

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 22 (1903)

Artikel: Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis : nach dem schweizerischen Civilgesetz-Entwürfe

Autor: Zycha, Adolf

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896591>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 17.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis

nach dem schweizerischen Civilgesetz-Entwurfe.

Von Prof. Dr. ADOLF ZYCHA

zu Freiburg i. Ue.

Uebersicht:

I. Die Form der Eigentumsverfolgung. § 1. Ueberblick über die Klagform. § 2. Die Konstruktion der „Besitzesklage.“ § 3. Die Besitzesklage im Dienste der Eigentumsansprüche auf Herausgabe. § 4. Historische Grundlagen. § 5. Ergebnis. — II. Der Verkehrsschutz des fahrenden Gutes. § 1. Rechtserwerb an anvertrauten und sonst unter Verkehrsschutz gestellten Sachen. § 2. Unerwerblichkeit abhandengekommener Sachen. Der Lösungsanspruch. § 3. Schlussbefund und Gutachten.

Nach zwei Zielpunkten hin führt die jüngste Civilgesetzgebung bei Ordnung des Schutzes der Rechte an fahrendem Gut weit ab vom gemeinrechtlichen System. Einmal materiell, in der auch schon von älteren Kodifikationswerken verfolgten Richtung der Begünstigung des Erwerbs im Verkehre; sodann formell dadurch, dass sie neue Pfade einschlagend, eine weitgehende Erleichterung der Verfolgung dieser Rechte, vorab des Eigentums, auf ihre Fahne schreibt.

Beide Rechtsgedanken, scheinbar im Widerstreit, da der eine auf Herbeiführung des Erwerbes Dritter, der andere im Gegenteil auf die Abwendung des eigenen Verlustes sich richtet, stehen mit einander dennoch im Einklang; denn der zweite zielt nur auf die Form des Rechtsschutzes, das wie? ab, der erste aber auf das ob. Immerhin handelt es sich insoferne um einen Gegensatz, als praktisch genommen eine erschwerte Angriffs-

form dem tatsächlichen Sachgenuss des Erwerbers ebenso zugute kommt, wie andererseits jede Erleichterung des Angriffs die Erwerbssicherheit beeinträchtigt.

Sowohl die Tendenz der Vindikationserleichterung wie auch die der Verkehrsbegünstigung gründet die Theorie historisch auf das deutsche Recht. Das römische System fusst auf den beiden Grundsätzen in ihrer Umkehrung: es lehnt den Erwerbsschutz, dem es das unverlierbare Eigentum entgegensetzt, ab, fördert aber nicht die Verfolgbarkeit dieses Eigentums, sondern erschwert und unterbindet sie zum Teil durch das ausnahmslose Erfordernis der Fundierung der Klage auf das nach rückwärts zu erweisende Recht des Klägers.

Neben dem historisch-deutschen und dem römischen ist noch ein drittes System, nämlich die Verbindung der erschwerten römischen Vindikation (und daneben einer modernisierten a. Publiciana) mit dem Verkehrsschutz in Geltung getreten und dieses hat bis zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich die breiteste Herrschaft ausgeübt.

Die Verkehrsbegünstigung vollzieht sich nach der Regel „Hand wahre Hand;“ in abgeschwächter Form wird sie durch Gewährung eines „Lösungsanspruchs“ gegen den Kläger vermittelt. Die Vindikationserleichterung aber soll erreicht werden durch die Verwertung der Bedeutung des Besitzes für das Recht.

Wie sich der schweizerische Civilgesetzentwurf nach der einen und nach der andern Richtung hin stellt, will die folgende Abhandlung untersuchen. Sie hat es vorwiegend mit dem 25., der Lehre vom Besitz gewidmeten Titel des Gesetzentwurfes zu tun, einem der originellsten, aber auch schwierigsten Teile des ganzen Werkes. Erschöpfung des Themas ist keineswegs beabsichtigt, ebensowenig fallweise eine tiefergreifende Ausbeutung der Kasuistik. Es soll lediglich durch Erörterung der Grundfragen Anregung gegeben werden. — Die Fassung der einschlägigen Artikel des Entwurfes legt es nahe, vom Verkehrsschutz erst an zweiter Stelle zu handeln.

I. Die Form der Eigentumsverfolgung nach dem Entwurfe.

§ 1. Ueberblick über die Klagform.

1. Der Entwurf unterscheidet „Besitzesschutz“ (Art. 968—971) und „Rechtsschutz“ (Art. 972—979). Die dem Besitzschutz dienende Klage trifft nur den Entzieher oder Störer des Besitzes¹⁾ und schliesst jede Rücksichtnahme auf ein etwaiges Recht des Beklagten, die Sache zu besitzen, aus.

Durch den Wegfall dieser Beschränkungen erweitert sich der Besitzesschutz zum Rechtsschutz. Denn auch Rechtsverfolgung geht aus vom Besitz. Die Klage, undeutlich „Besitzesklage“ („action possessoire“) genannt (Randrubrik zu Art. 974), wird „aus dem Besitz“ gegeben. Gegen sie kann sich der Beklagte „auf sein besseres Recht berufen“ (Art. 974, 2), ausgenommen, wenn der Kläger ihn „wegen eigenmächtiger²⁾ Entziehung oder Störung des Besitzes“ belangt (Art. 974, 1).^{3) 4)} Durch dieses Verhältnis zur Verteidigung

¹⁾ Vorausgesetzt wird „verbotene Eigenmacht“ (969; 970). Wann Eigenmacht erlaubt ist, wird weder im Entwurf, noch im Obligationen-Recht durchgreifend geregelt.

²⁾ Die Qualifizierung der Eigenmacht als verbotener ist hier offenbar im Sinne der Art. 969 und 970 zu subintelligieren.

³⁾ Die Fassung „Wer wegen eigenmächtiger Entziehung oder Störung des Besitzes klagt, ist ohne Rücksicht auf sein Recht in seinem [bei Entziehung?] Besitze zu schützen,“ ist insoferne nicht einwandfrei, als der Wortlaut zulässt — was doch kaum gemeint sein kann, — dass nicht bloss dem Entzieher, sondern überhaupt im Falle vorausgegangener Besitzentziehung dem Beklagten die Verteidigung abgeschnitten werde (spoliatus ante omnia restituendus!), wodurch z. B. der wahre Eigentümer davon abhängig wäre, ob etwa einem früheren unberechtigten Besitzer die Sache gestohlen wurde. Abgesehen aber hievon lässt sich die Bestimmung auch an sich m. E. nicht rechtfertigen. Es ist eine zu weit gehende Verdammung der Eigenmacht und widerspricht der überall im Volke anerkannten Bedeutung des Rechtes an der Sache, wenn der unberechtigte Besitzer nicht nur dem ihn entwerenden Eigentümer wie jedem andern Gewalt entgegensetzen (Art. 968) und im Besitzverfahren gegen ihn Schutz verlangen darf (Art. 969 ff.), sondern wenn er auch obendrein noch im Petitorium geschützt werden soll — doch natürlich nicht definitiv. — Neben Art. 974, 1 schiene übrigens eine besondere

wird die „Bedeutung der Besitzesklage“ (effet des actions possessoires, Randrubr. a. a. O.) ausgesprochen.

2. Aus dem Besitz klagen heisst, der Begriffsbestimmung des Besitzes im Art. 961 gemäss: aus dem Verhältnis tatsächlicher Gewalt über eine bewegliche oder unbewegliche Sache (Sachbesitz), beziehungsweise bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten aus der tatsächlichen Ausübung des Rechtes (Rechtsbesitz) eine Klage erheben.⁵⁾

Der geltend gemachte Besitz kann sein a) ein gegenwärtiger oder b) ein früherer; ferner im Falle a wie b entweder aa) ein unmittelbarer oder bb) ein mittelbarer — denn nach Art. 962 ist bei Hingabe einer Sache „zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht“ sowohl der Geber wie der Empfänger Besitzer.⁶⁾

Gegenwärtiger Besitz ist in Ermangelung unmittelbarer Sachherrschaft nur solange vorhanden, als die Besitzvermittlung nach dem Willen beider Teile währt. Wer den Besitzmittler nicht mehr als solchen gelten lassen will und ihm die Sache abverlangt, wird, da niemand gegen seinen Willen durch einen andern besitzen kann, zum früheren Besitzer; ebenso

Besitzstörungs- oder Entsetzungsklage entbehrlich. Und wie soll es um die Frist des A. 971 stehen?

4) Die Formulierung des Art. 974, 1 „ohne Rücksicht auf sein [d. h. des Klägers] Recht“ ist gegenüber der analogen Bestimmung für die Besitzschutzklage auffallend, da hier das Recht des Beklagten ausgeschlossen wird. Gemeint ist in beiden Fällen, dass der Beklagte die Rechtsfrage nicht aufwerfen dürfe (was er nach Art. 974, 2 nur durch Behauptung eigenen Rechtes könnte). Am einfachsten wäre: „ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitz.“ — Durch Art. 974, 1 (ebenso im possessorischen Verfahren) wird m. E. auch eine Widerklage ausgeschlossen. Vergl. betreffs dieser Frage für die Besitzklagen des deutschen B. G.-B. die zutreffenden Bemerkungen von Kisch in Grünhuts Zeitschrift XXIX (1902), S. 525 ff.

5) Blosser Besitzdienerschaft kann, obschon sie der Entwurf nicht ausschließt, gleichwohl nicht in Frage kommen; sie ist kein Besitz.

6) Die Randrubrik zu Art. 962 spricht von „selbständigem“ und „unselbständigem“ Besitz, ohne dass sich aber erkennen liesse, auf welche Kategorie der eine und der andere Ausdruck Bezug hat. M. E. kann von Unselbständigkeit überhaupt nur beim Besitzdiener gesprochen werden, in welchem Sinne Strohal den Ausdruck „unselbständige Inhabung“ anwendet, Jherings Jahrb. XXXVIII (1898), S. 5. [S. jetzt Hubers Motive III, S. 357].

wenn jener den Vertreterwillen aufgibt, und der andere somit nicht mehr durch ihn die Gewalt auszuüben vermag.

Die mit Berufung auf gegenwärtigen Besitz geltend zu machenden Ansprüche sind vornehmlich negatorischer Natur⁷⁾ und Schadenersatzansprüche; auf früheren Besitz können gestützt werden alle Ansprüche auf Wiederherstellung des vorigen Besitzzustandes, bezw. auf Schadenersatz oder Erstattung der Bereicherung.

Zur Durchsetzung von Herausgabeansprüchen, darunter des uns speziell interessierenden Eigentumsanspruches wegen vorenthaltenen Besitzes aus Art. 644 („Wer Eigentümer einer Sache ist... kann sie von jedem herausverlangen, der sie ihm vorenthält,“) dient also die Klage aus früherem Besitz, sei er unmittelbar oder mittelbar.

Für die Herausgabeansprüche an beweglichen Sachen,⁸⁾ worunter nach Art. 706 nur „die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen,⁹⁾ sowie die Naturkräfte,¹⁰⁾ soweit sie nicht zu den unbeweglichen gerechnet werden,“ zu zählen sind (vgl. Art. 658), gelten die besonderen Bestimmungen der Art. 976—979 (in Verbindung mit Art. 972 und 973).¹¹⁾

⁷⁾ Materiell fusst der negatorische Anspruch des Eigentümers auf Art. 644, 3. M. Rümelin, der Vorentwurf eines schweizerischen Civilgesetzbuches, Schmollers Jahrbuch XXV, 1901, (auch separat), S. 1588, wünscht eine besondere und inhaltsreichere Bestimmung.

⁸⁾ Das deutsche B. G.-B. gibt eine Klage aus dem Besitz (§ 1007) nur für solche Ansprüche.

⁹⁾ Also kommen Rechte nicht in Betracht, auch wenn an ihnen ein Rechtsbesitz (s. oben) anerkannt wird.

¹⁰⁾ Die Naturkräfte können aber nur in Frage kommen, soweit die Begriffe „anvertraut,“ „gestohlen“ u. s. w. der weiter zitierten Artikel anwendbar erscheinen. Ueber die Neuerung in der Sache selbst vgl. Rümelin, a. a. O. S. 1547 ff.

¹¹⁾ Für die Immobilien des Grundbuches enthält eine spezielle Regel der Art. 975, auf welchen hier nicht näher einzugehen ist. Er lautet: „Bei den in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücken besteht eine Klage aus dem Besitz nur für denjenigen, der eingetragen ist.“ Danach wird m. E. Besitz und Eintrag gefordert. A. A., wie es scheint, Rümelin, S. 1588, N. 2, wonach die Klage bloss aus dem Eintrag, also dem sogen. Tabularbesitz entspringe [S. nun die Motive, S. 369]. — Das deutsche B. G.-B. kennt eine Klage aus dem Besitz bei Immobilien nicht.

Nach eben diesen Artikeln gründet sich aber auf früheren Besitz eine Herausgabeklage nicht schlechthin. Vielmehr ist ein weiteres Erfordernis entweder:

a) dass der Kläger seinen früheren Besitz unfreiwillig verlor (Art. 977, 1); ¹²⁾ oder

b) dass der Beklagte seinen gegenwärtigen Besitz nicht in gutem Glauben ¹³⁾ erwarb (Art. 979, 1). ¹⁴⁾

Doch zählt die erste Tatsache für den Kläger nicht, wenn es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt (Art. 978); und überhaupt, auch im Falle b, ist die Klage versagt, wenn „der frühere Besitzer selbst nicht in gutem Glauben erworben hat“ (Art. 979, 2).

Der Begriff des freiwilligen und unfreiwilligen Verlustes („abhandenkommen“) ist infolge der Anerkennung mittelbaren Besitzes ein komplizierter geworden. Darüber im Abschnitt II. Da, wie sich ergeben wird, ein durch den Willen des Besitzmittlers herbeigeführter Verlust des mittelbaren Besitzes als ein freiwilliger gilt, kann ein Anspruch auf Rückgabe einer zu beschränktem dinglichen oder persönlichen Recht hingebenen Sache wider den Empfänger aus früherem ¹⁵⁾ Besitz

¹²⁾ „Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht oder sonst unfreiwillig abhanden kommt, kann sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern.“ Der Besitzverlust muss den Kläger selbst oder dessen Erblasser betroffen haben; der Besitz eines andern kann nicht geltend gemacht werden. Da übrigens der Entwurf eine Succession in das Recht eines Nichtbesitzers nicht kennt (anders das deutsche B. G.-B.), kann die Frage, ob sich der Nachfolger auf das Abhandenkommen beim Vormann berufen dürfe, nicht praktisch werden.

¹³⁾ Was guter, bzw. böser Glaube sei, definiert der Entwurf nicht (ebenso nicht das bisherige Recht, Art. 205 O.-R.; vergl. aber daselbst Art. 294, 2). Dass sich die Praxis auf die Gleichstellung des Wissens mit dem schuldbaren Nichtwissen, sowie des Rechtsirrtums mit dem Tatsachenirrtum einigen wird, dürfte nicht zu bezweifeln sein.

¹⁴⁾ „Wer den Besitz einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, kann von dem früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden.“ — Mala fides superveniens wird hier, wie auch nach Abs. 2 desselben Artikels (den Kläger betreffend, s. sofort), nicht angerechnet. Anders, nebenher bemerkt, bei der Ersitzung, Art. 721.

¹⁵⁾ Dass in diesem Falle nicht aus gegenwärtigem Besitz geklagt werden kann, s. oben S. 77.

nicht erhoben werden; denn es ist in diesem Falle weder das Erfordernis zu a, noch jenes zu b erfüllt.

Während eigener bösgläubiger Besitzerwerb eine Klage aus früherem Besitz ausschliesst, wird ein Gleiches für die Klage aus gegenwärtigem Besitz nicht bestimmt (Art. 979, 2 spricht nur vom „früheren“ Besitzer). Doch möchte es durchaus nicht unzweifelhaft sein, ob dahinter Absicht der Redaktion zu suchen ist. Auch sonst stellt der Entwurf für die Klage aus gegenwärtigem Besitz keine näheren Normen auf.

„Aus dem Besitz“ klagen heisst endlich nicht nur, unter gewissen Voraussetzungen ein gegenwärtiges oder vergangenes Gewaltverhältnis anrufen, es heisst auch, dies unter dem Scheine der Berechtigung des erhobenen Anspruches tun. Diese Qualifizierung der Klage bewirken die Vermutungen der Art. 972 und 973 über das Verhältniss des Besitzes zum Recht (s. Punkt 4).

3. Gegenüber einer Klage aus dem Besitz kann sich der belangte Eigen- oder Fremdbesitzer stets, vorbehaltlich Art. 974, 1 (969), damit verteidigen, dass das Recht für ihn streite, auch wenn er seinen derzeitigen Besitz in bösem Glauben erworben und also selbst kein Klagrecht hätte.¹⁶⁾ Denn die Möglichkeit der Berufung auf ein besseres Recht ist Prinzip („Bedeutung“) der in den Dienst des Rechtsschutzes gestellten „Besitzesklage.“ Es ist ein Vorzug des Entwurfes, dieses Prinzip klar ausgesprochen zu haben, das für die analoge Klage des deutschen Reichsgesetzbuches (§ 1007) nur mit einiger Unsicherheit aus den Einzelbestimmungen herausgelesen werden muss,¹⁷⁾ und

¹⁶⁾ Inwieferne eine *laudatio auctoris* seitens des Besitzmittlers zulässig ist, bleibt, wie es scheint, der Regelung durch die kantonale Prozessgesetzgebung vorbehalten. Für das deutsche Reichsrecht vergl. Buhl, *Recht d. bewegl. Sachen* (1901), S. 95. — Dass der Besitz des Beklagten ein nur mittelbarer sei, schliesst der Entw. nicht aus. Ueber das B. G.-B. vergl. Gierke an dem w. u. zit. O., S. 53 ff.

¹⁷⁾ Nach der von Gierke in seiner bekannten, für die weitere Literatur grundlegenden Schrift „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht etc.“ (1897) S. 61 (vergl. S. 56 ff.) vertretenen Auslegung des § 1007, Abs. 2 und 3, welche fast allgemein Billigung findet, wird im Widerspruch

dessen Fehlen dem citierten Paragraphen einen gewissen Stückwerkscharakter aufprägt.

Der Beklagte muss also ein Recht erweisen, und zwar ein dingliches oder ein gegen den Kläger wirksames persönliches Recht.^{17a)} Führt auch der letztere ein Recht aus, so muss das des Beklagten diesem gegenüber „besser“ sein, das heisst augenblicklich zum Besitz berechtigten. Vermag der Beklagte kein eigenes Recht darzuthun, so unterliegt er, ohne dass der Kläger seinerseits ein Recht erweisen müsste; ja der Kläger siegt sogar dann, wenn der Beklagte sein, des Klägers, Nichtrecht nachzuweisen vermöchte, indem er zum Beispiel die

zu dem im Texte dargelegten Prinzip dem bösgläubigen Beklagten die Einwendung des Eigentums versagt. S. z. B. Biermann, Comm. S. 127; Planck, Comm. S. 283; Cosack, Lehrbuch 2, (1900) S. 92; Enneccerus-Lehmann, Bürg. R. 2 (1898), S. 25 u. s. w. A. A. Bernhöft in Birkmeyers Encyklopädie (1901), S. 497 (will Analogie gegenüber dem Fall des gutgläubigen Besitzes gelten lassen). Gierke kommt zu dem Ergebnis, der mala fide Erwerber müsse „ausser seinem Eigentum auch noch ein daraus folgendes Besitzrecht gegenüber dem Kläger erweisen.“ Warum soll aber ein solches Besitzrecht nicht eben aus der Darlegung des Eigentums hervorgehen, wie es etwa dem klägerischen Eigentum gegenüber aus der Darlegung des Pfandrechts resultiert? Dass die Einwendung des Eigentums dem gutgläubigen Beklagten im Abs. 2 cit. ausdrücklich vorbehalten wird, beweist offenbar noch nicht, dass sie dem schlechtgläubigen mangelt. Die allgemeine Vorschrift des Abs. 3 aber, die §§ 986–1003 „entsprechend“ anzuwenden, muss bezüglich des § 986 dahin verstanden werden: wie bei der Eigentumsklage die trotz zugestandenen Eigentums aufrecht bleibenden Gegenrechte auf den Besitz gewahrt werden, so bei der Klage aus § 1007 alle durch das zugestandene klägerische Vorbringen (Entwerung u. s. w.) in ihrer Existenz unberührten jura possidendi. Da ein solches Recht in erster Linie aus dem Eigentum fliesst, muss demgemäss die Berufung auf Eigentum jedem Beklagten offen stehen. Dass damit der Besitz eventuell noch nicht endgültig siegreich verteidigt ist, wie dann, wenn der Kläger ein Gegenrecht (z. B. Pfandrecht) geltend machte, auf das sich der böse Glaube des Beklagten bezieht, ist keine Besonderheit zu Lasten des mala fide Erwerbers. Anders wäre es nur, wenn der bösgläubige Beklagte grundsätzlich nachweisen müsste, dass er ein Recht auf den Besitz nicht nur erworben, sondern auch bis heute nicht verloren habe.

^{17a)} Die Ausführung der Motive, S. 355 unten vermag ich damit freilich nicht in Einklang zu bringen. Wie soll es aber nach den Mot. gehalten werden, wenn ein entwerter unberechtigter Besitzer den Eigentümer beklagt?

Berechtigung eines Dritten dartäte. Denn es gibt nur eine Art von Einwendungen gegen eine im Punkte der oben dargelegten Voraussetzungen unanfechtbare Klage aus dem Besitz: die Behauptung der eigenen Berechtigung.

4. Die weiter oben genannten Vermutungen, welche, wie es scheint, nicht bloss vom Besitzer zu seinen Gunsten berufen werden können,¹⁸⁾ betreffen das Verhältnis des Besitzes zum Recht. Sie sind unter den Abschnitt vom Rechtsschutz aus dem Besitz eingereiht, ohne sonst auf die Besitzesklage Bezug zu nehmen, und entspringen entweder:

A. aus dem gegenwärtigen Besitze: „Vom Besitzer einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er ihr Eigentümer sei“ (Art. 972, 1). „Besitzt jemand eine bewegliche Sache mit dem Anspruche eines beschränkten dinglichen oder eines persönlichen¹⁹⁾ Rechtes, so wird der Bestand dieses Rechtes vermutet“ (Art. 973, 2). Oder

B. aus dem früheren Besitz: „Für jeden früheren Besitzer besteht die Vermutung, dass er in der Zeit seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei“ (Art. 972, 2). Eine entsprechende Vermutung für andere Rechte als das Eigentum ist nicht anerkannt; doch darf man dies wohl nicht auf das Konto der Redaktionsabsicht setzen.²⁰⁾

¹⁸⁾ Die Präsumption des Eigentums und anderer Rechte aus gegenwärtigem Besitz (Art. 972, 1 und 973, 2) wird allgemein ausgesprochen, so dass sie auch zu Lasten des Besitzers und in Bezug auf Drittbesitzer gelten müsste. Dasselbe dürfte von der Eigentumsvermutung aus früherem Besitz anzunehmen sein, die „für“ jeden früheren Besitzer besteht (972, 2). Doch spricht andererseits wieder gegen eine Anwendung der Vermutung durch Dritte der Vorbehalt des Art. 973, 1 zu Gunsten des gutgläubigen Fremdbesitzers, der sonst überflüssig wäre. Die Frage besitzt keine geringe Bedeutung. — Das deutsche B. G.-B. kennt Vermutungen nur zu Gunsten des Besitzers. Vergl. Gierke, a. a. O. S. 30 ff.

¹⁹⁾ Der französische Text nennt die persönlichen Rechte, wohl aus Versehen, nicht: „S'il prétend la posséder à titre d'usufruit ou de gage, l'existence du droit qu'il allègue est présumé.“ — Das B. G.-B. kennt keine Vermutung persönlicher Rechte; vergl. Gierke, S. 36. Ueber deren Bedeutung s. unten.

²⁰⁾ Das Gegenteil entbehrte der Folgerichtigkeit. Ein Grund wäre nicht ersichtlich. Konsequent das B. G.-B. § 1065 (Niessbrauch) und 1227 (Pfandrecht). Vergl. Gierke, S. 33.

