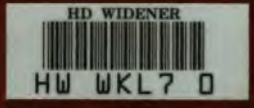

Bomb-Die Grundlage des Besitzes-1859

à Mr Henry Wheaton hommage de l'auteur

Ueber die

Grundlage des Besitzes.

Eine Duplik

von

Eduard Gans.

Ueber die

Grundlage des Besitzes.

Eine Duplik

von

Eduard Gans.

Berlin, 1839.
Verlag von Veit und Comp.

gedruckt bei den Gebr. Unger.

Veranlassung dieser Schrift.

Die widerwärtige und persönliche Weise, die jetzt auf dem Felde der wissenschaftlichen Polemik herrschend geworden ist, und mit der ich mich zu keiner Gemeinschaft verstehen möchte, hätte mich leicht von der Abfassung dieser Schrift überhaupt abhalten können.

Der wissenschaftliche Krieg, wenn ich ihn recht begreife, unterscheidet sich von jedem anderen dadurch, daß ein weit strengeres Völkerrecht, als überall sonst statt findet, und daß die Waffen niemals der beliebigen Erfindung der Kämpfenden anheimfallen, sondern streng gegeben sind. Lebhaftigkeit und Beweglichkeit auf dem Gebiete der Wissenschaft selbst können der Polemik nur nützen, und wenn auch sachliche Angriffe leicht den Eindruck hervorbringen, als sey damit Persönliches gemeint, und vielleicht eine eben so starke Wirkung hinterlassen, so ist doch zwischen objectiven Bewegungsgründen und solchen, die auf einem ganz andern Felde wuchern, leicht zu unterscheiden. Der Kampf der Meinung ist der Wissenschaft eben so wichtig, wie der Kampf der Waffen der Welt; nur ist, im Gefolge des ersten ein tüchtiges Ergebniß, in dem des letzten der Frieden nothwendig.

Sachlicherweise hätte ich mich dieser Schrift enthalten mögen, weil ich zu häufig gegen die deutsche Gewohnheit mich erklärt habe, abgemachte und bis auf die letzte Wurzel besprochene Dinge noch einmal wieder von vorne in Anregung zu bringen. Wenn wir die gewohnten Weisen vieler Juristen betrachten, dicke Bücher, theils mit fertigen Stoffen, mit unbezweifelten Exegesen, theils mit wenigem Neuen, das, wenn es allein gekommen wäre, höchstens einige Seiten gefüllt hätte, anzuschreiben, so sollte uns eine Art von Ueberladungsekel von ähnlichen Bestrebungen abschrecken: daß kritische Bemerkungen und Gakeleien in Menge keiner Ansicht fehlen werden, könnte alsdann nicht zu anderer Meinung bewegen. Schon lange habe ich im Stillen die Aehnlichkeit und nicht ohne Ergötzen bemerkt, welche die Romanisten und die rabbinischen Gelehrten verbindet. Wenn sie die ganze Reihe ihrer Gegenstände durchleuchtet und scharfsinnige Fragen und Bezweiflungen bei jedem Anhaltspunkte angebracht haben, so kommen sie später wieder dazu, mit gleichem Vergnügen den nochmaligen Durchmarsch zu beginnen. Sie citiren wiederum die Meinungen der alten Autoren, sie loben und tadeln, sie freuen sich mit einem kleinen neuen Resultate, dessen Werth weit mehr in einer subjectiven Ueberschätzung ihrer eigenen Tüchtigkeit, in einem Ergötzen an dem Scharfsinn einer bestimmten, wenn auch unwahren Meinung, als in einem Sinne für den Fortschritt der Wissenschaft liegt. Rabbi Schamai und Rabbi Hillel sind die Labeone und Capitone, die Papiniane und Ulpiane der Rabbinen, und wenn in beiden Disciplinen der ähnliche Scharfsinn, im römischen Recht in etwas geordneterer, im rabbinischen Recht in etwas willkührlicherer

Gestalt zu rühmen ist, so kann fast in beiden von gleicher Starrheit gesprochen werden. Denn starr ist Alles, was sich nicht entwickelt und nicht fortrückt: was im unendlichen Hin und Her sich befriedigt, und erst zufällig und am Ende gewahr wird, daß es nicht vom Platze gekommen sey.

Doch Freunde und Schüler haben weder die subjectiven noch die sachlichen Bedenken gelten lassen. Sie meinten, was die Unlust zum Kampfe betrifft, so könnte diese leicht für Feigheit genommen werden. Es sei einmal Zeit, nachdem viele Jahre jetzt vergangen wären, zu beweisen, daß man zwar stillschweigen möge, darum aber nicht leichtsinnig zugebe. Die Gegner betrachteten eine solche Ruhe, die sie genössen, für Trophäen, deren sie sich rühmen könnten; und weil kein Andrer das Schwert, ergreife, so käme man jetzt in Menge zum Vorschein, blähte sich auf, eben weil man in Menge sey und negirte das philosophische Recht, das unbewaffnet und sorglos da liege. Es helfe ein Friede des philosophischen Rechts mit dem historischen nichts: denn das philosophische Bewußtseyn könne allerdings das historische Wissen begreifen, es in seiner Art würdigen und schätzen, und sey vielmehr vermöge seines Glaubensbekenntnisses zu dieser Würdigung und Schätzung verbunden, nie aber würde man die Historiker zu etwas Anderem bewegen können, als zu einer Toleranz, wenn sie gerade toleriren müßten, und da sie keine Achtung vor der Sache selbst hätten, so fänden sie sich jederzeit zu einem Aufheben der Duldung, zu einer wissenschaftlichen Revocation des Edicts von Nantes gemüßigt, sobald Gelegenheit und Freiheit sich zeige. Man wäre so weit gegangen, von mir selbst zu behaupten: ich schiene mich um

das Recht nicht mehr zu bekümmern, und hätte mich allein der Politik und Geschichte zugewandt. Wenn ich schweige nachdem ich selber jetzt in lite gesetzt worden sey, so gelte dieses für stillschweigende Hinnahme eines Vorwurfes, der nunmehr Glauben verdienen würde. Was die Sache betreffe, so sey der Uebelstand, daß man Gesagtes noch einmal sagen und den alten Streit wiederum aufgreifen müsse, lediglich etwas Formelles, dem man sich fügen könne. Es komme doch einzig und allein auf die Heiligkeit des Gegenstandes, auf den Werth des Rechtsbegriffes an: diesen zu vertreten sey Pflicht, ihn gegen Sophistereien in Schutz zu nehmen, absolut geboten: was würde aus den Lehren und Meinungen werden, wenn ihre eigenen Urheber sie im Stiche ließen, wie könne man Vertrauen zu jemanden fassen, der so leichtsinnig mit seinem geistigen Vermögen schalte!

Diese letzteren Gründe haben mich denn in der That überzeugt, weil ich gern und leicht dem Werthe der Sachen nachgebe, schwer aber von anderen Auffassungen persönlicher Verhältnisse ergriffen werde. Zu ihnen gesellte sich noch die Betrachtung des Umstandes, daß meine frühere Darstellung der Besitzeslehre, denn ich muß endlich doch sagen, daß von dieser die Rede ist, sich in der Nachabhandlung eines Conspectus über Pandektenvorlesuugen findet, daß sie wenig in die Hände Andrer, als gerade der Studirenden, gekommen ist, und daß manche daher gar nicht wissen mögen, welches meine Ansicht sey, und sie vielleicht, was freilich das Schlimmste wäre, jetzt erst aus der Widerlegung des Herrn von Savigny erfahren haben. Hat somit auch Altes für Viele den Reiz des

Neuen, so kann ich um so mehr meine Abneigung gegen abermaliges Besprechen aufgeben.

So sey denn für einen der wichtigsten Begriffe des Civilrechts das Schwerdt gezogen. Als Herr von Savigny nach sechzehn Jahren, von meinem ersten Angriffe an gerechnet, einige abfertigende Worte über meine Ansicht, immer wohl noch als Gunst, daß sie überhaupt gesagt wurden, ausgehen ließ, beachtete ich zuerst die Widerlegung kaum. Sie kam mir so dünn und wenig zutreffend vor, daß ich mich auch unter dem Schatten dieses Tadels recht behaglich hätte niederlassen können. Wenn auch auf die allereigenthümlichste Weise die Pfeiler und die alte Grundlage seiner Besitzeslehre unangetastet geblieben waren, so hatte sich doch Herr von Savigny von dem Boden des Besitzes als präsumtiven Eigenthums förmlich zurückgezogen, und in einer Note seinen Abmarsch freilich nicht woher er motivirt sey, gestanden*). Da die ganze Widerlegung übrigens rein objectiv gehalten war, so darf wohl um so weniger hier eine Entschuldigung stehen, daß ich nach einem Jahre erst antworte, als ich nicht minder die Verbindlichkeit übernehme, vollkommen in die Sache versenkt, mich jeder persönlichen Polemik zu enthalten.

Doch ist es vor allen Dingen nothwendig, hier die kritische Manier des Herrn von Savigny im Voraus zu bezeichnen. Wenn jemand glaubt in der Bekämpfung desselben mit einem regelmäßigen Feinde zu thun zu haben, der Schritt vor Schritt folgt, um logisch den Ausführungen

*) Das Recht des Besitzes sechste Ausgabe. S. 42. Note 1.

des Gegners seine Ausführungen entgegenzusetzen, so wird er sich sehr irren. Der Kampf geschieht zunächst auf einem Boden, dessen Thonart man eigentlich niemals kennen lernt. Es wird eine Annahme gemacht, freilich im Anfange hypothetisch, denn hier würde man nichts Anders zugeben. Mit der Länge der Entwickelung ändert sich aber die Natur der Hypothese, und einige Seiten später ist man ganz erstaunt, wenn man zusieht, wie schön die hypothetische Raupe zum thetischsten Schmetterling herausgeflogen ist. Was früher Vermuthung war, wird jetzt feste Substanz, wirksames Erklärungsmittel: man beruft sich darauf, wie auf einen alten längst bewährten Bekannten. Es hat also die Antikritik immer ein Geschäft mehr, die hereingeschmuggelten Hypothesen, die ganz anständig in Thesenkleidungen einhergehen, wieder herauszuwerfen, und nach ihren Einlaßkarten zu fragen. Wie mit der Promotion dieser Hypothesen zu festen Satzungen, geht es uns mit den Folgerungen, mit den „also's" „in der That." Man kann fragen und wir dürften oft zu fragen haben: mit welchem Recht steht dieses also hier? ja wir werden uns zu zeigen bemühen, daß solche Hülfsmittel eigentlich nur gebraucht worden sind, um gar nicht zu antworten. Eine andere Weise und Eigenthümlichkeit der Savigny'schen Kritik ist die Verwechselung des philosophischen Begriffes des Besitzes, und dessen, was man etwa aus dem römischen Recht dazu sagen könnte: sie spielt mit beiden wie mit zwei Wechselbälgen. Es ist zwar meine Ansicht, daß auch die Römer die Wahrheit der von mir aufgestellten Meinung nicht verkannt haben, aber doch immer in ihrer Weise, die zwar voll war von practischer Sagacität, aber

an philosophischer und innerlicher Zusammenfassung Mangel litt. Ein Römer weiß sehr gut aus dem Richtigen heraus etwas in alle Fäden der Einzelheit auszuspinnen, und es verläßt ihn sein trefflicher Tact dabei nicht, aber wenn er dieß instinctartig und sicher leitende Gefühl in den Centralpunkt des Gedankens zusammenziehen soll, so weicht die Kraft, und falls er definiren will, so sagt er qualis exempli gratia est*). Nichts desto weniger sucht Herr von Savigny den philosophischen Schanzwerken mit Mitteln, die aus dem römischen Rechte genommen sind, beizukommen. Ist vom Besitze, das heißt von der inwendigen Natur und vom speculativen Kerne desselben die Rede und er muß, wenn er ihn selbst erklären will, doch auf diesen Inhalt zurückkommen, so spricht er von Interdicten und Usucapionsbesitz, verlegt die ganze Lehre auf ein Terrain, auf welchem man mit philosophischen Waffen nicht mehr fechten kann: sobald von der reinen Doctrin gesprochen wird, und zwar abgesehen von aller positiven Gesetzgebung, untermischt er die Betrachtung mit Bezeichnungen, von denen der Andre gar nichts sagen konnte, weil er die Sache lediglich aus sich untersuchen wollte. Wir werden unten die Gelegenheit haben, diese Verfahrungsart schärfer heraus zustellen, und die Künste zu entlarven, die eine so gestaltete Kritik heranzieht. Man kann sie so bezeichnen: sie sucht das Gedankenwerk mit römischen Werkzeugen zu brechen, und wenn sie am Ende selbst eines Gedankens, um ihn vorne hinzustellen, bedarf, so ist es freilich auch einer danach, das heißt ein solcher, der völlig unab-

*) l. 25 D. de obl. et act.

hängig von seinen Vordersätzen und ganz zusammenhanglos mit seinen Folgerungen ist.

Daher will ich gradezu hier voranstellen, von welcher Natur und Art diese Abhandlung sey. Sie soll den Begriff des Besitzes zu finden suchen, und zwar nicht nach diesem oder jenem Rechte, sondern nach dem Rechte überhaupt: sie soll zeigen, daß was dagegen aufgebracht wurde die Sache die wir uns herauszustellen bemühen, überhaupt gar nicht trifft: daß diese Bestrebungen im Ganzen nur verzweiflungsvolle Mittel sind, ein fallendes Gebäude zu halten, in sich aber eben so spurlos versinken, als wenn sie niemals versucht worden wären. Es ist für den Besitz des Herrn von Savigny freilich ganz gleichgültig, welche Ansicht er von der Grundlage desselben hat: wir aber geben etwas darauf, und darum konnten wir die Erörterung nicht fallen lassen.

