Werk

Titel: VI.

Ort: Tübingen

Jahr: 1912

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1912_0108|log29

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

causa und subjektivem Recht umfänglich beschränkt und rechtlich beliebig bedingt vorgestellt werden kann.

Der Gegensatz ist also kurz der: Entweder qualitative Teilung oder Rechtsbesitz, ein Drittes gibt es nicht und dies wird von der qualitativen Teilung her in der künftigen Auseinandersetzung mit H. Chr. Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung von mir erwiesen werden. Es kann aber schon hier darauf hingewiesen werden, daß die von H. Chr. Hirsch verteidigte Uebertragung der Rechtsausübung als Vervielfältigung der Rechte etwas ganz anderes ist als Rechtsbesitz. Sie hat Selbstbehauptungsfähigkeit und soll zum Ersatze der qualitativen Teilung dienen.

VI.

Das unter IV und V Ausgeführte wird bestätigt an der Theorie, die den Zusammenhang von Recht und Besitz am stärksten betont hat, der Theorie Jherings. Für Jhering ist der Besitz eine Eigentumsposition [49]), die Tatsächlichkeit und notwendige Ergänzung des Eigentums. Dies ist ja nun bekanntlich sehr viel angefochten worden, vor allem mit dem Einwurf, daß gegen die Besitzesklage die petitorische Einrede ausgeschlossen sei [50]). Gegen diesen Einwand hat sich Jhering schon im voraus verteidigt (S. 54 f.). Er hätte hinzufügen können, daß keine vollzogene und als Handlung abgeschlossene Rechtsverletzung einem anderen das Recht gibt, sich eigenmächtig dieserwegen zu erholen.

Der Einwand aus der Versagung aller petitorischen

49) Grund des Besitzesschutzes S. 45 ff., 179 ff.; vergl. auch seinen Bericht über die Theorien, die in dem Besitz wahrscheinliches Eigentum sehen, S. 25 f., 27 f., vor allem seine Thesen: wo kein Eigentum, da auch kein Besitz, S. 145 ff., wo Eigentum auch Besitz, S. 155 ff.

50) Hirsch, Prinzipien des Sachbesitzerwerbes S. 7, Randa § 1a Anm. 15 (ausführlicher Literaturnachweis), § 3 Anm. 15, Schmidt, KrVSchr. 12, 73, Dernburg, Pand. (frühere Aufl.) § 170, 2a, Pernice ZHR. 22, 428.

Einreden leidet an einer prozessualen Schwäche. Hierzu müssen wir allerdings etwas weiter ausholen. Warum wird dem einzelnen bei Verfolgung seines Rechtes die Benutzung staatlicher Beweisorgane vorgeschrieben? Diese schon tausendmal gestellte Frage ist auch schon tausendmal dahin beantwortet, daß sonst der Willkür Tür und Tor geöffnet würde. Aber welcher Willkür? Nur der Willkür des garnicht Berechtigten oder auch der Willkür des wirklich Berechtigten? Kein Zweifel, beider, denn sonst wäre dem siegreichen Kläger wenigstens die Vollstreckung entsprechend dem Inhalte des Urteils gelassen worden. Aber nicht einmal dies Vertrauen wird ihm geschenkt. Entsprechend wird auch von dem wahren Berechtigten verlangt, daß er sein Recht erweise. Aber nicht dem Gegner, sondern dem amtlich bestellten Prüfer. Das Prozeßverfahren ist also mindestens a u c h ein Prüfungsverfahren. M. E. ist es sogar nur dieses, alle weitergehenden Wirkungen, die dem Verfahren zugeschrieben werden, sind praktisch vollkommen entbehrlich, wenn man nur alle etwaigen konstitutiven Wirkungen nicht mehr dem Richter oder dem Staate sondern nach allein folgerichtiger Kausalbetrachtung der Parteihandlung zuschreibt [51]). In der Tat werden alle rechtspolitischen Bedürfnisse voll erfüllt, wenn der Prozeß als Prüfungsverfahren verbunden mit einer daran sich knüpfenden urteilsmäßigen Bescheinigung betrachtet wird. Jedenfalls läßt nur diese Betrachtung die wahre rechtspolitische Eigenart jeglichen Prozesses in voller Reinheit erscheinen. Der Staat hat keinerlei Interesse, dem Berechtigten zu seinem Rechte noch ein zweites durch das Urteil zu geben, wohl aber hat er ein Interesse, daß jeder, der ein Recht behauptet, im Bestreitungsfalle unter der Ueberwachung durch die Allgemeinheit sein

51) Kohlers gestreckte Parteihandlung, vergl. dazu Weismann Lehrb. d. Zivilprozeßrechte II § 61 (Literatur in Anm. 2 daselbst), meine Ausführungen in Iherings J. 57, 183.

Recht verfolge. Der Prozeß ist eine staatliche Ueberwachungsmaßregel. Das schließt natürlich nicht aus, daß entsprechend dem Prüfungsmonopol auch ein Rechtshilfezwang d. h. Prüfungszwang eingeführt sein kann und wirklich eingeführt ist.

Selbst aber, wenn man die staatliche Vollstreckung als Ausdruck der Rechtshilfe ansieht, so bleibt darum doch das der Vollstreckung vorhergehende Verfahren ein Prüfungsverfahren und wird am besten nur als ein solches betrachtet. Wie dem auch sei, für unsere Zwecke genügt es, daß das Prozeßverfahren jedenfalls ein Prüfungsverfahren mit ist, mag man ihm sonst auch noch andere Bedeutung zuschreiben oder nicht. Wie kommt nun jemand, der behauptet, daß ihm ein anderer seine Sache gestohlen habe, dazu, auf Grund dieser bloßen Behauptung Eigenmacht ausüben zu dürfen? Wer mit der petitorischen Einrede gegen Jhering operiert, muß in unausweichlicher praktischer Folgerung in Wahrheit der rei vindicatio wenigstens in vielen Fällen sofortige außerprozessuale Vollstreckbarkeit beilegen. Die Verwendung der petitorischen Einrede gegen Jhering bedeutet praktisch häufig nicht viel anderes als unmittelbare Vollstreckungsreife der (bloß behaupteten, nicht einmal bewiesenen) rei vindicatio. Dies wird auch durch den Hinweis auf die liquide petitorische Einrede nicht widerlegt. Eine solche kam praktisch bei den Römern garnicht vor [52]). Von ihr konnte noch weniger dann die Rede sein, wenn der Besitzprozeß dazu diente, die Parteirollen für den Eigentumsprozeß festzustellen. Ein Besitzprozeß mit Eigentumseinrede, liquider oder illiquider, hatte als Voraussetzung des Eigentumsstreites keinen Sinn, Bekker S. 102. Wie dem allem auch sei, gerade der Ausschluß der petitorischen Einreden beweist, daß, ob mit vollem Bewußtsein erkannt oder nicht, jedenfalls

52) Jhering, Besitzwille S. 430 Anm. 1.

Eigentumsbesitz und Eigentum strengstens von den Römern auseinandergehalten sind.

Für uns ist die Richtigkeit der Lehre Jherings aber keine Lebensfrage und darum können wir die exceptio dominii uns sehr wohl als zulässig denken und können eine nicht mit grober Gewalt vorgenommene Selbstvollstreckung des Eigentumsanspruches als durchaus erträglich zugestehen. Ja es ist sogar so viel einzuräumen, daß der Ausschluß der exceptio dominii bei den Römern wie bei uns ein rechtspolitischer Fehler insoweit ist, als entsprechend der exceptio vitiosae possessionis auch eine exceptio dominii hätte zugelassen werden können, ja müssen. Wenn nur zugleich gegen den drohenden Eingriff die Selbstverteidigung zugelassen wäre, hätte die Zulassung der exceptio dominii insofern kein Bedenken gehabt, als die einmal geschehene Selbstvollstreckung der rei vindicatio hätte bei Bestand bleiben können. Dann wäre alles so gehalten worden wie bei dem fehlerhaften Besitz: Befugnis zur Selbstverteidigung, aber nach geschehener Besitzaneignung, soweit nicht interdictum de vi armata oder aber de vi quotidiana in Frage kam, exceptio vitiosae possessionis gegen die Klage des vitiosus possessor. Warum diese durchaus sachgemäße Vorschrift nicht eingeführt worden ist, erklärt keine der verschiedenen Besitztheorien, zumal die Verweisung auf die Funktion als Vorbereitung des Eigentumsstreites erst dann überzeugende Kraft gewinnt, wenn man von der vollzogenen Trennung des possessorium von dem petitorium ausgeht. De lege lata dogmatisch richtig, ist dieser Schluß rechtspolitisch ein offenbarer Kreisschluß. Zweifellos hat daher die Ansicht Ubbelohdes etwas Bestechendes, daß der Eigentümer bei unbewaffneter Vertreibung gegen die Besitzklage sich petitorisch verteidigen konnte, Ubbelohde, Interdikte V, 1 S. 20 ff., 153 ff. Jedenfalls läßt sich sein Hinweis auf Vat. Fragm. 312 nur dann

ablehnen, wenn man eine recht ungenaue Redaktion der Konstitution unterstellt. Hätte Ubbelohde Recht, so würde das im folgenden zu sagende eine interessante Bestätigung insofern finden, als die späte Zulassung der exceptio dominii (Diokletian) mittelbar ein Anzeichen für das grundsätzlich Richtige der folgenden Betrachtung sein würde. Es ist vielleicht kein Zufall, daß gerade Diokletian den Einbruch der zivilen Einrede in die prätorische Klage angeordnet hat.

Die Versagung der zivilen Einrede gegen die prätorische Besitzklage hat nämlich eine andere Bedeutung als sie für Ihering und die herrschende Meinung hat. Sie muß nur auf den richtigen Hintergrund gestellt werden.

