzer zu demselben "gar nicht eingewilligt hat, oder wenn seine Einwilligung durch "Drohungen oder falsche Borspiegelungen erlangt worden ift."

<sup>1)</sup> Commentar zu S. 505 bes Züricher Gesetzes.

<sup>2)</sup> Cicero, de officiis, I, cap. 13. a. E. Cum autem duobus modis id est aut vi aut fraude fit injuria, fraus quasi vulpeculæ, vis leonis videtur.

<sup>3)</sup> Calame, 184. Ebenfo bie oben angeführten Statuten von Waabt.

Beiläufig bemerke ich noch, daß ein solcher Besitzerwerb, wenn er sich auf eine bewegliche Sache bezieht, wohl immer unter den Begriff irgend eines Berbrechens oder Verzgehens fällt (Raub, Erpressung, Diebstahl, Unterschlagung, Bestrug, unerlaubte Selbsthilfe).

# red 119ch 3. Titulirter oder rechtmäßiger Befig.

den mos arti in in ingme is 16.1 i frencesse

Justa causa und bona sides zusammen vereinigt, machen den Besit zur bonæ sidei possessio, d. h. sie dienen als Grundslage der Ersitzung, der Publiciana und des Fruchterwerbs. Jedes der beiden Momente vereinzelt genügt nicht; dem Besitze eine größere Wirksamseit zu verleihen, als er an und für sich hat. Die meisten neuern Gesetzebungen weichen hierin von dem Kömischen Rechte, von dem sie im Uebrigen abhängig genug sind, ziemlich willführlich ab, indem sie einen Besitz anenehmen, der bloß rechtmäßig oder bloß redlich, oder rechtmäßig und redlich zugleich ist. Ich habe daher zunächst von dem rechtmäßig en Besitze, d. h. von dem Besitze zu sprechen, dem ein tauglicher Titel zum Grunde liegt.

Besiden Römern bedeutet Causa einen Erwerbsgrund des Besites, der zugleich geeignet ist, Eigenthum zu begründen. Justa causa ist ein erlaubter Erwerbsgrund. (Eine gesetzlich verbotene Schenkung ist nicht justa causa). Wenn der Besitzer in einem entschuld baren Irrthum besangen glaubt, justa causa zu haben, während sie sehlt, so mag die justa causa erroris als justa causa possessionis gelten (Putativ=Titel). 3. B. Es schließt Jemand mit einem Wahnsinnigen einen Kausab, ohne Vessen Geisteszustand zu kennen.

Bergleichen wir diese Römischen Begriffe mit den in unsern Gesehen enthaltenen Definitionen, so sinden wir vorerst, daß ein bloßer Putativ=Titel nicht anerkannt wird. Einzig Tessin ih scheint in \$, 1207 einen solchen zuzulassen: La qualità di erede, di donatario, di legatario e simili attribuisce un giusto titolo

Dielleicht nuch Nargan S. 438.

rispetto alle cose comprese nell' eredita, donazione o legato, e che si credevano alla medesima appartenenti. Ungeri) betrachtet die Ausschließung eines bloßen Putativ-Titels als eine gerechtfertigte Abweichung von dem römischen Rechte, welches ja auch nur post magnas varietates dazu gekommen sei, der laxeren Unschauungsweise Eingang zu gestatten. Ich dagegen möchte umgekehrt bezweifeln, daß es wohl gethan he wefon fei, Die größere Berücksichtigung eines entschillbaren Grethums, zu welcher die Römer in naturgemäßer Entwicklung gelangt waren und die mir ganz im Geiste des modernen Rechts zur liegen icheint, wieder aufzugeben. ariden in ( and auso) est eine eine defendire ben Erffin, tift in Agunffelie

ร่าง อโก แต่ที่ กระการการกำลัก ค่อ \$. 17.0051 (ถ้าวิวัน และ กระการกม่าที่

Wenn Zürich in den SS. 495 und 539 als Grundlage des rechtmäßigen Besites "einen auf Besit erwerb gerichteten "und dafür tauglichen Rechtsgrund" bezeichnet, fatt von Gigenthums erwerb zu fprechen, fo beruht diefe fehlerhafte Redaction wohl auf einem bloßen Versehen. 2) Auch weisen die beigefügten Beispiele "Rauf, Geschent, Erbrecht" flar darauf bin. daß der Gesetgeber die verschiedenen Wege, auf denen Gigen= thum erworben wird, vor Augen gehabt hat. Der Commentar zu S. 495 bringt zwar auch die Verpfändung und den Mieth= vertrag als Titel des Pfandbesites und des Miethbesites zur Sprache. Es scheint mir aber diese Bermischung ganz ungleich artiger Berhältnisse geeignet, Verwirrung zu erzeugen. Der Titel hat ja nur Bedeutung für den Gigenthumsbesit und für den Quafibesit dinglicher Rechte, indem er der Ersitzung, der Publicianischen Rlage und dem Fruchterwerbe des gutgläubigen Besitzers als Stütze dient.

Destreich erläutert in §. 316 den Ausdruck gültiger Titel durch die Umschreibung gein zur Erwerbung tauglicher Rechtsgrund" und denkt dabei ohne Zweifel an die Erwerbung des Eigenthums. kai 197 hismann

Bern (8. 353) und Luzern (8. 225) definiren den gul=

to fundious ut is be promisted.

Beitschrift f. fcweig. Recht VIII. 1.

<sup>1)</sup> Deftreichische Viertelfahreschrift von Saimerl, I. 79 f. 2) Hiemit ift zu vergleichen: Arndte, fritische Neberschau, 1, 379. (1) 3

tigen Titel als "einen Grund, der es dem Besitzer rechtlich "möglich mache, den Besitzgegenstand in derjenigen Sinsicht, in "der er den Besitz ausübt, zu dem Seinen zu zählen", d. h. als einen Grund für den Erwerb des Eigenthums oder eines dinglichen Rechts.

In Solothurn (s. 673) gilt derjenige Besitz als recht= mäßig, "der auf gültige Art erworben ist."

Aargau S. 438 und die westschweizerischen, dem französischen Code solgenden Gesethücher desiniren nur den riedelichen, nicht den rechtmäßigen Besitz, la possession de bonne soi. 1) Sie nähern sich hierin dem römischen Rechte. Es gilt dieß ganz besonders von Tessin, dessen Begriffsbesstimmungen (§S. 1193, 1206—1208) besser redigirt sind als die der übrigen Gesetzebungen. In S. 1193 werden die drei verbundenen Momente il possesso, il giusto titolo e la buona sede als Grundlage der Ersitzung sestgestellt und es bezeichnet so dann S. 1206 das Wesen des tauglichen Titels ganz richtig als una delle cause atte a trasserire il dominio. Hiemit stimmt die Freiburgische Definition<sup>2</sup>) überein.

### §. 18. An interpretation which

Destreich (§. 380), Bern (§. 413) und Luzern (§. 264) stehen noch unter dem Einflusse der Theorie, welche den Erwerb aller dinglichen Rechte auf zwei Erfordernisse, titulus und modus acquirendi zurücksührte. So versehlt und unbrauchbar auch diese Distinction sein mag³), so hat sie doch viel weniger

<sup>1)</sup> Es ist zwar in Art. 550 bes französischen Code vom possesseur de bonne soi und in Art. 2265 von bemjenigen die Rede, qui acquiert de bonne soi et par juste titre un immeuble; aber der ganze Unterschied zwischen beiden Stellen besteht bloß darin, daß in Art. 550 ein mangele hafter Titel zur Begründung der bonæ sidei possessio genügt, während in Art. 2265 das Moment der justa causa strenger genommen wird (unten §. 22).

<sup>2)</sup> S. 437: un juste titre, c'est à dire, une cause qui peut servir de fondement à la propriété.

<sup>3)</sup> Unger, öftreichisches Privatrecht, II, 11. Bangerow, S. 305 und die dort citirten Schriftsteller.

Schaden gestiftet als die Unklarheit darüber, was denn eigent= lich unter der Tauglichkeit oder Gültigkeit des Titels zu verstehen sei.

Sch kaufe eine Sache. Der Rauf ist durchaus gultig und rechtsbeständig. Deffenungeachtet werde ich nicht Eigenthümer des Raufsobjects, weil mein Verkäufer felbst kein Gigenthum daran gehabt hatte. Oder: ich occupiere die von einem Andern derelinguirte Sache, erwerbe aber doch das Eigenthum derfelben nicht, weil sie einem Dritten gehört. Bildet nun im erstern Falle das Eigenthum des Auctors und im lettern Falle das Eigenthum des Derefinguenten auch einen Bestandtheil des Titeld? 2) Ift der Titel untauglich, weil er mir das Eigenthum in der That und Wahrheit nicht verschafft hat? Diese Fragen find nicht nur wegen der Autorität des römischen Rechts, son= dern wegen der Natur der Sache durchaus zu verneinen, indem fonft die ganze Lehre vom rechtmäßigen Befit gar keinen Ginn mehr hätte. Ein tauglicher Titel wurde ja immer Eigenthum verschaffen; rechtmäßiger Besitz und Eigenthum wären identisch und für die Erfitung und die Bublicianische Rlage würde fein Spielraum mehr übrig bleiben.

Bon diesem Standpunkte gehen auch unsere Gesetze aus, aber sie halten denselben nicht mit vollem Bewußtsein und genügender Consequenz fest und aus dem dießfälligen Schwansken ergiebt sich ganz besonders für die Lehre von dem redzlichen Besitze eine unheilvolle Verwirrung, wie unter dieser Rubrik (§§. 22 u. f.) gezeigt werden wird.

Hern S. 353 und Luzern S. 225 unter den Beispielen eines tauglichen Titels, deren Auswahl unter dem Einflusse der im Eingange dieses Paragraphen erwähnten fehlerhaften Theorie

layed Mindles to t

<sup>1)</sup> Die Gesetzessprechen bald von einem tauglichen, bald von einem gültigen Titel (z. B. Zürich, SS. 1495. 1496. 1498), ungeachtet diese beiden Ausdrücke keineswegs gleichbedeutend sind.

<sup>2)</sup> Bei Sachen, die ihrer Natur nach offenbar einen Eigenthümer gehabt haben mussen, gehört zwar die Dereliction, aber nicht die Herrenslofigkeit zum Titel (l. 4. und l. 6. Dig. 41, 7). Demgemäß bedarf der Commentar zu S. 497 des Züricher Gesehes wohl einer Berichtigung.

überhaupt ziemlich unglücklich ausgefallen ist, "die Willenss"erklärung des frühern rechtmäßigen Besißers" aufgesührt wird. Hier spuckt die Vorstellung, daß auch das Eigenthum des Auctors einen Bestandtheil des Titels bilde. Leuen berger (Vorlesungen I, S. 405) hat schlagend nachgewiesen, daß entweder das Wort rechtmäßig en oder das ganze Kapitel über die Ersitzung ausgestrichen werden müsse. Auffallend ist es nur, daß Leuen berger (ib. S. 106 unten) im Widerspruch mit seinem eigenen bündigen Raisonnement denjenigen, der "in guten "Treuen von einer unverdächtigen Person ein Pferd kauft und "solches nach dem landesläusigen Preise bezahlt" nur für einen redlichen, nicht aber für einen rechtmäßigen Besißer zu halten scheint, wenn der Verkäuser das Pferd gestohlen hatte.

Noch klarer tritt jene falsche Vorstellung in dem freis burgischen Gesetze, welches den §. 352 des bernischen Gesetzes copiert hat, zu Tage (§. 437. La possession est légitime, si elle repose sur un juste titre..., comme... une vente, une donation ou un legs du véritable propriétaire).

#### S. 19.

Fast alle Gesetze der Schweiz führen als Beispiele eines tauglichen Titels das gerichtliche Urtheil und die Erbfolge an. Die Bedeutung des gerichtlichen Urtheils ist im gemeinen Recht bekanntlich bestritten. Was die Erbfolge betrifft, so ist die usucapio pro hærede in sehr enge Grenzen eingeschlossen. Der Erbe tritt mit Hinsicht auf die Erstung und das Recht, die Publiciana anzuheben, an die Stelle des Erblassers. Hatte der Erblasser die Sache gekauft, so usucapiert auch der Erbe pro emtore, nicht pro hærede; war der Besitz des Erblassers zur Usucapion nicht geeignet, so usucapirt auch der Erbe nicht.

Auch im deutschen Rechte ist die Gewere des Erben immer nur die des Erblassers, 1) und nur insofern von Wichtigkeit, als eben die Behauptung des Erwerbers durch Erbfolge die Behauptung einer ältern Gewere in sich schließt. 2)

<sup>1)</sup> Albrecht, Gewere, 106.

<sup>2)</sup> Delbrück, 60.

Unsere Gesetze stehen also, indem sie die Erbsolge als selbsständigen Titel hinstellen, mit dem römischen sowohl als mit dem deutschen Rechte in Widerspruch.

oliving) - also and halo such \$.220. a cress room in a contrast of D

Wer sich auf bonæ sider possessio stütt, muß nach ro= mischem Rechte den Titel beweisen, was gang den allgemeinen Regeln über die Beweislast entspricht; hingegen die bona sides wird vermuthet. Ich kann diese Vermuthung nicht aus einem Jedermann zustehenden natürlichen Rechte, für redlich gehalten zu werden, herleiten ') Wenn es gestattet ware, die præsumtio boni viri auf diese Weise in das Gebiet des Privatrechts hin= über zu tragen, so mußte man wohl einen Schritt weiter geben und auch die Eristenz eines tauglichen Titels präsumiren. Es scheint mir aber, daß man die Urt und Weise, wie die Römer die Beweislast vertheilen, sehr wohl erflären kann, ohne zu irgend einer Bräsumtion feine Zuflucht zu nehmen. Man kann offenbar von dem Besitzer blog verlangen, daß er die Art und Weise, wie er den Besitz erworben hat, dem Richter vor Augen führe. Sein Inneres, fein Bewußtsein kann er nicht bloß= legen. Es genügt, daß er den äußern Hergang constatirt. Aus den dieffälligen Umständen wird dann der Richter von felbst über die bona oder mala sides sich ein Urtheil bilden können, welches natürlich zu Ungunften des Besitzers ausfallen fann, wenn diefer 3. B. einen unverhältnigmäßig niedrigen Preis bezahltshat. I med inest I med be

Das östreichische, das französische und alle schweizerischen Gesethücher (einzig das dem römischen Rechte folgende zürche rische ausgenommen) präsumiren nicht bloß die Redlichkeit, sondern auch die Rechtmäßigkeit des Besitzes. De streich (s. 324), Bern (s. 356), Luzern (s. 228) und Freiburg (s. 440)<sup>2</sup>) fassen zwar zunächst den Besitzer, der im Processe

<sup>1)</sup> Commentar zu S. 500 bes Gefetes von 3 ürich.

<sup>2)</sup> Freiburg spricht zwar in §. 440 nur die Prasumtion de la bonne soi aus; aber die Verwandtschaft des freiburgischen mit dem östreichischen und französischen Rechte macht es schon an sich wahrscheinlich, daß in dieser

die Stellung des Beklagten einnimmt, ins Auge. Darauf deutet die Borschrift hin, daß der Besitzer nicht zur Angabe des Titels aufgefordert werden könne, welche von den Commentatoren durch c. 11. C. de petit. hæred. (III. 31.) und ähnliche Stellen, aus denen man die Maxime gebildet hat: "incivile est, titulum possessionis petere," h erläutert wird. Es gilt aber die Präsumtion ohne allen Zweisel für den Besitz überhaupt.

