Werk

Titel: Juristische Beiträge

Untertitel: I. Zur Lehre von dem interdictum Uti possidetis

Autor: Fitting

Ort: Heidelberg

Jahr: 1872

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1872_0005|log19

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

XIV.

Juriſtiſche Beiträge.

Von

Fitting.

I.

Zur Lehre von dem interdictum Uti possidetis.

Ueber dieſes Rechtsmittel beſtehen trotz mancher gründlicher Arbeiten aus älterer und neueſter Zeit noch immer erhebliche Meinungsverſchiedenheiten. Namentlich fragt es ſich, ob das Interdict von dem anerkannten Beſitzer zum Schutze gegen bloße Störungen gebraucht werden könne, und ob es dann nur eine Sicherung gegen künftige Störung oder auch Schadenserſatz wegen ſchon geſchehener Störung verſchaffe; ferner ob es einem frühern Beſitzer dazu dienen könne, den vi, clam oder precario an den Proceßgegner verlorenen Beſitz zurück zu erlangen.

Jeder Verſuch der Entſcheidung dieſer und anderer Fragen wird auf das ältere römiſche Recht zurückgehen müſſen und hat, wie mir ſcheint, nur dann eine Ausſicht auf Erfolg, wenn dabei ſtets das wechſelſeitige Verhältniß der verſchiedenen verwandten Interdicte und ihr praktiſches Ineinandergreifen berückſichtigt wird. Als leitende Richtſchnur muß aber namentlich und vor allen Dingen die bekannte Faſſung des interd. Uti possidetis feſtgehalten werden:

> Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto.

Nach dieſer Faſſung ſcheint es mir zuvörderſt keinem Zweifel unterliegen zu können, daß der Prätor wider denjenigen, welcher gerade ſeinem jetzigen Gegner gegenüber vi, clam oder precario im Beſitze war, dem letztern die Eigenmacht nicht verbot. (Vgl. Gai. IV, 140: — — „interdicta vero, cum prohibet fieri, velut cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat".) Und damit blieb er nur im Einklange mit ſeinen ſonſtigen Grundſätzen. Denn gegen einen vitiöſen Beſitzer ſollte ſeinem Widerpart, ſofern er ſich nur der Waffengewalt enthielt, die Eigenmacht überhaupt geſtattet ſein:

Paul. V, 6 §. 7: Qui vi aut clam aut precario possidet, ab adversario impune deiicitur.

Und daher erlangte jener, wenn ihn dieſer eigenmächtig (aber ohne Waffengebrauch) dejicirt hatte, auch kein erfolgreiches interdictum de vi. Das interdictum Uti possidetis gewährte alſo dem in Anſehung ſeines Gegners vitiös Beſitzenden gegen eigenmächtiges Vorgehen deſſelben keinen Schutz.

L. 17 D. de precario 43, 26 (Pomp. lib. XXIII. ad Sabin.): Qui precario fundum possidet, is interdicto Uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.

Ebenſowenig kann aber, wie mir dünkt, auf der andern Seite neben jener Faſſung des Interdictes („uti — — possidetis") und neben ſehr beſtimmten Ausſprüchen der römiſchen Juriſten ein Zweifel beſtehen, daß jemand, der nach ihrer Anſicht ſeinen Beſitz wahrhaft verloren hatte, das interd. Uti possidetis nicht mit Erfolg gebrauchen konnte, ſondern auf ein interdictum recuperandae possessionis angewieſen war. Z. B.

L. 1 §. 4 D. uti possid. 43, 17 (Ulp. lib. LXIX. ad Edictum): Est igitur hoc interdictum, quod vulgo Uti possidetis appellatur, retinendae possessionis; nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. Et consequenter proponitur post interdictum Unde vi; illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio. Denique Praetor possidenti vim fieri vetat, et illud quidem interdictum oppugnat

possessorem, hoc tuetur. Et, ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. Restitutae (leg. restituendae?) possessionis ordo aut interdicto expeditur, aut per actionem. Retinendae itaque possessionis duplex via est, aut exceptio, aut interdictum; exceptio datur ex multis causis ei, qui possidet.

Hiemit iſt über die ſog. recuperatoriſche Wirkung des Interdictes noch nicht entſchieden. Denn es fragt ſich, ob nicht dem vitiös beſitzenden Gegner gegenüber der Beſitz für fortbeſtehend angeſehen worden ſei. Da es für den Juriſten überhaupt natürlich iſt, das Daſein des Beſitzes nach dem Daſein der Wirkungen des Beſitzes zu beſtimmen, und da wir namentlich die römiſchen Juriſten auf dieſem Standpunkte finden, ſo daß ſie mitunter den Einen in Rückſicht der Interdicte, daneben aber einen Andern in Rückſicht der Uſucapion für den Beſitzer erklären[1]): ſo dürfte es uns nicht wundern, einer ſolchen Anſicht bei den Römern zu begegnen Denn der weitaus wichtigſte Ausfluß des Beſitzes iſt unſtreitig die Befugniß, ſich mittels Eigenmacht in ſeinem Herrſchaftsverhältniſſe zu der Sache zu behaupten und jeder Hinderung daran von Seite eines Andern kraft des Rechtes der Nothwehr Gewalt entgegenzuſetzen. Da nun für den Beſitzer dieſes Recht der Selbſthülfe wider den, welcher ihm gegenüber vi, clam oder precario in den Beſitz gekommen war, nicht verloren ging: ſo könnte es nichts auffälliges haben, wenn die Römer auch den Beſitz des erſten durch den vitiöſen Beſitz des zweiten noch nicht eigentlich als verloren betrachtet, trotzdem aber den zweiten im Verhältniſſe zu einem

1) Ueberhaupt iſt der ganze Begriff des ſog. juriſtiſchen Beſitzes ein von den römiſchen Juriſten rein a posteriori, im Hinblick auf die Wirkungen des Beſitzes gebildeter, und dieſer Begriff wird ſich ſchwerlich anders definiren laſſen als ſo, daß darunter ein thatſächlicher Zuſtand zu verſtehen iſt, an den ſich die Wirkungen des Beſitzes anknüpfen. Schon Windſcheid, Lehrb. des Pand.R. §. 148, hat dieſes ſehr treffend hervorgehoben.

jeden Dritten, gegen den er seinerseits zur Selbstvertheidigung berechtigt war, auch schon als Besitzer anerkannt und behandelt hätten. Statt sich auf die Anwendung seiner Eigenmacht zu beschränken, hätte dann der Zweite gegen jeden Dritten, gleichwohl aber immer noch der Erste gegen den Zweiten zur Behauptung seines Besitzstandes auch die Hülfe der Obrigkeit anrufen und im Ausspruche des interdictum Uti possidetis einen Befehl des Prätors erwirken können, dem berechtigten Besitzer zu weichen und sich jeder Gewalt gegen ihn zu enthalten.

Eine solche Art der Behandlung dürfte uns bei den Römern um desto weniger überraschen, je bestimmter sie sich, und zwar in noch viel weitergehendem Maße, für die beweglichen Sachen nachweisen läßt. Wer einen Sklaven im letzten Jahre länger als der jetzige Besitzer im Besitze gehabt hatte, durfte ihn immer noch eigenmächtig ergreifen und fortführen und konnte gegen den etwaigen Widerstand des jetzigen Besitzers, als gegen eine unberechtigte Gewalt, den Schutz der Obrigkeit mittels Ausspruches des interdictum Utrubi verlangen. Um einen ihm gegenüber vitiösen Besitz des jetzigen Besitzers brauchte er sich bei jener Berechnung gar nicht zu kümmern. Obwohl nun hier, wenn ein früherer, aber längerer Besitzer einem jetzigen, kürzern gegenübersteht, der Besitz des ersten ganz offenbar verloren zu sein scheint, und obgleich man daher meinen sollte, daß es sich für ihn lediglich um die Wiedererlangung des Besitzes handeln könnte: so bezeichnen dennoch die Römer das interdictum Utrubi nirgends und niemals als ein interdictum recuperandae possessionis, sondern überall und sehr bestimmt als ein interdictum retinendae possessionis.[2]) Sie nahmen also, wenigstens zu der Zeit, da die übliche Classificirung der possessorischen Interdicte sich feststellte, einer Zeit, die sicherlich älter ist, als die spätere feine theoretische Durchbildung der Besitzlehre nach innern Rücksichten, den Besitz für fortdauernd an, weil die Wirkungen des Besitzes fortdauerten, indem der frühere Besitzer sich noch immer wie ein gegenwärtiger Besitzer beneh-

2) Gai. IV, 148; Paul. V, 6 §. 1; §. 4 I. de interd. 4, 15; Theophil. ad h. l.

men, demnach mit Eigenmacht gegen die Sache vorgehen und jeden Widerſtand von Seite des jetzigen Beſitzers als unbefugte Gewalt behandeln durfte.

Freilich mußte man auf dieſen Wegen zu der Möglichkeit einer possessio duorum in solidum, des gleichzeitigen Nebeneinanderbeſtehens einer iusta und einer iniusta possessio gelangen. Es iſt aber bekannt, daß ein Theil der römiſchen Juriſten an der Anerkennung eines ſolchen Verhältniſſes gar keinen Anſtoß nahm. Und da in der L. 3 §. 5 D. de acq. poss. 41, 2 Trebatius und Sabinus, in der L. 19 pr. D. de precario 43, 26 Julian, in der L. 15 §. 4 D. eod. Pomponius (lib. 29 ad Sab.) als Anhänger dieſer Anſicht erſcheinen, während in der L. 3 §. 5 cit. Labeo und in der L. 5 §. 15 D. commodati 13, 6 der jüngere Celſus als Widerſacher genannt werden: ſo dürfen wir wohl unbedenklich ſchließen, daß dieſe Anſicht urſprünglich eine ganz allgemeine war und nachher namentlich von den Sabinianern feſtgehalten wurde, wogegen die Proculianer, aus innern Gründen und aus einem aprioriſtiſch gefundenen Begriffe des Beſitzes folgernd, ſie verwarfen. Halten wir nun endlich die L. 15 §. 4 und die L. 17 D. de precario (beide aus dem Sabinuscommentar des Pomponius) zuſammen, und fügen wir noch die L. 3 pr. D. uti possid. 43, 17 von Ulpian hinzu: ſo dürfte ſich im ſteten Hinblick auf Paul. V, 6 §. 7 (S. 305) zur Genüge ergeben, daß das Verhältniß auch praktiſch ganz in der oben, zunächſt nur hypothetiſch, entwickelten Weiſe behandelt wurde. Wer alſo vi, clam oder precario ein Grundſtück beſaß, durfte zwar jedem Dritten gegenüber Selbſtvertheidigung üben und erhielt daher nach dieſer Richtung auch ein erfolgreiches interdictum Uti possidetis. Dagegen war demjenigen, in Beziehung auf welchen ſein Beſitz ein vitiöſer war, die Eigenmacht gegen ihn geſtattet, und da folglich hier ſein Widerſtand als eine unbefugte Gewalt erſchien (vgl. L. 1 C. unde vi 8, 4: Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet): ſo gewährte ihm nicht nur die Obrigkeit und das interdictum Uti possidetis keinen Schutz,

sondern sein Gegner konnte sogar selbst den Prätor angehen, daß er durch den Ausspruch des Interdictes jenem gebiete zu weichen und sich jedes Widerstandes zu enthalten.

So erklärt sich leicht die bekannte Duplicität des Interdictes; und ferner wird klar, in welcher Art es zur Erzielung einer recuperatorischen Wirkung benutzt werden konnte. Daß sich das alles auch mit der aus Gaius bekannten processualischen Gestaltung des Interdictenverfahrens verträgt, braucht wohl nicht erst einer besondern Ausführung. Ferner aber erhellt der praktische Unterschied des interdictum Uti possidetis und überhaupt der interdicta retinendae possessionis von den interdicta recuperandae possessionis. Während die letztern dem Verklagten eine positive Thätigkeit, ein restituere, anbefehlen, muthen ihm die ersten immer nur ein rein negatives Verhalten zu. Damit hängt es zusammen, daß wer sich auf die Erwirkung eines interdictum retinendae possessionis beschränkt: falls sein Gegner dem obrigkeitlichen Gebote Folge leistet, niemals etwas mehr bekommt, als den Besitz und die Sache in ihrem gegenwärtigen Zustande zur Zeit des Ausspruches des Interdictes. Demgemäß verschafft auch das iudicium secutorium dem Sieger niemals mehr, als was es objectiv und für Jedermann werth war, den Besitz in Folge des Ausspruches des Interdictes und von diesem Zeitpunkte an zu behaupten und zu behalten, so daß namentlich die Früchte nur von diesem Zeitpunkte an in Rechnung gezogen werden.

L. 3 §. 11 D. uti possid. 43, 17 (Ulp. lib. LXIX. ad Edictum): In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem; „quanti res est" sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere (was im Sinn Ulpian's nur auf die Zeit des interdictum redditum bezogen werden kann).

L. 1 §. 40 D. de vi 43, 16 (Ulp. eod. lib.): Ex die, quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis, ex quo edita sunt[3]),

3) Daß darunter der nämliche Zeitpunkt zu verstehen ist, der anderwärts als derjenige des interdictum redditum bezeichnet wird, darüber vgl. Schmidt, Das Interdictenverfahren der Römer S. 219 Anm. 3, S. 233 fg.

non retro computantur. Vgl. L. 3 D. de interd. 43, 1 (Ulp. eod. lib.).

Gai. IV, 167: Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur, et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit rell.

Es fragt ſich aber, ob die recuperatoriſche Wirkung des interdictum Uti possidetis in der angegebenen Art auch noch zur Zeit der jüngſten klaſſiſchen Juriſten fortbeſtanden habe. Die Frage hängt zuſammen mit der andern, ob auch damals noch die Möglichkeit des gleichzeitigen Nebeneinanderbeſtehens einer iusta und iniusta possessio anerkannt worden ſei. Savigny, Recht des Beſitzes §. 11, hat dieſe Frage verneint, und ihm folgen faſt alle ſpätern Schriftſteller. Doch iſt neuerdings, namentlich von Hermann Witte in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. N. F. Bd. XVIII S. 250 ff., auch wieder die entgegengeſetzte Meinung verfochten worden.

Mir ſcheint ſo viel unverkennbar, daß die ſpätern klaſſiſchen Juriſten den Beſitz eines Grundſtückes durch eine eigentliche Dejection für wirklich und vollſtändig verloren anſahen[4]), und daß ſie daher den Dejicirten gegenüber dem Dejicienten auf das interdictum de vi beſchränkten. Den Beweis erblicke ich darin, daß in ihren Darſtellungen das int. Uti possidetis nicht nur nirgends als concurrirend mit dem int. Unde vi genannt wird, ſondern daß auch Ulpian lediglich dieſes letzte Interdict erwähnt an einer Stelle, wo er nothwendig das int. Uti possidetis hätte erwähnen müſſen, wenn er es auf Seite eines Dejicirten für anwendbar und erfolgreich gehalten hätte. Ich meine die L. 17 pr. D. de acq. poss. 41, 2 (Ulp. lib. LXXVI. ad Edictum):

Si quis vi de possessione deiectus sit, perinde haberi

4) Die Beweiſe bei Savigny, Recht des Beſitzes 7. Aufl. S. 344 fg. Vgl. noch L. 1 §. 45 D. de vi 43, 16 (Sav. S. 178), L. 5 D. de usurp. 41, 3, L. 12, 18 D. de vi.

debet, ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.

Diese veränderte Behandlung hatte wohl zu einem Theil in theoretischen Rücksichten ihren Grund. Zu einem andern und vielleicht größern Theil mag sie aber auch dadurch bestimmt worden sein, daß ein eigenmächtiges Vorgehen des Dejicirten gegen den Dejicienten, wenn es auch, wie aus Paul. V, 6 §. 7 und aus L. 1 §. 30 (Ulp.), L. 17 (Iul.), L. 18 pr. D. de vi 43, 16 (Papinian.) erhellt, noch nicht eigentlich verboten war und, sofern man sich nur des Waffengebrauches enthielt, ohne Gefahr eines interdictum de vi geschehen konnte, doch nach Ausweis der L. 18 pr. cit. in f. verb.: „Dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum susceperit" nicht mehr mit günstigen Augen angesehen ward, — eine Ansicht, die in der Zeit des bekannten Decretum D. Marci nichts auffallendes haben kann.

Praktisch gestaltete sich nämlich das Verhältniß jetzt ohne Zweifel so. Wenn der Dejicirte gegen den Dejicienten die Selbsthülfe versuchte, so konnte diesem die Erwirkung des interdictum Uti possidetis zwar niemals zu einer Verurtheilung seines Gegners verhelfen, weil dem letztern gegenüber sein Besitz ein vitiöser war, und der Prätor wider den vitiös besitzenden Gegner die Eigenmacht nicht verboten hatte Eben so wenig konnte er aber selbst verurtheilt werden, weil seinem Gegner die allererste Bedingung für den Sieg mit dem Interdicte, der Besitz zur Zeit des Ausspruches des Interdictes, abging. Alle Ansprüche aus den verschiedenen Sponsionen und Restipulationen wurden also abgewiesen, und die Sache blieb bei demjenigen, welcher bei der fructus licitatio das höchste Gebot gethan hatte, und der, da ihm der Prätor den Besitz zugesprochen, nun jedenfalls als iustus possessor anerkannt werden mußte.[5]) Wollte daher der Dejicirte sicher sein, den Besitz zurück

5) Vgl. L. 11 D. de acq. poss. 41, 2. — Diese, schon von Schmidt, Das Interdictenverfahren der Römer S. 112 ff., vertheidigte Behandlung erscheint mir als die einzige, welche mit dem Verfahren auf das int. Uti possidetis verträglich war; und daß es Fälle geben konnte, in denen keine der Parteien mit diesem Interdicte siegte, beweist die L. 3 pr., §. 5 D.

zu erlangen, ſo blieb ihm auch hier nichts übrig, als dem Antrage des Gegentheils auf Ausſpruch des interdictum Uti possidetis ſeinerſeits den Antrag auf Erlaſſung eines interdictum Unde vi entgegenzuſetzen.

Zweifelhafter iſt das Verhältniß bei dem precarium. Da man nach der ſpätern Ausbildung der Beſitzlehre demjenigen, der eine Sache nur als eine fremde innehatte und innehaben wollte, wegen mangelnden animus domini keinen wirklichen Beſitz mehr zuſchrieb, ſondern als den echten Beſitzer bloß den Andern anerkannte, in deſſen Namen jener detinirte [6]): ſo wäre es folgerecht geweſen, bei einem Precariſten überhaupt keinen Beſitz mehr anzunehmen. Wenn man gleichwohl dem Herkommen und den beſtehenden Lebensverhältniſſen ſo viel Rückſicht zollte, daß man noch immer die Ueberlaſſung des Beſitzes ſelber an den Precariſten für möglich hielt, ſo konnte dieſes juriſtiſch eigentlich nur noch als eine bloße Verſtattung der Ausübung der Beſitzbefugniſſe gegen jeden Dritten, gewiſſermaßen als eine bloße Ceſſion der poſſeſſoriſchen Interdicte, erſcheinen, welche dem Verleiher, da er den animus domini behielt, den Beſitz nicht wahrhaft entfremdete. Auf dieſem Standpunkte finden wir in der That den Pomponius (lib. XXIX. ad Sabinum) in der L. 15 §. 4 D. de precario 43, 26:

Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque

uti possid. 43, 17 (Ulp.). Die Anſicht Savigny's, Recht des Beſitzes §. 37, daß der Dejicient als Kläger zur Herausgabe des Beſitzes an den Dejicirten verurtheilt worden ſei, obwohl der letztere nicht erfolgreich als Kläger mit dem Interdicte hätte auftreten können, läßt ſich, wie mir dünkt, weder mit der Duplicität des Interdictes, noch mit der Art des Verfahrens bei demſelben vereinigen. Die gegenwärtig ziemlich verbreitete Meinung aber, daß noch zur Zeit des Ulpian und Paulus ein Dejicirter auch das int. Uti possidetis zur Wiedererlangung des Beſitzes habe gebrauchen können, iſt bedingt durch die meines Erachtens irrige Vorausſetzung, daß auch damals noch die Fortdauer einer iusta possessio des Dejicirten neben der iniusta possessio des Dejicienten anerkannt worden ſei. Vgl. Schmidt S 113 fg.

6) Daß man urſprünglich zwiſchen der Detention mit oder ohne animus possidendi noch nicht ſcharf unterſchied, beweiſt unter anderm die Theorie der Uſureceptionen: Gai. II, 59–61.

possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum, qui rogasset, quia possederat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß auch Pomponius noch immer das interdictum Uti possidetis zwischen dem Verleiher und dem Precaristen und zu Gunsten des ersten für brauchbar und erfolgreich hielt.

Allein zur Zeit des Ulpian und Paulus scheint eine andere Auffassung in allgemeiner Anerkennung bestanden zu haben. Denn Paulus verwirft in der L. 3 §. 5 D. de acq. poss. 41, 2 die Annahme eines gleichzeitigen Besitzes des Precaristen und des Verleihers ganz ausdrücklich, und Ulpian spricht nicht nur in der L. 17 §. 1 D. eod. (lib. LXXVI. ad Edictum) den allgemeinen Grundsatz aus:

Si quis ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere;

sondern er schreibt auch in der L. 13 §. 7 D. eod. (lib. LXXII. ad Edictum) dem Verleiher nach dem Rückempfange der Sache nur eine accessio possessionis aus der Person des Precaristen zu, was nothwendig darauf hinführt, daß auch er durch die Ueberlassung des Besitzes an den Precaristen den Besitz des Verleihers für aufgehoben ansah. Und es verdient alle Beachtung, daß er dabei nur noch einer Streitfrage über die Statthaftigkeit der accessio possessionis erwähnt, aber durchaus nicht mehr eines Streites darüber, ob nicht vielleicht der Verleiher gar keiner accessio bedürfe, weil trotz der Verwilligung des Precariums sein Besitz gar nicht eigentlich aufgehört habe.

Bestand aber jetzt diese veränderte Auffassung, so war vermöge einer einfachen Consequenz der Verleiher gegen den Precaristen, ebenso wie der Dejicirte gegen den Dejicienten, lediglich auf das interdictum recuperandae possessionis angewiesen und beschränkt. Ueberhaupt gestaltete sich das Verhältniß völlig eben so, wie zwischen dem Dejicirten und dem Dejicienten. Zum größten Theil mag diese Wandlung der Auffassung und praktischen Behandlung wiederum mit dem Decre-

tum Divi Marci und mit der wachſenden Abneigung gegen die Selbſthülfe zuſammengehangen haben. Wollte man doch auch dem Verpächter und Commodanten jetzt nicht mehr unbedingt die eigenmächtige Vertreibung des Pächters und Commodatars geſtatten. [7])

Nicht ebenſo konnte man den Fall der heimlichen Beſitzergreifung behandeln. Wenn während einer vorübergehenden, vielleicht nur ganz kurzen und augenblicklichen Entfernung hinter meinem Rücken jemand in mein Haus eindringt, ſo wäre es gewiß höchſt unnatürlich, dadurch ohne weiteres einen Verluſt meines Beſitzes nebſt allen Folgen des Beſitzverluſtes für eingetreten anzunehmen und mich gegenüber dem Eindringling lediglich auf den Rechtsweg und auf die Forderung der Rückerſtattung anzuweiſen. Sondern es liegt in der Natur der Sache, daß ich mich hier vor allen Dingen als gegenwärtiger Beſitzer benehmen, demnach kurzer Hand von meinem Hausrechte Gebrauch machen und, wenn jener nicht freiwillig weichen will, die polizeiliche Hülfe der Obrigkeit gegen ihn in Anſpruch nehmen darf, die bei den Römern durch den Ausſpruch des interdictum Uti possidetis gewährt wurde. Gelingt es mir, auf die eine oder die andere Art den Eindringling wieder zu entfernen, ſo muß mein Beſitz, in Rückſicht der Erſitzung wie in allen andern Beziehungen, verſtändiger Weiſe als ein gar nicht unterbrochener gelten. Hat aber ein Verſuch der Selbſthülfe keinen Erfolg, ſo bin ich nunmehr gewaltſam dejicirt, und von dem Standpunkte, welcher in der Dejection eine vollſtändige Aufhebung des Beſitzes erblickt, muß daher mein Beſitz als verloren angeſehen werden, ſo daß mir jetzt nur noch das interdictum de vi zu Gebote ſteht. Unterlaſſe ich jeden Verſuch, mich in meinem Beſitze zu behaupten, weil ich es, aus Furcht vor noch größerm Schaden, vorziehe, jenem den Beſitz einſtweilen zu überlaſſen, ſo habe ich meinen Beſitz nach den Grundſätzen über den Beſitzverluſt durch animus verloren. So lange ich aber von der fremden Beſitzergreifung noch gar nichts erfahren habe und daher einſtweilen noch als Beſitzer betrachtet

7) L. 12 in f. D. de vi 43, 16, L. 20 D. de acq. poss. 41, 2, beide aus Marcellus lib. XIX. Digestorum. Vgl. Ziebarth, die Realexecution und die Obligation S. 124 ff., 163 fg.

werden muß, kann es doch, im Intereſſe der öffentlichen Ordnung und ſogar in meinem eigenen, keinem Dritten geſtattet ſein, ſeinerſeits gegen den Eindringling und dermaligen thatſächlichen Beſitzer Gewalt und Eigenmacht zu üben, ſchon um deswillen nicht, weil ja ein Anderer faſt niemals wiſſen kann, was für ein Verhältniß zwiſchen mir und dem gegenwärtigen thatſächlichen Beſitzer beſteht. Vielmehr muß dieſer von jedem Dritten als Beſitzer reſpectirt werden, und daher auch gegen jeden Dritten den gewöhnlichen obrigkeitlichen Schutz des Beſitzes erhalten.

Damit kommt man denn freilich zu einer possessio duorum in solidum, einer gleichzeitigen iusta und iniusta possessio Zweier an der nämlichen Sache. Allein mir dünkt, daß in Rückſicht auf den heimlichen Beſitzer eines Grundſtückes die Annahme eines ſolchen Verhältniſſes aus praktiſchen Gründen unabweisbar iſt und ſtets von den römiſchen Juriſten feſtgehalten wurde.

Bevor ich letzteres nachweiſe, will ich aber zur Vermeidung einer doppelten Beweisführung ſogleich noch ein anderes, nahe verwandtes Verhältniß berühren, deſſen gänzliche Nichtbeachtung als das vornehmlichſte Hinderniß betrachtet werden darf, welches bisher eine Einigung nicht hat zu Stande kommen laſſen. Was nämlich von der Heimlichkeit gilt, das muß nach der Natur der Sache ſowohl, als nach den Quellen auch gelten von einer Art der vis, die überall mit der Heimlichkeit gleich behandelt wird und namentlich bei dem interdictum Quod vi aut clam in ſteter Geſellſchaft der Heimlichkeit auftritt. Ich meine das Handeln wider erklärtes Verbot.[7a]) Von der vis atrox, durch welche das interdictum de vi bedingt iſt, wird dieſe Geſtalt der vis auf das allerbeſtimmteſte unterſchieden.

7a) Wie eng dieſer Fall mit demjenigen der eigentlichen Heimlichkeit nach der Anſicht der römiſchen Juriſten verwandt iſt, erhellt in ſehr augenfälliger Weiſe aus der L. 3 pr. D. de itinere 43, 19 (Ulp. lib. L. XX. ad Edictum): Inde etiam illud Labeo scribit: si, quum a me recte via utebaris, fundum vendidero, per quem utebaris, deinde emtor te prohibuit, licet clam videaris ab eo uti — nam qui prohibitus utitur, clam utitur — tamen interdictum tibi competere intra annum rell. S. auch §. 1 h. l.

L. 1 §. 3 D. de vi 43, 16 (Ulp. lib. LXIX. ad Edictum): Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione deiiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum rel.

L. 15 D. eod. (Paul. lib. XIII. ad Sabin.): Si vi me deieceris, vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi deiecisti, aut vi aut clam fecisti.