Die Besitzinterdikte sind Schöpfungen des Prätors und wollen zu den Einrichtungen des ius civile genau in dasselbe Verhältnis gesetzt werden wie alle übrigen Schöpfungen des Prätors. Da praetor ius facere non potest, kann er auch keinen Anspruch de iure geben. Folglich ist auch der Interdiktenschutz an den Anschauungen der Zeit, in der er entstand, gemessen überhaupt kein eigentlicher Rechtsschutz nach ius civile. Dies teilt er mit jedem durch den Prätor gewährten Schutz, denn jede prätorische actio ist als prätorische keine zivile und darum schon formell keine actio iuris civilis. Dies zeigt sich noch mehr bei Klagen praeter oder contra legem, zeigt sich am deutlichsten bei allen prätorischen Missionen und Possessionen, deren Tatbestand allein vom Prätor vorgeschrieben wurde. Daraus folgt: die ganze prätorische Rechtsprechung konnte nie Recht de iure civili geben, sondern nur Rechtsbesitz. Der Kampf des prätorischen Rechtes gegen das ius civile ist nichts als ein einziger großartiger durch Jahrhunderte hindurch fortgeführter Kampf des Rechtsbesitzes gegen das Recht, der in allen Einzelfragen und schließlich im großen Gesamtergebnis mit einem vollen Siege des Rechtsbesitzes

geendet hat. In schlackenloser Reinheit zeigt sich dieser Gegensatz an der hereditas und der bonorum possessio intestati und contra tabulas[53]). Der Prätor konnte nun nie und nimmer dem nicht gesetzlichen und dem nicht eingesetzten Erben ein Erbrecht nach ius civile geben, er konnte ihm überhaupt de iure kein echtes Recht geben. Echtes Recht gab nur die lex populi romani, daher kann das, was der Prätor gegen die lex populi romani gab, nur Besitz an einem Rechte, Rechtsbesitz sein. Die prätorische Rechtsordnung ist keine Rechtsordnung, ist aber auch keine Unrechtsordnung, sie ist eine Rechtsbesitzordnung[54]). Dies ließe sich noch in sehr

53) Sonstige Beispiele in kurzer Zusammenfassung bei Sohm, Institutionen § 16. Belehrend Javolen D. 50, 16, 115. Quaestio est, fundus a possessione vel agro vel praedio quid distet ..... possessio ab agro iuris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus cuius proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus; possessio ergo usus, ager proprietas loci est. In dieser Stelle wechselt mangels einer ausreichend differenzierten Terminologie das Wort possessio offenkundig seinen Sinn, einmal ist es das Besessene, das andere Mal der Besitz an dem Besessenen, vergl. D. 8, 1, 20; von demselben Javolen: puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipendum esse. Hier ist die possessio gar Gegenstand der Tradition, ohne doch das Besessene selber zu sein. Sollte in diesem Ringen mit dem Wort nicht der Gedanke des Rechtsbesitzes zu finden sein, den die Juristen beim sogenannten Sachbesitz nur nicht formulieren konnten? Jedenfalls ist possessio in diesen Stellen etwas ganz anderes als der Sachbesitz der herrschenden Meinung.

54) Vergl. tit. D. 43, 1 de interdictis, vorzüglich l. 1 pr. (Ulpianus); l. 2 § 2 (Paulus) l. 1 pr. Videamus de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius aut de his quae nullius sunt. quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt . . .

l. 2 § 2. Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato: nam proprietatis causam continet hoc interdictum. sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis

viele Einzelzüge hinein verfolgen, zumal an dem Wort in bonis esse, vergl. z. B. Gai. I 35, 54, es muß genügen auf die Unmöglichkeit doppelten wirklichen Rechtes hinzuweisen. Prätorisches „Recht" ist schlechterdings mit dem ius civile unverträglich. Zwei echte „Rechts"ordnungen in Ansehung derselben Dinge und Verhältnisse vertragen sich nicht miteinander, wenigstens nicht innerhalb derselben Rechtsgemeinschaft. Kraft begrifflichen Zwanges kann es nur eine einzige „Rechts"ordnung geben, denn jede Rechtsordnung ist ausschließender Natur und tritt mit dem Anspruch auf Alleinherrschaft auf. Wohl aber kann neben ihr bestehen und mit ihr in Wettbewerb treten eine Rechtsbesitzordnung.

Dies wird alsbald kasuistisch des näheren belegt werden; vorerst sei auf den methodischen Fehler hingewiesen, dessen sich die romanistisch-gemeinrechtliche Theorie ausnahmslos schuldig gemacht hat, als sie sich einfach bei Wort und Begriff (?) des prätorischen, honorarischen oder des Amtsrechtes begnügte. Es ist doch zu beachten, daß eine wissenschaftliche Nötigung besteht, das prätorische Recht von dem Standpunkt der in Rom wirklich de iure geltenden Rechtsordnung, die doch nur das ius civile sein kann, zu definieren. Wir haben uns bisher immer begnügt, das prätorische Recht als das honorarische „Recht" zu betrachten, haben dabei aber immer übersehen, daß wir das Wort und den Begriff „Recht" nur dann auf das prätorische Recht anwenden dürfen, wenn wir dazu durch die in Rom juristisch geltende Rechtsordnung juristisch legitimiert werden. Das prätorische Recht selber kann uns diese Legitimation, es als „Recht" aufzufassen und zu bezeichnen, so lange nicht geben, als in Rom eine echte staatliche Rechts-

proponuntur, veluti proprietatis causam continent, item illa de liberis exhibendis, quae iuris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant.

ordnung besteht, die den Anspruch, die eigentliche und alleinige Rechtsordnung zu sein, erhebt und deren Anspruch auch immer ausnahmslos anerkannt worden ist. Folglich muß die sogenannte prätorische Rechtsordnung zu der zivilen in irgend ein Verhältnis gesetzt werden und zwar in ein juristisches, genauer juristisch-dogmatisches oder juristisch-wissenschaftliches Verhältnis. Dies kann aber nach allem Ausgeführten nur der Rechtsbesitz sein. Das prätorische subjektive Recht mußte zivilrechtlich irgend etwas Zivilrechtliches (!) sein, kann nicht zivilrechtlich gleichgültig sein und muß daher nach allem Ausgeführten der Rechtsbesitz sein. Diese Schlußfolgerung ist m. E. eine ganz unvermeidliche methodische Notwendigkeit. Es genügt wissenschaftlich nicht, einfach von einer doppelten Rechtsordnung (Kohler, Lehrbuch I, § 29 ff.) zu sprechen. Das ist das Wort, das uns über den fehlenden Begriff hinwegtäuscht. Wenn wir nicht den inneren Ausgleich zwischen Zivilrecht und prätorischem Recht in dem Verhältnis von Recht und Rechtsbesitz suchen, außerprozessualem Rechtsbesitz in Angelegenheiten freiwilliger Gerichtsbarkeit, prozessualem in der streitigen Gerichtsbarkeit, dann gelingt es uns überhaupt nicht, irgend ein wissenschaftlich logisches Verhältnis zwischen den beiden sogenannten Rechtsordnungen herzustellen. Dann stehen sie einfach ohne Zusammenfassung in einer höheren wissenschaftlichen Einheit unvermittelt, rein äußerlich nebeneinander. Man darf die wohl einstimmige Meinung in folgenden Worten Sohms wie in einem Auszuge zusammengefaßt finden: „Aber das ius civile ward damit nach der jetzt geltenden Rechtsanschauung in keinem seiner Teile aufgehoben (durch die Eingriffe des Prätors). Von Rechts wegen blieb es völlig unberührt“ [55]). Diese Worte sind unmöglich, wenn das prätorische Recht als wirkliches Recht aufgefaßt wird.

Man kann gegen diese Auffassung einwenden, vergl.

55) Sohm, Institutionen § 16 (S. 93).

Schultze, Privatrecht und Prozeß, S. 375 ff. besonders S. 383 ff., 388 ff., daß tatsächlich das ius civile doch ganz zugunsten des prätorischen Rechts abgedankt habe, daß also dort, wo beide in Wettbewerb traten, doch nur eine einzige Rechtsordnung nämlich die prätorische vorhanden gewesen sei. Dies kann aber nur eingewandt werden von dem Standpunkt aus, daß Recht alles das ist, was sich im Leben praktisch als „Recht" durchsetzt, einerlei wie. Zwar ist diese Auffassung grundsätzlich richtig, trotzdem braucht sie uns nicht zu den Folgerungen Schultzes zu führen. Bevor wir dies untersuchen, wollen wir aber einen Einwand ausräumen, der aus dieser Grundauffassung heraus gegen uns beide hergeholt werden könnte. Falls nämlich gerichtliche und außergerichtliche Anwendung und Rechtsübung mit einander in Widerstreit geraten, laufen anscheinend zwei Rechtsordnungen neben einander her, bis schließlich die eine über die andere siegt (z. B. Streit um den Eigentumsvorbehalt). Dann haben wir eine Zeit der unentschiedenen, schwankenden Rechtsordnung vor uns, aber nicht eine doppelte Rechtsordnung.

Wenn Recht nur das ist, was tatsächlich praktisch sich durchzusetzen vermag, ist anscheinend der Schluß unvermeidlich, daß der anerkannte Rechtsbesitz in Wahrheit Recht ist. Zweifellos zutreffend, zugleich auch ein Beweis, daß keine Rechtsordnung ohne Rechtsbesitz auskommen kann, daß sie stets auch eine Rechtsbesitzordnung mitenthalten muß, daß die Rechtsbesitzordnung als rechtlich anerkannte Ordnung ein integrierender Bestandteil der Rechtsordnung sein muß und ist. Insofern ist also jede Rechtsbesitzordnung notwendig auch zugleich Rechtsordnung. Schlagend wird dies bewiesen durch die den Römern wohlbekannte Unvordenklichkeit, die ihrem inneren Wesen nach nur Rechtsbesitz geben kann. Die durch die Unvordenklichkeit gewährte Stellung ist zweifellos eine Rechtsstellung, aber die Unvordenklich-

keit gibt trotzdem kein echtes Recht, Näheres s. unten VIII Nr. 12.

Also kann man objektives und subjektives Recht enger und weiter fassen. Im weiteren Sinn ist der prätorische Rechtsbesitz Recht, ist die prätorische Rechtsbesitzordnung eine Rechtsordnung, im engeren Sinn ist nur das ius civile Recht und das prätorische Recht nur Rechtsbesitz. Im weiteren Sinn ist das ius civile, soweit es praktisch durch das prätorische Recht ausgeschaltet ist, kein Recht und auch kein Rechtsbesitz sondern einfach ein abgestorbenes Gebilde, das, wie Schultze ganz folgerichtig bemerkt, dem geltenden Recht nur die Begriffe liefert. Der ganze Gegensatz zwischen Recht und Rechtsbesitz hat aber nur Sinn, wenn der engere Begriff zugrunde gelegt wird, ohne daß damit gesagt sein soll, der weitere sei falsch. Für die Sonderung von zwei Erscheinungen innerhalb desselben Rechtssystems läßt sich natürlich nur ein Rechtsbegriff verwerten, der technisch einen Gegensatz zwischen beiden Erscheinungen ermöglicht und darum wird die erkenntnistheoretische Frage, was das prätorische Recht im Gegensatz zum zivilen sei, wenn beide als Bestandteile einer größeren Ordnung zusammengefaßt werden, von einem anderen Gesichtspunkt aus zu lösen sein als dem Gesichtspunkt, daß Recht nur das ist, was sich praktisch im Leben behauptet. Wir streiten also nur um relative Wahrheiten.

