Das heutige positive und nationale

Besitzrecht

in seiner Unabhängigkeit von der römischen possessio.

(Zugleich eine Denkschrift für die kommende Civilgesetzgebung.)

Von

Dr. Karl Joseph Seitz,
Landgerichtsrat in Schweinfurt (Bayern).

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).

1880.

.....
Das Recht der Uebersetzung in fremde Sprachen wird vorbehalten.
.....

Inhalts-Verzeichniß.

	Seite.
§ 1. Einleitung. Thema. Bedürfniß der Darstellung eines Besitzrechtes der „Gegenwart“. Ein nationales Rechtsinstitut. Gegenstände der Darstellung von Geschichte und Gesetze.	1
Inhaltsübersicht über die früher vom Verf. veröffentlichten dogmatischen Beweise für die Eigentumsnatur der röm. possessio in Grünhut's Zeitschrift für d. Priv. u. öff. R. der Gegenwart, 1879, Bd. VI, S. 408, 559, 694 ff.	15
A. Allgemeiner Teil.	
I. Die wirklichen „geschichtlichen Grundlagen“, aus welchen die bisher herrschende Besitzlehre construirt wurde:	
§ 2. a) Die römische possessio, eine röm. Eigentumsart und deren Verschiedenheiten von dem Besitze. — Geschichtlicher Ueberblick. Verschiedenheiten vom heutigen Besitzrechte und factischem Besitze. Functionen als relatives Eigentum oder besseres Recht. Der von Meißner vermehrte „einheitliche Begriff“ der possessio. Spuren eines wirklichen röm. Besitzes.	19
b) Heutiges deutsches Besitzrecht an körperlichen Gegenständen. — Rechtsbesitz. Recht zu besitzen. Verhältniß zur possessio und zum Factum. — Geschichtl. Bildungselemente: Gewere; Mißverständnis des röm. Rechts; moderne Bestandteile. Äußere geschichtliche Gestaltung. — Dingliche Natur. Körperlicher oder Rechtsbesitz? Besitztheorien. Positive Begründung: Recht der Privatdisposition und Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes. Bisheriger Klagenfuß. Construction der Rechtsätze.	28
§ 3. II. Die bisherigen „Auffassungen“ dieser geschichtlichen Grundlagen: Die bisher herrschende Besitztheorie.	45
§ 4. Die Verwertung dieser herrschenden Besitzlehre durch die modernen Proceßgesetzgebungen und deren Kritik im Allg. — Insbes. § 232 Abs. 2 der D.C.P.D. v. 1877.	50

§ 5.	Unhaltbarkeit der Principien dieser modernen Proceßgesetzgebungen im Einzelnen:	
	1) Verbot der Cumulation der bisherigen sogen. Besitzklage mit einer Klage aus dem Rechte.	61
	2) Unzulässigkeit des Uebergangs vom sog. petitorium zum possessorium.	66
	3) Ausschließung von Einreden aus dem Rechte im sog. possessorium.	67
B. Specieller Teil.		
§ 6.	Beseitigung der bisherigen Possessorien	73
§ 7.	Rückwirkungen einer richtigeren Besitzlehre auf die moderne materielle Eigentumslehre. Relatives Eigentum. Hand muß Hand wahren. Tradition oder Vertrag beim Eigentumsübergange	75
§ 8.	Rückwirkungen auf die Einheit des heutigen Eigentumsprocesses	82
§ 9.	Selbstständiger materieller Ausbau des heutigen Besitzrechtes und Casuistik desselben. — 1. Praktische Notwendigkeit eines solchen Rechtes. Logische Unmöglichkeiten der Subsumtion unter die possessio. 2. Kein animus domini, kein constitutum possessorium, kein Besitz alieno nomine, kein interdictum adipiscendae. Deutsche Besitzklage. 3. Erwerb. 4. Zeitliche Begrenzung. 5. Causae. 6. Arten. 7. Accessorische Natur. 8. Verlust des Besitzrechtes. Klagenverjährung	89
§ 10.	Processuale Einheit der heutigen Besitzklage.	111
§ 11.	Bisherige Anwendungen eines wirklichen deutschen Besitzrechtes in der modernen Gesetzgebung.	
	a) Kaufpfand des § 14 des Einf.-Ges. zur d. Concur.-Ord. — Der Concurverwalter des § 107 d. Conc.-Ord. v. 1877	112
	b) Particulargesetzgebungen	113
	c) Modificationen des Sazes: Kauf bricht Miete	114
	d) Das deutsche Besitzrecht im Strafrechte.	117
§ 12.	C. Darstellung des Verhältnisses des heut. absoluten und relativ. Eigentums zum deutschen Besitzrechte in der Fassung eines Gesetzentwurfes	119

Einleitung.

In der Einfachheit Wahrheit,
in der Wahrheit Größe des Rechts!