Nun zur Sache.

Die Ansicht des Herrn von Savigny, und meine Kritik dagegen.

Durch eine Reihe von sechs Ausgaben des Buches über den Besitz schleppt sich eine Begründung dieser Lehre, welcher man in Beziehung auf einzelnes Positive allerdings Widerspruch entgegensetzte, die man aber in ihren Fundamenten gar nicht zu prüfen für angemessen hielt. In meinen Grundrisse über römisches Civilrecht kam ich darauf, in der begleitenden Abhandlung aufzuweisen, daß das erste Wort dieses ganzen Systems ein falsches wäre, und daß somit die Abhandlung nur dafür gelten könne, auch ohne ihre Grundlage vortrefflich zu seyn.

Herr von Savigny geht, wahrscheinlich dadurch, daß das römische Recht von einem factum possessionis spricht, davon aus, daß der Besitz oder die Detention der natürliche Zustand sey, welcher dem Eigenthum als einem rechtlichen gegenüberstehe. Alles, was die Gesetze darüber zu bestimmen hätten löste sich also eigentlich in folgende Sätze auf: der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen: dasselbe Recht hat der, welchem der Eigenthümer den Besitz verstattet: jeder Andre hat dieses Recht nicht.

Trotz dem findet man aber nicht allein im Römischen

Rechte, sondern in jedem civilisirten Rechte überhaupt mit dem bloßen Besitz, er mag ein unmittelbar übertragener und gestatteter, oder ein unrechtlicher und willkührlicher seyn, Schutzmittel verbunden, die zuvörderst keine Rücksicht darauf nehmen, von welcher Natur er sey, sondern nur darauf sehen, ob er Besitz ist.

Der Besitz hat also Rechte und ist nicht bloß ein natürlicher Zustand, welcher nicht zugleich auch ein Rechtsverhältniß enthalten könnte. Man kommt also in einige Verlegenheit, indem man nun zu erklären hat, wie so denn nun der Besitz, welcher ein natürlicher Zustand ist, zu Rechten gelangen kann.

Hier muß sich Herr von Savigny eine Schwenkung geben. Wer bloß den Besitz der Sache hat, hat eigentlich noch gar kein Recht, und die Störung desselben ist keine Rechtsverletzung. Aber, wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll.

Wir wollen unten die vollkommen kranke Seite dieser Erklärung näher aufweisen. Herr von Savigny glaubt etwas gethan zu haben, wenn er bemerkt, wie der rechtlose Besitz, dadurch, daß man eine Gewalt gegen ihn (?) verübt, mit einemmale als ein berechtigter, und demzufolge geschützter herauskriecht. Aber das böse Gewissen, das jede falsche logische Operation verfolgt, bringt ihn nun wieder dahin, sich bemerklich zu machen, daß aus einem Begriffe, der kein Recht ist, doch unmöglich mit dem besten Unrechte von der entgegengesetzten Seite ein Rechts-

begriff erzeugt werden kann, und daß das, was von Hause aus Factum ist, nicht mit allen Künsten der Gewalt zu einem Rechte erhoben werden dürfte. Er lenkt also wieder von seiner ersten Schwenkung ein; er bemerkt daß Einige den Besitz an sich für ein präsumtives Eigenthum halten, er will zeigen, was an der ganzen Ansicht wahr ist, und vielleicht eine Vermittelung veranlassen. Das oben behauptete formelle Unrecht ist, sagt er, gar nicht so zu nehmen, als ob die possessorischen Interdicte aus der sonst bekannten juristischen Natur der Gewalt nothwendig folgten, und sich von selbst verständen. Vielmehr ist diese Folge der Gewalt ganz positiv. Fragt man aber nach dem Grunde, warum diese Art des Schutzes gegen Gewalt eingeführt ist, so kann man allerdings sagen, dieser Grund liege in einer Vermuthung, der Besitzer dürfte wohl auch Eigenthümer seyn. In so fern kann man also den Besitz einen Schatten des Eigenthums nennen.

Formuliren wir jetzt schärfer diese sonderbarste der Argumentationen. Der Besitz ist ein Factum, ein natürlicher Zustand und kein Recht. Aber trotz dem hat der Besitzer bloß weil er es ist, Rechte: er kann diese also nicht aus dem Besitze haben, welcher kein Recht ist; er muß sie vielmehr aus der Gewalt und dem Unrechte andrer gewinnen. Aber diese Gewalt ist nicht etwa der Grund der Rechte des Besitzes, sondern bloß positiv, das heißt ganz unerklärbar. Das Römische Recht sollte durch die Vernunft ausgelegt, das heißt erklärt werden. Nun aber zeigt es sich mit einemmale, daß die Erklärungsweise rein positiv, das heißt unerklärbar ist. Der Besitz beruht nicht auf einem Unrecht, sondern auf einem Schatten von Eigenthum.

Nachdem nun Herr von Savigny dazu gekommen ist, seine frühere Erklärung aufzugeben, denn aufgeben nennt man doch wohl die Wendung, daß ein wenige Seiten vorher bloß natürlicher Zustand mit einemmale ein Schatten von Eigenthum geworden ist, sieht er sich genöthigt, wegen dieses Abfalls von sich selber noch einmal eine Schwenkung zu machen. Es soll dieses nämlich, daß der Besitz ein Schatten von Eigenthum sey, lediglich die Begründung des Rechtsinstitutes im Allgemeinen bedeuten, durchaus aber nicht den Rechtsgrund irgend eines concreten Besitzes enthalten, welcher vielmehr in dem Schutze gegen die formelle Verletzung nach wie vor liegen solle. Bei dem concreten Besitz, das heißt bei meinem, bei dem bestimmten Besitz wird also ein andrer Erklärungsgrund angegeben, als bei dem allgemeinen: der allgemeine ist ein Schatten von Eigenthum, der concrete ist als Schutz gegen die formelle Verletzung zu fassen. Nun aber möchte ich fragen, wie ist ein allgemeiner Besitz ohne die concreten Besitze zu begreifen? wie kann der allgemeine Besitz, oder der Besitz im Allgemeinen ein Princip haben, das nicht auch die concreten Besitze theilten? Die concreten Besitze können in ihren Gründen und Titeln, nicht aber in ihrem Rechtsgrunde verschieden seyn, der überhaupt immer nur Rechtsgrund für den Besitz und nicht für die concreten Besitze ist. Zieht man nun vom Besitz im Allgemeinen die concreten Besitze ab, so bleibt eine Null, ein Schatten, der selbst nicht mehr dadurch erklärt zu werden braucht, daß er ein Schatten vom Eigenthum sey.

Aber diese ganze Beibringung und Vermittelung von präsumtivem Eigenthume oder vom Schatten von Eigen-

thum laborirt wieder ihrerseits an einer tödtlichen Krankheit. Denn der Dieb, von dem man niemals vermuthen wird, daß er Eigenthümer ist, namentlich, wenn man ihn kennt, besitzt, und zwar ist dies nicht bloß leichtsinnig vom Römischen Recht behauptet, sondern in der Natur der Sache begründet. Der Besitz muß also, namentlich weil auch der Dieb besitzt, alles was er hat in sich selber haben, nicht in der Meinung Andrer von ihm, die überhaupt nicht im Stande wäre, irgend ein Rechtsinstitut zu gründen. Der Ausdruck, Schatten vom Eigenthum, den Herr von Savigny auch gebraucht, wäre allerdings mehr eine Annäherung an das Richtige, wenn nicht der Schatten eine bloße Täuschung, und die Erscheinung eines außerhalb Seyenden wäre, nie aber den Anfang eines Eigenthums in sich selber vorstellen könnte. Man spricht zwar bisweilen von Schatten, als von einem Anfang, aber es müßte wenigstens beigebracht werden, daß es so gemeint sey.

Aber diese Polemik gegen den eben betrachteten Theil des Savignyschen Schwenkungssystems kann jetzt vollkommen wegfallen, nachdem der Autor in der sechsten Ausgabe seines Rechts des Besitzes S. 42. Note 1. sagt: „In der dritten, vierten und fünften Ausgabe hatte ich am Schluß des §. 2. diese Präsumtion angenommen, die ich jetzt aufgebe.“ Man muß nicht immer einen sich zurückziehenden Feind verfolgen. Wir finden uns jetzt auf einem reineren und einfacheren Boden. Der Besitz ist nunmehr nur eines, und nicht auch das andere: er wird ein Recht, und dabei wollen wir zum Behufe der Widerlegung mit Herrn von Savigny stehen bleiben, dadurch, daß der Verletzende eine

Gewalt verübt. Sonst wäre er nur ein Factum, oder natürlicher Zustand.

Meine Kritik gegen diese Begriffslehre des Besitzes geht ganz einfach von der allgemeinen Bemerkung aus, daß es im Gebiete des Rechtes überhaupt gar nichts Factisches gebe, das nicht zugleich in sich eine rechtliche Ader habe. Alle Rechtsbegriffe sind allerdings Facta: ich besitze, ich habe Eigenthum, ich heirathe, ich erbe. Dies sind Facta, aber in ihnen ist eine Beziehung, der man den Namen einer rechtlichen nicht absprechen kann. Daß diese verschiedenen Stadien und Stufen des Rechtsbegriffes in dem Verhältniß zu einander stehen, daß die höheren eine rechtlichere Densität gegen die unteren besitzen, giebt noch kein Recht von den unteren zu sagen: sie seyen Facta. Weil die Ehe zum Beispiel ein rechtliches Verhältniß ist, wird dagegen gehalten das Concubinat nicht ein bloßes Factum. Das Eigenthum ist geringer wie der Vertrag, der ein Eigenthum am Willen eines anderen ist; darum ist das Eigenthum kein bloßes Faktum. Der Besitz ist weniger, wie das Eigenthum; darum sinkt er noch nicht zu einem factischen Verhältniß herab. Factisch ist nur das zu nennen, wodurch gar kein Wille, das heißt gar kein rechtliches Geäder mehr zieht. So zum Beispiel ist die bloße und reine Detention ein Factum, weil der Detinirende gar keinen Willen hat die Sache für sich zu haben, weil er also in gar keiner rechtlichen Beziehung zu ihr steht. Trotz dem schützt das Preußische Landrecht selbst den Detinirenden, weil es in ihm das anerkennt, daß der Wille dessen, für den er detinirt, in ihm sey: so wenig also mag es sich davon überzeugen, daß überhaupt im Recht etwas bloß Fa-

ctisches wäre. Würden wir aber einmal einen Augenblick zugeben, der Besitz sei ursprünglich ein Factum, so dürfte die große Verwunderung entstehen, wie, ich sage nicht dieses Factum, sondern ein Factum überhaupt zum Rechte sich heraufschwingen kann. Hat es in sich die Kraft und Natur ein Recht zu werden, so hat es auch von alten Zeiten her und immerfort diese rechtliche Bedeutung in sich gehabt; Herr von Savigny wäre ohne alle Bezweiflung der größte Rechtskünstler überhaupt, wenn er diese Beseligung des Facti zu einem Rechte eintreten lassen könnte.

Aber folgen wir jetzt diesem Verpuppungsproceß des Facti zu einem Rechte. Höchstens wäre dies doch so zu verstehen, daß das Factum, hier der Besitz in sich selber, die Kraft empfände, sich zu einem Rechte zu entwickeln. Aber das geht nicht, denn sonst müßte Herr von Savigny zugeben, daß es schon Rechtsmomente in sich selber habe. Die Verwandlung muß also von außen kommen, und das Factum des Besitzes bei seiner Metamorphose ganz still zusehen. Das thut es denn auch, es rückt und rührt sich nicht. Die Störung des Besitzes soll eigentlich keine Rechtsverletzung seyn, wenn aber diese Störung gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störnng eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll. Dagegen muß bemerkt werden, und es wird niemals davon abgelassen werden können, daß eine gewaltsame Rechtsverletzung nur eine formell erhöhte simple Rechtsverletzung ist, daß Gewalt nur Unrecht ist, und wo kein Unrecht ist, auch keine Gewalt seyn kann. Herr von Savigny muß

sich also bei der gewaltsamen Verletzung nicht die des Besitzes, denn hier hat er eben zugegeben, daß dieser nicht verletzt wird, sondern die der Person denken, eine die Besitzverletzung concomitirende Injurie, die wesentlich real seyn würde. Daß diese Injurien nun gerächt werden müssen, versteht sich von selbst; wie aber, wenn sie sich gar nicht vorfanden? wie aber, wenn einem abwesenden Besitzer eine Sache genommen und occupirt wurde, wo ist hier die Injurie, wo die gewaltsame Verletzung eines Rechts neben dem Besitz? Oder würde Herr von Savigny etwa behaupten wollen, jede Verletzung eines Rechts sey im weiten Sinn des Römischen Rechts Injurie, so würde ich dagegen eben zu sagen haben, dann sey das Recht des Besitzes ja vorausgesetzt, was hier eben geläugnet wird.

Also, wenn die Rechtsverletzung dem Besitze nicht aufhelfen kann, so kommt man mit der gewaltsamen Rechtsverletzung nicht weiter, und wenn die Störung des Besitzes, der kein Recht ist, nichts bedeutet, so kommt die Auxiliararmee der Injurien auch zu spät, weil Störungen des Besitzes eben ohne alle Injurie vor sich gehen können, und dann nicht minder einen Schutz empfangen.

