

## I. Einleitung

---

Im römischen Recht konnte der Ersitzungsbesitzer mit Hilfe der *actio publiciana* „seine“ Sache von jedem schlechter berechtigten Besitzer herausverlangen, um dadurch die Ersitzung beenden zu können. Im ABGB fand diese Klage in den §§ 372–374 ihren Niederschlag. Nach einer Darstellung der historischen Genese der Bestimmung erörtert diese Arbeit die Voraussetzungen der publizianischen Klage und würdigt sie auf Basis aktueller Rechtsprechung und Literatur. Im Anschluss wird untersucht, ob auch Erwerbern beschränkt dinglicher Rechte publizianischer Schutz zukommt und ob auf Rechtsfolgenseite neben dem Herausgabeanspruch weitere Ansprüche bestehen.

Kernstück der Arbeit ist eine umfassende Untersuchung der Anwendungsfälle der publizianischen Klage und der damit einhergehenden Konstellationen. *Apathy*<sup>1</sup> plädiert in seiner beeindruckenden und umfangreichen Untersuchung zur publizianischen Klage dafür, § 372 als Regelung über die relativ bessere Berechtigung zu verstehen. Daher möchte er die publizianische Klage einerseits auf den Eigentumsvorbehaltskäufer, aber auch auf den Mieter anwenden, der nie ein dingliches Recht erwerben wird. Er versucht damit auch, jener Rechtsprechung eine taugliche Grundlage zu geben, die aufgrund der Verwerfungen in der Kriegs- und Zwischenkriegszeit dem Mieter seit jeher einen petitorischen Räumungsanspruch gewährt hat. Diese Arbeit setzt sich kritisch mit der dogmatischen Begründung dieser Auffassung auseinander, und sie versucht, alternative Lösungsvorschläge aufzugreifen bzw. zu entwerfen. Weiters soll sie zeigen, dass die analoge Anwendung des § 372 die im ABGB angelegte Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht verwischt, und dass die beschworene Schutzlosigkeit des bloß obligatorisch berechtigten Sachinhabers nicht besteht. Abschließend wird untersucht, ob § 372 als Grundlage für Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche dienen kann.

---

1 *Apathy*, Die publizianische Klage 9ff.



## II. Historischer Überblick<sup>2</sup>

---

### A. Römisches Recht

Die *actio publiciana* war eine prätorische Klage<sup>3</sup>, die bestimmten qualifizierten Besitzern, wenn sie den Besitz verloren hatten, gegenüber „schlechteren“ Besitzern den gleichen Schutz gewährte, wie ihn der Eigentümer mit der *rei vindicatio* genoss<sup>4</sup>. Die Klage stand dem Ersitzungsbesitzer zu, dem zum Eigentumserwerb – neben den übrigen Voraussetzungen – nur noch der Ablauf der Ersitzungszeit fehlte. Nach hA erfasste die *actio publiciana* zwei Fallgruppen: 1) Ersitzende, die eine *res mancipi* vom quiritischen Eigentümer nur tradiert – also ohne *mancipatio* oder in *iure cessio* – erhalten hatten, und 2) Ersitzende, die eine Sache gutgläubig vom Nichteigentümer erworben hatten.

Die Entstehung und der Anwendungsbereich der *actio publiciana* im klassischen römischen Recht sind im Detail strittig. Im römischrechtlichen Schrifttum wird diskutiert, ob bei Entstehung der *actio publiciana* der Prätor eher den Schutz des bonitarischen Eigentümers vor Augen hatte<sup>5</sup>, oder ob er vielmehr jeden schützen wollte, der eine ersitzbare Sache *bona fide* und *ex iusta causa* von einem Nichtberechtigten erworben hatte<sup>6</sup>. *Apathy*<sup>7</sup> meint – wohl zu Recht –, dass der Prätor sicher nicht jeden Erwerber schützen wollte, der eine Sache gutgläubig vom Nichteigentümer erworben hatte. Jedoch sei nicht auszuschließen, dass der Prätor von unterschiedlichen Motiven geleitet worden sei. Ebenso umstritten ist, ob es darüber hinaus die Entste-

---

2 Eine ausführliche dogmengeschichtliche Untersuchung zur publizianischen Klage findet sich bereits bei *Apathy*, Die publizianische Klage 12 ff. Diese Untersuchung muss daher hier nicht wiederholt werden. Die Grundzüge der geschichtlichen Entwicklung der publizianischen Klage und einige (neue) ausgewählte Aspekte werden aber dargestellt, da sie für die später auftretenden Fragestellungen mitunter von Interesse sind.

