

# **Universitäts- und Landesbibliothek Tirol**

## **Der Besitz nach dem römischen Rechte**

**Zielonacki, Józefat**

**Berlin, 1854**

Der irregulaire Sachbesitz

sioni praestat ministerium. (L. 18. de poss.), operam suam possessori accommodat. (L. 1. §. 20. eod.) Ganz anderer Art ist das Verhältniß des Besitzes zum Eigenthum. Derselbe bildet keinen Bestandtheil, kein Moment des Eigenthums. Ist er auch mit demselben verbunden, so läuft er dennoch neben demselben als besonderes Verhältniß her, wie dies sich zur Genüge daraus ergibt, daß die rei vindicatio den Interdicten und die Interdicte der rei vindicatio nicht präjudiciren, so daß der Kläger, nachdem er im Eigenthumsprozesse unterlegen ist, im Interdictenprozesse und umgekehrt mit Erfolg klagen kann. Einen weiteren Beweis hierfür liefert der Umstand, daß der Besitz gene-tisch später entstanden ist, als das Eigenthum, wie dies weiter unten gezeigt werden wird.

Noch irrthümlicher wäre es, den Besitz unter die Eigenthumsbefugnisse zu rechnen, wenngleich anerkannt werden muß, daß der Eigenthümer so lange als Besitzer gilt, bis Jemand Anderer den Beweis zu führen im Stande ist, daß er den Besitz erworben hat, oder bis es sich aus den Umständen herausgestellt, daß der Eigenthümer keinen animus domini, oder zwar den animus domini, aber keine factische Möglichkeit über die Sache zu verfügen hat. Die genannte Annahme gründet sich nämlich nur darauf, daß de facto nur einer der drei Fälle möglich ist: entweder besitzt der Eigenthümer, oder ein Dritter oder überhaupt Niemand.

#### Der irregulaire Sachbesitz.\*)

Der irregulaire Sachbesitz ist anomaler Natur. Das Anomale desselben äußert sich in doppelter Weise, nämlich sowohl

---

\*) Savigny nennt den regulären Besitz einen ursprünglichen und den irregulären einen abgeleiteten. Diese Benennungen sind aus einer ganz richtigen Anschauungsweise hervorgegangen, wie sich dies aus dem im Texte unten Gesagten ergeben wird. Ich habe aber darum die in der Ueberschrift gebrauchten Benennungen gewählt, weil es mir vorzüglich auf die Hervorhebung des Umstandes ankam, welche von den beiden Besitzarten anomaler Natur ist. Der Savignyschen Benennung tritt übrigens dies Bedenken entgegen, daß der Name: abgeleiteter Besitz,

darin, daß der Besitzer den *animus dominii* nicht hat, als auch darin, daß der Detentor ihn hat, und somit mit allen den Eigenschaften versehen ist, welche zum Besitze nöthig sind, da er auch als factischer Beherrscher der Sache gelten könnte, indem die Annahme, er besitze dieselbe durch einen Stellvertreter, bei ihm ebenso statthast wäre, wie bei dem Vermiether, Verpächter, dem Deponenten u. s. w. So findet also bei dem irregulären Besitze ein Umtausch der Rollen, der Functionen statt; der Detentor gilt hier als Besitzer und der Besitzer als Detentor. Da der irreguläre Besitzer nicht das *jus*, nicht das Recht, sondern das *corpus*, die Sache besitzt, so leuchtet ein, daß sein Besitz in der Ausübung des bestimmten, erworbenen Rechts nicht bestehen kann, wie dies bei dem Rechtsbesitze der Fall ist. Sein Besitz läuft in der That neben dem erworbenen Rechte als eine bewilligte Zugabe, als ein accessorisches Verhältniß her.

Wie ist nun der irreguläre Besitz an das bestimmte Recht accessorisch geknüpft worden? — Die Doctrin der Römischen Juristen schweigt hierüber gänzlich, soweit uns dieselbe überliefert wurde. — Nach Savigny trägt der Eigenthümer selbst den Besitz auf den Erwerber des entsprechenden Rechts gleichzeitig mit demselben über. Im Ganzen ist die Savignysche Auffassung eine richtige, indem hiebei offenbar davon ausgegangen werden muß, daß eine Uebertragung des Eigenthumsbesitzes auf den irregulären Besitzer vor sich gegangen ist, da schon der Umstand uns darauf hinführt, daß bei dem irregulären Besitze ein Umtausch der Rollen stattfindet.