Schon früher ist von mir die Grundfalschheit dieser Ansicht aber darin gesucht worden, daß es unmöglich ist auf dem Wege eines Unrechts, selbst wenn die Gewalt, in diesem Felde Gewalt oder Unrecht wäre, zu einem Rechte zu gelangen. Der Besitzer wäre der erste, der eine Veranlassung hätte, seinen Störer dafür zu preisen, daß er aus einem Nichtberechtigten zu einem Rechtsurheber promovirt würde, dann ist aber kein Grund vorhanden, warum er den Störer zurückweisen sollte, der ihm so nützlich

ist. Wenn wir auch davon absehen wollten, daß niemals ein Unrecht ohne die Voraussetzung des Rechts, das es eben aufhebt, besteht, so kann doch niemals die Metamorphose von der Stärke seyn, daß es, statt ein Recht aufzuheben, eines begründet.

Ganz mit dieser Frage nach der Grundlage des Besitzes ist die andre nothwendig verbunden, welche Stelle der Besitz im Systeme einnehme? Herr von Savigny behauptet: „In so fern der Besitz die Usucapion möglich macht, läßt sich diese Frage gar nicht denken. Niemand fällt es ein zu fragen, zu welcher Art von Rechten die justa causa gehöre ohne welche die Tradition kein Eigenthum übertragen kann. Sie ist gar kein Recht, aber sie ist ein Theil der ganzen Handlung, wodurch Eigenthum erworben wird. So auch der Besitz in Beziehung auf Usucapion.“ Hier müssen wir leider Herrn von Savigny gradezu entgegentreten. Die Usucapion ist der Weg und die Art und Weise, wie der Besitz sich zum Eigenthum erhebt; sie bildet die Zusammenhangskette zwischen Besitz und Eigenthum. Den Besitz nicht an diesem Zusammenhange ergreifen, also nicht an dem, was eigentlich sein weiterer Fortgang in einer anderen Lehre ist, heißt freilich das aufgeben, wodurch er erkennbar und faßbar wäre. Classificirt man ihn nicht nach seiner Usucapionsbedeutung, so hat man allerdings den Vortheil, dieselbe los zu seyn, man wird weniger darauf gestoßen, das Reale und Objective im Besitze anzuerkennen, und braucht sich bloß mit den Klagen zu beschäftigen, welche den Besitz schützen. Aber darum kann doch die Hauptbedeutung des Besitzes, welche die ist, aus sich heraus Eigenthum zu werden, nicht

übersehen werden. Mit der justa causa bei der Tradition kann aber die Usucapion beim Besitze gar nicht verglichen werden, denn die justa causa ist ein Grund, aus dem die Tradition hervorsteigt, die Usucapion aber eine Wirkung, welche der Besitz hat.

Herr von Savigny beschäftigt sich aber bei der Classification des Besitzes lediglich mit den Interdicten, und weil diese ins Obligationenrecht, und namentlich in die obligationes ex maleficiis gehören, so kommt der Besitz, dieses anfänglichste und unschuldigste Recht dazu, durch die zufällige Stellung seiner schützenden Klagen ein Delict zu seyn, oder doch durch ein verhängnißvolles Unglück zu den Delicten geschleudert zu werden. Da wir hier nicht damit beschäftigt sind, uns mit Römischrechtlicher Kritik dieser Stellung abzugeben, so dürfen wir bloß dagegen anführen, daß das System eines Rechts überhaupt eine vernünftige Auffassung voraussetzt: wenn ich sage, ich will diese oder jene Sache systematisiren, so heißt dies, ich will diese oder jene Sache nach ihrer Vernunft aufstellen. Die neueren Systeme des Römischen Rechts sollen nicht Anordnungen seyn, die das Römische Recht selbst hat, sondern sie sollen das Römische Recht nach unsrer Vernunft classificiren. Nun aber bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß der Zusammenhang, in welchen der Besitz mit den Delicten gesetzt ist, im Resultate so komisch ist, daß man seiner Wirkung entgegentritt, wenn man ihn analysirt und widerlegt. Ein so vortrefflicher Witz muß nicht explicirt werden.

Meine Ansicht.

Ich will hier, weil ich unten genöthigt seyn werde, diese meine Meinung weitläuftiger zu rechtfertigen, als es früher geschehen ist, das, was ich Positives über den Besitz gesagt habe, vorläufig mit denselben Worten anführen: „Der Rechtsgrund des Besitzes liegt eben so wenig in einer Präsumtion über ihn, als in den Umwegen der unrechtlichen Gewalt: vielmehr liegt und kann er einzig und allein in sich selber liegen, das heißt in der Stellung der Person zur Sache. Alles Eigenthumsrecht liegt darin, daß sich die Person ausschließlich in der Realität Recht giebt. Nun kann der Wille der Person, mit dem sie die Sache hat, bloß ihr besonderer oder auch allgemein anerkannter Wille seyn: sie kann die Sache haben, weil sie die Sache haben will, oder sie kann sie mit allgemeiner Anerkennung haben wollen. Findet dieses Geben bloß nach der Seite des besonderen Willens statt, so ist dieses ein bloß anfangendes unmittelbares Eigenthum oder Besitz, ist dagegen die Allgemeinheit, das heißt die Berechtigung dieses Besitzes vorhanden, so wird es wirkliches Eigenthum. Daß aber schon der besondere, wenn auch noch so unrechtliche Wille geschützt wird, liegt darin, daß der Wille schon an sich ein Substantielles zu Schützendes ist, und daß dieser besondere Wille nur dem höheren Allgemeinen zu weichen hat. Der Rechtsgrund des Besitzes liegt also weder in der Gewalt, die ihm angethan wird, noch in der Präsumtion, die man von ihm hat, sondern darin, daß schon der besondere Wille der Person, wo er

sich in den Sachen äußert, ein Recht ist, und als solches behandelt werden werden muß."

Herr von Savigny, in der sechsten Auflage des Rechts des Besitzes.

Herr von Savigny hat es nunmehr in der sechsten Auflage seines Buches übernommen, sein vorhin angerütteltes System mit einigen Hülfspfeilern zu unterstützen, dann aber seine Bedenken gegen meine Erklärungsweise aufzustellen. Wir wollen erst von den neuen Subsidien, die er sich heranführt, später aber von seiner Kritik handeln.

„Der Grund des Schutzes des Besitzes," sagt er, „und dieser einem Rechte ähnlichen Behandlung soll angegeben werden" das ist die Aufgabe. „Dieser Grund nun liegt in der Verbindung jenes factischen Zustandes mit der besitzenden Person, durch deren Unverletzlichkeit er gegen diejenigen Arten der Verletzung mit gedeckt wird, durch welche stets zugleich die Person berührt werden würde." Er meint, wenn die Person lediglich und allein die Gewalt betrifft, so würde sie durch Injurienklagen geschützt: bei dem Eigenthum ist die Gewalt nicht nöthig, weil jede Verletzung hier schon Schutz findet. „In der Mitte zwischen diesen äußersten Fällen liegt der Fall, da die der Person zugefügte Gewalt zugleich einen Besitz stört oder entzieht. Ein selbstständiges Recht ist in diesem Fall nicht neben der Person verletzt, aber in dem Zustand der Person ist doch etwas verändert zu ihrem Nachtheil

und soll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liegt in seinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, so kann dieses nur geschehen durch die Herstellung oder Beschützung jenes factischen Zustandes, worauf sich die Gewalt erstreckt hat. Dieses ist der wahre Grund der possessorischen Klagen, und eine genauere Betrachtung der Natur jenes Zustandes wird dieses noch anschaulicher machen."

Wir müssen hier dieser absichtlich verschleierten Darstellung auf dem Fuße folgen und sie keinen Schritt Erde betreten lassen, ohne sie nach ihrer Berechtigung zu befragen. „Der Grund, warum der Besitz geschützt wird, soll in der Verbindung des factischen Zustandes mit der besitzenden Person liegen, durch deren Unverletzlichkeit er gegen diejenigen Arten der Verletzung mit gedeckt wird, durch welche stets zugleich die Person mit berührt werden würde." Die Verbindung eines factischen Zustandes mit einer Person, wird, wenn dieser factische Zustand vom Willen derselben durchdrungen ist, allerdings das heißen, was wir gewöhnlich Recht nennen. Daß aber eine Person durch ihre eigene Unverletzlichkeit auch dagegen geschützt werden soll, worauf sie eigentlich gar kein Recht hat, daß ihr also ihre Unverletzlichkeit den Schild eines Rechts gewähren soll, das sie in der That nicht besitzt, ist eine solche Phantasmagorie, mit der man allerdings die Einschmuggelung der hier durchzubringenden Sätze versuchen kann, die aber bei herangebrachten Lichtern keinen Augenblick stichhaltig ist. Man wird hier fragen müssen:

a) Denkt sich Herr von Savigny die Person neben dem Angriff auf den Besitz verletzt? Hierauf ist schon

oben geantwortet worden. Die begleitenden Injurien sollen sicherlich von uns nicht geringer als von ihm bestraft werden. Aber wie wirken diese auf den Besitz zurück? Es wäre sicherlich das erstemal, daß Realinjurien, es müßten denn in der That doch Realinjurien seyn, nicht bloß eine negative Kraft, sondern die positive besäßen, ein Recht zu geben statt eines zu nehmen.

b) Oder denkt sich, wie es scheint, Herr von Savigny, daß dieses Wegnehmen des Besitzes selbst die Injurie sei? Wir wollen ihm leihen, was er nicht einmal so scharf ausdrückt. Denkt er sich, daß dieses eine Verletzung der Person sey, ihr ein Recht nehmen, was sie nicht hat? Es scheint dieses fast aus den Worten hervorzugehen: „durch welche stets zugleich die Person berührt werden würde.“ Die Entreißung des Besitzes würde die Person, wenn sie sie auch nicht verletzte, doch zugleich mit berühren. Wie fein unterschieden! Doch der Unterschied hält nicht vor; was mich nicht verletzt, berührt mich auch nicht, oder um mit Herrn von Savigny zu reden, meine Unverletzlichkeit deckt mich nicht mit gegen die Verletzungen, durch die ich mit berührt werde, weil es eben keine Verletzungen sind. Herr von Savigny schiebt hier mit geschickter Fechterkunst das Wort Verletzungen ein. Es gehört dieses zu der oben von mir im Allgemeinen bezeichneten Weise des Herrn von Savigny, Hypothetisches oder erst zu Beweisendes durch die leise Setznng eines Wortes als Bewiesenes zu introduciren. Wer mir einen Besitz nimmt, auf den ich kein Recht habe, verletzt mich nicht, berührt mich nicht, und ich kann überhaupt gar nicht davon sprechen, daß ich verletzt

oder berührt werde. Herr von Savigny sagt: „die Person nämlich soll sicher seyn gegen jede Gewalt, geschieht ihr Gewalt, so ist dies immer ein Unrecht.“ Allerdings, aber es ist keine Gewalt vorhanden, wenn einer Person etwas genommen wird, worauf sie kein Recht hat. Mit dieser seiner Gewalt möchte Herr von Savigny die Leute erschrecken: wer wird Gewalt dulden, sagt er, und ist es keine, wenn man jemanden seinen Besitz entreißt? Nein, werde ich hierauf ganz kühn der verkleideten Gewalt antworten. Sie sind keine, obgleich Sie Herr von Savigny so nennt: nehmen Sie mir nur gradezu meinen Besitz weg, worauf ich kein Recht habe: man kann nur gegen einen Rechthabenden Gewalt üben.

Herr von Savigny mußte nothwendig darauf geleitet werden, daß nach seiner Auffassungsweise der Detinirende eigentlich eben so gut Schutz oder Interdicte haben muß, wie der Besitzende, denn der Detinirende hat den Vortheil, von Hause aus noch factischer zu seyn als der Besitzer. Wenn man ihm aber die Detention nimmt, so thut man ihm dieselbige Gewalt an, wie dem Besitzer, der ja auch kein Recht auf den Besitz hat. Allerdings macht sich auch*) Herr von Savigny diesen Einwurf, sucht ihn aber zu gleicher Zeit zu entkräften und zu widerlegen, nicht aus der Natur der Sache heraus, aus welcher er nicht zu widerlegen wäre, sondern aus äußerlichen Gründen, daß diese Interdicte dem Detinirenden nichts nützen könnten, weil, wenn er in Uebereinstimmung mit dem Besitzer wäre, ihn die des Besitzers schützten, wenn er sie aber wider den

*) sechste Ausgabe S. 94.

Willen desselben gebrauchen wollte, er in das obligatorische Verhältniß eingreifen würde, dem er seine Detention verdankt. Hierauf kommt es aber nicht im Geringsten an: es kommt lediglich darauf an, ob nicht aus der Natur der Detention mit vollem Rechte derselbige Schutz gegen die Gewalt in Anspruch genommen werden kann, wie aus dem Besitz. Nach dem System des Herrn von Savigny ist dies unbestreitbar, nach dem meinigen, wie nach dem des Römischen Rechts, welches dasselbige ist, auf keine Weise der Fall.

Wir wollen also der ganzen Auxiliararmee folgen, durch welche Herr von Savigny sein angegriffenes System hat aufrichten wollen. Er sagt: „In der Mitte zwischen diesen äußersten Fällen" (nämlich dem Fall, wo die Person gewaltsam verletzt ist, oder die Verletzung nur das Eigenthum betraf) „liegt der Fall, da die der Person zugefügte Gewalt zugleich einen Besitz stört oder entzieht. Ein selbstständiges Recht ist in diesem Fall nicht neben der Person verletzt, aber in dem Zustand der Person ist doch etwas verändert zu ihrem Nachtheil, und soll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liegt, in seinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, so kann dieses nur geschehen durch die Herstellung oder Beschützung jenes factischen Zustandes, worauf sich die Gewalt erstreckt hat." Zuerst wird wiederholt zugegeben, daß durch Entziehung des Besitzes kein selbstständiges Recht neben der Person verletzt sey: aber in dem Zustand der Person ist doch etwas verändert zu ihrem Nachtheil. Was kann aber das Recht dafür, wenn etwas in dem Zustand der Person verändert ist zu ihrem Nachtheil? Ist es

ein rechtlicher Zustand, welcher verändert ist, so ist auch das Recht verletzt, und das Recht muß wieder helfen; ist es ein anderer Zustand so rufe man den Arzt, oder irgend sonst einen Ausbesserer: aber man führe uns nicht neben dem Rechte und statt des Rechts einen veränderten Zustand ein, damit derselbe die Ehre haben solle, sich einige Minuten nachher auf den Sitz des Rechts zu begeben, und von nun als Pseudorecht die Befugniß ausübe, alles dasjenige zu verlangen, was dem verletzten Rechte allein zukommen kann. Wie kommt ein Zustand dazu, statt des Rechts zu fungiren? Diese Art zu verfahren, diese leise Einbürgerung von Begriffen, die man, weil sie sich in glatter Sprache, gleichsam auf den Zehen heranschleichen, gar nicht merkt, und die nachher, einmal aufgenommen, wie Berechtigte sprechen, wurde oben im Allgemeinen bezeichnet, und ich will jedesmal darauf aufmerksam machen, wenn sie sich wieder finden. Daß dieser veränderte Zustand sogleich als Surrogat des Rechts auftritt, zeigt sofort der Nachsatz, worin es heißt: „und soll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liegt, in seinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, so kann dieses nur geschehen durch die Herstellung oder Beschützung jenes factischen Zustandes, worauf sich die Gewalt erstreckt hat.“ Der veränderte Zustand, der kein verletztes Recht im Vordersatz seyn sollte, wächst im Nachsatze sogleich zu einem Unrecht gegen die Person an, welches durch die Herstellung dieses factischen Zustandes wieder gut gemacht werden soll. Wir müssen eigentlich den Leser wiederholt um Entschuldigung bitten, daß wir uns in die Nothwendigkeit versetzt sehen, Ausdrücken nachzugehen, um zu zei-

gen, wie wenig Begriffshaltung eigentlich in ihnen ist; aber es ist der einzige Weg, auf dem es gelingt, das Unbedeutende der Gründe des Gegners, selbst in ihrer neuen Gestalt, zu erweisen. Nach einer anderen Wendung befleißigt sich Herr von Savigny, seine Ansicht vom Besitz zu redintegriren. Er sagt*): „Alle diese Vortheile" (es wird nämlich vorher von den Vortheilen des Besitzes gesprochen) „sind es, deren Gesammtheit als Interesse der verübten Gewalt in Betracht kommt, und wodurch der Besitz selbst fähig wird, ähnliche Wirkungen, wie ein Recht hervorzubringen, obgleich er in Wahrheit kein Recht ist. Die Einwendung also, daß hier erst das Unrecht ein Recht erzeugen solle, ist ohne Grund, da der Besitz nicht selbst als Recht, sondern nur als Interesse der Verletzung eines anderen von jeher vorhandenen Rechts in Betracht kommt." Die Gesammtheit der Vortheile oder Rechte, welche der Besitz hat, soll also nicht ein Recht seyn, sondern ein Interesse der verübten Gewalt, und doch soll es nicht das Unrecht, die Gewalt seyn, welches dieses Recht, oder wie es hier genannt wird, das Interesse hervorruft. Heißt das nicht mit Worten beliebigerweise spielen? Wie oben statt verletzen, berühren gesetzt wurde, so hier, statt Recht, Interesse der verübten Gewalt. Aber wer weiß nicht, daß im Rechte jedes Interesse ein Rechtsinteresse ist, und daß man auf andere Interessen keine Rücksicht nimmt. Oben wurde behauptet: ein Recht sey in der Person nicht verletzt, wenn man den Besitz wegnähme, aber ihr Zustand sey offenbar verändert; hier

*) S. 43. 44. der sechsten Ausgabe.

wird festgestellt: die Person habe allerdings kein Recht, aber ihr stehe das Interesse der verübten Gewalt zur Seite. Ist nun in der That die ganze Discussion in dieser sechsten Ausgabe um ein Haarbreit dadurch fortgeschritten, daß die Bastionen der Berührung, des veränderten Zustandes, und des Interesses der verübten Gewalt errichtet wurden, und namentlich gegen uns, die wir keine Berührung gelten lassen, wenn nicht eine Rechtsberührung, keinen veränderten Zustand, wenn nicht einen veränderten Rechtszustand, und Interessen der verübten Gewalt überhaupt nicht anerkennen, weil erstens keine Gewalt vorhanden ist, wo kein Recht vorhergeht, und zweitens eine solche verübte Gewalt wohl Interessen verletzen, aber niemals Interessen erzeugen kann?

Es thut mir wirklich Leid, ich sage es abermals, daß ich genöthigt bin, den Krieg auf einen so eigenen Terrain zu führen. Indessen komme ich jetzt zu den Kritiken und Angriffen, die Herr von Savigny gegen mich selbst leitet, und ich muß mich anschicken, aus der Offensive in die Defensive überzugehen.

Ich hatte gesagt: „Findet das Haben bloß nach der Seite des besonderen Willens statt, so ist dies ein bloß anfangendes, unmittelbares Eigenthum, oder Besitz; ist dagegen die Allgemeinheit, das heißt die Berechtigung dieses Besitzes vorhanden, so wird es wirkliches Eigenthum. Daß aber auch schon der besondere, wenn auch noch so unrechtliche Wille geschützt wird, liegt darin, daß der Wille schon an sich ein Substantielles zu Schützendes ist, und daß dieser besondere Wille nur dem höheren Allgemeinen zu weichen hat.“

Dagegen bemerkt Herr von Savigny: „Allein der besondere Wille, der ein unrechtlicher seyn kann, ist ja gar nichts Anderes, als das bloße Factum; der allgemeine ist das Recht: also ist hier nur das Verhältniß des Besitzes zum Eigenthum, wie Factum zum Recht mit andern Worten wiederholt; darin liegt aber keine Antwort auf die Frage, wie das (vielleicht ganz unrechtliche) Factum zu einem Rechtsschutz komme."

Also, wenn ich behaupte, der Besitz sey ein Recht, Eigenthum nach der Seite des besonderen Willens, so ist Ihnen dies „ja gar nichts als das bloße Factum" und das Verhältniß des Besitzes zum Eigenthum wie Factum zum Recht mit andern Worten wiederholt. Hätte ich wissen können, daß Ihnen Factum und Recht so sehr eins sind, daß, wenn ich Recht sage, um es eben von Ihrem Factum zu unterscheiden, ich Gefahr laufe, von Ihnen ausgesprochen zu finden, daß mein Recht ihr Factum wäre, so hätte ich mich allerdings dieser ganzen Discussion enthalten können. Oder glauben Sie vielleicht, weil Ihr Factum das ist, was ich Recht nenne, so müsse auch retorsionsweise mein Recht zu Ihrem Factum werden? Sie suchen Ihrem Angriffe auf mich dadurch eine Begründung zu geben, daß ich gesagt habe, der besondere auch noch so unrechtliche Wille werde geschützt, und Sie nun behaupten, dieser besondere unrechtliche Wille sey ja eben kein rechtlicher, also ein Factum. Aber wenn ich von dem besonderen noch so unrechtlichen Willen spreche, so meine ich nicht daß er an sich, seiner Natur nach unrechtlich sey, denn dies ist ja eben das Unterscheidende meiner Darstellung,

daß ich aufstelle, er sey ein Recht, sondern daß er, gegen die berechtigteren, höheren und dichteren Willen gehalten, unrechtlich wäre. Diese Meinung ist aus demselben Satze zu ersehen, in welchem ich mich am Ende so auslasse: „und daß dieser besondere Willen nur dem höheren Allgemeinen zu weichen hat.“ Sie verfahren also auf die Weise, daß Sie mich bei irgend einem Ausdrucke greifen, hier bei dem, daß der besondere Wille unrechtlich sey, daß Sie mich daraus für convictus et confessus erklären, und mir nun zutrauen, ich hätte dadurch auch nichts weiter sagen wollen, als daß das Besitzesrecht ein Factum wäre. Aber wie der Besitz gegen das Eigenthum genommen unrechtlich ist, so ist es das Eigenthum gegen den Vertrag, der Vertrag gegen die Familie, die Familie gegen den Staat, der Staat gegen die Geschichte.

Sie sagen ferner: „Daß der Wille an sich (auch der unrechtliche) ein zu Schützender sey, wird gesagt, aber nicht gerechtfertigt, denn nach der allgemeinen Natur des Rechtsstreits, soll nur der dem Rechte entsprechende Wille geschützt, der unrechtliche aber bekämpft werden. Allerdings, weil nach der allgemeinen Natur des Rechtsstreites nur der dem Rechte entsprechende Wille geschützt wird, dürfte ich schon annehmen, der Besitz entspreche dem Recht, denn er wird ja geschützt, und könnte mir die Rechtfertigung ersparen. Ohnehin dürfte dieselbe speculativ ausfallen, denn es müßte doch wenigstens von der Natur des Willens gesprochen werden, und wenn ich mich dabei dem Hegelschen Ausspruche „die wahrhafte Widerlegung muß in die Kraft des Gegners eingehen, und sich in den Umkreis seiner

Stärke stellen: ihn außerhalb seiner selbst angreifen und da Recht behalten, wo er nicht ist, fördert die Sache nicht*), conformiren wollte, so wäre dieselbige vollends unmöglich. Doch da Sie mich selbst zum Gegentheil auffordern, mich also ermächtigen, anders zu handeln, so werde ich unten von dieser Erlaubniß Gebrauch machen, und meine Erläuterungsprosecutionsschrift beibringen.

Ferner wird gegen mich angeführt: „Die eigentliche Erklärung also kann lediglich in dem anfangenden Eigenthum liegen sollen, und diese Erklärung wäre befriedigend, wenn die Interdicte dazu bestimmt wären, den Usucapionsbesitz, der allein anfangendes Eigenthum heißen kann, zu schützen. Dazu aber ist bekanntlich die publicana actio bestimmt; die Interdicte dagegen schützen auch den Besitz ohne Titel, auch den unredlichen, der gewiß nicht anfangendes Eigenthum ist. In der That also ist hier gar nichts erklärt.

Herr von Savigny sucht meine Erklärung, daß der Besitz Eigenthum nach der Seite meines besonderen Willens sey, davon zu trennen, daß ich sage, er sey anfangendes Eigenthum. Nun aber setze ich beides nicht disjunctiv, sondern zusammen, ich sage: „Findet dieses Haben bloß nach der Seite des besonderen Willens statt, so ist dieses ein bloßes anfangendes Eigenthum oder Besitz" ich sage also das Haben nach der Seite meines besonderen Willens ist anfangendes Eigenthum, wogegen Herr

*) Werke. V. 11.

von Savigny mir den einen Flügel, den besonderen Willen, wegzuschlagen sucht, und nun glaubt, mit dem anfangenden Eigenthum allein fertig zu werden. Es wäre diese Erklärung befriedigend, sagt er, und ich würde mich sicherlich ungemein bedanken, wenn es bei dieser Entscheidung bliebe. Aber die Interdicte schützen ja nicht den Usucapionsbesitz, der vielmehr durch die publicana actio vertheidigt wird, sie schützen ja leider auch den unredlichen Besitz, der gewiß nicht anfangendes Eigenthum ist. Und so käme ich denn absurderweise dazu, ein anfangendes Eigenthum zu finden, wo kein anfangendes Eigenthum ist. Nun aber war von Hause aus die Frage die, ob der Besitz, oder, wie Herr von Savigny ihn nennt, der Interdictenbesitz ein Recht, oder ein Factum sey; ich sagte, er sey ein Recht, und erklärte dieses Recht so, daß ich meinte, es wäre anfangendes Eigenthum. Nun wird mir meine Erklärung zurückgeworfen, indem insinuirt wird, anfangendes Eigenthum sey ja höchstens der Usucapionsbesitz, und der unredliche Besitz könne doch nicht anfangendes Eigenthum genannt werden. Aber was ist das für eine Widerlegung, die bloß eine petitio principii enthält, die mich, während ich sage, der unredliche Besitz sey anfangendes Eigenthum, höflichst versichert, ich könne doch nicht den unredlichen Besitz für anfangendes Eigenthum halten, und während sie früher meine Erklärung befriedigend fand, sie später nicht haltbar findet, bloß weil es meine Erklärung ist. Ich sagte ja ganz einfach: Daß aber schon der besondere wenn auch noch so unrechtliche Wille geschützt wird, liegt darin, daß der Wille schon an sich ein Substantielles zu Schützendes ist, und daß dieser besondere Wille nur dem höhe-

ren Allgemeinen zu weichen hat" In dieser kategorischen Erklärung lag doch kein subterfugium, als wenn ich etwa unter anfangendem Eigenthum den Usucapionsbesitz verstände, den Sie auch also fassen würden, und dabei wünschte, man möchte glauben, daß ich den Interdictenbesitz meinte, damit mir dann durch Aufdeckung dieser Falschheit die Absurdität meiner Ansicht hingestellt würde. Nein, selbst auf die Gefahr, von Ihnen für unmoralisch gehalten zu werden, meine ich, daß der unredliche Interdictenbesitz anfangendes Eigenthum ist.

„In der That also ist hier gar nichts erklärt." Wie kommen Sie zu: „in der That," und zu: „also?" Ist in der That die Vorbereitung auf also, oder also die Verstärkung von in der That?.

Ich will hier jetzt nach der Kritik der Savignyschen Kritik das scharfgezeichnete Resumé der beiden schroff einander gegenüberstehenden Meinungen geben.

Herr von Savigny hat die Ansicht, der Besitz sey kein Recht, sondern ein bloßes Factum, das eigentlich nicht geschützt werden müßte, sondern nur dadurch zu einem Schutze gelangt, daß eine gewaltsame Störung statt findet, welche an und für sich auch ohne Object ein Unrecht ist. Dadurch kommt die Person dazu, wenn auch nicht verletzt, dennoch berührt zu werden, wenn auch nicht über die Entreißung eines selbstständigen Rechts klagen zu können, doch eine Veränderung in dem Zustande zu ihrem Nachtheile zu fühlen, und Vortheile zu haben, die zwar keine Rechte sind, aber doch Interessen der verübten Gewalt.

Dagegen meine ich der unredlichste, der unrechtlichste

Besitz sey ein entschiedenes Recht, und es komme bei diesem Rechtsmomente gar nicht darauf an, ob es gegen höhere und weitere Rechte gehalten, verschwinde; ob man daher in dieser Beziehung von ihm sagen könne, es sey ein unrechtliches oder ein rechtliches Recht, denn die Bedeutung des Rechts ist immer nur im Zustande des Verhältnisses, nie aber absolut zu fassen. Wie schon gesagt worden ist, was auf dem Standpunkte des Eigenthums Recht ist, verliert diese Eigenschaft auf dem des Vertrages; so schwindet der Vertrag innerhalb der Familie; anders steht es auch nicht mit dem Besitz, gegen das Eigenthum gehalten: er ist nächst der Person, welche das Embryonische, das heißt die Möglichkeit aller Rechte ausdrückt, die erste dieser Person zunächst seyende Rechtsgestalt.

Die übrigen Rechtslehrer seit 1827.

Wir wollen jetzt, nachdem wir die Hauptperson in der Lehre des Besitzes betrachtet haben, zu den andern Nebenschriftstellern und zum Theil Mithistorikern übergehen.

Zuerst Puchta. Wenn hier unsere Polemik mehr den Character eines Angriffs mit dem Bajonette erhält, so wird man die veränderte Weise des Kampfes auf Rechnung der Retorsion zu stellen haben, die das literarische Völkerrecht stets für erlaubt hielt. Auch ist zwischen dem Haupte der historischen Schule und einigen Nachzüglern derselben wesentlich zu unterscheiden. Wir haben nie dem ersteren bedeutendes Verdienst würdige Haltung, edle Gesinnung, und ehrenwerthe Persönlichkeit im Geringsten absprechen mögen,

und unser Krieg bezieht sich nur auf die Sachen. Wenn dagegen bei den letzteren einige Persönlichkeit sich einschleichen muß, so mögen die sie verantworten, welche das erste Beispiel gegeben haben.

Herr Puchta begann damit, in einer Anzeige der ersten beiden Bände meines Erbrechts zu sagen, daß er zwar von dem Gegenstande nichts verstehe, daß er aber nach anderer Recensenten Art sich nicht abhalten lassen wolle, davon zu sprechen; wir können ihm die Consequenz nicht abstreiten, mit welcher er auch bei andern ähnlichen Arbeiten auf demselben Grundsatze beharrte. Sie haben sich, Herr Puchta *), denn nun müssen wir uns zu einander wenden, nunmehr wiederum theils in einer Kritik theils in einer eigenen Schöpfung als der Mann, welcher Sie sind, aufgewiesen, und wir wollen Ihnen, wenn wir auch nach neun Jahren erst Zeit dazu finden, Rede stehen. Sie bemerken zuerst gegen mich, daß meine Polemik gegen Savigny's Ansichten sehr zahm und sehr schwach sey, setzen aber auch glücklicherweise für mich hinzu, daß diese Verbindung bei mir selten eintrete. Nun Sie sollen diesesmal entschieden Recht behalten. Wenn Sie sich auch über Schwäche der Deduction nach wie vor beklagen mögen, so sollen Sie, was Sie betrifft, doch keine Veranlassung haben, die Zahmheit zu bedauern. Meiner langen Rede kurzer Sinn, wie Sie sich ausdrücken, und diesen Ausdruck gebrauchen Sie sicherlich nur, um zu zeigen, daß es Ihnen an Erinnerungen classischer Stellen nicht gebricht, die Sie als Ornamente beliebig verwenden können, sey

*) Rheinisches Museum. Dritter Band 1829. S. 294 u. fgd.

der, der Besitz wäre anfangendes Eigenthum. Sie verstehen es wirklich sehr prägnant nachzusprechen, was ich vorher gesagt habe. Aber Ihre Dialectik weiß weit besser über meinen einfachen Satz hinauszugehen. Sie meinen nämlich: „Vorausgesetzt, daß dadurch für die Stellung des Besitzes im System etwas gesagt seyn soll, kann dies nur darin bestehen: der Besitz ist nichts. Denn Eigenthum ist er nicht, weil er nur anfangendes seyn soll, was er etwa sonst noch seyn könnte, wird nicht gesagt. Wenn nun der Prof. Gans mehrere Blätter hindurch über die angebliche Vernichtung des Besitzes durch Savigny's Ansicht sich beklagt, und am Ende doch nichts anderes hervorzubringen vermag, als das, was er kurz zuvor an jenem bestritten hat, so ist dies ein Beweis, daß er weder weiß, wovon die Rede ist, noch wovon er selbst redet." Da nun schwerlich irgend ein Mensch eigentlich verstehen könnte, was Sie sagen wollen, und meinen dürfte, Sie hätten in dem Augenblicke, wo Sie meinen Satz: der Besitz sey anfangendes Eigenthum, mit dem identisch finden, der Besitz sey nichts, nicht gewußt wovon die Rede ist, so will ich mich zu Ihrem Rechtfertiger aufwerfen und zeigen, daß Sie bei den Ihnen zukommenden und möglichen guten Sinnen gewesen sind. Sie haben nämlich einmal in Ihrer Jugend auf den Schulbänken zu Nürnberg gesessen, als dort Hegel Rector war; Sie haben wahrscheinlich bei ihm die Anfangsgründe der Metaphysik und Logik gehört, und wenn ich nicht irre hat er mir sogar einmal davon gesprochen. Nun wird er damals nicht ermangelt haben, seinen Schülern vorzudemonstriren, daß das reine Seyn und das reine Nichts dasselbe sey,

und daß die Bewegung des unmittelbaren Verschwindens des Einen in dem Anderen das Werden ist. Jetzt nach so vielen Jahren, wo Sie längst schon zu den geisteshagern Aposteln der historischen Schule gehören, klingt dieser philosophische Begriff noch nachmahnend in Ihren Ohren; Sie können ihn nur nicht mehr gebrauchen, und verstehen es nicht, sich Rechenschaft von seinem Gehalte zu geben. Sie meinen, weil das Werden doch nichts sey, sey es auch der Anfang. Sie wähnen, weil der Anfang des abstracten Seyns das Nichts ist, sey es auch der Anfang eines sehr concreten Etwas, des Eigenthums; Sie vermischen hier Seyn und Etwas, und obgleich Sie weder Etwas vom Seyn, noch das Seyn des Etwas verstehen, so verfahren Sie nach Ihrem oben angegebenen Grundsatze, und sprechen davon. Sie wollen mir späterhin noch einmal meine Pfuscherei im philosophischen Rechte vorwerfen, und belieben sich also auszudrücken: „Hier, wo es sich um die Stelle des Besitzes im Systeme handelt, kam es vorzugsweise darauf an, die Realität des Besitzes, die reale Seite seines Daseyns zu bestimmen; bloß sein Anderssey n anzugeben, und zu wähnen, damit den Begriff vollkommen und namentlich für das System bestimmt zu haben, ist entweder eine große Gedankenlosigkeit, oder zeigt einen bedeutenden Mangel an philosophischer Bildung.“ Sie wollten hier noch einmal groß damit thun, daß Sie schon in dem Gymnasium in der Philosophieklasse gesessen hätten, Sie wollten nicht ermangeln, zu zeigen, daß Sie wüßten, was das Anderssey n sey; indessen kommt nothwendig zu Tage, daß Sie damit nichts anzufangen wissen, und daß Sie eigentlich hätten bei Ihrer Sprache bleiben, und

kurz auf gut Puchtaisch bemerken sollen, daß ich mich bemühen müsse, zu zeigen, was der Besitz an sich sey, und ihn nicht bloß in seinem Unterschiede vom Eigenthum abhandeln möchte. Zuletzt, wie Sie oben Ansprüche auf Philosophie machen, machen Sie unten Prätentionen auf Witz. Sie meinen, daß es eine sehr ungenaue Aeußerung ist, wenn ich mit Mühlenbruch den Besitz an die Spitze der jura in re stelle und belieben hinzuzufügen. „Wohin Prof. Gans den Besitz stellen will, darüber wird bei seiner Ansicht davon nicht leicht Jemand mit ihm rechten, denn was nichts ist, hat den Vortheil überall Platz zu finden." Dieser Satz, der wahrscheinlich eine verstellte Rechtfertigung Ihres vielortigen Lehrens und Wirkens seyn soll, paßt nur nicht auf mich, weil Sie zwar behaupteten, anfängendes Eigenthum sey dasselbe, als wenn ich gesagt hätte, der Besitz sey nichts, es aber nicht bewiesen haben. Aber Sie werden einsehen, daß es tädiös ist, sich mit einem Gegner einzulassen, bei dem die Widerlegung immer transscendent wird, das heißt, Kraft, Macht und Bedeutung desselben übersteigt, und sich am Ende einzugestehen hat, mit Windmühlen gekämpft zu haben.

Eben so wenig wollen wir uns hier auf eine weitläufige Bekämpfung, und zwar aus eben denselben Gründen, des positiven Theiles Ihrer Meinung einlassen, weil Waffen heut zu Tage theuer sind, und man öconomisch mit denselben umgehen muß. Sie meinen, das Besitzrecht sey ein Recht an der eigenen Person, und da Herr von Savigny gestanden hat*), er wisse nicht, worin sich Ihre Er-

*) Recht des Besitzes, sechste Auflage. S. 48.

klärung von der seinigen unterscheide, denn auch er erkläre den Schutz des Besitzes aus der Unverletzlichkeit der Person, und aus der Verbindung, in welcher die Person mit einer Sache, durch deren natürliche Unterwerfung, getreten ist, so will ich Ihnen die Satisfaction machen, daß auch ich damit einverstanden seyn kann. Freilich immer unter der für Sie etwas beschränkenden Bedingung, daß alle Rechte überhaupt Rechte an der eigenen Person sind, und daß der Besitz sich somit von den übrigen Rechten gar nicht unterscheidet. Denn Ihre Systematisirung in Rechte an Sachen, an Handlungen, an Personen außer uns, an in uns übergegangene Personen und an der eigenen Person kann man nicht annehmen, ohne aller richtigen Gliederung des Rechts zu widersprechen. Um das Publikum indessen, vor dem dieser Streit geführt wird, mit der Art und Weise, in welcher Sie philosophiren und beweisen, zu unterrichten, mag hier folgendes Spicilegium legen: „Daß nun das Besitzrecht ein Recht an der eigenen Person ist, davon enthält unter Voraussetzung seiner Existenz schon das Bisherige den Beweis. Denn da jedes Recht einen Gegenstand haben muß, und nur jene fünf Gegenstände existiren, so muß einer davon der Gegenstand des Besitzrechts seyn. Da dieses ferner keiner der vier ersten ist, wie hinsichtlich des ersten oben gezeigt worden, hinsichtlich der drei anderen nicht des Beweises bedarf, so muß der Fünfte sein Gegenstand seyn."

Rudorff in seiner Abhandlung über den Rechtsgrund der possessorischen Interdicte*), greift zunächst meine

*) Zeitschrift f. g. R. W. VII. S. 90. u. flgd.

Begründung in eben der Weise an, in welcher Savigny freilich weit später sich dagegen erklärte. „Mit dem Ausdrucke „anfangendes Eigenthum" könne nur gesagt seyn, der Besitz sey nicht Eigenthum, sondern ein Etwas, welches auf dem Wege sey, Eigenthum zu werden (welches letztere beiläufig gesagt, doch auch nur vom Usucapionsbesitz, nicht vom Besitz überhaupt richtig ist). Was nun dieses Etwas seyn möge, ob ein Recht, oder ein Nichtrecht, ein Zustand, davon erfahren wir Nichts. Allein dem ganzen Zusammenhange nach, bleibt nichts Anderes übrig, als das Letzte anzunehmen. Denn ein anderes Recht, als Eigenthum, welches der Besitz etwa seyn könnte, wird nirgends angegeben, die Kategorie des Eigenthums aber wird durch das eben Gesagte für ihn negirt, folglich kann nach der eigenen Entwickelung des Verfassers der Besitz nur ein Nichtrecht, Factum seyn; und der Schutz durch Interdicte, den er genießt, ist demnach in der That einem bloßen Factum, vielleicht selbst einem materiellen Unrecht, zu Theil geworden." Diese Meinung oder Widerlegung beruht nun wesentlich, wie wir später zeigen werden, auf der Nichteinsicht, daß Etwas ein Unrecht, und doch wesentlich ein Recht seyn könne, ja daß, indem wir etwas als ein Unrechtliches worin immer die Relation liegt, bezeichnen, wir in demselben Augenblicke diesem die Qualität des Rechts ertheilt haben. Denn was unrechtlich ist, ist nur in Beziehung auf Anderes so zu nennen, in Beziehung auf sich ist es vielmehr von rechtlicher Art und Substanz. Indem wir uns nun auf die weitere Auseinandersetzung beziehen müssen, wollen wir hier etwas über die positive Rudorffsche Lösung unsrer Frage bemerken. Die ungerichtlichen Störungen des Be-

sitzes sollen immer eine Eigenmacht oder Selbsthülfe enthalten, und es soll sonderbar erscheinen, daß es mir begegnet, die Selbsthülfe für ein Unrecht zu halten, während ich die Besitzeseingriffe nicht anders für Unrecht gelten lassen wolle, als wenn der verletzte Besitz ein Recht ist. Da Eigenmacht oder Selbsthülfe an sich, ohne Rücksicht auf den verletzten Gegenstand, Unrecht sey, so sey es auch die Störung ohne gerade an sich ein Unrecht zu enthalten. Ich muß gestehen, daß diese Gegeneinwendung eine der allerspitzfindigsten und feinsten ist, die man machen kann, daß es aber keine große Mühe kostet, sich von ihrer Unangemessenheit zu überzeugen. Denn die Selbsthülfe ist verboten, ohne Rücksicht auf ein Object, obgleich der gegenüberstehende Theil in vollkommenem Unrecht sich befindet, und eigentlich der sich Selbsthelfende durchaus Recht hat. Die Störung ist keine Störung, weil der Besitzende kein Recht hat, oder haben soll; die Selbsthülfe ist ein formelles Unrecht gegen den Staat, der allein helfen will, die Störung ist keine Störung, weil kein Recht verletzt wird. In dem ersten Fall ist von einem Positiven die Rede, was nicht geschehen sollte, in dem anderen von einer Thatsache, die, weil ihr das Lebensmoment mangelt, gar keine Thatsache ist. Mit anderen Worten, der Störer des Besitzes ist kein Selbsthelfer, weil die Selbsthülfe einen Streit voraussetzt, worin jeder Recht haben will, hier aber angenommen wird, es sey gar kein Recht vorhanden, also auch keine Störung. Daß jemand den Besitz sich gewaltsam zueignet, kann als Selbsthülfe angesehen werden, selbst wenn er Recht hätte; es kann aber die Störung, die keine Störung ist, nicht dadurch Störung werden, daß sie Selbsthülfe ist. Die Störung kann Selbsthülfe seyn, die Selbsthülfe kann keine Störung machen. Die hier vorgeführte

Meinung kann daher einen Augenblick, ehe sie untersucht ist, etwas für sich zu haben scheinen, hält aber nach der Untersuchung nicht aus, wie sie denn Savigny, für den sie eine Art von Rettungsanker seyn sollte, von sich gewiesen hat.

Hasse (der jüngere)*) bezeichnet den Besitz als Wirklichkeit des Unterworfenseyns einer Sache, dagegen das Eigenthum als rechtliche Nothwendigkeit des Unterworfenseyns. Der Dieb, der eine Sache seinem Willen unterwirft, wird ihr Besitzer, ihr Eigenthümer kann er nicht werden, denn dieselbe Sache kann nicht zweien absolut angehören. Das Recht, welches hiernach den Grund der Interdictsactionen ausmacht, ist ein relatives Recht an der Sache; seine Beschränkung, dem Eigenthum gegenübergehalten, liegt nicht, wie bei den juribus in re darin, daß dem Willen nur eine Seite der Sache untergeordnet ist; wie beim Eigenthum ist die Sache in ihrer Totalität unter den Willen gehörig. Der Besitz kann aber nach dem Obigen kein Recht seyn, denn nicht das Unterworfenseyn, sondern das Gehören unter den Willen ist das Recht. Kann nun aber der Besitz überhaupt nicht ein Recht seyn, weil er ein Nichtrecht ist, so kann er auch nicht das Recht seyn, was durch die Interdicte geschaffen, und durch die Interdictsactionen verfolgt wird. Es entstehe aber neben dem Besitze und zugleich mit ihm durch jede Besitzergreifung auch einer nicht herrenlosen Sache, ein relatives Recht an der Sache. Dieses Recht ist durch die Interdicte geschützt.

---

*) Rheinisches Museum für Jurisprudenz. 2 Bd. S. 189 u. fg.

Es geht einem hier, wenn man diese Theorie verfolgt, wie wenn man einem geistreichen Mann von viel versprechenden Anlagen begegnet, sich erst seiner freut, und am Ende bemerken muß, daß er leider an einer fixen Vorstellung leidet, die aber erst ganz spät zum Vorschein kommt. Im Anfang ist hier Alles ganz richtig und schön. Der Besitz ist nur wirkliches Unterworfenseyn einer Sache, das Eigenthum die rechtliche Nothwendigkeit dieser Unterwerfung. Der Besitz ist ein relatives Recht an der Sache, das Eigenthum wahrscheinlich das absolute; diese Unterscheidungen könnten nun mit anderen Worten das bedeuten, was wir Eigenthum, nach der Seite des besonderen und des allgemeinen Willens nennen. Aber inmitten dieser ganz guten Auseinandersetzung kommt dem Verfasser mit einemmale die fixe Vorstellung, daß ja nach der Parole der Schule, der Besitz ein Factum, und kein Recht seyn dürfe, er lenkt also ein: der Besitz ist auch nur ein Factum, war nie ein Recht, da der Auctor aber für die Interdicte ein Recht braucht, das sie schützen sollen, so baut er sich nebenbei eines an; er sagt nicht, was es ist, noch wo es eigentlich seinen Platz hat, aber mit einer Wünschelruthe ruft er es hervor, und da es ein Kind seiner Phantasie ist, so braucht es keinen Namen; aber trotz dem hat es Wirkungen, nämlich die Interdicte, die der Besitz an sich allein niemals hätte.

Könnte man hier nicht einen guten Aufsatz über die Poesie im Rechte schreiben?

v. Thaden*) hat in seiner vortrefflich geschriebenen

*) Allgemeine Untersuchungen über den Begriff des Römischen

Abhandlung über den Begriff des Besitzes, der Ansicht, daß derselbe auf einem Factum beruhe, so gegründete Angriffe entgegen gestellt, daß ihm eine bessere Behandlung hätte zu Theil werden müssen, als die ist, welche Herr von Savigny ihm zukommen läßt. Denn seiner Behauptung, daß die Römer schon deswegen den Besitz als ein Recht ansehen müssen, weil sie den Besitzer bestehlen lassen, und und dem besitzenden Pfandgläubiger die actio furti ertheilen*), könnte allerdings der von Savigny eingewandte Umstand entgegentreten, daß der Dieb, welcher nichts als den Besitz hat, die actio furti nicht gebrauchen kann, und dem Usuar und Fructuar, welche beide bloß detiniren, die actio furti rechtlich zukommt, woraus denn folgt, daß die actio furti mehr mit dem Interesse, die Sache möge sicher bleiben, (ut id, quod subreptum est salvum esset) als mit dem Besitze zusammenhängt. Aber ein Gleiches kann nicht von den beiden, von Savigny gar nicht berührten Einwänden gesagt werden, daß wenn der Besitz bloß ein Factum wäre, die interdicta recuperandae possessionis gar nicht zu erklären seyn möchten, weil dann grade im Falle der Besitzentsetzung, der Entsetzer zu schützen sey**). Ferner, daß ein Grund für die an sich rechtliche Natur des Besitzes in der allgemein zugelassenen Stellvertretung liege, weil allein bei einem Rechte, nie aber bei einem Factum von juristischer Repräsentation die Rede seyn könne. Eigenthümlich wird freilich die Thadensche

---

Interdictenbesitzes und dessen Klassification im Rechtssysteme. Hamburg 1833.

*) §. 1. J. de obl. 9. ex d. l. 12 §. 2. D. de cond. furt.

**) S. 22.

Darstellung, wenn es darauf ankommt, die Natur des Besitzrechts zu bestimmen. Er meint, die Juristen zerlegten das Eigenthum in der Regel nur in zwei Theile, in Nutzungs- und Proprietätsrecht, sprächen aber niemals vom dritten Rechte, vom Besitzrechte. Wenn aber der Besitz, als Bestandtheil des Eigenthums gedacht, sich als die rechtliche Möglichkeit der Verfügung über die Substanz einer Sache, das heißt, als die äußere Bedingung der Existenz und Realität des Eigenthums ausweist, so ist der Character des vom eigentlichen Eigenthum getrennten juristischen Besitzes, gleichfalls in seiner Bedeutung für die Existenz und den Erwerb des Eigenthums zu suchen. Es soll also der Besitz das Recht seyn, welches in Erwartung der Erwerbung des Eigenthums vorhanden ist. Und zwar wird nachgewiesen, daß diese Erwartung des Eigenthums nicht bloß im Usucapionsbesitz, sondern auch schon im Interdictenbesitz liegt. Vorausgesetzt nun, daß wir dieses Interesse des Interdictenbesitzes, zum Eigenthum zu gelangen, zugeben*), so würde damit, daß gesagt wurde, der Interdictenbesitz sey das Recht, dessen Bedeutung in der nachfolgenden Erwerbung des Eigenthums, und in der Aussicht darauf liege, nicht mehr angedeutet seyn, als in dem, was wir behaupten, der Besitz sey anfangendes Eigenthum, da in jedem Anfang ohnehin die Erwartung auf die Vollendung des ganzen Kreises, also auch auf die Gelangung zum Eigenthum angegeben scheint. Und so hätten wir eigentlich in dieser scharfsinni-

*) S. Savigny's Bekämpfung. S. 53.

gen Sachführung, welche wir nicht einen Augenblick verkennen, nur einen Gleichgesinnten zu begrüßen.

von Meysebug*) geht zunächst nicht davon aus, etwas über den Besitz zu schreiben, sondern er bemüht sich mit bemerkenswerthem Eindringen in die Schwächen der historischen Schule, in der Lehre vom Besitz, und in deren Auffassung ein Beispiel jener Behandlung aufzufinden. Er zeigt sehr gut, wie das sogenannte Factum des Besitzes nicht die Grundlage desselben bilden könne, indem jemand, der seine Sachen Jahrelang entbehrt, dem also das eigentlich Factische ganz entgeht, dennoch Besitzer ist und bleibt, dagegen der Detinirende, mit dem besten Factum ausgerüstet, niemals Besitzer ist**). Die historische Schule muß alsdann, um solche Fälle zu erklären, sich in Ausnahmen verschanzen, und z. B. sagen: „Es giebt Fälle, in welchen es nöthig ist, die Rechte des Besitzes zu gestatten, wo jenes Factum nicht ist, oder zu versagen, wo es sich findet.“ Ausnahmen vom Allgemeinen, (das ist vom Begriffe) statuiren, sagt der Verfasser, heißt eingestehen, daß die Regel falsch ist. Wir müssen außerdem dem Verfasser danken, daß er sich die Mühe giebt***), die Verfälschung unserer Meinung, daß der besondere Wille ein unrechtlicher sey, womit ich nur Hypothetisches andeuten wollte, anzumerken, und die Sache dadurch ins Gleiche zu bringen. Aber auf das Speciellere der Frage nach dem Rechtsgrunde der possessorischen Interdicte einzugehen, liegt seiner Kritik fern†),

*) Servius, Blätter für juristische Kritik. S. 86.
**) S. 94.
***) S. 122.
†) S. 129.

und wir dürfen nur sagen, daß er wesentlich zu denen gehört, die im Besitz ein Recht sehen. Er drückt sich darüber so aus: „Person und Sache, in ihrer Einheit gesetzt, sind die Idee des abstracten Besitzes, jene die subjective, diese die objective Seite desselben, davon aber jede Seite für sich das Ganze ist, die Person, Geist und Leib, Subject und Object in Einem, eben so die Sache vom Willen durchdrungene Sache, Daseyn des Willens, Subject und Object."

Huschke*) meint, die Quiriten seyen der Volksstamm gewesen, der eben so alles auf neuere göttliche Rechtsgewähr gründete, wie die eigentlichen Römer alles auf äußere menschlich autonome Gewaltgewähr. Im Menschen überhaupt wie in Gott, liegen die beiden entgegengesetzten Seiten, des Physischen, Factischen, welches vorzugsweise im Leibe, und des Ethischen, Rechtlichen, welches vorzugsweise im Geiste seinen Sitz hat. Es findet aber zwischen ihnen eine communicatio idiomatum statt, so daß das Physische um seiner Einheit mit dem Rechtlichen willen auch rechtlich, und das Rechtliche um seiner Einheit mit dem Physischen willen auch physisch ist. Die Vermittelung zwischen beiden bildet ein Drittes, das lebendige oder handelnde Prinzip, welches die andern Principien durchdringt, ohne sie aufzuheben. Die ersten beiden Richtungen müssen nun lange Zeit neben einander hergehen, die Römische als Gewalt, die Quiritische als Recht. Bei den Rammes gab den Ausschlag der als der Mächtigste anerkannte König, (imperium) bei den Quiriten vertrat der König das gött-

*) Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern. S. 99 u. fg.

liche Wort (juris dictio in welche das imperium aufging). Daher setzte jeder, der im Römischen Volke etwas rechtlich sein nennen wollte, hinzu, ex jure Quiritium; späterhin, als beide Volksstämme sich gemischt hatten, erhielt es den Sinn von Rechtswegen überhaupt. Die Obligationen dagegen entsprechen dem Stamme der Lucerer, der nur die beiden andern Stämme im Inneren vermittelte.

Der Besitz ist die hauptsächlichste Form der äußerlichen Art und Weise, wie die Rammes etwas geltend machten, und diese bildet grade den directen Gegensatz gegen das Recht. Späterhin treibt aber dieses Physische und Gewaltsame in das Recht hinein, und bekommt, seit dem Anfang der Republik, mehr die Gestalt des Rechts; seit der dritten Periode erschien es jedoch als gewöhnliches Privatrecht. Niemals konnte es aber so Recht werden, daß der Ausdruck possessio mea ex jure Quiritium zur Geltung gekommen sey. Wie für das Eigenthum, das heißt hier das Recht, die vindicatio, für den Besitz, das heißt eigentlich die Gewalt, das Interdict aufgekommen war, so erschien für die Obligation, das heißt für das vermittelnde Recht der Lucerer, die condictio. Dieses Princip der Obligation untergrub späterhin die in rem actiones und interdicta in so weit, daß diese durch die pecunariae condemnationes im letzten Resultat der Execution, sämmtlich auf Obligationen hinausgeführt wurden.

Dieses ist die Meinung, von der der Verfasser hofft, daß sie die Verwirrungen, in welche jetzt die Wissenschaft hinsichtlich der Frage, ob der Besitz ein Recht sey, gerathen wäre, aufhellen könne. Wir dürfen aber das Gleiche nicht hoffen. Der Besitz ist nicht bloß ein Römisches

Recht, nicht bloß durch die Rannes und ihr gewaltthätiges Thun in die Welt gesetzt, sondern ein ewiger Begriff, der seiner Natur nach in allen gebildeten Gesetzgebungen, auch in den modernen, die keine Erinnerungen an Rannes mehr besitzen, aufzustellen ist. Es ist dieses der nie zu beseitigende Fehler, daß wenn jemand einen historischen Grund gefunden oder erfunden zu haben glaubt, er nun der künftigen Seligkeit Nähe vertrauend, sich weder um den Erweis der Behauptung, noch um die Uebereinstimmung mit der Natur der Sache bekümmert. Es findet sich in dieser Ableitung durch den Gebrauch der Hyperhistorie, die Historie selber angegriffen. Will man aber die jetzige Behauptung, welche alle Verwirrung beseitigen soll, auf ihre eigentliche Inwendigkeit zurückführen, so ist der Sinn doch der, daß der Besitz ein Factum, ein Nichtrecht, ein solches ist, was in der That nicht bestehen müßte, und was nur durch historischen Uebergang zum Rechte geworden ist.

Bethmann Hollweg in seiner Recension von Savigny's Recht des Besitzes*) hat nicht die Absicht, eine neue Ansicht über den Besitz aufzuführen, sondern nur die, des Herrn von Savigny's Meinung geltend zu machen. Er ist also hier bloß als Verstärker oder Schildknappe des bereits Mitgetheilten anzugeben, und das Ganze ist in Form einer Dankadresse, wie sie eine Kammer an den Souverain erläßt, abgefaßt; das heißt, es wiederholt ungefähr das Gesagte. So zum Beispiel S. 269. „Wirklich enthält die allgemeine, den possessorischen Interdicten zum

*) Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik 1838. S. 266. u. flg.

Grund liegende Idee (?) nehmlich die Person in ihrem factischen Verhältniß zur Sache gegen formell widerrechtliche Handlungen zu schützen, einen völlig ausreichenden Grund ihrer Entstehung." Der ausreichende Grund wird aber vorausgesetzt und nicht weiter erörtert; dennoch wird eine Bestätigung aus einer sogenannten Analogie angeführt. „Das interdictum quod vi aut clam, wenn auch kein possessorisches, hat doch darin mit diesem große Verwandtschaft, daß es sich auf einen factischen Zustand gründet, bei dem ich interessirt bin, auf ein formelles Unrecht, eine Verletzung meiner Person, nehmlich Aenderung desselben gegen mein Verbot (vi) oder hinter meinem Rücken, (clam) und daß es die Herstellung jenes Zustandes, oder Schadenersatz, zum Gegenstande hat. Auch hier also ist jener Zustand nicht durch ein Recht, sondern nur durch den Willen der Person*), und deren Unverletzlichkeit gedeckt." (?)

Das interdictum quod vi aut clam hat der Eigenthümer, der fructuarius und colonus, und jeder überhaupt, der ein Interesse an der Sache hat.

l. 12. D. quod vi aut clam.

Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea ejus intersit.

Die aber ein Interesse an der Sache haben, haben auch ein rechtliches Interesse, und obgleich einige nicht besitzen, so haben sie doch entweder ein jus in re oder ein

*) Als wenn Recht und Wille der Person etwas verschiedenes wäre.!

obligatorisches Verhältniß, das sie dazu fähig macht, das interdictum quod vi aut clam in Anspruch zu nehmen. Daß hier das Interdict durch einen bloß factischen Zustand hervorgerufen seyn soll, ist etwas, das man eben so wenig, wie bei dem Besitze zugeben kann; man muß vielmehr sagen, das interdictum quod vi aut clam fordert nur der, welcher darauf ein Recht aus den theils dinglichen theils obligatorischen Verhältnissen hat, in denen er zur Sache steht.

Auch den Umstand, daß der Detinirende, der eigentlich nach der Savigny'schen Ansicht Interdicte haben müßte, keine besitzt, erklärt Herr Bethmann Hollweg auf eine etwas andere Weise, wie Savigny. Er sagt: „Sollte nicht die Absicht des Repräsentanten, die Sache als solche, also mit dem Willen des wahren Besitzers, zu haben, die andere sie gegen seinen Willen zu haben, ausschließen, und deshalb ihm der Schutz der Interdicte gegen jenen, also auch gegen dritte versagt seyn?" Da aber dem Detinirenden nicht abgesprochen ist, die Sache, welche er mit dem Willen des Besitzers hat, für sich zu behalten, und sie so zu besitzen, also gegen den Willen des Besitzers zu haben, so läßt sich nicht einsehen, warum nach der Savigny'schen Theorie, derselbe, sich nicht gegen Dritte solle schützen können, und was das dem Besitzer schade, daß der Detinens sich durch eigene Interdicte vertheidige. Ein eigener Schluß ist es, daß gesagt wird „und deshalb ihm der Schutz der Interdicte gegen jenen, also auch gegen dritte versagt seyn." Mit welchem Rechte hier das Wort also steht, möchte ich hier, wie oben bei Herrn von Savigny, fragen.

Gegen mich wird nun zwar nichts Neues beigebracht,

aber es wird doch behauptet, daß ich zweierlei sage, „dessen Einheit schwer einzusehen ist," nämlich: daß der Besitz Eigenthum nach der Seite des besonderen Willens, und anfangendes Eigenthum sey. Da ich nun bereits oben gegen Hrn. v. Savigny behauptete, und durch Anführung meiner Worte bewies, daß ich hiermit nichts Disjunctives, sondern ein und dasselbe gesagt habe, so brauche ich mich hier nicht weiter gegen die Wiederholung zu vertheidigen. — Zu der Behauptung von Savigny, daß ich die Annahme, der auch noch so unrechtliche Wille sey zu schützen, nicht gerechtfertigt habe, setzt Herr Bethmann-Hollweg hinzu. „Allerdings ist der Wille des Einzelnen ein Substantielles zu Schützendes, in so fern als durch directes Entgegenhandeln (vi) oder durch Umgehung (clam) oder Mißbrauch desselben (precario) die Person verletzt wird. In diesem Sinne aber fällt es wieder ganz mit der Lehre des Verfassers (Savigny's) zusammen, nur daß der Besitz auch hiernach kein Recht an der Sache (jus in re) ist." In dieser Auseinandersetzung zeigt sich die ganze Gedankenlosigkeit der hier zu bekämpfenden Meinung; ich hatte gesagt, der besondere Wille sey zu schützen, das heißt er sey in sich zu vertheidigen und anzuerkennen, oder mit andern Worten: er sey ein Recht. Dagegen wird aufgebracht, er sey nur zu schützen, wenn er angegriffen wird, was man allenfalls gelten lassen kann, indem im Schutz schon die Rücksicht auf die mögliche Anfechtung liegt. Daß er aber in diesem Angriff nicht gegen den Angriff geschützt ist, daß er also nicht ein zu Schützendes, sondern ein bloß Geschütztes ist, und zwar gegen den Angriff, der das setzt, was er selbst verletzt, ist ganz ei-

genthümlich. Wie nun darin, daß der Besitz vi, clam, precario angegriffen wird, meine Ansicht mit der von Savigny zusammenfallen soll, der gar kein eigentliches Recht des Besitzes anerkennt, ist unbegreiflich. Klarer wird es freilich durch den ganz naiven Zusatz: „nur daß der Besitz auch hiernach kein Recht an der Sache ist," — Zweitens sagt Herr Hollweg weiter, „wird der Besitz auch für anfangendes Eigenthum erklärt, ohne daß nachgewiesen würde, wie jenes unberechtigte Faktum in anerkanntes Eigenthum übergehen könne, es sey denn durch Usucapion, wogegen, wenn dieß die Meinung ist, der Verfasser (Savigny) mit Grund bemerkt, zum Schutz des Usucapionsbesitzes bedürfe es der Interdicte nicht; dies sey die Bedingung der publiciana." Aber wie sollte es je meine Meinung gewesen seyn, daß ein unberechtigtes Factum zum anerkannten Eigenthum übergehen könne; was wir gegen Herrn von Savigny und seine Ansicht einwenden, besteht ja eben darin, daß nach ihnen ein unberechtigtes Factum durch Usucapion sich in Eigenthum umsetze; nach uns kann nie ein Factum sich zum Recht erheben. Aber die Kritik der andern Seite verfährt so: sie substituirt nur, ohne weiteres zu sagen ihre Ansicht und deducirt nun Ferneres.

Hiermit können wir abschließen, was über den Cyclus der, unseren Gegenstand neuerdings behandelnden Rechtslehrer von unserem Standpunkte aus zu sagen war. Wir gehen nun zur Auseinandersetzung und Rechtfertigung unserer eigenen Ansicht über.

Rechtfertigung meiner bereits vorgetragenen Ansicht.

Die Hauptschwierigkeit, welche von der entgegengesetzten Seite empfunden und aufgestellt wird, ist in der Regel die: „Wie kann ein besonderer vielleicht ganz unrechtlicher Wille ein Recht seyn," sie sieht hierin einen Widerspruch und zugleich ein absurdum. Wir verlangen bloß, daß zugegeben werde, daß der Boden des Rechts überhaupt der Wille sey, und daß alle Stufen und Theile des Rechtsgebäudes auf dieser Grundlage ruhen. Wie also in dem Willen überhaupt das Embryonische alles Rechts liegt, welches nichts ist, wie Ausbauung und Ausarbeitung des Willens, so wird sich auch in der ersten unmittelbaren Gestalt, welche der Wille annimmt, diese Natur desselben, die Möglichkeit von allem Recht, und die Wirklichkeit von noch keinem erweisen. Diese Gestalt ist das Rechtssubject oder die Person. Ohne diese, welche nichts ist, wie der zuerst gestaltete Wille, gäbe es kein Recht, und in ihr liegt alles Recht überhaupt. Die Rechte, welche die Person nicht anerkennen, wie das Orientalische, lassen das Recht in Gott wurzeln, statt unten im Subject, und wissen daher nichts von Rechtsfortschritt und Rechtsbestimmtheit. Das Recht, welches die Person ahnt, aber nicht weiß, das hellenische, hat noch eine Dämmerung und einen Schleier über seine besten Rechtssätze gelegt; erst im Römischen Rechte tritt in der Person die Möglichkeit des wirklichen Rechts auf.

Die Persönlichkeit ist es also, welche das erste Recht

ist, oder weil sie ein Recht ist, sogleich zu schützen wäre. Es kommt hierbei noch gar nicht darauf an, ob die Person Recht hat, sondern bloß darauf, daß sie Recht ist. Denn die Person tritt in unmittelbarer Collision mit Personen, welche ein größeres Recht wie sie besitzen können, wodurch eben die Person, gegen sie gehalten, in das Verhältniß des Unrechts kommt. Aber dieses Unrecht entzieht ihr noch nicht, daß sie ein Recht ist, und macht sie noch nicht, weil sie Unrecht hat, schutzlos.

Es ist überhaupt eine höchst abgeschmackte Vorstellung, daß das Recht im Ganzen beginnen könne mit einem Nichtrecht, (Factum) und daß dieses Nichtrecht sich später zum Recht hinaufarbeiten möchte. Das Recht ist von Anfang an positiv, und hat einen festen Boden, den Willen. Die Negation dieses Willens (Unrecht) setzt wesentlich das Recht voraus, und kommt erst in seinem dialektischen Fortgange zum Vorschein. So kann die Person verurtheilt werden, sowohl im Civil- und Criminalprocesse, sie kann sogar ganz aufgehoben werden, im Verlaufe der Steigerungen des Rechts, und der sich darauf beziehenden Negationen desselben, ohne deshalb ihre rechtliche Basis irgend zu verlieren.

Auf diese rechtliche Grundlage der Persönlichkeit, darauf, daß schon die Person, als blanke und nackte Person, ein Recht ist, kommt es aber allein an, denn ist dieses erwiesen, so folgt nothwendig, daß, was die Person mit sich selber deckt, das heißt, das Aeußerliche, was sie in den Kreis ihrer Persönlichkeit hineinzieht, und als das ihrige setzt, ebenfalls ihr Recht ist. Das was die Person ergreift und mit ihrem Willen hat, besitzt sie. Der Besitz ist

somit nichts, als das erste auf die Außenwelt ausgedehnte Recht der Persönlichkeit.

Hier aber tritt zugleich die erste Rechtscollision auf, welche eben die Collision der Personen ist. Spricht man bloß von der Person und von ihrer Realisirung in der Sache, so ist der Besitz als die erste Realisirung auch gleich der weiteren Befestigung im Eigenthum, und Besitz und Eigenthum fallen zusammen. Wenn jemand am Meeresstrande Perlen findet, oder überhaupt occupirt, was noch in Niemandes Eigenthum ist, so ist die Besitzergreifung auch die Eigenthumserwerbung, und Besitz und Eigenthum sind identisch. Anders ist es, wenn der Besitz rückwärts, das heißt mit einer Collision beginnt, wenn er da anfängt, wo schon Willensbefestigung durch Eigenthum ist. Jetzt ist er, weil er rückwärts ist, ein Unrecht, eine Negation des Eigenthums, oder kann doch wenigstens dieses Unrecht und diese Negation seyn. Hier wollen wir, (zum Beispiel im Diebe) die Natur dieses Unrechts untersuchen. Hat dadurch, daß, gegen das Eigenthum gehalten, der Besitz verschwindet, nun die ganze rechtliche Natur des Besitzes, das heißt der Persönlichkeit aufgehört? Auf keine Weise. Sie hat nur aufgehört, zu wirken, in so fern sie den höheren, dichteren, und befestigteren Rechten zu weichen hat: in sich bleibt sie Persönlichkeit, in sich bleibt sie Recht, und sie wird überall auch da gelten, wo ihr nicht das dichtere und höhere Recht gegenüber ist.