3 Vermutlich benannt nach ihrem Schöpfer Prätor *Q. Publicius* 67 v. Chr.; *Kaser*, Das Römische Privatrecht I<sup>2</sup> § 104 Iff 438.

4 *Kaser/Knützel*, Römisches Privatrecht<sup>21</sup> § 27 Rz 25 ff.

5 *Sturm*, RIDA 9, 357 ff.

6 *Wubbe*, RIDA 8, 417 ff.

7 *Apathy*, Die publizianische Klage 16.

hung der *actio publiciana* in der frühen klassischen Zeit wesentlich befördert hat, dem Eigentümer die mit der *rei vindicatio* verbundene *probatio diabolica* zu ersparen<sup>8</sup>, oder ob diese Überlegung keinen Einfluss hatte, da die zu dieser Zeit fehlenden Beweislastregeln und die flexible Beweisaufnahme es dem Vindikationskläger ersparten, unter Darlegung all seiner Vormänner den Vollbeweis seines Eigentums zu erbringen<sup>9</sup>.

Das justinianische Recht bringt das Absterben der *mancipatio*, den Wegfall der Unterscheidung zwischen *res Mancipi* und *res nec Mancipi* sowie die Aufhebung des Unterschiedes zwischen zivilem und bonitarischem Eigentum<sup>10</sup>. Es entzieht damit auch dem ersten Fall der *actio publiciana*, also dem Schutz des Erwerbers, der eine *res Mancipi* bloß formlos tradiert erhalten hat, den praktischen Anwendungsbereich<sup>11</sup>. Da das justinianische Recht bereits Ansätze einer Beweislastverteilung kannte, die den Eigentumsnachweis für Vindikationskläger eigentlich beschwerlicher machen müsste, hätte man von einem starken Aufleben der *actio publiciana* ausgehen können. Wie *Thür*<sup>12</sup> jedoch mit byzantinischen Quellen nachgewiesen hat, spielte die *actio publiciana* unter dem Gesichtspunkt der Beweiserleichterung im justinianischen Recht bemerkenswerterweise so gut wie keine Rolle. Dies begründet *Thür* damit, dass es nur mehr eine einheitliche *actio directa* oder *publiciana* in rem gab, welche keinen Unterschied mehr zur *rei vindicatio* aufwies<sup>13</sup>.

## B. Gemeines Recht

Im gemeinen Recht war zu Beginn umstritten, ob nur der Ersitzungsbesitzer die *actio publiciana* geltend machen oder sich auch der Eigentümer – neben der *rei vindicatio* – ihrer bedienen kann, um etwaige Beweisschwierigkeiten in Bezug auf seine Vormänner zu umschiffen<sup>14</sup>. Zu Recht setzte sich die Auffassung durch, dass auch der Eigentümer wahlweise auf die *actio publiciana* zurückgreifen kann, falls er das Eigentum seines Vormannes nicht zu beweisen vermag<sup>15</sup>. Wie bereits teilweise im römischen Recht rückte auch im gemeinen Recht der Schutz des gutgläubigen Erwerbers durch die *actio publiciana* in den Vordergrund<sup>16</sup>.

---

8 So *Kiefner*, ZRG/RA 81, 212.

9 So *Sturm*, RIDA 9, 357 ff.

10 *Apathy*, Die publizianische Klage 18.

11 *Kaser*, Das Römische Privatrecht II<sup>2</sup> § 245 III 297.

12 *Thür*, ZRG/RA 89, 362.

13 *Thür* folgend auch *Kaser*, Das Römische Privatrecht II<sup>2</sup> § 245 III 297 FN 41; *Kaser*: „nicht wieder zu praktischen Leben erwacht“.