Diese Vermutungen sind unter Umständen, wie sich aus inneren Gründen ergibt, formell ausgeschlossen und brauchen dann nicht materiell widerlegt zu werden.

a) Wenn der Besitz nicht in gutem Glauben erworben wurde, kann er weder als gegenwärtiges, noch als vergangenes Gewaltverhältnis ein dingliches Recht bedeuten. Jeder mala fide Erwerber ist vermutlich ein Unberechtigter, weil unredliche Besitzerlangung zum Erwerb eines dinglichen Rechtes nicht führt.²¹⁾ Persönliche Rechte können zwar ohne Rücksicht auf bösen Glauben zur Entstehung gelangen, sind aber dann wegen desselben zur Behauptung einer durch die Berechtigung des Kontrahenten getragenen, rechtmässigen Sachherrschaft nicht verwertbar. Nur mit Rücksicht auf diese Rolle des bösen Glaubens kann Art. 979 den mala fide Erwerber einerseits für jederzeit herausgabepflichtig erklären (vorbehaltlich eines etwa gleichwohl bestehenden Rechtes)²²⁾ und ihm andererseits ein eigenes Klagrecht auf Herausgabe verweigern.

b) Die Vermutung des Eigentums aus gegenwärtigem Besitz muss entfallen, wenn der frühere, gutgläubig erworben, unfreiwillig verloren wurde. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat diese Regel, ohne welche eine Klage aus dem Besitz gegen einen redlichen Beklagten nicht zu denken ist, ausdrücklich aufgestellt.²³⁾ Der Entwurf glaubt dessen entraten zu können, offenbar in der Annahme, dass sie sich von selbst verstehe. Mit Recht, wenn der Kläger sich auf die Vermutung des Eigentums aus seinem früheren Besitz und auf Art. 722 beruft, wonach unfreiwilliger Besitzverlust das Eigentum nicht aufhebt. Denn der Entwurf kennt keine Möglichkeit, an einer dem Eigentümer abhanden

²¹⁾ Anders nur bei Eigentumserwerb durch Verarbeitung (Art. 719) und Verbindung oder Vermischung (720).

²²⁾ Vergl. oben S. 80. Ein solches Recht kann in der Zwischenzeit neu erworben sein (z. B. durch Erbgang, nachherige Uebereignung) oder auch schon bestanden haben; im letzteren Fall bezieht sich der böse Glaube auf ein Gegenrecht des Klägers.

²³⁾ § 1006: „..... Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist.“

gekommenen Sache selbst Eigentum zu erwerben, solange der Kläger das Abhandenkommen überhaupt geltend machen kann, das heisst während fünf Jahren (Art. 977).²⁴⁾ Verkehrsschutz (Art. 976) greift bei abhanden gekommenem Gut nicht ein (Art. 977, vorbeh. 978), und auch durch Ersitzung (Art. 721), Fund (Art. 711) oder Zuführung (Art. 718) kann man erst nach Ablauf von fünf Jahren Eigentümer werden.²⁵⁾ Anders nur in den Fällen der Verarbeitung (Art. 719) und Vermischung (in welchem Falle Miteigentum entstehen kann, Art. 720). Der Schluss aus dem fortdauernden Eigentum des Klägers lässt uns aber im Stich, wenn dieser nicht als Eigenbesitzer auftritt.²⁶⁾ Soll dann die Eigentumsvermutung zu Gunsten des Beklagten standhalten? Damit wäre jede „Besitzesklage“ für den Niessbraucher, Mieter u. s. w. illusorisch (soferne sich Beklagter nicht in bösem Glauben befindet, für welchen Fall ihm die Vermutung versagt); denn das vermutete Eigentum soll zweifelsohne als freies angesehen werden. Hier will der Entwurf offenbar die Vorschrift des Art. 973, 1 eingreifen lassen: der Kläger kann die Vermutung des Eigentums desjenigen geltend machen, von dem er die Sache „in gutem Glauben erhalten hat.“ Da die dem Besitzmittler abhanden gekommene Sache auch für den mittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist, wirkt dessen Eigentum gegen den beklagten Besitzer, wie wenn der nach Art. 972, 2 Berufene selbst geklagt hätte. Aus diesem Grunde wird auch redlicher Besitzerwerb des mittelbaren Besitzers (nicht nur des Besitzmittlers) vorausgesetzt. — Im Ganzen wird man den Eindruck gewinnen, dass ein glatteres

²⁴⁾ Diese Frist hat nicht nur als Klagefrist für die Besitzesklage, sondern auch materiell Bedeutung, vergl. Abschn. II, § 2.

²⁵⁾ Bezüglich der Berechnung dieser Fristen ist nicht klar zu sehen. Art. 711 sagt: „während fünf Jahren von dem Funde an gerechnet,“ vergl. Art. 718; Art. 721: „während fünf Jahren“ „für die Berechnung der Fristen, die Unterbrechung und den Stillstand der Ersitzung gelten die Bestimmungen über die Verjährung von Forderungen“ (s. O.-R., Art. 146 ff.); über die Frist des Art. 977 s. unten, Pkt. 6.

²⁶⁾ Mag er sich von vorneherein als Niessbraucher, Mieter u. s. w. be-
kennen, oder mag sich dies aus den Umständen ergeben.

Resultat erzielt würde, wenn man dem Muster des bürgerlichen Gesetzbuches folgte.²⁷⁾

c) Nicht minder wäre dies für den Fall zu wünschen, dass es sich um die Vermutung eines beschränkten dinglichen oder eines persönlichen Rechtes aus gegenwärtigem Besitz handelt. Gehen wir auch hier wieder aus von der dem Eigenbesitz des Klägers entspringenden Vermutung des Eigentums, beziehungsweise der Geltendmachung derselben durch den gutgläubigen Besitzmittler (siehe den vorigen Punkt), so ergibt sich allerdings, dass ein beschränktes dingliches Recht in der Zwischenzeit nicht neu entstanden sein kann, da sich ein solches an einer dem Eigentümer abhanden gekommenen Sache nicht erwerben lässt (Art. 976, 977),²⁸⁾ und folgeweise ebensowenig ein durch die wahre Berechtigung des Kontrahenten vertretenes persönliches Recht. Auch wird dem Beklagten die Berufung auf das vermutete Eigentum desjenigen Zwischenbesitzers, von dem er die Sache erhalten, nicht offen stehen, da dieser selbst von der Präsumption des Art. 972, 2 keinen Gebrauch machen könnte (Punkt b). Soweit aber ein Fortbestehen der in Rede stehenden Rechte aus der Zeit vor dem Verlust in Frage kommt — eines Niessbrauchs- oder (wiederhergestellten)²⁹⁾ Pfandrechts oder eines Mietrechts —,

²⁷⁾ Dass beigelegt werde, der unfreiwillige Verlust müsse sich in den letzten fünf Jahren zugetragen haben, dürfte entbehrlich sein.

²⁸⁾ Vergl. Abschn. II, § 2.

²⁹⁾ Mit Rücksicht auf Art. 868: „Das Faustpfandrecht geht unter, sobald der Gläubiger aufhört, das Pfand zu besitzen. . . . So lange der Gläubiger die Pfandsache von dritten Besitzern zurückverlangen kann, vermag er sein Pfandrecht jedermann gegenüber wieder herzustellen.“ Der citierte Artikel, der das dingliche Recht auch in seinem Fortbestande an den Besitz knüpft, dürfte dem Zürcher Recht (ältere Redaktion § 865) entnommen sein. Mir scheint diese Bestimmung, die auch deshalb nicht recht begreiflich ist, weil für die übrigen dinglichen Rechte das Gegenteil gilt, über das Ziel hinauszuschiessen. Der Zweck, dass ein redlicher Erwerber durch nicht apparierende Rechte nicht beeinträchtigt werde, wird völlig erreicht, wenn man zu Gunsten eines solchen Erwerbers das ältere dingliche Recht erlöschen lässt. Dann bedarf es nicht des künstlichen Mittels, den Fortbestand des Pfandrechts als ein Wiederaufleben zu konstruieren. — Der Wiederherstellung des Pfandbesitzes dient übrigens, abgesehen von der Geltendmachung einer übernommenen Ver-

wird man Art. 972, 2 in dem Sinne eingreifen lassen müssen, dass unter dem vermuteten seinerzeitigen Eigentum freies Eigentum verstanden wird. Hier nun aber durch eine positive Bestimmung von vorneherein Klarheit zu schaffen, tut gewiss not. In der Sache muss, wie dies auch für das deutsche Reichsrecht gilt,³⁰⁾ als feststehend betrachtet werden, dass die Berufung auf ein dingliches (oder persönliches) Recht, lediglich weil man besitze, gegenüber dem unfreiwillig Entwerten formell ausgeschlossen sei.

d) Konsequenter Weise muss auch die Vermutung des Eigentums oder anderer³¹⁾ Rechte aus früherem Besitz wegfallen, wenn der Gegner noch früher seinen Besitz unfreiwillig verloren hat. Doch wird man an dem Erfordernisse festzuhalten haben, dass der noch frühere Besitz in gutem Glauben erworben sei, da er sonst nach Punkt a ein Recht nicht bedeuten kann.

e) Nach der positiven Vorschrift des Art. 973 Absatz 3 kann der Besitzer die Vermutung eines beschränkten dinglichen³²⁾ oder eines persönlichen Rechtes demjenigen nicht entgegensetzen, von dem er die Sache „erhalten,“ das heisst aus dessen Händen er seinen geltend gemachten, gegenwärtigen oder früheren³¹⁾ Besitz empfing. Die bezeichnete Vermutung mangelt demnach jedem Besitzmittler oder gewesenen Besitzmittler gegenüber dem mittelbaren (beziehungsweise gewesenen mittelbaren) Besitzer. Dagegen steht sie zum Beispiel zu dem beklagten derzeitigen Besitzer, der Pfandrecht behauptet, wenn

pflichtung, sowohl die possessorische Klage, als die „Besitzesklage.“ Letztere meint wohl Rümelin, S. 1575, wenn er von einer „dinglichen“ Klage spricht.

³⁰⁾ S. Gierke, S. 33: die Vermutung für Niessbrauch oder Pfandrecht (§§ 1065 und 1227) versage „gegenüber älterem, unfreiwillig verlorenem Besitz“ „gemäss der in § 1032 und § 1207—1208 enthaltenen Bezugnahme auf § 935.“

³¹⁾ Dabei setze ich eine entsprechende Redigierung des Art. 973 im Sinne der obigen Note 20 voraus.

³²⁾ Warum nicht auch die des Eigentums? Ich muss übrigens bekennen, dass mir die ratio der ganzen Bestimmung nicht klar geworden ist. Liesse sich nicht argumentieren, dass gerade gegen den, der selbst den andern zum Besitzer machte, die Vermutung zu sprechen scheine? (Mot. S. 368.)

er nicht vom Kläger her den Besitz erwarb; auf der Klägerseite zum Beispiel dem früheren Besitzer, der sich auf Niessbrauch oder Leihe gegen irgend einen Beklagten ausser den seinerzeitigen Geber beruft.

Bei persönlichen Rechten entbehrt demnach die Vermutung regelmässig jeder Bedeutung gegenüber dem Kontrahenten, da dieser zumeist der Geber der Sache sein wird.³³⁾ Sie entfaltet sich dagegen wider Dritte, was Rümelin³⁴⁾ verkannt hat, indem er von der Annahme ausging, persönliche Rechte könnten nur dem (angeblich) Obligierten entgegengesetzt werden. Gerade darin besteht die Bedeutung der Vermutung, dass sie zum Ausdruck bringt: auch auf Grund eines bloss obligatorischen Rechtes ist der Besitzer aktiv und passiv zur petitorischen Verteidigung seiner Sachherrschaft gegen Dritte gleich einem dinglich Berechtigten berufen, und es erwächst dem Gegner daraus die Pflicht zur Widerlegung dieser Position. Zunächst bringt auch das vermutete persönliche Recht des derzeitigen oder des früheren Besitzers gegenüber jedermann die legitime Sachherrschaft zum Ausdruck. Daher muss die Nichtexistenz dieses Rechtes oder aber — darin liegt der Unterschied gegenüber den dinglichen Rechten — die nur relative, das heisst von der gegenwärtigen Berechtigung des Kontrahenten abhängige³⁵⁾ Fundierung der behaupteten Sachherrschaft durch dasselbe aufgedeckt werden. Es braucht nicht beigelegt zu werden, dass der mit der „Besitzesklage“ Belangte diese Widerlegung nicht auf jede Weise, sondern (siehe oben) nur durch den Nachweis eigenen Rechtes zu bewerkstelligen vermag.

5. Das „bessere Recht“ zum Besitz wird, sobald es zum Beweise kommt, bewährt durch den Nachweis der rechts-

³³⁾ Soll die Vermutung auch dann entfallen, wenn die Sache zu einem anderen als zu dem behaupteten Rechte übergeben wurde?

³⁴⁾ S. 1593. Rümelin sieht als mögliche Anwendungsfälle unserer Vermutung nur die, dass wider Dritte „Schadenersatzklagen aus unerlaubter Handlung, Bereicherungsklagen u. s. w.“ geltend gemacht werden können. Hier läge also doch eine Wirkung des obligatorischen Rechtes gegen andere Personen als den Verpflichteten vor.

³⁵⁾ Dabei ist Art. 966, 3 in Rücksicht zu ziehen.

erzeugenden Tatsachen, das heisst seiner Entstehung, wobei wieder die Vermutungen aus früherem Besitz zu Hilfe genommen werden können. Die Fortdauer des Rechtes braucht nach gemeingültiger Regel nicht bewiesen zu werden.³⁶⁾ Streitet für den andern Teil die gesetzliche Vermutung eines widersprechenden Rechtes aus seitherigem Besitz — sei es aus derzeitigem, sei es aus früherem — so wird sie überboten durch den vermutlichen Fortbestand des erwiesenen. Denn durch die Aufstellung der Vermutung schreibt das Gesetz dem Richter nur vor, aus der Tatsache des Besitzes so lange auf das Recht zu schliessen, als sich nicht durch Beweis des Gegners der Schluss auf das Gegenteil ergibt. Ob aber dieser Schluss zu ziehen sei, kann sich logisch nicht wieder nach dem Inhalt der nämlichen Vermutung, sondern nur nach juristischen Denkregeln bestimmen, die anderweitig aus dem Gesetz oder aus der Logik resultieren.³⁷⁾ Nur für das a priori vermutete, nicht aber für das bewiesene Recht ist die Dauer (entgegen Art. 722) auf die Besitzzeit beschränkt (Art. 972, 2). Daher genügt es, wenn zum Beispiel der Beklagte gegenüber einem Kläger, der sich auf seinerzeitigen Eigenbesitz und unfreiwilligen Verlust beruft, nachweist, dass er zu irgend einem

³⁶⁾ Dass das Gegenteil zum Unterschied von der „römischen“ Auffassung die deutsche sei — wonach also der Kläger mit der Behauptung, einmal Eigentümer gewesen zu sein, nicht durchdringe, vielmehr jedes frühere Recht zunächst durch den gegenwärtigen Besitz des Beklagten gebrochen werde, so dass der Kläger die besonderen Gründe dartun müsse, aus welchen sein Recht auch dem Beklagten gegenüber fort dauere — ist mit Unrecht behauptet worden, z. B. von Cosack, Sachenrecht in Bekker-Fischers Beiträgen XIII (1889), S. 39.

³⁷⁾ Die Redaktoren des B. G.-B. meinten allerdings, den Schluss aus dem Entstehen auf das Bestehen des Eigentums durch die Eigentumsvermutung aus dem Besitz z. T. aufheben zu können; s. Prot. d. zweiten Lesung, III, S. 380 ff. In diesem Sinne Gierke, S. 25: „Insbesondere enthebt ihn [den Kläger] der Nachweis, dass er einmal Eigentümer war, nicht der Beweislast hinsichtlich des Fortbestandes seines Eigentums;“ und S. 27: „Er [Kläger] muss also nicht bloss den eigenen Eigentumserwerb erhärten, sondern auch die Erwerbsart des ihm gegenüber für die Eigentumsvermutung verwerteten Besitzes aufdecken und als ungeeignet zur Verschaffung des Eigentums aufzeigen.“ S. auch Dernburg, Sachenr.², S. 356 ff.; Cosack, Lehrb. 2², S. 171 u. s. w.

Zeitpunkte, sei es vor oder nach dem klägerischen Besitze, Eigentum erworben habe; dieses steht dann fest, bis es der Kläger durch rechtshindernde oder aufhebende Tatsachen beseitigt.

6. Die Fahrnis-Herausgabeklage aus unfreiwilligem Besitzverlust kann während fünf Jahren (Art. 977), jene gegen einen schlechtgläubigen Besitzerwerber jederzeit³⁸⁾ erhoben werden (Art. 979). Die fünf Jahre dürften wohl vom Tage des Verlustes (was gesagt werden sollte), nicht von der Kenntnisnahme desselben zu berechnen sein; ob als peremptorische oder als Verjährungsfrist, bleibt zweifelhaft.³⁹⁾ Bezüglich der übrigen Klagen aus dem Besitz wird keine Fristbestimmung gegeben.

7. Ob für den Eigentumsanspruch (Art. 644) nur die geschilderte Klagform anerkannt ist, d. h. ob das Eigentum nur aus dem Besitz recuperatorisch und negatorisch verteidigt wird, oder ob daneben noch eine Klage aus dem Recht selbst besteht, ist eine Frage, die der Entwurf nicht ohne weiteres zu beantworten gestattet und die daher zunächst offen bleiben soll.

§ 2. Konstruktion der „Besitzesklage.“

Die „Besitzesklage“ entspringt nach den Worten des Gesetzesentwurfes „aus dem Besitz.“ Gleichwohl soll sie nicht ein Schutzmittel des Besitzes sein, sondern des Rechtes, wie die Rubrik „Rechtsschutz“ bezeugt. Darum kleidet Art. 974, 1 ihren Ausschluss zu Gunsten reinen Besitzschutzes in die Worte: Kläger sei „ohne Rücksicht auf sein Recht“ zu schützen, und darum verlangt Absatz 2 des gleichen Artikels vom Beklagten ein „besseres,“ d. h. dem vom Kläger verfochtenen überlegenes Recht. Werden hiezu die Artikel 972

³⁸⁾ Rümelin, S. 1587, fasst dies dahin auf, dass die gewöhnliche Verjährung Platz greife. Eine allgemeine Verjährungsfrist für dingliche Ansprüche kennt aber der Entwurf und auch das geltende Bundesrecht (vergl. z. B. Hafner, O.-R. ², S. 94) nicht. [S. nun Motive, S. 370.]

³⁹⁾ Die Klage aus § 1007 B. G.-B. ist während einer 30-jährigen Verjährungsfrist anstellbar; s. z. B. Dernburg, Sachenrecht ², S. 365.

und 973 in Rücksicht gezogen, so steht die Konstruktion der Besitzesklage bei Mobilien in klarem Bilde vor uns.

Wird aus früherem Besitz, und zwar Eigenbesitz, geklagt, so streitet für den Kläger die Vermutung eines gegenwärtigen Rechtes zum Besitz auf Grund des Eigentums (Art. 972, 2); denn mag er sich auf unfreiwilligen Besitzverlust oder auf bösen Glauben des Gegners berufen, in beiden Fällen erscheint, wie gezeigt wurde, die dem Beklagten zugute kommende Vermutung aus dem gegenwärtigen Besitz hinfällig, es wirkt das aus dem klägerischen früheren Besitz vermutete Eigentum in die Gegenwart fort. Analoges trifft zu, wenn der frühere Besitz als Fremdbesitz erscheint.⁴⁰⁾ ⁴¹⁾ Klagt endlich jemand aus seinem gegenwärtigen Eigen- oder Fremdbesitz, so steht ihm stets die Vermutung eines Rechtes zur Seite auf Grund der Art. 972, 1 bzw. 973, 2 — wobei vorderhand von einer Klage im Verhältnis der Besitzvermittlung abgesehen sein mag.⁴²⁾

Der Besitz wird also bei unserer Klage als der Ausdruck des Rechtes verwertet. Als Konsequenz stellt sich dar ihr Ausschluss bei bösgläubigem Besitzerwerb des Klägers, der die Mutmassung eines Rechtes nicht zulässt,⁴³⁾ und die Statuierung der Voraussetzungen des unfreiwilligen Verlustes beziehungsweise des bösen Glaubens des Gegners bezüglich der Herausgabeansprüche, unter welchen Umständen allein der frühere Besitz des Klägers, einer Vermutung zu Gunsten des Beklagten nicht gegenüberstehend, einen gegenwärtigen Anspruch bedeuten kann.

Unverkennbar klingt aus dieser Theorie die Melodie der jüngsten Gewere-Literatur heraus. Nicht der Besitz als nacktes

⁴⁰⁾ Vergl. oben Note 31.

⁴¹⁾ Früherer Pfandbesitz kann allerdings im Sinne des Entwurfes nur ein wiederherzustellendes Recht bedeuten, vergl. oben Note 29.

⁴²⁾ In diesem Verhältnis greift die Bestimmung des Abs. 3 des letztcitirten Artikels ein. Vergl. Note 49.

⁴³⁾ Dass freilich der Entwurf diese Konsequenz rücksichtlich der Klage aus gegenwärtigem Besitz zu ziehen versäumt hat, wurde schon oben, S. 80, bemerkt.

Gewaltverhältnis soll die Quelle der Klage sein, sondern der Besitz in jener formalen Bedeutung für das Recht, wie sie der Verfasser des Entwurfes selbst für die Zeit der mittelalterlichen Rechtsbücher herausgearbeitet,⁴⁴⁾ und wie sie Gierke zusammenfassend in den bereits viel citierten Worten formuliert hat: „Die Gewere ist, wie ihr Name besagt, das Kleid (vestitura) des Sachenrechts, sie ist die äussere Form, hinter der der innere Gehalt des Rechts solange zurücktritt, bis sie sich bei einem Widerspruche als unberechtigter Schein erweist.“ — „Jede Gewere ist der Ausdruck eines in ihr behaupteten dinglichen Rechts . . . Solange . . . bis sie gehörig gebrochen ist, hat die Gewere den Schein des Rechtes für sich und drängt die Frage nach dem materiellen Sachenrecht in den Hintergrund. Die Gewere begründet eine Vermutung für das Dasein des in ihr erscheinenden Rechts.“⁴⁵⁾

Die präludierenden Art. 972 und 973 des Entwurfes über die Vermutungen stellen also gleichsam das Laboratorium vor, in welchem der Besitz des Art. 961 zum Gebrauche unserer Klage in Gewere verwandelt werden soll.

Der Beklagte hat daher den klägerischen Besitz nicht als solchen, sondern weil er ein — allerdings nicht zu nennendes — Recht bedeutet, zu bekämpfen. Dies vermag er aber nur durch den Nachweis, dass die Sache, wie die älteren Quellen sich ausdrücken, „mit besserem Rechte“ ihm zugehöre als dem andern; er muss sich, wie Art. 974, 2, logisch vielleicht nicht ganz treffend, aber mit hinreichender Deutlichkeit sagt, „auf sein besseres Recht berufen,“ d. h. darauf, dass sein Recht zum Besitz dem Kläger gegenüber festhalte, mag dieser gänzlich rechtlos sein, oder mag ihm ein derzeit zurückstehendes Recht auf den Besitz zukommen.

Jede Verteidigung, die den Klaganspruch anders als indirekt durch eigenes Recht eliminieren würde, ist gemäss Art. 974 unzulässig, direkter Nachweis, dass der klägerische Besitz ein Recht nicht bedeute, demzufolge ausgeschlossen.

⁴⁴⁾ „Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht.“ Bern, 1894.

⁴⁵⁾ A. a. O., S. 2 und 9.

Dem Beklagten steht also, wenn man so will, nicht Abwehr, sondern nur Gegenangriff offen.

Ist durch die Verteidigung der Streit um das bessere Recht eröffnet, so kann der Kläger auf dreierlei Art in denselben eingreifen: *a)* durch direkte, *b)* durch indirekte Erweisung der Nichtexistenz des eingewendeten Rechtes oder *c)* durch Erweisung eines selbständigen Gegenrechtes. Der Kläger braucht demgemäss keineswegs notwendig ein eigenes besseres Recht auszuführen; es genügt, wenn er den petitorischen Einwand des Beklagten in anderer Art ausser Kraft setzt. Dennoch folgt aus dem Wesen des Klaganspruches, dass er sich das bessere Recht nicht geradezu absprechen darf: *ex jure tertii* kann der Kläger im Sinne des Punktes *b* nicht erwidern.⁴⁶⁾ Es bleibt ihm demnach jede Replik, die einerseits das bessere Recht des Beklagten widerlegt und andererseits nicht ausschliesst, dass er, Kläger, der Berechtigte sei; vom Beklagten hingegen wird direkt Erweisung seiner Berechtigung gefordert.

Demgemäss ist die „Besitzesklage“ eine petitorische Klage, die ihren Grund weder an sich im Besitz, noch unmittelbar im Recht hat, sondern im Besitz als dem Ausdruck eines zunächst vermuteten, eventuell zu erweisenden Rechtes. Wehrt sich daher der Kläger wider den auf ein „besseres Recht“ gestützten Gegenangriff durch den Nachweis des vorerst nur vermuteten eigenen Rechtes auf den Besitz, so liegt hierin keine Klagänderung,⁴⁷⁾ und es braucht auch nicht, damit ein solches Replizieren möglich werde, von vorneherein eine Kumulierung der Besitzesklage mit einer Klage aus dem Recht stattzufinden. Kann der Besitz von

⁴⁶⁾ Das Recht des Beklagten nimmt demgemäss prozessual eine andere Position ein als das des Klägers bei der *reivindicatio*, welches auf jede Weise widerlegt werden kann.