Die letzte Stelle zeigt zugleich, daß wir bei der Zuſammenſtellung „vi aut clam“ berechtigt ſind, immer zunächſt und im Zweifel an dieſe Form der vis zu denken.

Gegenüber einer ſolchen vis iſt die Sachlage gar nicht anders, als gegenüber der Heimlichkeit. Geſetzt daß jemand trotz meines Einſpruches in mein Haus oder ſonſtiges Grundſtück eindringt, ſo wird man wiederum verſtändigerweiſe nicht ſagen können, daß dadurch mein Beſitz jetzt ohne weiteres verloren und aufgehoben ſei. Sondern auch hier muß es mir geſtattet ſein, zur Behauptung meines Beſitzes entweder die Selbſthülfe zu verſuchen oder den obrigkeitlichen Schutz anzuſprechen. Mißlingt jener Verſuch, indem ich einem für mich unüberwindlichen gewaltſamen Widerſtande begegne, ſo habe ich jetzt erſt meinen Beſitz eigentlich verloren, und zwar durch Dejection, ſo daß ich das interdictum de vi gebrauchen kann. Beſchließe ich, den Beſitz lieber einſtweilen preiszugeben, ſo tritt ein Beſitzverluſt durch animus ein. Aber auch hier kann keinem Dritten ein eigenmächtiger Eingriff erlaubt ſein; ihm gegenüber müßte dem vitiöſen thatſächlichen Beſitzer der volle Schutz des Beſitzes zu Theil werden.

Ich will nun daran gehen, die aufgeſtellten Sätze auch aus den Quellen zu beweiſen.

Am leichteſten iſt dieſer Beweis in Anſehung desjenigen Satzes, daß auch der vitiöſe, insbeſondere der heimliche Beſitzer eines Grundſtückes gegen jeden Dritten des vollen poſſeſſoriſchen Schutzes genieße. Ich erwähne ſtatt aller weiterer Belege nur

folgenden Ausſpruch Ulpian's (lib. LXIX. ad Edictum) in der L. 1 §. 9 D. uti possid. 43, 17:

Quod ait Praetor in interdicto: „nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis“ hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio rell.

Mit dieſen und ähnlichen Stellen (L. 2 D. eod., L. 53 D. de acq. poss. 41, 2) ſcheint mir Savigny's Lehre (Beſitz 7. Aufl. S. 349, 456fg.) unverträglich, daß zur Zeit des Ulpian und Paulus eine clandestina possessio an Grundſtücken überhaupt gar nicht mehr als möglich anerkannt worden ſei, weil man dem heimlichen Occupanten, ſo lange der Beſitzer von der Occupation keine Kunde erhalten, überhaupt noch gar keinen Beſitz, alſo auch keine clandestina possessio, zugeſchrieben habe.

Muß aber hienach zugegeben werden, daß noch die jüngſten klaſſiſchen Juriſten den heimlichen Occupanten ſchon von der Zeit der Occupation einem jeden Dritten gegenüber als Beſitzer betrachteten und behandelten: ſo iſt auch der fernere Beweis unſchwer zu führen, daß ſie trotzdem doch auch den bisherigen Beſitz noch für fortdauernd anſahen, und alſo neben der iniusta possessio des heimlich, und, wie ich ſogleich hinzuſetzen will, nicht minder neben derjenigen des wider Verbot beſitzenden Occupanten den Fortbeſtand einer iusta possessio des rechtmäßigen Beſitzers annahmen. Ich beziehe mich auf folgende Stellen, die zugleich den Beweis der noch übrigen Sätze erbringen.

L. 3 pr. D. uti poss. 43, 17 (Ulp. lib. LXIX. ad Edictum): Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam: ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.

Die Stelle dient nicht nur zur Beſtätigung des aus der L. 1 §. 9 D. cit. gezogenen Ergebniſſes, ſondern ſie ſagt auch völlig unzweideutig, daß neben der iniusta possessio des vi aut

clam beſitzenden Occupanten die iusta possessio fortdauere, und daß der iustus possessor gegen den ihm gegenüber vi aut clam beſitzenden Gegner mit Erfolg das interdictum Uti possidetis gebrauchen könne.[8])

L. 6 §. 1, L. 7 D. de acq. poss. 41, 2 (Ulp. lib. LXX. ad Edictum): Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit; retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit; verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam.

(Paul. lib. LIV. ad Edictum): Sed et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur. Et ita Neratius quoque scribit.

L. 3 §. 7, 8 D. eod. (Paul. eod. lib.): Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.

L. 44 §. 2 in f., L. 46 D. eod. (Papin lib. XXIII. Quaest.): Saltus hibernos et aestivos, quorum pos-

8) Die Erklärung, welche Savigny, Recht des Beſitzes 7. Aufl. S. 181 ff., von der Stelle gibt, wird ſchwerlich befriedigen können, da ſie vieles in die Stelle hineinlegen muß, was mit dem klaren Wortlaute kaum vereinbar ſein dürfte. Aber auch die Auslegung von H. Witte, Das int. Uti poss. S. 70 fg, iſt nicht vollkommen befriedigend, weil dabei immer noch vorausgeſetzt wird, daß ſich Ulpian in den Worten: Si quis proponeret rel. auf den Standpunkt einer zu widerlegenden Meinung ſtelle. Der Juriſt will doch im Gegentheil offenbar nur angeben, in welchem Fall eine possessio duorum in solidum vorkommen könne. Bei beiden Schriftſtellern iſt die richtige Erkenntniß dadurch getrübt worden, daß ſie bei dem „vi possidens“ der Stelle an einen eigentlichen Dejicienten denken, eine Vorausſetzung, unter welcher freilich dieſer Ausſpruch Ulpian's, nach Maßgabe ſeines ſchlichten Wortverſtandes ausgelegt, mit andern Erklärungen des nämlichen Juriſten im Widerſpruche ſtehen würde.

sessio retinetur animo, quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

L. 18 §. 3 D. eod. (Celsus lib. XXIII. Digest.): Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desiisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero.

L. 25 §. 2 D. eod. (Pomp. lib. XXIII. ad Qu. Mucium): Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero, quod quasi magis probatur, usque eo possideamus, donec revertentes non aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem. Et videtur utilius esse.

Diese Stellen zeigen, daß selbst die entschiedensten Widersacher der Annahme einer possessio duorum in solidum, wie Celsus und Paulus, genöthigt waren, durch heimliche und (wie wir im Hinblicke auf die cit. L. 3 pr. D. uti poss. unbedenklich hinzufügen dürfen) wider Verbot geschehene Occupation eines Grundstückes den bisherigen Besitz noch nicht ohne weiteres für aufgehoben anzusehen und also wenigstens innerhalb der so bezeichneten Grenze die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens einer iusta und einer iniusta possessio gelten zu lassen. In der That scheint mir aus praktischen Rücksichten innerhalb dieser Grenze die Anerkennung der Möglichkeit eines solchen Verhältnisses völlig unabweisbar.

Es fragt sich nur noch, welches Rechtsmittel gegen den vi aut clam besitzenden Occupanten zu Gebote gestanden habe, falls der bisherige Besitzer seinen Besitz einstweilen animo aufgegeben hatte. Daß er dann auf eine petitorische Klage beschränkt gewesen sein sollte, ist schwer zu glauben. Man könnte daher geneigt sein, an ein interdictum recuperandae pos-

sessionis de clandestina possessione zu denken und ſich dafür auf die bekannte, von Ulpian in der L. 7 §. 5 D. comm. divid. 10, 3 berichtete Aeußerung Julian's zu berufen: „de clandestina possessione competere interdictum". Allein mir iſt die Annahme eines ſolchen Interdictes höchſt unwahrſcheinlich; nicht nur, weil unter der Vorausſetzung ſeines Daſeins unerklärlich wäre, daß ſich ſonſt nirgends in den Quellen Spuren von ihm finden,[9]) ſondern auch, weil es immer noch an einem Interdicte gegen denjenigen fehlen würde, der ſich des Beſitzes wider Verbot angemaßt hat. Mir dünkt aber, wir brauchen gar nicht weit nach einem paſſenden Interdicte zu ſuchen. In den beiden ſo nahe verwandten Fällen, ſcheint mir, konnte man ſich eines und des nämlichen Interdictes bedienen; und zwar keines andern als des bekannten interdictum Quod vi aut clam. Und ich zweifle nicht, daß es dieſes Interdict ſei, auf welches in der L. 7 §. 5 cit. angeſpielt wird.

Für ſeine Anwendbarkeit auch auf unſere Fälle ſpricht vor allem ſchon eine große innere Wahrſcheinlichkeit, ja ſogar ein Schluß a fortiori. Denn wenn es gegenüber einzelnen vi aut clam geſchehenen Eingriffen und Beſitzhandlungen, wie z. B. dem Pflügen auf unſerm Grundſtücke oder dem Abſchneiden von Reben u. dgl., gebraucht werden konnte, um ſich Wiederherſtellung und Schadenserſatz zu verſchaffen, ſo iſt gar nicht abzuſehen, warum es nicht, und noch viel eher, zu dem gleichen Zwecke auch gegenüber einer vi aut clam geſchehenen vollſtändigen Anmaßung des Beſitzes ſtatthaft geweſen ſein ſollte, zumal da ſich das eine von dem andern praktiſch oft gar nicht unterſcheiden läßt. Auch legte die ſehr weite und allgemein gehaltene Faſſung des Interdictes, wie wir ſie aus der L. 1 pr. D. quod vi 43, 24 kennen:

Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, cum experiendi potestas est, restituas

9) Auch die von Savigny, Recht des Beſitzes 7. Aufl. S. 456 Anm. 2 angezogene Stelle aus Cicero in Rull. III, 3 iſt, wie H. Witte, Int. Uti poss. S. 46 Anm. 30 mit Recht bemerkt, viel zu unbeſtimmt, als daß man daraus auf das Daſein eines beſondern int. de clandestina possessione ſchließen könnte.

offenſichtlich kein Hinderniß in den Weg. Ferner aber führt die Art, wie ſich Ulpian unmittelbar nach der Mittheilung dieſer Formel in der L. 1 §. 1—3 D. eod. über das Interdict äußert, zunächſt gerade auf dieſe Verwendung hin; denn er ſagt:

Hoc interdictum restitutorium est, et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur, iubentur enim ea restituere. — — Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obiicere, „quod non iure meo receperim“. Et magis est, ne possit; nam adversus vim vel quod clam factum est, nulla iusta exceptione se tueri potest.

Dazu kommen endlich ganz unmittelbare Quellenzeugniſſe. Zuvörderſt ein Ausſpruch Ulpian's in der L. 9 §. 3 D. eod., welcher nach der Florentiner Handſchrift in Uebereinſtimmung mit den Baſiliken folgendermaßen lautet:

Si quis clam aut vi agrum intraverit vel fossam fecerit, hoc interdicto tenebitur.

Sodann folgende, ſchon früher erwähnte Stelle des Paulus:

L. 15 D. de vi 43, 16: Si vi me deieceris, vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi deiecisti aut vi aut clam fecisti.

Aus der Nebeneinanderſtellung des vi aut clam facere und des vi deiicere, ſowie aus den Worten: „amiseris possessionem“ erhellt, daß der Juriſt auch bei jenem nicht ein bloßes opus in solo factum, ſondern eine Occupation des Grundſtückes ſelbſt im Auge hat. Daß er aber ferner an das interdictum Quod vi aut clam denkt, ergibt ſich aus dem Ausdrucke: „vi aut clam feceris“ im Zuſammenhalte deſſelben mit der oben angegebenen Faſſung dieſes Interdictes.

Drittens folgende andere Stelle des Paulus (lib. VI. ad Plautium):

L. 38 §. 10, 11 D. de usur. 22, 1: Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet: videamus de fructibus. Et quidem in deposito et

commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus. In interdicto quoque Quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus restituantur.

Hier weiſt doch wohl ſchon das ſprachliche Gefüge unverkennbar darauf hin, daß bei dem int. Quod vi aut clam, wie bei dem depositum und dem commodatum, Fälle gemeint ſind, in welchen damit der Beſitz einer Sache zurückgefordert werden ſoll.

Endlich wird das Ergebniß dieſer Stellen vollkommen beſtätigt und nach meinem Erachten außer allem Zweifel geſtellt durch die nachſtehende Aeußerung Juſtinian's in der L. 11 C. unde vi 8, 4 (a. 532):

Quum quaerebatur inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec Unde vi interdictum nec Quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente rell.

Dieſe Erklärung wird gänzlich unverſtändlich und ſogar ſinnlos, wenn man nicht vorausſetzt, daß das int. Quod vi aut clam, gleich dem int. Unde vi, auch zur Wiedererlangung des von einem Andern vi aut clam occupirten Beſitzes eines Grundſtückes habe benutzt werden können; denn die beiden Interdicte werden hier offenbar nur allein deshalb für unanwendbar angeſehen, weil die Occupation einer „vacua possessio absentis“ bis auf Juſtinian weder als eine Dejection, noch ſelbſt als ein vi aut clam factum galt.

Freilich läßt ſich nicht verkennen, daß dieſe Function des int. Quod vi aut clam im Corpus iuris, und beſonders in dem Digeſtentitel Quod vi aut clam ſelber, ſtark verwiſcht iſt. Allein das rührt ſicherlich erſt von den Compilatoren her und erklärt ſich leicht aus der großen Ausdehnung, welche Juſtinian durch die L. 11 C. cit. dem interdictum Unde vi gegeben hat, und wodurch für jene Function des int. Quod vi aut clam kein praktiſches Bedürfniß mehr beſteht. Denn Juſtinian verordnet, daß jeder, der eigenmächtig („per suam

auctoritatem") und ohne richterliche Vermittelung den Besitz einer fremden Sache ergreife, als praedo gelten und wie ein solcher behandelt werden solle. „Ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit; omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere." (Vgl. Anm. 16.)

Wenden wir uns zu dem int. Uti possidetis zurück, so hat sich für die Zeit der jüngsten klassischen Juristen ergeben, daß es nicht mehr gebraucht werden konnte zur Wiedererlangung eines durch Dejection verlorenen oder precario aufgegebenen Besitzes, daß es dagegen gebraucht werden konnte

1) zum Schutze des bestehenden Besitzes gegen versuchte oder drohende eigenmächtige Entziehung,

2) zur Behauptung des Besitzes gegenüber heimlich oder wider Verbot geschehener Occupation des Grundstückes.