14 *Apathy*, Die publizianische Klage 20 ff.

15 Also um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden; vgl auch *Glück*, Pandekten 8/2<sup>2</sup> 332 ff.

16 *Apathy*, Die publizianische Klage 21.

Im gemeinrechtlichen Schrifttum hat sich vor allem *Glück*<sup>17</sup> ausführlich mit der *actio publiciana* beschäftigt. Er wendet sich insbesondere gegen die weitverbreitete Auffassung, dass die Grundlage der *actio publiciana* in der Fiktion des Ablaufs der Ersitzungszeit zu finden sei und das damit entstandene (fingierte) Eigentum zur *actio publiciana* berechtige. So – wie auch zum heutigen Recht vertreten wird –, könne sich nicht nur der Eigentümer, sondern ebenso jeder andere dinglich Berechtigte (zB der Dienstbarkeitsberechtigte) auf die *actio publiciana* berufen<sup>18</sup>. Bei allen anderen dinglich Berechtigten stehe aber schon *ex definitione* fest, dass diese nicht Eigentümer werden sollen. Dies sei auch deshalb unschädlich, da der Eigentümer in diesen Fällen keine Entrechtung erfahre<sup>19</sup>. Der enge dogmatische Konnex zwischen der Ersitzung und der *actio publiciana* sei daher schon im Ansatz verfehlt<sup>20</sup>; die *actio publiciana* solle jedem dinglich (!) Berechtigten zustehen, der im guten Glauben und mit gültigem Titel<sup>21</sup> eine Sache erlangt habe. Die Loslösung von der Ersitzung erschien schon deshalb dogmatisch geboten, weil im gemeinen Recht nachträgliche Schlechtgläubigkeit – im Vergleich zum römischen Recht, wo nachträgliche *mala fides* unschädlich war – die Ersitzung unterbrach. Daher verzichtete man im gemeinen Recht auf die römischrechtliche Fiktion vom Ablauf der Ersitzungszeit bei der *actio publiciana* und schützte jeden dinglich Berechtigten, der eine Sache in rechtmäßiger und redlicher Weise an sich gebracht hatte.

## C. Vorentwürfe

### 1. Codex Thesianus

Im zweiten Teil des Codex Thesianus findet sich die publizianische Klage im Caput XXIV (Von dem Recht des Besitzes), und zwar im letzten mit § VIII (Von rechtlichen Hilfsmitteln zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes) titulierten Abschnitt<sup>22</sup>. Zu Beginn dieses Abschnitts<sup>23</sup> wird dem Besitzer, dem eine Sache gewaltsam entrissen wurde (Dieb, Räuber, Hehler), die

17 *Glück*, Pandekten 8/2<sup>2</sup> 311 ff.

18 *Glück*, Pandekten 8/2<sup>2</sup> 326 ff.

19 *Glück*, Pandekten 8/2<sup>2</sup> 347.

20 Daher ist es nur folgerichtig, dass *Glück*, Pandekten 8/2<sup>2</sup> 328 auch bei Vermächtnissen und bei Schenkungen von Todes wegen die *actio publiciana* zulässt. Eines ist jedoch festzuhalten: Es handelt sich hierbei um keine gemeinrechtliche Auffassung, die die *actio publiciana* auch (bloß) obligatorisch Berechtigten zugestehen will, da in dieser Zeit der Vermächtnisnehmer und Beschenkte von Todes wegen sogleich – auch ohne Übergabe – Eigentümer wurde.

21 Auch wenn dieser nicht auf Eigentumsübertragung abzielt; siehe schon oben.

22 *Apathy*, Die publizianische Klage 23.