Aber eine andere Frage ist es, ob die genannte Uebertragung von dem Eigenthümer selbst ausgehe. Dies ist, glaube ich, in der Allgemeinheit nicht anzunehmen, wie dies Savigny thut. Nur beim *Precarium* und bei dem *Sequester* kann von

---

streng genommen nicht allein für den irregulären Besitz paßt, sondern auch für den regulären, wenn letzterer aus einer abgeleiteten Erwerbshandlung entsteht. So ist also die Benennung: abgeleiteter Besitz, zu weit, und die Benennung: ursprünglicher Besitz, zu eng.

einer Uebertragung durch den Eigenthümer die Rede sein, indem mit denselben der Besitz nicht unbedingt verbunden ist, es vielmehr hiebei entschieden auf den Entschluß des Eigenthümers ankommt. Bei der Emphyteuse und dem Pfandrechte ist dies aber nicht der Fall. Hier geht der Besitz des Eigenthümers auf den irregulären Besitzer ipso facto über, da die Entstehung der genannten beiden Rechtsverhältnisse ohne den Besitz gesetzlich unstatthaft ist. Aber auch in Betreff des Besitzes des Precisten und des Sequesters ist der Wille des Uebertragenden nicht das allein entscheidende Moment, indem derselbe den Besitz lediglich aus dem Grunde übertragen kann, weil das Gesetz ihm dies nicht verbietet. — Der Annahme der Uebertragung des Besitzes steht der Einwand nicht entgegen: der Eigenthumsbesitz könne als übertragen auf den irregulären Besitzer nicht gedacht werden, da derselbe ja ein regulärer ist. Bei diesem Einwande vergißt man nämlich einen sehr wichtigen Umstand, nämlich, daß die Uebertragung nicht nothwendig eine Succession involvirt. Schon der Umstand sollte darauf hinweisen, daß die Succession in den Besitz absolut ausgeschlossen ist, so daß nicht einmal der Erbe in denselben succedirt. \*) Wenn der Eigenthumsbesitz an den Besitzer als ein irregulärer kömmt, so kommt dies nur daher, weil dem Erwerbe eines regulären Besitzes seinerseits Hindernisse entgegenstehen.

Eine andere Erklärung des irregulären Besitzes giebt es nicht; die Gegner stellen auch keine andere auf, sondern subsumiren auch die Fälle des irregulären Besitzes unter den regulären, indem sie entweder in den genannten Fällen den animus dominii herauszufinden sich bestreben, oder den animus dominii überhaupt als das Merkmal des Besitzes nicht gelten lassen wollen.

Das Römische Recht nimmt den irregulären Besitz in folgenden Fällen an:

---

\*) Die *accessio possessionis* ist in der Besitzeslehre ebenso ein Surrogat der Succession, wie die *novatio* und *cessio* in der Obligationslehre.

- 1) Bei dem Faustpfande L. 35. §. 1. de pign. act. „Pignus manente proprietate debitoris — possessionem transfert ad creditorem.“

Auch der hypothecarische Gläubiger wird zum Besitzer der Sache durch die Anstellung des interdictum Salvianum und der actio Serviana. Daß das interdictum Salvianum ihm den Besitz verschafft, geht daraus hervor, daß dasselbe adipiscendae possessionis ist. Dafür, daß die actio Serviana den Besitz gewährt, ist anzuführen L. 66. in fin. de evict. Auch beim gerichtlichen Pfande ist mehr Grund für, als gegen die Annahme des Besitzes vorhanden, indem dasselbe sich mehr an die pignoris capio, als an die immissio in possessionem anschließt. Cf. Brunß §. 2.

- 2) Bei der Emphyteusis.