Das eine wie das andere, die wirkliche eigenmächtige Occupation hinter dem Rücken oder trotz dem Einspruche des Besitzers, oder wenigstens der Versuch oder die Drohung der Eigenmacht, kommt erfahrungsgemäß am häufigsten vor, wenn über das Eigenthum eines Grundstückes gestritten wird und nun jede der Parteien sich den Vortheil des Besitzstandes und damit die günstigere Rolle des Verklagten für den Eigenthumsproceß zu verschaffen sucht. Und zum mindesten pflegt aus dieser Rücksicht gegenüber einem bevorstehenden Eigenthumsprocesse jeder der beiden Theile zu behaupten, daß ihm der Besitzstand und folglich die Verklagtenrolle gebüre: der eine, indem er sich auf seinen thatsächlichen Besitz beruft, der andere, indem er anführt, daß jener thatsächliche Besitz des Gegners ihm gegenüber ein vitiöser, namentlich ein vi aut clam entstandener, sei. Bezieht sich jeder zum Beweise seines Besitzstandes auf vorgenommene Besitzhandlungen, so schreibt jeder den Besitzhandlungen des andern einen vitiösen Charakter zu.

So erklärt sich leicht die bekannte Thatsache, daß schon vom Standpunkte der jüngern klassischen Juristen, gleichwie vom Standpunkte des heutigen Rechtes, als die hauptsächlichste praktische Function des int. Uti possidetis die Vorbereitung des

Eigenthumsproceſſes durch Feſtſtellung der Parteirollen erſcheint.[10])

Es entſteht aber die Frage, ob man ſich des Interdictes nicht auch zum Schutze des Beſitzes gegen bloße Störungen und Eingriffe habe bedienen können. Im Hinblicke auf die Faſſung des Interdictes: „Uti possidetis — —, quominus ita possideatis vim fieri veto“ iſt von vornherein kein Grund, die Frage zu verneinen; denn dieſer Befehl enthält doch unzweifelhaft auch ein Verbot künftiger Störungen und Beeinträchtigungen des dermaligen Beſitzſtandes durch eigenmächtige Eingriffe. Ueberdies reden für die Bejahung praktiſche Gründe. So gut der Eigenthümer eines petitoriſchen Schutzes gegen ſtörende Eingriffe und Uebergriffe bedarf, ganz eben ſo gut bedarf der Beſitzer gegen ſie eines poſſeſſoriſchen Schutzes. Und ſo wenig man dem Beſitzer zumuthen kann, zur Abwehr einer drohenden eigenmächtigen Entziehung des Beſitzes allemal erſt ſein Eigenthum zu beweiſen, eben ſo wenig kann man ihm dies zumuthen zur Abwehr einer drohenden eigenmächtigen Beeinträchtigung der vollen freien Ausübung ſeines Beſitzes. Vangerow (Lehrbuch der Pandekten I. 7. Aufl. S. 676), welcher die Verwendbarkeit des int. Uti possidetis zum Schutze gegen bloße Störungen verwirft, oder ſie doch wenigſtens nur für den Fall gelten läßt, wenn in der Störung zugleich eine gänzliche oder theilweiſe Beſtreitung des Beſitzes liege, verweiſt den Beſitzer gegenüber anderweiten Störungen auf das int. Quod vi aut clam, die actio iniuriarum, die actio legis Aquiliae u. dgl. Allein alle dieſe Rechtsmittel ſind nicht ausreichend, da ſie namentlich gegen künftige Störung keinen Schutz gewähren.

Daß das int. Uti possidetis zum Schutze wider bloße Störungen und Beeinträchtigungen des Beſitzes benutzt werden konnte, wird aber auch durch viele unmittelbare Quellenzeug-

10) S. Ad. Schmidt, Das Interdictenverfahren der Römer S. 53 ff., H. Witte, Int. Uti poss. S. 29 fg. und vgl. Savigny, Recht des Beſitzes §. 36 (7. Aufl. S. 391 ff.).

niſſe bewieſen.[11]) Beſonders iſt zu beachten, daß ein an den Beſitzer gerichtetes Verbot (prohibitio) der Vornahme gewiſſer beabſichtigter Beſitzhandlungen ſtets eine Beeinträchtigung ſeines Beſitzes enthält, weil er jetzt die Handlung unterlaſſen muß, um ſich nicht dem interdictum Quod vi aut clam auszuſetzen. Darum iſt durch ein ſolches Verbot, um ſeine Kraft zu brechen, ſtets das int. Uti possidetis veranlaßt und gerechtfertigt.

L. 3 §. 2 D. uti possid. 43, 17 (Ulp. lib. LXIX. ad Edictum): Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur; etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione.

L. 8 §. 5 D. si serv. vind. 8, 5 (Ulp. lib. XVII. ad Edictum): — — Sed et interdictum Uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti.[12])

Da aber das Interdict den Parteien immer nur ein rein negatives Verhalten anbefiehlt, indem es einer jeden dem nicht vitiös beſitzenden Gegner gegenüber die Eigenmacht verbietet, ſo kann es auch in der Verwendung gegen bloße Störungen und Eingriffe ſtets nur einen Schutz für die Zukunft, für die Zeit nach dem Ausſpruche des Interdictes, und niemals einen Schadenserſatz für die Vergangenheit verſchaffen.[13]) Nach Maß-

11) L. 3 §. 2—4, 9 D. uti poss. 43, 17; L. 8 §. 5 D. si serv. vind. 8, 5; L. 52 §. 1 D. de acq. poss. 41, 2; L. 14 D. de iniur. 47, 10; L. 5 §. 10 D. de op. novi nunt. 39, 1. Vgl. L. 11 D de vi 43, 16. H. Witte, Das int. Uti poss. S. 99 ff.

12) Vgl. Vangerow, Lehrb. d. Pand. III. 7. Aufl. S. 547. Weil aber durch das int. Uti possidetis die Kraft der prohibitio gebrochen wird (indem das obrigkeitliche Gebot natürlich ſtärker iſt, als ein bloßes Privatgebot): ſo kann ſich derjenige, der die Ausführung eines Bauwerkes auf einem nicht in ſeinem Beſitze befindlichen Grundſtücke verhüten will, der prohibitio nicht mit Erfolg bedienen, ſondern er muß zu der operis novi nuntiatio greifen. L. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1: „At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria.“

13) Keller in der Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft XI. S. 305 ff., Ad. Schmidt, Das Interdictenverfahren S. 60 ff.

gabe der L. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17 gewährt auch hier das iudicium secutorium niemals mehr, als was es objectiv und für Jedermann werth war, in Folge des Ausſpruches des Interdictes den Beſitz der Sache ſo, wie ſie damals thatſächlich beſchaffen war, und wie damals die Verhältniſſe lagen, zu behaupten und zu behalten. Nirgends iſt denn auch in den Quellen von einem mittels des int. Uti possidetis erwirkbaren Schadenserſatze wegen der ſchon früher geſchehenen Störungen die Rede. Zu dieſem Zwecke iſt vielmehr der Beſitzer wiederum auf das interd. Quod vi aut clam angewieſen.

L. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1 (Ulp. lib. LII. ad Edictum): Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proiicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum, prohibere, quam operis novi nuntiatione. — — Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum Quod vi aut clam, aut Uti possidetis uti.

Das heißt: einem beabſichtigten Eingriff in ſeinen Beſitzſtand kann der Beſitzer durch ein Privatverbot oder auch durch Erwirkung des int. Uti possidetis begegnen (denn das „per praetorem prohibere“ geht doch unzweifelhaft auf dieſes Interdict). Bei Fortſetzung des Eingriffes trotz geſchehenem Privatverbote kann er das int. Quod vi aut clam oder auch das int. Uti possidetis gebrauchen: das erſte nämlich, wenn es ihm um Wiederherſtellung des frühern Zuſtandes und Schadenserſatz, das zweite, wenn es ihm bloß um Verhütung noch weiterer Fortſetzung der Eingriffe zu thun iſt.

Einige Schwierigkeit ſcheint hier nur zu bereiten die L. 3 §. 9 D. uti possid. 43, 17 (Ulp. lib. LXIX. ad Edictum):

Si vicinus meus in pariete [14]) meo tectoria habeat et in pariete [14]) suo, Uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.

---

14) So iſt, wie mir ſcheint, im Hinblick auf die Baſiliken zu leſen. Die Florentina hat: „in parte meo tectoria habeat et in parte

Nach dieser Stelle gewinnt es den Anschein, als ob unter Umständen doch das int. Uti possidetis gebraucht werden könnte, um jemanden zu einer positiven Thätigkeit anzuhalten. Allein die Erklärung ergibt sich leicht, sobald man den Fall beachtet, der hier offenbar vorausgesetzt wird. In einem Raume, der auf einer Seite von einer in meinem Besitze befindlichen Wand, auf den andern Seiten von Wänden des Nachbars gebildet wird, hat letzterer ohne mein Vorwissen oder wider mein Verbot die sämmtlichen Wände, also auch die meine, mit Bewurf oder Tünchwerk verkleiden lassen. Hierin liegt eine fortgesetzte positive Benutzung meiner Wand, der ich, weil sie mir gegenüber eine eigenmächtige und vitiöse ist, auf Grund meines Besitzes entgegentreten kann. Wird nun auf meinen Antrag dem Andern durch den Ausspruch des int. Uti possidetis jede fernere eigenmächtige Beeinträchtigung des rechtmäßigen Besitzstandes verboten, so ist er zur Vermeidung der nachtheiligen Folgen einer Mißachtung dieses Verbotes von selbst genöthigt, von meiner Wand die Verkleidung wegzunehmen, weil in ihrer Belassung eine fortdauernde eigenmächtige Benutzung meiner Wand und folglich ein Ungehorsam gegen den Befehl des Prätors liegen würde.[15])

---

sua". Th. Mommsen liest: „in parte in pariete meo tectoria habeat et in parte sua (sc. tectoria)", was den gleichen Sinn, wie die von mir angenommene Lesart, ergibt.

15) Vgl. Ad. Schmidt, Das Interdictenverfahren S. 62 fg. Hiebei sei noch bemerkt, daß die vis, welche der Prätor durch das int. Uti possidetis verbietet, von den römischen Juristen gerade so aufgefaßt wird, wie diejenige, gegen welche das int. Quod vi aut clam sich richtet. Es genügt nämlich schon jedes Handeln oder Beharren trotz des erklärten Widerspruches des rechtmäßigen Besitzers. Nun liegt aber jedenfalls in der Auswirkung des int. Uti possidetis selbst ein solcher Widerspruch, und zwar ein ganz besonders energischer. (Daher wird in der L. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1 [S. 326] vgl. L. 3 §. 2 eod. die Erwirkung des Interdictes mit dem Privatverbote zusammengestellt.) Und es erhellt also, daß es ohne weiteres als eine dem prätorischen Befehl zuwiderlaufende und folglich die Nachtheile eines solchen Ungehorsams begründende vis erscheint, wenn der Gegner des rechtmäßigen Besitzers nicht sofort dasjenige unterläßt und abstellt, was jenem zur Erwirkung des Interdictes die Veranlassung gegeben hat. Hienach ließ sich denn sogar schon die bloße

Im Juſtinianiſchen Rechte ſind wichtige Veränderungen eingetreten. Vor allem iſt die gewaltſame Selbſthülfe unbedingt verboten. Dem int. Unde vi gegenüber wird der Einwand, daß der Dejicirte in Rückſicht auf den Dejicienten nur vitiöſen Beſitz gehabt habe, nicht mehr gehört. Und nach der L. 7 C. unde vi 8, 4 ſoll ſogar der eigenmächtige und gewaltſame Occupant fremden Beſitzes außer dem Beſitze, den er wieder herausgeben muß, auch das Eigenthum der Sache oder, falls er nicht Eigenthümer war, ihren Werth zu Gunſten des Dejicirten verlieren.

Auf der andern Seite iſt die Rechtshülfe gegen den vitiöſen Beſitzer beträchtlich erweitert Nach der L. 11 C. eod. ſoll jeder, der eigenmächtig, wenn auch ohne eigentliche Gewalt, den Beſitz einer fremden Sache occupirt, einem Dejicienten gleich gelten und mit dem int. Unde vi belangt werden können. [16])

Daß unter dieſen Umſtänden das int. Uti possidetis zur Wiedererlangung eines durch Dejection verlorenen oder precario aufgegebenen Beſitzes im Juſtinianiſchen Rechte eben ſo wenig brauchbar iſt, als ſchon im ſpätern klaſſiſchen Rechte, bedarf keiner beſondern Ausführung. Dagegen könnte ein Zweifel auftauchen, ob nicht der rechtmäßige Beſitzer jetzt ſelbſt gegen den, welcher ſich eigenmächtig hinter ſeinem Rücken oder wider ſein Verbot in den thatſächlichen Beſitz ſeines Grundſtückes geſetzt habe, auf das ihm durch die L. 11 C. cit. verwilligte

---

beſtimmte Erklärung, dem Gegner nicht zu weichen, wenn ſie nach dem Ausſpruche des Interdictes geſchah, als eine vis adversus edictum betrachten, an welche die weitern Schritte des Interdictenverfahrens, die Sponſionen, Reſtipulationen u. ſ. w., angeknüpft werden konnten. Vgl. über die Frage Schmidt S. 53 ff., H. Witte, Das interd. Uti possidetis S. 53 ff. Gai. IV, 170 bei Krüger, Kritiſche Verſuche S. 84.