23 II, 24 n. 146–152 (*Harrasowsky*, Codex Thesianus II 468 ff).

Entsetzungsklage gewährt. Für diese braucht der Kläger nur den Besitz und die erfolgte „Entsetzung“ beweisen<sup>24</sup>. Daran anschließend wird der Eigentümer<sup>25</sup> gegenüber dem Besitzer, „der an der Entfremdung oder Entsetzung auf keinerlei Weise einen Theil hat“, auf die Eigentumsklage verwiesen<sup>26</sup>. Dem Ersitzungsbesitzer steht eine „der Eigentumsklage in ihrer Natur und Wirkung vollkommen gleichende Rechtsforderung“ gegen „jedweden dritten Inhaber, welcher weder das Eigenthum, noch ein stärkeres oder gleiches Recht an der Sache erworben zu haben erweisen mag“, zu<sup>27</sup>. Der Ersitzungsbesitz wurde dabei als ein dingliches Recht an einer fremden Sache verstanden und als Besitzrecht dem einfachen Besitz gegenübergestellt<sup>28</sup>. Das zeigt II, 24 n. 6, wonach dem Dieb und Räuber zwar das Faktum des Besitzes zugebilligt wird, das Recht des Besitzes aber beim Bestohlenen und Beraubten verbleibt, „obschon er des leiblichen Besitzes entsetzt worden“ ist. II, 24 n. 7 versagt dem (bloßen) Besitzer daher auch die „Zurückforderung der Sache selbst von einem dritten, hierzu entweder gar nicht oder doch weniger berechtigten Inhaber“, denn dies seien „dem Besitzrecht nur allein eigene Wirkungen“.

## 2. Entwurf Horten

Ebenso wie der Codex Theresianus regelt auch der Entwurf Horten die publizianische Klage im Besitzrecht, und zwar im 21. Kapitel („Von dem Besitze“) des zweiten Teils in § 49<sup>29</sup>. Wie auch im Codex Theresianus<sup>30</sup> wird in § 48 – also ebenso ein §/eine Nr davor – der Eigentümer gegen einen Besitzer, der „an der Entwendung oder Ersitzung keinen Theil hat“, auf die Eigentumsklage verwiesen; es erfolgte somit nur eine sprachliche Straffung und keine inhaltliche Änderung. Anders verhält es sich jedoch bei der in § 49 geregelten publizianischen Klage, wenn es heißt<sup>31</sup>: „Könnte aber auch der vorige Besitzer sein Eigenthum auf keine rechtsbeständige Art erproben, so wollen wir ihm doch, wenn er den rechtmäßig erworbenen Besitz dieser Sache darthut, eine der Eigentumsklage in ihrer Wirkung ähnliche Forderung

---

24 II, 24 n. 149 (*Harrasowsky*, Codex Theresianus II 469); Danach werden jene drei Fälle dargestellt, die eine Entsetzungsklage scheitern lassen; siehe II, 24 n. 150–152 (*Harrasowsky*, Codex Theresianus II 469).

25 „... hat der vorige Besitzer, wenn er schon vorher das Eigenthum hieran erworben, ...“.

26 II, 24 n. 153 (*Harrasowsky*, Codex Theresianus II 469).

27 II, 24 n. 154 (*Harrasowsky*, Codex Theresianus II 469).

28 *Apathy*, Die publizianische Klage 24; Niederschlag hat diese Unterscheidung vor allem gefunden in II, 24 n. 4, 6, 7, 8 (*Harrasowsky*, Codex Theresianus II 452).

29 Die Besitzschutzmittel beginnen bei II 21 § 46 ff (*Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus IV Entwurf Horten 293 f).

30 Siehe FN 26.

31 II 21 § 49 Entwurf Horten (*Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus IV 294).

eingestehen“. Der – noch im Codex Theresianus<sup>32</sup> enthaltene – Verweis auf die Ersitzung und die Voraussetzung des guten Glaubens ist entfallen. Auch der Entwurf Horten<sup>33</sup> betont die dogmatische Nähe zur *rei vindicatio* („eine der Eigentumsklage in ihrer Wirkung ähnliche Forderung...“)<sup>34</sup>.

### 3. Entwurf Martini

Der Entwurf Martini regelt den Besitz im zweiten Band im zweiten Hauptstück<sup>35</sup> („Vom Besitze“). Die publizianische Klage sucht man dort jedoch vergebens. Sie findet sich nun – und das ist bemerkenswert – im anschließenden dritten Hauptstück<sup>36</sup> über das Eigentumsrecht („Vom Eigentumsrechte“). In § 18<sup>37</sup> wird der Kläger, welcher „mit dem Beweise des erworbenen Eigentums nicht aufkommen kann, doch aber den giltigen Titel und die echte Art“ nachweisen kann, „für den wahren Eigenthümer gehalten“ und ihm somit die publizianische Klage gewährt, soweit „nicht der Beklagte ein besseres oder doch ein gleiches Recht darthut“.