⁴⁷⁾ Zu dem entgegengesetzten Resultat kommt folgerichtig, wer den Klaggrund im Besitz oder jenem in der Literatur zu § 1007 B. G.-B. verwerteten „Besitzrecht“ (nicht dem sog. *jus possessionis*) erblickt, das, aus dem Besitz erzeugt, sozusagen als drittes Geschlecht zwischen dem Besitz und dem Recht auf den Besitz sein Dasein fristet.

Haus aus ein gegenwärtiges Recht auf den Besitz nicht vorstellen, so existiert kein Klaggrund, und die Besitzesklage ist ausgeschlossen.^{48) 49)}

Auffallend ist an dem Baue dieser „Besitzesklage“ die Einschränkung der Verteidigung auf das eigene Recht des Beklagten. Wie findet diese Erscheinung ihre Erklärung? Auch für das deutsche Reichsrecht erhebt sich die gleiche Frage zu § 1007. Gierke⁵⁰⁾ beantwortet sie dahin: Klaggrund sei der Besitz, nicht das Besitzrecht.⁵¹⁾ Das heisst: Da Kläger nicht sein Recht geltend macht, kann ihm auch nicht entgegengesetzt werden, dass er keines habe. Wie lässt sich aber in dieser einen Hinsicht die sonst streng festgehaltene Gewere-Rolle des Besitzes, die uns den Besitz nur als Form und Ausdruck des Rechtes vorstellt, ohne Verleugnung der Grundlage der ganzen Klage ausschalten? Durch den Nachweis bösgläubigen Besitzerwerbes soll die „Bedeutung“ des Besitzes und damit die „Besitzesklage“ zu Fall gebracht werden können. und durch direkte Aufdeckung der Nichtexistenz des angeblich hinter dem Besitze stehenden Rechtes nicht? Man

⁴⁸⁾ Daher ist es unzulässig, dass der Kläger, nachdem ihm böser Glaube nachgewiesen wurde, ein *jus possidendi* beweise, und man kann es nichts weniger als „inkonsequent“ nennen (Giese, Besitzrechtsschutz im B. G.-B. und a. in rem Publ. [1901], S. 72 bezüglich des § 1007), wenn so dem bösgläubigen Kläger versagt wird, was dem bösgläubigen Beklagten gestattet ist. In gleicher Weise kann sich der Kläger nicht zum Beweis eines Rechtes auf den Besitz erbiehen, wenn früherer Verlust des Beklagten (vergl. den nächsten Paragraphen hinter Note 54) vorliegt (a. A. für das B. G.-B., nach welchem auch freiwilliges Aufgeben des Besitzes in Frage kommt, z. B. Biermann, Planck, auch Giese, S. 77). In diesen Fällen würde eine neue Klage aus dem Recht vorliegen, nicht eine Klage aus dem geltend gemachten Besitz, der hier jeder Offensivwirkung entbehrt.

⁴⁹⁾ Aus diesem Prinzip muss gefolgert werden, dass dem Besitzmittler keine Besitzesklage wider den Geber zukommt, da ihm die Vermutung eines Rechtes mangelt, s. oben Note 42. Im umgekehrten Verhältnis ist sie dagegen gerade mit Rücksicht hierauf zulässig; z. B. Schadenersatzansprüche können erhoben werden, nicht aber ein Herausgabeanspruch, da es sich um eine Klage aus gegenwärtigem Besitz handelt.

⁵⁰⁾ S. 58.

⁵¹⁾ Hier augenscheinlich als Recht auf den Besitz gemeint.

sieht, die Regel von der Verteidigung mit dem besseren Rechte ist keine Folge unserer petitorischen Klage aus dem Besitze. Im Rahmen des römisch-modernen Klagsystems erscheint sie als ein Rätsel, man mag die Klage aus dem Recht oder aus dem Besitz in seiner Bedeutung für das Recht geben. Wo ihr Ursprung liegt, wird sich unten weisen.

§ 3. Die „Besitzesklage“ im Dienste der Eigentumsansprüche auf Herausgabe.

Der praktische Wert unserer Klage für die Durchsetzung von Eigentumsansprüchen ist ein augenscheinlicher. Sie entspricht einem Bedürfnisse, das alsbald gegenüber dem römischen Recht sich fühlbar machte und teilweise durchsetzte, als dieses in siegreichem Vordringen gegen das ältere heimische Recht begriffen war. Den Kläger unter allen Umständen zur Aufrollung der Geschichte und Vorgeschichte seines Eigentums zu zwingen, erschwert die Verfolgung beweglicher Sachen in unerlaubtem Masse, und sogar der Nachweis publicianischen Besitzes, d. h. des Erwerbstitels, bedeutet, als ausnahmslose Regel verlangt, eine Härte. Es darf kein Grundrecht des Beklagten geben, dem Kläger durch einfaches Nein alle Fährlichkeiten des Beweises seiner Rechtsbehauptung aufzubürden, während er selbst niemals zur Angabe und Ausführung seines Titels gezwungen werden könnte.

Aus der Nichtanerkennung eines solchen Grundrechtes rührt die praktische Bedeutung der „Besitzesklage“ her. Sie verlangt vom Kläger den Ausweis über sein Recht erst dann, wenn der Gegner zuvor ein Recht nachwies, das andernfalls aufrecht bliebe als die entscheidende Berechtigung zum Besitz. Gleichwohl ist damit nicht in mechanischer Umkehrung des Prinzips jene Last auf die Schultern des Beklagten überwälzt, mit welcher die *rei vindicatio* die des Klägers beschwert. Denn während diese die sogenannte *probatio diabolica* gegenüber jedwedem Beklagten fordert, ist das „bessere Recht“ nur gegenüber jenem Kläger zu erweisen, der den Besitz unfreiwillig verloren hat, beziehungsweise der dem Beklagten seinen bösen Glauben vorhalten kann.

Lässt sich noch darauf hinweisen, dass der Kläger — wie aber auch der Beklagte — sich bei Führung des Beweises der Präsumtionen als Stütze bedienen kann, so kommt die „Besitzesklage“ der zweifellos vorhandenen Tendenz nach Erleichterung der Eigentumsverfolgung entschieden entgegen.

Prüfen wir nun die Funktion der „Besitzesklage“ in Hinsicht auf einzelne Vindikationsansprüche. Insbesondere ist zu untersuchen, ob sie, was man schon mit Rücksicht auf die historischen Anklänge erwarten möchte, ein selbständiges, keiner Ergänzung bedürftiges Klagprinzip vorstellt, und ob also, was oben offen gelassen wurde, das Eigentum im Sinne des Entwurfes ausschliesslich aus dem Besitz Rechtsschutz finden soll. Wenn nicht, entsteht die Frage, wie sich ihr Verhältnis zu jener Klage gestaltet, die zur Aushilfe herangezogen werden müsste.

1. Entspringt die Klage „aus dem Besitz,“ so kann sie jenem nicht zustehen, der niemals Besitz gehabt hat. Es fragt sich, ob hiedurch Eigentumsansprüche (Art. 644, 3) klaglos werden. Gierke⁵²⁾ hat die gleiche Frage für das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches untersucht und gefunden, dass es Fälle gebe, „in denen der Eigentümer das Ziel der Herausgabe der Sache mit der Klage aus § 1007 nicht erreichen kann.“ Das nämliche gilt vom Entwurf. Wohl spricht Art. 707 die Regel aus: „Zum Erwerb des Fahrniseigentums bedarf es des Uebergangs des Besitzes auf den Erwerber,“ und Art. 577, der das Eigentum unmittelbar mit dem Tode des Erblassers auf den Erben übergehen lässt, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Gewalt (Besitz nach Art. 961) des Erben oder doch die Möglichkeit derselben (Art. 964, 2), beugt sich vor diesem Prinzip, indem er gleichzeitig auch den Besitz des Erblassers von rechtswegen auf den Erben überträgt. Auch kennt der Entwurf keinen Eigentumserwerb durch blosse Anspruchsabtretung. Allein es gibt doch Fälle von Eigentumserwerb ohne Besitzerwerb.

⁵²⁾ a. a. O., S. 68.

Nach Art. 646 hat, „wer Eigentümer der Sache ist, das Eigentum auch an ihren Früchten;“ auf den Besitz kommt es nicht an. Beim Niessbrauch fallen die Früchte von selbst in das Eigentum des Nutzniessers (Art. 750).⁵³⁾ Ein entdeckter Schatz „fällt an den Eigentümer der beweglichen oder unbeweglichen Sache, in der er gefunden worden ist“ (Art. 716), mag ihn auch der Finder verheimlicht und im Besitz behalten haben. Durch Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung kann Eigentum beziehungsweise Miteigentum erworben werden (Art. 719, 720), ohne dass man die neue Sache je in seine Gewalt bekommen hätte. Nach Art. 647 bezieht sich „die Verfügung über eine Sache . . . auch auf ihr Zugehör,“ was wohl bedeutet, dass für die Zugehör die gleichen Rechtsfolgen wie für die Hauptsache eintreten, ohne dass es z. B. einer besonderen Besitzübertragung bedürfte. Bei der allgemeinen oder partikulären Gütergemeinschaft (Art. 245, 265 ff.) entsteht unter der gleichen negativen Voraussetzung ungeteiltes Gesamtgut.

In all' diesen Fällen muss der Eigentumsanspruch verfolgbar sein. Mit der „Besitzesklage“ aber kann z. B. das Kalb, das die Kuh bei einem Drittbesitzer geworfen, nicht herausverlangt werden. Es erübrigt nur, hier eine Klage aus dem Recht, d. h. dem Eigentum zu geben.

2. Sowie demjenigen die Klage aus dem Besitz mangelt, der nie Besitz gehabt hat, so muss sie auch jener entbehren, dessen Besitz ein Recht nicht bedeuten kann; denn nur in seiner „Gewerebedeutung,“ nicht als blosses Gewaltverhältnis, erzeugt, wie wir gesehen haben, der Besitz die Basis für die Klage. Demgemäss versagt das Klagrecht, wenn „der frühere Besitzer . . . [den Besitz, siehe Absatz 1] nicht in gutem Glau-

⁵³⁾ Von überhängenden Früchten sagt Art. 686 nur, der Nachbar habe, wenn er die überragenden Aeste dulde, ein Recht auf sie; ob er Eigentümer wird oder nur obligatorisch berechtigt ist, lässt sich nicht ersehen. Ebenso ist unklar, ob der gutgläubige Besitzer den Fruchtertrag zum Eigentum erwirbt; Art. 980 bestimmt nur, dass er, was untergegangen, „nicht zu ersetzen brauche, Art. 981 allerdings, dass die „bezogenen Früchte an der Forderung für die Verwendungen anzurechnen“ sind.

ben erworben“ hat (Art. 979, 2), mag der derzeitige Besitzer sich in gutem oder ebenfalls in bösem Glauben befinden. Soll nun aber derjenige für alle Zeiten eines Klagrechtes darben, der irgend einmal sich die Sache mala fide aneignete? Auch wenn inzwischen der Rechtsmangel behoben, die Sache z. B. durch Erbgang sein Eigen wurde? Auch hier wird man, die Lücke auszufüllen, zur Klage aus dem Recht gedrängt. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat die gleiche Bestimmung wie Art. 979, 2 aufgestellt (§ 1007, 3); die Folge ist, dass der Anspruch ausschliesslich durch die Vindikation des § 985 geschützt wird.⁵⁴⁾

Es entspricht ferner der „Gewerebedeutung“ des geltend zu machenden Besitzes, das Klagrecht auch dann zu negieren, wenn die Sache dem Beklagten vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen ist. So ausdrücklich das bürgerliche Gesetzbuch § 1007, Absatz 2.⁵⁵⁾ Denn auch wer eine vorher von einem anderen verlorene Sache besass, hat den Schein des Rechtes nicht für, sondern gegen sich. Mag daher die Rechtsposition des Klägers noch so stark sein, die Klage aus dem Besitz bleibt ihm versagt. Zur Korrektur muss die Klage aus dem Eigentum herangezogen werden. Der Entwurf kennt eine gleiche Bestimmung über die einredeweise Geltendmachung des früheren Verlustes, beziehungsweise des noch älteren Besitzes nicht. Man wird vielleicht darüber streiten, ob er sie als unzulässig oder als selbstverständlich nicht aufnehmen will. Die letztere Auffassung⁵⁶⁾ muss als die richtige erkannt werden, weil in solchem Falle die Vermutung aus dem früheren Besitz als formell aufgehoben anzusehen ist (siehe oben S. 86,

⁵⁴⁾ Vergl. Gierke, S. 58: „Beweist der Beklagte den bösgläubigen Besitzerwerb des Klägers, so ist der Anspruch aus dem früheren Besitz schlechthin ausgeschlossen. Denn der unredlich erlangte Besitz ist niemals imstande, ein Recht auf den Besitz zu begründen. Stand dem früheren Besitzer gleichwohl ein Besitzrecht zu, so kann er doch dieses nicht auf den Besitz stützen.“

⁵⁵⁾ Die Einwendung steht nur jenem offen, der sowohl seinen gegenwärtigen (was sich nicht rechtfertigen lässt), als den verlorenen Besitz in gutem Glauben erworben hat. Vergl. Gierke, S. 63.

⁵⁶⁾ Die Einwendung wäre dann auch bei bösgläubigem Erwerb des gegenwärtigen Besitzes zu gestatten.

Punkt d), den klägerischen Besitz also kein Recht begleiten würde. Dann muss wieder die Eigentumsklage subsidiär eingreifen. Schlösse man sich der anderen Auffassung an, so käme man zu dem Ergebnis, dass die Klage aus dem Besitz keine folgerichtige Ausbildung aufweise.

3. Das reichsdeutsche Gesetzbuch lässt früheren Besitz, mag er auch ein Recht bedeutet haben, zur Klage nicht genügen, wenn sich der Besitzer desselben entäusserte. Nach Absatz 3 des § 1007 ist der „Anspruch . . . ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer . . . den Besitz aufgegeben hat.“ Auf einen Besitz also, „den man selbst aufgegeben hat, kann man keinen Besitzrechtsanspruch mehr stützen.“⁵⁷⁾ Auch der bösgläubige Beklagte kann sich somit des Einwandes bedienen, Kläger habe wegen Besitzentäusserung keinen Grund zu einer Besitzesklage. Und gerade für ihn — da unfreiwilliger Besitzverlust nur dem redlichen Besitzer gegenüber behauptet zu werden braucht — hat diese Einwendung praktische Bedeutung, wie Gierke⁵⁸⁾ mit Recht bemerkt; „für den gutgläubigen Besitzer deckt sie sich mit der Bestreitung des Klagegrundes, da ja zu diesem hier die Behauptung gehört, dass die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sei.“ Doch soll nach §§ 932 ff. an Sachen, die freiwillig aus dem Besitz gelassen wurden, ein Dritter nur in gutem Glauben Rechtserwerb vollziehen können, wenn sie ihm von unbefugter Hand veräussert wurden, ein unredlicher Empfänger somit keinen definitiven Schutz finden. Ob diese Inconcinnität gemäss dem Prinzip der Klage aus dem Besitz in den Kauf zu nehmen ist, fragt sich.

Der Entwurf kennt die bezeichnete Einwendung nicht. Ich glaube mit Recht. Nicht nur, dass damit jene unpraktische Konsequenz vermieden wird, es liegt auch gar nicht in der folgerichtigen Ausbildung der „Besitzesklage“ begründet, dass sie gegen einen unredlichen Beklagten — ein redlicher

⁵⁷⁾ Gierke, S. 59.

⁵⁸⁾ A. a. O.

beruft sich wie nach Reichsrecht auf das Erfordernis unfreiwilligen Verlustes — des Aufgebens des Besitzes wegen ausgeschlossen sei. Denn wenn schon sich eine gegen jedweden Besitzer durchgreifende Wahrscheinlichkeit, dass der frühere Besitz ein fortdauerndes Recht vorstelle, nur mit unfreiwilligem Besitzverlust verknüpfen lässt, da mit freiwilliger Uebertragung zugleich auch das Recht übertragen oder nach der Regel Hand wahre Hand in der Folge verloren worden sein mag, so wird sich doch die wahrscheinliche Fortdauer im Verhältnis zum gegenwärtigen Besitzer insolange nicht leugnen lassen, als auf dessen Seite die Möglichkeit des Erwerbes überhaupt nicht vorliegt. Daher ist theoretisch und positiv eine Klage aus dem Besitz als vermutetem Recht durchaus möglich, wenn der frühere Besitz zwar aufgegeben,⁵⁹⁾ der derzeitige aber in bösem Glauben erworben wurde.

Durch die Zulassung der Besitzesklage gegen jeden bösgläubigen Beklagten hat der Entwurf das nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für alle Fälle (erwiesener) freiwilliger Besitzaufgabe vorhandene Bedürfnis nach der ergänzenden Eigentumsklage auf seinem Gebiet zum Teil vermieden; zum Teil aber ist es bestehen geblieben. Hat nämlich der Beklagte in gutem Glauben den Besitz erworben, der Kläger aber trotz Besitzesaufgabe das Eigentum gewahrt, z. B. wenn er in ungültiger Weise die Sache dem Veräußerer übereignet hatte, oder wenn sich der Veräußerer als schlechtgläubiger Empfänger einer einem anderen anvertrauten Sache qualifiziert,⁶⁰⁾ so kann nur eine Klage aus dem Recht helfen.

4. Nach all' dem kann es die Absicht des Entwurfes nicht sein, eine Klage aus dem Recht, insbesondere dem Eigen-

⁵⁹⁾ Der Begriff des „Aufgebens“ des Besitzes ist durch die Anerkennung mittelbaren Besitzes ein eigentümlicher geworden. Da bei Hingabe zu bloss beschränktem dinglichen oder zu persönlichem Recht der Besitz als mittelbarer erhalten bleibt, möchte es scheinen, als ob Aufgeben des Besitzes und Aufgeben des Rechtes stets zusammenfielen. Dem ist aber nicht so. Vergl. Abschnitt II § 1 und Note 101.

⁶⁰⁾ In diesen Fällen schützt Art. 976 (Hand wahre Hand) den gutgläubigen Dritterwerber nicht. S. Abschnitt II § 1.

tum, neben der „Besitzesklage“ auszuschliessen; man wird vielmehr ihre stillschweigende Anerkennung anzunehmen haben. Wohl scheint die ganze Anordnung der positiven Einzelbestimmungen über den Sachenrechtsschutz auf eine Alleinherrschaft der Besitzesklage hinzuweisen: so die Einordnung derselben unter die Rubrik „Rechtsschutz“ und die Abhandlung der Vermutungen, sowie der ganzen Materie vom Verkehrsschutz unter eben dieser Rubrik, in engster Verwebung mit der Besitzesklage. Auch lässt sich, wenn wir das deutsche bürgerliche Gesetzbuch in Parallele ziehen, nicht verkennen, dass das Anwendungsgebiet dieser letzteren Klage weiter gesteckt, das Bedürfnis nach ihrer Ergänzung daher beschränkt worden ist. Trotzdem bleibt anzunehmen, dass die „Besitzesklage“ im Sinne des Entwurfes nicht die einzige, sondern nur die Ordinariklage sein soll.

Neben ihr und zu ihrer Ergänzung steht behufs Durchsetzung der Ansprüche aus Art. 644, 3 die Klage aus dem Eigentum zur Verfügung — offenbar in der Klagform der rei vindicatio (bezw. negatoria).

Zur Regelung dieser Klage aus dem Recht selbst sind nun zweifellos gewisse Normen aus der Lehre von der „Besitzesklage“ herüberzuholen. Dabei erheben sich aber im einzelnen Bedenken. Während sich der aus der Verbindung mit der „Besitzesklage“ losgeschälte Inhalt der Bestimmungen über den Verkehrsschutz,⁶¹⁾ die Rechtssätze über die Vermutungen und die unter der Rubrik „Rückgabepflicht“⁶²⁾ getroffenen Bestimmungen über den Umfang der Herausgabepflicht des gut- und des schlechtgläubigen Besitzers unbedenklich werden zur Anwendung bringen lassen, dürfte kaum mit Bestimmtheit zu sagen sein, ob die fünfjährige Klagefrist des Art. 977 bei abhanden gekommenen Sachen auch für die Eigentumsklage gelten solle.⁶³⁾ Wollte man sich für die Ver-

⁶¹⁾ Vergl. hierüber Abschnitt II § 1 und 2.

⁶²⁾ Zutreffender dürfte „Herausgabepflicht“ sein, denn Rückgabe setzt eine Hingabe voraus.

⁶³⁾ Der citierte Artikel sagt nicht, die Besitzesklage sei an die bezeichnete Frist gebunden, sondern der frühere Besitzer könne während fünf

neinung entscheiden, so wird man doch wieder schwankend, weil die in Art. 979 Absatz 1 ausgesprochene zeitliche Unbeschränktheit der Klage gegen einen schlechtgläubigen Besitzer allgemeinen Charakter zu tragen scheint. Andererseits kann der Absatz 2 des gleichen Artikels auf die Eigentumsklage wieder keine Anwendung finden.

Was die Anwendbarkeit der beiden Klagen in ihrem Verhältnis zu einander betrifft, so ergibt sich zunächst, dass der Kläger sich nach Wahl der einen oder der anderen bedienen kann. Besitzesklage und Eigentumsklage vereinen sich, damit von den Besitzern gelte, was von den Dieben gesagt wird: *quo magis pluribus actionibus teneantur*. Es liegt, wie auch nach deutschem Reichsrecht, in der Hand des Klägers, entweder 1. den Eigentumsbeweis auf sich zu laden und damit einerseits dem Gegner die Vorteile des Satzes *actore non probante* zu verstatten, ihn aber andererseits gegenüber gelungenem Beweise zur Bewährung seines etwa trotzdem bestehenden Eigentums ohne Rücksicht auf gut- oder bösgläubigen Besitzerwerb, freiwilligen oder unfreiwilligen Besitzverlust zu zwingen, oder aber 2. denselben von vorneherein auf die Erweisung des eigenen Rechtes einzuschränken, dann jedoch nur unter den bekannten Voraussetzungen bezüglich Besitzerwerb und Verlust. Auch die beiden Klagen gleichzeitig zu erheben, ist zulässig.⁶⁴⁾ Schwieriger gestaltet sich die Frage, inwiefern die eine hinter der anderen beziehungsweise gegen die andere anstellbar ist, entweder von demselben Kläger, um den Misserfolg der ersten Klage wieder auszugleichen, oder vom vormaligen Beklagten als nunmehrigen Kläger, um die nach dem ersten Urteil erfolgte Herausgabe wieder rückgängig zu machen.

Diese Frage läuft darauf hinaus: worüber ist bereits rechtskräftig entschieden? Welches ist der der Rechtskraft fähige Inhalt des erstrichterlichen Urteils?

Jahren abfordern. — Betreffs derselben fünfjährigen Frist des Art. 206 O.-R. bestand kein Zweifel, da hier nur der Eigentümer als Kläger gedacht wird (vergl. Art. 227 a. E.), daher selbstverständlich eben die Eigentumsklage beschränkt werden sollte.

⁶⁴⁾ Allerdings könnte hier das kantonale Prozessrecht eingreifen.

Da ist nun die eigentümliche Natur der „Besitzesklage“ vorerst in Betracht zu ziehen. *a)* Sie dient den verschiedensten Herausgabeansprüchen, nicht nur dem Eigentumsanspruch. Nur ein Anspruch aber kann als geltend gemacht angesehen werden. Welcher nun dies ist, braucht der Kläger in der Klage nicht anzugeben. Daraus resultiert: mag der Klage stattgegeben oder mag sie abgewiesen werden, das Urteil über den erhobenen Anspruch hat für die Rechtskraft keinen Inhalt, soferne derselbe anonym geblieben ist. Denn die Rechtskraft kann sich nur auf eine bestimmte typische Berechtigung beziehen. *b)* Dass vom Beklagten die Erweisung eines eigenen („besseren“) Rechtes — in dem gleichen Sinn wie bei der *reivindicatio* vom Kläger — gefordert wird, hat zur Folge, dass der richterlichen Entscheidung über dieses Recht ebenso Rechtskraft zuerkannt werden muss, wie jener über den vom Kläger behaupteten Anspruch.⁶⁵⁾ Auch hier kann sich aber, wenn Beklagter unterliegt, die Rechtskraft nicht auf ein Recht zum Besitz überhaupt, d. h. auf ein „besseres“ Recht in abstracto beziehen, sondern nur auf das in concreto geltend gemachte Recht.

Somit ergibt sich für das Verhältnis der beiden Klagen folgendes:

1. Bei Abweisung des Klägers. Die Anstellung der Besitzesklage hinter der Eigentumsklage bleibt stets zulässig. Kläger kann darauf bauen, dass Beklagter nun seinerseits Eigentum nicht werde erweisen können. Den neuerlich erhobenen Anspruch braucht er nicht zu benennen; mag er aber selbst ausdrücklich seinen Besitz als Eigenbesitz deklarieren und die Vermutung des Eigentums anrufen, dem Beklagten bleibt die Einwendung des rechtskräftig festgestellten klägerischen Nichteigentums⁶⁶⁾ versagt, denn nur sein eigenes Recht

⁶⁵⁾ Ueber diese Konsequenz könnte sich m. E. das kantonale Prozessrecht nicht hinwegsetzen.