16) In der Regel will man dieſes freilich auf den Fall beſchränken, von welchem Juſtinian in der Stelle zunächſt ausgeht, nämlich auf den Fall der Occupation einer vacua possessio absentis. Allein wenn in dieſem Fall das int. Unde vi gegen den Occupanten zuläſſig iſt, ſo muß es ſchon vermöge eines Schluſſes a fortiori auch bei vi aut clam geſchehener Occupation einer non vacua possessio ſtatthaft ſein. Zudem führen aber auch Juſtinian's Worte darauf hin, daß er das int. Unde vi gegen jeden eigenmächtigen Occupanten fremder Sachen geſtatten will.

int. Unde vi eingeschränkt sei. Allein diese Frage ist gewiß zu verneinen. Das int. Unde vi ist hier nur an die Stelle des früher zuständigen int. Quod vi aut clam getreten. Und so wenig die Zuständigkeit des letztern den rechtmäßigen Besitzer hinderte, sich dem Eindringling gegenüber fortwährend als Besitzer zu benehmen und die Behauptung seines Besitzes zu versuchen, so wenig wird er daran im Justinianischen Rechte durch die Zuständigkeit des int. Unde vi gehindert. Die Aufnahme der oben S. 317 ff. mitgetheilten Stellen in die Digesten liefert den besten Beweis. Freilich darf er, falls er sich außerhalb des Grundstückes befindet, eine eigentliche Gewalt zur Erzwingung des Wiedereintrittes und zur Vertreibung des Occupanten im Hinblicke auf die strengere Behandlung des int. Unde vi und auf die Strafen gewaltsamer angriffsweiser Selbsthülfe nicht mehr gebrauchen; und dazu geben ihm auch jene Stellen kein Recht. Ist es ihm aber ohne eigentliche Gewalt möglich gewesen, wieder in das Grundstück zu gelangen, dann muß es ihm nach dem Rechte der Selbstvertheidigung gestattet sein, gegen den Eindringling, wenn er nicht gutwillig weichen will, nöthigenfalls selbst die äußersten Gewaltmittel anzuwenden. Nimmt nun auch letzterer den rechtmäßigen Besitzstand für sich in Anspruch, so kann es trotz aller Verbote und Strafen der Selbsthülfe, da sich jeder auf das Recht der Nothwehr stützt, leicht zu groben Thätlichkeiten kommen. Und namentlich dann wird keiner dem andern weichen wollen, wenn das Eigenthum des Grundstückes zwischen ihnen streitig ist, und keiner auf die vortheilhaftere Rolle des Verklagten verzichten will. Natürlich braucht es aber keiner auf Thätlichkeiten und ihren ungewissen Erfolg ankommen zu lassen, sondern statt des Versuches der Selbsthülfe muß jeder auch die Obrigkeit anrufen dürfen, damit sie zwischen ihm und dem Gegner den bestehenden rechtmäßigen Besitzstand feststelle und den rechtmäßigen Besitzer in seinem Besitze schütze und erhalte.[17])

17) Hiemit stimmt die Darstellung des Theophilus ad pr. I. de interd. 4, 15 überein. Er schreibt nämlich, offenbar mit vorzugsweiser Rücksicht auf die interdicta retinendae possessionis, folgendes (nach der

Demnach kann das int. Uti possidetis noch immer gebraucht werden

1) von dem thatſächlichen Beſitzer zum Schutze ſeines Beſitzes gegen verſuchte oder drohende eigenmächtige Entziehung. [18]) Eine ſolche droht aber ſtets, wenn ihm gegenüber ein Anderer ſich den gegenwärtigen rechtmäßigen Beſitz des Grundſtückes zuſchreibt.

2) von dem rechtmäßigen Beſitzer zur Behauptung des Beſitzes gegen denjenigen, der ihm gegenüber vi aut clam ſich in den thatſächlichen Beſitz des Grundſtückes geſetzt hat. [19]) Jener hat alſo immer noch die Wahl, entweder den Beſitz als verloren zu behandeln (animo preiszugeben) und ſich dann eines recuperatoriſchen Interdictes, jetzt des int. Unde vi, auf Rückerſtattung zu bedienen, oder ſeinen Beſitz als fortdauernd anzuſehen und folglich das int. Uti possidetis zur Behauptung des Beſitzes zu gebrauchen. Wählt er das zweite und ſiegt er mit dem Interdicte, ſo darf dann aber auch keine der nachtheiligen Folgen des Beſitzverluſtes, insbeſondere nicht die Unterbrechung der Erſitzung, angenommen werden. Jedoch ſteht ihm die Wahl dieſes Weges nur innerhalb eines Jahres ſeit der eigenmächtigen Occupation des Beſitzes offen. [20])

Reitz'ſchen Ueberſetzung): Quando igitur de possessione aut quasi possessione inter duos aliquos controversia oritur, ad praetorem abeunt, hoc ei exponentes, quia saepe accidit, ut caedes committantur et vulnera infligantur et plagae inferantur in huiusmodi controversiis, et factum praetori enarrant.

18) Dieſe Function des Interdictes wird unmittelbar beſtätigt durch Theophil. ad §. 1 I. de interd. 4, 15: Et prohibitoria (sc. interdicta) quidem sunt, quibus quid fieri vetat: veluti, minabatur aliquis irruere et possessionem mihi suppetentem turbare; ego praetorem adii, minas exponens adversarii, at me ipsum sine vitio possidere dixi, et praetor rel.

19) L. 3 pr. D. uti possid. 43, 17. (S. 317).

20) So iſt gewiß der in der L. 1 pr. D. uti possid. 43, 17 angegebene Satz des Edictes: „neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam“ im Juſtinianiſchen Rechte auszulegen, und dadurch entſteht ein geſunder und praktiſch vernünftiger Sinn. Urſprünglich bezogen ſich die Worte ohne Zweifel auf das iudicium secutorium.

Bevor ich die Frage aufwerfe, wie sich im Justinianischen Rechte das int. Uti possidetis zu bloßen Störungen des Besitzes verhalte, will ich sogleich die Gestaltung und den Verlauf der Sache besprechen, wenn das Interdict zu einem der oben angegebenen Zwecke gebraucht wird.

Die alte Form des Interdictenverfahrens war mit dem alten ordo iudiciorum privatorum schon am Anfange des 4. Jahrhunderts weggefallen. Allein auf die praktische Behandlung und materielle Beurtheilung der Besitzstreitigkeiten hatte das keinen Einfluß; diese sollte noch immer nach den nämlichen Grundsätzen, wie früher, geschehen.[21] Ja längere Zeit hindurch wurde sogar das Interdict selbst noch förmlich von dem Richter ausgesprochen.[22] Im Justinianischen Rechte geschieht das freilich nicht mehr; nichtsdestoweniger aber wird noch immer alles so behandelt und beurtheilt, wie wenn auf den Antrag der Betheiligten das Interdict wirklich erlassen worden wäre und nun erst auf Grund dessen (dem secutorium iudicium entsprechend) Klage erhoben würde.[23] Dem Zeitpunkte des

---

21) L. 3 C. de interd. 8, 1 (Diocl. et Maxim. a. 293—304): „Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur". L. un. C. uti possid. 8, 6 (Iidem Impp.): „Uti possidetis fundum, de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit, ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet." Schmidt, Das Interdictenverfahren der Römer S. 322 fg.

22) Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilproceß III. S. 346.

23) Man vergleiche außer den in der Anm. 21 erwähnten Codexstellen das pr. I. de interd. 4, 15; besonders aber §. 8 I eod.: De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere; nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. Noch unzweideutiger ist Theophil. ad h. l., indem er der fast wörtlichen Wiedergabe dieser Erklärung folgendes beifügt: Itaque sic aliquis intendere debet: „Utilem adversus te intendo actionem velut ex interdicto Salviano", aut: „velut ex interdicto Unde vi" aut alio quolibet. Diesen Stellen gegenüber kann ich der Ansicht von H. Witte, Das int. Uti possid. S. 24, 126 fg., nicht bei-

interdictum redditum wurde jetzt derjenige der litis contestatio gleichgeſetzt. [24])

Hienach iſt die Theorie des int. Uti possidetis leicht zu beſtimmen. Wird zwiſchen zwei Perſonen die dieſem Interdicte entſprechende Klage erhoben, ſo hat der Richter allemal derjenigen den Beſitzſtand zuzuerkennen, die ſich zur Zeit der litis contestatio der andern gegenüber als die rechtmäßige Beſitzerin des Grundſtückes erweiſt. Und zwar gleichviel, welche von beiden zuerſt die richterliche Hülfe angerufen hat; denn das int. Uti possidetis iſt noch immer ein interdictum duplex, und die Stellung beider Theile iſt daher eine völlig gleiche, ſo daß ein jeder im Verhältniſſe zu dem andern ſowohl als Kläger wie als Verklagter betrachtet und behandelt werden muß. [25]) Das entſpricht auch dem frühern Rechte, indem ja in Folge der fructus licitatio und des iudicium secutorium ſtets der rechtmäßige Beſitzer auch als thatſächlicher Beſitzer aus dem Proceſſe hervorging, mochte er nun ſelbſt, oder mochte ſein Gegner den Ausſpruch des Interdictes veranlaßt haben.

Zum Siege gehört aber nothwendig ein doppeltes: Beſitz

ſtimmen, daß die frühern Interdicte im Juſtinianiſchen Rechte allen concreten Charakter eingebüßt und lediglich die abſtracte Natur allgemeiner Rechtsvorſchriften angenommen hätten.

24) §. 4 I. de interd. 4, 15: — — „Uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat — —; Utrubi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni — — possidebat. Hodie tamen aliter observatur; nam utriusque interdicti potestas — — exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.“ Theophil. ad h. l. Auf den nämlichen Zeitpunkt iſt jetzt ohne Zweifel auch der Ausdruck: „interdictum editum“ in der L. 1 §. 40 D. de vi 43, 16, der L. 3 D. de interd. 43, 1 (S. 310) und andern Stellen des Corpus iuris zu beziehen. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 347.

25) §. 7 I. de interd. 4, 15: „duplicia sunt veluti Uti possidetis interdictum et Utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partem sustinet.“ Theophil. ad h. l. Vgl. L. 2 pr. D. de interd. 43, 1.

zur Zeit der Litiscontestation, und nicht vitiöser Charakter dieses Besitzes in Rücksicht der Gegenpartei. Hat daher der frühere Besitzer den Besitz an den jetzigen Proceßgegner durch Dejection verloren oder precario aufgegeben, so kann mit dem int. Uti possidetis auch nach Justinianischem Rechte keiner von beiden siegen. (S. S. 311 fg.) Sondern die Sache bleibt dann einstweilen in ihrer dermaligen thatsächlichen Lage, und jener frühere Besitzer ist nöthigenfalls auf ein int. recuperandae possessionis zu verweisen, das er übrigens natürlich dem int. retinendae possessionis des Dejicienten oder Precaristen auch von vornherein in Gestalt einer Widerklage entgegensetzen kann.[26])

Auch in Ansehung der Wirkungen des Sieges mit dem int. Uti possidetis ist am frühern Rechte nichts geändert. Der Sieger hat nämlich immer nur Anspruch auf den Besitz der Sache nach Maßgabe ihrer Beschaffenheit zur Zeit der litis contestatio. War er also schon damals thatsächlich im Besitzstande, so behält er ihn, und seinem Gegner wird nur jede Anfechtung und Störung verboten. War aber der Gegner im thatsächlichen Besitze, so muß er ihn an den Sieger überlassen.

---

26) Gegen die Richtigkeit dieser Darstellung könnte sich der Einwand erheben, daß danach die Clausel „nec precario“ in der Formel des int. Uti possidetis für das Justinianische Recht als leer und bedeutungslos erscheinen müßte. Allein dieser Einwand wäre in der That nicht triftig. Gesetzt daß es dem Verleiher des Precariums gelungen ist, sich eigenmächtig, aber ohne eigentliche Gewalt wieder in den thatsächlichen Besitz des Grundstückes zu setzen, indem er z. B. auf das Weideland einfach sein Vieh wieder hat auftreiben lassen, und daß nun der Precarist gegen ihn das interd. Uti possidetis gebraucht: so kann der Precarist wegen jener Clausel nicht siegen, und die Sache bleibt daher im Besitze seines Gegners, wiewohl freilich auch dieser nicht eigentlich siegen und folglich keine Verurtheilung des andern erwirken kann. Hier hat eben keiner dem andern etwas vorzuwerfen, da jeder dem andern gegenüber vitiöser Besitzer ist, und es bleibt daher bei der thatsächlich bestehenden Sachlage. Auch darf man hier zu Gunsten des Precaristen weder die L. 7, noch die L. 11 C. unde vi 8, 4 anwenden wollen. Denn jene bezieht sich nur auf eine eigentlich gewaltsame Occupation, und diese redet bloß von der eigenmächtigen Occupation fremder Sachen („alienas res vel possessiones“), wohin man offenbar die Occupation einer precario verliehenen Sache von Seite des Verleihers nicht rechnen kann.

Iſt er dazu durch ſeine Schuld nicht mehr im Stande, ſo muß er jenem nur ſo viel erſetzen, als es objectiv und für Jedermann werth geweſen wäre, den Beſitz zur Zeit der litis contestatio nach Maßgabe der damaligen Beſchaffenheit der Sache zu haben und zu behaupten.[27]) Daraus folgt, daß der Sieger auch an Früchten der Sache ſtets nur diejenigen verlangen kann, welche ſein Gegner ſeit der litis contestatio entweder wirklich gezogen hat, oder doch als diligens paterfamilias hätte ziehen können.[28])

Wir ſtehen nunmehr vor der Frage, ob das int. Uti possidetis auch noch nach Juſtinianiſchem Rechte zur Abwehr bloßer Störungen tauglich ſei. Für die Bejahung ſprechen zuvörderſt ſchon allgemeine Rückſichten. Denn wenn das Interdict gebraucht werden kann gegenüber einer drohenden Entziehung des Beſitzſtandes, indem ein Anderer ſich den rechtmäßigen Beſitz des Grundſtückes zuſchreibt, ſo iſt nicht abzuſehen, warum es nicht eben ſo wohl ſollte gebraucht werden können gegenüber einer drohenden Schmälerung, indem ein Anderer etwa den rechtmäßigen Quaſibeſitz einer Realſervitut an dem Grundſtücke für ſich in Anſpruch nimmt; beſteht doch hier das Bedürfniß, eine Entſcheidung über den Beſitzſtand herbeizuführen, ganz eben ſo gut, als in dem erſten Fall. Und ferner: wenn ſich der rechtmäßige Beſitzer des Interdictes bedienen kann, um ſeinen Beſitzſtand gegen denjenigen zu be-

27) L. 1 pr., L. 3 §. 11 D. uti possid. 43, 17 (S. 309).