### 4. Exkurs: ALR

Da das ABGB immer wieder vom ALR beeinflusst wurde, ist zu untersuchen, ob auch die Regelung der publizianischen Klage im ALR Einfluss auf die Redaktionsgeschichte des heutigen § 372 hatte.

Die Analyse der einschlägigen Bestimmungen der publizianischen Klage im ALR<sup>38</sup> zeigt jedoch, dass sich diese im preußischen Recht – im Vergleich zu den Vorentwürfen zum ABGB – doch sehr weit über ihren ursprünglichen Anwendungsbereich hinaus entwickelt hat. Nicht bloß dem Ersitzungsbesitzer wird die Klage gewährt, sondern jedem, der in redlicher Weise in den Besitz oder in die Innehabung einer Sache gelangt ist. Da es auf einen Er-

32 II, 24 n. 154 (*Harrasowsky*, Codex Theresianus II 469): „Hätte hingegen der vorige Besitzer das Eigenthum hieran noch nicht erworben gehabt, sondern wäre zur Zeit, als er den Besitz verloren, nur in der Befugniß dasselbe aus Macht Rechtens durch rechtmäßige Verjährung zu erwerben bestellet gewesen“.

33 II 21 § 49 Entwurf Horten (*Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus IV 294).

34 Ob damit das Verhältnis von publizianischer Klage zur Eigentumsklage im Vergleich zum Codex Theresianus klarer verfasst wird, wie *Apathy*, Die publizianische Klage 25 meint, ist mE aber fraglich.

35 II 2 §§ 1 ff Entwurf Martini (*Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus V 84 ff).

36 II 3 §§ 1 ff Entwurf Martini (*Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus V 89 ff).

37 II 3 § 18 Entwurf Martini (*Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus V 91).

38 I 7 § 161; vgl dazu *Dernburg*, Preußisches Privatrecht I<sup>5</sup> 608 f.

werbstitel nicht mehr ankommt, steht neben dem (werdenden) Eigentümer auch dem Pfandgläubiger, dem Mieter, dem Finder und auch dem Entlehner die Klage aus dem früheren Besitz gegen den Schlechterberechtigten zu<sup>39</sup>.

Wie sich in den Vorentwürfen bereits gezeigt hat und sich im Folgenden auch am Urentwurf zeigen wird, knüpfte man in Österreich – im Gegensatz zum ALR, das auf einen Erwerbstitel verzichtet – enger an die römischrechtliche und gemeinrechtliche Konzeption der publizianischen Klage an. Die Herauslösung der Klage aus dem Besitzrecht und ihre Einfügung ins Eigentumsrecht soll nur den dinglichen Charakter und den Konnex zur Eigentumsklage betonen.

## D. Urentwurf und Beratungsprotokolle

§ 90<sup>40</sup> des sogenannten Ur-Entwurfs, welcher den Beratungen zum ABGB zugrunde liegt, unterscheidet sich vom Entwurf Martini nur in der Formulierung; eine inhaltliche Änderung erfolgte damit nicht. Auf den Vorschlag *Zeillers*<sup>41</sup> werden „in Übereinstimmung mit dem gemeinen Rechte“ an den zweiten Halbsatz die Worte „so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen oder nur einen schwächeren Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten“ angefügt. Auch diese Anfügung ändert aber nicht die Konzeption der publizianischen Klage, sie weist vielmehr nur auf die Relativität des Schutzes des rechtmäßigen Besitzers gegenüber schlechter Berechtigten hin<sup>42</sup>.

In weiterer Folge wurde aufgrund der Stellungnahme der Wiener Fakultät die Frage nach der besseren Berechtigung – im Vergleich zu den Vorentwürfen – wieder ausführlicher geregelt, was letztendlich in die Bestimmung des § 373 mündete<sup>43</sup>. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die Anfrage der Wiener Fakultät zu § 91<sup>44</sup> des Ur-Entwurfs: „Ob die aufgestellte Regel

---

39 *Dernburg*, Preußisches Privatrecht I<sup>5</sup> 608.