Der Ausspruch des französischen Code (Art. 2230) "On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire," der in alle westschweizerischen Gesetse (Freiburg inbegriffen §. 429) Eingang gefunden hat, fönnte dem Wortslaute nach auch bloß den Sinn haben: im Zweisel sei der Bessit als Eigenthumsbesit und nicht als Detention aufzusassen. Dem ist aber nicht so; jene Worte sollen nicht bloß die Prässumtion des animus domini, sondern die Vermuthung des Titels, ja sogar des Eigenthums begründen. So sagt z. B. Rogron im Commentar zu Art. 2230: Tant qu'on n'apporte pas la preuve que je ne suis pas propriétaire, ce titre est supposé m'appartenir; car la possession est un sait qui accompagne ordinairement la propriété et la présomption est donc en ma faveur.

Bergleicht man den Art. 2230 mit dem vielbesprochenen Art. 2279, (En fait de meubles, la possession vaut titre.) so besteht der Gegensatz darin, daß die im Art. 2230 ausgessprochene Präsumtion durch den Gegenbeweis entfrästet werden kann, während der im Besitze einer beweglichen Sache vermöge einer Fiction enthaltene Titel unumstößlich ist.

hingegen der vom französischen Rechte abweichende Sat 2 des §. 2129 Freiburg (la possession... d'un meuble... établit la présomption de la propriété) ist in §. 429 (on est présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire) schon enthalten und hätte daher weggelassen werden können.

Ebenso ist §. 1212 Tessin (per riguardo ai mobili il

Präsumtion die Vermuthung des Titels eingeschloffen sei. Diese Wahr-scheinlichkeit wird durch SS. 429 und 2129 Sat 2 zur Gewißheit erhoben.

<sup>1)</sup> Roghert Dogmengeschichte, Seite 193.

possesso si presume acquistato con giusto titolo) wegen bes vorhergegangenen §. 1196 (Si presume sempre che ciascuno possieda per sè stesso e a titolo di proprietà) vollfommen Breitum, jo domant der jeir gurer Clares, Bondang

Die Präsumtion des Titels paßt nicht aut in den Rahmen des römischen Rechts, in welchen alle diese Gesetze die Besitzlehre eingezwängt haben. Dagegen bildet die Bermuthung, daß der Benger Gigenthumer fei, die Grundlage der deutschen Rlage aus dem ältern Besite; sie trifft in hundert Källen neun= undneunzig Mal zu; sie läßt sich theoretisch gar wohl begrunden und entspricht, gehörig gehandhabt, dem praftischen Bedurf= nisse gang vortrefflich. 1) Wie tief sie wurzelt, dafür spricht die Thatsache, daß sie fast in allen modernen Gesetzgebungen dem Gindringen des romischen Rechts gegenüber fich behauptet hat. Auch in England und Amerika gilt possession ohne alle Frage als presumtive ownership. 2)

1. And in the state of the state o

# stimes of the field profession of the second contract that

Die Definition des Teffinischen Gesetzes (S. 1208: La buona fede consiste nell' opinione che quelli da cui si è ricevuto la cosa che si possiede, avesse il diritto di trasferirne il dominio) steht wohl mit dem römischen Rechte voll= kommen im Einklange, nur bedarf fie noch einer Erganzung für die freilich selten vorkommenden Källe des originaren Befit und Eigenthums-Erwerbs. Wenn Jemand eine Sache mittelst eines tauglichen Titels an sich gebracht hat und doch nicht Eigenthümer berfelben geworden ift, fo fann dieß nur daber rühren, daß sein Auctor weder selbst Eigenthumer, noch vom Eigenthümer zur Beräußerung ermächtigt und beziehungs= weise (im Fall des originaren Erwerbes) daß die Sache nicht

THE THURSDAY ET A COME (2000 and prompt in both between the

<sup>1)</sup> Bierüber verweise ich auf Delbrück (oben S. 4).

<sup>2)</sup> Walker, introduction to American law p. 306. In England wird die Prasumtion des Eigenthums mit dem Feudal-System in Zusammenhang gebracht (Law Magazine Mai 1858. p. 184).

herrenloss war. Hat der Betreffende diesen Mangel gekannt und trot dieser conscientia rei alienæ die Sache erworben, so fälltnihm böser Glaube zur Last; befand er sich hingegen im Irrthum, so kommt ihm sein guter Glaube, Eigenthümer geworden zu sein, zu Statten. Ob der Irrthum entschuldbar sei, oder nicht, ist für die Existenz der bona sides gleichgültig. Mangel an Sorgsalt oder Einsicht und Unredlichkeit sind zwar Begriffe, die nicht mit einander verwechselt werden dürsen. Doch kann die Wirkung der bona sides für die Usucapion je nach der Beschaffenheit des Irrthums verschieden sein.

### ineise escipting mas italianes. Production according

Der französische Code civil handelt an zwei Orten vom redlichen Besitze, in der Lehre vom Fruchterwerb (Art. 550) und in dem die Berjährung ordnenden Titel (Art. 2265 u. f.):

Was die in Art. 2265 enthaltene Vorschrift (Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans etc.) betrifft, so entspricht dieselbe durchaus der Regel des römischen Rechts betreffend justa causa und bona fides (abgesehen davon, daß ein Butativ= Titel nach französischem Rechte zur Usucapion nicht zureicht) Namentlich ift man darüber einig, daß das Eigenthum oder Die Beräußerungsbefugniß des Besigvorgangers feinen Bestand= theil des Titels bildet. Go bemerkt z. B. Rogron in dem Commentar zu Art. 4265. Il ne faut pas se méprendre sur le sens de ces mots, un juste titre; ils ne signifient pas un titre émané du véritable propriétaire, car il suffirait seul pour assurer la propriété sans qu'il fut besoin de la prescription; mais ils signifient un titre rédigé dans les formes voulues par la loi et qui transférerait la propriété s'il émanait du véritable propriétaire.

In Art. 550 (Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices) wird das Requisit der

justa causa gemildert. Eine Titel ist immerhin nöthig, aber allfälligen Mängel Idesselben schaden dem Besiter nur dann, wenn er sie kannte oder kennen mußte. Die Redaction des Art. 550 ist nicht ganz genau, indem hier (abweichend von Art. 2265) auch das Eigenthum oder die Beräußerungsbesugniß des Auctors als Bestandtheil des Titels stillschweigend voraus gesett wird. So hebt z. B. Rogron als den Hauptfall eines vitiosen Titels gerade den heraus: si la vente a été saite par un individu qui n'était pas propriétaire des biens.

Alles dieß gilt auch für die Gesetze von Waadt, Wallis, Neuenburg und Freiburg, welche die Definitionen des französischen Codeswörtlich adoptirt haben.

an let Name...a. hat i dines Tiris zu zweifeln, lit ein rechterer und derit...n die ein rechterer und der Light, with 238 de 238 and dialor frinco Tipols terms.

Das östreichische Gesethuch bestimmt in S. 326 den Besgriff des redlichen Besitzes im Wesentlichen übereinstimmend mit dem römischen Rechte folgendermaßen: "Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer."

der "Einsunredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen mußsidaß die in seinem Besitze besindliche Sache Andern gehöre."

"Aus Irrthum in Thatsachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Borschriften kann man ein unrechtmäßiger und doch ein redlicher Besitzer sein."

Der Hauptsehler dieser Redaction besteht darin, daß sie es zweiselhaft läßt, ob die Ansicht des Besigers, daß er der Eigensthümer der von ihm besessenen Sache sei, gleichwohl als bona sides ausgesaßt werden müsse, wennesie schon auf einem nicht entschuldbaren Irrthum beruhe. Früher wurde ziemlich allgemein diese Frage verneint. Es hat nun aber Unger in der östreichischen Vierteljahrschrift (Vd. I. S. 79) dargethan, daß der erste Saß des \$. 329 durch den letzen, nicht der letzte durch den ersten zu erläutern sei. Da nun in dem letzen Saße ein Rechtsirrthum, also ein nicht entschuldbarer Irrthum, als Grund

<sup>&</sup>lt;del>110 , 111</del> figur legelt ein tiediminifeld relle ilm 501 sie.S Tug**h Bacharitä (Anschüt) IpS, i 501**8 u. ep. s. tiedigiäämt (dern ll

der bona sides mit klaren Worken anerkannt werde, so könne in den beiden ersten Säßen nur folgender Sinn gefunden wersden: Der Richter habe zu untersuchen, ob es nach den Umsständen wahrscheinlich sei, daß der Besißer die Sache für die seinige gehalten habe. Werde diese Frage bejaht, so sei bona sides anzunehmen, gleichviel ob der Irrthum des Besißers als entschuldbar erscheine oder nicht.

# ra i leida eniralela pes proprietairo des biens. Alice delle gill endre in Pro-Reinge v. 1 dianel, 'Bentis,

Ganz fehlerhaft ist die in §. 355 des bernischen Gesetzes enthaltene Definition: "Der Besitzer, welcher keinen Grund hat, an der Rechtmäßigkeit seines Titels zu zweiseln, ist ein redlicher und derjenige, welcher die Unrechtmäßigkeit seines Titels kennt, ein unredlicher Besitzer."

Unter dem Ausdruck "Rechtmäßigkeit" Des Titels ift ohne Zweifel nichts Underes zu verstehen, als "Gultigfeit" oder "Tauglichkeit". Demgemäß ware also Jemand, der eine Sache wissentlich von einem Nichteigenthumer gefauft und bezogen bat, gleichwohl ein redlicher Befiger; denn fein Befit frutt fich sichofa auf einen tauglichen Titel. Schnett in seinem Commentar fagt: "Wer keinen Grund habe, ju zweifeln, daß er durch seinen Besigtitel das betreffende Recht erworben habe, sei ein redlicher Besitzer; wer hingegen wiffe, daß ihm fein Titel fein Recht gewähren fonne, und daß er durch feinen Besit frem de Rechte verlete, sei ein unredlicher Besiger." Dieß ist gang richtig, und man fann unmöglich dem Gesetze einen andern Sinn unterlegen; nur irrt sich Schnell, wenn er glaubt, daß diefe Erläuterung dem Wortlaute der gesetlichen Borschrift entspreche. Er übersieht eben, daß ein Titel gultig und rechtmäßig und doch unwirfsam fein kann, weil es am Rechte des Auctors fehlt, oder weil eine res non libera offupirt ist. Im gleichen Trrthum scheint - wie schon oben S. 18 bemerkt wurde - Leuen berger in feinen Vorlefungen Vo. I. S. 406 befangen zu fein, mabrend er unmittelbar borber auf Seite 405 mit aller Bestimmtheit die Regel aufstellt: "Die Unrechtmäßigkeit des Befites des Borgangers thut der Rechtmäßigkeit des Befiges des Nachfolgers teis neneCintrag. netwok ood odiged med bil bil bei. with ,'ann

Bu tadeln ift auch daß das Gefet die bona sides nicht einfach vom Nichtwiffen abhängig macht, sondern untersucht, ob der Besitzer Grund gehabt habe, zu zweifeln. Il 1 1 11

Der zweite Sat des S. 355 1) wird von Schnell dahin erläutert: "ein Besitzer, welcher anfange Zweifel in die Recht= mäßigfeit seines Titels zu fegen, hore auf, redlicher Besither zu fein, ohne deghalb unredlicher Besitzer zu werden." So wurde zwischen dem redlichen und unredlichen Besitz noch ein sonder= barer Zwitterbegriff hineingeschoben, von dem aber das Geset felbst gar nichts weiß. Das Gesetz hat den Kall einer gegen den redlichen Besitzer angestellten Vindication im Auge. Aus Gründen, die processualischer Naturisind, steigert es von der Anhebung der Rlage an, Die Berantwortlichkeit des Besitzers, ohne daß er deßhalb aufhören wurde, als redlicher Besitzer zu gelten. rot suchment) and his rot restrict which is all all all all so

Das Luzernische Gesetz combinirt in §. 227 den §. 326 des öffreichischen und den S. 352 des bernerischen Gesetzes. 2)

Beffer mare es offenbar gewesen, fich gang an das öftreichische Gesetz zu halten. Doch ift es auffallend, daß Pfyffer in seiner Darftellung der Lehre vom Besitze nach luzernerischem Rechte 3) den Begriff der bona sides ganz in Uebereinstimmung

<sup>1) &</sup>quot;Der redliche Besitzer foll sich von dem Zeitpunkte hinweg, wo er mit den Umftanden befannt wird, welche die Rechtmäßigkeit feines Titels zweifelhaft machen, bis zu demjenigen, wo diefer Zweifel gehoben wird, in Betreff des Besitzgegenstandes, wie ein Verwalter einer fremden Sache anfehen."

<sup>2)</sup> S. 227 Lugern: Der Befitzer, welcher feinen Grund hat, an ber Rechtmäßigkeit seines Titels zu zweifeln, und der also die Sache, die er besitzt, für die seinige halt, ist ein redlicher, und derjenige, welcher die Unrechtmäßigkeit seines Titels kennt und ber also weiß ober aus den Ums ftanben vermuthen muß, daß die in feinem Befite befindliche Sache einem Undern gehöre, ift ein unredlicher Befiter.

<sup>3)</sup> Beitschrift der juristischen Gefellschaft bes Kantons Enzen 1858 zweite Lieferung St. 4. tunnten entiamithenen erte bie bein gnuffengeelfeil

mit der fehlerhaften Redaction des Bernerischen Gesetzes definirt, ohne auf die in dem Gesetze des Kantons Luzern immer= hin wahrnehmbare Verbefferung irgendwie hinzuweisen.

Der zweite Sat des Bernerischen S. 355 steht in Luzern (\$. 229 u. f.) in einem andern Zusammenhange, indem er gang richtig mit dem Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers und feiner Stellung gegenüber einem stegreichen Bindicanten verknüpftsworden ist. ber ein mit in sloge auch i leiffene Third  $2^{n}$  . The same n is n = n + 20 , that it is n = n + 20 .

Die Zurcherische Definition des redlichen Besikes leidet ganz an dem gleichen Gebrechen, wie die Bernische. Go kommt man allerdings zu dem sonderbaren Ergebnisse, welches der Commentar zu 495 mit logischer Consequenz dem Wortlaute des Gesetzes entnimmt, daß nämlich der rechtmäßige Besit immer zugleich ein redlicher, aber nicht jeder redliche Besitz auch ein rechtmäßiger sei.

Daß in S. 498 einem Befiger, der bei der Erwerbung der Sache unaufmerksam gehandelt hat, die Redlichkeit abgesprochen wird, ift faum zu billigen. (Sierüber ift das in S. 23 Besagte zu vergleichen.) ะไรรัก เมื่อ เมื่อเกาะ สูงเลือน เมื่อเกาะ เลือน เมื่อเกาะ เลือน เมื่อเกาะ เลือน เมื่อเกาะ เลือน เมื่อเกาะ เลือน

# 

Der Vollständlichkeit wegen folgen hier noch die entsprechenden Vorschriften des solothurnischen und aargauischen Ge= setbuches.

Solothurn S. 676: "Der Befiger, welcher feinen Grund bat, an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu zweifeln, ift ein redlicher." S. 677. "Der redliche Befiger wird vom Augenblicke an, wo in Beziehung auf sein Besithum eine Rlage anhängig gemacht ift, wie ein Berwalter einer fremden Sache angesehen."

