

Ausgewählte Institutionen und Fragen des Privatrechts:
§ 7: Besitz

LITERATUR: Coing, Europäisches Privatrecht I, §§ 51-53, Europäisches Privatrecht II, §§ 66-69; Kaser, Römisches Privatrecht I, §§ 36+94-96; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, §§ 19-21; Hausmaninger/Gamauf, Casebook Sachenrecht, Fälle 1-66

I. Arten des Besitzes

1. Besitz nach dem *ius civile: usus* und *possessio civilis*

D. 41, 2, 1 pr. (Paul. 54 ed.)

Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a pedis sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.

Der Besitz ist, wie auch Labeo sagt, nach den Sitzen der Füße genannt, gewissermaßen als deren Stellung, weil dieser Ort auf natürliche Weise von dem, der auf ihm steht, innegehabt wird. Diesen Besitz nennen die Griechen *katoche*.

D. 41, 2, 3 pr. (Paul. 54 ed.)

Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.

Es können aber nur solche Gegenstände besessen werden, die körperlich sind.

XII Tab. 6, 3

Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus.

Die auf Besitz und Veräußerungsgewähr gestützte Rechtslage dauert bei Grundstücken zwei Jahre, bei allen anderen Gegenständen ein Jahr.

§ 937 BGB

Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung).

2. Besitz nach dem *ius honorarium: possessio* (Interdiktenbesitz)

3. Innehabung: *detentio (possessio naturalis)*

§ 309 ABGB

Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

Art. 2228 CC

La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

§ 855 BGB

Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

II. Besitzerwerb

1. Grundsatz: *corpore et animo*

D. 41, 2, 3, 1 (Paul. 54 ed.)

Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. quod autem duximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

Den Besitz erlangt man *corpore et animo* und nicht durch tatsächliche Sachherrschaft alleine oder den diesbezüglichen Willen alleine. Wenn wir aber gesagt haben, dass man den Besitz durch Sachherrschaft und Besitzwillen erlangen muss, ist das aber nicht so zu verstehen, dass derjenige, der ein Grundstück in Besitz nehmen will, jede einzelne Scholle abschreiten muss: es genügt vielmehr, einen beliebigen Teil des Grundstücks zu betreten, solange dies in der Meinung und Absicht geschieht, das ganze Grundstück bis zu seinen Grenzen in Besitz nehmen zu wollen.

2. Kasuistik

a) Verzicht auf körperliches Ergreifen

D. 41, 2, 18, 2 (Celsus 23 digestorum)

Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

Wenn ich dem Verkäufer die Weisung gebe, was ich gekauft habe, in meinem Haus abzulegen, ist es sicher, dass ich besitze, auch wenn noch niemand die Sache berührt hat. Oder wenn ich ein Nachbargrundstück gekauft habe und der Verkäufer mir dieses von meinem Turm aus zeigt und erklärt, er übertrage den freien Besitz, dann beginne ich nicht weniger zu besitzen, als wenn ich das Grundstück wirklich betreten hätte.

b) Modifikationen beim Willenselement

D. 41, 2, 1, 3 (Paulus 54 ed.)

Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.

Ein Geisteskranker und ein Mündel können ohne Zustimmung des Vormunds nicht beginnen zu besitzen, weil ihnen die Willensfähigkeit zu einem solchen Haben fehlt, mögen sie auch noch so sehr die Sache mit ihrem Körper berühren; wie zum Beispiel wenn jemand einem Schlafenden etwas in die Hand gibt. Aber mit der Zustimmung des Tutors kann ein Mündel anfangen zu besitzen. Ofilius aber und Nerva, der Sohn, sagen, dass ein Mündel auch ohne Zustimmung des Vormundes den Besitz ergreifen könne: denn der Besitz sei ein tatsächliches Verhältnis, kein rechtliches. Diese Ansicht kann übernommen werden, vorausgesetzt, dass das Mündel ein Alter erreicht hat, in dem es zu verstehen beginnt.

§ 310 ABGB

Kinder unter sieben Jahren und Personen über sieben Jahren, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, können – außer in den Fällen des § 151 Abs. 3 – Besitz nur durch ihren

gesetzlichen Vertreter erwerben. Im übrigen ist die Fähigkeit zum selbständigen Besitzerwerb gegeben.

§ 151 Abs. 3 ABGB

Schließt ein minderjähriges Kind ein Rechtsgeschäft, das von Minderjährigen seines Alters üblicherweise geschlossen wird, und eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft, so wird dieses Rechtsgeschäft [...] mit der Erfüllung der das Kind treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam.

c) Tierfang

D. 41, 1, 5, 1 (Gaius 2 rer. cott.)

Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatius placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob ein wildes Tier, das so verwundet worden ist, dass es gefangen werden kann, sofort als unser Eigentum anzusehen ist. Trebatius hat die Meinung vertreten, es werde sofort unser Eigentum und bleibe es, solange wir es verfolgen. Wenn wir aber die Verfolgung aufgeben, höre das Tier auf, unser Eigentum zu sein und könne sodann von einem anderen durch Aneignung (*occupatio*) erworben werden. Wenn also während der Zeit, in der wir dieses Tier verfolgen, ein anderer dieses um seines Vorteils willen einfange, begehe er uns gegenüber einen Diebstahl. Die meisten Juristen sind freilich der Ansicht, man erwerbe das Eigentum erst durch das Fangen, denn es könne vieles geschehen, wodurch das Fangen verhindert würde. Und das ist die richtige Auffassung.