⁶⁶⁾ Ob in dem über die Eigentumsklage ergehenden Urteil schon an sich die Feststellung des klägerischen Eigentums oder Nichteigentums liege, ist für das deutsche Reichsrecht streitig. Dernburg, Sachenrecht², S. 350,

verteidigt ihn. Wie wird freilich dadurch der Grundgedanke der Besitzesklage, dass aus dem Besitz als der Form des Rechtes geklagt werde, ad absurdum geführt! Der Zwiespalt zeigt sich auch dann, und noch drastischer, wenn der Kläger beide Klagen zugleich erhebt, mit dem Eigentumsbeweis durchfällt, aus dem Besitz aber siegt. — Soll umgekehrt die Eigentumsklage eine verunglückte Besitzesklage wettmachen, so greift die Einrede der Rechtskraft zu Gunsten des Beklagten dann ein, wenn die Abweisung des Klägers auf Grund der Feststellung des Eigentums des Beklagten erfolgte.⁶⁷⁾

2. Bei aufrechter Klagerledigung. Erfolgte die Herausgabe auf Grund der Eigentumsklage, so ist eine Besitzesklage wider den siegreichen Kläger nicht denkbar, denn es mangelt an ihren Voraussetzungen. Dagegen steht dem Beklagten als jetzigen Kläger unter Umständen die Eigentumsklage gegenüber der siegreichen Besitzesklage seines Gegners offen; nämlich dann, wenn über sein Eigentum noch nicht geurteilt

lehrt, im Sinne des § 985 B. G.-B. sei das Eigentum des Klägers nur Prämisse des Herausgabeurteils und daher der Rechtskraft entzogen, so dass gleichzeitig eine Feststellungsklage erhoben werden müsste. Dabei steht § 322 C.-P.-O. in Frage. Vergl. die bei Buhl, Recht d. bewegl. Sachen, S. 76, Zitierten und Hellwig, Lehrb. d. d. Civilprozessr. I (1903) § 60. Die gleiche Kontroverse könnte sich auch für Art. 644, 3 des Entwurfes ergeben. Erkennt man die Frage, wie ich meine, als eine privatrechtliche, so wäre sie ohne Rücksicht auf das kantonale Prozessrecht zu lösen und dabei zu beachten, dass der Herausgabeanspruch von seiner juristischen Qualifizierung, welche der Richter vornimmt, indem er sich vom Eigentum des Klägers die notwendige Ueberzeugung verschafft, nicht zu trennen ist.

⁶⁷⁾ Die gleiche Frage entscheidet Gierke, S. 65, für das bürgerliche Gesetzbuch dahin: „Lautet das Urteil auf Abweisung des Klägers, so steht einer von ihm aus dem Recht selbst erhobenen Klage gegen denselben Prozessgegner die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache insoweit entgegen, als über das bessere Besitzrecht erkannt ist.“ Also stets, wenn der Beklagte auf Grund seines Rechtes zum Besitz nach § 1007, Abs. 2 oder 3 siegreich blieb. Dagegen hindert z. B. nach Planck, Comm., S. 284, die Abweisung des Anspruches aus § 1007 eine spätere Klage aus dem Recht überhaupt nicht, es wäre denn vom Beklagten ein Feststellungsbegehren hinsichtlich des Nichtrechtes des Klägers gleichzeitig erhoben worden. Vergl. nächste Note a. E.

wurde, weil er es nicht geltend machte, oder wenn der Kläger aus einem Gegenrecht siegte.⁶⁸⁾

Es erhellt, dass der Klagendualismus entschieden von dem Ziele abführt, ut aliquis litium finis esset.

§ 4. Historische Grundlagen.

Die Fahrnisverfolgung in Gestalt einer Klage aus dem Besitz ist der gemeiniglich vertretenen Ansicht nach der ruhenden Verlassenschaft unseres alten deutschen Rechtes entnommen, die im Ganzen einen Erben nicht gefunden hat, noch findet, nun aber zur Aneignung einzelner, in ihrem Werte wieder-erkannter Nachlassstücke herausfordert, die der wohnlicheren Einrichtung unseres modernen Rechtsgebäudes dienen sollen. Allein trotz der hohen Autoritäten, die den zugrundeliegenden historischen Theorien über Anfang und Gewere zur Verfügung stehen, mag ein bescheidener Zweifel darüber geäußert werden, ob die Aufnahme dieser Klage durch die neueste Legislation in der Tat einen Triumph des verklungenen germanischen Rechtes in vollem Masse bedeutet.

Nichts liegt den folgenden Zeilen ferner als eine Auseinandersetzung mit der Literatur, sei es auch in noch so beschränktem Rahmen. Deren Bedeutung und Umfang, sowie die Tiefe der in Frage kommenden Probleme erfordert hiefür ein Buch, nicht einige Seiten. Auch eine quellenmässige Begründung der eigenen Ansicht kann und soll nicht versucht

⁶⁸⁾ Gierke, S. 65, für das B. G.-B.: „Somit kann der Beklagte auch mit der Vindikation die Sache dem Kläger nur dann wieder abfordern, wenn über das von ihm behauptete Eigentum oder sonstige Recht bereits zu seinen Gunsten entschieden oder [trotz Geltendmachung] überhaupt noch nicht erkannt und überdies das festgestellte Besitzrecht des Klägers weggefallen ist.“ Anderer Ansicht z. B. Dernburg a. a. O., S. 365, Planck, S. 284, welche die Eigentumsklage auf Wiedererlangung der Sache schlechthin zulassen, ausser wenn durch Feststellungsklage dem vorgebeugt worden wäre. Vergl. Buhl, S. 93 ff. Ob sich Gierkes Ansicht mit den Grundsätzen der deut. C.-P.-O. vereinigen lässt? Vergl. Hellwig, Rechtskraft (1901), S. 34 4 ff., der indes von einem rein possessorischen Charakter der Klage aus § 1007 ausgeht. M. E. dissoniert die C.-P.-O. mit der neuen Klage.

werden. Nur eines mag gestattet sein, wenigstens die Richtung anzugeben, in welcher meines Erachtens jener konstitutionelle Fehler liegt, der den Organismus der „Besitzesklage“ vom historischen Standpunkt aus behaftet. Im Uebrigen darf ich darauf verweisen, dass eine selbständige Schrift über die ältere Eigentumsverfolgung für die hier flüchtig gezeichneten Grundgedanken die Verantwortung tragen wird.

Die nachhaltigste Wirkung erzielten unter den nicht wenigen Theorien über das Wesen der altdeutschen Mobiliarklage jene, welche in ihr einen petitorischen Schutz des Besitzes sehen. Neben ihnen haben Ansichten wie die, dass der Ursprung der Klage in einem am Kläger begangenen Delikt als solchen liege (besonders London), dass das dingliche Sachenrecht den Klaggrund gebildet habe (Bruns, Recht des Besitzes), oder dass doch die Entwicklung in historischer Zeit bereits vom Deliktsstandpunkt zu dem des „Schutzes des dinglichen Rechtes um seiner selbst willen“ übergegangen sei (Heusler), minderen Erfolg gehabt. Für die auf den petitorischen Besitzschutz abzielende Lehre wirkte vornehmlich Labands Standwerk „Die vermögensrechtlichen Klagen“ (1869) richtunggebend. Das Fundament der altdeutschen Mobiliarklage sei nicht das Recht an der Sache, sondern, abgesehen von der Klage wider den Vertrauensmann, der unfreiwillige Besitzverlust; die Verteidigung des Beklagten sei nichts als eine motivierte Verneinung dieses Klagfundamentes (§§ 15—19 l. c.).

Durch Eugen Hubers Festschrift „Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht“ (1894) hat die Theorie von der Klage aus unfreiwilligem Besitzverlust einen neuen Impuls, zugleich aber auch ein anderes Gesicht erhalten. Während nach Laband das Recht des Klägers an der Sache überhaupt für das Wesen der Klage keine Rolle spielt, erscheint bei Huber die als tatsächlich gedachte Gewere gerade als die Form des Rechtes, sodass nicht der Besitz als solcher, sondern im Besitz das Recht geschützt wird. Die Klage sei „Offensivwirkung“ der Gewere, „gemäss welcher die verlorene Sache irgendwie dem Verlierenden zugehört haben muss.“ Durch die Berufung auf die verlorene frühere Gewere werde

die gegenwärtige des Beklagten gebrochen: dieser müsse sich nun auf einen Titel (nicht auf das materielle Recht selbst) berufen, um dem Kläger gegenüber im Recht zu bleiben; gelinge ihm dies nicht, so erfolge die Wiederherstellung der früheren Gewere, weil diese die Form des wahren Rechtes darzustellen scheine (S. 18, 19, 43, 48). Diese Ansicht, die in Gierkes mehrgedachter Schrift „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes“ etc. volle Zustimmung gefunden hat, bedeutet einen entschiedenen Schritt nach vorwärts, insoferne sie zugesteht, dass der hier „dem tatsächlichen Verhältnis zugewendete“ Schutz „im Grunde das Recht selbst betrifft“ (Huber S. 46). Ist es aber in der Tat notwendig, sich das Recht im Kampf der Parteien vor dem Richter in dieser Verkleidung durch die Gewere vorzustellen?

Ich glaube, dass es ein prozessuales Prinzip ist, das die materielle Grundlage der Klage verschleiern, den Irrtum der Theorien vom Klaggrund des Besitzes verschuldet hat.

Es ist bekannt, vielfach aber nicht genügend beachtet und nicht richtig formuliert, dass die Rollen des Klägers und des Beklagten bei Rechtsverfolgung von Sachen nach dem römisch⁶⁹⁾-modernen und nach dem altdeutschen System ganz verschiedene Bedeutung haben. Das erste verlangt vom Kläger: „Rechtfertige deine Klage;“ das zweite dagegen vom Beklagten: „Rechtfertige deinen Besitz.“⁷⁰⁾ Das erste weist bei mangelnder Rechtfertigung den Sieg dem Beklagten zu (*remanet suo loco possessio*), das zweite dem Kläger.

Der rechtfertigungspflichtige Besitzer antwortete, sofern nicht der Kläger selbst als Auktor angesprochen wurde, entweder durch Stellung des Gewähren oder durch Berufung auf originären Erwerb; dem Behalten der Sache diene aber nach ältestem Recht nur die letztere Verteidigung, während die erstere lediglich von den mit der Herausgabeklage verbun-

⁶⁹⁾ Das Recht der ältesten römischen Zeit schliesse ich dabei aus.

⁷⁰⁾ Für die Kehrseite, das Recht der Verantwortung, übersetzt den Antagonismus ins Beweisrecht die Glosse zu Ssp. I, 15, § 2 (bei Homeyer): *dat de leges bat geloven dem klegger u. siner bewisinge, u. sassenrecht gelovet bat dem antwerder u. siner bewisinge.*

denen strafrechtlichen Folgen befreite. Dass der Beklagte nur den Titel anzugeben beziehungsweise zu erweisen brauchte, ist unrichtig. Der derivative Titel bedeutet nach den Quellen nichts anderes als Berufung auf einen Dritten, der die Sache (nach ältestem Recht in eigenem Namen und für sich) zu verteidigen hat, nämlich den Gewähren. Selbstverteidigung aber setzt eine ursprüngliche Erwerbungsart oder später rechte Gewere voraus. Darum kann z. B. nach dem bayrischen Volksrechte einer dem andern nur dann Eviktionsansprüche eines Dritten abzuwehren geloben, wenn er die Sache als Gewähre selbst zu verteidigen und, abgesehen von seinem Gedinge, zu behalten befugt wäre mit Rücksicht darauf, dass die streitigen ornamenta durch seine eigenen Knechte aus seinem eigenen Stoff hergestellt wurden, dass die Mutter des streitigen Sklaven sein Eigentum war u. s. w. (Lex. Bai. XVI, 11 und 14). Noch der Sachsenspiegel lehrt von der Form der Verteidigung: der Zug gehe von einem Gewähren auf den andern solange, bis man auf den komme, der das Vieh in seinem Stalle aufgezogen oder das Gewand selbst erzeugt habe (II, 36 § 6), beziehungsweise, wie nach dem Schwabenspiegel (L. 317 § 7) beigefügt werden kann, bis man auf den Dieb oder Räuber komme. Der letzte, das ist nach dem ältesten Recht der richtige Beklagte, macht sein Recht gegen den Kläger geltend, sofern er nicht eben der Dieb ist.

Die Verteidigung mittels eigenen Rechtes greift stets durch, auch wenn der Besitz dem Kläger gegen dessen Willen durch Eigenmacht abgenommen wurde. Schon mit Rücksicht auf diesen, sicherlich einer urwüchsigen Auffassung der Eigentumsordnung entsprechenden und von den Quellen verschiedentlich anerkannten⁷¹⁾ Grundsatz geht es keinesfalls an, die Antwort des Beklagten als eine Negierung des Vorgebens des Klägers aufzufassen, „die verlangte Sache sei ihm wider Willen abhanden gekommen,“ durch welche Negierung dieses Vorgeben „als unmöglich der Wahrheit entsprechend dargetan wird“ (Laband S. 119).

⁷¹⁾ Siehe z. B. L. Bai. XVII, 1, 2; Liut. 148; Cap. ca. 819 c. 9, Bor. I, S. 293. Vergl. Bruns, R. d. Bes., S. 296.

Gegenüber der Berufung des Beklagten auf eigenes Recht kommt nun der Kläger zur Bewährung seines Rechtes zu Worte: dass er gegen seinen Willen entwert wurde, sichert ihm also gegenüber einem gerechtfertigten Beklagten keineswegs die Restitution. Der letztere stützt sich auf seinen einmaligen originären Erwerb solange, als nicht erhellt, dass trotz desselben nunmehr das Recht dem Kläger zustehe. So kämpft Rechtsbehauptung gegen Rechtsbehauptung. Für den Immobilienprozess, von welchem Urkunden und Formeln ein vollständigeres Bild geben, ist dieses Zurückgreifen des Klägers auf sein Recht ganz unbestreitbar.⁷²⁾ Aber auch für das Mobiliarverfahren kann kein begründeter Zweifel erhoben werden. Ist es doch kaum denkbar, dass über das Recht des Beklagten isoliert, ohne Rücksicht auf den Gegner, entschieden worden wäre, und dass so, wer z. B. das Kalb einstmals in seinem Stalle auferzogen, in allen späteren Prozessen um die Kuh, gegen welchen Kläger immer, also auch gegen den Käufer, den vom Vertrauensmann Erwerbenden u. s. w. obsiegt hätte. Weder dem Kläger noch dem Beklagten gegenüber war die Klage *ideo comparata, ut res domino auferatur*.

Die Pflicht der Rechtfertigung statuierend ermächtigte aber das alte Recht keineswegs den nächstbesten, den gegenwärtigen Besitzer zur Ausweisleistung anzuhalten und sich bei Misslingen des Ausweises dessen Sache anzueignen. Vielmehr verlangt es die Qualifizierung der Klage als einer nicht frivolen, nach äusseren veranlassenden Umständen und nach der inneren Ueberzeugung des Klägers gerechten. Dies ist die Bedeutung der Beteuerung, die Sache sei gestohlen oder geraubt und sie sei des Klägers eigene, sie sei „sein.“ Diese Beteuerung, ein objektives Moment enthaltend, die Tatsache des Besitzverlustes, und ein subjektives, den guten Glauben, dass dieser

⁷²⁾ Für die Stützung der beiderseitigen Parteibehauptungen auf Erwerbsgründe des Rechtes an der Sache gibt es zahlreiche Beispiele. Uebrigens konnte auch schon der Klage die rechtliche Begründung beigefügt werden, s. Hübner, *Immob.-Proc.*, S. 47 ff., 79 ff. Vergl. auch denselben S. 52: „ausnahmslos handelt es sich auf Seiten des Klägers wie des Beklagten um das Recht.“

Verlust ein eigenes Gut betreffe, war die Schutzwehr gegen leichtfertige Angriffe, die eben der erzwungenen Rechtfertigung wegen eine besondere Gefahr für den Beklagten in sich schlossen. Die beiden bezeichneten Momente zusammen gaben den Grund ab, den Besitzer zur technischen Verteidigung zu provozieren. Im Gegensatz zum Klaggrund als der Rechtsquelle des erhobenen Anspruches, mag man zutreffend von einem Klagerhebungs- oder Klageeinleitungsgrunde sprechen.

Der Akt, mittels dessen ein Klageeinleitungsgrund geltend gemacht wurde, war der „Anfang,“ benannt nach dem Anfassen der Sache. Er beinhaltete die Aufforderung des Beklagten, sich durch Nennung der dritten Hand, seines Gewähren — eventuelle Selbstverteidigung vorausgesetzt — zu rechtfertigen (in tertiam manum mittere).

Demnach ergibt sich folgendes Gesamtbild vom ältesten Verfahren. Wer einen Klageeinleitungsgrund darzutun vermag, erhebt Anfang. Es folgt die Rechtfertigung des Beklagten (beziehungsweise des Letztbeklagten, wenn es zum Gewährezug kam), und schliesslich zur Entkräftung originären Erwerbes des letzteren die Ausführung des eigenen klägerischen Rechtes.

Dass nun in eben diesem klägerischen Recht der wahre Klaggrund liege, kann zum mindesten für die letzterwähnte Eventualität nicht bestritten werden, da es auf das Prozessstadium, in welchem der Kläger sein Recht mobilisiert, nicht ankommt. Nicht anders steht es aber, wenn dem Beklagten seine Rechtfertigung versagt, und daher dem Kläger, ohne dass sein Recht der prozessualen Erörterung ausgesetzt worden wäre, der Sieg zufällt. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass hier deshalb das Recht nicht der Klaggrund sein könne, weil es nur behauptet („suum esse“), nicht aber prozessual festgestellt werde. So wenig, wie wenn wir uns in einem Versäumnisverfahren den Kläger siegreich denken. Aehnlich wie hier das Vorbringen des Klägers als zugestanden gilt, ist gegenüber der Anfangsklage die historische Auffassung entschieden die gewesen, dass für einen Beklagten, der weiterbesitzen will, seinen Besitz aber nicht zu rechtfertigen vermag, das Recht des Klägers im Hinblick auf dessen Klaganlass

unbestreitbar sei, also ebensogut feststehe, als ob es sich im Laufe des Verfahrens erwiesen hätte.⁷³⁾ Dass man sich den Kläger einzig und allein als den in Verteidigung der wahren Berechtigung und nicht infolge zufälligen Besitzes an der Verfolgung der Sache Interessierten vorgestellt hat, zeigt ja schon der verlangte Schwur, dass die Sache seine eigene sei;⁷⁴⁾ ebenso die so häufigen Beziehungen der Quellen auf den wahren, richtigen Eigentümer („si venerit proprius dominus,“ „qui se proprium dominum dicit“ u. s. w.), die Bestimmung, dass bei nachheriger Umkehrung der Klage der frühere Kläger als nunmehriger Beklagter sein Recht an der Sache müsse erweisen können (z. B. Lex Burg. 19, 2; vergl. Roth 232), und andere, hier nicht weiter zu erörternde Argumente.⁷⁵⁾ Darüber aber, dass sich jener Schwur des „suum esse“ nicht etwa bloss auf die Identität der abhanden gekommenen und der eingeklagten Sache (Laband S. 112), vielmehr überdies und besonders auf das rechtliche Zugehören derselben beziehe, kann nach der natürlichen Wortbedeutung und dem Zusammenhang des Ganzen kein Zweifel bestehen.

Demgemäss ist trotz anderer Klagform auch nach der germanischen Anschauung der Grund zur Sachverfolgung der, dass der Eigentumsordnung gemäss das Gut dem Verfolger gebührt und nicht dem Verfolgten, dass in des ersten Rechts-

⁷³⁾ Der vermutliche Täter, der Verüber des Diebstahls u. s. w., kann eines andern Recht nicht in Zweifel ziehen. Daher trifft Labands (S. 112) Einwendung nicht zu, dass, wenn ein Recht auf den Besitz das Fundament der Klage wäre, der Verklagte die Abweisung der Klage stets damit müsste erzwingen können, „dass er den rechtmässigen Erwerb dieses Rechts seitens des Klägers widerlegt oder dass er einen Dritten als den wahren Eigentümer nachweist.“ Der Kampf des materiellen Rechtes vollzieht sich eben hier nach einer anderen Klagform.

⁷⁴⁾ Die markanteste Stelle in den Volksrechten ist das bekannte Kapitel 33 der Lex Rip.: „iurit quod in propriam rem manum mittat.“ Sehr häufig ist die jüngere Formel (s. Planck, deut. Gerichtsverf. I, S. 832): daz iz do sin were und noch sin si, do iz ime abe gestolen oder abe geroubet wart. Vergl. H. Meyer, Entwerung und Eigentum, 1902, S. 14 ff., 27 ff.

⁷⁵⁾ Es ist besonders zu verweisen auf das in gewissen Fällen ungenügender Verteidigung eintretende sich zur Sache ziehen des Klägers.

nicht bloss Besitzsphäre eingegriffen wurde, und dass der Beklagte die Rechtsverletzung durch Restituierung (und Sühnung) wieder gut machen müsse. Nur mit dieser Auffassung ist die Sanktionierung der Selbsthilfe und die Nichtsanktionierung reinen, petitorische Einwendungen ausschliessenden Besitzschutzes vereinbar.

Die gegnerische Ansicht verfehlt sich also darin, dass sie in der Berufung auf den Klageanlass der Entwerung die Geltendmachung des Rechtsgrundes, dem derzeitigen Besitzer das Gut abzunehmen, erblickt. Richtig aber ist, dass aus dem blossen Besitz niemals der Klaganspruch hergeleitet wird — auch nicht „in erster Linie“ oder so, dass die petitorisch umgestaltbare Anfangsklage von Haus aus possessorisch wäre.⁷⁶⁾ Von vorneherein stehen Angriff und Verteidigung auf derselben Grundlage, sie stützen sich auf das Recht an der Sache. Jene „arge Inkongruenz,“ „die Einreden auf eine ganz andere Basis zu stellen, die sich mit dem Klagfundament keineswegs deckt“ (Laband S. 119), besteht in der Tat nicht; allerdings aber ist die Kongruenz positiv eine andere, als Laband lehrt.

Es sind nun aber noch zwei des weiteren zu erörternde Haupteinwände dagegen erhoben worden, dass das Recht an der Sache *kat'exochen*, das Eigentum, als Klaggrund betrachtet werden könne: der eine dahingehend, dass einerseits auch dem Nichteigentümer die gleiche Klage zur Verfügung stehe; der zweite, dass andererseits dem Eigentümer die Klage unter Umständen versagt sei.

1. Allerdings klagt nach den Quellen mit der Anfangsklage nicht ausschliesslich der Eigentümer. Keineswegs aber ergibt sich, dass in den bezüglichen Fällen die Entwerung schlechthin den dinglichen Anspruch fundiert hätte.

Stellen wir fest, um welche Fälle es sich handelt. Stets steht der Kläger in einer Rückgabepflicht. Nur wer für

⁷⁶⁾ Dagegen verhält es sich, nebenher bemerkt, in der Tat so beim *remed. ex can. Redintegr.*, als die Replik des Eigentums möglich geworden war. Vergl. über die italienische Doktrin von der *potestas cumulationis petitorii ac possessorii*, Delbrück, *dingl. Klage* (1857) S. 165 ff.

fremdes Gut einzustehen hat, und zwar nach dem älteren Recht in der strengsten Weise, wer gelten müsste bei dessen Verlust, darf auch klagen.⁷⁷⁾ Das Recht der direkten Verfolgung Dritter seitens eines Nichteigentümers erscheint als Korrelat der unbedingten Haftung.

Schon aus dieser Beschränkung folgt, dass die Entwerung nicht als solche überhaupt klagbegründend gewirkt haben kann. Aber auch in der Person eines restitutionspflichtigen Besitzers begründete sie keinen dinglichen Herausgabeanspruch; es ergibt sich durchaus kein quellenmässiger Anhaltspunkt, dass in den fraglichen Fällen die Verteidigung des Beklagten durch Aufrollung der Frage nach dem Recht an der Sache abgeschnitten worden wäre. Wenn daher auch der entwerte Besitzer einer *res prestita* diese mit Anfang verfolgte und behauptete, sie sei sein, so muss dies dahin verstanden werden, dass ihm zufolge seiner Beziehung zum (angeblichen) Eigentümer als dem Verleiher etc. die Position des Eigentums gegen jeden Dritten zu verfechten überlassen war. Dies aus dem gleichen wirtschaftlichen Motiv, das der Klage des Eigentümers selbst zugrunde liegt: dass der Sachverlust auf seinen Schaden geht; wer den Schaden hat, hat die Klage. So ist dem Kommendatar im eigenen Interesse, aber allerdings nicht aus eigenem, sondern fremden Rechte jene einzige Klage ausgehändigt worden, die dazu bestimmt war, den Besitz mit der Eigentumsordnung in Einklang zu bringen. Erst einer jüngeren Entwicklungsstufe gehört meines Erachtens die Klage aus dem eigenen beschränkten Rechte⁷⁸⁾ an.