28) Vgl. L. 3 D. de interd. 43, 1, L. 1 §. 40 D. de vi 43, 16. — Den allgemeinen Grundſätzen entſpricht dieſe Behandlung nicht unbedingt; ſondern danach müßte man unterſcheiden, ob der Beſiegte in gutem oder böſem Glauben war. Allein die Quellen ſcheinen mir keine andere, als die im Texte gegebene Entſcheidung zu geſtatten. Vielleicht wollte man abſichtlich allen ſolchen Unterſcheidungen aus dem Wege gehen und durch jene ein für alle Mal gleiche und durchſchnittliche Behandlung auf die gerade hier ſo wünſchenswerthe möglichſt raſche Erledigung des Proceſſes hinwirken. Will der beeinträchtigte rechtmäßige Beſitzer mehr und namentlich einen Erſatz für die Zeit vor der litis contestatio erlangen, ſo bleibt es ihm unbenommen, ſich eines recuperatoriſchen Interdictes zu bedienen. Dann muß er aber den Beſitz einſtweilen aufgeben, wodurch für die Dauer des Proceſſes ein feſter Zuſtand geſichert iſt.

haupten, der sich vi aut clam des ganzen Besitzes angemaßt hat: warum sollte es ihm nicht auch wider denjenigen gestattet sein, der sich vi aut clam eine anmaßliche Schmälerung und Beeinträchtigung des Besitzes, etwa durch einen Bau auf dem Grundstücke, erlaubt hat? Zudem würde es gar nicht möglich sein, zwischen den Fällen der Anmaßung des Besitzes selbst und denjenigen bloßer anmaßlicher Störung eine praktisch brauchbare Grenze zu ziehen. Denn z. B. das Brechen von Steinen auf einem Grundstücke kann je nach der dabei obwaltenden Willensrichtung ebensowohl als Anmaßung des Besitzes des Grundstückes, wie als bloße Anmaßung des Quasibesitzes einer servitus lapidis eximendi zu betrachten sein. Sollte aber die Statthaftigkeit des int. Uti possidetis erst noch von dem Nachweise einer bestimmten Willensrichtung des Gegners abhängen, von der sich dieser häufig selbst gar keine klare Rechenschaft geben wird?

Die Möglichkeit des Interdictes zur Abwehr einer bloßen Störung des Besitzes, und zwar sowohl einer erst drohenden als einer vi aut clam bereits geschehenen, wird aber auch durch bestimmte Quellenzeugnisse bestätigt. (S. 325 fg.) Ob der Gegner den Besitz des Grundstückes bestreitet oder nicht, darauf kommt nach diesen Stellen und nach der Natur der Sache nichts an. Nur muß, was von seiner Seite droht oder bereits geschehen ist, als eine Schmälerung und Beeinträchtigung des Besitzes selbst erscheinen und darf nicht eine Richtung bloß gegen die Person des Besitzers haben; sonst wäre nur die Injurienklage zulässig. [29])

29) Und so würde ich namentlich in dem bekannten von Thibaut herrührenden Beispiel, „wenn bei Nacht Spectaculanten (!) in ein Haus dringen, darin herumschreien, an die Thüren klopfen u. s. w.", keine andere, als diese Klage gestatten. Noch weniger liegt eine Besitzstörung vor und ist daher das Interdict zulässig, wenn etwas, was bei hinzutretender Absicht als ein Eingriff in den fremden Besitzstand erscheinen könnte, durch Zufall vorgekommen ist, wie z. B. wenn bei einem Sturme Ziegel von einem Dache in den Garten des Nachbars geweht werden, oder beim Anfahren oder Abladen von Steinen einzelne Steine zufällig in einen von einem andern besessenen Privatweg fallen u. dgl. m. Vgl. unten S. 351.

Aber auch in ſeiner Richtung gegen bloße Störungen gewährt das Interdict nur Schutz für die Zukunft, d. h. für die Zeit nach der litis contestatio, und niemals einen Schadenserſatz für die Vergangenheit. (S. 325 fg.) Den Zuſtand zur Zeit der litis contestatio muß der Beſitzer, der zum int. Uti possidetis greift, acceptiren, und alſo z. B. einen damals bereits hergeſtellten Graben, wenn er ihn nicht belaſſen mag, ſeinerſeits und auf ſeine Koſten wieder zufüllen. Will er dieſes nicht, ſo muß er ſich des int. Quod vi aut clam bedienen (S. 326), welches er übrigens, wo ſeine Vorausſetzungen vorhanden ſind, unbedenklich auch neben dem int. Uti possidetis gebrauchen kann. Und eine ſolche Verbindung der beiden Interdicte wird nach heutigem Rechte allemal anzunehmen ſein, wenn der Beſitzer gegenüber einer geſchehenen Störung in der bei dem possessorium ordinarium üblichen Weiſe nicht bloß um Unterſagung fernerer Störung, ſondern auch um Verurtheilung des Gegners zur Wiederherſtellung des eigenmächtig veränderten Zuſtandes und zum Erſatze des verurſachten Schadens bittet.[30])

Anhang.

Zwei Rechtsfälle.

Manchen Leſern dieſer Zeitſchrift wird es vielleicht nicht unerwünſcht ſein, wenn ich zur Veranſchaulichung der praktiſchen Geſtaltung eines possessorium ordinarium aus der Praxis unſeres Halliſchen Spruchcollegiums zwei Rechtsfälle mittheile, die auch ſonſt noch mehreres intereſſante darbieten.

I.

Erkenntniß erſter Inſtanz für das Fürſtl. Reuß-Plauiſche Juſtizamt zu Greiz vom Dezember 1865.

---

30) Mehr kann ich der herrſchenden Anſicht nicht einräumen, nach welcher wenigſtens im Juſtinianiſchen und heutigen Rechte mit dem int. Uti possidetis auch Schadenserſatz wegen der Vergangenheit erlangt werden könnte. Vgl. auch Zimmermann in dieſer Zeitſchrift Bd. 52. S. 491.

Der Kläger, Gutsbesitzer J. H. Pf.—r zu M.—z, ist Besitzer und Eigenthümer eines Gutes, das er im J. 1836 von seinem Vater durch Kauf erworben, und welches bis dahin der letztere erb- und eigenthümlich in Besitz gehabt hatte. Zu diesem Gute gehört ein Holzgrundstück — auf einer der Klage beigefügten Handzeichnung mit A. bezeichnet — und ein zweites — auf dieser Handzeichnung mit C. bezeichnet. Ersteres grenzt nach Süden, letzteres nach Osten an ein Holzgrundstück des Verklagten, Gutsbesitzers G. K.—l daselbst, — auf dem Plane mit B. bezeichnet. An dem Punkte, wo Klägers Holzgrundstück A. nach Süden an das Grundstück B. und zugleich nach Osten an ein anderes Holzgrundstück F. stößt, befindet sich ein Lagstein a., an einem andern mehr westlich gelegenen Punkte b. ein zweiter Lagstein b., und noch mehr westlich nach der Behauptung des Klägers ein dritter Stein c. Diese Steine, führt Kläger an, hätten sich seit Menschengedenken und jedenfalls schon seit länger als rechtsverjährter Zeit stets an ihrer jetzigen Stelle befunden und seien auch stets vom Kläger und seinem Vater einerseits, sowie vom Verklagten, seinem Vater und Großvater, als seinen Besitzvorgängern in dem Grundstücke B., andererseits als Lag- oder Grenzsteine zwischen den Grundstücken A. und B., ingleichen je eine von dem Steine a. nach dem Steine b. und von diesem nach dem Steine c. gehende gerade Linie stets als die Grenzlinie zwischen den genannten beiden Grundstücken gegenseitig anerkannt und behandelt worden. Auch sei der nördlich dieser Grenzlinie gelegene gesammte Holzboden, insbesondere ein auf dem Plane durch die Linien b. c. k., k. l., l. d., d. b. eingeschlossenes Viereck vom Kläger und seinen Besitzvorfahren seit Menschengedenken und namentlich seit länger als rechtsverjährter Zeit stets als ihr Eigenthum und Stück ihres Grundstückes A. angesehen und behandelt, und öffentlich, frei und ungehindert als solches durch mancherlei — genauer angegebene — Besitzhandlungen, als Abschlagen und Verkauf des Holzes, Scharren von Moos, Abweiden der Gräser und Kräuter u. dgl., benutzt worden, während Verklagter und seine Besitzvorgänger auf gedachtem Vierecke nie irgend eine Besitzhandlung vorgenommen hätten.

Was das zweite Holzgrundſtück des Klägers C. anlange, ſo gehe die wirkliche Grenze zwiſchen dieſem und dem Grundſtücke B. des Verklagten je in gerader Richtung von dem Steine c. zu einem etwa 44 Schritte ſüdöſtlich befindlichen Steine e., von dieſem zu einem etwa 80 Schritte in ſüdweſtlicher Richtung entfernten Steine f., und von dieſem zu einem etwa 31 Schritte noch mehr ſüdweſtlich ſtehenden Steine g., und dieſe Grenze ſei auch als die wirkliche ſeit Menſchengedenken und namentlich über rechtsverjährte Zeit vom Kläger und ſeinen Beſitzvorfahren einerſeits, ſowie vom Verklagten und ſeinen Beſitzvorgängern andererſeits gegenſeitig anerkannt, behandelt und reſpectirt, auch die vier Steine c. e. f. g. ſtets gegenſeitig als Lag- oder Grenzſteine anerkannt, behandelt und reſpectirt worden. Kläger und ſeine Beſitzvorgänger hätten den weſtlich der Linie c. e. f. g. gelegenen Holzboden ſtets als einen Theil ihres Holzgrundſtückes C. betrachtet und behandelt und als ihr Eigenthum durch Benutzung und Verwendung der dortigen Bodenerzeugniſſe jeder Art für ſich benutzt. Verklagter und ſeine Beſitzvorfahren dagegen hätten ſich an dieſem Holzboden und den dortigen Bodenerzeugniſſen niemals vergriffen, denſelben vielmehr ſtets als Stück des Holzgrundſtückes C. und als Eigenthum des Klägers reſp. ſeiner Beſitzvorfahren anerkannt und behandelt. Als im J. 1858 oder 1859 Dienſtleute des Vaters des Verklagten beim Mooſcharren aus Irrthum über die gedachte Grenze hinausgegangen, habe Verklagtens Vater dieſes ſelbſt und von freien Stücken als ohne ſein Wiſſen und ſeinen Willen geſchehen gegen den Kläger entſchuldigt. Auch habe vor etwa 6—8 Jahren Verklagtens Vater zur Bezeichnung und beſſern Sichtbarmachung der Grenze, ſo wie dieſes überhaupt zu ſolchem Zwecke in dortiger Gegend ſehr gebräuchlich ſei, bei den Steinen e. und f. an je zwei Kiefern und ſodann zwiſchen beiden Steinen etwa 30 Schritte unterhalb des erſten an noch einer Kiefer ein paar Ellen über dem Boden ein Stück Rinde weggehauen.

Gleichwohl habe der Geometer v. W. bei der am 9. Juni 1864 unter Zuziehung des Klägers und Verklagten vorgenommenen Feſtſtellung der Grenzen zwiſchen den Grundſtücken A., B. und C. behauptet, daß ſich die Grenze von Verklagtens

Grundstück B. zunächst von dem Steine b. nördlich bis zu dem Punkte d., dann von diesem westlich nach l., von da nach i., nun etwas östlich nach h. und von da endlich in gerader Linie zu dem Steine g. ziehe. Demgemäß habe er auch, alles Widerspruches des Klägers ungeachtet, die Grenzen vorläufig bezeichnet und festgestellt und sonach Verklagtem von dem Grundstücke A. das ganze Viereck b. d. l. k., und von dem Grundstücke C. das durch die Punkte c. e. f. g. h. i. k. begrenzte Stück Holzboden vorläufig zugetheilt. Verklagter habe sich damit allenthalben einverstanden erklärt und sei auch auf eine anderweite Feststellung der Grenzen trotz gütlicher Aufforderung von Seite des Klägers nicht eingegangen. Kläger, da ihm an den gedachten Stücken Besitz und Eigenthum zustehe, er auch insbesondere auf dem letzterwähnten Stücke noch in den Jahren 1857 bis 1860 incl., sowie zuletzt noch wieder im Herbste 1862 völlig frei, öffentlich und ungehindert durch seine Dienstleute Moos habe scharren und dieses sodann in sein Gutsgehöfte fahren lassen, also unbedingt auch im ruhigen Besitze gedachten Stückes bis in die neueste Zeit sich befunden habe, sehe sich daher zur Klage genöthigt. Das Petitum lautet dahin, zu erkennen:

daß Klägern das Eigenthum oder mindestens der Besitz an den gedachten beiden Stücken Holzboden: b. d. l. k. und c. e. f. g. h. i. k. zustehe, und Verklagter demzufolge das Eigenthum des Klägers an diesen Stücken anzuerkennen schuldig, oder daß Kläger mindestens in dem Besitze so lange, als Verklagter ein anderes im Rechtswege nicht ausgeführt haben würde, zu schützen, daß endlich Verklagter die Kosten des Processes ab- und zu erstatten verbunden.

Verklagter stellt zunächst der Klage die folgenden Einreden entgegen:

1) Die Einrede der Unstatthaftigkeit, hauptsächlich weil die vom Kläger vorgenommene Cumulation des Petitoriums mit dem Possessorium unstatthaft sei, da Kläger nicht Wiederherstellung eines entzogenen, sondern Aufrechthaltung eines angeblich bestehenden Besitzes begehre.

2) Die Einrede des fehlenden Klagerechtes, ge-

ſtützt theils auf ein Landesgeſetz, theils auf die Behauptung, daß am Anfange dieſes Jahrhunderts die meiſten Fluren des Landes, und namentlich noch vor 1808 auch diejenige von M.—z, von dem Oberkammerathe Pöhl mit Genehmigung der Landesregierung vermeſſen und kartirt worden ſeien. Die aufgenommenen Karten ſeien im Archive der Landesregierung niedergelegt worden, und hätten bis daher ſtets als gültige Beweisdocumente bei Grenzſtreitigkeiten mit der Wirkung eines vollen Beweiſes gegolten. Nach Maßgabe dieſer Karten aber habe im J. 1864 der Geometer v. W. die Grenzen zwiſchen den in Frage ſtehenden Grundſtücken des Klägers und des Verklagten gezogen und vermarkt.