Mit übergebe ich der Jurisprudenz unsrer Gegenwart eine kurzgebrängte Skizze: den Versuch, das heutige praktische und nationale Besitzrecht — zum ersten Male unabhängig von dem lange gehegten Irrtume, als ob die römische *possessio* dieser unser Besitz¹⁾ sei, — in seinen positiven Grundzügen wie nebenbei in seinen legislativen Beziehungen darzustellen.

Seit einem Jahrtausend etwa hat man in nachrömischer Zeit unsren heimischen Besitz unter der Hülle der römischen *possessio* wiedergegeben. Wiederholt vom Jahre 1865²⁾ an habe nicht bloß

¹⁾ Vor allem mag es hier gestattet sein, nach bisheriger Übung unter dem Ausdrucke „Besitz“ regelmäßig, sofern sich nicht der Beisatz „faktischer“ Besitz findet, nicht diesen, sondern das heutige Besitzrecht zu begreifen. Solch' tropische Bezeichnungen des Rechts durch seinen Gegenstand (Metonymien) kennt innerhalb der Rechtssprache jedes, nicht bloß das heutige, vor allem auch das technisch vollendete röm. Recht. In den Worten *mutuum*, *depositum*, *commodatum*, *pignus*, *possessio*, *usufructus*, *hereditas* u. u. wird mittels des geliehenen u. Gegenstandes stets das Recht, die Obligation u. bezeichnet. So die Römer besagen uns direkt, daß sie dies beabsichtigen: l. 23 D. V. S. 50, 16; vergl. meine Erläuterung dieser Stelle in Grünhut's Zeitschr. Bd. VI, S. 712, § 18, Note 1.

²⁾ Zuerst habe ich die Eigentumsnatur der röm. *possessio* und deren Unanwendbarkeit als Besitz behauptet in meiner Schrift: Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule, Erlangen, Deichert, 1865, S. 140—159; und: Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage, und damit zur Kritik der herrschenden histor. Rechtsschule (der herrschenden Rechtsdarstellung) im Allg. Eine Studie vom Standpunkte einer wissenschaftl.

ich darzuthun versucht, wie logisch unmöglich diese Vergewaltigung ist³⁾ und wie tief sie unser Rechtsleben (schädigte⁴⁾); auch in der übrigen Jurisprudenz ist jüngst die Ueberzeugung mehr und mehr zur gemeinen Meinung durchgedrungen, daß das Wesen der als unser Besitz verwerteten röm. possessio noch keineswegs „entdeckt“ sei⁵⁾. — An deren Ergründung ist in diesem Falle der Wettstreit der Nationen, welche seit nachrömischer Zeit in geschichtlicher Reihenfolge in der Pflege des röm. Rechts um die Palme gerungen, sind die Bestrebungen einer Gloffe, der spätern italienischen, einer französischen und holländischen Jurisprudenz wie die Mustermonographie unsrer eignen seitdem herrschenden Schule spurlos vorübergegangen. — Die dogmatischen Beweise nun, von welchen ich hoffe, daß sie endlich zwingend darthun möchten, daß die römische possessio bis in die späteste Kaiserzeit niemals das phantasiereiche Gebilde des bisherigen romanistischen und bei uns gemeinrechtlichen Besitzes gewesen sein dürfte, habe ich seit etwa ein Vierteljahrhundert gesammelt, seitdem einer fortwährenden geschichtlichen wie praktischen Probe unterzogen und neuerdings in drei fortlaufenden Heften 2—4 des letztverfloffenen Jahrgangs von Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart⁶⁾ der

Empirie des pos. Rechts der Gegenwart und eines gegebenen nationalen Civilrechts in Deutschland, sowie nebenbei eine Replik gegenüber Ernst Immanuel Bekker, Jena, Mauke's Verlag (Hermann Dufft) 1873, insbes. S. 139—154. — Bekanntlich hat seitdem (zuerst Jahrbücher für Dogmatik, Bd. IX, S. 1 ff., 1868) Thering in der possessio eine Eigentumsposition, wenn auch noch nicht das geschichtl. Eigentum des röm. jus gentium ersehen. Ähnlich nach ihm Andere. Neuerdings nimmt auch Kinkel ein vermutetes Eigentum an in dessen krit. Bemerkungen in den Beiträgen zur Erl. d. d. R. von Rastow und Künzel (Gruchot) 3. Folge, 1. Jahrg. 1877, S. 734—5 zu Note 37.

³⁾ Vergl. unten § 9, Ziff. 1 a—d.

⁴⁾ Vgl. unten § 8.