2. Den bestimmendsten Einfluss hat auf die Lehre vom Klagfundament des Besitzes der Satz „Hand wahre Hand“ genommen. Denn, so meinte man, wie könnte die Klage aus

⁷⁷⁾ Der Gedanke, dass Einstehenmüssen zur Klage ermächtigt, ist auch den jüngeren Quellen geläufig. Vergl. Ssp. III, 6, §§ 2, 3: Wert aver ime sin percl oder ander sin gut düflike oder röflike genomen in des herren dienste ane des knechtes sculd, dat mut ime die herre gelden; dar vore mut man oc deme herre antwerden, of he dar up klaget. Schsp. (L.) a. 259 a. E.: Daz is da von, daz erz dem knechte gelten muz.

⁷⁸⁾ Vergl. Heusler, Inst. II, S. 210.

dem Eigentum entspringen und ein Dritter dennoch klaglos gestellt sein, wenn es sich gerade um anvertrautes Gut handelt? Und zu dem Umstande, dass die Klage vermeintlich dort, wo sie gegeben wird, unfreiwillig verlorenen Besitz geltend macht, schien aufs beste zu stimmen, dass sie anscheinend überhaupt mangelt, sobald der Besitz freiwillig aufgegeben wurde.

Allein der Fehler liegt in dem zugrunde gelegten Eigentumsbegriff. Wer vom römischen Eigentum ausgeht, das, einmal begründet, dem Gedanken nach unzerstörbar fortlebt, solange es dem Eigentümer beliebt, wird durch die anscheinende Unvollständigkeit des gewährten Rechtsschutzes allerdings leicht bestimmt werden, das geschützte Rechtsgut anderswo als im Eigentum zu suchen. Nicht so aber, wenn der historische germanische Eigentumsbegriff als der allein verwertbare und entscheidende erkannt wird — stillschweigend vorausgesetzt, dass wir auch ein andersgeartetes Recht Eigentum nennen dürfen als das römische Eigentum, sobald es die umfassendste Sachherrschaft bedeutet, welche die Rechtsordnung gewährt.

Nach dem ältesten Prozessrecht hatten die Klagen sämtlich strafrechtlichen Charakter; auch diejenigen, welche der Verfolgung von Privatrechten dienten, waren nur gegen jenen anstellbar, der durch eine für strafbar erachtete Handlung den Kläger verletzt hatte. Nur in diesem Sinne wirkte ein absolutes Recht gegen jedermann, die übrigen lediglich gegen eine bestimmte Person. Das Eigentum entfaltete demgemäss seinen Charakter als absolutes Recht allein gegen denjenigen, dessen Angriff strafwürdig schien. Machtlos war der Eigentümer, wenn ein Dritter im regelmässigen und rechtlichen Verkehrsgang, daher selbstverständlich straflos, die Sache erworben hatte:⁷⁹⁾ dieser wurde damit ebenso gut Eigentümer, wie es jener seinerzeit geworden war. Das Eigentum entbehrte danach der unzerstörbaren Kontinuität, es unterlag der Vernichtung durch unvermittelte Abfolge und war in diesem

⁷⁹⁾ Die Meinung, dass auch der vom Vertrauensmann erwerbende *fraudis conscius* unverfolgbar gewesen sei, ist nicht erweislich.

Sinne ein zeitliches (im Gegensatz zum ewigen Eigentum des römischen Rechtes).⁸⁰⁾ Dafür ist uns das Prozessrecht Gewähr.⁸¹⁾

Demgemäss kommt in der Unverfolgbarkeit des redlichen Erwerbers einer anvertrauten Sache nicht eine Ausnahme, sondern das Prinzip zum Ausdruck. Gibt es nur eine Klage des strafbar Verletzten wider den strafbaren Verletzer, so muss sich der Eigentümer an den Dieb oder an die treulose Hand halten, nicht aber an einen Dritten, der straflos und daher klaglos ist.

Dem widerspricht nicht, dass gegen einen unredlichen Drittbesitzer, gegen den Dieb oder Diebesgenossen,⁸²⁾ den Quellen nach nur der Vertrauensmann klagt. Denn zufolge des früher erörterten Haftungsverhältnisses erscheint in der Tat dieser, nicht der Eigentümer als der eigentlich Verletzte. Immerhin kann eine Klage des Eigentümers in diesem Falle nicht völlig aus dem Gedankenkreise gelegen sein. Zu dessen Bestätigung glaube ich auf das bekannte Gesetz Liutprands (131) vom Jahre 733 verweisen zu dürfen, in welchem die Möglichkeit beider Klagen erörtert und schliesslich für die positive Entscheidung in obigem Sinne die allerdings abweichende Motivierung gefunden wird: *fur, licet malefactor sit, non habeat de una causa duas calumnias*. Die Stelle bietet übrigens zugleich einen guten Beweis dafür, wie weit man davon entfernt war, den aufgegebenen Besitz als den Grund für die Verweigerung der Klage anzusehen.⁸³⁾

Nicht die sogenannte Beschränkung der Verfolgbarkeit von Fahrhabe bedarf nach all' dem der Erklärung, sondern umgekehrt die Möglichkeit der Verfolgung Dritter, welche

⁸⁰⁾ Der Ausdruck „relatives“ Eigentum ist wegen seiner Mehrdeutigkeit abzulehnen; auch das „zeitliche“ Eigentum ist, so lange es existiert, ein absolutes Recht.

⁸¹⁾ Dass aber das Prozessrecht aus sich den Inhalt des materiellen Rechtes bestimmt hätte, wie behauptet worden, ist ausgeschlossen.

⁸²⁾ Ueber den mit der treulosen Hand Einverstandenen s. Note 79.

⁸³⁾ Brunner, Rg. II, S. 509, deutet allerdings an, dass Liutprand das Vorbild der römischen Eigentumsklage vor Augen gehabt habe.

straftlos erworben haben. Dies ist die letzte und entscheidende Frage. Sie aufgerollt zu haben, ist besonders Londons⁸⁴⁾ Verdienst.

Mit dem strafrechtlichen Charakter des ältesten Verfahrens hängt auch die Rechtfertigungspflicht des Beklagten zusammen. Wer beklagt wird, muss Antwort stehen über ein ihm imputiertes Verbrechen. Der Besitzer einer abhanden gekommenen Sache hat sich zu reinigen von dem Vorwurf diebischen Besitzes. Fällt ihm selbst die Entwerung des anderen zur Last, so liegt die Reinigung allein im Nachweis seines Rechtes. Hat er aber den Besitz von einem anderen überkommen, so müsste die Nennung des Auktors, beziehungsweise die Feststellung des strafflosen Erwerbes zur Rechtfertigung genügen. Es wird aber von ihm die Rückgabe der Sache verlangt. Worin liegt der Grund hievon?

In der Tendenz, die Verfolgung der Diebe zu sichern. Nur durch Rückübertragung der verfolgten Sache von Auktor zu Auktor konnte deren Identität beim Zuge auf den auszuforschenden Dieb festgehalten und nur im Besitze des *corpus delicti* konnte dieser beklagt werden. Zurückbehaltung des Gutes beim Erstbeklagten wäre daher mit der Einschränkung der Diebesverfolgung auf die Fälle handhafter Tat und noch nicht erfolgter Besitzesentäußerung seitens des Diebes gleichbedeutend gewesen — ein Zustand, der als der ursprüngliche anzunehmen ist, aber um so weniger als erträglich empfunden werden konnte, je rascher der fortschreitende Verkehr die Güter aus einer Hand in die andere führte. Durch ein sehr charakteristisches Institut hat man nun die Drittbesitzer prozessual zu erreichen und damit Wandel zu schaffen gewusst: durch den Gewährzug. Mittels des Gewährzuges wurde schlechterdings die Auflösung aller über eine *res furtiva* geschlossenen Erwerbsgeschäfte herbeigeführt. Durch den Zwang zu schrittweiser Rückstellung der Sache gegen Rückzahlung des jeweiligen Kaufpreises schuf

⁸⁴⁾ „Die Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung,“ herausg. von Pappenheim, 1886.

man in den Fällen mittlerweiligen Besitzerwerbes seitens Dritter auf künstlichem, entwicklungsgeschichtlich aber dennoch so natürlichem Wege die gleiche Situation, die ursprünglich allein die Diebstahlsverfolgung zuliess, nämlich die Ereilung des Diebes in dem noch fortdauernden Besitz des gestohlenen Gutes.

Wie anders nimmt sich nun unter diesem Gesichtspunkt die Wirkung der Klage gegen Dritte aus!

Es ist nicht das Eigentum, das hier die Kraft seines natürlichen Wesens voll entfaltet, während eben diese Kraft in den Fällen des Anvertrauens der Sache ausnahmsweise versagte. Vielmehr ist die Wirkung des Eigentums gegen straflos erwerbende Dritte eine sekundäre Erscheinung, eine Folge, welche die aus dem *odium furum* entsprungene Ausdehnung der Voraussetzungen der Diebstahlsverfolgung auf der passiven Seite mit sich brachte. Der klarste, aber nicht beachtete Beweis hiefür liegt gerade in der *intertiatio*. Der Kläger kann vom Dritten nichts anderes verlangen als *missio in tertiam manum*, Aushändigung der Sache an den Gewähren. Herausgabe an den Kläger zu begehren ist ausgeschlossen,⁸⁵⁾ denn sein Recht wirkt nicht gegen den rechtmässigen Erwerber; er kann nur beanspruchen, dass dieser jene Vorbedingungen herstelle, die ihm sein Recht gegen den Dieb durchzusetzen gestatten, d. h. die Wiederherstellung des vorigen Standes. Erst als Konsequenz dieses Anspruchs ergab sich die Geltung des eigenen Rechtes gegen einen Dritterwerber und die Möglichkeit, in nicht deliktischer Weise das Eigentum eines anderen zu verletzen. Das *odium furum* hat demnach die Energie für die Entwicklung eines unter Umständen unverlierbaren Eigentums geliefert.

⁸⁵⁾ Jene Fälle, in welchen unmittelbare Herausgabe erfolgt, wie bei Kauf von einem Unbekannten, vereinen sich als Ausnahmen mit dem Prinzip von selbst, wenn erwogen wird, dass hier eine Sanktion auf die Nichterfüllung der Pflicht zur Wiederherstellung des vorigen Standes gesetzt erscheint. Die Erreichung des Vormannes ging auf Gefahr des Beklagten. Doch findet sich, und dies ist höchst charakteristisch, auch der gegenteilige Standpunkt vertreten. Vergl. Abschnitt II, a. A.

Damit glaube ich im Sinne des eingangs bemerkten Zweckes dieses geschichtlichen Rückblickes wenigstens angedeutet zu haben, dass die Sachverfolgung stets aus dem Recht ihre Legitimation hergeleitet hat, und dass es an dem verschiedenen Klagsystem liegt, wenn man dem Recht den Besitz substituieren zu müssen vermeinte.

§ 5. Ergebnis.

Dass die wesentlichen Aeusserungen der „Besitzesklage“ des Entwurfs, soweit sie Herausgabeansprüchen dient, mit der eben geschilderten historischen Grundlage, abgesehen natürlich von dem veralteten Gewährzuge, zusammenstimmen, ergibt sich von selbst. Ebenso aber auch, dass die auf den Besitz gegründete Konstruktion, die Richtigkeit unserer historischen Bemerkungen vorausgesetzt, nicht den Anspruch hat, als die dem deutschen Recht entsprechende bezeichnet zu werden.

1. Der Hauptgedanke, in dem die Klagerleichterung gegenüber dem römischen System liegt, dass es grundsätzlich Pflicht des Beklagten sei, seinen Besitz, und erst nach ihm Pflicht des Klägers, seinen Anspruch durch Nachweisung des Rechtserwerbes zu justifizieren, ist der historischen wie der „Besitzesklage“ gemeinsam.

2. Ebenso ist es ein Gedanke beider Klagen, dass dem Beklagten die Rechtfertigung seines Besitzes nur unter gewissen Voraussetzungen obliegt. Während aber der Entwurf diese Voraussetzungen auf in gutem Glauben erworbenen Besitz, der entweder unfreiwillig verloren wurde, oder dem bösgläubiger Erwerb des Gegners gegenübersteht, limitiert, ist im Sinne der deutschen Klage der Rahmen zu erweitern. Fassen wir auf dem materiellen Standpunkt des Entwurfes, so kommt regelmässig und in erster Linie allerdings ausser dem guten Glauben des Klägers — der sich aber hier auf die Geltendmachung des Anspruches, nicht auf den einmaligen Rechtserwerb bezieht — Entwerung in Betracht; jedoch auch freiwilliges Aufgeben des Besitzes, wenn nach den Umständen trotz des Verlustes des Besitzes mutmasslich der Ver-

lust des Rechtes nicht eintrat (insbesondere, doch nicht ausschliesslich, bei bösgläubigem Erwerb des Beklagten); endlich auch ein Erwerbsgrund, wenn das Recht an der Sache erworben wurde ohne Besitzerwerb. Dadurch erwächst die deutsche Klage, wie es ja im Hinblick auf ihre historische Alleinherrschaft gar nicht anders denkbar ist, zu einem selbstständigen Prinzip, das keiner Ergänzung bedarf. In ihren Rahmen lassen sich alle jene Fälle einreihen, für welche die „Besitzesklage“ nach den Ausführungen in § 3 keine Unterkunft bietet. Neben ihr gibt es Klagen auf Herausgabe nur aus Gedinge wider den Gedingsgegner, Kontraktsklagen, welche jener als der Dritthandsklage gegenüberstehen.

3. Schliesslich stimmen die beiden Klagformen darin wieder überein, dass sie nicht ausschliesslich der Geltendmachung von Eigentumsansprüchen dienen. Wie im historischen Recht auch der Verwahrer, Leiher u. s. w. mittels Anfangs Herausgabe begehren konnte, so kann auch die Besitzesklage vom Niessbraucher, Mieter u. s. w. erhoben werden; nur bedarf es bei der Besitzesklage einer konkreten Rechtsbehauptung nicht.

Petitorischer Schutz wider Dritte wird damit allen in einer Sachherrschaft sich ausdrückenden Rechten gewährt, auch wenn sie das Gesetz nicht als dingliche Rechte im römisch-modernen Sinn anerkennt. Auch dasjenige Verhältnis zur Sache, das sich auf ein bloss obligatorisches derartiges Recht gründet, ergreift die Sache selbst und verlangt unmittelbare Respektierung gleich dem als die Form dieses Verhältnisses erscheinenden Besitz im Possessorium. Allerdings aber ist die Sachherrschaft durch das nur obligatorische Recht nicht absolut gewährleistet wie durch ein dingliches Recht oder durch den Besitz im Rahmen des Besitzverfahrens; diese Wirkung wird vielmehr gegenüber jedem, wider den Besteller des obligatorischen Rechtes wirksamen eigenen Rechte ausgeschlossen.

4. Dagegen differieren die beiden Klagen in ihrem Ausgangspunkt: die eine geht vom klägerischen Recht aus, die andere vom klägerischen Besitz in seiner Bedeutung für das Recht. Vielleicht ist es den Ausführungen im vorhergehenden

Paragraphen gelungen, deutlich zu machen, dass die letztere Konstruktion nur eine verfehlte Einkleidung der deutschen Rechtschutzform bedeutet. Diese unterscheidet sich von der römisch-modernen dadurch, dass sie die Rechtsfrage von der Position des Verteidigers her, jene aber von der Position des Angreifers her zu lösen trachtet; beide aber dienen der Durchsetzung eines geltend gemachten klägerischen Rechtes. Die unverhüllte Aufnahme des deutschen Rechtsschutzsystems der Verteidigung, das wir dem römischen als dem des Angriffs entgegenstellen wollen, macht die Verwertung der „Bedeutung“ des Besitzes überflüssig und bietet überdies den Vorteil, jene Ergänzungsbedürftigkeit der „Besitzesklage“ als Herausgabeklage abzuschneiden.

Demnach kann die Nebeneinanderreihung zweier unverträglicher Klagtypen, wie sie die Besitzesklage und die neben ihr unvermeidliche reivindicatio vorstellt, vermieden werden. Es ist klar, dass es sich hier um ein durchaus anderes Verhältnis handelt, als etwa zwischen der reivindicatio und der a. Publiciana, welche Stämme derselben Wurzel sind, die letztere sozusagen eine erleichterte Ausgabe der ersteren. Reicht die nach dem deutschen Muster konstruierte Klage für alle Herausgabeansprüche zu, so würde die gleichzeitige Aufnahme einer auf dem andern System fussenden Klage in demselben Gesetzbuch nur eine unnötige und schädliche Klagenabundanz ins Werk setzen, man würde dazu gelangen, die nämliche Frage das eine Mal auf die deutsche, das andere Mal auf die römische Manier zur Entscheidung zu bringen.

Dass aber nicht etwa das römische System überhaupt den Vorzug erhalte, dagegen wirft die praktische Bedeutung selbst der „Besitzesklage“ das entscheidende Wort in die Wagschale. Erschwert übrigens auch die Pflicht des Nachweises der eigenen Berechtigung die Stellung des beklagten Besitzers in sehr wesentlichem Masse, so wird doch einerseits diese Pflicht durch gewisse Voraussetzungen (Klageinleitungsgründe) beschränkt, und andererseits erscheint die Last für den Beklagten doch nicht grösser, als sie es etwa bei der reivindicatio für den Kläger ist, eher als geringer, wenigstens insoferne,

als die für den Beklagten sprechenden jüngsten Erwerbstat-sachen regelmässig weniger weit zurückliegen werden.

Nach all dem sollte meines Erachtens eine allgemeine Herausgabeklage in das Gesetz aufgenommen, jedoch nicht als Klage aus dem Besitz, sondern als Klage aus dem Recht konstruiert werden — aber nach dem Rechtsschutzsystem der Verteidigung.

Ihr Inhalt lässt sich etwa dahin zusammenfassen:

Wer in gutem Glauben ein Recht an einer beweglichen Sache ⁸⁶⁾ behauptet, kann deren Herausgabe verlangen, wenn sich aus dem Abhandenkommen derselben oder aus dem bösen Glauben des Beklagten beim Erwerbe oder aus anderen Umständen in Verbindung mit früherem Besitz des Klägers ergibt, dass das behauptete Recht vermutlich bestehe, oder wenn er, sofern dieses Recht ohne Besitzerlangung entstehen konnte, einen Erwerbsgrund dartut. Der beklagte Besitzer kann die Herausgabe nur abwenden, wenn ihm selbst das behauptete oder ein besseres Recht auf den Besitz zukommt.

Mit dieser Klage würde, wie mir scheint, in Wahrheit ein Stück unseres historischen Rechtes zu neuem Leben erwachen.

Neben ihr hätte der rekuperatorische Besitzschutz Platz, so wie Gedingsklagen auf Auslieferung einer Sache. Ausserdem wäre Besitzschutz gegen Störung und negatorischer Schutz zu gewähren (dieser nach dem gleichen System, mit Berufung des Klägers auf Besitz und guten Glauben).

II. Der Verkehrsschutz des fahrenden Gutes.

Die Verfügung eines Unberechtigten kann einen Widerstreit hervorrufen zwischen dem Recht an der Sache, das verkehrsmässig neu entstehen soll, und dem bisherigen, dessen

⁸⁶⁾ Rechte an beweglichen Sachen sind im Sinne des Entwurfes die in einer Sachherrschaft (Besitz) zum wesentlichen Ausdruck gelangenden Rechte, und zwar dingliche, welche regelmässig, doch nicht ausnahmslos, mit dem Besitz erworben werden, als solche, die persönlichen aber ausnahmslos nur auf Grund der Besitzerlangung.

gleichzeitige Geltung es ausschliesst oder beschränkt. Dem Erwerber steht dann mit gleichem Anspruch ein Verlierer⁸⁷⁾ gegenüber. Die Lösung kann sachenrechtlich nur zu Gunsten des einen auf Kosten des andern gefunden, jedoch obligationenrechtlich im entgegengesetzten Sinne modifiziert werden. Verkehrsschutz bedeutet, auf dem einen oder dem andern Wege den Erwerber begünstigen auf Kosten des Verlierers.

In weitestgehendem Masse wird Verkehrsschutz dort gewährt, wo jeder redliche Erwerb rechtsbegründend wirkt und folgeweise das bisherige Recht an der Sache vernichtet. Der historischen Betrachtung eröffnet sich, dass solcher Verkehrsschutz mutmasslich einmal bereits bestanden hat, und zwar — paradoxer Weise! — gerade in der verkehrsärmsten, der vorhistorischen Zeit der germanischen Völker, als die Sachverfolgung nur als Strafprozess wider den verbrecherischen Verletzer der Eigentumsordnung möglich war (vergl. oben S. 113) und demgemäss eine rechtliche, das heisst nicht schuld- und strafbare Tauschhandlung den Sachgenuss zu einem unangreifbaren machte. Wo die Strafrechtsordnung gegen den Erwerber nicht in Bewegung gesetzt werden konnte, fiel das ökonomische Erwerben mit dem juristischen Erwerb zusammen. Die neue Sachherrschaft verlangte ihre Respektierung aus dem gleichen Grunde, den die alte für sich anführen konnte.

Eine Veränderung dieses Zustandes bedeutet die als jüngere Institution anzusehende Dritthandverfolgung gestohlenen Gutes. Der Erwerb war nun, sobald Anfang erhoben worden war, kein definitiver. Der Gewährzug führte *contrario actu* die Sache in die Hand des Auktors, den Preis in die des Erwerbers zurück. Derart gab es keinen unbedingten sachenrechtlichen Verkehrsschutz mehr; wohl aber, wo dieser mangelte, einen Schutz des Entgeltes. Denn dessen Restituierung brachte dasselbe Verfahren mit sich, welches das an dem gestohlenen Gut erworbene Recht ausser Kraft setzte. So wirkte

⁸⁷⁾ Dieses Wort in weiterem Sinne für denjenigen verstanden, in dessen Rechtssphäre sich der tatsächliche Sachverlust ereignet hat.

der Gewährzug im gleichen Sinne wie ein Lösungsanspruch des Beklagten.

Demgemäss ist der Gedanke, den Erwerber zu schützen, dem alten Recht keineswegs fremd gewesen.⁸⁸⁾ Er offenbart sich am klarsten in jenen, wenn auch nur vereinzelter Bestimmungen, welche für den Fall, dass Erholung des Anfangs-Beklagten am Auktor ausgeschlossen wäre, geradezu die Unanfechtbarkeit des jüngeren Erwerbes statuieren⁸⁹⁾ oder eine Aufhebung oder doch Teilung des Schadens des Sachverlustes vorschreiben.⁹⁰⁾ Indes widerspricht auch die den meisten Rechten eigene Regel, dass die Erreichung des Vormannes auf Gefahr des Beklagten gehe, dem gekennzeichneten Standpunkt nicht. Wenn aber auch unverkennbar der Erwerbsschutzgedanke dem Wesen des alten Rechtes eigen ist, so hat doch selbstredend nicht eine allgemeine Strömung, den Verkehr zu begünstigen, die Rechtsbildung in ihre Bahnen geleitet, beziehungsweise in denselben erhalten. Gewirkt aber haben ihre Normen allerdings im Sinne eines *favor commerciorum*, der sodann im jüngeren Stadtrecht in den Vordergrund tritt und vollends in der neueren Zeit die Entwicklung beherrscht.

Ganz anders verhielt sich das geschichtlich bekannte römische Recht. Es wendete seinen Schutz allein dem Verlierer zu. Dessen Interesse an der Wiedergewinnung des Gutes hielt es für das unter allen Umständen ausschlaggebende; es gestaltete dieses Interesse zum Recht gegen jeden

⁸⁸⁾ Dies wird zumeist geleugnet. Ein anderes ist es, von einem „Motiv“ der Rechtsbildung zu sprechen, s. u.

⁸⁹⁾ Aus diesem Gesichtspunkt ist die Vorschrift zu erklären, „*si auctor mortuus fuerit sine heredis legitimus et facultas ipsius auctoris ad curtem regis ceciderit, nulla sit repetitio*“ (Roth. 231), sowie das bekannte westgothische Gesetz über den Kauf von *transmarini negotiatores* („*nullam emtor calumniam pertimescat*“ Wis. XI, 3, 1).

⁹⁰⁾ Siehe Brunner, Rg. II, S. 507. Hloth. u. Eadr. 16; wohl auch Burg. 107, 8; Bai. IX, 7 aus Wis. VII, 2, 8. (Die Aufteilung des Diebstahlschadens ist den beiden letztcitirten Volksrechten auch im Verhältnis zwischen Eigentümer und Vertrauensmann eigentümlich, Wis. V, 5, 3; Bai. XV, 5.) Dass es sich um Lösungsansprüche handle, bestreitet H. Meyer, Entwerfung u. Eigentum (1902), S. 258 ff.

Dritten und anerkannte im Verhältnis zu diesem Recht keinerlei Schutzbedürftigkeit des Erwerbers.