In der Einlaſſung leugnet ſodann Verklagter den größten Theil der klägeriſchen Geſchichtserzählung, und beſtreitet namentlich in Anſehung des Grundſtückes A. alle einzelnen von klägeriſcher Seite angeblich ſtattgefundenen Beſitzhandlungen. Eventuell behauptet er, daß alle etwa vorgekommenen Beſitzhandlungen heimlich vorgenommen worden ſeien. Ferner behauptet er, ſein, des Verklagten, Vater habe vor etwa 25—30 Jahren einmal das Holz auf dem ſtreitigen Stücke b. d. l. k. mit abgetrieben.

In Betreff des Grundſtückes C. beſtreitet Verklagter gleichfalls die vom Kläger behaupteten Beſitzhandlungen und behauptet ſeinerſeits, ſein Vater habe einmal dem Vater des Klägers, der auf dem ſtreitigen Stücke habe Holz abmachen wollen, dieſes unterſagt und mit Klage gedroht, worauf Klägers Vater es unterlaſſen und erklärt habe, daß er ſich in der Grenze geirrt, auch gebeten, von der Klage abzuſtehen. Speciell verneint Verklagter noch, daß Kläger auf dieſem ſtreitigen Stücke c. e. f. g. h. i. k. noch in den Jahren 1857—1860 und zuletzt wieder im Herbſte 1862 Beſitzhandlungen vorgenommen; eventuell behauptet er, daß Kläger dabei mala fide gehandelt und die gedachten Handlungen heimlicherweiſe vorgenommen habe.

Aus den Entſcheidungsgründen unſeres Erkenntniſſes will ich folgendes mittheilen und einige Anmerkungen beifügen.

„Die erhobene Klage ſtellt ſich nach dem Petitum als eine petitoriſche dar, mit welcher für den Fall des Nichtdurchdringens eine Beſitzklage cumulirt iſt. Verklagter hat nun vor allem die Zuläſſigkeit einer ſolchen Cumulation beſtritten, weil Kläger nicht Wiederherſtellung eines entzogenen, ſondern Aufrechthaltung eines angeblich beſtehenden Beſitzes begehre. Dieſer Einwand kann aber nicht für gegründet erachtet werden. Wenn ſich auch die Statthaftigkeit einer Cumulation des Petitoriums mit dem Poſſeſſorium im römiſchen Rechte nicht nachweiſen läßt, ſo iſt ſie doch ganz entſchieden im kanoniſchen Rechte

c. 2 und 6 X de caus. poss. et prop. 2, 12

anerkannt, und wenn auch die Cumulation der interdicta retinendae possessionis mit der Eigenthumsklage nach

cap. 5 X cit.

ausgenommen zu ſein ſcheint,

Bayer, Theorie der ſummar. Proceſſe §. 76,

ſo hat ſich doch in der Praxis — und zwar nicht bloß in Churſachſen, wie Verklagter in ſeiner Duplikſchrift behauptet, und überhaupt nicht bloß in den Ländern des ſächſiſchen Rechtes, ſondern auch im Gebiete des gemeindeutſchen Rechtes — der Satz gebildet, daß auch das possessorium ordinarium mit dem petitoriſchen Streite und insbeſondere mit dem Eigenthumsſtreite in derſelben Klagſchrift cumulirt werden dürfe, und zwar auch in der Weiſe, daß zunächſt der Richter den Anſpruch des Klägers auf Zuerkennung des Rechtes zu unterſuchen und erſt, wenn er dieſen nicht begründet erkennt, auf die Beſitzfrage einzugehen hat.

Bayer a. a. O. bei Note 6 und 7.

Schaumburg, Principia prax. iur. l. II. cap. IV. §. I. Note *** und ****.

Biener, Syst. proc. §. 271 bei Note 5.

Martin, Vorleſungen II S. 341 Nr. IV.

Oſterloh, Die ſummar. Proceſſe §. 60.

Kori, Theorie der ſächſ. ſummar. Proceſſe §. 133, §. 136 beſ. Note 9.

Heimbach, Lehrbuch des ſächſ. Proc. II §. 171 a. E., §. 174 Nr. 3.

Vgl. auch die preuß. allg. G.O. I Tit. 5 §. 27.

Nur das Summariissimum kann in den Ländern ſächſiſchen Rechtes mit dem Petitorium nicht cumulirt werden.

Kori §. 136 bei Note 8.

Oſterloh §. 60 bei Note 2 und dieſe Note.

Die Unſtatthaftigkeit einer Cumulation der ordentlichen Beſitzklage mit einer petitoriſchen Klage läßt ſich hienach höchſtens da behaupten, wo die Natur der beiden cumulirten Klagen und der Inhalt des geſtellten Geſuches unüberſteigliche Hinderniſſe bietet.

Vgl. Oſterloh §. 60 S. 148.

Martin a. a. O.

Alſo z. B. wenn ein Kläger die Eigenthumsklage und die ordentliche Beſitzklage in Betreff einer Sache cumuliren wollte, an welcher er ſich nicht bloß juriſtiſchen Beſitz, ſondern ſogar Detention zuſchreibt. (Denn die bloße Behauptung juriſtiſchen Beſitzes wäre noch kein Hinderniß für die Cumulation, weil nach

L. 9 in fin. D. de R. V. 6, 1

die rei vindicatio auch gegen den bloßen Detentor der zu vindicirenden Sache angeſtellt werden kann.) Dergleichen Hinderniſſe ſind aber vorliegend nicht vorhanden. Denn, wenn auch Kläger unverkennbar behauptet, daß er den Beſitz und ſelbſt die Detention der ſtreitigen Holzbodenparcellen habe, ſo gibt doch §. 12 des Landes-Geſetzes vom 28. Februar 1858 jeder der Parteien, welche ſich durch die vom Geometer vorläufig feſtgeſtellte Grenzlinie beſchwert glaubt, das Recht, ihre vermeintlichen Anſprüche im Wege rechtlicher Klage

vgl. §. 1 der Verordnung vom 3. Okt. 1862

geltend zu machen, und zwar ohne alle Rückſicht auf Beſitz oder Nichtbeſitz, ſo daß man das Recht zu einer ſolchen Klage auch demjenigen, der durch die vom Geometer gezogene Grenzlinie angeblich in ſeinem Beſitze und ſelbſt in ſeiner Detention verletzt iſt, zuſchreiben muß. Noch deutlicher erhellt dies aus

§. 2 vgl. mit §. 1 der allegirten VO.

Denn wenn es hier heißt:

„Der Besitzproceß ist durch die Bestimmung des angezogenen Gesetzes (nämlich §. 12 des Gesetzes vom 28. Februar 1858) nicht ausgeschlossen",

so ist damit zuvörderst deutlich gesagt, daß die in §. 12 cit. gemeinte Klage eine petitorische ist. Da aber ferner der Besitzproceß nur als durch den genannten §. 12 nicht ausgeschlossen bezeichnet wird, da also demjenigen, der sich durch die vom Geometer einstweilen festgestellte Grenzlinie in seinem Besitze verletzt glaubt, nur erlaubt und freigestellt wird, unerachtet des §. 12 cit. auch eine Besitzklage zu gebrauchen: so liegt darin unverkennbar der Satz, daß derselbe wegen dieses §. 12, wenn er will und dies vorzieht, jedenfalls auch eine petitorische Klage anstellen kann. Wie dies mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu vereinigen sei, ob darin eine singuläre Erweiterung der Theorie der rei vindicatio liege, oder ob vielmehr in solchem Fall die Klage als eine bloße Anerkennungsklage zu bezeichnen sei, und was andere Möglichkeiten mehr sind: diese Frage darf hier dahingestellt bleiben. Genug, daß das Gesetz unzweideutig Jedem, der sich durch die vorläufige Abgrenzung des Geometers beschwert glaubt, sei er nun Besitzer oder Nichtbesitzer, eine petitorische Klage gestattet. Und diese Bestimmung muß beiläufig als sehr praktisch und nützlich betrachtet werden, weil durch sofortige Erhebung einer petitorischen Klage die Sache am schnellsten zum endgültigen Austrage kommt (was in Fällen der bezüglichen Art auch im öffentlichen Interesse liegt), und weil der Verklagte niemals irgend welches Interesse dabei hat, lieber mit einer Besitzklage, als mit einer petitorischen Klage belangt zu werden.

Kann nun aber die in §. 12 des Gesetzes vom 28. Febr. 1858 genannte Klage auch von dem Besitzer angestellt werden, so versteht sich von selbst, daß mit dieser Klage die Cumulation der ordentlichen Besitzklage niemals als unverträglich erscheinen kann.

Jedenfalls muß aber vorliegend die mit der petitorischen eventuell cumulirte Besitzklage als die ordentliche Besitzklage aufgefaßt werden. Denn einer Auffassung als Summariissimum

steht schon das oben erwähnte Verbot einer Cumulation desselben mit dem Petitorium im Wege. Eine Spolienklage läßt sich aber hier deshalb nicht annehmen, weil in der Thatsache, worin nach der Behauptung des Klägers die angebliche Störung seines Besitzes liegt, nämlich in der vom Geometer v. W. vorgenommenen vorläufigen Grenzfeststellung und Bezeichnung, eine Besitzentsetzung nicht gefunden werden kann. Zwar schreibt §. 2 Abs. 2 der VO. v. 3. Oktober 1862 vor, daß derjenige, der sich mit der vorläufigen Grenzbezeichnung des Geometers ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt hat, die fragliche Markirung in dem dadurch veranlaßten Rechtsstreite ebenso vertreten müsse, als ob er solche selbst, in der Absicht, daran festzuhalten, vorgenommen hätte; auch steht durch das ausdrückliche Zugeständniß des Verklagten fest, daß er sich mit der von dem Geometer v. W. vorläufig festgestellten Grenze allenthalben einverstanden erklärt hat. Allein gesetzt, daß Kläger seiner Behauptung gemäß am 9. Juni 1864 im Besitze der fraglichen Holzbodenparcellen gewesen wäre, und nun Verklagter selbst statt des Geometers die von diesem bewirkte Grenzbezeichnung in der Absicht, daran festzuhalten, vorgenommen hätte: so läßt sich doch in dieser Handlung immer nur eine bloße Beunruhigung des Klägers in seinem Besitze, nicht schon eine wirkliche Entsetzung aus demselben erblicken. [1])

Vgl. Osterloh §. 47 (S. 114fg.).

Uebrigens ergibt sich daraus, daß Kläger in seiner Replik-

1) Darin, daß, wie Kläger behauptet, der Geometer v. W., alles Widerspruches des Klägers ungeachtet, zwei bis dahin im Besitze des letztern gewesene Holzbodenparcellen dem Verklagten zutheilte und Verklagter sich damit einverstanden erklärte, möchte aber doch vielmehr, genau genommen, eine Occupation dieser Parcellen wider erklärtes Verbot des Besitzers liegen. Eine solche Occupation enthält jedoch, wie in dem vorstehenden Aufsatze dargethan, schon nach dem richtig verstandenen römischen Rechte noch nicht ohne weiteres einen Besitzverlust für den bisherigen Besitzer und schließt daher das int. Uti possidetis nicht aus. (S. 317 und 330.) Gleichwohl wird niemand zweifeln, daß es keinem Dritten gestattet sein könnte, sich dem Verklagten gegenüber auf das Verhältniß des letztern zu dem Kläger zu berufen, daß vielmehr gegen jeden Dritten dem Verklagten der volle Besitzschutz in Ansehung jener beiden Parcellen gewährt werden müßte.

schrift für die Zulässigkeit der in der Klagschrift geschehenen Cumulation sich auf

Osterloh §. 60 S. 148

beruft, daß auch nach seiner Meinung und Absicht die eventuell angestellte Besitzklage als die ordentliche Besitzklage betrachtet werden soll. [2])

— — — — — — — — — — — — —

Die auf die Beweiskraft der Pöhl'schen Karten bezügliche Anführung des Verklagten ist deshalb vorerst von keiner Erheblichkeit, weil, selbst diese Anführung als richtig gesetzt, daraus nichts weiter folgen würde, als die Obliegenheit des Klägers zu beweisen, daß er, bezüglich seine Vorbesitzer, seit Anfertigung gedachter Karte das Eigenthum der streitigen Parcellen erworben.

Mußte hienach der Verklagte allerdings zur Einlassung auf die Klage verpflichtet erscheinen, so ergibt sich, da er sämmtliche erhebliche Klagthatsachen geleugnet hat, nunmehr die Frage, was Kläger sowohl in Betreff der principaliter angestellten petitorischen, als auch mit Rücksicht auf die eventuell damit cumulirte possessorische Klage, und zwar hinsichtlich jedes der beiden streitigen Holzbodenstücke zu beweisen habe.

I. Was die erhobene petitorische Klage anlangt, u. s. w.

II. Für den Fall, daß Kläger den Eigenthumsbeweis in Betreff beider oder wenigstens des einen oder andern der streitigen Holzbodenstücke nicht führen sollte, ist nun auch auf die eventuell erhobene Besitzklage einzugehen.

Dieselbe stellt sich, wie schon oben ausgeführt, als die ordentliche Besitzklage dar. Mit dieser Klage dringt aber derjenige durch, welcher sich selbst dem Gegner gegenüber im fehlerfreien Besitze befindet, oder welchem gegenüber der Besitz

2) Diese Meinung des Klägers erhellt auch unzweideutig aus der Fassung des Klagegesuches. — Beiläufig zeigt dieser Rechtsfall, wie schwer es bei vi aut clam (also ohne wirkliche Dejection durch vis atrox) geschehenen Besitzverletzungen ist, eine wirkliche Anmaßung des Besitzes selber von bloßen Störungen und Beeinträchtigungen des Besitzes praktisch zu unterscheiden.

des Gegners nur ein fehlerhafter iſt. Dabei hat ſich dann noch auf Grund des kanoniſchen Rechtes

cap. 9 X de probat. 2, 19

die Rechtsvermuthung gebildet, daß, wenn eine Partei ältere Behandlungen, als die andere nachweiſt, der Beſitz der letzteren gegenüber der erſteren im Zweifel für einen fehlerhaften gehalten werden ſoll, ſo daß alſo ein unmittelbar auf die Fehlerhaftigkeit des gegneriſchen Beſitzes gerichteter Beweis nur in dem Fall in Betracht kommt, wenn zwar beide Parteien Beſitzhandlungen nachweiſen, ſich aber nicht mit Beſtimmtheit ermitteln läßt, daß die eine früher, als die andere im Beſitze geweſen. Dagegen muß es demjenigen, der nur einen jüngern Beſitz für ſich hat, noch immer freiſtehen, den Beweis der Fehlerfreiheit deſſelben zu führen, um dadurch jene auf dem Alter des Beſitzes ruhende Rechtsvermuthung zu entkräften und zu widerlegen.