40 § 90: „Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigenthums einer ihm vorerhaltenen Sache zwar nicht ausreicht, doch aber den gültigen Titel und die ächte Art, wodurch er zu ihrem Besitz gelangt ist, bereits dargethan hat; so wird er wenigstens solange für den wahren Eigenthümer dieser Sache gehalten, bis der Besitzer ein besseres, oder wenigstens ein gleiches Recht auf dieselbe beweiset“.

41 *Ofner*, Protokolle I 250.

42 *Apathy*, Die publizianische Klage 26.

43 *Apathy*, Die publizianische Klage 26; *Ofner*, Protokolle I 250 FN 1.

44 § 91: „Haben der Beklagte und der Kläger einen gleich kräftigen Titel ihres ächten Besitzes für sich, so steht dem Beklagten das bessere Recht zu; weil so oft sich zwei streitende Partheien in der nämlichen Lage befinden, dem wirklichen Besitzer der Vorzug gebührt, und weil in zweifelhaften Fällen, so oft der Kläger mit seinen Forderungsgründen nicht auslangt, der Beklagte losgesprochen wird“; entspricht dem heutigen § 374.

auch dann gelte, wenn bei einem gleich kräftigen Titel der Beklagte ein unredlicher Besitzer ist?“<sup>45</sup> Diese Anfrage wurde als überflüssig abgetan, da sich schon aus der vorangegangenen Bestimmung (§ 90) ergebe, dass der Beklagte als Unredlicher schlechter berechtigt sei. *Apathy*<sup>46</sup> sieht in dieser Frage die Bestätigung, dass die publizianische Klage keinen Ersitzungsbesitz mehr voraussetze, sondern nur mehr den Nachweis des rechtmäßigen und echten Besitzerwerbs. Sobald nämlich feststehe, dass der Beklagte unredlich sei, werde auch der Kläger unredlich – außer er sei der wahre Eigentümer<sup>47</sup>. Müsste er nämlich Ersitzungsbesitzer sein, um mit der publizianischen Klage zu obsiegen, so wäre die Klage abzuweisen, sobald er nachträglich unredlich werde<sup>48</sup>. Auch daraus darf man freilich nicht den Schluss ziehen, dass es zu einem tiefgreifenden Funktionswandel der publizianischen Klage gekommen wäre und nun jeder rechtmäßige und echte Besitzer geschützt wird<sup>49</sup>. Im genannten Fall ist zwar der publizianische Kläger nach erfolgreicher Klage nicht mehr Ersitzungsbesitzer, er war es aber sehr wohl noch im Zeitpunkt des Besitzerwerbs und kann daher seine bessere Berechtigung dartun. Aus diesem Einzelfall darf man daher nicht ableiten, dass nun bereits jeder rechtmäßige und echte Erwerber – losgelöst vom Ersitzungsbesitz – geschützt wird. Wie im Entwurf Martini<sup>50</sup> findet sich auch im Ur-Entwurf die Regelung zur publizianischen Klage im Kapitel zum Eigentumsrecht („Vom Eigentumsrechte“). Sie soll neben der „eigentlichen“ Eigentumsklage als „Eigentumsklage aus dem rechtlich vermuteten Eigentume des Klägers“ bestehen<sup>51</sup>.

## E. Die publizianische Klage im älteren Schrifttum

*Zeiller*<sup>52</sup> sieht den zentralen Anwendungsbereich der publizianischen Klage in der Beweiserleichterung für den Kläger, der vielleicht wirklich Eigentümer ist. Dafür spreche auch die Bezeichnung der Marginalrubrik der §§ 372 ff („b) Eigentumsklage aus dem rechtlich vermuteten Eigentume des Klägers“)<sup>53</sup>. Mit der Aussage *Zeillers*<sup>54</sup>, dass § 372 eine „einfache Darstellung des von unbrauchbaren Spitzfindigkeiten gereinigten, wesentlichen Inhalts

45 *Ofner*, Protokolle I 250.