Schultze geht von folgender Erwägung aus:

Nach ihm ist das prätorische Urteil, insbesondere die formula entweder Feststellung eines schon vorhandenen Rechts oder es ist Rechtszeugung [56]). Er entscheidet sich für das letztere. Nun ist m. E. unbestreitbar Schult-

56) Bei Schultze liegt der Nachdruck der Darstellung aber noch auf etwas anderem. Schultze, S. 360 ff., 410 ff. will nachweisen, daß die eigentliche Rechtszeugung des Prätors nicht schon in seinem Edikt, sondern erst in seiner formula vorgenommen wurde. Diese Frage, die ich auch heute noch im Sinne Schultzes beantworten möchte, interessiert uns hier nicht.

zes Negation, denn der Prätor stellt in seiner Formel nicht ein schon vorhandenes Recht fest, auch wenn er ganz genau seinem Edikt entsprechend verfährt. Praetor ius facere non potest, dies steht ehern fest und läßt sich in keiner Form wegdeuten. Folglich kann es sich nur um Recht „geben" handeln. Der Prätor tut mehr als bloß feststellen, er „gibt" Recht. Aber an diesem Punkte gehen unsere Wege auseinander. Nach Schultze gibt der Prätor wirkliches echtes Recht, nach meiner Ansicht kann er nicht so viel geben, weil er ius facere non potest. Wie dieser Satz auf der einen Seite für Schultze spricht, so spricht er auf der anderen Seite auch gegen ihn wie gegen seine Gegner, folglich liegt die Wahrheit gewissermaßen in der Mitte, der Prätor „gibt" nicht Recht sondern Rechtsbesitz [57]).

Hierfür spricht überwiegend die methodische Erwägung, von der unsere Betrachtung ausgegangen ist. Tatsächlich praktisch geht Schultze — und dies ist sein nicht geringes Verdienst — ebenfalls von ihr aus, a. a. O. S. 375—382, er führt sie nur zu einem anderen Ende hin, wenn er die zivile Rechtsordnung ganz verschwinden lassen will, während ich die beiden Tatsachen anerkenne, daß sie von den Römern als das an sich bestehende Recht festgehalten worden ist und daß folgerichtig der Prätor dem ius civile niemals seine Eigenschaft als ius nehmen konnte.

Ferner ist zu beachten, daß der Prätor in seinen formulae auch das ius civile unmittelbar anerkannte. Wie soll es nun mit den Rechtssätzen gehalten werden, die iuris civilis adiuvandi oder supplendi gratia geschaffen wurden? Sie können doch sicher nichts an-

57) Interessant bei Schultze die Zusammenstellung der gewundenen und nur halb folgerichtigen Definitionen für das prätorische Recht, S. 361 ff.: untergeordnete Justizgesetzgebung (Rudorff), beinahe legislative Befugnis der Magistrate (Bethmann-Hollweg), gewissermaßen legislativen Stellung (Mommsen). Alles nur Umschreibungen für Rechtsbesitz und Rechtsbesitzordnung.

deres als Rechtsbesitzordnungen sein. Dann aber läßt sich kein wissenschaftlicher Unterschied zwischen den Rechtssätzen, die contra ius civile gingen, nachweisen und denen, die sich dem ius civile anpaßten. Will man nicht auf eine einheitliche Erfassung verzichten, muß man beide Gruppen als Rechtsbesitzordnungen zusammenfassen, von denen die eine Gruppe aber stärker war als das Recht selber. Die Abdankung des Rechtes zugunsten des Rechtsbesitzes kann sich im kleinen und im großen vollziehen. Das Normale und Regelmäßige ist die Ueberwindung des Rechtes durch den Rechtsbesitz in konkreten Einzelfragen, aber die römische Rechtsgeschichte lehrt, daß dieser Kampf sich auch im größten Maßstab abspielen kann, die Gegenstellung also nicht: einzelnes subjektives Recht gegen einzelnen Rechtsbesitz, zu sein braucht, sondern ganze Rechtsbesitz — und Rechtsordnungen mit einander ringen können.

Diese Auffassung vermeidet auch die Schwierigkeiten, die sich aus der kasuistischen Rechtsschöpfung durch die Individualrechtsgebote des Prätors ergeben. Denn es ist jedenfalls eigenartig und sonst nicht üblich, daß für die Partei das subjektive Recht erst im Augenblick der Klageerhebung geschaffen wird, während doch sonst grundlegender Gedanke ist und auch m. E. sein muß, daß das Recht schon vor der Klageerhebung da sein müsse. Dagegen die Gewährung von bloßem Rechtsbesitz in Anerkennung der Tatsache, daß der Antragsteller, Bittsteller, Kläger kein echtes Recht hat, paßt sich folgerichtig allen praktischen Erscheinungen wie allen theoretischen Begriffen an.

Sie verleugnet auch nicht den Zwang im Recht, denn der Rechtsbesitz zwingt auch. Der von ihm ausgehende Zwang hat regelmäßig nicht denselben Umfang wie der dem echten subjektiven Rechte innewohnende Zwang, aber es ginge gegen alle Tatsachenwahrheit, wollte man dem Rechtsbesitz den Zwang

als Begriffsmerkmal absprechen. Natürlich kann von Zwang da praktisch nicht gesprochen werden, wo kein Besitz an einer Zwangsbefugnis gegeben ist z. B. bei dem Besitz an einer Verfügungsbefugnis (Rechtserwerb im guten Glauben). Es gibt unzählige echte rechtliche Befugnisse, die keinen Zwang enthalten, z. B. Nutzungsbefugnisse, die Befugnis körperlich auf die Sache einzuwirken, Verfügungsbefugnisse. Der ihnen entsprechende Rechtsbesitz enthält natürlich ebensowenig Zwangsbefugnisse. Wir können daher sagen, daß der Rechtsbesitz überall dort echte Zwangsmöglichkeit ist, wo das echte Recht Zwangsrecht ist. Die zwingende Natur des Rechtsbesitzes richtet sich also immer nach der Natur des besessenen Rechtes. Darum ist der Rechtsbesitz auch kein Scheinrecht, kein Nichtrecht, sondern ein ganz gewisses und bestimmtes positives Etwas, dessen zwingende Kraft eben durch seine positive Natur, aber auch nur durch sie gerechtfertigt wird und nur durch sie gerechtfertigt werden kann. Entsprechend ist also in der Vorstellung ein Zustand möglich, wo die gesamte Rechtsordnung bis auf den letzten Punkt hin lediglich eine Rechtsbesitzordnung ist.

Wir müssen nur aus zwei Irrtümern heraus, aus der Verwechselung von Befugnis und Möglichkeit oder von Macht und Möglichkeit und aus der irrigen Annahme, daß der Zwang nur bei dem echten Recht denkbar und möglich sei. Eines so falsch wie das andere. Insbesondere müssen wir uns in die Vorstellung, daß man Zwangsmöglichkeiten haben kann ohne doch ein echtes Recht zu haben, hineindenken. Diese praktisch ungemein wichtige Denkkategorie ist unserer Wissenschaft nahezu unbekannt und doch lehrt jedes Versäumnisurteil, jedes Urteil auf Grund eines (unrichtigen) innerprozessualen Anerkenntnisses die Wahrheit dieser Beobachtung und lehrt zugleich, daß die Zwangsmöglichkeit ohne Recht täglich in tausendfältiger Anwendung vorkommt, ein unentbehrlicher Bestandteil unserer Rechtsordnung ist.

Dies bestätigt sich an jeder auf Grund eines Rechtsbesitzes zugelassenen Klage. Wie wir also neben der Rechtsordnung als unentbehrliche Ergänzung die Rechtsbesitzordnung finden, so geben einige Erscheinungen der Rechtsbesitzordnung als bloße Zwangsmöglichkeit die unentbehrliche Ergänzung zu der Zwangsbefugnis. Kurz allerdings ungenau kann man sagen: Die Zwangsbefugnis ist die Schöpfung des Gesetzgebers, die Zwangsmöglichkeit ist die Schöpfung der Praxis. Wo die erste nicht ausreicht, schiebt sich hilfsbereit die zweite ein.

Tatsächlich wiederholt sich denn auch heute alles in denselben Formen wie bei den Römern. Als das Reichsgericht — um nur 2 Beispiele zu nennen — durch seine Rechtsprechung den § 279 in sein gerades Gegenteil verkehrte, RGZ. 57, 116 ff., als es dem Schuldner den Beweis der selbstverschuldeten Unmöglichkeit abschnitt, RGZ. 54, 28 ff., tat es nichts anderes als was der Prätor tat, es konnte nicht ius facere, aber es gab possessionem iuris. Ius „geben" = facere, kann die Rechtsprechung nur, wenn sie zweifelsfrei dazu von ihrem Auftraggeber, der organisierten Gesamtheit, ermächtigt ist [58]).

58) Schultze hat, a. a. O. S. 413 f., das römische mit dem deutschen Verfahren verglichen. Mit Recht. Aber das eigentlich Verwandte ist denn doch in etwas anderem zu finden. Auch vom germanischen Rechte wie wohl von jedem Rechte, wo im Prozesse Recht „gegeben", „gefunden" wird, muß es heißen: Im Anfang war der Rechtsbesitz, und von dieser Formel aus muß die ganze Theorie des objektiven Rechtes noch einmal durchgedacht und umgewertet werden. Die Fragen des Gewohnheitsrechtes, des Gerichtsgebrauches, des Juristenrechtes, überhaupt der schöpferischen Kraft des Richterurteils, der Freirechtsbildung, des Widerstreites zwischen volksmäßiger Uebung und geschriebenem Recht, sie alle müssen noch einmal um- und durchgedacht werden unter dem Gesichtspunkte des Widerstreites von Recht und Rechtsbesitz, utilis actio! Die Tragweite ist wohl außerordentlich, aber nicht unübersehbar. Haben wir uns erst an den Gedanken gewöhnt, daß das RR. die vielleicht großartigste Rechtsbesitzordnung der Erde enthält, werden die Parallelerscheinungen bei den anderen Völkern und vorzüglich auch bei uns leicht anerkannt

Nicht anders als der heutige Richter steht in dieser Hinsicht der Prätor da. Von diesem konnte man doch sagen, daß er echter und rechter Justizkönig sei, König quoad iurisdictionem, aber selbst seine königliche Gewalt reichte nur dazu, der Partei Rechtsbesitz geben zu können. Dabei ist es ganz gleichgültig — und dies ist auch für unsere heutige Prozeßwissenschaft zu beachten —, in welcher Form er Rechtsbesitz gab, ob in den Formen der freiwilligen oder in denen der streitigen Gerichtsbarkeit. Auch die vom Prätor gewährte actio gibt nichts anderes als Rechtsbesitz, wie die bonorum possessio schon überhaupt nur in dieser Denkform vorgestellt werden darf. Rechtsbesitz causa cognita bleibt Rechtsbesitz, ob die cognitio vom Prätor selber vorgenommen und von ihm selber durch ein einweisendes usw. Dekret abgeschlossen wird, oder ob er die cognitio einem iudex überträgt mit mehr oder minder genauen Einzelvorschriften, wann dieser entsprechend der prätorischen Anweisung den Rechtsbesitz zuerkennen solle. Was sogar beim Prätor im günstigsten Falle nur Rechtsbesitz sein konnte, kann bei uns heute keinenfalls mehr sein. Der heutige Richter kann noch weniger ein Recht schaffen als der Prätor und kann daher auch kein Recht geben, weder objektives noch subjektives, er kann nur jemand in die rechtliche Lage versetzen, als hätte er ein bestimmtes Recht wirklich. Das

werden. Wir müssen nur den Mut zu folgerichtiger Durchführung des Rechtsbesitzgedankens haben und werden mit einem Schlage aus einem Meer von Zweifelsfragen und von getiftelten Unterscheidungen herauskommen. Manche moderne Theorie, die die Bedeutung des einzelnen Richterspruches übermäßig bewertet, wird auf die immanenten Grenzen richterlicher Tätigkeit zurückgeschnitten werden. Andererseits schafft erst die Rechtsbesitztheorie freie Bahn für die eigentlich schöpferische Praxis. Darum treffen auch die neuesten Ausführungen von Kiß, Iherings J. 58, 413 ff., die Wahrheit nur halb. Die von ihm S. 421 f. versuchte Verwertung der römischen interpretatio krankt daran, daß er den Gegensatz zur prätorischen Rechtsbesitzordnung nicht sieht, um den es sich für die römischen Juristen handelt, wenn sie die Ergebnisse ihrer interpretatio zum ius civile rechnen.

ist alles, aber auch genug, denn es ist der Rechtsbesitz, der außerprozessual und innerprozessual, unter Umständen nachprozessual, sobald die Rechtskraft eingetreten ist, in allen Fällen ausreicht.

Diese Rechtsbesitztheorie bedingt nun allerdings Folgerungen, die vielleicht auf den ersten Anblick überraschen. So ist z. B. die exceptio rei venditae et traditae nichts anderes als ein Schutzmittel zugunsten des Rechtsbesitzes. Der Käufer, der nicht Eigentümer ex iure Quiritium geworden ist, kann überhaupt kein Eigentum haben, was er haben kann, ist nur Rechtsbesitz, der Besitz an dem Eigentum. Diesen Besitz an dem Eigentum schützte der Prätor verteidigungsweise mit der genannten exceptio, angriffsweise mit der actio Publiciana. Diese aber wieder will in Zusammenhang mit dem interdictum utrubi gesehen sein, das deutliche Beziehungen zu der einjährigen Usukapionszeit aufweist und als erster Versuch der actio Publiciana aufzufassen ist. Man kann es auch in der Form wiedergeben, daß man sagt: Mit den interdictum utrubi siegt, wer von dem Usukapionsbesitz die größte Zeit für sich aufzuweisen hat. Dann aber lassen sich beide, actio Publiciana und interdictum utrubi, auf denselben Grundgedanken bringen, der nur bei der Publiciana erheblich verfeinert auftritt, auf den Gedanken des Schutzes für den bloßen Eigentumsbesitz.

Savigny, Besitz § 12 a 1, ist der Wahrheit sehr nahe gekommen, aber die res facti hat ihm augenscheinlich doch wieder die bessere Erkenntnis genommen. „Nämlich possessio heißt oft das Erbrecht oder eine Servitut, wenn diese Rechte nicht nach strengem Zivilrecht gültig sind, sondern nur nach ius gentium, das dann häufig durch das prätorische Edikt bestätigt worden ist." Dahin rechnet er den nur nach prätorischem Rechte bestehenden Nießbrauch, „possessio ususfructus im Gegensatz von dominium ususfructus oder von ususfructus,

qui iure consistit". Die von ihm angeführte Julianische Stelle ist so bezeichnend, daß ihre wörtliche Anführung gestattet sein möge: D. 7, 6, 3: Qui usumfructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si legitime eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat ususfructus non etiam dominium adepti sint.

Savigny fährt fort: „Ebenso ist der Ausdruck hereditatis oder bonorum possessio zu erklären, womit gar nicht etwa der wirkliche Besitz der Erbschaftssachen (von mir gesperrt. P. K.), sondern die besondere Natur des prätorischen Erbrechtes bezeichnet wird."

In der Tat gehört das prätorische Testament zu den belehrendsten Erscheinungen. In der b. p. secundum tabulas tritt der Rechtsbesitz als Rechtsschein in voller Reinheit hervor, sodaß der Vergleich mit dem Erbschein des heutigen Rechtes geradezu aufgezwungen wird. Es handelt sich sogar um einen besonders gesteigerten Rechtsschein, der darum aber auch richtiger als Rechtsbesitz bezeichnet wird. Der Prätor gibt dem, der sich auf das äußerlich fehlerfreie Testament beruft, den Erbschaftsbesitz, indem er sich nur an die Urkunde hält, von der Beobachtung der eigentlichen Testamentsformen aber absieht. Logisch liegt die Sache so: Das Testament gibt (wie der Erbschein) Erbrechtsschein = Erbrechtsbesitz, der Prätor gibt darauf Erbschaftsbesitz und bestätigt in diesem Erbschaftsbesitz den Erbrechtsbesitz noch einmal, macht ihn zugleich zu einem staatlich-richterlich anerkannten offenbaren Rechtsbesitz. Daß die Bezeichnung als Rechtsbesitz besser zutrifft als der Ausdruck Rechtsschein, beruht auf der Erwägung, daß der Prätor dem Inhaber des Erbrechtsscheines den Erb-

schaftsbesitz schließlich auch dann gibt, wenn er genau weiß, daß die zivilen Formen des Testamentes nicht innegehalten sein können, m. a. W. trotz zweifelloser ziviler Unrichtigkeit des testamentarischen Rechtscheins gibt der Prätor Erbschaftsbesitz. Dieser Erbschaftsbesitz kann aber nicht gut mit dem von Anfang an als unrichtig erkannten Rechtsschein gerechtfertigt werden, denn ein als unrichtig erkannter Rechtsschein ist eben kein Rechtsschein mehr. Der Rechtsbesitz versagt aber noch lange nicht, wo der Rechtsschein als bloßer Schein schon versagen muß. Im Gegenteil, der prätorische Rechtsbesitz ist doch oft genug entgegen dem offenkundigen und an sich auch richtigen Rechtsschein gegeben worden, b. p. contra tabulas, intestati.

Dies alles wird nun schlagend und wörtlich bestätigt durch D. 37, 1, 3, 1, an der besonders beachtenswert ist, daß es sich um eine Erkenntnis des Labeo handelt, die später von Ulpian noch einmal wieder aufgenommen wird. Da in die Zwischenzeit die Julianische Stelle fällt, zieht sich die Auffassung: prätorisches (subjektives) Recht = Rechtsbesitz also durch die Jahrhunderte als sicherer Besitzstand hindurch.

Ulpianus l. 39 ad edictum. Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionum adgnitam Labeo ait. Vgl. D. 5, 3, 50 pr.

Weitere Zeugnisse hat in großer Zahl Leist bei Glück Serie der Bücher 37—38 S. 47—49, 292 ff., 296 ff. zusammengetragen, unter denen besonders bemerkenswert die bei Cicero häufig wiederkehrende Zusammenstellung hereditatis possessio ist. Leist kommt denn auch folgerichtig zu dem ausdrücklich von ihm so genannten Erbrechtsbesitz im Gegensatz zum Erbschaftsbesitz. Es kann auf diese Ausführungen

nicht eindringlich genug hingewiesen werden, sie gehören vor allem in dem, was über die bonorum possessio sine re handelt, zu dem besten, was über den Besitz nach RR. und über römisches Recht überhaupt geschrieben worden ist. Schlagend ist insbesondere der Nachweis, daß die b. p. sine re richtigen Rechtsbesitz gibt, § 1598 d, 73 S. 359 ff., und Kohler hat in seinem Lehrbuch, I § 9 VI mit Recht auf die hervorragenden Ausführungen von Leist hingewiesen. Die b. p. sine re war nichts anderes als unser Erbschein, funktionierte jedenfalls praktisch als solcher. Sie gab wie der Erbschein nicht das Recht, sondern nur die Legitimation d. h. den Rechtsbesitz oder in der Sprache der Germanisten den Rechtsschein. Dies erhellt besonders deutlich an dem Gegensatz zu der Passivlegitimation für die hereditas petitio, vgl. D. 5, 3, 16 §§ 1, 2, 7; 25, 18; 31, 5 [58a]).

Nur mit dieser Auffassung läßt sich auch das Dilemma vermeiden, in das uns die hereditatis possessio bringt, wenn wir sie als Recht auffassen wollten. Sie wäre dann oder müßte sein ein Recht am Recht. Dies allein hat schon unüberwindliche Bedenken gegen sich, wäre aber im RR. doppelt unerträglich, weil dann das Recht am Recht notwendigerweise (als Recht!) ein Recht nach ius civile sein müßte, sodaß also mit einem kleinen Taschenspielerstück aus dem prätorischen Recht ein ziviles würde!

In der neuesten Theorie ist die richtige Erkenntnis

58a) Um das große Verdienst von Leist recht zu würdigen, muß man auch die klare und folgerichtige Durchführung des Rechtsbesitzgedankens schon in der Bonorum possessio II 2 S. 202, 229, 231 ff. und bei Glück in den § 1598 a, 22, S. 89, 92; 23 S. 93 ff.; 24 S. 96 ff.; § 1598 c, 38 S. 164 ff.; 46 S. 208 ff. nachlesen. Es ist bewundernswert, mit welcher unbeirrten Sicherheit Leist auf die Wahrheit zugesteuert ist. Betont sei, daß Leist auch den richtigen Namen (Rechtsbesitz) überall und grundsätzlich gebraucht, den Begriff des Rechtsbesitzes also schon vor mehr als 40 Jahren im umfassendsten Sinne verstanden hat.

ebenfalls schon zum Ausdruck gekommen bei Mitteis a. a. O. § 3 I Anm. 6, der von den eingewanderten Klienten sagt, „daß ihnen der tatsächliche Besitz von Freiheit und Privatrechten von jeher zugestanden worden ist". Dies ist auch die zutreffende Auffassung für die Entwicklung von bonae fidei Ansprüchen zu zivilen (Mitteis S. 50, 54 f., 57), hier ist das bloße Rechtsbesitzverfahren später zu einem Rechtsverfahren geworden. M. E. drängt die Natur der Sache schon von selber zu einer Formulierung mit dem Rechtsbesitz, denn, wer nicht des Rechtes fähig ist, tatsächlich aber so behandelt wird, als sei er rechtsfähig, wer tatsächlich also zur Ausübung von Rechten, die ihm nicht zustehen, kommt, kann garnichts anderes haben als Besitz an einem ihm nicht zustehenden Recht [59]).

Daß die Römer selber nicht daran gedacht haben, die prätorische Rechtsbesitzordnung als eine eigentliche Rechtsordnung aufzufassen, dafür enthält zwar nicht einen durchschlagenden Beweis aber doch ein beachtliches Anzeichen der Hinweis von Mitteis [60]), daß

59) Dies ist nicht etwa ein Gedanke von ungefähr. Vergl. meine Abhandlung Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß S. 1 Anm. 1. Die eingehende Auseinandersetzung zwischen bona fides und ius strictum, auf die ich dort hingewiesen habe und die ich noch bis heute vermisse, ist eben die Auseinandersetzung auf Grund des bloßen Rechtsbesitzes. Es ist mit aller Entschiedenheit zu leugnen, daß das Bonaefideiverfahren von Anfang an ein richtiges Rechtsverfahren gewesen ist. Es sei dahingestellt, ob es in allen Erscheinungsformen ein bloßes Rechtsbesitzverfahren war oder nur in einigen. Das erste ist wohl das richtigere, aber es kommt hierauf nicht an. Sicher ist z. B. die emtio venditio bonae fidei ursprünglich genau so schroff einseitig gewesen wie das entsprechende negotium strieti iuris, das mit zwei Stipulationen zustande kam. Sie war eine getreue Nachbildung jener strengen Geschäftsart, aber sie war die formlose Nachbildung, die nicht de iure galt, sondern nur kraft bona fides, also juristisch eigentlich nicht galt. Ihre trotzdem anerkannte Klagbarkeit erklärt sich nur mit Hilfe des Rechtsbesitzverfahrens, das schlechthin jede Lücke im Zivilrecht ausfüllen konnte.