Heimbach §. 171.

Oſterloh §. 53ff.

Biener, Syst. §. 270.

Vgl. Bruns, Recht des Beſitzes S. 183ff.

Prüft man nun von dieſem Standpunkte aus die Anführungen der Parteien, ſo hat jede derſelben und zwar in Betreff beider ſtreitiger Holzbodenparcellen für ihren Beſitz an denſelben ſprechende Thatſachen angeführt. Hierhin gehört:

1) hinſichtlich des Stückes b. d. l. k.

A. Von Seiten des Klägers die Behauptung:

a. daß vom Kläger und ſeinen Beſitzvorgängern, wie auch vom Verklagten und ſeinen Vorbeſitzern die Steine a. b. c. als Grenzſteine und eine dieſelben verbindende gerade Linie als Grenzlinie zwiſchen den beiden Holzgrundſtücken A. und B. ſtets gegenſeitig anerkannt und behandelt worden.

b. daß der nördlich dieſer Grenzlinie gelegene geſammte Holzboden und insbeſondere das Stück b. d. l. k. vom Kläger und ſeinen Vorbeſitzern ſtets als ihr Eigenthum angeſehen und behandelt und als ſolches öffentlich, frei und ungehindert durch Abſchlagen und Verkauf von Holz, Scharren von Moos, Abweiden der Kräuter und Gräſer und ſonſt benutzt

worden, daß insbesondere noch in den Jahren 1857—1863 die Bl. 8 der Acten näher verzeichneten einzelnen Besitzhandlungen vorgekommen.

c. daß Verklagter selbst bei der am 8. Juni 1864 von dem Geometer v. W. vorgenommenen Grenzfeststellung die Steine a. b. c. als Grenzsteine und je eine sie verbindende gerade Linie als Grenzlinie zwischen den Grundstücken A. und B. ausdrücklich anerkannt habe.

d. daß Verklagter und seine Besitzvorgänger auf dem Stücke b. d. l. k. niemals irgend eine Besitzhandlung ausgeübt.

B. Von Seiten des Verklagten gehören dahin die Anführungen:

a. daß auf der im Anfange des Jahrhunderts und vor 1808 aufgenommenen Pöhl'schen Karte das Stück b. d. l. k. als Theil des Holzgrundstückes B. verzeichnet sei, indem diese Thatsache allerdings die Vermuthung begründen würde, daß zur Zeit der Anfertigung gedachter Karte Verklagtens Besitzvorgänger im Grundstücke B. den Besitz des Stückes b. d. l. k. gehabt habe.

b. daß sein Vater vor etwa 25—30 Jahren einmal das Holz auf diesem Stücke mit abgetrieben habe.

2) In Betreff des Stückes c. e. f. g. h. i. k. wird

A. vom Kläger behauptet:

a. daß von ihm und seinen Vorbesitzern, wie auch vom Verklagten und dessen Besitzvorfahren die Steine c. e. f g. stets als Grenz- oder Lagsteine, und je eine dieselben verbindende gerade Linie stets als Grenzlinie zwischen den beiden Grundstücken B. und C. anerkannt, behandelt und respectirt worden sei.

b. daß der westlich von dieser Grenzlinie gelegene gesammte Holzboden vom Kläger und dessen Besitzvorfahren stets als ihr Eigenthum angesehen und behandelt und als solches durch Benutzung und Verwendung der dortigen Bodenerzeugnisse jedweder Art benutzt worden sei. Insbesondere habe Kläger auf dem streitigen Stücke c. e. f. g. h. i. k. noch in den Jahren 1857—1860 und zuletzt im Herbste 1862 völlig frei, öffentlich und ungehindert Moos scharren und dieses sodann in sein Gutsgehöfte fahren lassen und dort in seiner Wirthschaft verwendet.

c. daß, als im Jahr 1858 oder 1859 Dienſtleute von Verklagtens Vater beim Moosſcharren aus Irrthum über die Grenzlinie c. e. f. g. hinausgegangen ſeien, dies Verklagtens Vater ſelbſt und aus freien Stücken als ohne ſein Wiſſen und ſeinen Willen geſchehen gegen den Kläger entſchuldigt und ſich zur Entſchädigung erboten habe.

d. daß außerdem Verklagter und deſſen Beſitzvorfahren weſtlich von gedachter Linie ſich an den dortigen Bodenerzeugniſſen jedweder Art niemals vergriffen hätten.

e. daß vor mehreren — etwa 6—8 Jahren — Verklagtens Vater zur Bezeichnung und beſſern Sichtbarmachung der Grenze zwiſchen den Grundſtücken C. und B. bei den Steinen e. und f. an je zwei Kiefern und ſodann zwiſchen beiden Steinen etwa 30 Schritte unterhalb des erſten an noch einer Kiefer ein paar Ellen über dem Erdboden ein Stück Rinde weggehauen habe, wie dies überhaupt in dortiger Gegend zur beſſeren Sichtbarmachung der Grenzen aneinanderſtoßender Holzgrundſtücke ſehr gebräuchlich ſei.

B. Verklagter dagegen behauptet:

a. daß die vom Geometer v. W. am 9. Juni 1864 vorläufig feſtgeſtellte Grenzlinie zwiſchen den Grundſtücken B. und C. der Pöhl'ſchen Karte entſpreche. (S. oben 1. B. a.)

b. daß Verklagtens Vater einmal dem Vater des Klägers, der auf dem ſtreitigen Stücke habe Holz abmachen wollen, dieſes unterſagt und mit Klage gedroht, worauf Klägers Vater es unterlaſſen und erklärt habe, daß er ſich in der Grenze geirrt, auch Verklagtens Vater gute Worte gegeben, von der Klage abzuſtehen.

Eventuell könnten aber auch noch die Anführungen des Verklagten von Erheblichkeit werden:

a. daß alle auf dem Stücke b. d. l. k. klägeriſcherſeits etwa vorgekommenen Beſitzhandlungen heimlich vorgenommen worden.

b. daß Kläger bei den Beſitzhandlungen, welche er auf dem Stücke c. e. f. g. h. i. k. in den Jahren 1857—1860 und im Herbſte 1862 angeblich vorgenommen, mala fide und heimlicherweiſe gehandelt habe.

Dasselbe gilt von den gegentheiligen Anführungen des Klägers, daß vielmehr alle genannten Besitzhandlungen öffentlich, frei und ungehindert geschehen seien.“ [3])

II.

Revisions-Erkenntniß für die Fürstl. Lippische Justizkanzlei zu Detmold vom April 1871.

Am 16. März 1870 reichte der Colon H. Nr. 2 bei dem Amte Lage gegen den Anerben Ch. H. ein Gesuch folgenden Inhaltes ein.

Seit 33 und mehr Jahren habe er die neben seinem Garten in H. liegende Strecke Land als Weg zu und von seinem daran grenzenden Kampe benutzt; jetzt habe ihm aber Implorat durch Bewerfung desselben mit Steinen die Benutzung als Weg sehr erschwert. Er bitte daher, dem Imploraten durch ein Inhibitorium aufzugeben, die gen. Steine sofort wieder fortzuschaffen und jeder ferneren derartigen Störung sich zu enthalten, ihn endlich zu Kosten- und Schadensersatz zu verurtheilen.

Durch Decret vom 16. März wurde das erbetene Inhibitorium provisorisch erlassen [1]) und zur Verhandlung der Sache auf den 21. dess. M. Termin an Ort und Stelle anberaumt. In diesem Termin wurde über die streitige Localität eine Handzeichnung aufgenommen und folgendes festgestellt:

3) Die Anführungen der Parteien in diesem Processe ergeben, daß die Praxis — ohne Zweifel durch das Gefühl der praktischen Nothwendigkeit getrieben — bereits derjenigen Theorie folgt, die ich auch als diejenige des römischen Rechtes erwiesen zu haben hoffe, daß sie nämlich durch eine heimlich oder wider erklärtes Verbot des Besitzers (vi aut clam) geschehene Occupation eines in fremdem Besitze befindlichen Grundstückes diesen Besitz noch nicht ohne weiteres für aufgehoben und folglich das possessorium ordinarium nicht für ausgeschlossen ansieht.

1) Die Erlassung eines solchen Inhibitoriums hat die größte Aehnlichkeit mit dem Ausspruche des interdictum Uti possidetis von Seite des römischen Magistrates. Man sieht also, daß etwas dergleichen auch jetzt noch vorkommen kann und wirklich in der Praxis vorkommt. — Daß übrigens in diesem Rechtsfall nach dem römischen Rechte nicht ein int. Uti poss., sondern ein int. de itinere vorliegt, ist hier unerheblich und wird von der Praxis schwerlich beachtet. S. Bruns, Recht des Besitzes S. 423.

Die in der Zeichnung mit c. e. f. g. bezeichnete Strecke der bisherigen Gemeinheit A. iſt von den nördlich liegenden Colonen, unter andern auch von dem Imploranten, als Weg zu dem von H. nach W. führenden Communalwege und weiter zu ihren Feldern benutzt worden. Kürzlich iſt aber die Gemeinheit A. zufolge eines Gemeinheitsbeſchluſſes an den Imploraten verkauft worden, der darauf ein Wohnhaus erbauen will.

Implorant trug nun vor, daß er den Weg c. e. f. g. ſeit länger als 30 Jahren als Gemeinheitsweg benutzt habe, außerdem aber auch eine Wegegerechtigkeit an demſelben in Anſpruch nehme, indem er ihn ſeither als Ackerweg und Schaftrift zu ſeinen weiter gelegenen Ländereien benutzt habe. Implorat habe begonnen, auf dem Grundſtück ein Gebäude zu errichten, wodurch der Raum zwiſchen letzterm und Imploranten's Garten ſo ſehr eingeengt werde, daß nur wenige Fuße übrig blieben. Insbeſondere aber habe Implorat einen Haufen Steine in den Weg geworfen, wodurch die Benutzung des Weges erheblich erſchwert ſei. Implorant befinde ſich zur Zeit im Beſitze ſeines Rechtes, den Weg als Gemeinheitsintereſſent und als Servitutberechtigter zu benutzen, und er bitte um Verurtheilung des Imploraten zur Anerkennung des Rechtes des Imploranten auf Benutzung des gen. Weges, ſowie zur Anerkennung des Beſitzes des Imploranten.

Implorat leugnete die angebliche Beſitzſtörung mit Bezugnahme auf das Ergebniß des Augenſcheins, daß Steine nicht im Wege lägen, letzterer vielmehr in ausreichender und ſeiner bisherigen vollen Breite für den Gebrauch offen ſei. Auch vorher aber habe zu der erhobenen Klage keine Veranlaſſung beſtanden. Implorat habe zu keiner Zeit Steine auf den Weg gebracht, wodurch die Möglichkeit der Benutzung deſſelben geſtört worden wäre. Sollte beim Transport oder beim Abladen der Steine von dem benachbarten Grundſtück ein oder der andere Stein in den Weg gefallen ſein, ſo könne auch das den Imploranten nicht eher zur Klage berechtigen, als bis eine außergerichtliche Aufforderung zur Wegräumung dieſer Hinderniſſe erfolgt ſei, die ſo lange als zufällig angeſehen werden müßten.

Von Seite des Imploranten wurde hierauf zwar eingeräumt, daß die gen. Steine inzwiſchen fortgeſchafft ſeien, aber erwidert, daß es zur Beurtheilung der Beſitzklage ausſchließlich auf den Zuſtand zur Zeit der Klageerhebung ankomme.

Durch ſofort verkündigten Beſcheid wurde, da „hier offenbar nur eine Beſitzklage — — angeſtellt ſei", dem Imploranten aufgegeben zu beweiſen:

daß Implorat den Weg in der letzten Zeit vor Anſtellung der Klage unfahrbar gemacht oder die Benutzung deſſelben erheblich erſchwert habe.

Auf beiderſeits eingelegte Appellation wurde unter Aufhebung jenes Beſcheides Kläger mit ſeiner unbegründeten Klage unter Koſtenfolge abgewieſen, und dieſes Erkenntniß auf eingewandte Reviſion von unſerm Spruchcollegium lediglich beſtätigt, weſentlich aus folgenden mit denjenigen des Appellationserkenntniſſes übereinſtimmenden Gründen:

„Implorant hat in der Klage ausdrücklich erklärt, daß die Beſitzſtörung in dem Aufwerfen von Steinen auf den gen. Weg beſtanden habe, und demgemäß gebeten, dem Imploraten aufzugeben:

die gen. Steine ſofort wieder fortzuſchaffen und jeder weitern derartigen Störung ſich zu enthalten.

Nun hat der Augenſchein im Termine am 21. März ergeben, daß gar keine Steine in dem Wege lagen, daß dieſer vielmehr in ausreichender und ſeiner bisherigen vollen Breite für den Gebrauch offen war. Zu allem Ueberfluſſe hat aber Implorat in dem Termin ausdrücklich erklärt, daß, wenn bei dem Transporte von Steinen ein oder der andere Stein in den Weg gefallen ſein ſollte, dieſes nur zufällig geweſen ſei. Danach kann, ſelbſt vorausgeſetzt, daß vor dem gedachten Termine vorübergehend Steine auf dem Wege gelegen haben ſollten, in dieſer Thatſache keine Beſitzſtörung erblickt werden.[2]) Folglich mußte aber das von dem Imploranten geſtellte Geſuch nach jeder Richtung als durchaus gegenſtandslos erſcheinen."

2) Vgl. oben S. 335 Anm. 29.