46 *Apathy*, Die publizianische Klage 27.

47 Haben freilich beide beispielsweise von unterschiedlichen Vorpersonen erworben, muss dies aber nicht zwangsläufig so sein.

48 *Apathy*, Die publizianische Klage 27.

49 So aber *Apathy*, Die publizianische Klage 27.

50 II 3 § 18 Entwurf Martini (*Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus V 91).

51 *Apathy*, Die publizianische Klage 27.

52 *Zeiller*, Commentar II/1, 145.

53 Für eine normative Bedeutung von Marginalrubriken *Schmaranzer*, JBl 2004, 497.

54 *Zeiller*, Commentar II/1, 144.

der publicianischen Klage“ enthalte, wird eng an das gemeine Recht angeknüpft<sup>55</sup>. Obwohl *Zeiller*<sup>56</sup> auch den dinglichen Charakter der publizianischen Klage betont, ist seine Vorstellung weiterhin vom engen Konnex mit dem Besitzrecht geprägt. Das zeigt sich vor allem daran, dass er den relativen Schutz des besser berechtigten Klägers gegenüber dem schlechter berechtigten Beklagten folgendermaßen begründet: „..., daß der, auch die Besitzrechte schützende, Gesetzgeber (§. 339.) dem Ersteren vor dem Letzteren den Vorzug gebe, und ihm gegen diesen das Besitzrecht und die Ausübung des Eigenthumsrechtes einräume“<sup>57</sup>. Aber auch die Feststellung<sup>58</sup>, das durch § 372 geschützte Recht sei nur „ein vermeintes und zeitliches (provisorisches) Eigenthum, welches auf einem festeren Grunde, als das bloße Besitzrecht, beruhet“, stützt diesen Befund.

Für *Nippel*<sup>59</sup> ist die publizianische Klage „ein Surrogat der wirklichen Eigenthumsklage, und unterscheide sich die letztere nur dadurch, daß hier das Gesetz durch Feststellung bestimmter Vermuthungsgründe von dem lästigen Beweise befreyt, der bey der eigentlichen Eigenthumsklage zu liefern ist“. Derjenige, auf dessen Seite die mehreren oder stärkeren Vermuthungsgründe liegen, soll die Sache besitzen<sup>60</sup>.

*Winiwarter*<sup>61</sup> sieht daher die publizianische Klage ihrem Grund und ihrer Wirkung nach als bloße Besitzklage an, komme es doch nur auf eine gewisse Beschaffenheit des vorausgegangenen Besitzes an.

Die Zwitterstellung der publizianischen Klage zwischen Besitz- und Eigentumsrecht ist dadurch aber noch nicht zugunsten des Besitzrechts aufgelöst. Die systematische Einordnung im zweiten Hauptstück des ABGB<sup>62</sup> und die Betonung des dinglichen Charakters der Klage<sup>63</sup> sprechen gegen eine bloße Sonderform der Besitzklage. Gesichert ist mE jedoch – unabhängig von der Einordnung –, dass der erfolgreiche Kläger keine absolute Rechtsposition zugewiesen bekommen soll. Es sei eben in der konkreten Situation nur richtiger, dass der erfolgreiche Kläger die Sache besitze, als der schlechter berechnete Beklagte. Eine Aussage über die (absolute) Eigentümerposition soll damit noch nicht getroffen werden. Daher ist höchste Vorsicht geboten, dem erfolgreichen publizianischen Kläger Rechte zuzubilligen, die sonst nur absolut Berechneten vorbehalten sind.

---

55 *Kodek in Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 372 Rz 2.

56 *Zeiller*, Commentar II/1, 145.

57 *Zeiller*, Commentar II/1, 145.

58 *Zeiller*, Commentar II/1, 149.

59 *Nippel*, Erläuterungen III, 245.

60 *Nippel*, Erläuterungen III, 239.

61 *Winiwarter*, Das dingliche Sachenrecht II<sup>2</sup> 135: „ordentliche Besitzklage“; damit auch sympathisierend *Apathy*, Die publizianische Klage 31.

62 „Von dem Eigentumsrechte“.

63 *Zeiller*, Commentar II/1, 145.