Als man zur theoretischen Erfassung der Erscheinung des Verkehrsschutzes vordrang, war es das römische Recht, das diese — welche Verkehrtheit! — einseitig beherrscht hat. Dort wo der alte, wenn auch nicht altgeprägte Grundsatz „Habe hat kein Geleite“ für nicht gestohlene und verlorene Sachen fortlebte, sah man nur eine Modifikation des römischen Prinzips der absoluten Vindikabilität und stellte diese Modifikation zunächst nur unter den Gesichtspunkt der Klageverweigerung — woraus ein Eigentum ohne Eigentumsklage resultierte! — so dass es geradezu eine juristische Tat war, als das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, nachdem es in § 366 die römische Vindikation angenommen, in dem berühmt gewordenen § 367 zwar auch vorerst seine Verbeugung vor der Theorie der Klagbeschränkung machte („die Eigentumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn . . .“), schliesslich aber doch offen die Worte fand: „In diesen Fällen wird von dem redlichen Besitzer das Eigentum erworben . . .“

Auf dem historisch deutschen Boden steht nach all' dem ein neues Gesetz nur dann, wenn es die Erwerblichkeit von Fahrnis durch dritte Hand zum Grundsatz erhebt, für gestohlene und verlorene Sachen aber die Ausnahme der Verfolgbarkeit statuiert. Diesen Weg hat das deutsche Handelsgesetzbuch eingeschlagen, das schweizerische Obligationenrecht⁹¹⁾ und nun auch das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich (§§ 929 ff.).

⁹¹⁾ Art. 205: „Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigentumsrecht, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war. Unter den gleichen Voraussetzungen erlöschen sonstige dingliche Rechte an der Sache.“ — In diese Reihe gehört auch der Code civil, Art. 2279: *En fait de meubles la possession vaut titre. Néanmoins celui, qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer* u. s. w. — Gerade dieser Artikel wird allgemein als echt deutsch bezeichnet. Deutsch ist aber weder die Motivierung der Klaglosigkeit mit der Titelwirkung des Besitzes — eine Juristenkonstruktion des historisch nicht erfassten Satzes Hand wahre Hand — noch

Der Entwurf will konkret sprechen und weder Regel noch Ausnahme statuieren. Er unterscheidet:

a) anvertraute Sachen, die unter gewissen weiteren Voraussetzungen, und Geld sowie Inhaberpapiere, die stets gegen einen gutgläubigen Erwerber unverfolgbar sind (Art. 976, 978 und Randrubrik);⁹²⁾

b) gestohlene, verlorene oder sonst unfreiwillig abhanden gekommene Sachen, die jedem Empfänger abgefordert werden können (Art. 977, 1 und Randrubrik).⁹³⁾

§ 1. Rechtserwerb an anvertrauten und sonst unter Verkehrsschutz gestellten Sachen.

Zunächst sind die Begriffe anvertrauen und abhanden kommen abzugrenzen.

1. Unter „anvertrauen“ wird man die Besitzüberlassung an einen anderen unter Vorbehalt des eigenen Rechtes, also jenes „übertragen zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht“ zu verstehen haben, welches nach Art. 962 mittelbaren Besitz für den Uebertragenden begrün-

die Zuteilung der Klage an jeden Bestohlenen (Besitzer). Deutsch ist nur der verarbeitete Grundgedanke, den das französische Gewohnheitsrecht lebendig erhalten hatte. — Ueber den Standpunkt der durch das O.-R. derogierten schweiz. Civilgesetzbücher (s. unter den deutschen bes. Solothurn §§ 745—747) vergl. Carlin, Niemand kann mehr Rechte etc., S. 65 ff., und Munzinger, Motive etc. (1865), S. 220 ff.; über das ältere schweiz. Recht Huber, System IV, S. 745 ff.

⁹²⁾ Art. 976: „Ist eine bewegliche Sache von ihrem Besitzer einem andern anvertraut worden, so ist, wer sie von diesem in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht erhalten hat, in seinem Erwerbe zu schützen.“ Art. 978: „Geld und Inhaberpapiere können, auch wenn sie dem Besitzer unfreiwillig abhanden gekommen sind, dem gutgläubigen Empfänger nicht abgefordert werden.“

⁹³⁾ Art. 977, 1: „Der Besitzer, dem eine bewegliche Sache gestohlen wird oder verloren geht, oder sonst unfreiwillig abhanden kommt, kann sie während fünf Jahren jedem Empfänger abfordern.“ — Der Ausdruck „Empfänger“ scheint zu eng; die Klage geht offenbar auch gegen den dritten N e h m e r, gegen den Dieb, der den Dieb bestohlen hat (bei Eigenmacht gegenüber dem Kläger gilt Art. 974). Daher ist auch die Randrubrik zu Art. 976 ff. „Rückforderungsrecht“ zu eng, vergl. oben Note 62.

det.⁹⁴⁾ Anvertrauen ist daher kein Aufgeben des Besitzes. Wer anvertraut, ist gleich; Art. 976 spricht nur vom „Besitzer,“ nicht vom Eigentümer oder vom Kläger.⁹⁵⁾ Somit kann das Verhältnis des Anvertrauens auch bestehen zwischen dem Veräusserer und einem Dritten, sei dieser Vertrauensmann des Klägers oder sonst ein Besitzer.⁹⁶⁾

2. „Abhandengekommen“ sind jene Sachen, die durch ein von dem Willen des Besitzers unabhängiges Ereignis dessen tatsächlicher Gewalt entzogen wurden. Vermittelt die tatsächliche Gewalt den Besitz eines anderen, so ist auch für diesen die Sache (mittelbar) abhandengekommen (vergl. § 935 des bürgerlichen Gesetzbuches). Umgekehrt kann freiwilliges Aufgeben der Gewalt durch den Besitzmittler, der die Sache an einen Dritten veruntreut oder sich ihrer einseitig entledigt, nicht als ein Abhandenkommen für den mittelbaren Besitzer gelten,⁹⁷⁾ obschon derselbe auch in diesem Falle, wie im vori-

⁹⁴⁾ Dem steht gleich, wenn der andere einverständlich den Besitz von dritter Seite für beide, und zwar für sich als Fremdbesitz erwirbt, z. B. eine Sache für den Auftraggeber kauft und verwahrt. — Rümelin a. a. O., S. 1585, nimmt an, das Anvertrauen gehe über die Fälle des Art. 962 hinaus, z. B. wenn Waren dem Handlungsgehilfen zur Veräusserung im Laden überantwortet werden. Hier lässt sich aber der weite Begriff des Uebertragens zu einem persönlichen Rechte immerhin noch anwenden, so dass aus diesem Grunde die widerrechtlich veräusserten Stücke sich nicht als abhanden gekommen qualifizieren. Damit wird vermieden, Besitzdienerschaft anzunehmen und doch die notwendige Folge des Abhandenkommens für den Besitzherrn abzulehnen. Vergl. Mot. S. 360 ff. und unten Note 99.

⁹⁵⁾ Vergl. dagegen das österr. B. G.-B., § 367: „..... von jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst..... anvertrauet hatte“ (s. allerdings Randa, Eigentum², S. 349, bes. Note 33). Das dem österr. nachgebildete Luzerner Gesetzbuch sagte: „von jemandem..... dem oder dessen Vormann sie der Kläger..... anvertraut hat“ (§ 256).

⁹⁶⁾ In diesem Falle kann die Sache unter die abhanden gekommenen fallen, aber auch als freiwillig aufgegeben gelten und damit erwerblich sein, so wenn der Besitz des Anvertrauenden aus einer nichtigen Uebereignung herrührt.

⁹⁷⁾ So auch nach reichsdeut. Recht. Gierke a. a. O., S. 25, Note 13; Biermann, Sachenr., zu § 935 u. s. w. Die gegenteilige Ansicht von Endemann, Einf. II, 1 (1898), S. 168, Note 7, läuft auf eine Aufhebung des Satzes Hand wahre Hand hinaus.

gen, den vermittelten Besitz gegen seinen Willen verliert; denn was überhaupt aus niemandes Händen wider Willen kam, kann nicht ab-Handen gekommen sein — das in diesem Begriffe liegende physische Entfernen der Sache leidet keine analoge Beziehung auf das nur gedachte Verhältnis des mittelbaren Besitzes.^{98) 99)} Beim Erben kommt in Betracht, dass er von Gesetzes wegen den Besitz des Erblassers (als unmittelbaren oder mittelbaren) fortsetzt (Art. 577), und dass es daher insoferne auf die tatsächliche Gewalt nicht ankommt. Nachlasssachen, die ein Nichterbe in Besitz nimmt, (auch mittelbar und auch auf Grund richterlicher Einweisung nach Art. 563 ff.) sind stets abhandengekommen.¹⁰⁰⁾

3. Unter dem System der neuen *compossessio plurium in solidum*, das die Anerkennung vermittelten Besitzes inaugurirt hat, bilden anvertraute und abhandengekommene Sachen keine Gegensätze. Denn die Dispositionsart des Anvertrauens hat im Gegensatz zum älteren deutschen Recht keinen Besitzwechsel mehr im Gefolge, während die abhandengekommenen Sachen gerade nach der Art der Besitzveränderung kategorisiert sind. Vielmehr kann unter dem letzteren Gesichtspunkt anvertrautes Gut ebenso als unfreiwillig verloren, d. h. für den Anvertrauenden selbst „abhandengekommen,“ wie als freiwillig verloren, d. h. von ihm aufgegeben¹⁰¹⁾ zu betrachten sein. Ausserhalb jener beiden Kate-

⁹⁸⁾ „Abhanden kommt nur die aus dem Gewahrsam kommende Sache,“ Enneccerus-Lehmann, Bürg. R. II (1898), S. 101.

⁹⁹⁾ Auch die vom Vertrauensmann angeeignete (unterschlagene) Sache kann daher nicht abhanden gekommen sein. — Im Falle blosser Besitzdienerschaft, die der Entwurf allerdings nicht ausdrücklich behandelt, wird man, wie nach Reichsrecht, in der Aneignung, Aufgebung oder Uebertragung durch den Besitzdiener ein Abhandenkommen erblicken müssen. Vergl. übrigens Rümelin, S. 1584 ff. (und Mot. S. 370 ff.).

¹⁰⁰⁾ Dritterwerb vom vermeintlichen Erben findet infolgedessen keinen Schutz. Ebenso nach dem B. G.-B., es wäre denn ein Erbschein dem Veräusserer ausgestellt worden; s. z. B. Planck, Comm. zu § 935 Pkt. 2.

¹⁰¹⁾ Diese Art des Aufgebens wollen, nebenher bemerkt, manche für das „Aufgeben“ des § 1007, 3 B. G.-B. nicht gelten lassen, indem sie nur das Verhalten des mittelbaren Besitzers selbst für entscheidend erachten; darnach würde die widerrechtliche Verfügung des Besitzmittlers die Sache

gorien des Entwurfes und damit ausserhalb der Regeln der Art. 976 und 977 stehen jene Sachen, die nicht „zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht,“ sondern zu Eigentum einem anderen in Eigenbesitz übertragen wurden, jedoch in fehlerhafter Weise, d. h. durch einen mit dem Mangel des Irrtums, der Drohung, des Betruges oder mit einem sonstigen Vertragsmangel behafteten Uebertragungsakt. Bezüglich ihrer besteht allerdings eine Kontroverse.¹⁰²⁾ Natürlicher Auffassung nach können solche Sachen nicht als dem Uebernehmer „anvertraut“ gelten. Ebenso wenig aber als „unfreiwillig abhandengekommen,“ da doch eine willentliche Mitwirkung des andern Teils, Willensfähigkeit überhaupt vorausgesetzt, nicht zu leugnen ist; mag auch der Wille seiner Fehlerhaftigkeit wegen zur Herbeiführung des rechtsgeschäftlichen Effekts nicht zureichen, den tatsächlichen Besitzwechsel, der possessorisch geschützt würde, hat er herbeigeführt. Soweit nun der Mangel den Eigentumserwerb hindert,¹⁰³⁾ sind derartige Sachen gegen einen gutgläubigen Dritterwerber mit der Eigentumsklage verfolgbar; mit der „Besitzesklage“ jedoch nicht, da eben kein unfreiwilliger Verlust vorliegt.

4. Wer in gutem Glauben eine anvertraute Sache zu eigenem Recht in Besitz nimmt, ist — vorbehaltlich der Verfolgbarkeit abhanden gekommener Sachen, s. § 2 — in seinem Erwerbe zu schützen, sofern der Erwerbsakt

zwar nicht zu einer „abhanden gekommenen,“ aber auch nicht zu einer „aufgegebenen“ machen, so dass eine Klage nach Abs. 1 cit. zulässig bliebe. So Cosack II² S. 89 ff.; Hellwig, Rechtskraft S. 351; Buhl a. a. O., S. 89, im Anschluss an v. Tuhr.

¹⁰²⁾ Neben der öfter vertretenen Ansicht, dass die infolge Verwechslung, auch Drohung oder Betruges hingegebenen Sachen abhanden gekommen seien (richtig Entsch. des Bundesgerichtes, XIX Nr. 51, 3; ebenso Mot. S. 370), ist auch versucht worden, nach österr. R. den Begriff des Anvertrauens anwendbar zu machen durch Identifizierung mit willentlicher Ueberlassung der Innehabung. Vergl. Randa, Eigentum², S. 348; Demelius, Pfandrecht an bew. Sachen (1897), S. 357 ff.; weniger weit geht Krasnopolski, Schutz d. redl. Verkehrs (1892), S. 45 ff.

¹⁰³⁾ Bestimmungen über die Bedeutung der Mängel sachenrechtlicher (bezw. aller) Verträge fehlen im Entwurf und bisherigen Bundesrecht; nur auf obligatorische Verträge beziehen sich die Art. 18 ff. O.-R.

von Mängeln, die eine Rechtsbegründung auch gegenüber dem befugten Veräusserer ausschliessen, frei und weiter nach den folgenden Punkten qualifiziert erscheint:

a. Der Besitzerwerb muss aus einer rechtsgeschäftlichen Uebertragung — welcher Art, soll unten erledigt werden — herstammen, mag diese Uebertragung entgeltlich oder unentgeltlich ¹⁰⁴⁾ erfolgt sein. Denn Art. 976 verlangt, dass der Erwerber die Sache zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Rechte vom bisherigen Besitzer „erhalten“ ¹⁰⁵⁾ habe. Ausgeschlossen ist somit der Erwerb durch Aneignung einer vom Besitzer aufgegebenen Sache; ausgeschlossen auch exekutiver Erwerb.

b. Der Besitzer, von dem erworben wird, muss der Vertrauensmann selbst sein (arg. „von diesem“); ¹⁰⁶⁾ Erwerb von einer (schlechtgläubigen) Zwischenperson zählt also nicht.

c. Der Vertrauensmann muss den Besitz zu eben jenem Recht übertragen haben, das geschützt werden soll. Erwerb eines dinglichen Rechtes von Gesetzes wegen kommt nicht in Frage. ¹⁰⁷⁾

¹⁰⁴⁾ Eine dem § 816 B. G.-B. entsprechende Bestimmung, wonach der unentgeltlich Erwerbende aus dem Grunde der Bereicherung „zur Herausgabe des durch die [widerrechtliche] Verfügung Erlangten“ verpflichtet, und so auf obligatorischem Wege der dingliche Erwerb wieder beseitigt wird, kennt der Entwurf nicht. Art. 70 des O.-R. wäre nicht anwendbar.

¹⁰⁵⁾ Im franz. Text: *L'acquéreur auquel une chose mobilière est transférée par celui auquel le possesseur l'avait confiée.*

¹⁰⁶⁾ Oder dessen Stellvertreter. Dagegen genügt nicht, dass man den Veräusserer für den Stellvertreter hielt. Im entgegengesetzten Sinne konnte Art. 205 O.-R. ausgelegt werden, s. Hafner ², S. 91. Positiv nun das neue deut. Handelsgesetz Art. 366. Doch kennt der Entwurf in Art. 230 die Sonderbestimmung, dass ein Dritter den Ehemann als durch die Ehefrau zur Veräusserung von eingebrachtem Frauengut ermächtigt ansehen darf, sofern ihm die Nichteinwilligung der Frau nicht bekannt oder der betreffende „Vermögenswert nicht für jedermann erkennbar als der Frau gehörig bezeichnet“ ist.

¹⁰⁷⁾ Gesetzliche Pfandrechte an Mobilien sind übrigens dem Entwurf, wie schon dem O.-R. unbekannt. Dagegen anerkennt ein solches Art. 21 des Bundesges. über den Transport auf Eisenbahnen etc. vom J. 1893. Ueber gesetzliche Retentionsrechte s. w. u.

Vorhin wurde offen gelassen, welcher Art die Uebertragung des Besitzes an den Erwerber sein müsse. Bedeutet das „erhalten“ nur körperliche und dieser gleichgestellte Uebergabe? Zu dieser einschränkenden Auslegung liegt von vorneherein kein Grund vor. Man wird „die Sache erhalten“ insoweit für gleichbedeutend nehmen dürfen mit „den Besitz der Sache erhalten“, als dies der für die einzelnen dinglichen Rechte gesetzlich zulässigen Erwerbsart gegenüber dem Verfügungsbefugten entspricht. Somit kann zunächst bei Veräusserung des Eigentumsrechtes eine Uebertragung¹⁰⁸⁾ ohne Uebergabe stattfinden, wenn gemäss Art. 966, 1 und 2 ein Besitzmittler im Besitz bleibt, dem der Geber Anzeige macht,¹⁰⁹⁾ so dass nur der mittelbare Besitz übertragen wird.¹¹⁰⁾ Gilt das Nämliche, wenn der Besitz beim Geber selbst verbleibt (constit. possessorium)? Hier greift Art. 707, 2 und 3 ein: „Bleibt die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräusserer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn deren Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist. Der Richter entscheidet hierüber nach seinem Ermessen.“ Der redliche Dritt-erwerber wird also im Falle des Konstituts in seinem Eigentumserwerb geschützt, wenn der Veräusserer nicht dolos gegen den wahren Eigentümer (bezw. dessen Gläubiger) vorging, denn dann

¹⁰⁸⁾ Unter diesem Ausdruck fasst der Entwurf die Ueberlassung des Besitzes an einen andern sowohl mit wie ohne Uebergabe zusammen, s. die Randrubr. zu Art. 964 ff.

¹⁰⁹⁾ Die Konsequenz der Nichtanzeige soll aber nur den unmittelbaren Besitzer treffen. Art. 966, 2 sagt: „Gegenüber dem Dritten [Besitzmittler] ist dieser Besitzesübergang erst dann wirksam, wenn ihm der Geber davon Anzeige gemacht hat.“ Das heisst wohl, der „Dritte“ muss und darf vorher an keinen andern als den Geber restituieren. Dass aber unter diesen Umständen dennoch der Besitz übertragen werde und der bisherige mittelbare Besitzer ihn verliert, lässt sich nicht recht fassen.

¹¹⁰⁾ Stimmt mit dem bürgerl. Gesetzb. § 934 überein (von einer Anzeige ist hier nicht die Rede). Den andern daselbst normierten Fall, die Anspruchsabtretung gegen einen Besitzer, der nicht für den Abtretenden besitzt, kennt der Entwurf nicht.

ist die Benachteiligung eines andern nicht beabsichtigt.¹¹¹⁾ ¹¹²⁾ *Traditio brevi manu* steht der (körperlichen) Uebergabe gleich, was jedoch der Entwurf nicht ausdrücklich bestimmt; ob der bisherige Besitz des Erwerbers vom Veräusserer herrührt oder nicht, wird man als unerheblich ansehen müssen (anders § 932 B. G.-B.). Für den Erwerber eines Niessbrauchsrechtes liegt die Sache noch günstiger, denn Art. 739 verlangt lediglich „Uebertragung auf den Erwerber,“ lässt also auch Konstitut gelten, ohne jenen Vorbehalt wegen Benachteiligung Dritter zu wiederholen (warum aber?).¹¹³⁾ Dagegen kann Pfandrecht an Mobilien nur als Faustpfand, das heisst durch Uebergabe erworben werden, so dass Besitzanweisung oder Konstitut keinesfalls genügt.¹¹⁴⁾ Würde vertraglich ein dem gesetzlichen

¹¹¹⁾ Es ist zu beachten, dass auf Seite beider Parteien Mangel der Absicht einer Benachteiligung, vom Erwerber überdies noch Redlichkeit in unserem Sinn, welche auch bloss culposes Nichtwissen ausschliesst, verlangt wird. Während sich aber die Redlichkeit (guter Glaube) nur auf das Recht des Veräusserers an der Sache (bezw. die Existenz belastender Rechte) bezieht, liegt die Absicht einer Benachteiligung auch dann vor, wenn die Gläubiger des Veräusserers ganz oder teilweise um ihren Befriedigungsfond gebracht werden sollen; vergl. Hafners Kommentar² zu Art. 202 des O.-R., aus welchem Artikel der Entwurf geschöpft hat. Doch kann dieser Fall der Benachteiligung, wenn es sich um die Veräusserung einer fremden Sache handelt, nicht in Betracht kommen. Ueber das geltende Recht vergl. Hafner a. a. O. zu Art. 205 O.-R.

¹¹²⁾ Die Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung wegen Benachteiligung Dritter gilt nur gegenüber dem Benachteiligten, so dass wir zu dem gewiss nicht rezeptionswürdigen Begriff eines relativen Eigentums kommen, wie er sich auch aus Art. 202 O.-R. ergibt. — Nach § 933 B. G.-B. muss dem Konstitut Uebergabe nachfolgen. Im Sinne des Entwurfes könnte solche nachherige Uebergabe den nach Art. 707, 2 ausgeschlossenen Eigentumsübergang m. E. nicht herbeiführen.

¹¹³⁾ Art. 202 O.-R. (s. die vorigen Noten) liess nicht den Eigentumsübergang, sondern die Besitzübertragung unwirksam sein, griff also auch für diesen Fall ein. — Nach § 1032 B. G.-B. gelten die gleichen Bestimmungen wie für das Eigentum.

¹¹⁴⁾ Die gegenwärtige Formulierung des Art. 865 spricht wohl nur aus Versehen von einem „Uebertragen“ des Besitzes, was freilich das Gegenteil bedeutet, vergl. aber den franz. Text. Auch Abs. 3, der vom Falle der Uebergabe handelt, bedarf der Reform, da der Einfluss des mittelbaren Besitzes übersehen ist. Möglich bleibt, dass durch die deutsche Fassung des

(Art. 874) gleiches (pfandrechtsähnliches) Retentionsrecht begründet werden, das man, wie es scheint, im Sinne des Entwurfes auch als ein beschränktes dingliches Recht anzusehen hätte, so liegt es in der Natur der Sache, dass körperlicher Besitz erworben sein müsste.

Unter besonderer Vorschrift stehen die durch Waren-papiere vertretenen Sachen, Art. 967. Bezüglich ihrer „gilt die formrichtige Uebertragung des Scheines als Uebertragung der Ware selbst. Steht jedoch dem gutgläubigen Empfänger des Warenpapiers ein gutgläubiger Empfänger der Sache selbst gegenüber, so geht dieser jenem vor.“ Verstehe ich diesen Artikel richtig, so sagt er nicht bloss, Besitzübergang des Scheines solle Besitzübergang der Ware sein, sondern noch mehr (zu beachten der Schlusssatz): die Ware selbst ist übertragen, das heisst erworben, Erwerb des Scheines gilt für Erwerb der Ware (vergl. Art. 209 O.-R.). Danach kommt es nur auf die Erwerblichkeit des Papiers, nicht die der Sache an; letztere mag immerhin „abhanden gekommen“ sein, als sie dem Frachtführer oder Lagerhause übergeben wurde. Dass in diesem Falle ein gutgläubiger Empfänger der Ware dem Erwerber des Papiers nicht vorgehen kann, ergibt sich von selbst.

5. Weiter als nach der Norm des Art. 976 geht der Schutz des Pfandrechts- und des Retentionsrechts-Erwerbes nach den Art. 865, 2 und 874, 3.¹¹⁵⁾ Denn diese lassen, „wenn der Verpfänder nicht befugt war, über die Sache zu verfügen,“ beziehungsweise wenn die Sache „nicht dem Schuldner gehört,“ für den gutgläubigen „Empfänger“ ein Pfandbeziehungsweise Retentionsrecht entstehen lediglich „unter Vorbehalt der Rechte Dritter aus früherem Besitze.“¹¹⁶⁾

Abs. 1 die Besitzanweisung eingeschlossen, durch Abs. 3 aber das Konstitut ausgeschlossen werden sollte. — Nach dem B. G.-B. ist Uebertragung des mittelbaren Besitzes unter Anzeige an den Besitzmittler zulässig, Konstitut dagegen nicht.

¹¹⁵⁾ Dass derart z. T. Doppelbestimmungen bestehen, ist auffallend.