Wir wollen bei unserem einmal gebrauchten Beispiele, beim Diebe, stehen bleiben. Der Dieb verliert dadurch, daß er gestohlen hat, nicht das Recht der Persönlichkeit, welches die Grundlage alles Rechts ist.

Dem Eigenthümer gegenüber wird er freilich von dieser, und von dem daraus entspringenden Besitzesrechte keine Anwendung machen können, denn die Wirklichkeit des gegenübergetretenen Rechts tödtet die bloße Möglichkeit, die er hat. Aber man denke sich einen andern, der dem Diebe den Besitz entrissen; hier diesem andern gegenüber, ist er durch seine Persönlichkeit, durch seinen Willen, durch die Nichtberechtigung des Anderen in eben so vollem Maaße befugt, seinen Besitz zu schützen, wie der beste und gerechteste Possessor. Diesem anderen Entreißer gegenüber hat er, aus seiner Persönlichkeit heraus, alle Rechte, die er gegen jeden haben würde, wenn er, ohne alle Collision, Besitzer und Eigenthümer zugleich wäre; denn dem Nichtberechtigten stellt er seinen, durch das Unrecht gegen einen Anderen nicht verdunkelten Willen entgegen. Der zweite unrechtliche Besitzer wird aber eben so gegen jeden weiteren Entreißer berechtigt seyn, und so ins Unendliche fort. Wenn es überhaupt wahr ist, daß die Person als solche, ohne Collision mit anderen Personen, die Möglichkeit jedes Rechts ist, und wenn deswegen Besitz und Eigenthum beim ersten Occupirenden zusammenfallen, so wird auch diese durch kein Unrecht zerstörbare Persönlichkeit überall hervortreten, und ihr Recht geltend machen, wo nicht derselben der speciell Berechtigte gegenübertritt, und ihr die Rechtsmöglichkeit durch die Einrede des Unrechts zu nehmen trachtet. Der dritte kann dies nicht thun; also tritt hier die Rechtsmöglichkeit in ihrer wahren und ungetrübten Wirksamkeit auf. Es ist hier, möchte man sich ausdrücken, ein leerer Punkt, auf den der Besitzende unge-

schmälert wirken kann, während er dem Eigenthümer gegenüber diese Fähigkeit verliert.

Wollen wir nun diese Auseinandersetzung, wie ich es früher gethan habe, formuliren, so kommt kein andres Resultat heraus als Folgendes. Der Besitzer ist der ursprüngliche, oder weil der Ursprung der Anfang ist, anfangende Eigenthümer. Kommt er in Collision mit dem, welcher wirklich das Eigenthum erworben hat, so unterscheidet er sich von ihm dadurch, daß er nach der Seite seines Willens, das heißt seines besonderen Willens Eigenthümer bleibt, nach der Seite der Anerkennung, das heißt des allgemeinen Willens, aber es nicht ist. Dieser besondere Wille kann nur darin wirksamer, geschützter Wille werden, wo ihm die höhere Allgemeinheit des Willens nicht entgegensteht. Er wird also mit Klagen über Störung versehen, wo kein Eigenthümer sich findet.

Fragt also nun Herr von Savigny, warum der besondre vielleicht noch so unrechtliche Wille, ein Substantielles, zu Schützendes sey, so ist die Antwort und respective Rechtfertigung die, daß der Wille überhaupt der positive Boden und die Möglichkeit alles Rechts ist, daß, so wie er auftritt und anfängt, schon eine Rechtssubstanz beginnt, daß wenn der Wille als solcher nicht geschützt würde, auch keine Nothwendigkeit vorhanden wäre, die weiteren, wie Savigny meint, allein rechtlichen Aeußerungen desselben zu schützen, und daß der Schutz dieses blanken Willens überall gefordert ist, wo ihm nicht ein Wille von größerer Densität gegenübertritt. Der Dieb ist nur ein Dieb, dem Bestohlenen gegenüber, für den der Staat die Vergeltung übernimmt, in Beziehung auf jeden Andren ist

er Person, und muß als Person geschützt werden, obgleich er Dieb ist. Der Fehler der entgegengesetzten Ansicht ist immer der, daß sie das Unrecht absolut nimmt, deswegen dem Unrechtlichen alles Recht abspricht, und sich wundert wenn man selbst im unrechtlichsten Willen, einen mit diesem Unrecht noch nicht belegten Punkt findet, aus welchem heraus der Unrechtliche wirken kann.

Das Römische Recht.

Es ist ausgemacht, daß man für die philosophische Deduction eines Rechtsbegriffes seine Beweise im Römischen Rechte nicht zu suchen hat, aber in so weit practische Köpfe, wie die Römischen Juristen waren, immer auf das Innere der Sache zurückkommen müssen, entschlüpft ihnen auch die wahre Bezeichnung, mit der man dann die eigene Meinung belegen darf.

Die Hauptstelle dafür, daß die Römer dem Besitze ein Recht zulegen, ist:

l. 2 D. uti possidetis (Paulus). Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim posessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.

Der Besitzer hat bloß dadurch, daß er besitzt, mehr Recht als der, welcher nicht besitzt.

Alsdann:

l. 5 D. ad leg. Jul. de vi. pub. (Marcianus). Si de vi et possessione vel dominio quaeratur, ante co-

gnoscendum de vi, quam de proprietate rei, Divus Pius τῷ Κοινῷ τῶν Θεσσάλων Graece scripsit, sed et decrevit ut prius de vi quaeratur quam de jure dominii sive possessionis.

l. 2 §. 38. Ne quid in loco publico vel itinere fiat (Ulpianus).

Habere eum dicimus, qui utitur et jure possessionis fruitur.

l. 44 pr. D. de aqu. vel am. possessione (Papinianus). Dixi quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, jus posessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum.

l. 49 §. 1. ht. (Papinianus). Qui in aliena potestate sunt rem peculiarem tenere possunt, habere, possidere non possunt: quia posessio non tantum corporis sed et juris est.

Fragen wir nun, von welcher Natur und Art die Römer sich dieses Recht des Besitzes dachten, so muß ich wieder auf die früher schon vorgebrachte Stelle zurückkommen.

l. 1 §. 1. de adq. vel am. poss. (41. 2.) (Paulus). Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait: ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adpraehenderint. Item bello capta, et insula in mari enata, et gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nanctus est.

Es heißt hier, das Eigenthum fange mit dem Besitze an, oder mit anderen Worten, der Besitz sey anfangendes

Eigenthum. Dies sey noch heute, wo bereits Besitz und Eigenthum getrennt wären, oder doch seyn könnten, bei allen Gegenständen der Fall, die sich nicht im Verkehr befinden. Der Besitz verhält sich also zum Eigenthum, wie dieser Ursprung oder Anfang zu dem durch Verkehr vermittelten. Gegen diese Erklärung hat Rudorff*) bemerkt: „Zugegeben sogar, der Jurist hätte mit der historischen Bemerkung dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse wirklich sagen wollen, das Eigenthum fange mit dem Besitz an, oder, was dasselbe ist, der Besitz sey anfangendes Eigenthum, so wäre dieser Satz nach seinen eigenen Worten doch nur in den seltenen Fällen richtig, die er am Schlusse aufzählt; in allen übrigen wäre es gradezu unmöglich." Der Jurist meint allerdings nicht, daß jetzt überall Besitz und Eigenthum identisch seyen, aber er sagt, im Anfange wäre es so gewesen, ejusque rei vestigium manere de his, quae terra mari caeloque capiuntur. Er will also heute noch die Spuren finden von dem, was ehemals allgemein war, daher nicht, wie Rudorff meint, auf diese Beispiele die Sachen beschränken, sondern vielmehr in der heutigen Beschränkung die Allgemeinheit der Regel aufweisen. Nicht minder ist die Stelle l. 3 §. 5. D. de adq. vel am. poss. In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat ein Beweis dafür daß es bei dem Besitz nicht auf den allgemeinen Willen (Gerechtigkeit) sondern nur auf den besonderen (vielleicht ganz unrechtlichen) Willen ankommt, daß also der Wille im Besitz der Wille nach

*) a. a. O. S. 100. 101.

seiner Besonderheit ist. Eben so die Stelle am Ende des Titels der Pandecten de adq. vel amitt. poss. Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet.

Es ist übrigens im höchsten Grade auffallend, daß man in Beziehung auf das Römische Recht die Behauptung aufstellt: es spreche dem Besitz die rechtliche Qualität ab, und behandle ihn bloß als Factum, das nur auf dem Umweg der Klage gegen die Gewalt zu einem Rechte erhoben werden kann; wenn man bedenkt, daß der Besitz auf animus (Wille) beruht, daß durch diesen selbst der körperlich verlorne Besitz in gewissen Fällen zurückgehalten werden kann, und daß die Römer zwischen dem bloß Corporellen und wie sie sagen Factischen, und dem Geistigen und Rechtlichen im Besitze unterscheiden.

l. 29 D. de adq. vel. am. poss. (Ulpianus).

Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo sed ut corpore desinat possidere. Quod est enim facti potest amittere. Alia causa est si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.

Ulpian sagt ganz einfach in dieser Stelle, was das Factische im Besitz ist, kann ein Pupillus auch ohne die auctoritas des Tutors verlieren; was das Geistige und Willenhafte betrifft, so kann er dieses nicht eben so. Er stellt also gradezu die Gränzen des Factischen im Besitz auf, und beschränkt es auf das Körperliche. Wo der animus die Sache durchzieht, hört auch das Factische auf. Das ist eben der Unterschied des Besitzers als Recht, und des im

bloßen Besitz Seyns, est autem longe diversum: aliud est enim possidere aliud in possessionem esse*).

Es versteht sich übrigens von Selbst, daß der besondere Wille, welcher die Sache durchdringt, und sie für sich haben will möglicherweise sich derselben bemächtigen müsse. Habe ich einen freien Menschen gebunden, der nicht in meiner potestas sich befindet, so besitze ich weder ihn, noch durch ihn seine Sachen, weil mir sein eigener freier Wille eine Schwierigkeit darbietet.

l. 23 §. D. de adq. v. adm. poss. (Javolenus).

Item quaero si vinxero liberum hominem, ita, ut eum possideam, an omnia quae is possidebat, ego possideam per illum? Respondit, si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto: quod cum ita se habeat, multo minus per illum res ejus a te possidebuntur: neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.

Eben so wenig kann mir ein Sclave der davon läuft (fugitivus) wenn ihn nicht ein anderer ergreift, den Besitz rauben, den ich an ihm und an den von ihm detinirten Sachen habe. Denn sonst müßte ja dem Sclaven ein animus (besonderer Wille) zugegeben werden, den er als willenlose Person nicht besitzt.

l. 50. §. 1 D. de adq. vel am. poss. (Hermogenianus).

Per servum in fuge agentem, si neque ab alio possideatur, neque se liberum esse credat, possessio nobis adquiritur.

---

*) c. l. 10 D. §. 1. de adq. vel am. poss.

(l. 13 D. eodem Ulpianus).

Pomponius refert cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto. Nec est simile fugitivo namque fugitivus, idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione: at in lapidibus diversum est.

In dieser Stelle wird sehr fein zwischen dem Eigenthum (allgemeinen Willen) und dem Besitze (besonderen Willen unterschieden. Der erstere kann noch immer vorhanden seyn, wenn selbst die Sache nicht mehr in meinem Gesichtskreis liegt; der zweite aber nicht, er ist mehr an das Sinnliche und vor mir Seyende gebunden. Mit dem Sclaven ist es aber anders. Würde dieser sich meinem besonderen Willen durch die Flucht entziehen können, so müßte angenommen werden: er habe einen eigenen Willen, was seiner Qualität als Sclave widerspricht. Also nur indem ein Anderer ihn in Besitz nimmt, oder er sich selbst für frei hält, entzieht er sich meinem Besitze.

Und so wollen wir denn unsere Beweisführung aus dem Römischen Rechte, daß der Besitz hier überall als jus und nicht als Factum angesehen werde, mit des Kaisers Constantinus Worten beschließen, der in l. ult. C. de adq. et ret. poss. sagt: „Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem: aliam, quae jure consistit aliam quae corpore.

Da keiner hier mehr daran zweifeln soll, so ist es unnöthig dies noch länger in Zweifel zu ziehen.

Schluß.

Mit welchen Endbetrachtungen soll man eine Schrift schließen, die noch einmal die Revision einer Lehre übernehmen muß, welche unsers Erachtens zu den allereinfachsten und entschiedensten der ganzen Jurisprudenz gehört, der man aber dennoch von mehreren Seiten, in Beziehung auf das Streitige in derselben, den Namen der unsterblichen Controverse ertheilt hat? Was kann in der Rechtswissenschaft selbst Unsterbliches seyn, wenn leere Meinungen die Unsterblichkeit in Anspruch nehmen? Trotz dem haben wir nicht die Anmaßung, zu glauben, daß unsere jetzige Ausführung die entgegengesetzte Ansicht in den Köpfen ihrer entschiedenen Anhänger im Geringsten verdrängen wird.

Nach vielen Jahren wird man, ich weiß nicht in der wievielten Ausgabe des Savigny'schen Buches lesen:

„Da der Besitz an sich kein Rechtsverhältniß ist, so ist auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung, und sie kann es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletzt. Wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll."

Berlin, 1839.

Verlag von Veit und Comp.