60) Römisches Privatrecht § 3 Anm. 1.

es keine Dreiteilung des römischen Rechtes in ziviles, prätorisches und kaiserliches Recht gibt, scheinbare Anklänge hieran unbeachtlich sind. Das kaiserliche Recht wird ebenfalls als Amtsrecht aufzufassen sein, d. h. wissenschaftlich nicht als eine Rechtsordnung sondern als eine Rechtsbesitzordnung. Wären prätorisches und kaiserliches Recht wirklich besondere Rechtsordnungen, wäre eine Dreiteilung selbstverständliche Folgerung gewesen. Die Zweiteilung beweist, daß das kaiserliche Recht überhaupt nicht als selbständige Rechtsordnung angesehen werden kann, seine Unselbständigkeit d. h. seine Zusammenfassung mit dem prätorischen Recht beweist, daß es ebenfalls eine Rechtsbesitzordnung sein muß, wenn das prätorische Recht eine solche ist.

Wie folgerichtig die Gegenstellung beider Rechtsordnungen festgehalten worden ist, erhellt daraus, daß die Römer sich sehr wohl darüber klar waren, was es zu bedeuten hatte, wenn eine Einrichtung des honorarischen Rechtes in das Zivilrecht übernommen wurde [61]), daß ferner ein unmittelbares Hinüberwirken von Zivilrechtssätzen auf Schöpfungen des honorarischen Rechtes nach Möglichkeit vermieden wurde und umgekehrt. Dies alles ist nur folgerichtig und darum kann es insbesondere nicht wundern, wenn der acceptilatio keine ipso iure-Wirkung gegenüber einem prätorischen Anspruch gegeben wird [62]). Was zivilrechtlich nicht besteht, kann nicht noch einmal zivilrechtlich getötet werden.

Ein anderer Beweis ist folgender. Um die vom Prätor gewährte Rechtsstellung in das Zivilrecht einzupassen, sodaß der Inhaber der prätorischen Rechts-

61) Vergl. hierzu und zu dem Folgenden Mitteis a. a. O. § 3 II, III.

62) Mitteis a. a. O. zu Anm. 59. Dazu ist noch auf folgende typische Erscheinung hinzuweisen: um die Mutter aus der dritten prätorischen Erbenklasse in die zweite zu bringen, wurde sie zum legitimus heres gemacht, die prätorische Ordnung also an sich unberührt gelassen.

stellung auch von den Klagen Gebrauch machen konnte, die dem Inhaber des zivilen Rechtes zustanden, d. h. um dem prätorischen Rechtsbesitzer, z. B. dem bonorum possessor intestati die zivilen Klagen geben zu können, die nur dem zivilen Rechtsinhaber zustanden, griffen die Römer zur actio utilis oder zur Fiktion [63]).

Aus dieser Tatsache folgt, daß schon die Römer in aller Form Rechtens eine Einpassung des prätorischen Rechtes in ihr Zivilrecht vorgenommen haben, für die bisher noch kein wissenschaftlicher Ausdruck gewonnen ist. Wir haben die Tatsache solcher Einpassung, die bezeichnenderweise an der prätorischen Rechtsbesitzordnung als solcher nichts ändert, bisher einfach hingenommen, haben aber den inneren wissenschaftlichen Ausgleich bisher nicht gefunden [64]).

Der Ausgleich mittelst der Rechtsbesitztheorie scheint freilich eine schwache Stelle zu haben, insofern der Rechtsbesitz zivilrechtlich betrachtet doch wieder ein Gegenstand zivilrechtlicher Verfügungen müßte sein können. Es ist

63) Nähere Beweise sind auch hierfür unnötig, es sei aber auf die kleine Zusammenfassung hingewiesen, die sich bei Heumann-Seckel unter fingere 2 und unter utilis 5 findet.

64) Im einzelnen kann hier das ganze römische Quellenmaterial zu dieser Frage nicht vorgelegt werden, da das Wesentliche als bekannt vorausgesetzt werden darf. Unten aber wird, VIII Anm. 98, zu der Frage des Rechtsscheins und des Rechtsbesitzes im RR. eine kurze Zusammenfassung des Materials und der Stellen, wo es zu suchen ist, gegeben werden. Darunter findet sich auch das Nötige gerade für diesen im Text behandelten besonderen Teil der Frage. Nicht eigentlich Einpassung prätorischen Rechtes in das zivile ist civilis possessio, Dernburg-Sokolowski, System I § 144; Randa § 4 Anm. 6, Sokolowski, Philosophie im Privatrecht § 370 Anm. 268, Riccobono SavZ. 31, 321 ff., der uns aber die Antwort auf die Frage nach den positiven konkreten Wirkungen der c. p. schuldig bleibt. Possessio mit gerechter causa? Doch wohl causa civilis. Worin bestehen dann nach Riccobono die eigentlichen Wirkungen? Befriedigende Antwort wird schließlich nur mit Hilfe der qualitativen Teilung des Eigentums möglich sein. Was Riccobono bemerkt, reicht nicht aus, a. a. O. S. 327 f., 337 f.

eigentümlich und durch die geschichtliche Entstehungsform bedingt, daß die Verfügung über das, was zivilrechtlich Rechtsbesitz ist, doch wieder ganz dem honorarischen Recht vorbehalten blieb. Die Formel, prätorisches (subjektives) Recht ist ziviler Rechtsbesitz, ist also keineswegs bis in alle, auch die letzten wissenschaftlichen Folgerichtigkeiten durchführbar. Aber zunächst ließe sich mit Fug und Grund sagen, daß bei einer so außerordentlich rein praktisch gelösten Frage keine wissenschaftliche Folgerichtigkeit zu verlangen ist. Wer wird bei einer so garnicht von grundsätzlichen Erwägungen getragenen und durch die Jahrhunderte fortgesetzten, von Fall zu Fall immer wieder von neuem selbständig vorgenommenen Auseinandersetzung zwischen beiden Rechtsordnungen die folgerichtige Durchführung eines Gesetzes erwarten, das erst viele Jahrhunderte später die wissenschaftliche Forschung in Angriff nimmt und zu näherer Erkenntnis bringt? Ist es doch gerade an uns, die Folgerungen zu ziehen, die dem Auge der Römer verborgen geblieben sind.

Doch soll garnicht so sehr viel Gewicht auf diese Beweisführung gelegt werden, viel wichtiger ist die oben belegte Tatsache, daß die Römer besonders in der älteren Zeit auf reinliche Scheidung zwischen der prätorischen Rechtsbesitzordnung und der staatlichen Rechtsordnung gehalten haben. Die Rechtsbesitzordnung blieb ihnen trotz aller Grenzverschiebungen immer eine prätorische Ordnung und in diese prätorische Ordnung wurde unmittelbar nur mit prätorischen Mitteln eingegriffen. Gewiß sind auch Stücke aus ihr herausgenommen und in die zivile Rechtsordnung eingefügt worden, aber geordnet wurde die prätorische Rechtsordnung grundsätzlich nur prätorisch, d. h. nur mit den rechtlichen Mitteln, die der Prätor gewähren konnte. Das könnte vielleicht erklären, warum es nach römischer Auffassung gegen die Besitzklagen als prätorische Rechtsbesitzklagen keine ex-

ceptio dominii gab. Die Römer haben jede der beiden Rechtsordnungen grundsätzlich nach ihren eigenen Gesetzen und Regeln funktionieren lassen. Denkt man sich da hinein, daß der Gegensatz von prätorischer und ziviler Rechtsordnung den Römern in Fleisch und Blut übergegangen und ihnen in jeder Sekunde gegenwärtig war, verliert der Ausschluß der exceptio dominii erheblich an Auffälligkeit, er paßt sich vielmehr dem Gesamtbilde ein.

Gegen diesen großen Hintergrund des Rechtsbesitzverfahrens müssen auch die Sachbesitzinterdikte gestellt werden, von den Rechtsbesitzinterdikten ist dies sogar selbstverständlich. Dann aber schrumpft die Frage, ob die Interdikte zunächst als Vorstadium zum Eigentumsprozeß eingeführt sind oder nicht, erheblich an Bedeutung zusammen und beide Betrachtungsweisen: Interdikte eingeführt als vorläufiger Eigentumsschutz oder aber eingeführt als selbständiger prätorischer Schutz bestimmter Possessionen, ordnen sich demselben Grundsatz: tatsächlicher Besitz an dem Eigentumsrecht unter [65]).

Andererseits soll nicht verhohlen werden, daß sich gegen die hier vorgelegte Betrachtungsweise auch ein Gegengrund geltend machen läßt, die exceptio iusti dominii bei der Publiciana. Hier exzipierte der Prätor auf Grund des ius civile. Aber dies wiederlegt insofern nicht unbedingt, als hier die prätorische Klage von

65) Vergl. zu dem im Text Folgenden die bei Randa § 7a Anm. 10 angeführte Literatur, ferner Dernburg, Pand. I § 171, Bechmann, Studien in der Geschichte der l. a. sacramento, Pfersche, Interdikte des römischen Zivilprozesses, Mitteis SavZ. 23, 282 ff., Römisches Privatrecht I § 5 II (insbesondere zu Anm. 40, weitere Literatur daselbst), Girard, Geschichte und System des RR. III Buch II Kap. III § 4 (Uebersetzung), Dernburg-Sokolowski, System I § 143 Anm. 1. Der Text geht stillschweigend von der auch rekuperatorischen Natur aus, vergl. hierzu neuestens Sokolowski, Philosophie im Privatrecht II S. 120 ff., Literatur S. 369 Anm. 265, Kreß, Besitz und Recht S. 118 ff., 83 f., Regelsberger, Festschrift für Gießen S. 271.

vornherein auf eine organische Zusammenfügung mit dem ius civile angelegt war. Solche Fälle können das aufgestellte Prinzip wohl begrenzen und auf sein rechtes Maß zurückführen, können es aber nicht widerlegen. Das nec vi nec clam nec precario possidere hat an sich keinen Zusammenhang mit und keine Beziehung zu dem Eigentum, die Berücksichtigung des Eigentums kann sich wohl praktisch empfehlen, ist aber nicht begrifflich notwendig. Folglich ist ein Hineinwirken des zivilen Eigentums mehr oder minder äußerlich, jedenfalls nicht organisch gegeben.

Daraus würde folgen, daß wir eine prätorische Vindikation hätten, die sich entweder ganz frei von zivilen Einwirkungen gehalten hat oder ihnen erst in der Diokletianischen Zeit unterlegen ist und eine zweite prätorische Vindikation (die Publiciana), die von Anfang an auf eine Einpassung mit dem ius civile eingestimmt war. Wie man sich auch entscheiden will, sicher ist eines, daß der Ausschluß der exceptio dominii rechtspolitisch an sich nicht begründet ist, sondern irgendwie geschichtlich erklärt werden muß, daß aber weiter die Notwendigkeit einer besonderen Erklärung erst von dem Augenblick an eintritt, wo das dominium iuris civilis seine scharfe Formung gegenüber der possessio erfahren hat, d. h. im großen und ganzen, wo die Vindikation einseitig wurde [66]). Vielleicht hat dann der scharfe Ruck in das

66) Es ist sicher denen beizustimmen, die wie Rabel, Haftung des Verkäufers S. 50 ff., 57 (Literatur S. 50 Anm. 1), Mitteis, Römisches Privatrecht S. 87 f., früher schon Pflüger, l. a. sacramento, annehmen, daß es eine Zeit gegeben haben könne, „wo der Vindikationsanspruch des Klägers sich nicht auf abstraktes und unsichtbares Eigentum, sondern auf einen handgreiflichen Eingriff in seine Rechtsposition berufen hätte", Mitteis a. a. O. Andererseits ist es ein richtiger Gedanke Ubbelohdes, daß die vorherige Feststellung des Besitzes im Besitzprozeß die Vindikation notwendig einseitig machen mußte, a. a. O. § 1852, 4 S. 633 f. Unwichtig daher für uns die Frage, ob Eigentums- oder Besitzschutz älter, Re-

Eigentumsprovisorium hinein die Neigung, prätorische Vindikation und ziviles Recht getrennt zu halten, noch verstärkt.

Jedoch ist hierzu noch einiges zu beachten. M. E. zwingt die Lehre von der iusta und der iniusta possessio, die (Trebatius) unfraglich die ältere ist, zu der Folgerung, daß die ältere und erste Aufgabe des uti possidetis nicht die Präjudizialfunktion gewesen sein kann. Der Doppelbesitz ist mit der Präjudizialfunktion schlecht vereinbar, dagegen die Lehre Labeos, daß nur einer possessor sei, ist die notwendige Folgerung aus der Präjudizialfunktion. Diese kann nur einen einzigen Besitzer gebrauchen, den Inhaber der tatsächlichen Gewalt.

Das spricht dafür, daß wohl Labeo aber nicht schon Trebatius an die Präjudizialfunktion gedacht habe. Dazu kommt das zur Zeit des Trebatius erfundene Cascellianum, das die Verlegung der sakramentalen Vindizien in den Besitzprozeß beweist. Wird dies fortgedacht, muß auch die nach dem Muster der Sakramentalklage eingeführte Besitzversteigerung fortgedacht werden, dann bekommt aber das Interdiktenverfahren ein ganz anderes Gesicht und die Sachlage drängt auf die Lehre Karlowa-Ubbelohde hin. Ubbelohde bei Glück, Serie der Bücher 43—44 V § 1850 S. 617 ff., 628 ff.

Vielleicht ist auch dem Umstand Bedeutung beizumessen, daß das utrubi wie ausgeschnitten in die Diebstahlsklagen, insbesondere die prätorischen, hineinpaßt und selber unverkennbar auf die einjährige Usukapionsfrist hinweist [67]). Dabei darf aber nicht übersehen werden,

gelsberger a. a. O. S. 329. Die Frage dürfte falsch gestellt sein. Beachtlich Regelsberger, S. 267, über die petitorische Einwendung im Besitzprozeß, aber auch dieser unbefangene Geist hält die exc. dominii rechtspolitisch grundsätzlich für unzulässig. Jhering gar, Geist des RR. III, 1 § 52 S. 53 f. würde sie für Entartung halten.

67) Darum scheint es mir ganz irrtümlich zu sein, wenn Sokolowski (Dernburg, System § 43 Anm. 1) die Hauptbedeutung

daß wir dann mit dem vim fieri veto in Verlegenheit kommen, das bis zur Einführung der Präjudizialfunktion als Fremdkörper erscheint und auch bei Festus erst nur äußerlich der Formel angehängt ist. Ohne v. f. v. würden wir einen gleichheitlichen Aufbau der verschiedenen Interdikte haben: restituas; is eum ducat; ita possideatis. Viel weiter kommen wir freilich mit der iniusta possessio auch nicht als bis zu der allerdings sicheren Feststellung, daß sie mit der Präjudizialfunktion des uti possidetis unverträglich ist, während andererseits ebenso sicher ist, daß die Präjudizialfunktion mit Notwendigkeit auf die Lehre Labeos hindrängt. Vergl. noch Bekker, Besitz, S. 176, Pflüger, Besitzklagen S. 74 ff. Ubbelohde bei Glück, Serie der Bücher 43—44 V § 1850, 7 S. 407 ff; I § 1836 a, 39 S. 214 ff., 260 ff. Ubbelohde sagt, § 1836 a S. 247: „Eben dieser Umstand, daß das interdictum primarium nicht bezweckte, eine vis adversus edictum facta auszugleichen, läßt sich recht füglich als Präjudizialnatur jenes Interdiktes bezeichnen". Zugegeben, dann aber die Gegenfrage: War das immer so? Vergl. Ubbelohde § 1850 S. 440, § 1852 S. 632 ff.

Trägt man alle diese Erwägungen zusammen, wird man natürlich annehmen müssen, daß möglicherweise in Zusammenhang mit dem Cascellianum das uti possidetis die Präjudizialfunktion angenommen hat, die wir an ihm kennen, und daß damals die Vindikation einseitig möglich geworden sei. Was Ursache, was Folge war, ist damit aber auch noch nicht gesagt, nur das wechselseitige Bedingungsverhältnis ist leidlich sicher.

---

des utrubi in der Vorbereitung des Eigentumsprozesses finden will. Im Gegenteil, das utrubi will als Vorläufer der actio Publiciana angesehen werden. Einwandsfrei Sokolowski, Philosophie im Privatrecht II S. 87, 128 ff., 358 Anm. 194, 195. Bedenklich dagegen S. 119 ff., Sokolowski überschätzt das öffentliche Interesse und unterschätzt die Notwendigkeit, an die Diebstahlsklage Anschluß zu suchen.

Nicht gegen diese verhältnismäßige Selbständigkeit der Besitzklage beweist die Erwägung, daß eine der rei vindicatio vorangehende Besitzklage deshalb notwendig gewesen sein müsse, weil im Sakramentalverfahren unter Umständen beide Parteien sachfällig hätten werden können.

Ein praktisches Bedürfnis für ein interdictum uti possidetis *vor* Anstellung einer l. a. sacramento läßt sich m. E. nicht erweisen. Was man dafür anführt, wird erst für die Zeit der *einseitigen* Vindikation von Bedeutung und rechtfertigt für die Zeit der zweiseitigen Vindikation nur die Vermutung, daß erst *nach* Erledigung der l. a. sacramento, falls beide sacramenta für iniusta erklärt waren, der Prätor Anlaß zur Gewährung seiner prätorischen *Vindikation* haben konnte. Rechnet man überhaupt mit der Möglichkeit eines beide Parteien verurteilenden Erkenntnisses im Sakramentenprozeß, so ist nicht abzusehen, warum die prätorische Vindikation der sakramentalen hätte *vorauf* gehen sollen. Psychologisch wird der, der im Sakramentenprozeß sich seiner Sache sicher zu sein glaubt, schwerlich geneigt sein, sich auf ein solches *von seinem Standpunkt ganz überflüssiges* Interdiktenverfahren einzulassen, bei dem er nur verlieren, aber nicht gewinnen kann. Aber auch der Prätor wird sich keinenfalls schon auf bloße Möglichkeiten hin zur Zeit des *zweiseitigen* Vindikationsverfahrens mit einer prätorischen *zweiseitigen* Vindikation abgegeben haben, um Ordnung zu schaffen für den Fall, daß der sakramentale Prozeß mit einem non liquet enden sollte. *Dazu war doch nachher noch immer Zeit*, ja die Vindizien machten solches „Provisorium" geradezu überflüssig. Ganz anders aber, wenn man sich die prätorische Vindikation der älteren Zeit als selbständiges Rechtsmittel denkt, das an sich nicht bestimmt ist, ein bloßes Vorverfahren zu sein. Dann reiht sie sich

dem Gesamtbilde der prätorischen Rechtsbesitzordnung als einer nach dem Muster der Rechtsordnung geschaffenen selbständigen Rechtsbesitzordnung harmonisch ein. Daß der Hinweis auf das Sponsionsverfahren keine Widerlegung sein kann, liegt auf der Hand. Andererseits konnte das Interdiktenverfahren in späterer Zeit sehr wohl zu vorläufiger Eigentumsregulierung dienen, nachdem die Vindikation einseitig geworden war. Dann war ein solches Provisorium häufig sogar notwendig. Zu dieser Auffassung wird umsomehr gedrängt, wer mit Mitteis, a. a. O. Anm. 40, sich den ursprünglichen Zustand nicht viel anders vorstellt als er im deutschen und griechischen Recht gewesen ist, vergl. Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip im d. R. S. 20 ff., und wer insbesondere an die Betrachtung der Eigentumsklage von Diebstahlsklage und Spurfolge aus herantritt. Ist das Vorstehende richtig gesehen, dann scheidet die Präjudizialfrage zunächst ganz aus und die Frage nach dem Schutz des ager publicus schrumpft zusammen, da die prätorische Vindikation keineswegs notwendig auf den ager publicus beschränkt ist.

Die sonst gegen Jhering vorgebrachten Gründe[68]) schlagen auch nicht durch. Einmal wird gesagt, daß Jherings Lehre die Notwendigkeit nach sich zöge, allen Erwerb und Verlust des Besitzes den Regeln über den Erwerb und Verlust des Eigentums zu unterwerfen. Dies trifft nun sicher nicht zu, denn, wenn man Jherings Theorie auf ihren wahren Gehalt zurückführt, kommt man auf die Gleichstellung seiner Tatsächlichkeit des Eigentums mit dem Rechtsschein und entsprechend dem Rechtsbesitz, d. h. dem Besitz an dem Eigentumsrecht. Dieser aber als bloßer Besitz an dem Recht muß natürlich anderen Regeln folgen als das Recht selber, denn sonst hätte die Unterscheidung keinen Sinn. Aber selbst, wenn man zugeben will, daß jener Einwand gegenüber Jhe-

68) Vergl. Hirsch, Prinzipien des Sachbesitzerwerbes S. 8.

ring etwas besagen wolle, gegen die folgerichtig durchgeführte Theorie des Rechtsbesitzes kann sie keinesfalls durchschlagen.