⁵⁾ Die bekanntesten Klagen über die Besitzlehre, welche seit dem Mittelalter bis auf Savigny und wiederholt seit Bruns R. des Bes. 1848 S. 462 ff. hervortraten, haben sich in neuester Zeit bis zu einer Negation jeder bisherigen Lösung des vermeintlich römischen Besitzbegriffes gesteigert. Insbesond. bei Meißner, Besitz und Besitzeschuß 1876: „Das Wesen des röm. Besitzes und des röm. Besitzeschusses einheitlich zu bestimmen, ist noch nicht gelungen; eine einheitliche Rechtsidee, als deren Ausprägung der röm. Besitzeschuß angesehen werden kann, noch nicht gefunden. Vgl. auch E. F. Bekker, Münch. krit. Vierteljahrshr. Bd. 18, 1876, S. 21 ff.; näheres vgl. § 2, a unten.

⁶⁾ Grünhut's Zeitschr., Wien, Hölder, Bd. VI, 1879, S. 397 ff. 559 ff. 694 ff.

Deffentlichkeit überantwortet. Diese dürften näher ergeben, wie einzig wir selbst es sind, welche unsern eignen, uns angeborenen Besitzbegriff in diese antike Lehre hineingetragen, wie die römische *possessio* in ihrer antiken Wirklichkeit niemals als Besitz und stets nur als das absolute und relative Eigentum des röm. *jus gentium* und das sog. bessere Recht auftritt, und wie demzufolge die Subsumtion unsres heutigen Besitzrechts unter den röm. Eigentumsbegriff der *possessio* wohl als der größte Irrtum, als das große Märchen unsrer Civiljurisprudenz sich erweisen dürfte. Die *possessio* ist in Rom dasjenige Eigentum, welches durch Besitz — *corpore et animo domini* — u. a. lediglich „erworben“ wird, das Eigentum, dessen Titel (*causa*, wie das römische und, in dem Satze: *possessio vaut titre*, auch das französische Recht richtig erfasst), abgesehen von der *justa causa*: das bloße *Factum* des Besitzes ist, als dessen Klage neben den Interdicten die *actio Publiciana* nachweislich sich ergibt, und welches — auch selbst als bloße sogen. *possessio at interdicta* — nach dem Zeugnisse eines Paulus⁷⁾ noch immer „*plus juris*“ oder wörtlich: das bessere Recht oder das Eigentum gegenüber demjenigen ist, welchem nicht einmal Besitz oder *corpus* und *animus domini* zur Seite steht. Niemals dagegen ist dieselbe der heutige Besitzbegriff.

Auf die dort niedergelegten, wie ich hoffe entscheidenden Beweise will ich hier zur Vermeidung von Wiederholungen wie auf etwas bereits festgestelltes lediglich verweisen. Nur am Schlusse dieser Einleitung werde ich auch noch für denjenigen, welchem Grünhut's Zeitschrift und meine frühere Beweisführung nicht sofort zur Hand steht, zur bessern Veranschaulichung wenigstens eine kurze Inhaltsübersicht der dort gebotenen wesentlichsten dogmatischen Eigentumsbeweise der *possessio* beifügen. — Steht aber so, wie ich hoffe, für uns überzeugend fest, daß die *possessio* ein „Eigentum“ ist, dann ist wohl für uns hier auch die weitere Negative bereits erschöpft, daß diese *possessio* — ein Eigentum — nicht unser Besitz sein kann; und die Frage, welche für uns hier alsdann einzig zu lösen übrig bleibt, ist: „Was“ ist denn alsdann unser heutiges Besitzrecht? — —

Die Aufgabe des Folgenden ist demgemäß: aus der bisherigen herrschenden, gemeinrechtlichen Besitzlehre, welche noch in einem

⁷⁾ l. 2 D. uti poss. 43, 17.

bunten Gemenge die römischen Eigentumsbegriffe der *possessio* mit unsren germanischen Besitzbegriffen vermischt, die auch heute noch ewig wahren Begriffe des besseren Rechts und Eigentums der röm. *possessio* loszulösen. Gewissermaßen als verbleibender Rückstand wird sich alsdann der Begriff des heutigen deutschen Besitzrechtes in seiner Reinheit von selbst zeigen. Dieser ist so aus dem heutigen Rechtsleben, aus der heutigen positiven Gewohnheit und Ueberzeugung unmittelbar zu erfassen und „wiederzuspiegeln“. Während die röm. *possessio* als eine römische „Eigentumsart“ erscheint, wird das heutige Besitzrecht als das „Recht, eine fremde Sache faktisch zu besitzen“: als ein *jus in re aliena* sich uns bewähren. Auf diese Weise wird sich uns zeigen, wie heimische Gewohnheit sowie unsre bisherige Mißdeutung der röm. *possessio* uns ein Institut von praktischem und dauerndem Werte in der That neu geschaffen hat; wie die Anerkennung dieses reinen heutigen deutschen Besitzrechtes in seinen verschiedenartigen Anwendungen — beispielsweise in dem deutschen Faustpfande, dem Retentionsrechte, dem Lehensträger, dem Besitzer unter Eigentumsvorbehalte eines Dritten, dem Depositar, Finder, Pächter, Miether, *Commodatar* zc. — längst ein praktisches Bedürfnis war und ist, wie die Vergewaltigung unter die römische Lehre hier ganze bestehende, positive Rechtsverhältnisse ohne genügenden Rechtsschutz und teilweise rechtlos belassen hat.