Den einzigen Beweis dafür, daß der Emphyteuta das Grundstück besitzt, finde ich darin, daß ihm die nämlichen Interdicte zukommen, wie den regulären Besitzern. Die L. 15. §. 1. qui satisfacere cog. liefert hiefür keinen Beweis. Aus §. 2. derselben, welcher lautet: creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat etc., geht hervor, daß das Wort „possessor“ dort nicht den eigentlichen Besitzer, sondern denjenigen bezeichnet, der auf einem emphyteutarischen Grundstücke ansässig ist.

Ebenso wenig darf man sich auf den Umstand berufen, daß der Emphyteuta die rei vindicatio utilis hat. — Mit der genannten Klage verhält es sich folgendermaßen. Da der Emphyteuta kein Recht auf die Substanz der Sache hat, so folgt, daß dieselbe entweder nur einen gemeinsamen Namen mit der Eigenthumsklage führt, sonst aber von ihr völlig verschieden ist, oder daß sie, — vorausgesetzt, daß eine Gleichartigkeit zwischen beiden Klagen besteht, — durch fingirte Cession der Eigenthumsklage an dem Emphyteuta gekommen ist, so daß derselbe keine eigene, sondern eine von dem Eigenthümer entlehnte Klage hat. — Was ist nun das Richtige? Der letzteren Ansicht scheint dieses theoretische Bedenken entgegen zu stehen, daß die Cession den Verlust der Klage auf Seiten des Cedenten vor

aussetzt, was in Bezug auf die Emphyteuse nicht stattfindet, indem der Eigenthümer durch die Begründung derselben seine Klage nicht einbüßt. Indessen glaube ich an ihre Richtigkeit:

- a) da sonst die Klage des Emphyteuta gewiß einen anderen Namen gehabt hätte, indem der Name „rei vindicatio“ auf eine rechtliche Herrschaft über die Sache selbst hinweist, der Emphyteuta aber nur ein jus in re hat,
- b) da sonst der Umstand unerklärlich wäre, daß die rei vindicatio dem Emphyteuta als eine utilis zukommt. Geht man aber von der Annahme aus, daß der Eigenthümer ihm, soweit es sein Bedürfniß erheischt, die Klage cedirt hat, so erklärt sich der genannte Umstand von selbst, indem die Klage von dem Cessionar im Falle der fingirten Cession immer als eine utilis angestellt wird,
- c) da das theoretische Bedenken alle Kraft verliert, wenn man bedenkt, daß die Cession eben nur zu dem Zwecke fingirt wird, um die Eigenthumsklage an die Emphyteusis juristisch anzuknüpfen. Die Annahme der Cession dient nur zur Erklärung des Factums, daß der Emphyteuta keine eigene, sondern nur eine von dem Eigenthümer entlehnte Klage hat. Freilich ist diese Thatsache eine auffallende, und es wäre allerdings viel angemessener, wenn der Emphyteuta eine eigene Klage gehabt hätte. Aber sie läßt sich einmal nicht wegdisputiren, sie ist vielmehr anzuerkennen und juristisch zu erklären,
- d) unsere Auffassung ist ganz im Geiste der Römischen Rechts-Doctrin, indem dieselbe sich über kleine theoretische Bedenken, wo sie einen bestimmten praktischen Zweck verfolgte, hinwegzusetzen gewohnt war. — Man denke nur an den Satz: „haeres personam defuncti suscipit,“ dem gewiß schon der Umstand entgegen steht, daß die Persönlichkeit als eine untheilbare Totalität mit bloßer Rücksicht auf vermögensrechtliche Verhältnisse auf die Erben nicht übergehen kann, vielmehr entweder auf sie gar nicht übergehen sollte, oder auch nach der persönlichen Richtung hin übergehen müßte.

Da nun also der Emphyteuta als Cessionar des Eigenthümers klagt, so kann offenbar der Name seiner Klage als Beleg für die gegnerische Ansicht nicht angeführt werden. Aber auch abgesehen davon, stellen sich die Gegner hiebei auf einen falschen Standpunkt, indem sie aus der Aehnlichkeit der Emphyteuse mit dem Eigenthum der Intensität nach, — die Berufung auf die *rei vindicatio utilis* bezweckt gewiß nur die Hervorhebung der genannten Aehnlichkeit, da sie sonst keinen Sinn hätte, — den irregulären Besitz ableiten, dieser aber mit der Intensität des Rechts nichts gemein hat, wie einerseits die *superficies*, und andererseits das Pfandrecht, Sequester und *Precarium* beweisen.

Als Beleg für die Ansicht, daß der Emphyteuta das Grundstück besitzt, kann ferner der Umstand nicht angeführt werden, daß demselben die *actio confessoria* und die *actio negatoria* als *utiles* zustehen, indem es sich mit den genannten Klagen, da sie *utiliter* angestellt werden, ebenso verhalten muß, wie mit der *rei vindicatio utilis*, indem also der Emphyteuta sie nicht als eigene, sondern als von dem Eigenthümer vermitteltst der fingirten Cession entlehnte Klagen anstellt.

Für die gegnerische Ansicht spricht endlich auch dieses nicht, daß der Emphyteuta das Eigenthum an den Früchten im Momente der Separation erwirbt. Es scheint mir viel natürlicher zu sein, den Grund des genannten Erwerbes in der Intensität der Emphyteuse als in dem Besitze zu suchen. Wenn man den Erwerb der Früchte durch Separation als einen Ausfluß des Besitzes betrachtet, so kehrt man gerade den Gesichtspunkt um, von dem man bei der Berufung auf die *rei vindicatio utilis* ausgegangen ist, indem man das betreffende Recht des Emphyteuta aus dem Besitze ableitet, wohingegen man bei der Berufung auf die *rei vindicatio utilis* aus der Intensität der Emphyteuse den Besitz abzuleiten sich bestrebt. Und doch geschieht dies hergebrachterweise allgemein. Vollends unlogisch verfahren hiebei diejenigen Rechtsgelehrten, welche einerseits dem *bonae fidei possessor* das Eigenthum an den Früchten absprechen, andererseits aber dasselbe dem Emphyteuta zuerkennen und gleichzeitig dessen Früchterwerb aus dem Besitze ableiten.

3) Beim Precarium. L. 4. §. 1. de precario: Meminisse oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere. L. 33. §. ult. de usurp.

4) Beim Sequester. L. 17. §. 1. depositi vel contra.

Offenbar ist dieselbe, wie auch allgemein angenommen wird, so zu ergänzen: nisi apud sequestrem possessio deposita est, nam tum demum sequester possidet, si et possessio apud eum deposita est.

Der Pfandgläubiger und der Emphyteuta besitzen unbedingt, der Precarist und Sequester bedingt. Der Precarist nämlich alsdann, wenn der precario dans ihm den Besitz ausdrücklich nicht entzogen hat; der Sequester dann, wenn bei ihm die Sache mit dem Besitze deponirt wurde. L. 39. de poss.

Der Precarist wird also als Besitzer und der Sequester als Nichtbesitzer präsumirt.

Viele Rechtsgelehrte sehen auch den Superficiar als einen Besitzer des Gebäudes an, indem sie sich sowohl auf die L. 1. §. 3—5. de vi in Verbindung mit dem Satze, daß de mero jure nemo detrudi potest (L. 4. §. 27. de usurp.), als auch auf den Umstand berufen, daß demselben ebenso wie dem Emphyteuta die rei vindicatio, confessoria und negatoria als utiles zustehen.

Die citirte L. erwähnt zwar, daß der Superficiar mit dem interdictum de vi klagen kann; es ist jedoch anzunehmen, daß er mit demselben auf die nämliche Art klagt, wie der Usfructuar, also nur utiliter.

Der letztere Umstand hat ebenfalls keine Beweiskraft, indem die genannten Klagen dem Superficiar von dem Eigenthümer cedirt werden, und die Uebertragung des Besitzes aus deren Cession unmöglich gefolgert werden kann.

Die richtige Meinung geht dahin, daß der Superficiar nicht das Gebäude, sondern sein Recht besitzt. Für dieselbe spricht der entscheidende Umstand, daß demselben im Falle einer theilweisen Störung nicht das possessorisches Interdict uti possid., sondern das quasi possessorisches Interd. de superficibus \*)

\*) Daß das Interd. de superf. ein quasi possessorisches ist, ergibt sich aus seiner Formel, welche nicht auf ein possidere, sondern auf ein

zukommt, \*) ferner der Umstand, daß sonst der Eigenthümer des Grund und Bodens seinen Besitz hätte einbüßen müssen in Gemäßheit des Grundsatzes: *possessio plurium in solidum esse non potest*, was nicht der Fall ist, indem derselbe vielmehr

---

*frui* geht. (L. 1. pr. de *superf.*) Dann auch noch daraus, daß Ulpian es im 70. Buche seines Commentars ad *Edictum*, also zusammen mit den notorisch quasi possessorischen Interdicten darstellt.

\*) Den Umstand, daß dem *Superficiar* nicht das *Interd. uti possid.*, sondern das *Interd. de superf.* zukommt, erklärt Wangerow (Pandect. §. 200. N. 1.), welcher den *Superficiar* für einen Sachbesitzer hält, daraus, daß „hier eigentlich nur von einer quasi *corporis possessio* die Rede ist, indem ein wirklicher Besitz des Gebäudes nur dem Besitzer von Grund und Boden zustehen kann. Wenn nun hier, bemerkt Wangerow weiter, doch aus practischem Bedürfniß *contra tenorem juris* ein Besitz angenommen wurde, so konnte doch nicht das *Interd. uti possid.* Maß greifen, welches wirkliche *corporis possessio* — voraussetzte, sondern es mußte nothwendig ein eigenes Rechtsmittel gegeben werden.“ Richtig ist, wenn Wangerow sagt, daß der Besitz des Gebäudes nur dem Eigenthümer des *solum* zukommen kann; richtig ist dies darum, weil das Gebäude ein integrierender Theil des *solum* ist und die Theile zusammen mit dem Ganzen besessen werden. Aber es ist nicht zu billigen, wenn Wangerow, um seine Ansicht zu retten, zu einer durch Nichts gerechtfertigten Annahme Zuflucht nimmt, nämlich zur Annahme, daß es im Römischen Rechte außer der *possessio* und der quasi *possessio* noch eine *corporis quasi possessio* giebt. Mit dergleichen Annahmen, die wie ein *deus ex machina* aussehn, ließe sich alles beweisen. — Bruns (pag. 9, 10) nimmt an, daß der *Superficiar* den Rechtsbesitz hat, aber andererseits glaubt er, die Römer hätten sich doch über diese Consequenz hinweggesetzt und den *Superficiar* als einen Sachbesitzer behandelt, wie sich dies ergebe aus der *rei vindicatio*, *Publiciana*, Verpfändung, welche sich auf das *praed. superficiarium* und nicht auf ein *jus in re* beziehen, sowie aus L. 1. §. 3—5. de *vi*, nach welcher das notorisch possessorische *Interd. unde vi* dem *Superficiar* zukommt. Aber aus dem im Texte Gesagten ergibt sich, daß kein Grund vorliegt anzunehmen, die Römischen Juristen hätten inconsequenterweise den Besitz des *Superficiars* in einigen Beziehungen als Sachbesitz angesehen, statt entschieden und ohne alle Ausnahme daran festzuhalten, daß derselbe ein Rechtsbesitz ist. Nur in Betreff der Verpfändung ist noch zu bemerken, daß dieselbe als Beleg für die gegnerische Ansicht nicht angeführt werden kann, indem die Befugniß, das Gebäude zu verpfänden, eine Folge der großen Intensität der

mit dem Interd. uti possid. sowohl gegen Dritte, als auch gegen den Superficiar klagen kann, (L. 3. §. 7. uti possid.) endlich der Umstand, daß die Annahme eines Sachbesitzes mit dem Wesen der Superficies unverträglich wäre, wie dies in dem Abschnitte über den Rechtsbesitz gezeigt werden wird.

Die L. 3. § 5. uti possit.: „— alter solum possidet, alter superficiem“ ist dem nicht entgegen, da das Wort superficies in ihr offenbar nicht ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden, sondern eine projectio bedeutet, die in fremden Luftraum hinüberraagt.