Margau \$ 438: "Wer eine Sache, die er besitt, aus wahrscheinlichen Gründen für die feinige hält, ift ein redlicher Beficer. "en dan dien die nie den ind died I. er There were the first of the fir

<sup>27811)</sup> S. 497 to Der reblich e Befit fest poraus, bag ber Befiger bie Besthergreifung nicht als eine unrechtmäßige gekannt habe. hausball atlang

# 11 28. 28. 275 mil

Wenn der Besitzer erst nach der Erwerbung des Besitzes die Entdeckung macht, daß er nicht Eigenthümer geworden ist, so hindert ihn das Wegsallen des Irrthums, in welchem er vorher besangen war (die mala sides superveniens), nach Rösmischem Rechte nicht an der Erstzung. Das neuere canonische Recht hingegen hat den entgegengesetzten Grundsatz ausgebildet. 1)

Der französische Code civil hält (abweichend vom älstern Rechte) an dem römischen Prinzip sest (Art. 2269. Il sussit que la bonne soi ait existé au moment de l'acquisition).2)

Ebenso Neuenburg (Art. 1785). Es ist mir zwar nicht recht klar, weßhalb das neuenburgische Gesetz für nöthig gestunden hat, den Art. 2269 des französischen Code zu adoptiren und überdieß noch beizusügen, si la possession est appuyée sur un titre, während doch nach Art. 1818 für die Ersitzung kein Titel ersorderlich und die Einrede des bösen Glaubens ausgeschlossen ist. Waadt, dessen Art. 1570 dem neuenburzgischen Art. 1818 entspricht, hat mit Recht die Vorschriften bestreffend die bona sides weggelassen. Ebenso Wallis (Art. 2016 gleich 1818 Neuenburg).

wie Freihurg (Art. 2126 u. f.) es mit der mala sides superveniens hält, vermag ich dem Gesetbuche nicht zu ents nehmen.

Tessin huldigt dem canonischen Rechte (1209. Non basta la buona sede al tempo dell' acquisto, ma deve continuare per tutto il tempo stabilito per la prescrizione).

Ebenso Zürich SS. 497, 642, Bern S. 1030, Luzern

<sup>1)</sup> Hilden brand, Geschichte der Bestimmungen des Canonischen Rechts über bona sides (Archiv für civil. Pravis Bd. XXXVI. No. II.

<sup>2)</sup> Es ist dieß eine Begünstigung der prescription, welche von den französischen Juristen außerordentlich hoch geschätzt und als la patronne du genre humain gepriesen wird.

\$. 779, hingegen Solothurn (§. 753) und Aargau (§. 851) haben das gleiche System wie Neuenburg, Waadt und Wallis.

### 5. Unvordenflicher Befit.

อังสูกู้อธิรักซิลา กู่แบบ การการกรี แต่ **\$.1 29.** กุก ขายที่งสัต ราช เพษาริช

In einem Rechts-Systeme, in welchem nicht bloß die Redslichkeit, sondern auch die Rechtmäßigkeit des Besißes vermuthet wird, läßt die ordentliche Ersigung kein praktisches Bedürfniß übrig, welches durch das Institut des unvordenklichen Besißes befriedigt werden könnte. Hieraus ergibt sich von selbst, daß für dieses Institut in unsern Gesegen (einzig das Zürcherische ausgenommen) kein Raum sich sindet. Aber auch in Zürich wird mit Hinsicht auf die Ersißung von Grundstücken der mangelnde Titel schon durch den Ablauf einer Zeit von dreißig Jahren nicht erst durch die Unvordenklichkeit ersest (§. 539). Neberdieß wird in allen Fällen, in denen von Unvordenklichkeit die Rede sein könnte, der Titel Erbfolge ausreichen.

Mit Beziehung auf die Servituten hat die gurcherische Doctrin in den dreißiger Jahren dem unvordenklichen Besitze eine Bedeutung verschafft, von der man früher nichts wußte. und die nun durch das privatrechtliche Gesethuch wieder zerstört worden ift. Man fühlt fich verfucht, zu fagen: "Wie gewonnen, fo zerronnen." Bor dem Jahr 1830 ftand im Bewußtsein bes Boltes der Sat durchaus fest, daß Servituten in zehn und beziehungsweise in dreißig Sahren erfeffen werden, je nachdem ihre Ausübung jährlich oder nur je das dritte Jahr Statt finde. Diefen Sat ignorirte die neue Doctrin und die aus ihr hervorgegangene Praxis und stellte dafür das Princip auf, daß der unvordenkliche Quafibesitz einer Gervitut die Vermuthung für das rechtliche Bestehen derfelben begründe. Was unter Unvordenklichkeit zu versteben sei, war lange sehr zweifel= haft, bis endlich die Unficht durchdrang, daß ein Buftand unter den Begriff der Unvordenflichkeit falle, wenn Niemand weder aus eigener Wahrnehmung noch aus perfonlichen Mittheilungen seiner Borfahren eine Zeit fenne, zu welcher berfelbe noch nicht vorhanden gewesen sei. Das privatrechtliche Gesethuch hat nun

wieder an der Stelle des unvordenklichen Besitzes die Ersitzung in einer bestimmt abgegrenzten Zeit eingeführt, jedoch derselben mit Ruckficht auf das Princip der Publicität der dinglichen Rechte an Grundstücken einen fehr engen und unbedeutenden Wirkungsfreisgangewiesen. Bild mitgent. Tie wirde Bost bid

Den privatrechtlichen Gesethüchern der Schweiz ift also das Institut der unvordenklichen Besitzes fremd. Einzig der Code des Kantons Freiburg bringt daffelbe an zweinStellen zur Sprache. (§. 528. Les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières appartiennent à l'Etat, à moins que la commune du lieu n'ait titre ou usage immémorial en sa faveur. §. 2128. Lorsque la loi admet la possession ou l'usage immémorial comme moyen d'acquérir des immeubles ou des droits sur les immeubles [comme par exemple à l'art. 528] elle entend par là une possession ou un usage dont aucune homme vivant ne se rappelle avoir vu le commencement.) Ich sehe nicht, daß die Vorschrift des S. 2128 noch außer dem als Beispiel citirten \$. 528 sonft irgendwo Unwendung finde. Das in S. 528 behandelte Berhältniß aber gehört weniger dem Privatrecht gle dem öffentlichen Rechte an, welches überhaupt als das eigentliche Feld der Wirksamkeit der unpordenklichen Zeitzsich darstellt. gemesse is volles gelle wie

# jub vod Bla III. Die Erwerbung des Besites.

) ให้รัส ซัง ค.ศ. การเลย เอเลียน สมพังธาตุ "ปฏิทิตินัก" การ วาสนัก ซังเกิด การ gal vien. En en en ifin fiegh vorget trusten Beier de geben nie gag ess d'indesser (Mirana din alle dinibert)

emil nelle relail 1. Einfeitiger Besterwerb.

Ein einseitiger Besitzerwerb entbehrt entweder feder rechtlichen Grundlage oder er ftutt fich auf die Berrenlofigkeit der betreffenden Sache oder auf die Erbfolge. Es ist wohl völlig überfluffig, hier die widerrechtliche Aneignung fremden Besitzes oder die Occupation einer herrenlosen Sache einer Ana-Inse zu unterwerfen. Auch die Art und Weise, wie der Erbe die in dem Nachlaffe des Erblaffers fich befindenden Sachen in Besit nimmt, bietet an und fur sich nichts Bemerkenswerthes dar. Wir finden aber in den meiften Schweizerischen Gefeten das Princip des deutschen Rechtse der Todte erbt den Les bendigen, le mort saisit le vif. (Frangösischer Code, Art. 7241) Waadt 745, Wallis 800 und 802 Teffin 435 Freiburg 955 bis 958, Zürich 493, Solothurn 606. Dagegen Neuenburg 576, Bern 513, Luzern 381 und 382.). Dieses Princip hat eine gedoppelte Bedeutung: Einmal fagt es, daß der Erbe im Augens blicke, in welchem der Erblasser ffirbt, ganz von selbst (ipso jure) die Persönlichkeit desselben (so weit das Bermögen in Krahe fommt) gewissermaßen in sich aufnimmt, und zweitens soll dars in liegen, daß neben den Rechten auch ber Besit des Erbe laffers ebenfalls von selbst auf den Erben übergehe. Der lettere Sat steht in einem gewissen Busammenhange mit derjenigen Auffassung, welche den Besit als präsumtives Gigenthum behandelt (S. 20). Rach Delbrude Untersuchungen hatte das Sprichwort im altern Rechte blog den Sinn: Wer behaup= ten fann, daß fein Erblaffer befeffen hat, ift naber jum Gide als der gegenwärtige Besiter. Go ware also nicht der Befit felbft, sondern nur der Rechteschut, den der ehemalige Besitz gewährt, auf den Erben übergegungen.2) Co viel ift gewiß, daß der Kiction des Befigesübergangs feine praktische Seite abgewonnen werden kann! Entweder erlangt der Erbe später durch die That reellen Besit, dann ift es völlig gleichgültig, ob man ihm schon vorher ideellen Besit (wie das Bürcherische Geset sich ausdrückt) angedichtet habe; oder ein Underer eignet fich den Besit an, dann geht jedenfalls der auf der Fiction beruhende ideelle Besitz verloren. Unter allen Um= ständen aber succedirt ja der Erbe in die Rechte des Erblaffers mit hinsicht auf die conditio usucapiendi und die Anstellung derfoPubliciana. la fodime du ofinantie & rogitiojul. sans <u> Antonolum</u> (Constitute of a constitute of the constitute of the

<sup>1)</sup> Renaud, fritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft bes Auslandes. Bb. XIX. C. 409.

<sup>2)</sup> Delbrück, bie bingliche Klage. S. 69. 294.

reien inchenden si 2.1 Die Tradition. 1916 ungeneralier's eine de de la de la

Der Besit tann direct oder durch Mittelspersonen übergeben und übernommen werden. 3ch werde mich bei den dieß= fälligen Vorschriften unserer Gesetze nicht lange aufhalten. Es stehen dieselben ganz unter dem Einflusse des römischen Rech tes. Selbst die in Zürich S. 489, San 2 enthaltenen Regeln') beruhen keineswegs auf der Anschauungsweise des altdeutschen Rechts, nach welcher es feinen diretten, sondern bloß einen durch die Gewere an Immobilien vermittelten Besitz von beweglichen Sachen gegeben haben foll. 2) Bielmehr find die fraglichen Gage wohl eher mit Meußerungen romischer Juriften in Zusammenhang zu bringen. (3. B.: C. 9. S. 3. de jure dotium: Hæ igitur res, an mariti fiunt, videamus. Quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur? und C. 18. §. 2. de acquir. vel amitt. poss: Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.) Sie laffen fich übrigens auch aus dem Wesen des Besitzes ganz einfach und ungekünstelt herleiten. Der Besity eines Grundstücks oder einer Wohnung gewährt dem Besitzer körperliche Macht-über die Karin oder darauf befindlichen Sachen. Wenn also auch noch der animus domini hinzu kommt, so sind die ni Brillian de gindrest dide conficement i description

<sup>1) §. 489:</sup> Sie (b. h. die Möglichkeit auf die Sache einzuwirken) ist auch dann vorhanden, wenn die Sache in die Wohnung oder das Magazin des Erwerbers gelangt ist, selbst wenn dieser weder persönlich noch durch einen Stellvertreter zugegen war. — §. 492: Der Besitz eines Grundstücks oder einer Wohnung zieht in der Regel den Besitz der beweglichen Sachen nach sich, welche in den Bereich des Grundstücks oder der Wohnung kommen zu. 20.

men ic. ic.

2) Roßhirt, Dogmengeschichte S. 203. Weiske, Rechtslexikon (Bb. IV. 169). Renaud, kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes. Bb. XVII. S. 137 u. f. Warnkönig, französ, Rechtsgeschichte II, 291. Schäffner, Geschichte der Rechtsversassung Frankereichs III, 295. Dagegen Gerber, über die Gewere. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. N. F. S. 38

Boraussetzungen des Besitzes vollständig vorhanden. Gesetz. B. daß Jemand sein Haus mit aller darin besindlichen Fahrbabe verkauft und dem Käuser das Haus übergeben habe, so wäre es eine lächerliche Pedanterie, noch eine besondere Tradition der Fahrhabe zu verlangen. So ist das Verhältniß auch von jeher von der Prazis aufgefaßt worden und in andern Kantonen, deren Gesetzbücher über diese Frage schweigen, ist man zu der gleichen Entscheidung gelangt. Die Vorschrift des aargauischen Gesetzbücher (Zürich S. 649, Bern 433, Luzern 290, Solothurn 744) fügen den Vorbehalt bei: "wenn nicht der Bote oder Fuhrmann den Empfänger repräsentire." Offenbar geht aber das aargauische Gesetz davon aus, daß in diesem Falle die Uebergabe an die Mittelsperson der Uebergabe an den Adressaten gleich stehe.

b. Tradition durch Zeichen oder bloße Willenserklärung.

an infrared parent many is \$1.32. parent in the learn surrautific

Der Art. 1606 des französischen Code statuirt eine dreissache Art der Uebertragung des Besitzes beweglicher Sachen: Ou par la tradition réelle, — ou par la remise des cless des bâtiments qui les contiennent, — ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre. Diese Vorschrift ist wörtlich in alle Gesetbücher der Westschweiz übergegangen (Waadt 1137, Wallis 1350, Neuenburg 1253, Freiburg 1441, Tessin 728).

Destreich stellt zwar in §. 426 die Regel auf, daß der Besit von beweglichen Sachen nur durch förperliche Uebergabe von Hand zu Hand übertragen werden könne. Es gestattet dann aber doch in § 427 mit Hinsicht auf Gegenstände, bei denen eine reelle Tradition ihrer Natur nach nicht wohl angehe

(Bi. IV. tub: Mondaut, idtische Belganie ibe Remienchengengung

Recht. S. 3.

<sup>2)</sup> S. 511: Ueberfendete Sachen werben erft bann für übergeben gehalten, wenn fie ber Erwerber empfangen hat.

(3. B. Frachtgüter, Waarenlager= oder andere Gesammt=Sachen) eine Uebergabe durch Zeichen und überdieß anerkennt es in §. 428 (übereinstimmend mit Zürich §. 648) die brevi manu traditio und das constitutum possessorium ohne alle Beschränstung.

Bern (Art. 431 und 432), Luzern (§§. 287 und 288) und Solothurn (§§. 739—741) schließen sich in Form und Inhalt enge an das östreichische Gesesbuch an. Doch haben Bern und Luzern gegen den Mißbrauch des constitutum possessorium in ganz geeigneter Weise Borsorge getroffen ') und Solothurn scheint in §. 741 nur die brevi manu traditio gut zu heißen, indem von dem constitutum possessorium gar keine Rede ist.

## .v. Statistic ... ... \$3.40 ... ... ... ... ... ...

Beim Lichte betrachtet, besteht zwischen allen diesen Gesets= gebungen, wenn sie miteinander verglichen werden, und zwischen denfelben und dem römischen Rechte feine wesentliche Berschies benheit. Die Borschriften betreffend die f. g. symbolische Trabition können jedenfalls kaum als eine Eigenthümlichkeit des einen oder des andern Spftems aufgefaßt werden. Db der Wille durch Zeichen oder auf andere Weise zu erkennen gegeben werde, ift ziemlich gleichgültig; es fragt fich nur, ob und unter welchen Boraussehungen der fo oder anders geäußerte Wille für fich allein genüge, um den Uebergang des Besitzes zu be= wirken. Auf diese Frage finden wir im Grunde allenthalben die gleiche Untwort, die aus der Natur der Sache von felbst hervorgeht. Es gibt nur drei Combinationen, bei denen es möglich ift, daß der Besit einer Sache von A auf B übergeht, ohne daß in der äußern Lage des Gegenstandes sich irgend etwas ändert. 1) Der bisherige Besitz des A verwandelt sich in Detention zu Gunften des B (constitutum possessorium); 2) die bisherige Detention des B wird zum Besitz gesteigert the part of the first hill the same and applicates a secondary to be

<sup>1) &</sup>quot;Die Gläubiger des Uebergebers haben das Recht, wenn derfelbe in Concurs gerath, die von ihm auf diese Weise (d. h. durch const. poss.) übergebenen aber nicht förmlich ausgelieserten Sachen zur Masse zu ziehen."

(brevi manu traditio); 3) X, welcher bis dahin die Sache als Stellvertreter des A inne gehabt hatte, detinirt sie von nun an für B.

Das Verhältniß kann sich zwar noch verwickelter gestalten (z. B. die Detention geht von X an Y, von Y an Z, der Besit von A an B über u. s. f.), ') aber es läßt sich doch immer auf diese Faktoren zurücksühren

Hienach hat denn auch der Schlußsatz des Art. 1606 des französischen Gesetzes weiter nichts Auffallendes. Er sagt ganz einsach, daß ein Besitzesübergang Statt finde, wenn der Berstäufer es übernehme, die Waare für den Käufer zu detiniren, oder wenn derzenige, welcher bis dahin die Waare als Depositar, Mandatar u. s. f. detinirt hatte, sie kaufe.

### c. Berhältniß der Tradition jum Eigenthumserwerb.

### g 19 mani, mais a thoug \$. 34. The ham is apply a low

Hiemit wäre die Lehre von der Tradition erledigt. Diesfelbe steht aber in einem so engen Zusammenhange mit den Borschriften betreffend den Erwerb des Eigenthums 2) und diese hinwieder mit der Gestaltung des Eigenthumsschutzes, daß ich mich nicht enthalten kann, beiläufig einen Blick auf diese verswandten Materien zu werfen.

Wenn das Eigenthum durch den bloßen Willen übertragen werden kann, wenn also sein Erwerb von der Erlangung des Besitzes völlig unabhäng ist, so hat die Lehre von der Tradition

<sup>1)</sup> Nach dem neuen Gesetze von Genf betreffend die Warrants wird der Besth der in einem bestimmten Magazin liegenden Waare durch Uebersgabe des Warrant übertragen. Eine solche Form der Tradition ist auch gedenkbar für Waaren, die auf dem Transporte begriffen sind und von einem Speditor, Frachtsührer u. s. f. an den andern übergehen. Siemit ist die Theorie des Connossement zu vergleichen.)

<sup>2)</sup> Der Abkürzung wegen bemerke ich hier Ein für alle Male, daß ich die Uebertragung des Grundeigenthums mit Stillschweigen übergehe, somit alles Folgende bloß auf Mobilien sich bezieht. Nach Einführung des Institutes der Grundbücher hat die Lehre vom Besitz in dieser Richtung nur geringes praktisches Interesse.

geringe praktische Bedeutung und fie wirt gang paffend in's Obligationenrecht verwiesen, indem es fich dann einfach fragt, was derjenige, dem die Tradition einer Sache obliegt, zu thun habe, um feiner Berbindlichkeit eine Genuge zu leiften. Deß= halb bestimmt der französische Code die Formen der Tradition gang richtig im fechoten Theil des dritten Buche, der vom Rauf= vertrag handelt. Wenn hingegen aus rechtspolitischen Gründen, im Intereffe bes redlichen Berfehrs daran festgehalten wird. daß der Eigenthumsübergang äußerlich für dritte Personen er= kennbar sein muffe, wenn deßhalb der Uebergang des Gigen= thums an den Uebergang des Besines gefnüpft wird (oben §. 2), fo versteht es sich gang von selbst, daß man, um jenen Zweck zu erreichen, so viel als immer möglich der Tradition den Cha= rafter eines äußerlich in die Augen fallenden Berganges mahren muß, und daß die dießfälligen Borschriften im Sachenrechte und zwar in der Lehre vom Eigenthum unterzubringen find, wo sie denn auch in den Gesethüchern der deutschen Schweiz sich finden. And Pour Progres and the form to be seen

# and and and other cases that ans. 35kook with the

Bei einem Bolke, das noch auf einer niedrigern Stufe der Bildung steht und etwas unbeholfen in der Behandlung abstrakter Begriffe ist, zeigt sich das Bedürsniß, rein geistige Borsgänge zu versinnlichen, den idealen Rechtsverhältnissen gewissersmaßen eine äußere Stütze zu schaffen, namentlich Eigenthum und Besitz so viel als möglich verbunden zu erhalten u. s. f. s. s. Man braucht nur auf Gerathewohl in irgend einer Sammlung von Urkunden, die dem Mittelalter angehören, herumzublättern, um sich hievon zu überzeugen. Ich enthebe einige Belege dem Urkundenbuch der Abtei Fraumünster (Beilage zu der vortreffslichen Geschichte der Abtei Fraumünster von Georg v. Wyß).

<sup>1)</sup> D'Epinay de l'influence du droit canonique etc. p. 84. Les peuples barbares ne peuvent connaître les prescriptions de longue durée. Une chose les frappe surtout: c'est le fait de la possession; aussi le confondent-ils avec la propriété, et leurs lois, lorsqu'elles commencent à faire cette distinction, n'imposent à la prescription qu'une très courte durée.

- 1. Urfunde 251 (4. Juni 1277). Der Zürcherische Bürger Ulrich verkauft seine Häuser am Rindermarkte dem Chorpherrenstifte, und empfängt sie dann mit einem jährlichen Zinse belastet als Erblehen zurück. Postmodum venditione completa traditione facta et possessione quieta in praedictis bonis habita jamdicti Prepositus et Capitulum easdem areas cum ædissciis hereditario jure concesserunt eidem Volrico etc. Durch bloßen Bertrag konnte also das Eigenthum nicht in Erbe umgewandelt werden, sondern es war nöthig, diese Beränderung traditione sacta et possessione quieta habita äußerzlich zur Erscheinung zu bringen. (Nach den beiden folgenden Stellen scheint eine Gewohnheit sich ausgebildet zu haben, nach welcher in einem solchen Falle der den Eigenthumsübergang manifestirende Besitz sechs Wochen und drei Tage dauern mußte).
- 2. Urkunde No. 149 (zwischen den Jahren 1251 und 1258). Probst Wernher von Zürich und Graf Rudolf von Raprechtszwil bezeugen, daß Ulrich Retich in Zürich sein Haus daselbst den Schwestern in Bollingen vergabt und daß diese dasselbe nach Landesbrauch sechs Wochen und drei Tage besessen haben. (Quod dictæ sorores eandem domum per sex septimanas et tres dies secundum jus et consuetudinem Civitatis Thuricensis quiete et pacifice possederunt.)
- 3. Urfunde No. 301 (4. Merz 1287). Burchard Winter und seine Frau Judenta schenken der Aebtissin Elisabeth verschiedene Fahrhabe; die Aebtissin, nachdem sie solche sechs Woschen und drei Tage besessen, übergibt sie ihnen wieder auf Lebenszeit. (Nos Elisabeth Abbatissa ... possessione prædictarum rerum pacifice, adepta per traditionem donationem subsecutam, elapsis sex septimanis et tribus diebus a tempore adeptæ possessionis, prænominatis Burcardo et Itæ dictarum rerum concessimus usufructum et liberam administrationem.

remails in horse to read a complifice les apreses and

<sup>1)</sup> Hier dient das Zuruckbehalten des Besitzes dazu, um das Eigenthum zu besestigen. Auf diametral entgegengesetzer Anschauungsweise beruht eine Nebung, welche sich unter der Herrschaft des römischen Rechts im Mittel-

- 4. Urfunde No. 154 (11. Junii 1257). Eine Frau giebt Häuser auf der Petershofstatt ihrem Manne zu Leibding und vergabt sie im Uebrigen der Abtei. Zur Bestärfung und Manissestation (ad majorem evidentiam) der Schenkung wird hier anstatt der Tradition und und des ruhigen Besitzes eine andere Form angewendet: Es empfangen nämlich eine Anzahl Miethseleute die Häuser öffentlich aus der Hand der Aebtissin zur Miethe, dem Leibdingsrechte des Chemains unbeschadet. (Ad majorem etiam hujus donationis ordinationis evidentiam, inquilini prædictarum domuum . . . de manu sæpesatæ do minæ Mechthildis Abbatissæ . . . secundum jus et consuetudinem inquilinorum in Thurego præsatas domos et areas ad inhabitandum nomine sociationis publice receperunt, jure antedicti mariti mei in eisdem domibus et areis salvo per omnia remanente.)
- 5. Urkunde No. 425 (15. Mai 1345). Aebtissin Fides und das Kapitel geben den Kirchensatzu St. Peter in Zürich auf in eine Wiese, "der man sprichet der Ebtischin "wise,.... und ist din selbe wise, dar in nu dirre kilchen"satz gehört und jemer hören sol, mit einem hage umbe fangen "und mit einem uf geworsen graben in begriffen, durch daz aller "mengelich wisse, merke und sehe, daß din selbe wise ein sun"derig eigenlich guot ist, dar in wir den vor geschriben Kilchen"satz geben haben als vor gesait ist." Dann verkausen sie die Wiese mit sammt dem Kirchensatz an Bürgermeister Audolf Brun um 211 Mark Silbers.

Wenn auch die beiden letten Stellen die Lehre vom Besitz nicht direct beschlagen, so besteht doch ein mittelbarer Zusammenshang zwischen denselben und der hier besprochenen Frage, weßshalb es wohl zu entschuldigen sein wird, daß ich sie hier einsgeschoben habe.

alter ausgebildet hat: A schenkt eine Sache dem B und behalt sich den Mießbrauch für wenige Tage vor. Dieser Verbehalt soll lediglich dazu dienen, Besitz und Eigenthum auch durch den bloßen Willen (ein constitutum possessorium) an B zu übertragen. (Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter II. 187, L. 28. 1. 35. §. 5, Cod. VIII. 54. de donat.)

tade consent comments in the accomment i

giron ir od igo rotrig Wer die soeben bezeichnete Erscheinung etwas einseitig auffaßt und allzugroßen Nachdruck auf dieselbe legt, wird leicht ju dem Schluffe gelangen, daß der ganzlichen Emancipation bes Eigenthums vom Befige gar fein hinderniß mehr im Wege stebe, sobald bei einem Bolke der Berftand gewissermaßen das Uebergewicht über die Phantasie gewonnen habe. In diesem Sinne wirft z. B. Calame 1) dem romischen Rechte Materia= liemus vor. "Nous ne confondons point (so sagt er) le transport de la propriété avec la tradition ou le transport de la possession. Immatérielle dans son essence, quoique matérielle dans son exercice, c'est aussi d'une manière immatérielle, par le simple accord des volontés intéressées, que la propriété comme droit, se transporte. Les doctrines qui, pour le transport du droit de propriété, exigent une tradition réelle ou symbolique de la chose, sont des réminiscences du droit romain, qui tout en se dépouillant par degrés des solennités des premiers âges, n'est point arrivé néanmoins au spiritualisme de la jurisprudence moderne. Notre jurisprudence coutumiere admet décidément que la propriété se transporte par le simple consentement des parties, sauf les cas où une regle formelle exige autre chose encore, pour la perfection de l'acquisition. Ce transport purement idéal suffit toutes les fois que la propriété transportée est celle d'une chose mobilière."

In gleichem Sinne, aber in weniger urbanem und elegantem Tone äußert sich Thib aut, 2) daß die Regel "traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" das Kahlste auf der Welt, eine bloße Albernheit sei.

Diese Anklagen gegen das auf das Feinste ausgebildete Recht eines hoch cultivirten Volkes klingen uns beinahe paradox. Bevor wir aber über dieselben urtheilen, wird es wohlgethan sein, vorerst diesenigen Rechtsspsteme, in denen der von Calame

. Januari de de dit

<sup>.</sup>h.o 1) La coutume neufchateloise S. 86.

<sup>2)</sup> Civ. Arch. XXI. 1.

gepriesene spiritualisme de la jurisprudence moderne so ziemlich auf die Spiße getrieben ist, besonders das französische und das englisch-amerikanische, dem römischen Nechte gegenüberzustellen.

to grungarine. If rolf it fibil**s** (37.13 rogue 446 vibrut Ar Ex

Im französischen Rechte steht der Uebertragung des Eigen= thums durch blogen Bertrag das Princip gegenüber: "En fait de meubles, la possession vaut titre (Art. 2279). Renaud 1) stellt die Behauptung auf, daß dieser Sat mit Art. 1138 (L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. - Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a du être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite etc.) 2) absolut unvereinbar sei, daß also der Art. 2279 dem Art. 1138 in der Weise derogire, daß ber let tere einzig auf Immobilien Anwendung finde. Diefer Behauptung könnte ich unmöglich zustimmen. Wer seine Sache verkauft, macht durch den blogen Vertrag mittelst des s. a. constitutum possessorium den Räufer jum Befiger und jum Gigen= thumer; er selbst tritt in die Stellung eines Depositars, der nur die Detention des Kaufsobjects hat. Die Uebertragung des Eigenthums und die Umwandlung des Besitzes à titre de propriétaire in bloke Detention wird durch Art. 2279 auf keine Weise gehemmt. Hingegen ift allerdings so viel richtig, daß der Art. 2279 gewissermaßen eine Sicherheitsflappe bildet, welche ben Verfehr gegen die Gefahr, mit der ihn der Urt. 1138 bedroht, auf das allerwirksamste schütt, da eine von dem De= positar veruntreute Sache nicht unter die durch den zweiten Sat des Art. 2279 vorgesehenen Ausnahmen von der Regel "la possession vaut titre" fällt, sondern der Bindication ent= sogen iff. We are regard becomes here in the and a course and roung odd a god bonz, on V is I i a god A ii. : O

is and delivered. A second is vested in A . With the

<sup>1)</sup> Kritische Zeitschrift Bb. XVII. S. 216.

<sup>2)</sup> Die geschichtliche Erklarung ber Eigenthumlichkeit bes französischen Rechts, nach welcher burch ben Kauf selbst bas Eigenthum übertragen wird, ift bei Warnfönig (Bb. II. 563) nachzusehen.

Wenn also nur noch gegen simulirte Käufe, die ein Schuldner zum Nachtheile seiner Gläubiger oder ein Erblaffer zum Behufe der Umgehung der Borschriften betreffend den Pflicht= theil abschließen fonnte, geeignete Vorsorge getroffen wird (Art. 1328, 1167 u. f. f.), so ift wenigstens vom prattischen Standpunkte aus gegen die Möglichkeit der Uebertragung des Eigenthums und des Besites beweglicher Sachen par le seul consentement des parties wenig einzuwenden.

# **§**. 38.

ura sagiadan Y v Pita

HIST PRISERS OF M.

Ganz anders verhält es sich mit dem englisch = ameri = fanischen Rechte. Nach diesem ift ebenfalls der bloge Bertrag genügend, um den Uebergang des Eigenthums von dem einen Contrabenten auf den andern zu bewirken. 1) Singegen scheint den Engländern und den Amerikanern die Lehre vom anvertrauten Gute ganglich fremd zu fein.

Die Regel ist" (so sagt Chitty S. 649), "daß Niemand "das Eigenthum eines Andern, von dem er feine Vollmacht zum "Berkaufe erhalten hat, veräußern kann. Gine Ausnahme von "diesem Grundsate besteht jedoch für den Verkauf von Waaren "auf offenem Markte. Gin offener Markt ift ein Markt, der "periodisch zu bestimmten Zeiten an einem bestimmten Orte "vermöge obrigkeitlicher Bewilligung oder unvordenklicher Ge= "wohnheit abgehalten wird. In London gilt jeder Tag (aus-"genommen Sonntag) als Markttag und jeder Kramladen als "Marktplat, porausgesett, daß der Rauf in denjenigen Räum= "lichkeiten abgeschloffen worden sei, die für solche Geschäfte be-"stimmt find und Jedermann offen ftehen. 2) Die Amerikaner anerkennen fogar diese Ausnahme nicht. Walter in seiner Einleitung jum amerikanischen Rechte (S. 405) äußert fich

naissi ine en en entile d'a 1) Chitty, the commercial and general lawyer (5. Ausg. 1846) p. 598: "if A buys of B a horse, and pays the price, but the horse is not delivered, . . . . a property is vested in A, which is called a chose in action." und p. 649: If any part of the price be paid, or any portion of the goods delivered by way of earnest, the property of the goods is absolutely bound thereby." Blackstone II, 448.

<sup>2)</sup> Blackstone, II. 449, when the strength of t

hierüber mit der größten Bestimmtheit: "Bon offenen Märkten, wie sie in England bestehen, wissen wir in diesem Lande nichts. "Es gilt bei uns die einfache aber manchmal ungerechte Regel, "daß Miemand einem Andern ein besseres Recht verschaffen "tann, als er selbst hat. Wenn also ein Dieb, oder sogar Jemand, "dem ein Stück Kahrhabe anvertraut worden ist (or even the "bailee of a chattle), die gestohlene oder anvertraute Sache "einer Person verkauft, die nicht weiß, daß er nicht der Eigen= "thumer ist, und die Sache nachher durch noch so viele Sande "von redlichen Erwerbern geht, so fann gleichwohl der Eigen= "thumer dieselbe vindiciren, wo er fie findet." Comit besteht zwischen dem französischen und dem englisch = amerikanischen Rechte völlige Uebereinstimmung mit hinsicht auf die Bedingungen des Eigenthumsübergangs, bingegen ein diametraler Gegensatz betreffend den Eigenthumsschutz. Die Franzosen schützen den Verkehr auf Rosten des Gigenthums und die Engländer und Amerikaner das Eigenthum auf Rosten des Berkehrs auf's Meußerste. Gine jedenfalls sehr auffallende Erscheinung!

reconstruction in the production of the producti Das Gesetz von Waadt (1681 u. f.) stimmt mit den Art. 2279 und 2280 des franzöfischen Code wörtlich überein. 1) Wallis (2030, 2031) und Neuenburg (1823, 1824) 2) weichen bloß in untergeordneten Bunkten ab. Auch die öftreis chische Gesetzgebung (88. 367, 368) beschränkt die Vindication beweglicher Sachen in ähnlicher Weise wie das französische Recht. Luzern (8. 256 u. f.) afchließt fichenach Form und Inhalt, en montante Tajar bat tras Magre, juan i <del>chelon car</del>

<sup>1)</sup> Statuten von Waabt II, XV, 298. "La répétition d'une chose dérobée, non parvenue ni restée une année entière ès mains du Seigneur ou de la Justice ne tombera en prescription; ains celui, auquel le larcin aura été fait, la pourra répéter et requérir toutesfois et quantes qu'il le pourra trouver.

<sup>2)</sup> Die neuenburgische Coutume hulbigte dem Grundfate: "Je reprends mon bien où je le trouve". Einzig für gewisse geringe Holzarten gab es eine Ausnahme ("bois blanc n'a point de suite") die aber ichon durch ein Gesetz vom 26. October 1722 aufgehoben worden ift (Calame, 65.) the state of the

Solothurn (§§. 745 und 746) wenigstens dem Wesen nach an das östreichische Gesetz an. Zürich (§. 651 u. f.) und Freiburg (§. 539) schützen den Verkehr ebenfalls wirksam gesnug, indem der redliche Erwerber von anvertrautem Gute dasselbe dem Eigenthümer nur gegen Ersatz des Kauspreises herauszugeben schuldig ist. Auf die Einzelnheiten näher einzutreten, scheint mir für meinen Zweck nicht nöthig zu sein. Es genügt darauf hinzuweisen, daß das von dem französischen Rechte Gessagte auf alle diese Gesetzgebungen nicht weniger anwendbar ist, d. h. daß bei der starken Begünstigung des gutgläubigen Bessitzes, welche in denselben sich finden, die Form der Eigenthumsstaten.

übertragung geringe praktische Bedeutung bat.

Bern kennt die Schre vom anvertrauten Gute gar nicht. Leuenberger (Bd. II. S. 233) bezeichnet es als einen Wahn, wenn viele Praftifer die Paromie "Sand muß Sand mahren" für geltendes Recht halten. In diesem Wahne ist freilich der Berfaffer des Gesetzes selbst befangen, indem er in seinem Rommentar zu S. 411 die Entstehungsgeschichte Dieser Borschrift folgendermaßen angiebt: In dem ersten Entwurfe (§. 402) war die Eigenthumsflage mit Beziehung auf gestohlene sowohl als unterschlagene Sachen ganz wie im öftreichischen Rechte beschränkt. Da aber der souveraine Rath die Bestimmung der "Gerichtssahung, welche die Bindication des gestohlenen Gutes "unbeschränkt gestattet, gerechter fand, fo befahl derfelbe die Sagung "fo abzufaffen, wie fie bier fteht. (411: Auf eine entwendete "Sache kann Niemand einen gultigen Titel terwerben, bis fie "wieder in den Besit Desjenigen gekommen ist, dem sie ents "wendet worden. Diefer hat das Recht, jeden Inhaber der= "selben zu der Auslieferung der ihm entwendeten Sache anzu= "halten). 26 un alne Genn gun getern et Gungere

"Diese Satzung bezieht sich, sowie das ältere Geset, aus"schließend auf gestohlene, . . . . nicht aber auf Sachen, welche
"derjenige, dem sie von dem Besitzer zur Ausbewahrung oder
"zum Gebrauche übergeben worden, unterschlagen hat. Wer
"eine ihm nicht zum Eigenthum übergebene Sache verkauft,
"begeht freilich ein Verbrechen, allein die Begehung desselben
"ist durch das Zutrauen des Uebergebers erleichtert worden und

"Borsicht, den sich der Lebergeber zu Schulden kommen ließ, "büßen zu machen." So weit Schnell. Ihm gegenüber beruft sich Leuenberger darauf, daß jede Beschränkung der Bindication auf einer juristischen Singularität beruhe und daß das bernische Recht eine solche Singularität nirgends anerkenne, vielmehr das Bindicationsprincip allgemein und unbedingt sanctionire (s. 409). Es scheint demnach, daß bei der Umarbeitung des ersten Entwurfs aus bloßem Bersehen, die Borschrift betreffend die Bindication des anvertrauten Gutes weggefallen ist, und daß dann die Praxis die hierdurch verursachte Lücke anfänglich in Uebereinstimmung mit dem ältern Rechte, später aber im Sinne der römischen Anschauungsweise ergänzt hat.

Aargau giebt ebenfalls dem Eigenthümer ganz unbedingt das Recht, seine Sache von jedem Inhaber zurückzusordern (§. 455) und auch Tessin steht dem römischen Rechte weit näher als dem französischen Code, indem es an die Stelle des Sapes "en sait de meubles la possession vaut titre" solgende Regeln ausnimmt:

Urt. 1212. Si prescrive il dominio di cose mobili possedute di buona fede pel corso di tre anni. Per riguardo ai mobili il possesso si presume acquistato con giusto titolo.

1213. Al possessore di cose mobili non si può opporre la mala fede dopo il corso di dieci anni.

# en Coia nadijurijo o naditomašo **5. 340.**miliograpis Oo o o o o copaisto

Wenn ich zum Schlusse nun noch einmal auf das Bershältniß des römischen zu den modernen Rechtsspstemen (§. 36 u. f.) zurücksommen soll, so kann ich mich eben so kurz als bestimmt dahin aussprechen, daß mir die Bedingungen des Eigenthumsserwerbs weit weniger wichtig zu sein scheinen, als die Gestaltung des Eigenthumsschutzes. Wo die Interessen des Verkehrs durch Beschränkung der Vindication so energisch gewahrt werden, wie in Frankreich, Destreich, in der Westschweiz, in Luzern, Solosthurn und Jürich, da sehe ich in der That keinen rechten Grund, den Eigenthumsübergang irgendwie zu erschweren. In einem Rechtsspsteme hingegen, welches den redlichen Erwerber einer

Sache dem Eigenthumer gegenüber fast schuplos läßt, ift es allerdinge dringendes Bedürfniß, die Aenderung der rechtlichen Berr= schaft von einer entsprechenden Menderung in der außern Lage bes Objects abhängig zu machen, bamit britte Bersonen um so weniger der Gefahr einer Täuschung ausgesett find (§. 34).4) Demnach halte ich es für durchaus gerechtfertigt, daß die Römer die Uebertragung des Eigenthums durch bloßen Bertrag für unstatthaft erflärten. Immerhin aber muß ich Thibaut gegen= über zugestehen, daß die Nothwendigkeit der Tradition dem redlichen Verkehre schon an sich nur eine sehr schwache Garantie darbietet und daß diese Form durch das constitutum possessorium vollende zu einer reinen Illufion, zu einem blogen Schein und Schatten herabgedrückt werden fann. Roghirt 2) bemerft, das constitutum possessorium bestehe im römischen Rechte nicht, es sei erst von den Neuern fünstlich hinein interpretirt worden. So viel ift gewiß, daß es wenigstens bei den Römern nicht üblich gewesen sein fann, das Bersprechen des bisherigen Befigere der Sache, diefelbe fur den neuen Erwerber zu detiniren, als ein Surrogat für die Tradition zu behandeln, oder gar ein foldes Versprechen als sich von selbst verstehend vorauszuseten; 3) sonst ware wirklich ein erheblicher Unterschied zwischen dem französischen und dem römischen Rechte nicht mehr wahrnehm= 12-10161 URUS IN STREET

dirent devile

<sup>1)</sup> Schnell fagt in seinem Commentar zu S. 350 bes bernischen Gesetzes: "Da die Besitzergreifung der bürgerlichen Gesellschaft die Vers"pslichtung auflegt, den Besitz nicht eigenmächtig zu storen, so muß sie eine "änßere für Jedermann erkennbare Handlung sein. . . . Durch die "Absicht allein, eine Sache zu dem Seinigen zu zählen, kann sich Niemand "zum Besitzer machen, weil diese eine innere Handlung ist, durch welche "denjenigen, denen sie nicht durch die äußere Thatsache der Inhabung ans "gezeigt worden, keine Verpflichtung auferlegt werden kann."

<sup>2)</sup> Dogmengeschichte S. 208.

<sup>3)</sup> Daß den römischen Juristen die Annahme eines constitutum possessorium nicht sehr geläusig war, scheint mir z. B. aus der Ausdrucks-weise in l. 1, 77. D. 6, 1. hervorzugehen. Eine Frau schenkt Jemandem, der nicht ihr Chemann ist, ein Grundstück durch einen Brief und pachtet es von ihm. Nun wird gesagt, "man könne behaupten (posse defendi), daß dem Beschenkten die Eigenthumsklage zustehe, quasi per ipsam acquisierit possessionem, veluti per colonam."

bar, und es könnte in der That der Grundsatz "traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" mit gutem Grund als etwas sehr Kahles bezeichnet werden.

So steht die Sache auch gegenwärtig noch da, wo der fragliche Sat Geltung hat, z. B. in Zürich. Wenn in Berbindung mit einem die Uebertragung des Eigenthums bezwecken= den Geschäfte gleichzeitig im Ernste und in guten Treuen eine andere Uebereinkunft abgeschlossen wird, die nicht ausgeführt werden fann, ohne daß der bisherige Gigenthumer Inhaber der Sache bleibt, wirkt diese lettere ohne allen Zweifel wie ein constitutum possessorium. Aber es ist ganz und gar nicht üblich, einem Raufe eine Nebenabrede, durch welche das Raufs= object bei dem Berkaufer deponirt wird, beizufügen, bloß um den Uebergang des Eigenthums ohne wirkliche Tradition zu bewirken, und überdieß werden solche Rebenabreden, wo sie ausnahmsweise vorkommen, mit Mißtrauen aufgenommen, weil fie fehr häufig dazu dienen, gesetliche Borfchriften jum Schute der Gläubiger, Erben u. s. f. zu umgehen. Es ist bereits oben (§. 32) erwähnt worden, daß Bern und Lugern es für gut gefunden haben, gegen eine folche migbrauchliche Unwendung des constitutum possessorium Borforge zu treffen. Das neue Civilprocefigeset des Staats New-Nort stellt in S. 1780, Biffer 42 geradezu die Vermuthung auf: "Daß ein Verkauf von "Fahrhabe, welcher nicht mit einer Uebertragung des Befites "an den Käufer verbunden ift, auf Schädigung der Glänbiger "des Berfäufers oder derjenigen Berfonen, welche die gleiche "Sache nachher von dem gleichen Berfäufer in gutem Glauben "erworben haben, betrüglicher Weise berechnet gewesen fei." តែលណ្ឌ សន្តិស្ថិត (ស៊ីស៊ី ស៊ី ទី ទី ១ និង គឺស៊ី ស្រីស៊ីស៊ី ប្រើក្រុម ម៉ែម៉ាម៉ែរ៉ិស៊ី មេរិក ១៥៥ ភូមិស្គីសមត្ថិស ន<del>ិកសុសស៊ី </del> ១១០ ប្រិស្សិកទី២ សេចស៊ី

IV. Der Schutz des Besitzes.

strageben requirement untermination and bright

and parting at 1. Das Necht der Selbsthilfed in moun old ang

gene and ung a language 41. and di na ilversid reguid

Die Befugniß, den Besitz gegen gewaltsame Störungen zu vertheidigen, fließt nicht aus dem Wesen des Besitzes; sie wur-

zelt im öffentlichen, nicht im Privatrechte. Ein solcher Angriff ist immer direct oder indirect eine Kränkung der Verson des Besitzers und zugleich eine Verletzung der öffentlichen Ordnung die sich mit der Eigenmacht nicht verträgt (§. 6). Auf die Beschaffenheit des Besitzes kommt es daher gar nicht an, und es besteht sogar in dieser Beziehung nicht einmal ein Unterschied zwischen dem Besite und der bloßen Detention.