Diese endliche Erfassung unsres wahren, gegenwärtigen Besitzrechtes aber dürfte heutzutage immer mehr gebieterisch an uns herantreten: auf positivem Gebiete wie namentlich auch drängend innerhalb der bevorstehenden Gesetzgebung. Sollte insbesondere die letztere gezwungen sein, das Märchen unsrer mittelalterlichen Besitzlehre — die Lehre, welche nach Bruns⁸⁾ trostlos ist und gegen das Leben wie seine praktischen Anforderungen nicht ausreicht — nun auch wieder für unsre kommenden Generationen zu fixiren: sollte unser erstes nationales Zivilgesetzbuch wieder das eigne deutsche Besitzrecht mißkennen und in seiner Entwicklung schädigen müssen! — Ja um so drängender dürfte das Bedürfnis nach einer Klärung eben jetzt an uns herantreten, als leider ohne genügende Klärung ein Ausfluß der geschichtlich wie logisch unmöglichen älteren Lehre, abgesehen von den modernen Partikular-

⁸⁾ Bruns, *Recht des Bes.* 1848, S. 462 ff.

gesetzgebungen, nun auch bereits — herausgerissen aus dem Systeme des Civilrechts — in eine Stelle der deutschen Reichsgesetzgebung übergegangen ist: § 232 Abs. 2 der deutschen Civilproceßordnung von 1877 charakterisirt bereits unter den Fesseln der früheren Lehre wieder unsere Besitzklage als einen „Gegensatz vom Rechte“, ein Satz, in welchem die Irrtümer der alten Lehre gipfeln, welchen erst kurz zuvor selbst E. J. Bekker als eine „Konstrosität“ bezeichnet, und von welchem die moderne Ueberzeugung sich mehr und mehr als von einer Unmöglichkeit abwenden dürfte.⁹⁾

Das Gewohnheitsrecht unseres heimischen Besitzrechtes nun allerdings wurzelt so tief und mächtig in dem Rechtsbewußtsein wie in dem Bedürfnisse unsres Volkes, daß seine Lehre im Grunde einer Darstellung bedarf: — nicht etwa, um dies Recht bei uns erst neuerdings einzuführen oder auch nur in Übung zu erhalten, sondern nur: — um dasselbe mehr und mehr zu klären, dessen ungestörte Erkenntniß und Entwicklung zu sichern und dessen Vorteile für das Leben um so rascher zu erschließen. Denn in der That: würde selbst heutzutage unsre Theorie und auch unsre Gesetzgebung dies unbewußt in unsrem Rechtsleben sich geltend machende Gewohnheitsrecht wieder verkennen, und würde die Gesetzgebung wieder mittels äußeren Nachtgebotes die römische possessio als heutiges Besitzrecht uns diktireen wollen, so würde wohl sicherlich das in uns lebende Gewohnheitsrecht des Besitzes, sich selbst Recht verschaffend, wiederholt auch diese neuerliche Fessel durchbrechen und über ihr geschriebenes Recht in ähnlicher Weise den Sieg davontragen, wie dasselbe schon bisher das in der römischen Gesetzgebung gebotene vermeintliche reinrömische Recht der possessio über den Haufen geworfen. Hat ja doch selbst ein Savigny, indem er die römische possessio in ihrer Reinheit herzustellen vermeinte, nimmermehr diese römische Eigentumsart, sondern nur wieder den heimischen, germanischen Besitzbegriff gelehrt. Sein Erfolg war daher einzig, daß er die heimische Praxis des verflossenen Jahrhunderts eine Zeit lang hemmte und mehr, als zuvor, zurückdrängte, während diese

⁹⁾ E. J. Bekker, Krit. Vierteljahrsschrift 1876, Bd. 18, S. 14 f. — Neuerdings v. Canstein in Grünhut's Zeitschr. für d. Privat- u. öff. R. d. Gegenw. Bd. V, 1878, S. 723 ff.; (dagegen noch Randa ebenda Bd. VI, S. 465); ferner Kindler, Krit. Bem. in den Beiträgen von Rastow und Künzel (Bruchot) 1877, 3. Folge I, S. 448 ff., S. 421, II. 1878, S. 50, 199, 536 zc.