Pierson v. Post, Supreme Court of New York (1805)

Sachverhalt und Prozessgeschichte:

Der Jäger Post verfolgte zu Pferde und mit einer Hundemeute einen Fuchs und war bereits nahe daran, ihn zu erlegen. Plötzlich sprang der Bauer Pierson dazwischen, erschlug den Fuchs und trug ihn davon. Post klagte gegen Pierson mit der Begründung, er habe durch die Jagd Besitz und Eigentum an dem Fuchs erworben, und obsiegte in erster Instanz. Pierson ging gegen dieses Urteil erfolgreich in Berufung.

Aus dem Urteil:

TOMPKINS, J. delivered the opinion of the court.

This cause comes before us on a return to a *certiorari* directed to one of the justices of *Queens county*.

The question submitted by the counsel in this cause for our determination is, whether *Lodwick Post*, by the pursuit with his hounds in the manner alleged in his declaration, acquired such a right to, or property in, the fox, as will sustain an action against *Pierson* for killing and taking him away?

The cause was argued with much ability by the counsel on both sides, and presents for our decision a novel and nice question. It is admitted that a fox is an animal *feræ naturæ*, and that property in such animals is acquired by occupancy only. These admissions narrow the discussion to the simple question of what acts amount to occupancy, applied to acquiring right to wild animals?

If we have recourse to the ancient writers upon general principles of law, the judgment below is obviously erroneous. *Justinian's Institutes*, lib. 2. tit. 1. s. 13. and *Fleta*, lib. 3. c. 2. p. 175. adopt the principle, that pursuit alone vests no property or right in the huntsman; and that even pursuit, accompanied with wounding, is equally ineffectual for that purpose, unless the animal be actually taken. The same principle is recognised by *Bracton*, lib. 2. c. 1. p. 8. [...]

It therefore only remains to inquire whether there are any contrary principles, or authorities, to be found in other books, which ought to induce a different decision. Most of the cases which have occurred in *England*, relating to property in wild animals, have either been discussed and decided upon the principles of their positive statute regulations, or have arisen between the huntsman and the owner of the land upon which beasts *feræ naturæ* have been apprehended; the former claiming them by title of occupancy, and the latter *ratione soli*. Little satisfactory aid can, therefore, be derived from the *English* reporters.
[...]

We are the more readily inclined to confine possession or occupancy of beasts *feræ naturæ*, within the limits prescribed by the learned authors above cited, for the sake of certainty, and preserving peace and order in society. If the first seeing, starting, or pursuing such animals, without having so wounded, circumvented or ensnared them, so as to deprive them of their natural liberty, and subject them to the control of their pursuer, should afford the basis of actions against others for intercepting and killing them, it would prove a fertile source of quarrels and litigation.

However uncourteous or unkind the conduct of *Pierson* towards *Post*, in this instance, may have been, yet his act was productive of no injury or damage for which a legal remedy can be applied. We are of opinion the judgment below was erroneous, and ought to be reversed.
LIVINGSTON, J. My opinion differs from that of the court.

[...]

Whether a person who, with his own hounds, starts and hunts a fox on waste and uninhabited ground, and is on the point of seizing his prey, acquires such an interest in the animal, as to have a right of action against another, who in view of the huntsman and his dogs in full pursuit, and with knowledge of the chase, shall kill and carry him away? This is a knotty point, and should have been submitted to the arbitration of sportsmen, without poring over *Justinian*, *Fleta*, *Bracton*, *Puffendorf*, *Locke*, *Barbeyrac*, or *Blackstone*, all of whom have been cited; they would have had no difficulty in coming to a prompt and correct conclusion.

[...]

By the pleadings it is admitted that a fox is a "wild and noxious beast." Both parties have regarded him, as the law of nations does a pirate, "*hostem humani generis*," and although "*de mortuis nil nisi bonum*," be a maxim of our profession, the memory of the deceased has not been spared. His depredations on farmers and on barn yards, have not been forgotten; and to put him to death wherever found, is allowed to be meritorious, and of public benefit. Hence it follows, that our decision should have in view the greatest possible encouragement to the destruction of an animal, so cunning and ruthless in his career. But who would keep a pack of hounds; or what gentleman, at the sound of the horn, and at peep of day, would mount his steed, and for hours together, "*sub jove frigido*," or a vertical sun, pursue the windings of this wily quadruped, if, just as night came on, and his stratagems and strength were nearly exhausted, a saucy intruder, who had not shared in the honours or labours of the chase, were permitted to come in at the death, and bear away in triumph the object of pursuit? Whatever *Justinian* may have thought of the matter, it must be recollected that his code was compiled many hundred years ago, and it would be very hard indeed, at the distance of so many centuries, not to have a right to establish a rule for ourselves. In his day, we read of no order of men who made it a business, in the language of the declaration in this cause, "with hounds and dogs to find, start, pursue, hunt, and chase," these animals, and that, too, without any other motive than the preservation of *Roman* poultry; if this diversion had been then in fashion, the lawyers who composed his institutes, would have taken care not to pass it by, without suitable encouragement. If any thing, therefore, in the digests or pandects shall appear to militate against the defendant in error, who, on this occasion, was the foxhunter, we have only to say *tempora mutantur*; and if men themselves change with the times, why should not laws also undergo an alteration?