¹¹⁶⁾ Diese eigentümliche Fassung verdient keine Billigung. Nicht die aus dem früheren Besitz entspringende Befugnis zur Erhebung der „Besitzesklage,“ sondern das materielle Recht ist vorzubehalten, das einen Pfand- oder

Die Voraussetzung, dass die Sache anvertraut sei, wird hier nicht gemacht. Es ist demnach der erstrebte Rechtserwerb möglich, wenn z. B. der Verpfänder durch irrtümliche Uebergabe in den Besitz gelangt war. Exekutiver Pfanderwerb kommt nicht in Betracht, arg. „Verpfänder.“ Als „Empfänger“ erscheint nur, wer durch Uebergabe Besitzer wurde (vergl. oben bei Note 114). Das Retentionsrecht des Art. 874 ist ein gesetzliches; ein vertragsmässiges geniesst nur unter denjenigen Voraussetzungen Schutz, welche sich aus dem im vorigen Punkt Gesagten ergeben. Für die neben dem allgemeinen anerkannten besonderen gesetzlichen Retentionsrechte gelten weiterhin die Normen des (zu konkordierenden) Obligationenrechts.¹¹⁷⁾

6. In noch weiterem Masse wird der Erwerb von Geld und Inhaberpapieren geschützt, Art. 978. Bei diesen entfällt auch der Vorbehalt der „Rechte Dritter aus früherem Besitze;“ sie sind unverfolgbar selbst als abhanden gekommene Sachen, es genügt allein der gute Glaube¹¹⁸⁾ des „Empfängers.“ Als Empfänger ist hier jeder anzusehen, der den Besitz seitens eines andern — also nicht etwa durch irrtümlichen Zugriff — im übrigen gleichgültig von wem, erworben hat, nur nicht, wie auch hier anzunehmen sein dürfte, exekutiv. Bezüglich der Art der Uebertragung des Besitzes gilt das oben S. 129 ff. Ausge-

Retentionsrechts-Erwerb ausschliesst, wenn der ihm entsprechende Besitz unfreiwillig verloren wurde. Gegenüber der „Besitzesklage“ entsteht ja erst die Frage, ob das eingewendete Pfandrecht existent, d. h. ein „besseres“ Recht sei oder nicht. Demgemäss wäre einfach für die Rechte an abhanden gekommenen Sachen ein Vorbehalt zu machen. Unrichtig gefasst auch schon Art. 227 O. R.

¹¹⁷⁾ Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters erstreckt sich nach Art. 294 und 297 O.-R. auf nicht dem Schuldner gehörende Sachen unter Vorbehalt der „Eigentumsansprüche Dritter an verlorenen oder gestohlenen, sowie an solchen Sachen, von denen der Vermieter [Verpächter] wusste oder wissen musste, dass sie nicht dem Mieter [Pächter] gehören.“ Dem Kommissionär (442) und Spediteur (448) spricht das O.-R. ein Retentionsrecht „im Sinne des Art. 224“ (d. h. jetzt Art. 874 Entw.) zu. Das Retentionsrecht des Frachtführers fehlt infolge Redaktionsversehens.

¹¹⁸⁾ Handelt es sich um vermischtes Geld, so ist auch der gute Glaube zum Eigentumserwerb nicht erforderlich. Ebenso bei anderen ununterscheidbaren, nicht individualisierten Sachen. Im Uebrigen kann durch Vermischung trotz bösen Glaubens Miteigentum entstehen, Art. 720.

führte, unbeschadet dessen, dass eine Geltendmachung des Rechtes aus dem Inhaberpapier die Innehabung voraussetzt.

Auf die der Umgestaltung durch Spezialgesetzgebung vorbehaltenen Bestimmungen der Titel 29—31 des Obligationen-Rechts über abhanden gekommene Wechsel (Art. 790 ff., 827) und solche Wertpapiere, die nach dem Recht des Wechsels zu beurteilen sind, wie Checks (Art. 836), wechselähnliche (Art. 838, 839) und andere indossable Papiere (Art. 844), soll hier nicht näher eingegangen werden.

7. Dass nach Art. 976 unter den oben auseinandergesetzten Voraussetzungen für den Dritterwerber das dingliche Recht, zu dem er die Sache erhielt, wirklich entsteht, und nicht bloss etwa ein Klagrecht des Verlierers ausgeschlossen sein soll, kleidet der Entwurf in die Worte, er sei „in seinem Erwerbe [Gegensatz wäre offenbar: in seinem Besitze] zu schützen.“¹¹⁹⁾ Das Nämliche muss vom Erwerber von Geld und Inhaberpapieren gelten, obschon die — missglückte — Fassung des Art. 978 nur das „abfordern“ ausschliesst. Unzweideutig dagegen spricht dem gutgläubigen Empfänger Art. 865 das Pfandrecht, Art. 874 das Retentionsrecht zu.

8. Wie der Erwerb vom Unbefugten juristisch zu konstruieren sei, ist bekanntlich eine Streitfrage nicht jüngsten Datums. Sie besteht auch für das neue reichsdeutsche Civilrecht fort. Während man auf der einen Seite dem bürgerlichen Gesetzbuch den Satz vindiziert: „Infolge Tradition wird das Eigentum stets originär erworben,“¹²⁰⁾ glaubt man auf der anderen Seite an dem derivativen Charakter des Traditions-Erwerbes auch dort festhalten zu können, wo nach dem Satze Hand wahre Hand erworben wird. Die zweite Meinung, die vielleicht eine Randrubrik des Entwurfes als die seine genehmigt,¹²¹⁾ schreibt dem Besitz des Veräusserers eine zur

¹¹⁹⁾ Derselben Wendung bedient sich Art. 1015 für das Immobilienrecht: „Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag verlassen ist in diesem Erwerbe zu schützen.“

¹²⁰⁾ Worte Lehmanns, Ennecc.-L. II (1898), S. 79 (in der 2. Aufl. auf die Fälle von Hand w. H. eingeschränkt).

¹²¹⁾ Es ist nämlich die Randrubrik zu Art. 976 ff.: „Verfügungs- und Rückforderungsrecht“ zu beachten. Der Ausdruck „Verfügungsrecht“ (droit

Disposition gegenüber Dritten formell legitimierende Kraft zu, ähnlich der „Translativwirkung“ der Gewere, wie sie der Redaktor unseres Entwurfes für das historische Recht erweisen wollte.¹²²⁾ So lehrt Gierke,¹²³⁾ für das ältere Recht der gleichen Ansicht: „Das bürgerliche Gesetzbuch verknüpft . . . durch die Regeln, welche dem Satz Hand wahre Hand entstammen, mit dem Besitz im Bereiche des Fahrnisverkehrs eine ähnliche formale Verfügungsmacht, wie sie einst der Gewere anhaftete.“¹²⁴⁾ Meines Erachtens ist diese Konstruktion weder für das deutsche Reichsrecht, noch nunmehr für den Entwurf zu billigen. Wie der Besitz durch die „Besitzesklage“ zu einer Rolle gezwungen wird, die ihm im Rahmen des Rechtsschutzes nicht gebühren kann, so beruft man ihn auch in unserer Lehre zu einer ihm fremden Aufgabe. Er wirkt hier so wenig „translativ“, wie dort „offensiv.“

Es scheint mir vor allem sehr fraglich, ob die juristische Vorstellung, dass der Besitzer dem gutgläubigen Erwerber als der Verfügungsberechtigte gegenüberstehe, auf das Geltungsgebiet des Satzes Hand wahre Hand, wie es gerade auch der Entwurf (und das bürgerliche Gesetzbuch) beschränkt, überhaupt eingeengt werden kann. Jedenfalls aber bedeutet die Verfügungsmacht des Unbefugten eine Fiktion, die als solche verwerflich ist, da sie auf einer falschen Grundlage fusst und völlig entbehrt werden kann.

de disposition), inhaltlich nur auf Art. 976 beziehbar, kann schwerlich dem anvertrauenden Besitzer gelten, der als solcher in keinem Sinne ein Recht hat, zu verfügen, sondern nur dem verfügenden Vertrauensmann, dem „formal“ ein Recht zur Verfügung zugesprochen werden soll. Eine Aenderung dieser Rubrik ist auf alle Fälle zu wünschen. (S. nun Mot. S. 368 ff. und 352, wonach das Verfügungsrecht des Besitzers darin bestehen soll, dass er mit dem Besitz die Vermutung und mit der Vermutung das Recht überträgt.)

¹²²⁾ Bedeutung des Gewere, S. 19 ff., 51.

¹²³⁾ Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 17, 31.

¹²⁴⁾ In gleichem Sinne auch schon Gierke, Deut. Privatr. S. 279; s. ferner z. B. Cosack, Lehrb. II (1900), S. 119: der Eigenbesitzer habe zwar kein Recht, aber doch die Rechtsmacht, die in seinem Besitz befindliche Sache einem Dritten zu übereignen; Endemann, Einf. II, 1 (1898), S. 167 (vergl. S. 119): „formelle Legitimation zur Uebertragung von Eigentum;“ besonders Hellwig, Rechtskraft S. 101 ff.

Vorausgeschickt sei, dass das neue Recht beim Erwerber nicht so entsteht, wie es zur Zeit der widerrechtlichen Verfügung beim Berechtigten bestand. Obschon es der Entwurf, im Gegensatz zum Obligationenrecht (Art. 205), nicht ausspricht, kann doch nicht zweifelhaft sein, dass das zu erwerbende Recht ohne jene Lasten begründet wird, die ihm beim Berechtigten anhafteten, sofern dieselben redlicherweise nicht übernommen werden wollten. Muss sogar das unbekannte Eigentum eines anderen untergehen, dann auch beschränkte dingliche Rechte,¹²⁵⁾ wenn sie nicht gekannt sind. Nur diejenigen jura in re wahren ihre Existenz, beziehungsweise nur diejenigen obligatorischen Rechte gewährleisten die weitere Sachherrschaft, die in einem unmittelbaren, gegenüber dem an den Erwerber übertragenen mittelbaren Besitz zum Ausdrucke kommen (Art. 966, 3).¹²⁶⁾ Da aber der gleiche Schutz des redlichen Erwerbers gegen ihm unbekannte, nicht in leiblichem Besitz apparierende Lasten offenbar auch dann Platz greifen muss, wenn der Veräusserer der wahrhaft Berechtigte ist¹²⁷⁾ — die Position des Erwerbers kann hier

¹²⁵⁾ Bezüglich eines Pfandrechts käme allerdings nur in Frage, ob es gegen den Erwerber wiederhergestellt werden könne (Art. 868, vergl. oben S. 85). Dies wäre schon an sich nicht der Fall, da der gewesene Pfandgläubiger den Besitz weder possessorisch, noch mit der „Besitzesklage“ wiedererlangen könnte.

¹²⁶⁾ „Der Dritte [Besitzmittler] kann dem Empfänger die Herausgabe aus den gleichen Gründen verweigern, aus denen er sie dem Geber hätte verweigern können.“ — Durch diese, auch für Immobilien geltende Vorschrift wird der Mangel des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ im O.-R. zum Teil behoben.

¹²⁷⁾ Das B. G.-B. ordnet die Frage für beide Fälle (s. diese Note a. E.) in den §§ 936 und 986, 2 bzw. 1032 und 1208, wobei zu bemerken ist, dass das Gesetz einen Erwerb durch Anspruchsabtretung auch ohne Besitzübertragung anerkennt, § 931. Die Regel gibt § 936, Satz 1: „Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums.“ Ausnahme: a) Der besitzende Drittberechtigte braucht keine Anspruchsabtretung zu fürchten, mag der Veräussernde mittelbarer Besitzer sein oder nicht (§ 936, 3); veräußert ein unbefugter nicht mittelbarer Besitzer, so kann übrigens ein Eigentumserwerb gar nicht stattgefunden haben, § 934. b) Der nichtbesitzende Drittberechtigte wahrt dann sein Recht, wenn durch Konstitut oder Anspruchs-

keine ungünstigere sein -- und somit das neue Recht in gleicher Art begründet wird, mag der Berufene oder ein Unberufener veräußert haben, folgt hieraus nichts gegen die Annahme abgeleiteten Erwerbes speziell im letzteren Falle.

Auch nach Seite der Frage, ob denn in der Tat der Veräußerer stets Besitzer sein müsse, ergibt sich vom Standpunkt des Entwurfes aus — anders allerdings nach dem bürgerlichen Gesetzbuch — kein Einwand; denn der Entwurf anerkennt nicht dinglichen Rechtserwerb durch blosse Anspruchsabtretung, ohne Uebertragung des Besitzes durch den Veräußerer.¹²⁸⁾

Dagegen halte ich es, wie schon oben angedeutet, mit der dem Besitze angeblich innewohnenden Verfügungslegitimation systematisch nicht für vereinbar, dass die Scheinwirkung derselben in allen Fällen des Abhandenkommens und der sonst statuierten Verfolgbarkeit von Mobilien mangelt. Wenn man auf die Parallele des Bucheintrages hinweist, so wird gerade hier deutlich, wie wenig diese zutrifft — von der Bedeutung des Eintrages überhaupt abgesehen —, da einem Vertrauen auf diesen in der Tat stets der Erwerb folgt (Entwurf Art. 1015; bürgerliches Gesetzbuch § 892). Wie soll man sich aber erklären, dass der Besitz bei gleich gutem Glauben des Erwerbenden einmal Verfügungsmacht bedeutet und dadurch Erwerb schafft und einmal nicht, dass man sich bald auf ihn verlassen kann und bald wieder nicht? Nach Huber hat dieser Zwiespalt schon bei der Gewere bestanden. Huber versuchte folgende Erklärung:¹²⁹⁾ in den Fällen von Diebstahl, Raub

abtretung ohne Besitzübertragung veräußert wurde und der Erwerber den Besitz auf Grund der Veräußerung noch nicht erlangt hat (§ 936, Satz 3). Der § 936 betrifft nur dingliche Rechte Dritter; für obligatorische gilt § 986, 2: das Recht muss gegen den Abtretenden zugestanden haben. Vergl. zum Ganzen Gierke, S. 41 ff. — Ein Mangel in der Textierung des § 936 ist es, dass nur auf § 929, Satz 2, 930 und 931, Fälle, in welchen der Dispositionsberechtigte veräußert, verwiesen wird, während ohne Zweifel das gleiche gilt, wenn im Sinne der §§ 932—934 die Veräußerung von einem Unbefugten ausgeht.

¹²⁸⁾ Bezüglich des B. G.-B. s. vorige Note a. A.

¹²⁹⁾ A. a. O. S. 12 ff; 60 ff.

und Verlorengehen habe die Gewere des unbefugt Verfügenden an einem Mangel im Recht gelitten, der als öffentlich bekannt angenommen wurde; mit der Gewere sei zwar sonst das Recht, das sie bedeutete, übertragen worden, nicht aber unter den bezeichneten Umständen, wo sie ein Recht augenscheinlich nicht bedeuten konnte. Wir kämen somit darauf hinaus, dass *res furtivae vel deperditae* als fremde Sachen, wie gemeinbekannt und daher auch dem Erwerber bekannt, rechtlich nicht zu erwerben waren — was allerdings der Legitimationskraft der Gewere keinen Eintrag täte, da niemand in die Lage kommen konnte, sich auf eine derartige Gewere zu verlassen, der Mangel der Erwerblichkeit also in der Person des Erwerbenden seinen Grund gehabt hätte (Unredlichkeit). Allein es liegt schon den ältesten Quellen durchaus ferne, Kenntnis des Diebstahls beim Erwerber vorauszusetzen, mag selbst Gerücht erhoben worden sein. Diebstahl sieht man nicht als kundbar an, vielmehr wird jeweils dessen Kenntnis festgestellt. Wissen um die Dieblichkeit steht unter Strafe. Ihr zu entgehen und die Vertreibung gestohlener Sachen überhaupt hintanzuhalten, wird der Kauf mit Oeffentlichkeit, dem Zeichen der *bona fides*, vorgeschrieben und eine Erkundigungspflicht auferlegt. Die Restitution an den Vormann tritt aber unter allen Umständen ein, ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis der Furtivität. Auf der Seite des Erwerbenden kann also das Hindernis der Erwerblichkeit nicht liegen. Abgesehen aber vom ältesten Recht: für die spätere Zeit und für heute ist eine Erklärung dafür, dass die Legitimationskraft des Besitzes nur für die Fälle gelten solle, die sich unter den Satz „Hand wahre Hand“ einreihen lassen, nicht gesucht und nicht gefunden worden.

Möchte aber selbst die Unerwerblichkeit der *res furtivae* beseitigt und in der Tat mit der Disposition des Besitzers als solchen für jeden *bona fide* Empfänger die Begründung des jeweils in der Parteiabsicht liegenden dinglichen Rechtes verknüpft sein, was soll uns zwingen, diesen Erwerb auf die Grundlage eines Dispositionsrechtes des Veräußerers zu

stellen? Warum soll das widerrechtliche Verfügen in ein rechtliches Verfügenkönnen verwandelt werden, warum meint man, für den mangelnden Veräußerungswillen des Eigentümers ein Surrogat beschaffen zu müssen? Vornehmlich deshalb, weil die Vorstellung von der unaufhebbaren Kontinuität des Eigentumsrechtes (der dinglichen Rechte) dominiert, wonach es begrifflich das nämliche Recht an einer bestimmten Sache ist, in welches jeweils nach dem Willen des Vormannes die Eigentümer aller Zeiten succedieren. Darum muss man sich mit einer Ausnahme von dem Satze *Nemo plus juris etc.* abfinden, der doch logisch keine Ausnahme zulässt! Man übersieht aber dabei, dass jene römische Vorstellung von der Eigentumskontinuität gerade durch die Aufnahme der Regel *Hand wahre Hand* preisgegeben, und dass es daher ganz verkehrt ist, sich mit ihr gleichwohl — im Fiktionswege — abfinden zu wollen.

Richtiger Ansicht nach ist der Veräußerungswille des Vormannes nur Voraussetzung, nicht Grund des redlichen Erwerbes aus fremden Händen. Vom Erwerber vertraglich angenommen, bedeutet er für diesen die notwendige Vergewisserung, fremde Rechte durch Uebernahme der Sachherrschaft nicht zu verletzen, also einen Faktor der Redlichkeit. Stammt die Vergewisserung von dem vermutetermassen rechtmässigen Besitzer, so genügt dies für redlichen Erwerb. Dessen Grund aber liegt im Erwerbsakt selbst, nicht in einer in jenem Willen verkörperten Rechtsmacht zur Uebertragung. Es handelt sich, wie Carlin es ausdrückte,¹³⁰⁾ um Rechtserwerb durch qualifizierte Besitzerlangung, der ebenso ursprünglich ist, als dies von der Ersitzung als Erwerb durch qualifizierten Besitzzustand unter und trotz dem römischen Eigentumsbegriff mit Grund angenommen wird. Das Eigentum ist in dem oben S. 114 bemerkten Sinne ein zeitliches; es wird durch den Neuerwerb eines andern folgeweise aufgehoben. Damit stimmt Art. 722 des Entwurfes überein, wonach

¹³⁰⁾ Niemand kann auf einen andern mehr Recht übertragen etc. (1882) S. 115.

das Eigentum untergeht, wenn „in der Folge ein anderer das Eigentum erwirbt.“

§ 2. Unerwerblichkeit abhandengekommener Sachen.

Der Lösungsanspruch.

Abhandengekommene Sachen kann der Verlustträger nach Art. 977, 1 des Entwurfes gegen wen immer,¹³¹⁾ daher auch dann verfolgen, wenn sie sich zugleich als anvertraute qualifizierten und als solche einen gutgläubigen Erwerber fanden¹³²⁾ — doch vorbehaltlich der oben S. 131 und 132 angeführten Ausnahmen.

Mit Absicht, meines Erachtens aber in nicht glücklicher Weise, scheint dem Art. 977, 1 die Form gegeben zu sein, dass er zwei Seelen in seinem Körper vereinigt. Einmal bezieht er sich auf das Klagrecht aus dem Besitz. Der frühere Besitzer — mag er berechtigt sein oder nicht — ist befugt, gegenüber jedermann die Herausgabeklage zu erheben, wenn er bestohlen wurde oder sonst seine Sache unfreiwillig verlor. Von der Bedeutung einer solchen Klage ist bereits im Abschnitt I die Rede gewesen.

Das andere Prinzip des Art. 977, 1 betrifft die sachenrechtliche Ordnung selbst. Es setzt die Erwerbsregel des Art. 976 für abhandengekommene Sachen ausser Kraft und wahrt so das Recht des unfreiwilligen Verlustträgers vor dem Untergang durch den Erwerb eines Dritten. Die Vorschrift, der gutgläubig vom Vertrauensmann Erwerbende sei in seinem Erwerbe zu schützen, wird, wo die Sache zugleich abhandengekommen ist, aufgehoben durch die andere, dass abhandengekommene Güter im Gegenteil stets „abgefordert,“ also wie nach römischer Art gegen jedermann verfolgt werden

¹³¹⁾ Vergl. übrigens oben Note 93.

¹³²⁾ Dass das Verhältnis von Art. 976 und 977, 1 nur dieses sein soll, steht ausser Zweifel. Es liesse sich aber, blank gegenübergestellt, der Rechtsatz des ersten Artikels auch als Vorbehalt gegenüber dem des zweiten auffassen, statt umgekehrt, sodass Art. 977, 1 dahin ausgelegt werden könnte, soweit nicht nach Art. 976 bereits ein Recht erworben wurde! Deutlicher ist Art. 205 O.-R.

können. Ein neues Recht ist daher an ihnen nicht zu begründen ohne den Willen des Berechtigten, auch nicht bedingt für den Fall ihrer Nichtverfolgung durch den Verlustträger, sie sind dem Verkehrsschutz gänzlich entzogen.^{132a)} Doch schränkt Art. 977 seine Ausserkraftsetzung des Art. 976 auf fünf Jahre ein. Nach deren Ablauf kann der Verkehrsschutz wieder einsetzen. D. h. wird die abhandengekommene Sache durch fünf Jahre nicht verfolgt, so ist eine nunmehrige Erwerbung im Sinne des Art. 976 zu schützen; die Qualität des Abhandengekommenseins verschwindet mit dem Ende der Klagfrist, wie wenn der Bestohlene den Besitz wieder erlangt hätte. Dagegen gewinnen frühere Erwerbungen infolge des blossen Ablaufes jener Frist keineswegs von selbst Rechtsbestand,¹³³⁾ denn quod ab initio vitiosum est etc.; nur die Ersitzung vermag den erstrebten Rechtserwerb schliesslich zu sanktionieren (Art. 721),¹³⁴⁾ wobei der Besitzer sich die Besitzzeit seines Vorgängers einrechnen darf, „insoferne auch dessen Besitz zur Ersitzung tauglich gewesen ist“ (Art. 983). — Es ergibt sich von selbst, dass dieses zweite Prinzip des Art. 977, 1 nicht dem „Besitzer,“ sondern nur dem Berechtigten gelten kann.

Somit besagt der Art. 977, 1: für den Fall unfreiwilligen Verlustes hat a) der frühere Besitzer eine Herausgabeklage aus seinem Besitz (gegen welche die Einwendung eigenen

^{132a)} Entgegengesetzt die Mot. S. 355: der gutgläubige Empfänger gewinne gemäss Art. 707 das Eigentum; der erworbene Besitz soll aber gleichwohl nur eine äussere Form sein, deren Widerspruch mit dem wahren Recht der frühere Besitzer durch Geltendmachung unfreiwilligen Verlustes dartun könne. Doch widerstreitet offensichtlich die erste Annahme der zweiten. Auch von Art. 206 O. R. sagen die Mot. S. 354, dass er im „Besitz die äussere Darstellung des dinglichen Rechtes betrachtet wissen“ wollte und dass er „nur eine Beschränkung der an sich gegebenen Wirkung des gutgläubigen Erwerbes“ bedeute (?).

¹³³⁾ Was für das geltende O.-R. allgemein angenommen wird; s. Hafner a. a. O. S. 93. 94. Ob übrigens der Verlustträger nach 5 Jahren noch die Eigentumsklage besitzt, erscheint zweifelhaft, s. oben S. 100. Das Gleiche gilt vom Niessbrauch.

¹³⁴⁾ Dieser Artikel gilt vom Eigentum. Ob Niessbrauchs- oder Pfandrechtsersitzung möglich ist, sagt der Entwurf nicht.

Rechtes offen steht) während fünf Jahren; b) der Berechtigte kann innerhalb der gleichen Frist von jedermann Herausgabe verlangen, sein dingliches Recht kann während dieser Zeit nicht erlöschen oder beschränkt werden infolge Dritterwerbes.

Bleibt auf Grund der zweiten Regel einem gutgläubigen Besitzer der dingliche Verkehrsschutz versagt, so dass er herausgabepflichtig wird, so sollen ihm nach dem Entwurf doch zugute kommen: 1. unter allen Umständen die Vorschriften der Art. 980 und 981 über den Umfang der Rückgabepflicht, die ihn insbesondere für Nutzung und Untergang der Sache in der Zwischenzeit jeder Verantwortung entheben;¹³⁵⁾ 2. unter gewissen Voraussetzungen ein Lösungsanspruch (Art. 977, 2). Dieser soll näher betrachtet werden.