Burchardi (civ. Archiv XX. pag. 22, 26 ff.) und einige Andere weisen den irregulären Besitz sogar dem Usufructuar, sowie den Inhabern der übrigen persönlichen Servituten zu. Da die Quellen ausdrücklich erwähnen, daß der Inhaber einer Personalservitut quasi possessor derselben ist, so hat auch Burchardi Anstand genommen, ihm den quasi Besitz abzusprechen. Seine Meinung geht daher dahin, daß jeder Inhaber einer Personalservitut zwei verschiedene Eigenschaften in sich vereinige, nämlich die Eigenschaft eines quasi possessor der Servitut, und die eines possessor der Sache. Diese Auffassung widerlegt sich von selbst. Ueberdies stehen der Burchardischen Ansicht auch die Quellen entgegen: L. 6. §. 2. de precario: „— nam et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.“ L. 10. §. ult. de acquir. rer. dom. L. 1. §. 8. de poss. L. 52. pr. cod.

Noch weiter gehen Thibaut, Schweppe, Wening-Jungenheim, Schroeter und Andere, indem sie die Ansicht aufstellen, daß es dem regulären Besitzer freistehe, seinen Besitz auf Andere in der Eigenschaft eines irregulären Besitzes zu übertragen. — Dies ist unrichtig. Die Entstehung des irregu-

---

superficies ist, von welcher aber, wie schon oben bei einer anderen Gelegenheit hervorgehoben wurde, keine Schlussfolgerungen auf den Besitz gemacht werden dürfen, indem letzterer als ein factisches Verhältniß mit der größeren oder kleineren Intensität des Rechts nichts zu thun hat. Es ist offenbar, daß der irreguläre (abgeleitete) Besitz nicht wegen der Intensität des Rechts, sondern lediglich aus practischem Bedürfniß entstand.

lären Besitzes kann in's freie Ermessen der Privaten nicht gestellt werden, da derselbe anomaler Natur ist, und anomale Verhältnisse selbstverständenermaßen auf bestimmte Fälle gesetzlich eingeschränkt werden müssen.

#### Erklärung der Entstehung des irregulären Besitzes.

Die Frage, auf welchem Grunde die Entstehung des irregulären Besitzes beruht, wirft sich von selbst auf, da der genannte Besitz anomaler Natur ist. Was das Faustpfand anbelangt, so ist Folgendes zu bemerken: Das Pfandrecht hat sich im Römischen Rechte sehr allmählig ausgebildet. In den älteren Zeiten gab es zwei Formen für dasselbe, die *fiducia* und das *pignus*. Die *fiducia* übertrug das Eigenthum mit der obligatorischen Verpflichtung, die Sache nach Bezahlung der Schuld zu remancipiren, das *pignus* übertrug nur den Besitz für die Dauer der Schuld. Im ersten Falle erwarb der Pfandgläubiger mehr Recht an der Sache, als es sein Interesse erheischte, im zweiten erwarb er gar kein Recht an derselben, sondern nur die Befugniß, in einem factischen, aber durch Interdicte geschützten Verhältnisse zu derselben so lange zu bleiben, bis der Schuldner die Schuld bezahlt hat; jedenfalls erwarb er damit weniger, als es sein Interesse forderte; denn er konnte aus dem Verkaufe der Sache sich nicht befriedigen, indem er als Besitzer das Verkaufsrecht nicht hatte, und dann hing die Sicherheit der Forderung, wenigstens im Falle des Besitzes einer Immobilie, im Grunde genommen doch nur von der Redlichkeit des Schuldners ab, indem dieser die Sache, ungeachtet er ihr Besitzer nicht war, mancipiren konnte. Cfr. Buchta's Institutionen §. 247. folg. — Später führte man die Hypothek ein und erhob das *pignus* durch Ertheilung einer *actio in rem* zu einem *jus in re*. Von nun an war der Besitz beim *pignus* offenbar nicht mehr nöthig, man behielt ihn aber bei, da er nicht störend war. Wer mit dem Geiste des Römischen Rechts vertraut ist, wird dies als ganz in der Ordnung finden.

Was die *Emphyteusis* anbetrifft, so war in der That vom dogmatischen Gesichtspunkte aus kein praktisches Bedürfniß für