Dies gilt auch von dem dritten Gegengrund gegen Jherings Lehre. Das Eigentumsinteresse könne deshalb nicht für den Besitzesschutz maßgebend sein, weil es unter Umständen geradezu fehlen könne wie bei dem abgeleiteten Besitz. Zunächst ist dieser Gegengrund nur ein Schluß aus der Bezeichnung der Klage. Die Hauptfälle des abgeleiteten Besitzes sind Fälle der qualitativen Teilung, wo die umfänglichsten Bestandteile des Eigentums ausgesondert und dem abgeleiteten Besitzer übertragen worden sind, also schließlich das Eigentumsinteresse nur bei anderen Personen ist. Und erhält nicht der Sequester gerade im Interesse des wahren Eigentümers den Besitz? Aus dem Sequesterbesitz läßt sich gegen Jherings Lehre also ebensowenig etwas folgern, denn der Sequester ist der Treuhänder für den Eigentümer und in ihm wird der Eigentümer geschützt [69]).

Hält man sich bei Jherings Theorie an die Sache und nicht an die allerdings nicht einwandfreie Ausdrucksweise, so kann auch das Wort: Tatsächlichkeit des Eigentums nicht beanstandet werden, im Gegenteil dies Wort kann, wenn mit ihm überhaupt ein scharfer Begriff verbunden werden soll, der über ein bloßes unjuristisches Bild hinausgeht, nichts anderes als den Besitz an dem Eigentum bezeichnen. In Wahrheit ist Jhering der Sache nach auf dasselbe hinausgekommen wie nach ihm Pflüger und wie jetzt die Vertreter der Rechtsscheinslehre. Das lehrt sein Vergleich mit dem Inhaberpapier (S. 55 f.). Jherings Eigentumsposition ist nichts anders als der Besitz des Eigentumsrechtes und

69) Höchstens darf aus diesen Fällen im Sinne der Rechtsbesitztheorie gefolgert werden, daß auch der abgeleitete Besitz hätte als iuris quasi possessio bezeichnet werden müssen. Dann wären Fälle der ordentlichen Besitzklagen als Rechtsbesitzfälle bezeichnet worden.

zugleich seine äußere Erscheinung. Die sogenannte Legitimation des nicht berechtigten Inhabers eines Inhaberpapiers ist auch nur Besitz des verbrieften Rechtes und zugleich äußere Erscheinung dieses Rechtes.

War Jhering sonach mit seiner Beweisführung schon in die unmittelbare Nähe des Rechtsscheins geraten, so verliert er leider den Faden bei den interdicta adipiscendae possessionis wieder aus der Hand (S. 66 ff.). Sie erscheinen ihm ausschließlich als die provisorischen Regelungsmittel, die er sich anscheinend immer nur als Vorbereitungsmittel für die endgültigen, hereditatis petitio und rei vindicatio, vorstellt. Gewiß ist etwas Richtiges an dieser Beobachtung, aber Jherings Formel ist zu einseitig, da die Interdikte auch eine selbständige Bedeutung haben entsprechend der selbständigen Bedeutung, die dem zugrunde liegenden Rechtsschein = Rechtsbesitz zukommt. Oben S. 285 ff. ist ausgeführt, wie Erbrechtsbesitz und Erbschaftsbesitz auseinanderzuhalten sind und daß die Zuständigkeit der erbrechtlichen interdicta a. p. gewissermaßen den Erbschein ersetzt. Jedenfalls handelt es sich mindestens auch um den nachgewiesenen Besitz an einem behaupteten Erbrecht. Dies kann doch nur deshalb geschehen sein, weil der vorliegende Tatbestand von derartig augenfälliger Eindruckskraft ist, daß er schon um seiner selbst willen Berücksichtigung fordert und verdient. Allgemeine Anerkennung hat dieser Gedanke in feinerer Durchbildung bei der actio Publiciana gefunden, in deren Nähe die interdicta adipiscendae possessionis deshalb gehören, weil trotz der verschiedenen Entstehungsformen der Rechtsschein = Rechtsbesitz als solcher es ist, der durch die Klagen geschützt wird. Es wird aber niemand die a. Publiciana als Provisorium zur rei vindicatio, wenigstens nicht ausschließlich, betrachten, sondern ihr jedenfalls auch eine eigene selbständige Bedeutung und Berechtigung zuerkennen. Was den interdicta adipiscen-

dae possessionis zur Anerkennung verholfen hat, ist die Macht der äußeren Tatsachen nicht minder wie bei der a. Publiciana. Es ist dann aber nur ein weiterer Schritt zu den gewöhnlichen Interdikten, die den Besitz als solchen schützen. Auch ihnen kommt nicht bloß unselbständige, provisorische, sondern auch eine gewisse selbständige Bedeutung zu.

Es ist darum auch gut zu verstehen, daß Jhering beachtlichen Widerspruch gefunden hat. Es sei davon abgesehen, daß seine Formel: Besitz = Tatsächlichkeit des Eigentums allerdings eine gewisse Unklarheit nicht vermeidet, insofern sich nicht ersehen läßt, ob Ausübung des Eigentums oder bloß Ausübungsmöglichkeit gemeint ist. Nimmt man Jhering beim Wort, hat er keines von beiden gemeint, sondern Besitz wird ihm ausschließlich zum Rechtsschein und nur hierzu. Man wird seine abschließenden Thesen als die Zusammenfassung seiner Lehre betrachten dürfen und müssen und da erklärt er die Tatsächlichkeit des Eigentums ausdrücklich folgendermaßen:

„Der Sachenbesitz ist die Tatsächlichkeit des Eigentums." Die äußere Form dieser Tatsächlichkeit bestimmt sich nach Verschiedenheit der Sachen verschieden (S. 187). Beispiele: die saltus aestivi et hiberni, die Sklaven, die Tiere usw. (S. 188).

„Das Dasein des Besitzes ist eine einfache Erfahrungstatsache, eine Frage des täglichen Lebens." „Die Frage, ob ein Besitz anzunehmen, beantwortet sich einfach danach, wie es die Eigentümer mit der betreffenden Art von Sachen zu halten pflegen" (S. 189).

Man kann ja zweifeln, ob die alleinige Abstellung auf das Eigentum und nur auf das Eigentum richtig ist [70]),

70) In der Tat hat Jherings starke Anlehnung an das Eigentum dazu geführt, daß im Gegenschlag hiergegen andere Schriftsteller die an sich richtige Anlehnung an das Eigentum verworfen haben, z. B. Eck ZHR. 32, 600 f., Zoll, Grünhut Z. 13, 257. Sonst

ob nicht ebenso und mit gleichem Recht auch auf andere subjektive Rechte zurückzugreifen und daher lieber zu formulieren ist, daß der Besitz die Tatsächlichkeit eines zum Haben und Behalten berechtigenden Rechtes sei. Es soll ohne weiteres zugegeben werden, daß an dieser Stelle Jherings Formel angreifbar ist und schon dadurch gefährdet wird, daß unbestrittenerweise einzelne Dienstbarkeiten, die zum Haben und Benutzen der Sache berechtigen, unmittelbar durch das interdictum uti possidetis geschützt werden. Diese Einseitigkeit ist aber schon in den oben S. 196, 197 vorangestellten Formeln von Bruns und Randa vermieden worden, auf die verwiesen wird.

Das für uns Wichtige und Bedeutsame an Jherings Theorie ist das Folgende: „An diese Gestaltung des Besitzes (als Tatsächlichkeit des Eigentums) knüpft folgeweise sich der große Vorzug der Erkennbarkeit eines bestehenden Besitzverhältnisses für dritte Personen". Nicht zustimmen kann ich allerdings seiner Erläuterung, daß die Sache durch den Zustand, in dem sie sich befinde, ihr Besitzverhältnis selber ankündige (S. 190). Sehen wir davon ab, wie, wodurch, in welcher Form, als vorübergehende Erscheinung oder als Dauerzustand von „durchhaltender" Eigenart, sich der bloße Besitzerwerb oder der fortdauernd festgehaltene Besitz geltend macht, so bleibt doch als richtig gesehen Jherings Lehre von der Sichtbarkeit und Erkennbarkeit des Besitzes bestehen [71]).

---

gegen Jherings Lehre Randa a. a. O. § 1 zu Anm. 8 a, § 8 S. 367 ff., Windscheid § 148 Anm. 6, Dernburg, Pand. I §§ 170, 171. Ausführliche Angaben bei Randa S. 369. Gegen Jhering auch Strohal, Sukzession S. 127 ff. mit eingehender Einzelerörterung, der im wesentlichen zuzustimmen ist. Diese Einzelheiten interessieren aber für unser Thema nicht.

71) Darum konnte Pininski, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes S. 26, 161, Jhering auch nicht widerlegen, wenn er einmal es für eine Uebertreibung erklärte den Besitz als etwas Sicht-

„Für die Sicherheit des Besitzes ist die Sichtbarkeit und oder konkrete Erkennbarkeit von entscheidender Bedeutung" (S. 190). M. E. handgreiflich richtig, aber leider von Jhering ebenso wie die Tatsächlichkeit des Eigentums übertrieben. Wie seine Ausführung (S. 190 f.) dartut, will Jhering nichts geringeres erreichen, als eine in jedem beliebigen Augenblick sofort festzustellende Sichtbarkeit und Erkennbarkeit. Das wirklich bestehende Besitzverhältnis soll anscheinend nach seiner Lehre jederzeit sofort ohne weiteres erkennbar sein, für den betroffenen Gegner wie nach Jherings eigenen Worten für jeden dritten, vgl. S. 189 f. Ein unerreichbares Ideal, das schon an den in der Besitzliteratur so viel verhandelten saltus aestivi et hiberni scheitert. Ferner ist die der bisherigen Besitzliteratur höchst unbequeme traditio per epistulam nicht ohne weiteres erkennbar. Erkennbarkeit ohne weiteres ist praktisch in dem Sinne und der Ausdehnung, die sie bei Jhering haben, nicht möglich und nicht nötig [72]). So wenig wie der Besitz ein in jedem Augenblick vorhandenes objektives reales durchhaltendes Moment äußerer Tatsächlichkeit enthält, so wenig insbesondere die tatsächliche Gewalt als solche andauernd jederzeit vorhanden und jederzeit sichtbar ist, ebensowenig kann das, was nach Jhering Besitz ist, und was im Sinne der Dernburg-Goldschmidtschen Theorie, s. o. S. 209 ff., der Allgemeinheit angeblich als Besitz erscheint, der Allgemeinheit jederzeit und sofort als Besitz erscheinen oder gar offenbar sein. Die Vorstellung, daß es sich um einen für die Allgemeinheit sofort sichtbaren oder erkennbaren Besitz oder wie man sich sonst ausdrücken mag, handelt, ist sogar am wenigsten

bares zu bezeichnen (S. 161), während er (S. 166) die Sichtbarkeit als Erkennbarkeit auffaßt und (S. 26) lehrt, daß das Besitzverhältnis „direkt auf Grund der Wahrnehmung der äußeren Begebenheiten erkennbar ist".