bereits begonnen hatte, das deutsche Gewohnheitsrecht des Besizes von dem römischen Rechte unabhängiger und freier aus sich selbst zu gestalten. Das aber, was Savigny lehrte, war in der Wirklichkeit nimmermehr eine *possessio*, sondern nur wieder der der heimische „Besizbegriff“, freilich vermengt und gestört durch Einmischungen von, dem Besizrechte fremden Bestandteilen der römischen Eigentumslehre! — In dieser heutige Besizbegriff ist bereits nicht bloß bei uns allein positiv gegeben, sondern wohl bereits bei allen germanischen und romanischen Culturvölkern der Gegenwart; und wir stoßen in ihm so auf ein Institut, das — wir dürfen uns dessen mit berechtigtem Stolze rühmen — nicht etwa die antike Rechtsbildung der Römer auf uns vererbt, sondern in welchem umgekehrt wir Germanen es sind, welche die Mission der Bereicherung und Fortbildung des sonst größtenteils von den Römern überkommenen Rechtes übernommen; wir stoßen in ihm auf ein Institut, mit welchem wir nicht allein unser eigenes deutsches Recht vorteilhaft bereichert, sondern welches wir auch bereits auf fremde Gebiete übertragen haben, selbst auf solche, welche dereinst den Römern zu eigen waren. Denn wo immer germanische Völker sich niedergelassen oder dauernd mit fremden Völkern in Berührung gekommen sind, werden sich Spuren dieses unfres Besizrechtes verfolgen lassen. Bezüglich Italiens und Englands beispielsweise wird dies schon jetzt kaum bezweifelt¹⁰⁾, und die gleiche Rechtsidee hat wohl auch Frankreich¹¹⁾ mit uns

¹⁰⁾ Bezüglich Italiens vgl. *cod. civile* 694, 695 und Bruns Besitzlagen 1874, § 21, S. 227 mit Note 10; ferner art. 685, welcher dem franz. Rechte ähnelt. — Bezüglich der Eigentümlichkeiten des englischen Rechts vgl. m. das von Randa, bes. 2. Aufl. § 1 Note 13, b hervorgehobene Werk von Sundermann, *englisches Privatrecht*, 1864, bes. II. § 22, S. 309 ff., § 1, S. 141 ff. Namentlich dürfte der englische *estate* neben der *seisin* unsre Beachtung verdienen.

¹¹⁾ Ich wüßte nicht, wie unsre Jurisprudenz in art. 2228 des franz. *cod. civ.*, und zwar in dem Satze: *la possession est la „détention“ ou la jouissance* einen Einklang mit der röm. *possessio* wiederzufinden vermöchte. Freilich dürfen wir die noch ungeklärte Doppelnatur auch der französischen *possession* nicht verkennen, welche noch zwischen den Einflüssen des römischen Eigentumsbegriffes *possessio* und den germanischen Besizbegriffen bald den letzteren, bald einen Eigentumsbegriff (z. B. eben in dem Satze: *possession vaut titre*) wiedererkennen läßt; auch in art. 2228 c. c. selbst wird der Besizbegriff durch den zur Definition unmöglich passenden Zusatz: *ou par un autre* wieder getrübt; vgl. § 9, Z. 1, c. unten und § 4 mit §. 7, b.

gemein: bei keinem dieser Culturvölker besteht die römische possessio als Besitz zu Recht.

Ein von dem römischen verschiedenes, nationales Rechtsinstitut somit — wir können auf diese Weise nicht rechten, ob es da sein sollte: es ist in dem heutigen Besitzrechte gegeben und mit der Unanwendbarkeit des römischen Eigentumsbegriffes possessio durch unsre Gewohnheit unabhängig vom röm. Rechte positiv. In dieses scheinbar schwierigste Institut unsres Civilrechts, dieses aus der Theorie Savigny's für unser Volk unerfaßbare und vermeintlich fremdländische Recht, das Recht, dessen Schwierigkeiten bisher beispielsweise mit Grund als das vor allem unübersteigliche Hinderniß einer Beteiligung des Volkes an unsrer Civilrechtspflege selbst auch nur innerhalb der Thatfrage aufgeführt werden konnte — diese Besitzlehre kann jezt wohl ihren Grundbegriffen nach, gleichviel, ob wir aus sachlichen Gründen eine Civiljury für unmöglich erachten werden, so unmittelbar aus dem Volks-Leben und Bewußtsein und zugleich so allgemein, selbst auch für den geschwornen Laien verständlich wiedergegeben werden, daß es einer Belehrung des Laien durch unsre gelehrte Jurisprudenz hier kaum bedürfen würde; eher vielleicht umgekehrt: dürfte ja doch vielleicht in Grunde dies heimische Gewohnheitsrecht schon bisher im Volksleben in Folge seiner unmittelbaren Anschauung der heimischen Rechtsgewohnheiten richtiger erfaßt worden sein, als von unsrer, durch eine herrschende ältere Rechtsschule von dem unmittelbaren Erfassen des Lebens des Rechts abgelenkten, gelehrten Jurisprudenz. Denn, wer aus dem Volke — welcher Laie — verstünde bei uns nicht schon längst vielleicht richtiger als unsre bisherige romanistische Jurisprudenz, was es bei uns bedeuten sollte, wenn an ein und derselben Sache dem Einen das Eigentum, dem Andern ein bloßer Besitz rechtlich zugestanden werden sollte?

Zur Erkenntniß dieses unsres heimischen Besitzrechtes somit, namentlich bei dem Fortschreiten der Arbeiten unsrer Civilgesetzgebung, möchte die vorliegende Skizze noch rasch nach Kräften beitragen können. — Damit glaubt der Verf. zugleich seinen Freunden ein Versprechen vollends lösen zu können, dessen Lösung derselbe seit den, in Note 2 allegirten Schriften, sowie unlängst auch in einem Juristentagsgutachten zugesichert.¹²⁾

¹²⁾ Vgl. mein Juristentags-Gutachten über die Frage: Soll das Eigentum nach dem d. bürgerl. Gesetzbuche durch Vertrag allein oder durch Tradition

Auf diese Weise glaubt der Verf. aber ferner jetzt vielleicht auch jene ernst-wissenschaftliche und hochverdiente Richtung mehr und mehr versöhnen zu können, welcher er dereinst in einem wissenschaftlichen Principe aus sachlich gebietenden Gründen entgegenzutreten zu müssen glaubte,¹³⁾ und gedenkt derselbe in der Darlegung des Wesens des vermeintlich römischen Besitzrechtes einen neuerlichen Beweis zu bieten, wie praktisch unabweisbar die damalige Hinweisung auf die Notwendigkeit von Reformen in der Findung und Darstellung unsres heutigen positiven Rechts gewesen, und wie doch im Grunde derselbe damit selbst nur — seine eigne Pietät gegen Autorität unterordnend — höheren Geboten der Sache des Rechts wie der Notwendigkeit unterthänig gewesen ist. Denn dieselben Gegensätze, wie damals, werden sich in der heutigen Besitzlehre wieder notwendig zeigen und zu überwinden sein.

Die Darstellung der positiven Besitzlehre nämlich durch die ältere historische Schule und deren Haupt Savigny fußt zwar ohne Zweifel auf einer Geschichte; jene Geschichte aber, welche in der vorliegenden Lehre in der Wirklichkeit eine römische „Eigentumsart“ possessio als heutigen „Besitz“ wiedergab, dürfte eben deshalb kaum die wahre, positive Geschichte unsres heutigen Rechts sein können. Und da auch das heutige Gewohnheitsrecht des Besitzes unzweifelhaft auf einer Geschichte beruhen wird, so mußte eben deshalb wohl ein Unterschied zwischen „Geschichte und Geschichte“ sein und damals gesucht werden. Der damals von mir angeregte Gegensatz zwischen positivem und nicht positivem Dogma ruht somit vor allem nicht außerhalb, sondern innerhalb der Geschichte, innerhalb der geschichtlichen Anschauung und Richtung im Allgemeinen. Von demselben Dualismus unsrer Rechtsdarstellung, innerhalb dessen zwei Richtungen — als herrschende Theorie und herrschende Praxis, als historische Schule und als Präjudicienpraxis — längst im Allgemeinen verschiedene Geschichte oder jede auf andere Weise ihr geschichtliches Recht als ein verschiedenes positives darstellen zu können vermeinten, innerhalb dieses Dualismus, welcher einerseits in Savigny's System und andererseits in

erworben werden? in den Verhandlungen des 14. deutsch. Juristentages Bd. I, Heft 2, 1878, S. 56 ff.

¹³⁾ Vgl. die in Note 2 allegirten Schriften: Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule, 1865, und: Zur Kritik der heutigen Negativien- und Confessorientlage :c., 1873; vgl. auch unten Note 15.

J. A. Seuffert's Archiv längst zur Darstellung eines systematisch verschiedenen Rechts im Allgemeinen geführt, konnte doch nur die eine Geschichte auch theoretisch als die wahre und positive sich bewähren. Dieser Dualismus also von Theorie und Praxis, welchen bereits Savigny selbst dereinst als das Hauptübel unsres Rechtszustandes bezeichnete,¹⁴⁾ mußte endlich wissenschaftlich und generell gelöst und beseitigt werden, wenn nicht die Wahrheit unsrer Rechtsdarstellung auch für alle Folgezeit Schaden leiden sollte. Sene Gegensätze sind ja so alt, wie die Reception des röm. Rechts; sie würden sonst ungelöst insolange zum Schaden des Rechts wie des Rechtstuchenden fortbestehen, als irgend eine gelehrte Jurisprudenz vermeinen würde, das Recht sei nicht aus dem jeweiligen positiven Rechtsleben unmittelbar nach den jeweiligen Ausflüssen der Rechtsquellen zu erfassen, sondern irgend ein überliefertes oder fremdes Recht schon, wie etwa das römische, könne heute an sich schon positive Geschichte sein. Daß dieser Gegensatz zwischen romanistisch-historischer Richtung und einem lebenden Rechte der jeweiligen Praxis außerhalb des röm. Reichs von jeher bestand, wenn auch nicht in dem Grade verschärft, wie seit Hugo's und Savigny's Darstellung des reinen römischen Rechts, beweist uns ja zur Genüge schon ein flüchtiger Blick auf Savigny's eigne Geschichte des röm. Rechts in dem Mittelalter. Auch bereits neben einer Glosse, welche zuerst das reine römische Recht aus der Vergessenheit hervorzog, war in Italien bereits eine „praktische“ Richtung entstanden, welche versuchte, den Bedürfnissen des wirklichen damaligen Lebens gegenüber der antiken römischen Rechtsauffassung gerecht zu werden. — Und die Aufgabe, diesen fortwährenden Gegensatz endlich wissenschaftlich zu lösen, diese unabweisbar notwendige Lösung, die bisher keinem der übrigen Culturvölker gelungen, welche sich in geschichtlicher Reihenfolge der Pflege des klassischen römischen Rechtes angenommen, — diese Ehrenaufgabe ist es somit, welche der deutschen Jurisprudenz vorbehalten erscheint; denn bisher wurde dieser Gegensatz wohl allerorts zwar durch die Gesetzgebung gewaltsam zerhauen, nicht aber wissenschaftlich gelöst, und deshalb drang sich mir früherhin das Bedürfnis auf, zu versuchen, das wissenschaftliche Princip der Findung und Darstellung des heutig wirklich positiven