Sieraus erklärt es sich, daß der französische Code civil und die ihm folgenden Gesetzgebungen der Westschweiz diese Materie gar nicht behandeln. Side bleibe, teien biefe leiner abne

Bern (§. 360), Luzern (§. 232) und Aargau (§. 448) gestatten in Uebereinstimmung mit Destreich (§S. 339. 344. 19), die Gewalt mit Gewalt abzutreiben, vorausgesett, daß die rich= terliche Hilfe nicht bei der Hand sei. Freiburg (s. 444) sagt ohne allen Vorbehalt: Il est permis d'opposer la force à la force au moment du troubles ism mommatres serveres de la constitución de la constitución

Solothurn (s. 670) fertigt die Frage nach dem Schute des Besitzes mit der sehr allgemeinen und nichtsfagenden Antwort ab: "Der Besitzer einer Sache oder einer Dienstbarkeit hat das "Recht, dieselben (?) zu schützen." Die Civil-Procefordnung, auf welche verwiesen wird, giebt ebenfalls keinen irgend erheb= lichen Aufschluß, indem sie in \$0 360 einfach vorschreibt: wer auf widerrechtliche Weise in seinem Besitze gestört werde, habe seinen Gegner vor den Richter zu laden. Ich werde daher unter der Rubrif "Schut des Besitzes" die solothurnische Gesetzgebung nicht weiter erwähnen. Groff is inchalt alle die naren der

and add solvers. Burich unterscheidet (in §§. 501 und 503) zwischen "un= befugter Gewalt oder Beeinträchtigungen, die ein Bergehen begründen" und anderweitigen eigenmächtigen Störungen des Besitzes. Gegen Angriffe der ersteren Art darf jeder Besitzer sich felbst vertheidigen. Singegen Berletzun= gen, die weder als Vergeben erscheinen, noch den Charafter unbefugter Gewalt an sich tragen, berechtigen bloß zur Unrufung gerichtlicher Silfe, und es wird überdieß sonderbarer Beise diese Bilfe nur dem redlichen Besitzer zugesichert. Das zurcherische

Recht macht sogar jede Klage aus widerrechtlich entzogenem Besitze von der Redlichkeit des Spoliirten abhängig (§. 505). Es steht in dieser Beziehung ganz vereinzelt da. 1) Selbst das canonische Recht, das doch die Rücksicht auf die bona fides auf die Spitze treibt, ist weit entfernt davon, den gewaltsam aus dem Besitze Verdrängten vorerst nach der Beschaffenheit seines Erwerbtitels und seiner Gesinnung zu fragen, bevor es seiner Klage Gehör giebt. Eine solche Untersuchung läßt sich am Ende begreifen, wenn der Beflagte behauptet, daß der Kläger ihm gegenüber auf unredliche oder fehlerhafte Weise sich den Besit angeeignet habe, wiewohl auch diese Einrede kaum in irgend einem modernen Rechtsspsteme zugelaffen wird.2) Gin absoluter Ausschluß der Rlage des unredlichen Besitzers bin= gegen ist theoretisch und practisch gleich unhaltbar. Bei Mobilien macht sich die Sache ganz von felbst. Der Beraubte erhält gang gewiß die geraubten Sachen zurück, ohne daß die Beschaffenheit seines Besitzes untersucht wird. Ich will aber von solchen extremen Källen absehen und mich an das Beispiel halten, durch welches der Commentar den §. 503 zu erläutern sucht. "Mit dieser Besitesklage (heißt es) kann der redliche "Besitzer eines Grundstücks den Nachbar verhindern, daß er "durch dasselbe gehe u. f. f." Gerade hier scheint mir auf die bona sides des Besitzers nicht das Mindeste anzukommen. Diefelbe wird in allen den Fällen, in denen der Nachbar eigenmächtig und ohne Rechtsgrund den Besitz gestört hat, kaum zur Sprache gebracht werden.

### **§**. 43.

Abgesehen von der soeben besprochenen Beschränkung des Klagerechts des unredlichen Besitzers (§. 503 Zürich) besteht

<sup>1)</sup> Das luzernische Civil-Procefigesetz spricht sich in §§. 317 und 318 so aus, wie wenn nur der rechtliche oder redliche Besitz Anspruch auf Schutz hätte. hingegen das Civil-Gesetz (§§. 232 und 235) garantirt jeden Besitz gegen widerrechtliche Störungen.

<sup>2)</sup> Im ältern römischen Recht kann die exceptio vitiosæ possessionis dem interdictum U. V. entgegengeset werden, im neuern nicht mehr.

zwischen dem zürcherischen Gesetze auf der einen und Destreich, Bern, Luzern u. s. f. auf der andern Seite kaum ein erheblicher Unterschied. Die Fälle, in denen Destreich nicht gestattet, Geswalt mit Gewalt abzutreiben, weil die richterliche Hilfe füglich abgewartet werden kann, entsprechen den nicht unter den Begriff eines Bergehens fallenden eigenmächtigen Störungen des Bessitzes, gegen welche Zürich ebenfalls keine Selbsthilfe zulassen will. Es wird namentlich der Kampf um den Besitz eines Grundstücks nicht leicht mit den Fäusten durchgesochten werden dürsen. Selbst Freiburg, welches in s. 444 unbedingt zu erlauben scheint, der Gewalt Gewalt entgegenzusetzen, fügt doch die Beschränkung hinzu: au moment du trouble i) und deutet überdieß in s. 445 verständlich genug an, daß der richtige Weg, um sich gegen Störungen im Besitze eines Grundstücks zu schützen, die Auswirkung eines gerichtlichen Berbotes sei.

Daß die Selbstvertheidigung nur gegen unbefugte Gewalt zulässig ist, versteht sich ganz von selbst. Es frägt sich
aber, in welchen Fällen ein gewaltsamer Angriff auf den Besits
als berechtigt, der Widerstand gegen denselben als unzulässig zu
betrachten sei. In der Regel wird sich der Besitser nur der
Staatsgewalt und ihren in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen sich bewegenden Organen zu fügen haben. Selbst der einsache Bürger, der ausnahmsweise in der Lage sich besindet,
einen Verbrecher zu verhaften oder ihm seine Beute abzujagen,
handelt nicht in seiner Privatstellung, sondern unter öffentlicher Autorität. Kein Rechtsspstem bezeichnet die Bedingungen der
Selbsthilse in der Form des Angriffs und der Vertheidigung
so genau, wie das englische.

<sup>1)</sup> Der Ausbruck moment wird freilich nicht allzu ängstlich ausgelegt werden dürfen. Wie ein Hinz und Herwogen des Kampses aufzusassen ist, zeigen folgende Aussprüche römischer Juristen l. 17. D. 43, 16: Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu reciperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est. l. 3. §. D. eod. Eum igitur qui cum armis venit, possumus armis repellere. Sed hoc consestim, non ex intervallo; dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne dejiciatur; sed et si dejectus quis superit, eundem dejicere non ex intervallo sed ex continenti.

2. Die persönlichen Rlagen aus widerrechtlich gestörtem Befige.

#### S. 44.

Dem Besitzer fällt im Eigenthumsprocesse die vortheilhafte Rolle des Beklagten zu. Im Zweifel ift zu feinen Gunften zu entscheiden, indem die Beweislast den Kläger trifft. Bei provisorischen Berfügungen ift dem Besitzer der Borzug zu geben. hieraus erklärt es fich, daß fehr oft dem Streite über das Eigenthum ein Borgefecht über den Besitz vorangeht, sei es, daß jede der beiden Parteien sich den Besitz zuschreibt, sei es, daß zwar der gegenwärtige Besit außer Zweifel liegt, aber als ein rechtswidrig erworbener angegriffen wird. Die Erscheinung, daß beide Parteien behaupten, fich im Befite zu befinden, kommt namentlich bei Streitigkeiten, die fich auf Grundstücke beziehen, und besonders bei Grenzstreitigkeiten gar nicht selten vor. Dergleichen Vorfragen sind ganz einfach wie alle andern quæstiones facti zu behandelu. Unsere Gesetze enthalten feine positiven Vorschriften über das dießfällige Verfahren, weßhalb ich mich auch mit demfelben nicht weiter beschäftigen will. Es bleibt mir daher nur noch übrig, die zweite Möglichkeit in's Auge zu fassen, ernormal eine bereichen ber offen

# a. Die Gesetze der deutschen Schweiz.

#### S. 45.

Die Gesethücher der Mittelschweiz (Bern §. 371, Luzern §. 235, Aargau §. 450, Freiburg §. 459) schreiben in Uebereinstimmung mit Destreich (§. 346) vor, daß derzienige, der in rechtswidriger Form (oben §. 14) aus dem Bessie irgend einer Art verdrängt worden ist, binnen der ordentlichen Berjährungsfrist eine Klage auf Wiederherstellung des frühern Zustandes und auf Ersat des ihm zugefügten Schadens habe. Es versteht sich ganz von selbst, daß die Klage nur gegen den Urheber des Schadens gerichtet werden kann. Der Klagegrund ist eben das Delict des Beslagten, welchem daher auch die Einrede eines stärferen Rechts auf die Sache versagt wird, während ihm unbenommen bleibt, nach Wiederherstellung des dem Kläger entzogenen Besitzes diesen hinwiederum mit einer dinglichen oder mit einer persönlichen Klage zu belangen.

Daß das zürcherische Gesetz (§. 505) nur dem red= lich en Besitzer die Klage gestattet, ist bereits oben in §. 42 zur Sprache gesommen. Ueberdieß weicht Zürich noch in zwei Punkten von Bern, Luzern u. s. f. ab. Fürs Erste kann auch der dritte Besitzer der Sache belangt werden, wenn er bei Erwerbung derselben wußte, daß sie dem Kläger auf widerrechtliche Weise weggenommen worden sei (§. 507). Dagegen ist dann zweitens die Klage nicht länger als sechs Monate, vom Entzuge des Besitzes an gerechnet, in ihrem ganzen Umfange, zulässig, indem nach Ablauf dieser Frist der Beklagte nur noch so weit haftet, als er aus dem begangenen Unrecht bereichert worden ist (§. 508).

Die der neuern Gestalt der actio spolii entsprechende Ausschnung der Klage auf den dritten unredlichen Erwerber der Sache ist gewiß ganz billig und angemessen, während hingegen eine so kurze Verjährungsfrist für die aus einem Delict hersrührende Ersappslicht schwer zu rechtsertigen sein dürste. 1) Was der Commentar zu S. 508 anführt, erklärt bloß die Nothwendigskeit, nach Ablauf einer gewissen Zeit dergleichen Sachen in der Form des ordentlichen Processes verhandeln zu lassen, nicht aber die möglicher Weise der Zerstörung gleich wirkende Metamorsphose des materiellen Klagrechtes.

b. Die Gesetze ber Westschweiz.

#### S. 46.

Die Vorschriften über die Klagen aus dem Besitze sinden sich nicht im Code civil, sondern im Code de procédure civile (§§. 23—27). Es beziehen sich diese Vorschriften bloß auf den Besitz von Grundstücken, weßhalb von den meisten Schriftstellern behauptet wird, es sinde bei den Mobilien überall keine possessorische Klage Statt. 2) Diese auffallende Erscheinung sucht man aus dem Art. 2279 des Code (En fait de meubles

<sup>1)</sup> Die Spolienklage verjährt erst nach 30 Jahren.

<sup>2)</sup> Bruns 449. Zacharia=Anschütz I, 452. Dagegen Renaud, fritische Zeitschrift für R. W. bes A. XIX, 409.

la possession vaut titre. Celui qui a perdu ou auquel il a été volée une chose peut la revendiquer pendant trois ans etc.) ju erklären. Go fagt Brund: In den Fällen des Diebstahls und des unfreiwilligen Berlurstes falle die réintegrande (die Klage auf Wiederherstellung des Besitzes) mit der revendication zusammen; in andern Fällen könne sie nicht zugelaffen werden. ohne die Regel "la possession vaut titre" zu verleten. Dieses Raisonnement ist aber offenbar ungenau. Die reintegrande hat einen ganz andern Klagegrund als die Vindication; von einem Zusammenfallen dieser beiden Rlagen kann also nicht wohl die Rede sein. Der Beraubte (Bestohlene, Betrogene u. f. f.) fann in Frankreich gewiß so gut, wie sonst überall in der Welt. den Urheber des Raubs (Diebstahls, Betrugs u. f. f.) mittelst einer perfönlichen Rlage, bei welcher die Gigenthumsfrage gar nicht zur Sprache fommt, zur Berausgabe der Beute und zum Schadenersate anhalten. Man kann wohl unbedenklich be= haupten, daß in den Kantonen der westlichen Schweiz, welche bas frangöfische Recht adoptirt haben, die in Bern S. 371, Luzern S. 235, Margan S. 450 und Freiburg S. 459 aufgestellten Regeln betreffend das Klagerecht deffen, dem der Befit einer beweglichen Sache in widerrechtlicher Form entzogen worden ist, unbedingt anwendbar seien. Das im Art. 1382 des französischen Code (Waadt 1037, Wallis 1261 2c.) nieder= gelegte Princip (Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le reparer) läßt hierüber keinem Zweifel Raum, wenn es überhaupt nöthig sein sollte, für etwas, das sich so fehr von selbst versteht, einen Gesetzest anzuführen. Ueber dergleichen Fragen werden übrigens selten Processe geführt, weil sie ent= weder nebenbei in einem blogen Anhange des Strafurtheils geordnet, oder auch je nach den Umständen von der Polizei in fehr summarischer Weise erledigt werden.

#### S. 47.

Was nun den Besitz von Grundstücken betrifft, so gab es im ältern französischen Rechte zum Schutze desselben drei ver= schiedene Rechtsmittel: la complainte (gegen partielle Störun=

gen); la réintegrande (bei totaler Entziehung des Besites) und la dénonciation de nouvel œuvre. Die gegenwärtige Gesetz gebung kennt nur Eine poffessorische Rlage. Es muß sich die= felbe auf einen Befit ftugen, der wenigstens Gin Jahr lang öffentlich und friedlich ausgeübt und von dem Beklagten oder seinem Erblasser innerhalb des letten Jahres irgendwie gestört oder bedroht worden ift. Sie ist also nur Ein Jahr lang, von der Störung an gerechnet, statthaft. Sie ist persönlich und geht nur gegen den Urheber der Störung und deffen Er= ben. 1) Auf den Titel und auf die bona fides des Besitzers kommt nichts an; ebensowenig auf die Korm des Erwerbs. Es genügt, daß ein irgendwie erworbener Befit fpater ein Sahr lang öffentlich und friedlich ausgeübt worden ift. Nur ift wohl zu beachten, daß, wer eine Sache für einen Undern (précairement - oben §. 14) detinirt, nicht als Besitzer gilt und die Detention nicht in Besitz umwandeln kann (Code art. 2236—2241).

Ich erlaube mir, hier zur Erläuterung einen Auszug aus einer Abhandlung von Demante (sur les vices de la possession en matière de prescription et d'actions possessoires)<sup>2</sup>), welscher das Verhältniß des französischen zum römischen Rechte kurz und bündig bezeichnet, einzuschieben.

Die Kömer unterscheiden mit Hinsicht auf die vitia possessionis zwischen der Ersitzung und den Interdicten. Was die Ersitzung betrifft, so haftet der Fehler gewissermaßen an der Sache selbst, welche gestohlen oder geraubt worden ist. Er schadet sogar einem spätern Besitzer, der sie in gutem Glauben erworben hat, und nützt dem Eigenthümer, auch wenn die Gewalt oder der Diebstahl ursprünglich nicht gegen ihn gerichtet war. Die Möglichkeit der Ersitzung tritt nicht wieder ein, bis die Sache in die Hand, des Eigenthümers zurückgelangt und dadurch der Fehler gewissermaßen getilgt worden ist. Dagegen

<sup>1)</sup> Einzelne Juristen (z. B. Duranton und Troplong) wollen bie Klage auch gegen ben britten Besitzer zulassen, weil die Klage auf einem dominio præsumto beruhe (Zachariä-Anschütz I, 459).