72) Gegen die sofortige Erkennbarkeit auch Hölder KrVSchr. 34, 240. Reichlich unbestimmt Dernburg, System I § 142, 1.

haltbar, denn ein für die Allgemeinheit sichtbarer Besitz kann als sofort für die Allgemeinheit sichtbarer nur ein notorischer sein und davon kann in Besitzesfragen denn doch nicht geredet werden. Es kann sich also im günstigsten Fall nur um Erkennbarkeit durch die beteiligte Gegenpartei und durch den Richter handeln. Hier liegt aber die sofortige Erkennbarkeit allerdings insofern vor, als jede Partei sofort erkennen kann und darum auch wissen muß, sie sei selber Besitzer oder nicht Besitzer. Die Sichtbarkeit und Erkennbarkeit des Besitzes hat als sofortige hauptsächlich nur in dem negativen Sinne Daseinsberechtigung, daß die Gegenpartei ihren eigenen Nichtbesitz sofort erkennen, ihn kennen kann und ihn kennen muß.

Für die praktische Handhabung reicht — und dies wird in der Besitzliteratur nicht genügend gewürdigt — die negative Erkennbarkeit und das Wissen für den Dritten: Du bist nicht Besitzer, vollkommen aus. Ganz gleichgültig ist die Erkennbarkeit, daß eine bestimmte andere Person Besitzer sei. Eine Selbstverständlichkeit, auf die man nur aufmerksam zu machen braucht. Folglich genügt etwas Negatives, um die Passivlegitimation herzustellen, und dies führt auf eine in der Besitzliteratur ebenfalls nicht genügend gewürdigte, jedenfalls nicht genügend erörterte Erscheinung. Sieht man von dem uns hier nicht interessierenden Ersitzungsbesitz ab, so erhellt doch das Wesen des Besitzes am besten aus seinen Klagen und diese können nur dann richtig erfaßt werden, wenn sie wie alle Klagen auf die Aktiv- wie die Passivlegitimation gesondert untersucht werden. Da stellt sich aber für die Passivlegitimation heraus, daß ihretwegen die Sichtbarkeit, Erkennbarkeit des Besitzes als Besitz einer bestimmten Person gar nicht nötig ist. Es genügt, daß irgend ein Besitz verletzt ist, darauf, daß der Inhaber des Besitzes auch ohne weiteres als solcher erkennbar sei, kommt es nicht an. Der Störer ist im Un-

recht, wer auch Besitzer ist. Wichtig wird die konkrete Aktivlegitimation erst dann, wenn ein Dritter einen Besitz verletzt, um den sich zwei andere streiten. Aber sie wird wichtig nicht für die Passivlegitimation, denn diese bleibt alle Male gegeben. Folglich entfällt die Passivlegitimation dessen, der sich einer Sache bemächtigt, nur dann, wenn die Sache im Augenblick der Bemächtigung besitzlos war. Dies ist nun heute keineswegs leicht anzunehmen und wurde bekanntlich von den Römern nicht einmal immer bei den verlorenen Sachen angenommen. Für jeden Dritten steht daher im Zweifel eines sicher fest, daß er, der Dritte, eben nicht Besitzer ist. Diese rein negative Tatsache versteht sich unter hundert Fällen 99 Male von selbst. Die Erkennbarkeit für Dritte als sofortige Erkennbarkeit des Besitzers wird daher von Jhering unnötigerweise gefordert, denn jede Sache ruft jedem Dritten, so lange als er sie sich noch nicht angeeignet hat, ein: Hände weg, zu. In den seltenen Fällen, wo dies nicht zutrifft, ist allerdings dem Jheringschen Erfordernis voll genügt, denn es läßt sich normalerweise erkennen, was verloren ist und was nicht. Das vom Hufe fliegende Eisen ist keinen Augenblick verloren gewesen, wenn ich es gleich aufsammeln lasse. Ist der Pferdebesitzer, ohne den Verlust zu merken, weiter gefahren, so kann Besitzverlust eintreten, aber nicht früher, es sei denn, daß eine positive Aneignung stattgefunden hat, mit der das: Hände weg verschwindet, um zu einem neuen: Hände weg zu werden.

Von dieser Auffassung aus erklärt sich leicht die traditio instrumentis [73]), die schon von Strohal für seine Sukzession in den Besitz verwertet worden ist, S. 185 f., 206 ff. Die Einweisung in das Recht und in den Rechtsbesitz durch einen einmaligen Akt, das Fortbestehen des Rechtes und des Rechtsbesitzes, die negative

73) Vergl. überhaupt zu der Spiritualisierung des corpus Sokolowski, Philosophie i. P. S. 187 ff., 412 Anm. 375.

Erkennbarkeit für jeden Dritten, daß er nicht Berechtigter und auch nicht Besitzer ist und die positive, zwar nicht sofortige und für jedermann vorhandene, aber mit Sicherheit zu gewinnende Erkennbarkeit, wer Berechtigter und wer Besitzer ist, dies alles findet sich in C. 8, 53, 1, wo zugleich die Uebertreibungen des corpus possessionis gründlich widerlegt werden. Statt in dieser Stelle die Regelwidrigkeit zu finden, hätte die gemeinrechtliche Theorie sie umgekehrt als Schlüssel zum eigentlichen Besitzrecht benutzen sollen und die Verständigung zwischen Romanisten und Germanisten hätte ein Hindernis weniger gehabt.

Bei dieser Gelegenheit sei auch noch auf etwas anderes aufmerksam gemacht, worin romanistische und germanistische Rechtslehre sich zusammenfinden können, wenn man den Sachbesitz als Rechtsbesitz betrachtet.

Strohal, Sukzession S. 58 f., stellt folgende Fälle einander gegenüber: Der Verkäufer vollzieht die Besitzübergabe durch die Schlüsselübergabe und der Käufer verliert die Schlüssel oder sie werden ihm gestohlen. Der Dieb oder der Finder erwerben durch den Besitzerwerb an den Schlüsseln noch nicht den Besitz an dem Wein im Keller, obgleich beide einwandsfrei und deutlich erkennbar den Willen äußern, sobald Zeit und Gelegenheit dazu passe, sich den Wein zu holen. Strohal entscheidet mit Recht, daß der Dieb und der Finder keinen Besitz erwerben.

Strohal nimmt ferner mit Recht an, daß Besitzübergabe an Sachen, die wegen ihres großen Eigengewichtes oder ihres geringen Wertes keiner eigenen Bewachung bedürfen, auch dadurch geschehen kann, daß Veräußerer und Erwerber sich bei den wie üblich auf einem offenen Grundstück liegenden Sachen über den Besitzübergang verständigen. Er leugnet aber ebenfalls mit Recht, daß der Veräußerer den Besitz wiedererwerbe, wenn er nach Fortgang des Erwerbers in un-

mittelbarer Nähe der Sachen nunmehr den Entschluß faßt, sich wieder zum Besitzer zu machen. Das corpus, das früher ausreichte, seinen Besitz zu decken und zu schirmen, oder im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie immer wieder von neuem herzustellen, reicht nun trotz seines hinzukommenden Willens (oder Wissens) nicht aus, ihm den Besitz zu geben, vgl. auch Strohals Darstellung S. 85 f., besonders S. 87 f.

Es sei auch auf die von Strohal, S. 102, 114 ff., behandelten Fälle der Verdrängung aus dem Grundstücksbesitz verwiesen. Hier erwirbt der Verdränger den Rechtsbesitz erst dann, wenn der Versuch der Wiederbemächtigung entweder ganz unterbleibt oder vergeblich unternommen wird. Wie aus dem Folgenden ersichtlich, interessiert uns der erste Fall, zu dem auch noch der S. 117, 2 behandelte Fall des Sichverschweigens heranzuziehen ist, ferner alle Fälle des possessionem animo retinere, S. 60 f. Das Gemeinsame ist, daß unter Umständen ein Besitzerwerbstatbestand oder doch ein Besitztatbestand keine Wirkungen für den Prätendenten hat, obgleich er sie unter anderen Umständen zweifellos hat. Beruht dieser Unterschied in der Behandlung desselben äußeren Tatbestandes vielleicht auf einem von H. Meyer für das deutsche Recht verwerteten Gedanken [74])? H. Meyer unterscheidet wie der Rechtsschein des Rechtsinhabers entstanden ist, ob durch den eigentlichen Berechtigten veranlaßt oder nicht. Danach gibt und versagt er ihm die Wirkungen. In unsere Sprache übersetzt heißt dies: Die tatsächliche Möglichkeit, ein fremdes Recht auszuüben, wird dann zum richtigen Rechtsbesitz, wenn sie mit Willen des Rechtsinhabers eingetreten ist. Tritt sie ohne den Willen des Rechtsinhabers ein, so muß sie sich schon derartig stark in der Außenwelt bewährt haben oder bewähren, daß der genehmigende Wille des Rechts-

74) In seiner Schrift: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht S. 94 ff., aber auch 88 ff., etwa auch 84.

inhabers daneben seine Bedeutung verliert [75]). In der Tat lehren die Beispiele Strohals sicher das eine, daß ein gegen den Willen des Rechtsinhabers oder des Rechtsbesitzers eingetretener Besitztatbestand durchaus nicht notwendig dieselben Wirkungen haben muß, wie dieser selbe Tatbestand sie hat, wenn er mit dem Willen des Rechtsinhabers oder des Rechtsbesitzers eingetreten ist, vgl. Zitate bei Strohal S. 113, Anm. 65. Auch diese Aehnlichkeit des deutschen und des römischen Rechtes ist schwerlich ein Zufall. Sie läßt sich aber noch weiter verfolgen in andere Formen des Rechtsbesitzes hinein und die Gleichordnung des Sachbesitzes mit dem Rechtsbesitz, insbesondere mit den jetzt alsbald zu behandelnden Formen des Rechtsbesitzes, dürfte erweisen, daß römischer Rechtsbesitz und deutsche Gewere gar nicht so weit von einander entfernt sind, wie noch immer vielfach geglaubt wird [76]).

---

75) Für ein anderes Gebiet hat diesen Gedanken schon früher Regelsberger ausgesprochen, KrVSchr. 47, S. 286, 294. Regelsberger führt die Haftung des Vertretenen trotz Unterganges der Vertretungsmacht auf das Vertrauen des Dritten zurück, „vorausgesetzt, daß der Tatbestand mit Zutun dessen zustande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteil gereicht", und dies belegt er mit dem unten unter VIII Nr. 6 behandelten römischen Quellenmaterial. Es handelt sich um dieselben treibenden Kräfte, die in der gemeinrechtlichen Theorie dem Unterschiede zwischen dem Traditions- und dem Okkupationskorpus die Anerkennung erzwangen. Windscheid § 153 Anm. 10. Die „Verflüchtigung" des Traditionskorpus interessiert hier an sich nicht, wohl aber die Tatsache, daß dasselbe Korpus bei demselben Mann verschiedene Wirkungen hat, jenachdem Einwilligung eines Dritten vorliegt oder nicht.

76) Sokolowski, Philosophie II S. 229 ff. Die Unklarheiten in der römischen Besitzlehre sind nicht geringer als in der deutschen Gewere. In beiden ringt der Gedanke des Rechtsbesitzes nach Ausdruck und da finde ich sogar, daß das deutsche Recht diesen Gedanken noch besser durchgeführt hat als das durch Labeo irregeleitete römische Recht. Anderseits werden die Eigenheiten des RR. viel leichter verständlich, wenn man im Auge behält, daß die dogmatische Betrachtung gewissermaßen darauf angewiesen war, zwischen