[...]

3. Besitzerwerb durch Gewaltunterworfenen

D. 41, 2, 3, 12 (Paul. 54 ed.)

Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorum animo et corpore possidere.

Im Übrigen besitzen wir mit unserem Willen, aber durch einen fremden Körper, wie wir ausgeführt haben durch einen Pächter oder durch einen Sklaven. Es muss uns nicht berühren, dass wir gewisse Sachen auch ohne unser Wissen besitzen, nämlich das, was unsere Sklaven für ihr (ihnen zugewiesenes) Vermögen (*peculium*) erworben haben. Denn wir besitzen diese Sachen offensichtlich mittels deren Willen und Körper.

4. Besondere Formen des Besitzerwerbs

a) Übergabe kurzer Hand (**brevis manu traditio*)

D. 41, 1, 9, 5 (Gaius 2 rer. cott.)

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.

Bisweilen genügt auch ohne *traditio* der bloße Wille des Eigentümers, um die Übertragung einer Sache zu bewirken, etwa wenn ich dir eine Sache, die ich dir geliehen oder vermietet oder bei dir hinterlegt habe, verkaufe. Obwohl ich sie dir nämlich nicht auf Grund der letztgenannten *causa* übergebe, verschaffe ich dir dennoch dadurch Eigentum an ihr, dass ich dulde, dass sie aus dem Grund des Kaufes bei dir ist.

§ 854 Abs. 2 BGB

Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

§ 929 S. 2 BGB

Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

b) Besitzkonstitut (**constitutum possessorium*)

D. 41, 2, 18 pr. (Celsus 23 dig.)

Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Was ich im eigenen Namen besitze, kann ich auch in fremdem Namen zu besitzen anfangen. Ich ändere mir nämlich damit nicht die *causa* meines Besitzes, sondern höre auf zu besitzen und mache durch meine Hilfe einen anderen zum Besitzer. Es ist ja nicht dasselbe, zu besitzen oder in fremdem Namen zu besitzen: Es besitzt (streng genommen) nur der, in dessen Namen der Besitz ausgeübt wird. Ein *procurator* leistet dem fremden Besitz nur Hilfestellung.

§ 930 BGB

Ist der Eigentümer im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

§ 868 BGB

Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit

zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

III. Besitzerhaltung und Besitzverlust

1. Freiwillige Aufgabe des Besitzes

D. 41, 2, 3, 9 (Paul. 54 ed.)

Et si alii tradiderim, amitto
possessionem. nam constat possidere
nos, donec aut nostra voluntate
discesserimus aut vi deiecti fuerimus.

Auch wenn ich (das Grundstück) einem anderen übergebe, verliere ich den Besitz. Es steht nämlich fest, dass wir solange besitzen, bis wir es entweder freiwillig verlassen haben oder bis wir gewaltsam vertrieben worden sind.

§ 856 Abs. 1 BGB

Der Besitz wird dadurch beendet, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert.

2. Unfreiwilliger Besitzverlust

D. 41, 2, 25 pr. (Pomponius 23 ad Q. Mucium)

Si id quod possidemus ita
perdiderimus, ut ignoramus, ubi sit,
desinimus possidere.

Wenn wir das, was wir besitzen, so verloren haben, dass wir nicht wissen, wo es ist, hören wir auf zu besitzen.

3. Aufrechterhaltung des Besitzes

D. 41, 2, 3, 11 (Paul. 54 ed.)

Saltus hibernos aestivosque animo
possidemus, quamvis certis
temporibus eos relinquamus.

An Winter- und Sommerweiden halten wir den Besitz *animo* aufrecht, obwohl wir sie zeitweilig verlassen.

D. 43, 16, 1, 25 (Ulpian 69 ed.)

Quod vulgo dicitur aestivorum
hibernorumque saltuum nos possessiones
animo retinere, id exempli causa didici
Proculum dicere: nam ex omnibus praediis,
ex quibus non hac mente recedemus, ut
omisisse possessionem vellemus, idem est.

Ich habe gelernt, dass Proculus gesagt hat, die Faustregel „an Sommer- und Winterweiden halten wir den Besitz *animo* aufrecht“ habe Beispielcharakter: Dasselbe gilt nämlich für alle Grundstücke, die wir nicht in der Absicht verlassen, den Besitz an ihnen aufzugeben.