¹⁴⁾ Savigny, System Bd. I, Einleitung S. XXV.

Rechts — und damit diese Gegensätze zwischen Theorie und Praxis, zwischen Geschichte und Geschichte — endlich zu lösen, dasselbe Princip, welches vor allem in dieser Lehre wieder für uns präjudiciell erscheinen wird.

Ohne Zweifel war ja dereinst die Gründung der historischen Rechtsschule durch Hugo und Savigny ein mächtiger Fortschritt unsrer Civiljurisprudenz. Es verbleibt eine ewige Wahrheit, daß das positive Recht nicht aus subjektiver Willkür, sondern aus geschichtlich gegebenen Thatfachen und der jeweiligen Überzeugung des Volkes zu ersehen ist. Aber mußte diejenige geschichtliche Richtung nicht nichtsdestoweniger unwahr und selbst zum unpraktischen „Zerrbilde“ werden, welche im Besitze wie im sonstigen Rechte die für uns gegebene positive Geschichte — das bei uns positiv Geschehene — regelmäßig schon in dem, was in Rom geschah, somit in einem anderen Zeitmomente und Orte fand, als in dem, was bei uns selbst in unsrer eignen Gegenwart geschieht? Die Geschichte ist niemals Stillstand, sondern rastlose Bewegung. Es galt also damals unzweifelhaft, die richtigere geschichtliche Basis im Principe uns im Allg. zum Bewußtsein zu bringen, welche jeweilig durch diese eben berührte Bewegung die positivere ist. Jede geschichtliche Rechtsdarstellung, auch die ältere historische, fußt zwar allerdings auf unveränderlichen äußeren Rechtsquellen, aus denen das positive Recht erfließt, insbes. auf Gesetz und Gewohnheit. Diese äußeren Grundformen der Rechtsströmung zwar sind wohl ewig unveränderlich, gleich etwa der Hülle und Leitung, aus welcher der lebende Quell erfließt. Aber das, was aus diesen Grundformen erfließt — das Product dieser Quellen — ist ein anderes in der römischen oder sonstigen Vergangenheit einerseits und unsrer Gegenwart andererseits. Neben der römischen Gesetzgebung erfließt namentlich im heutigen Rechtsleben ein reiches heimisches Gewohnheitsrecht; dieses letztere ist es, was die Präjudicien der Praxis eben uns vor allem stets von Neuem zu Tage fördern, sobald nur die Praxis selbst dies erfährt. Diese Präjudicien aber finden sich seit Johann Adam Seuffert's Archiv in unzähligen praktischen Zeitschriften gesammelt, und deren gesammelte Entscheidungen bilden die, wenn auch nicht mit Gesetzeskraft ausgestatteten „Pandekten“ eines heutigen positiven Civilrechts; ähnlich wie sich die Präjudicien einer wirklichen römischen Rechtsprechung und „Praxis“ in den Pandekten des röm. corpus juris gesammelt vor-