Art. 977, 2 bestimmt: „Ist die Sache öffentlich¹³⁶⁾ versteigert, oder auf dem Markt oder in einem Laden von Waren der gleichen Art übertragen worden, so kann sie jedem späteren (?) gutgläubigen Empfänger nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises abgefordert werden.“¹³⁷⁾ Die Rückleistung erfolgt im übrigen nach den Vorschriften über die Ansprüche des gutgläubigen Besitzers.“¹³⁸⁾ Die Beschränkung

¹³⁵⁾ Art. 980: „Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, wird dadurch, dass er sie seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig. Was ohne seine Schuld hiebei untergeht oder Schaden leidet, braucht er nicht zu ersetzen.“ Ein schuldbares Tun oder Unterlassen auf Grund des vermuteten Rechtes ist aber vor der Rechtshängigkeit nicht zu denken.

¹³⁶⁾ Als öffentliche Versteigerung gilt nach Art. 108 des Schuldbetr.-Gesetzes auch ein freihändiger Verkauf des Betreibungsamtes.

¹³⁷⁾ Der Entwurf stimmt hier mit dem O.-R. Art. 206 überein, nur wird dort statt von dem „Laden von Waren der gleichen Art“ von dem „Kaufmann, welcher mit derartigen Waren handelt,“ gesprochen. Die Frage, ob der jüngere Erwerber den von seinem Vormann auf dem Markte u. s. w. bezahlten Preis beanspruchen darf (vergl. für das O.-R. Hafner a. a. O. zu Art. 206) muss nunmehr verneint werden, arg. „von ihm.“

¹³⁸⁾ Das B. G.-B. hat den Lösungsanspruch, entgegen dem ersten Entwurf, fallen lassen. Für die vollständige Streichung (zu Gunsten unbedingter Vindikabilität) hat sich besonders Cosack, d. Sachenr. im Entw., S. 47 ff., und Gierke, Entw., S. 340 ausgesprochen.

auf die drei angeführten Fälle findet ihr Vorbild schon im Code civil Art. 2280 und entspricht dem geltenden Recht, Art. 206 des Obligationenrechts. Wie hier, hat der Anspruch auch nur Bezug auf die gestohlenen oder sonst abhandengekommenen Güter. Während aber bei den übrigen der Code civil und das Obligationenrecht dinglichen Erwerbsschutz in vollem Umfang gewähren, gilt solcher nach dem Entwurf nur für anvertraute Sachen und auch für diese nur unter den oben dargestellten weiteren Voraussetzungen (die Ausnahmen vorbehalten). Dies ist sehr zu beachten. Es resultiert z. B., dass, wer bei einer exekutiven Versteigerung Mobilien erwirbt, die dem Exequenden anvertraut waren, zur Herausgabe ohne jeden Lösungsanspruch zu verurteilen ist; denn einerseits sind sie für ihn mangels Empfang vom Vertrauensmann nicht erwerblich, andererseits handelt es sich nicht um abhandengekommenes Gut.¹³⁹⁾ Ebenso mangelt der Lösungsanspruch z. B., wenn der Besitz des Veräußerers aus nichtiger Uebereignung herrührt. — Ein Redaktionsversehen scheint es zu sein, dass nur von der Vergütung des bezahlten Preises gesprochen wird. Denn es ist nicht anzunehmen, dass bei Pfanderwerb ein Lösungsanspruch ausgeschlossen sein solle; die Pfandsomme aber unter den „bezahlten Preis“ zu subsumieren, geht doch wohl nicht an.¹⁴⁰⁾

Eine andere Art des Lösungsanspruches gewährt das Retentionsrecht an fremden Sachen nach Art. 874, Abs. 3.¹⁴¹⁾ Danach kann jeder gutgläubige Besitzer die Herausgabe ab-

¹³⁹⁾ Nach § 935, 2 B. G.-B. werden versteigerte Sachen wie Geld und Inhaberpapiere behandelt: sie sind trotz Abhandenkommens erwerblich. Der Standpunkt des Entwurfes ist gewiss abzulehnen.

¹⁴⁰⁾ Das O.-R. (Art. 213) half sich durch die Vorschrift analoger Anwendung des Art. 206.

¹⁴¹⁾ Art. 874 Abs. 1: Bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners im Besitz des Gläubigers befinden, kann dieser bis zur Befriedigung für seine Forderung zurückbehalten, wenn die Forderung fällig ist und mit dem Gegenstand ihrer Natur nach in Zusammenhang steht. Abs. 3: Der Gläubiger hat das Retentionsrecht, unter Vorbehalt der Rechte Dritter aus früherem Besitz [s. oben S. 131, Note 116], auch dann, wenn die Sache, die er in gutem Glauben empfangen hat, nicht dem Schuldner gehört.

lehnen bis zur Begleichung seiner aus der Gewährleistungspflicht des Veräusserers entspringenden Forderung.¹⁴²⁾ Gegenüber dem Herausgabeberechtigten besteht, anders als bei der *refusio pretii* nach Art. 977, kein Gegenanspruch; dennoch geht auf dessen Kosten Art. 874 beziehungsweise 877 viel weiter als diese. Denn gemäss dem letztzitierten Artikel ist die Forderung nicht nur indirekt durch Retention, sondern mangels hinreichender Sicherstellung direkt durch pfandweise Distraktion realisierbar.¹⁴³⁾ An abhanden gekommenen Sachen kann von dem Retentionsrecht des Art. 874 kein Gebrauch gemacht werden. Da andererseits die *refusio pretii* nur für abhanden gekommenes Gut gilt, wird durch Art. 874 eine Lücke dort ausgefüllt, wo trotz gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbes und trotzdem kein unfreiwilliger Besitzverlust vorliegt, eine Herausgabepflicht eintritt.

§ 3. Schlussbefund und Gutachten.

Ueerblicken wir alles, was der Entwurf über den Erwerb vom Unbefugten zu verfügen weiss, so zeigt sich, dass die Verkehrsschutzidee an ihm einen warmen Freund nicht gefunden hat. Indem er auf der einen Seite das Kriterium des rechtsgeschäftlichen Erwerbes vom Vertrauensmann erfordert und auf der andern die Voraussetzungen des Lösungsanspruches nicht erweitert, geht der gutgläubige Erwerber in zahlreichen Fällen schutzlos aus, in welchen bereits nach dem bisherigen Recht Erwerbsbegünstigung galt. Besteht nun aber wirklich ein Grund, gegenüber dem geltenden Obligationenrecht Reaktion zu machen?

Ich glaube nicht. Meines Erachtens verdient die Grundregel des Art. 205 O.-R., insoferne sie klipp und klar den allgemeinen Verkehrsschutz statuiert und nur für gestohlenen und verlorenes Gut einen Vorbehalt macht, nicht nur als bündiger Ausdruck des historischen deutschen wie auch fran-

¹⁴²⁾ Liquidität wird nicht verlangt.

¹⁴³⁾ Dabei braucht nach dem Wortlaute des Art. 877 nur der Schuldner benachrichtigt zu werden.

zösischen Rechtes und aus technisch-juristischen Gründen, sondern vor allem auch der Sache nach den Vorzug. Ja es scheint mir nicht nur ungerechtfertigt und unmodern, hinter das Obligationenrecht zurückzugehen; vielleicht ist doch schon die Zeit gekommen, dasselbe zu überholen und jeden zu gunsten unbeschränkter Verfolgbarkeit eingreifenden Vorbehalt fallen zu lassen.

Dieser Gedanke, von dem man wohl sagen darf, dass er im Geist der Entwicklung liege,¹⁴⁴⁾ ist in den gesetzgeberischen Vorarbeiten bereits öfter hervorgetreten und hat sich auch in einigen Kodifikationswerken in gewissem Masse den Boden schon erobert. In ersterer Beziehung ist ganz besonders auf die lehrreiche Vorgeschichte der einschlägigen Normen des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches zu verweisen. In nicht zu ferner Zeit werden zweithalb Jahrhunderte verstrichen sein, seit der Codex Theresianus, wie Krasnopolski und Randa des Nähern beleuchteten,¹⁴⁵⁾ zum Trotz aller Romanistik dem redlichen Erwerber „aus Macht Rechtens“ ohne jeden Vorbehalt das Eigentum zugesprochen hat: „An der Macht, das Eigentum zu übertragen, gebricht es, wenn die Sache zwar übergeben wird, dem Uebergebenden aber das Eigentum hieran ermangelt, welches er dahero, weilen er es selbst nicht hat, auch an den Andern nicht übertragen kann. Doch erforderet in diesem Fall die Sicherheit gemeinen Handels und Wandels bei beweglichen Sachen, dass Niemand, der eine fremde bewegliche Sache mit gutem Glauben, aus entgeltlicher . . . Ursache . . . redlicher Weise an sich gebracht hat, dabei gefährdet sei, wann er seinerseits keinen Anlass gegeben, dass ihm die Erhandlung einer fremden

¹⁴⁴⁾ Die fortgesetzte Durchlöcherung der grundsätzlichen Ausschliessung der *res furtivae* etc. vom sachenrechtlichen Verkehrsschutz und die Stärke der deutschen Auffassung im Kampf mit der gewaltigen römischen Idee vom Eigentum, nach deren Seite andernfalls die Gesetzgebung sich hatte völlig wenden müssen, kennzeichnen den Entwicklungsgedanken, der das deutsche Recht nach einem Anlauf zur Verfolgung der redlichen Dritthand aus veränderten Gründen wieder zu seinem Ausgangspunkt zurückführt.

¹⁴⁵⁾ Krasnopolski, d. Schutz des redl. Verkehrs im öst. Civilrecht (1892), S. 10 ff.; Randa, Eigentum² (1894), S. 338 ff.; s. auch Ofner in Grünhuts Zeitschrift XXIX (1902), S. 601 ff.

Sache zur Schuld geleet werden könne. Er erwirbt dahero in Hinzutretung aller dieser Umstände sofort das Eigentum . . . aus Macht Rechts, welches auf ihn sogleich, ohne einer hierzu nötigen Verjährung übertragen wird.“ „Und hinderet diese Uebertragung der üble Glaube des Veräusserers . . . keinerdings, wann gleich derselbe solche fremd zu sein gewusst, oder sie auch selbst mit Gewalt oder diebischer Weise entwendet und sodann als seine eigene Sache veräusseret hätte . . .“ ¹⁴⁶⁾ Dass sich auch bei Beratung des deutschen Handelsgesetzbuches Stimmen gegen jede Sonderbehandlung des gestohlenen und verlorenen Gutes erhoben haben, ist bekannt. ¹⁴⁷⁾ Insbesondere ist aber für den schweizerischen Gesetzgeber beachtenswert, dass in diesem Sinne der Entwurf des Obligationenrechts von 1876/77, Art. 206, gehalten war. ¹⁴⁸⁾

Von den neueren Gesetzgebungswerken stehen auf dem entgegengesetzten Standpunkt der Code civil, das deutsche Handelsgesetzbuch, ¹⁴⁹⁾ das schweizerische Obligationenrecht ¹⁵⁰⁾

¹⁴⁶⁾ Cod. Theres. II. Th., 8. Kap. § I. n. 7—9 und § IV n. 44. Harrasowsky II, S. 127 und 132. Vergl. zum Schluss die Motivierung in n. 45 und dazu den Vortrag der Kompil.-Kommission vom 30. April 1771, in welchem der Sachsenspiegel und Schriften deutscher Juristen, insbesondere Mevius, Ad jus Lubicense zur Begründung angerufen werden mit dem endlichen Bemerkungen: man könne den Uebergang des Eigentumsrechtes nicht von der Beschaffenheit des Besitzes bei den Vormännern des letzten Erwerbers abhängig machen; denn diese Beschaffenheit sei nicht eine in die Sinne fallende Eigenschaft und es würde demnach „eine den Handel und Wandel nur zerrüttende Hinderniss“ bilden, wenn man den Erwerber dafür verantwortlich machen wollte, dass ihm die Unrechtmässigkeit des Besitzes seines Vormanns unbekannt blieb. Vergl. noch die Bestimmungen über den Pfandrechtserwerb, III, 7, § III n. 40 und den Nichtübergang der belastenden Rechte, II, 2, § I n. 21, Harrasowsky III, S. 100 und II, S. 39. Krasnopolski a. a. O.; Randa, S. 339, Note 14^a.

¹⁴⁷⁾ Vergl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift IX (1866), S. 4.

¹⁴⁸⁾ „Ist der Veräusserer von beweglichen Sachen nicht Eigentümer derselben, so erlangt der Erwerber, dem die Sachen übergeben worden sind [sonst sollte das Traditionsprinzip nicht gelten, Art. 202], dennoch Eigentum an denselben, sofern er bei der Uebergabe in gutem Glauben gewesen ist.“

¹⁴⁹⁾ Eine Ausnahme vom Vorbehalt betreffs gestohlener Sachen etc. gilt für indossable Ordrepapiere (305) und Inhaberpapiere (307).

¹⁵⁰⁾ Eine analoge Ausnahme gilt für Banknoten und verfallene Coupons, sowie für Inhaberpapiere, welche gegen Entgelt und in gutem Glauben aus

und das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich.¹⁵¹⁾ Dagegen haben in weitem Masse den Unterschied zwischen gestohlenen oder verlorenen und sonstigen Sachen bereits preisgegeben (ohne doch auf dem römischen Standpunkte zu stehen) das preussische allgemeine Landrecht, welches bei Käufen vom Fiskus, in einer öffentlichen Versteigerung oder in den Läden der zünftigen Kaufleute, sowie bei Geld und Inhaberpapieren die Vindikation gegen den redlichen Käufer beziehungsweise den sonst redlich Erwerbenden ausschliesst (I 15, §§ 42 ff.), und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, das schlechthin Eigentumserwerb eintreten lässt zu Gunsten desjenigen, der die Sache „in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgelt von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst . . . anvertrauet hatte“ (§ 367), und das ferner für die einem Nichterben eingeworteten Nachlasssachen bestimmt, dass ein dritter redlicher Erwerber niemandem verantwortlich sei (§ 824). Am radikalsten ging das ungarische Handelsgesetzbuch vor, welches die Klausel des deutschen über die gestohlenen und verlorenen Sachen gestrichen hat (§ 299).

Es ist nun keineswegs unsere Absicht, in extenso abermals zu erörtern, was schon so oft, doch nicht überzeugend, zur Erklärung und Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung der abhanden gekommenen und der freiwillig aus dem Besitz gelassenen Sachen (zumeist dem römischen Standpunkte gegenüber) vorgebracht wurde. Insbesondere braucht von jener, früher sehr häufig vertretenen Ansicht nicht gesprochen zu werden, welche aus dem Verhalten des Verlierers argumentiert, sei es vermittels des Verschuldungsgedankens, indem der Leichtsinns des freiwillig den Gewahrsam

Ländern erworben wurden, deren Gesetzgebung die Eigentumsklage nicht zulässt (208); ferner für Waren, welche „durch Lagerscheine, Ladescheine oder ähnliche Papiere vertreten“ werden (209, nicht für diese Papiere selbst, bzw. als solche); endlich für Wechsel (790).

¹⁵¹⁾ Eine analoge Ausnahme gilt für Geld, Inhaberpapiere und Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung erworben wurden (§ 935) (dazu f. d. Ordrepapiere des Handels- bzw. Wechselrechtes).

Aufgebenden gegen das Nichtsdafürkönnen des Entwerten ausgespielt wird — dahingegen doch die Entscheidung auf den Einzelfall abgestellt werden müsste, wollte man von dem Satze *quod quis ex sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur* überhaupt Gebrauch machen — sei es vom Standpunkte des Handelns auf eigene Gefahr: während der Bestohlene in keiner Weise Anstoss zu seinem Verluste gegeben, habe der Hinterleger, Leiher u. s. w. die Sache dem Verkehre überantwortet und müsse es sich selbst zuschreiben, dass die Strömung des Verkehrs sie forttrage und einem Dritten zuführe (Bluntschli).¹⁵²⁾ Tiefer greift jenes Billigkeits-Argument, welches aus den Folgen der Entscheidung über die sachenrechtliche Kollision gezogen wird: man dürfe dem Dritterwerber einer gestohlenen Sache eher zumuten, sich an seinen Auktor, als dem Bestohlenen, sich an den Dieb zu halten.

Dieser Grund schlägt aber in dem Augenblicke nicht mehr durch, wo dem Bestohlenen beziehungsweise Verlierer nicht Herausgabe schlechthin gewährt, sondern, wenigstens für die praktisch wichtigsten Fälle, die „Lösung“ der Sache aufgetragen, derselbe somit wegen der Erholung gerade an den Dieb u. s. w. verwiesen wird. Die entscheidende Frage, welches Interesse für den Gesetzgeber das vorwiegende sei, das des Erwerbers, von der Anstellung und dem Erfolge eines Rückgriffes, oder das des Verlierers, von der Verfolgung des (vorläufig unbekannten) Diebes unabhängig zu sein, ist hier ja schon zu Gunsten des Erwerbsschutzes beantwortet — nur dass dessen, auf der Anerkennung des Interesses des bisherigen Eigentümers an der Individualität der Sache, nicht mehr aber des Anrechtes auf den wirtschaftlichen Inhalt seines

¹⁵²⁾ Dabei wird jedenfalls übersehen, dass sich ebensogut vom Erwerber sagen liesse: da er sich in den Verkehr stürzte, möge er auch die Fährlichkeiten des Verkehrs tragen; denn für ihn wie für den andern, der seine Sache verpfändete, vermietete u. s. w., handelt es sich in gleicher Weise darum, von der Umsatzfähigkeit der Güter Gebrauch zu machen. Hätten so beide auf eigene Gefahr gehandelt, so wäre keine Richtschnur gewonnen. Will man aber in dem Erwerb ein Handeln auf eigene Gefahr nicht erblicken, so handelte bei unfreiwilligem Verlust keiner auf eigene Gefahr — und es mangelte abermals an dem gesuchten Entscheidungsgrund.

Eigentums beruhende Reducierung eine Halbheit bedeutet.¹⁵³⁾ Sie bezahlt der Eigentümer teuer genug, er bezahlt sie mit dem Aequivalent seines Rechtes — und dennoch erzielt die Massregel infolge ihrer Reverenz vor dem unsterblichen Eigentum nicht, dass sie der Stabilität des Verkehres diene.

Vom eigenen Standpunkte des Entwurfes aus, der, indem er den Lösungsanspruch für unvermeidlich hält, die Grundfrage richtig entschieden hat, empfiehlt es sich daher, einen Schritt weiter zu gehen und in den Fällen der Versteigerung und des Markt- oder Ladenkaufes die Regel *Mobilia non habent sequelam*, die allein der rechtlichen Sicherung der sich stetig steigernden Güterwanderung dient, als die passendste in Geltung zu setzen. Soll, wie dies für den Entwurf zutrifft, die Gesetzgebung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts zugleich das Recht des Handels ordnen, dann ist ihr ganz besonders die Aufgabe vorgezeichnet, in unserer verkehrsreichen Zeit jede Irritierung des glatten Verkehrslaufes durch zeitliche Verkehrsunfähigkeit der Ware hintanzuhalten.

Lässt sich somit für die eben gedachten Fälle des Markt- und Ladenkaufes, sowie der Licitationserwerbungen ohne Bedenken behaupten, was schon verschiedentlich ausgesprochen wurde,¹⁵⁴⁾ dass die Sonderbehandlung der *res furtivae vel perditae*, zum Teil bereits abgeschafft ohne irgend welche üble Folgen, heutzutage keinen Sinn mehr hat, so ist nicht ohne weiteres ein Gleiches zu sagen von den ausser dem Zuge des normalen, grundsätzlich zu schützenden Güterumsatzes liegenden Erwerbungen unter der Hand. Lediglich der Einheitlichkeit und der Einfachheit halber auch bezüglich ihrer die *sequela mobilia* auszuschliessen, geht gewiss nicht an, ein Postulat der materiellen Gerechtigkeit dürfte nicht ausser

¹⁵³⁾ Franken äusserte sich in seinem Gutachten für den 15. deut. Juristentag (1880, Verhdlg. S. 146): „Nicht minder halb ist das landrechtliche System. . . . Man fragt unter ihm vergebens, wer denn eigentlich der Eigentümer sei: der redliche Erwerber als der unentsetzbare Eigentümer des gemeinen Wertes? oder der andere Teil als unentsetzbarer Eigentümer der Individualität?“

¹⁵⁴⁾ S. z. B. Randa, *Eigentum* ², S. 337, N. 14.

Acht gelassen werden.¹⁵⁵⁾ Allein es scheint mir doch, dass hier eine Ausnahme zu machen nicht von nöten sei. Einerseits wird eine strenge Auslegung des guten Glaubens dort, wo es sich um die Schuldbarkeit des Nichtwissens handelt, eine unbillige Benachteiligung des Verlierers vielfach hintanhaltend. Andererseits kommt ein Moment in Betracht, das bisher keine Rolle spielte, nunmehr aber in der ganzen Frage überhaupt von der grössten Bedeutung ist: die Einführung der Klage aus dem Besitz, richtiger gesagt, des Rechtsschutzsystems der Verteidigung (vergl. oben S. 119).

Denn damit ist die prozessuale Stellung des Verlierers zum Erwerber derart geändert und gebessert worden, dass für ihn die Härte des ausnahmslosen Rechtssatzes der Erwerblichkeit von Fahrhabe in dritter Hand wesentlich gemildert erscheint. Das *pone rationem*, das er dem Beklagten zurufen darf, ohne sich seinerseits hiezu durch ein anderes als das äussere Moment des Besitzverlustes legitimieren zu müssen, belastet diesen mit der Pflicht der Aufdeckung der Erwerbsumstände in der Weise, dass jeder Mangel parater Rechtfertigung dem Kläger zu gute kommt, die gelungene Rechtfertigung aber doch die Aufhellung jener Verhältnisse mit sich bringt, die leicht zur Eruierung des Diebes u. s. w. führen können.

Demgemäss geht meine Ansicht dahin: der empfehlenswerteste Standpunkt für den schweizerischen Gesetzgeber sei der, als erster die Regel „Habe hat kein Geleite“ als eine ausnahmslose zu proklamieren.¹⁵⁶⁾ Mögen hiegegen die doch nur aus ererbter Schulmeinung herstammenden Bedenken jener, die wider solchen Radikalismus die Verteidiger des Eigentums, das sie bereits nach dem geltenden

¹⁵⁵⁾ Gierke, Entw. (1889), S. 341.

¹⁵⁶⁾ Das Bedenken Munzingers, *Motive etc.* (1865), S. 227 ff.: „in dieser weit mehr als in einer andern Frage ist es wichtig, dass der schweiz. Entwurf mit den Gesetzgebungen der Nachbarländer übereinstimme,“ kann dagegen nicht durchschlagen. Bezüglich der praktisch wichtigsten Mobilien, der Inhaberpapiere, besteht ja übrigens Uebereinstimmung.

System halb und halb aufgehoben sehen,¹⁵⁷⁾ zu den Fahnen rufen, in verstärktem Masse erhoben werden. Gegen die praktische Notwendigkeit jener Regel könnte die Behauptung, dass unter ihrer Geltung kein Eigentum mehr sei, was man Eigentum nenne, überhaupt nicht durchgreifen. Indessen widerspricht die Ausscheidung des Merkmals der unzerstörbaren Dauer aus dem überkommenen Eigentumsbegriff der Rezeption, mag sie auch eine Absage von der römischen Idee fordern, so wenig einer juristisch fassbaren Vorstellung vom Eigentum als, wie gleichfalls eingeworfen wurde, unserem Rechtsbewusstsein. Will doch niemand behaupten, das Immobiliareigentum habe durch Anerkennung des Erwerbes nach dem blossen Buchstande seine Existenz eingebüsst! — Schon durch die Aufnahme des Satzes „Hand wahre Hand,“ jenes Staatsgrundgesetzes der modernen Sachenrechtsordnung, in seinem bisherigen Umfange ist grundsätzlich der antirömische Boden betreten worden; in dieser Beziehung ist es daher wenig erheblich, wenn nunmehr die Furtivität jeder Bedeutung entkleidet wird.

¹⁵⁷⁾ Bekanntlich hat es unter den Redaktoren des deutschen Handelsgesetzbuchs an Stimmen nicht gefehlt, die betonten, durch den nachmals zu Art. 306 redigierten Rechtssatz werde „die Lehre vom Eigentum in ihren Grundlagen erschüttert und letzteres nahezu aufgehoben“ (Prot., S. 4607). A. Menger, d. bürgerl. R. und die besitzlosen Volksklassen² (1890), S. 38 und 121, klagte, den ersten deutschen Entwurf kritisierend, über die Zeit, „in welcher die Rücksicht auf den Händler sogar jene auf den Eigentümer überwiegt,“ und zu Gunsten der Sicherheit des Verkehrs „eine dauernde Konfiskation des Privateigentums“ stattefinde! Exner, Tradition, S. 63 ff., konnte sich aus demselben Gedankenkreis heraus nicht versagen, an dem „Purgatorium des befugten Trödel ladens“ seinen Sarkasmus walten zu lassen.