<sup>2)</sup> Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse Bb. I, 24.

ift der Prator mit Sinsicht auf die Interdicte weniger ftreng. Wer fich einer Sache beimlich oder gewaltsam bemächtigt, wird gleichwohl aller Welt gegenüber durch die Interdicte geschütt, nur steht demjenigen, welcher durch die heimliche oder gewaltsame Besitzergreifung beeinträchtigt worden ift, eine Ginrede zu. Die Besitzsehler wirken also im Gebiete der Usucapion streng absolut, im Gebiete der Interdicte relativ. Die alte französische Jurisprudenz adoptirte die römische Doctrin betreffend die Interdicte, applicirte fie aber nicht bloß auf die Besit= klagen, sondern auch auf die Ersitzung. Das moderne Recht hingegen macht zwar ebenfalls keinen Unterschied zwischen der Ersigung und der Berjährung, hat aber das Berhältniß geradezu umgekehrt: Die Besitsfehler wirken in beiden Richtungen absolut, oder mit andern Worten: ein gewaltsamer oder heime licher Besit ist in allen Beziehungen Jedermann gegenüber fraftlos. Die Strenge dieser Theorie wird indeß durch das in Art. 2233 neu eingeführte Princip wesentlich gemildert. Sobald der gewaltsam oder heimlich erworbene Besitz den Charafter eines friedlichen und öffentlichen Zustandes annimmt, fängt die Er= figung an zu laufen und wenn vom Augenblicke diefer Um= wandlung an ein Sahr verstrichen ift, fo fann der Besiger fogar gegen benjenigen, ben er aus dem Befite verdrangt bat, die possessorische Rlage anstellen.

Was endlich das Precarium betrifft, so zeigt Demante, daß dieser Ausdruck im Code civil eine ganz andere Bedeutung hat als im römischen Rechte, wie denn überhaupt die römische Lehre von den Besitzsehlern durch den Code civil von Grund aus umgestaltet worden sei und nur mit der größten Vorsicht bei der Auslegung des Gesetzbuches zu Rathe gezogen werden könne.

#### **s.** 48.

Das Princip des französischen Rechts, daß der Besitz eines Grundstücks keinen Anspruch auf vollwirksamen Schutz haben solle, so lange er nicht ein Jahr lang gedauert habe, ist sehr sonderbar. Bruns!) bemerkt ganz richtig, daß die Gründe,

<sup>1)</sup> Befit S. 448.

mit denen die französische Jurisprudenz diesen rein historisch zu erklärenden Satz legislativ zu rechtsertigen suche, sehr ungenüsgend seien. D'Epinay i ist der Ansicht, daß die alte préscription annale sich einsach in den Schutz der possession annale umgewandelt habe, nachdem unter dem Einfluß des rösmischen Rechts eine längere Ersitzungsfrist zur Geltung gesommen sei. Aber zur Zeit, als noch der Besitz durch einjährige Dauer sich in Eigenthum umwandelte, war doch auch ein fürzerer Besitz nicht ungeschützt einem seden Angriff Preis gegeben. Ein solcher fürzerer Besitz wurde durch die Verlängerung der Ersstungsfrist in keiner Weise berührt. Es kann daher auch die gegenwärtige französische Gesetzgebung unmöglich aus der Gesschichte der Ersitzung erklärt werden.

Weit befriedigender scheint mir die Art, wie Warnkönig 2) bas Rathfel zu lösen sucht. Es wurde im altern Rechte zwischen dem Besithe, der Jahr und Tag gedauert hatte (saisine) und dem einfachen Besitze (possession, possessio momentaria) unterschieden. Die saisine verlor man nicht durch bloße Dejection, fondern nur durch Präscription von Jahr und Tag. Go lange diese nicht eingetreten war, konnte der Dejicirte, ungeachtet er den Besitz verloren hatte, sich der complainte bedienen, indem er einfach sich darauf bezog, daß er in seiner saisine gestört sei. Wer hingegen aus der possessio momentaria verdrängt wurde, dem stand bloß eine persönliche Rlage auf Wiederherstellung des Besites, la réintegrande, offen, während wohl die complainte, die sich auf Besit von Sahr und Tag ftütte, der Natur der Sache nach einen dinglichen Character haben mußte, da ja Jeder, der die Sache dem Rläger vorenthielt, ihn in seiner saisine ftorte. 3) Später wurde dieses Berhältniß zwischen den

2) Französische Rechtsgeschichte II, 308—315.

<sup>1)</sup> De l'influence du droit canonique etc. p. 189 sq.

<sup>3)</sup> Hiemit ist Delbrück über die Fortvauer der dinglichen Klage des deutschen Rechts im Mittelalter (S. 113) zu vergleichen. Was Delbrück von der Auffassung der possessio civilis und des interdictum uti possidetis im Mittelalter sagt, paßt ganz auf die saisine und die complainte des altsranzösischen Rechts. Auch wurde von den französischen Juristen selbst die complainte mit dem interdictum uti possidetis, die reintegrande

beiden Klagen nicht mehr recht verstanden, und so kam man dazu, dieselben auf unpassende Weise zu verschmelzen und die Bedingungen der complainte auch auf die reintegrande auszudehnen, wobei nothwendig eine bedeutende Lücke entstehen mußte, die sich indeß aus leicht zu erkennenden Gründen mehr in der Theorie als in der Praxis fühlbar macht.

#### **§**. 49.

Es ist nicht uninteressant, die neuenburgische Coutume, wie fie von Calame dargestellt wird, dem altern frangofischen Rechte gegenüber zu stellen. Nach jener Coutume hat ein Be= fit, der weniger als acht Tage gedauert hat, gar feine Bedeutung. Die Fortsetzung desselben fann von dem frühern Befiker durch ein gerichtliches Berbot (défense) untersagt werden. Sat ber Besit länger als acht Tage, aber noch nicht Jahr und Tag gedauert, so steht dem frühern Besitzer immer noch eine posses= forische Rlage offen, und zwar scheint der altere Besit gang im Sinne der Untersuchungen von Delbrück dem gegenwärtigen Besitze vorzugehen. 1) Nach Jahr und Tag ist nur noch eine petitorische Klage möglich. Bei Mobilien hat der Besitz vom ersten Augenblicke an die gleiche Bedeutung wie der Besitz eines Grundstücks nach Ablauf von Jahr und Tag. (Was den letsten Sat betrifft, so verweise ich auf das oben S. 46 über das französische Recht Gesagte.)

Das Gesetz des Kantons Waadt stimmt mit dem französischen Rechte gänzlich überein (Code civil 1645 und Code de procédure civile §§. 397 und 398).

Das Civilproceggesetz von Genf vom Jahr 1819 (Tit. XIX, §. 260 und 261) weicht einzig darin ab, daß es aus=nahmsweise im Falle einer gewaltsamen Dejection eine Klage

mit bem interdictum unde vi verglichen. (Siehe auch Schäffner, Geschichte ber Rechts-Berfaffung von Frankreich III, 304.)

<sup>1) &</sup>quot;Si la procédure qui s'instruit à la suite du plaintif (le plaintif = "l'action possessoire) met la preuve à la charge du plaignant, cette "preuve n'est que celle de la meilleure possession . . . . . Après "l'an et jour . . . il ne suffit plus . . . de prouver le fait d'une possession antérieure . . . " (Calame 185.)

auf Restitution gestattet, wenn schon der Besitz noch nicht ein Jahr lang gedauert hatte.

Wallis (Civilproceßgeset §§. 583 — 587) stimmt mit Genf überein und gestattet überdieß unter der bezeichneten Vorzaussetzung die Restitution selbst ohne Rücksicht darauf, ob der gewaltsam gestörte Besitz fehlerfrei gewesen sei oder nicht.

### 3. Die dingliche Rlage (actio Publiciana).

#### **§**. 50.

Der französische Code civil gedenkt der actio Publiciana nicht ausdrücklich; auch ist diese Klage dem französischen Gerichtsgebrauch unbekannt. Der rheinische Appellationsgerichtshof hat sie in zwei Fällen zugelassen, in einem dritten verworfen. 1)

Eine dingliche Klage aus älterem Besitze im Sinne Delsbrücks ließe sich auf die Vermuthung, daß der Besitzer Eigensthümer sei (oben §. 20 verglichen mit §. 4) gar wohl gründen. Es ist aber diese Consequenz aus jener Vermuthung bis jetzt weder von der Theorie noch von der Prazis flar und bestimmt hergeleitet worden. Doch sprechen sich mit Beziehung auf gestohlene und verlorene Sachen gewichtige Autoritäten dafür aus, daß der Ausdruck revendiquer im Art. 2279 ungenau gebraucht sei, indem der Kläger nicht sein Eigenthum, sondern bloß den Diebstahl oder das Verlieren zu beweisen brauche. 2)

Die Gesethücher der Westschweiz stehen ganz auf dem Boden des französischen Rechts. Einzig Freiburg macht eine Ausnahme und muß besonders hervorgehoben werden. Das freiburgische Gesetz hat zwar ebenfalls die Publiciana nicht in klarer und unzweideutiger Weise eingeführt, ungeachtet es sich sehr enge an das östreichische Gesethuch anschließt. Aber die sonderbare Redaction des von der Eigenthumsklage handelnden §. 5393) nöthigt beinahe zu der Annahme, daß der Gesetzgeber

<sup>1)</sup> Zachariä=Anschüt I, 554.

<sup>2)</sup> Renaud Zeitschrift f. R. W. bes Auslandes XVII, 156. Del= brud 245.

<sup>3)</sup> La propriété d'une chose peut-être revendiquée de quiconque en est détenteur ou possesseur sans cause légitime.

nicht an die eigentliche Bindication, sondern an die dingliche Besitztlage und an eine Abwägung der Besitztiel des Klägers und des Beklagten gedacht habe. Denn dem Eigenthümer gegen- über muß doch jeder Besitzer weichen, gleichviel, ob er sich auf eine cause légitime stützen könne oder nicht.

### §. 51.

Das östreichische Gesetz giebt dem rechtmäßigen Besitzer ausdrücklich eine mit der actio Publiciana verwandte dingliche Klage. Die dießfälligen Borschriften sind zunächst sast wörtzlich in das luzern is sche Gesetzbuch (§S. 259 und 260) und sodann — etwas stärker modisscirt — auch in das zürzch erische (§S. 516 und 517) übergegangen. Doch beschränken sich Luzern und Jürich darauf, im Allgemeinen den Grundsatz auszusprechen, daß bei Gleichheit des Titels der Kläger abgewiesen werden müsse, ohne irgendwie die Principien anzudeuten, nach denen die relative Güte der beidseitigen Besitzesgrundlagen zu würdigen sei. In dieser Richtung scheint also die Wissenschaft und die Praxis sich frei bewegen zu dürsen.

Wenn freilich die Entstehungsgeschichte der beiden Gesesbücher maßgebend wäre, so müßte wohl bei Luzern das östreischische und bei Zürich das römische Recht zur Auslegung zu Hilfe genommen werden. Namentlich unterliegt es nicht dem mindesten Zweisel, daß die zürcherische Gesetzes-Nevisions-Commission bei Feststellung der §S. 516 und 517 sich ganz unter dem Einflusse des römischen Rechtes befunden hat. Der ur-

<sup>1)</sup> S. 372. Weun der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigensthums einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gülstigen Titel und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, darsgethan hat, so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen oder nur einen schwächern Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten. S. 373. Wenn also der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag; oder wenn er die Sache ohne Entgeld, der Kläger aber gegen Entgeld erhalten, so muß er dem Kläger weichen. S. 374. Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, so gebührt dem Geklagten kraft des Besitzes der Borzug.

sprüngliche Entwurf (§, 843) schrieb die Abweisung des Klägers nur für den Fall eines bessern Besitzrechtes des Beklagten vor. Dieß wurde dann im Hinblicke auf die für die actio publiciana geltenden Grundsätze dahin abgeändert, daß nicht nur bei besserem, sondern auch bei gleichem Besitzrecht dem Beklagten der Borzug gebühre. Dabei waltete allerdings die Meinung ob, daß der Beklagte ein gleiches Besitzrecht habe, sobald er ebenfalls justa causa und bona sides für sich geltend zu machen im Falle sei.

Bei dieser Auffassung wäre die Wirksamkeit der dinglichen Besitzechtöklage in die allerengsten Grenzen eingeschlossen, und es würde das jezige Gesetz trot dieses neu eingeführten Rechts=mittels das präsumtive Eigenthum in geringerem Maße schüßen als die frühere Prazis, welche dem Kläger schwerlich die probatio diabolica zugemuthet und jedenfalls von dem Bestohlenen nur den Beweis des Diebstahls, nicht denjenigen des Eigen=thums verlangt haben würde; giebt es doch sogar Romanisten, welche einer Erleichterung der Bindication das Wort reden! 1)

Ich glaube nun aber, mich keiner Reperei schuldig zu ma= chen, wenn ich bloß den Text des Gesetzes und nicht die Un= schauungsweise der Behörden, welche denselben abgefaßt haben, als bindend betrachte, und demnach dem Manne der Wiffen= schaft sowohl als dem Richter die Befugniß vindicire, selbst= ständig zu entscheiden, welche Momente ein gleiches oder besseres Besitzrecht auf Seite des Beklagten bedingen. Ich bin nament= lich ganz entschieden der Ansicht, daß man dem Gesete, wie dasselbe nun einmal vorliegt, gar feine Gewalt anthue, wenn man bei jenem Entscheide nicht von dem abstracten Begriffe des rechtmäßigen und redlichen Besitzes ausgeht, sondern unter Berücksichtigung der concreten Verhältniffe untersucht, welche der beiden Parteien die Präsumtion des Gigenthums für sich habe. Siebei fommt man fast nothwendig dazu, der dinglichen Klage gegenüber nur diejenigen Ginreden zuzulaffen, welche Delbrück in S. 66 feines Werkes zusammengestellt bat.

<sup>1)</sup> Bring, Panbeften, 1, 246.

Gin näheres Eingehen auf die Combinationen, welche übers haupt vorkommen können, wird dieß sofort klar machen.

1. A besitzt eine Sache rechtmäßig und redlich. Sie wird ihm von B gestohlen. C fauft sie von B in gutem Glauben. Bier hat C offenbar einen schlechtern Titel als A, weil es fest= fteht, daß ihn B nicht zum Gigenthumer gemacht bat. Wenn nun die Sache durch noch so viele Hände an Z gelangt, so klebt dem Titel eines jeden Nachmanns von B immer das gleiche Gebrechen an, fo lange daffelbe nicht durch die Erfitung (die in Zürich, aber nicht in Luzern, an gestohlenen Sachen möglich ift) als beseitigt erscheint. 2. Chat die Sache in gutem Glau= ben von B gefauft; der hinwiederum behauptet, sie von A ge= fauft zu haben. So lange diese lettere Behauptung nicht er= wiesen ist, steht der Titel des C und aller seiner Rechtsnachfolger bis auf Z demjenigen des A nach. Denn damit C oder Z als Eigenthümer betrachtet werden fann, muß (abgesehen von der Ersigung) zweierlei vorausgesett werden: a) daß A Eigenthümer gewesen sei und b) daß A die Sache an B veräußert habe. 3. Alle Källe, in denen der Beflagte Z dem aus älterem Befige flagenden A gegenüber auf den gegenwärtigen Besit sich ftutt, fallen nothwendig unter eine dieser beiden Combinationen. Da= her muß Z dem A nachstehen, wenn er nicht entweder auf die Ersigung sich stügen oder den Nachweis leisten kann, daß das Streitobject von A veräußert worden sei. Es ist aber immer= bin noch gedenkbar, daß Z fich auf einen frühern Besit ftuten fann, der älter ist als derjenige des A. 3. B. Z hat einen hund von X gefauft, der ihm von Y gestohlen und an A ver= fauft wird, später aber wieder seinem frühern Berrn Z zuläuft. In diesem Kalle kommt dann hinwiederum die Bräsumtion dem Beklagten zu Statten.

Daß der Eigenthümer selbst jedem Besitzer vorgeht, braucht nicht erst gesagt zu werden. Wo der Beweis des Eigenthums geführt wird, bleibt für Präsumtionen kein Raum mehr übrig. Ebenso ist es wohl nicht nöthig, zu erinnern, daß die dingliche Besitzstage den gleichen Beschränkungen unterliegt, wie die Eigensthumsklage selbst, daß also z. B. die Einrede des anvertrauten

Gutes der erstern eben so gut entgegensteht, wie der lettern (s. 517 Zürich).

#### S. 52.

Das zürcherische Geset (§. 516) giebt die dingliche Besitzerechtsklage nicht bloß dem Besitzer mit animus domini, sondern jedem redlichen und rechtmäßigen Besitzer, insofern das seinem Besitze entsprechende Recht durch eine dingliche Klage geschützt wird. Hier sind folgende Combinationen möglich: 1) A macht ein Pfand= oder Nießbrauchsrecht an einer in der Hand des C besindlichen Sache geltend. Er stützt seine Klage darauf, daß dieses Recht zu seinen Gunsten durch den Eigenthümer der Sache B constituirt worden sei. C bestreitet das Eigenthum des B. Unter der Voraussetzung nun, daß B mit Erfolg die Publiciana gegen C anstellen könnte, genügt auch für A der Beweis, daß B bei Bestellung des streitigen dinglichen Rechts redlicher und rechtmäßiger Besitzer der Sache gewesen sei.

2) A behauptet, daß C selbst ihm das Pfandrecht oder den Nießbrauch besiellt habe. Für diese Behauptung hat er natürlich den Beweis zu leisten, und um diesen Punkt wird sich der ganze Streit drehen. Unter keinen Umständen kann A seine Klage auf die bloße Thatsache des ältern Besitzes gründen. Im Sinne des Gesetzes bilden Besitz, Titel und guter Glaube zusammen das Fundament der Klage.

Streng genommen kann man daher von einer Ausdehnung der Publiciana über den Eigenthumsbesitz hinaus nicht sprechen, sondern bloß sagen, daß der Pfandgläubiger und der Nutnießer die Publiciana gewissermaßen als Stellvertreter des Eigenthums-besitzers anzuheben berechtigt seien.

#### S. 53.

Das solothurnische Gesetz legt dem Bindicanten im \$. 707 den Beweis auf, "daß er die Sache auf gültige Art "erworben habe;" eine Redaction, welche es zweiselhaft läßt, ob bloß ein tauglicher Titel oder überdieß das Eigenthum des Autors dargethan werden müsse.

Das aarganische Gesetz enthält gar feine Vorschrift, die unsere Materie beschlagen wurde. Singegen bleibt mir nun noch übrig, das bernifche Gefetbuch etwas naher in's Auge zu faffen. Gine ausdrückliche Anerkennung der Bubliciana (wie in Destreich &. 372, Lugern &. 259 und Zurich &. 516) findet fich in demselben nicht. Singegen scheinen die Art. 410 und 411 1) durch ihre Fassung anzudeuten, daß von dem Bindicanten kein strenger Beweis des Eigenthums zu verlangen sei. Bei unbefangener Betrachtung des Art. 410 wird man faum verfennen fonnen, daß der Sieg des Klägers nicht von einem abfolut vollkommenen Erwerbsgrund, sondern bloß von einem Titel, der beffer ift als derjenige des Beflagten, abhängig ge= macht wird. Und im Art. 411 ist in gang unzweideutiger Weise das Prinzip, auf welchem die deutsche Klage aus älterem wider Willen verlorenem Besite beruht, ausgesprochen. Die Rlage geht gegen jeden Inhaber der Sache und der Kläger braucht nicht das Eigenthum, sondern nur den Diebstahl zu beweisen. In diesem Sinne wird denn auch das Gesetz von Schnell (Commentar zu Art. 410 und 411) verstanden. Leuenberger hingegen 2) bemüht sich, darzuthun, daß die fraglichen Borschriften Gigenthum als Rlagegrund voraussetzen. Sch brauche aber mit diesem Schriftsteller, deffen Autorität ich gerne anerfenne, um fo weniger ju ftreiten, da er dem Rlager die Wahl läßt, zwischen der Bindication und der Klage aus dem bessern Rechte zum Besitze. Diese Rlage, die er in Bd. I, S. 466 u. f. definirt, ist nichts Anderes als die Publiciana in modernem Gewande, oder Delbrücks Rlage aus älterem Befige. Leuenberger stütt die Zulaffung dieses Rechtsmittels, gegen welches von andern bernerischen Juriften Ginsprache erhoben

<sup>1) 410:</sup> Weist der Besther, welcher mit der Eigenthumsklage angegriffen wird, einen gleich guten Titel vor wie der Kläger, so soll dieser Lettere abgewiesen werden. 411: Auf eine entwendete Sache kann Niemand einen gültigen Titel erwerben, bis sie wieder in den Besitz desjenigen geskommen ist, dem sie entwendet werden. Dieser hat das Necht, jeden Inshaber derselben zu der Auslieserung der ihm entwendeten Sache anzushalten.

<sup>2)</sup> Borlesungen II, 226-231.

wird, nicht auf irgend eine gesetzliche Vorschrift, sondern bloß auf das practische Bedürfniß. Ich erblicke hierin einen neuen Beleg dafür, wie sehr der Vorzug des ältern Besitzes den Insteressen des Lebens entspricht und wie tief er selbst unbewußt in unserer Anschauungsweise wurzelt.

### 4. Der Fruchterwerb des redlichen Befigers.

#### S. 54.

Die Lehre vom Fruchterwerb des redlichen Besitzers gehört strenge genommen eben so gut wie die Vorschriften betreffend die Ersitzung in den von dem Eigenthum handelnden Abschnitt. Sie wird zwar von unsern Gesetzbüchern (diejenigen der Westschweiz ausgenommen) mit dem Besitze zusammengestellt; ich erlaube mir aber dessenungeachtet, sie hier mit Stillschweigen zu übergehen und nur einen einzelnen Punkt, der mir besonders interessant zu sein scheint, hervorzuheben.

Nach der Theorie von Savigny gehen die Früchte erst durch die Ersitung in das Eigenthum des bonæ sidei possessor der Hauptsache über. Es versteht sich daher ganz von selbst, daß im Falle der Vindication die Früchte der Hauptsache folgen. Wenn der redliche Besitzer nicht angehalten werden kann, den Werth der verzehrten Früchte zu ersetzen, so erklärt sich dieß einfach aus der billigen Kücksicht auf seinen guten Glauben, keineswegs aus den Eigenthumsverhältnissen.

Die meisten neuern Schriftsteller sprechen sich gegen diese Ansicht aus, die allerdings mit den Quellen kaum in Einklang gebracht werden kann. Man ist nun gegenwärtig so ziemlich allgemein darüber einverstanden, daß der bonw sidei possessor die Früchte durch die bloße Separation gerade so erwirbt, wie wenn er Eigenthümer der Hauptsache wäre. Die Früchte sind bis zu ihrer Trennung von der Hauptsache nichts Anderes als ein Theil derselben; nachher aber gelten sie mit Grund als eine durchaus neue und selbstständige Sache, die als solche noch nicht

<sup>1)</sup> Dagegen Windscheid, Zeitschrift für Civil-Recht und Proces. R. F. IV, S. 58.

im Eigenthum irgend einer Person sich befunden hat, und sie fallen dem redlichen Besitzer zu, weil sie gewissermaßen durch seinen Willen zur Existenz gelangt find. Die Sauptsache ift in der Sand des Besitzers ein Werfzeug der Production, das er vermöge feines guten Glaubens nach Belieben in Bewegung setzen oder ruhen laffen kann. Aus dem Gesagten folgt, daß der bonæ sidei possessor die Früchte nicht zu ersitzen braucht und daß er fie nicht ersigen kann, eben weil fie ihm bereits gehören. Wenn er fie veräußert, geben fie unbedingt in's Eigenthum des Erwerbers über. Wenn er sie verbraucht, ist er Niemandem dafür verantwortlich. Sind sie aber zur Zeit der Vindication noch verhanden, so gehören sie zur omnis causa und sie müssen von dem Beflagten in Folge einer ihm von dem Richter ver= moge seines officium aufzulegenden Obligation dem Kläger restituirt werden. Was nun unsere Gefete betrifft, so stimmen fie alle darin überein, daß die Früchte, sobald fie losgetrennt oder wenigstens sobald sie eingesammelt find, unbedingt dem redlichen Besitzer gehören sollen und daß zwischen den bei Gin= leitung der Vindication schon verzehrten und den noch vorhandenen Früchten kein Unterschied zu machen sei. Die dießfällige Distinction des römischen Rechts ist offenbar für die moderne Anschauungsweise zu subtil. Wenn einmal aus Gründen der Billigkeit das Eigenthum an den Früchten demjenigen zuge= sprochen wird, der fie in gutem Glauben mittelft der Saupt= sache producirt hat, so vermögen wir nicht einzusehen, mit welchem Grunde der Eigenthümer diefer Producte angehalten werden fann, dieselben dem Bindicanten der Hauptsache herauszugeben und warum der rein zufällige Umstand, daß die Früchte im einen Falle noch vorhanden, im andern aber veräußert und verzehrt find, dem redlichen Besitzer schaden oder nüten soll.

#### S. 55.

Im zürcherischen Gesetze (§. 509) sindet sich eine Modisiscation des oben aufgestellten Princips, nach welcher der redliche Besitzer ausnahmsweise angehalten werden kann, die vorhandesnen Früchte herauszugeben, ja sogar die verzehrten zu ersetzen, wenn und so weit er sonst auf unbillige Weise sich bereichern Zeitschrift s. soweiz. Recht VIII. 1. (1) 6

würde. Bur Erläuterung des gesetzgeberischen Gedankens führt Bluntschli in seinem Commentar zu S. 509 folgendes Beispiel an: "Der redliche Besitzer hat in gutem Glauben, daß er Erbe "fei, einen Weinberg eben vor dem Berbft in den Besit genom= "men, Beinlese gehalten und den Bein verfauft. Rurge Beit "nachher ergiebt fich, daß ein näherer Erbe da sei und er muß "das Gut an diesen herausgeben. Da ware es ein übermäßiger, "mit der Dauer seines Besites außer Berhaltniß stehender Ge= "winn, wenn er den gangen Sahregertrag behalten fonnte." Dieses Raisonnement scheint mir ganz einleuchtend zu sein. Schwieriger aber ift die Anwendung des Gesetzes in denjenigen Fällen, in denen der Besitzer die Sache auf onerose Beise erworben hat. Es entsteht hier die Frage, ob er als bereichert gelten fonne, wenn zwar der Erlos aus den Früchten die Productionsfosten weit übersteigt, dagegen der Ankaufspreis verloren geht, weil der Berfäufer, der für die Eviction einzusteben hat, zahlungsunfähig ift. Ich neige mich zu der Ansicht bin, daß nicht bloß der Reinertrag des Betriebs, sondern das finan= zielle Ergebniß des Geschäfts in seinem ganzen Umfange in's Auge zu faffen sei und daß, wenn das lettere fich als ungunftig berausstellt, die in den meisten Rechtsspstemen unbedingt gel= tende Regel, nicht die einzig in dem zurcherischen Gesetze vorkommende Ausnahme Anwendung finde. So ift wohl auch der Commentar zu §. 509 zu verstehen, wenn er sagt, die Ausnahme durfe nur da gemacht werden, wo die Unbilligkeit eines ungeeigneten Gewinnes flar vorliege.

#### S. 56.

Einen schroffen Gegensatz zu allen andern mir bekannten modernen Gesetzgebungen bildet das englische Recht. Nach diesem gehören nicht nur die Früchte unbedingt dem Eigenthümer der Hauptsache, sondern es muß sogar der redliche Besitzer den ganzen Ertrag (the mesne prosits), den das Gut in den letzen sechs Jahren 1) geliesert hat, herausgeben und so weit derselbe

<sup>1)</sup> Weiter zurudzugreisen, hindert das Gesetz betreffend die Verjährung (the statute of limitations).

verzehrt ist, ersehen. Hierin liegt eine schreiende Härte gegen den Besitzer, der seine ganze Lebensweise mit dem Einkommen, das er zu haben glaubte, in Einklang gebracht hat. Diese Härte ist um so unbilliger, da in den meisten Fällen die Verzwicklung, aus welcher sich der Streit entspinnt, nicht dem redzlichen Erwerber, sondern dem Eigenthümer des Streitobjects zur Schuld angerechnet werden muß. Wenn der Vindicant die Hilfe eines s. g. Villigkeitsgerichts nöthig hat, um durchzudringen und ihm Nachlässigkeit zur Last fällt, so kann er allerdings geznöthigt werden, die verzehrten Früchte dem Beklagten ganz oder theilweise zu überlassen. Eine solche Einmischung der Villigkeitsgerichtsbarkeit ist aber ganz unstatthaft, wenn der Vindicant gestützt auf die Principien des common law bei den ordentlichen Gerichten und mittelst des regelmäßigen Versahrens sein Eigensthum darzuthun vermag.

Das schottische Recht giebt dem redlichen Besitzer die Früchte, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dem Eigenthümer Nachlässigkeit zur Last falle.

## V. Der Berluft des Besites.

S. 57.

Ueber den Berlust des Besitzes kann ich sehr kurz weggehen, da unsere Gesethücher über diese Materie keine irgend erhebliche Ausbeute gewähren. Eine bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit erblicke ich bloß in einer den Besitz von Grundstücken betreffens den Borschrift des zürcherischen Gesetzes. 1) Dieselbe ist dem römischen Rechte entlehnt, steht aber ganz vereinzelt da. Nach der französsischen Jurisprudenz, welche die Praxis der Westschweiz

<sup>1)</sup> Mein englischer Civil-Proceß §. 74. Blackstone III, 205.

<sup>1)</sup> Zürich S. 525: Damit der Besitz an einem Grundstücke verloren gehe, genügt es nicht, daß ein Anderer sich desselben bemächtige, sontern es muß hier der bisherige Besitzer von dieser Beränderung Kenntniß erhalzten und versäumt haben, diese Herrschaft des Andern ohne Berzug zu besseitigen.

beherrscht, ist die Regel "solo animo retinetur possessio" auch bei Grundstücken nicht anwendbar. Für das bernerische Recht spricht sich Leuenberger ) ganz unbedingt, ohne zwischen Immobilien und Mobilien zu unterscheiden, dahin aus, daß der Besitz einer Sache verloren gehe, sobald ein Anderer sich derselben bemächtige. Es ist kaum anzunehmen, daß in Luzern, Aargau oder Solothurn eine von der bernerischen abweichende Doctrin sich gebildet habe. Ohnehin entspricht dieselbe der Tendenz des modernen Staatsrechts besser als das zürcherische Gesetz, welches gewissermaßen den dezieirten Besitzer zur Selbstehilse einladet.

<del>ann an 1</del>000 for all a same of the subject of the constant of the subject of the constant of

Osapromo on horse oh

with the state of the state of

<sup>1)</sup> Borlefungen I, 471.