finden. Schon jetzt ergeben daher die Präjudicien aus Seuffert's Archiv und den sonstigen zahllosen praktischen Zeitschriften, wenn zu einem System verarbeitet, aus diesem Grunde notwendig an Principien wie einzelnen Rechtsfällen ein ganz anderes nationales System des Rechts, als das System Savigny's; denn Savigny hat einzig die Ausflüsse einer Gesetzgebung, die Aufzeichnungen eines reinen römischen, des canonischen Rechts und etwa der älteren Reichsgesetzgebung beachtet; in dem neben dieser Rechtsquelle stehenden heutigen Gewohnheitsrechte aber hat bisher die Praxis allein die Fortbildung unsres Rechts controlirt und dieselbe aufgezeichnet; dies Gewohnheitsrecht somit hat Savigny vollständig vernachlässigt. Savigny und die ältere historische Schule hat so eben deshalb nur halbe Wahrheiten des Positiven zu Tage zu fördern vermocht. Diese Schule ist groß durch das Verständniß der römischen und sonst überlieferten Geschichte; was ihr mangelt, ist das Verständniß einer unmittelbaren Erfassung unsres positiven Lebens: der „lebenden Geschichte“ oder der Geschichte in ihrer Bewegung innerhalb der jüngsten momentanen Gegenwart und damit: des endgültig Positiven. Das Recht der Schule Savigny's ward so, wie wir im Besitzrechte ersehen, nicht selten ein von uns gelerntes und gelehrtet, nicht aber ein — von uns selbst — verstandenes.

Damit mußte vor allem die Basis des positiven Civilrechts, welche die ältere historische Schule fand, praktisch geradezu umgekehrt werden. Statt mit ihr das römische Recht schon principiell als positive Basis anzuerkennen und dasselbe eine Zeit lang in seiner Entwicklung durch das Mittelalter zc. zu verfolgen, mußte gerade umgekehrt gesagt werden: jede Geschichte zerfällt in zwei Pole: in eine Vergangenheit und in eine Gegenwart; und nicht der erste, sondern gerade umgekehrt der zweite dieser Pole: nicht irgend welche römische oder sonstige geschichtliche Vergangenheit ist im Principe schon positiv, sondern umgekehrt einzig die „lebende Geschichte“, welche aus den positiven Ausflüssen der Rechtsquellen innerhalb der jeweiligen Gegenwart erfließt; positiv ist allein, was positiv geschieht oder was wir empirisch aus der Erfahrung der heutig gegebenen Ausflüsse der positiven Rechtsquellen der Gegenwart ersehen. Jene rein römische und sonstige Geschichte Savigny's dagegen kann uns, wo immer die positive Gegenwart von ihr abweicht, wohl die von uns niemals zu ver-

nachlässigende und zu mißachtende Erklärung, das Motiv des geschichtlich Gewordenen bieten, das geschichtlich und positiv Gewordene selbst dagegen zeigt allein unsre Gegenwart: Darin, in dieser Verbindung von historischer Theorie und der Praxis, von Lehre und Wirklichkeit wird sich uns die höchste Vollendung der Erfassung eines positiven Rechts ergeben, und zugleich ein System unsres nationalen Rechts.

Bei solch' dualistischen Gegensätzen unsres gemeinen Civilrechts hat man auch wohl von jeher mit Grund gerade die Besitzlehre als die Musterlehre unsres heutigen Civilrechts bezeichnet. Ihr Verständniß ist in der That der Schlüssel zum Verständniß des röm. wie des heutigen Civilrechts überhaupt; in deren richtiger Darstellung bewährt sich und mit ihr steht oder fällt in der That die Berechtigung der jeweiligen Schule oder des jeweilig herrschenden Princips einer heutigen positiven Rechtsdarstellung. Derjenige, welcher sieht, wie diese eine Lehre eine unwahre ist, wie hier beispielsweise selbst ein röm. Eigentum als heutiger Besitz dargestellt ward, sieht wohl von selbst auch, daß die ganze Richtung, welche zu solcher Darstellung führen konnte, eine im Principe ungenügende und der Reform bedürftige sein mußte: denn ganz ebenso, wie dieses einzelne heutige Besitzrecht im deutschen Volke als ein ganz anderes positiv dasteht und lebt, als die herrschende Besitztheorie der älteren historischen Schule Savigny's, ganz ebenso lebt auch ein im Darstellungsprincipe anderes heutiges nationales Rechtssystem in praktischer und positiver Wirklichkeit, und noch manches andere Einzelinstitut mag daher in gleicher Weise positiv zu reformiren sein; ich habe darauf bereits früher in einer praktischen Zeitschrift hingewiesen.¹⁵⁾ Diese Lehre somit vor Allem zeigt uns, wie wir unter der Herrschaft der älteren historischen Schule einer besseren historischen Richtung bedurften, welche Theorie und Praxis, Lehre und Leben vereint.

Aber auch diese principiell praktische Richtung des „positiven Rechts der Gegenwart“, diese jetzt gebotene und neuere geschichtliche Richtung, welche ich zuerst im Jahre 1865 in meinem „praktischen Rechtsbedürfnisse der Rechtsreform gegenüber der

¹⁵⁾ Vgl. meine Abhandlung: „Die heutigen Gegensätze zwischen Praxis und Theorie, sowie das positive, nationale Civilrecht in Deutschland“ in der jurist. Wochenschrift (Organ des deutschen Anwalt-Vereins), Berlin, Möser, Bd. V, 1876, S. 9, 17, 25 ff.