# BESITZ UND BESITZWILLE

VON

**OTTO WENDT**

ORD. PROFESSOR DER RECHTE IN TÜBINGEN

ALFRED TÖPELMANN
(VORMALS J. RICKER'S VERLAG)
GIESSEN 1907

*Sonderabdruck aus der*

# FESTSCHRIFT,

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT GIESSEN

ZUR DRITTEN JAHRHUNDERTFEIER
DER ALMA MATER LUDOVICIANA

ÜBERREICHT VON IHREN FRÜHEREN DOZENTEN:

BELING, COSACK, FRANK, GAREIS, HEIMBERGER,
HELLWIG, JUNG, v. LISZT, REGELSBERGER,
REHM, L. v. SEUFFERT, STAMMLER,
v. THUDICHUM, v. WENDT.

Unser B.G.B. hat den Besitzschutz auf neuen Grundlagen und Voraussetzungen aufgebaut und sich vom Römischen Recht in vielen Beziehungen ganz freigemacht. Das ist eine feststehende, allen genügsam bekannte Tatsache. Freilich, wie weit die Abweichungen reichen und ob nicht im einzelnen dennoch Sätze des Römischen Rechts auch heute noch zu wiederholen sind, bleibt noch der Untersuchung ausgesetzt. Gleich hierbei beginnen schon die Meinungsverschiedenheiten; sie betreffen vor allem die Bedeutung des Besitzwillens, den die Mehrzahl der Schriftsteller aus dem Tatbestand des Besitzes und den Erfordernissen des Besitzerwerbes gestrichen glaubt, während eine Minderheit auch heute noch zu der Regel des Römischen Rechts sich bekennt: ignoranti non acquiritur possessio. Wenn man die Stimmen zu wägen, statt nur zu zählen vermöchte, so möchte es wohl zweifelhaft sein, wohin das Zünglein der Wage sich neigen würde. Denn es ist bemerkenswert, daß gerade hervorragende Lehr- und Handbücher sich der breiten Strömung entgegenstemmen und den Besitzwillen (in näher zu bestimmender Bedeutung) auch jetzt als für die Regel erforderlich verteidigen. Man vergleiche nur die Werke von Crome, Dernburg, Endemann, Gierke, Lehmann, Landsberg. Kommentare dagegen, Abhandlungen und vor allem Dissertationen stehen überwiegend auf der anderen Seite und sind in ihren kritischen Urteilen schnell mit dem Anathema bei der Hand, daß ihre Gegner noch in historischen Reminiszenzen befangen seien und sich in das neue Recht noch nicht genügend hineinzufinden vermöchten. Oberste Behauptung ist bei ihnen durchweg, daß das Gesetzbuch mit Bewußtsein und Absicht den Besitzwillen beseitigt habe, und daß es danach unstatthaft sei, ihn dennoch wieder in das Gesetz hineinzutragen. Als Folgerung wird auch ausgesprochen, daß jetzt auch die Scheidung von Detention und juristischem Besitz ganz hinweggefallen und dem Gesetzbuch ein Besitz in fremdem Namen, ein alienae possessioni ministerium praestare unbekannt sei.[1]

[1] Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre. Gruchot, Beiträge, Jahrgang 42 S. 645—683, 1898.

Und doch werden wir bekanntlich durch B.G.B. § 855 sofort über das Gegenteil belehrt; der in unserer Terminologie trotz gelegentlichen Widerspruchs eingebürgerte Besitzdiener ist doch nichts als eine Übersetzung jenes ministerium praestare. Wohl sind die Fälle der unselbständigen Inhabung auf ein verhältnismäßig kleines Gebiet (in Vergleichung mit dem Römischen Recht) eingeschränkt; aber innerhalb desselben heißt es noch immer: possidet cujus nomine possidetur. „So ist nur der andere Besitzer", sagt § 855 dementsprechend. Hier also von einer detentio nomine alieno zu sprechen im Gegensatz gegen juristischen Besitz, wird doch niemandem verwehrt sein dürfen, und von einer unstatthaften Verwendung eines etwa abgetanen römischen Begriffs kann gewiß nicht die Rede sein.

Natürlich handelt es sich, wenn jetzt vom Besitzwillen die Rede ist, nicht mehr um jene Fragen des Pandektenrechts, die Jhering zu seinem Buch über den Besitzwillen veranlaßten, nicht mehr um jene Bemühungen, den Besitzwillen des Römischen Rechts so zu bestimmen, daß die Definition allen Gruppen des juristischen Besitzes gerecht zu werden vermochte. Das alles ist in der Tat abgetan, und wir können zufrieden sein, daß es so ist und daß wir dafür keine Arbeit mehr aufzuwenden brauchen. Alle Verschiedenheiten zwischen Eigenbesitz, Nutzungsbesitz, Verwaltungsbesitz und was man sonst noch daneben stellen könnte, bleiben jetzt für das Besitzrecht als solches gleichgültig. Der Besitz ist in allen diesen Fällen völlig der gleiche, tatsächliche Gewalt über die Sache, und alle Besitzer genießen den gleichen Schutz gegen verbotene Eigenmacht. Nur die Besitzdiener des § 855 und die Auchbesitzer des § 868 nehmen jetzt eine Sonderstellung ein. Wie weit daran aber das Willensmoment beteiligt ist, bleibt noch einer besonderen Erörterung ausgesetzt.

Gänzlich unabhängig hiervon ist nun aber die andere Frage, ob zum Besitzerwerb, der im Gesetz als die Erlangung der tatsächlichen Gewalt beschrieben ist, nicht doch ein entsprechender Wille gehöre und erforderlich sei.

1. Wenn die römischen Juristen die Möglichkeit eines ungewollten, unbewußt bleibenden Besitzerwerbes ganz abgelehnt und nur beim Pekuliarerwerb der Sklaven und Hauskinder utilitatis causa eine Ausnahme zugelassen haben, zu deren Rechtfertigung überdies auf die in der concessio peculii allenfalls zu findende allgemeine Ermächtigung Bezug genommen werden konnte, so sind damit Anschauungen zur Geltung gebracht, die mit dem zweifelhaften animus domini überhaupt nichts zu tun haben, eben deswegen auch eine bleibende Wahrheit beanspruchen und von uns, trotz der veränderten Grundlagen des Besitzschutzes, ebenfalls noch wiederholt werden können und müssen. So heißt es also: