

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 3

**Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige
im klassischen römischen Recht**

Von

Dr. Hans-Peter Benöhr



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

HANS-PETER BENOHR

**Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige
im klassischen römischen Recht**

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 3

Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht

Von

Dr. Hans-Peter Benöhr



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gedruckt
mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Alle Rechte vorbehalten
© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1972 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 02756 6

Vorwort

Die vorgelegte Untersuchung erfuhr die ständige und förderliche Anteilnahme meines verehrten Lehrers, Professor *Kaser*, dem ich auch an dieser Stelle herzlich dafür danke. Dank schulde ich auch dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, der mir die Möglichkeit bot, mich in die Anfangsgründe der Rechtsgeschichte einzuarbeiten, und der die Abhandlung im Sommersemester 1972 als Habilitationsschrift angenommen hat. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft bin ich für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses, Herrn Ministerialrat a. D. Dr. *Broermann* für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm und der Druckerei für die Herstellung dieser Schrift verbunden.

Hamburg, im Oktober 1972

Hans-Peter Benöhr

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	11
----------------------	----

Erster Teil

Die Begründungen für den Besitzerwerb durch Gewaltabhängige und die Grenzen seiner Anerkennung

§ 2 Der Stand der Lehre	18
§ 3 Erwerb <i>animo domini, corpore filii vel servi</i>	20
§ 4 Die <i>potestas</i> an dem Abhängigen als Erklärung für den Besitzerwerb des Gewalthabers	25
§ 5 Versagung des Besitzerwerbes des Gewalthabers wegen mangelnder <i>possessio</i> an dem Abhängigen	30
§ 6 Besitzerwerb des Gewalthabers trotz mangelnder <i>possessio</i> an dem Abhängigen	35
§ 7 Versagung des Besitzerwerbs des Gewalthabers trotz <i>possessio</i> an dem Abhängigen	39
§ 8 Besitz des Abhängigen nach der Meinung Labeos?	44
§ 9 <i>Animus possidendi</i> des Gewaltabhängigen	46
§ 10 Erfordernis des Willens des Abhängigen, den Besitz für den Gewalt- haber zu ergreifen?	56
§ 11 „ <i>Possidere</i> “, ausgesagt vom Gewaltabhängigen	63
§ 12 „Besitzunfähigkeit“ des Haussohns und des Sklaven	64
§ 13 „Besitzunfähigkeit“ des <i>homo liber bona fide serviens</i>	67
§ 14 „Besitzunfähigkeit“ des <i>captivus</i>	73
§ 15 Ergebnisse des ersten Teils	77

Zweiter Teil

Erwerb mit Wissen des Gewalthabers oder für das *Pekulium*

§ 16 Der Stand der Lehre	83
§ 17 Erfordernis der Kenntnis des Gewalthabers	87

§ 18	Allgemein gefaßte Juristenaussprüche zum Erwerb <i>peculiari nomine</i>	91
§ 19	Die Rückkehr der gestohlenen Sache	96
§ 20	Besitzerwerb für die <i>hereditas iacens</i>	102
§ 21	Besitzerwerb und Besitzbewahrung für den <i>captivus</i>	110
§ 22	Besitzerwerb für die <i>municipes</i>	122
§ 23	Besitzerwerb durch den <i>servus fugitivus</i>	128
§ 24	Erwerb mit Wissen des Gewalthabers oder für das Pekulium als stillschweigende Voraussetzung in den Quellen	135
§ 25	Praktikabilität der Beschränkung des Besitzerwerbes auf die <i>domino sciente</i> oder <i>peculiari nomine</i> erlangten Sachen	139
§ 26	Die Tatbestände der <i>possessio</i>	142
§ 27	Die nachklassische Entwicklung	151
Quellenregister		157
Sachregister		160

Abkürzungsverzeichnis

<i>Beseler</i>	<i>Beseler</i> , Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen IV (1920)
<i>Bonfante</i>	<i>Bonfante</i> , Corso III, Dir. reali (1933)
<i>Buckland</i>	<i>Buckland</i> , The Roman Law of Slavery (1908)
<i>Burdese</i>	<i>Burdese</i> , In tema di animus possidendi, St. Biondi I (1965) 517 ff.
<i>Cuiacius</i>	<i>Cuiacius</i> , Opera, zit. nach der Ausgabe Prati 1836—1844
<i>De Francisci</i>	<i>De Francisci</i> , Sull'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo, RIL 40 (1907) 1002 ff.
<i>De Zulueta</i>	<i>De Zulueta</i> , Digest 41, 1 & 2 (1950)
<i>Di Lella</i>	<i>Di Lella</i> , Sull'acquisto del possesso domino ignoranti, Mnem. Solazzi (1964) 432 ff.
<i>Fuenteseca</i>	<i>Fuenteseca</i> , Possessio domino ignoranti, AHDE 24 (1954) 559 ff.
<i>Gordon</i>	<i>Gordon</i> , Acquisition of Ownership by traditio and Acquisition of Possession, RIDA ³ 12 (1965) 279 ff.
<i>Kaser I</i>	<i>Kaser</i> , Das röm. Privatrecht I, Das altröm., das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl. (1971)
<i>Kaser II</i>	<i>Kaser</i> , Das röm. Privatrecht II, Die nachklassischen Entwicklungen (1959)
<i>Kaser, RZ</i>	<i>Kaser</i> , Das röm. Zivilprozeßrecht (1966)
<i>Lauria</i>	<i>Lauria</i> , Possessiones, Età repubblicana, 2. Aufl. (1957)
<i>Leptien</i>	<i>Leptien</i> , Utilitatis causa, Freiburg. Diss. (1967)
<i>Micolier</i>	<i>Micolier</i> , Pécule et Capacité Patriomoniale (1932)
<i>Nicosia</i>	<i>Nicosia</i> , L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti (1960)
<i>Riccobono</i>	<i>Riccobono</i> , Zur Terminologie der Besitzverhältnisse, SZ 31 (1910) 321 ff.
<i>Rotondi</i>	<i>Rotondi</i> , Possessio quae animo retinetur, Bull. 30 (1921) 1 ff. = Scr. III (1922) 94 ff. (zitiert nach den Scritti)
<i>Salkowski</i>	<i>Salkowski</i> , Zur Lehre vom Sklavenerwerb (1891)
<i>Solazzi</i>	<i>Solazzi</i> , Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti, Mem. Mod. 11 (1911) = Scr. I (1955) 295 ff. (zitiert nach den Scritti)
<i>Watson</i>	<i>Watson</i> , Acquisition of possession and usucapion per servos et filios, LQR 78 (1962) 205 ff.
<i>Wieacker</i>	<i>Wieacker</i> , Rez. Nicosia, L'acquisto del possesso, Iura 12 (1961) 371 ff.

Die römische Zahl bezeichnet den Band, die arabische im allgemeinen die Seite. Weiterhin werden die üblichen und die von *Kaser I* verwandten Abkürzungen benutzt.

§ 1 Einleitung

I. Hauskinder und Sklaven waren eigener Vermögensrechte nicht fähig; das war ein feststehender Grundsatz des römischen Rechts¹. Doch waren ihre Erwerbsakte nicht gänzlich wirkungslos, sondern wurden ihrem *paterfamilias* zugerechnet²; und dies galt sogar dann, wenn er von dem Erwerb nichts wußte³. Diese Erwerbsakte führten zum Erwerb des Gewalthabers, auch wenn die Gewaltabhängigen gegen seinen Willen handelten. Auf ihre Willensrichtung, den Gewalthaber zu berechtigen, kam es nicht an. Sie hatten auch nicht die Möglichkeit, statt seiner einen Dritten zum Rechtsinhaber zu machen. Diese Rechtslage läßt sich vielleicht damit erklären, daß die Hauskinder und Sklaven als beseelte Werkzeuge oder Erwerbsorgane des *paterfamilias* angesehen wurden⁴. Jedenfalls erstreckte sich die *potestas* des *paterfamilias* wie auf die Gewaltabhängigen selbst, so auch auf die von ihnen erworbenen Rechte.

Der Gewaltabhängige konnte für seinen Herrn aber nicht nur Rechte, vor allem Eigentum, begründen. Er konnte auch mit Willen des Gewalthabers über dessen Sachen verfügen⁵. Es war ihm ferner möglich, im Rahmen der vom Prätor geschaffenen adjektizischen Klagen durch Rechtsgeschäfte den Gewalthaber zu verpflichten⁶. Damit war der Gewaltabhängige in der Lage, mit Wirkung für und gegen den Gewalthaber Käufe und Verkäufe durchzuführen, Geld zu Zinsen zu verleihen und Forderungen (außergerichtlich) einzuziehen, Grundstücke oder bewegliche Sachen zu mieten und zu vermieten. Mit alldem befriedigten die Römer in weitem Umfang das Bedürfnis nach der ihrem Recht noch unbekannten direkten Stellvertretung.

II. Der Erwerb durch die Gewaltunterworfenen hätte aber den Zwecken des Gewalthabers nur unvollkommen gedient, wenn die erworbenen Sachen nicht auch der Ersitzung unterlegen und nicht den

¹ Gai. 2, 87: *ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.*

² Gai. 2, 86 ff.; dazu Kaser I 64, 114, 262 f., 286 f.

³ Ausnahmsweise wird das *iussum* des Gewalthabers für den Erbschaftsantritt durch den Abhängigen verlangt, Gai. 2, 87.

⁴ Dazu insbesondere Kaser, *Romanitas* 9 (1971) 333 ff.; zur „Organschaft“ des *filiusfamilias* und des *servus* dort 343 ff.

⁵ Kaser I 267. Einer besonderen Einwilligung bedurfte es nicht, wenn der Gewaltunterworfenen über Gegenstände seines *Pekuliums* verfügte.

⁶ Kaser I 264, 605 ff.

Schutz durch die *actio Publiciana* und die Interdikte genossen hätten. Die Ersitzung und die *actio Publiciana* setzten, ebenso wie die Interdikte, den Besitz an der Sache voraus. Deswegen wuchs mit der zunehmenden Beteiligung der Gewaltabhängigen am Wirtschaftsverkehr die Notwendigkeit, dem Gewalthaber den Besitz an dem Sacherwerb des Abhängigen zuzuerkennen. Dieses Bedürfnis hat die Rechtsordnung befriedigt. Nachdem Paulus erklärt hatte

D. 41, 2, 1, 2 (Paul. 54 ed.): Apiscimur autem possessionem per nosmet ipsos, sagt er in

D. 41, 2, 1, 5 (Paul. 54 ed.): Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est . . .

Doch konnte der Besitzerwerb durch Abhängige nicht ohne weiteres dem Rechtserwerb gleichbehandelt werden, weil gerade die Unterscheidung von Recht und Besitz zu den Grundlagen des römischen Rechts gehört⁷.

III. Dem Eigentum als der rechtlichen Vollherrschaft über eine Sache steht der Besitz als die tatsächliche Gewalt gegenüber⁸. So erklärt

D. 41, 2, 12, 1 (Ulp. 70 ed.): Nihil commune habet proprietas cum possessione . . .

Die römischen Juristen betonen mehrmals, daß der Besitz dem Bereich des Tatsächlichen, nicht des Rechtlichen angehöre⁹. Dem entspricht es, daß der Besitz durch tatsächliches, von einem Herrschaftswillen begleitetes Ergreifen der Sache begründet wird. Für den Besitzerwerb sind die körperliche Bemächtigung und der sich in diesem Vorgang äußernde Bemächtigungswille erforderlich. Der Besitz wird, wie die Juristen sagen, *corpore et animo* begründet¹⁰.

Unter welchen Umständen aber das *corpus* und damit die faktische Gewalt an einem bestimmten Gegenstand angenommen wird, richtet sich im römischen Recht¹¹, nicht anders als noch im geltenden¹², nach der Lebensanschauung, der Verkehrsauffassung und dem allgemeinen Be-

⁷ Bonfante 267; Kaser EB, insbesondere 239 ff.; Kaser I 121 und 384; Nicosia 21 f.; Levy, VL, insbes. 19 ff.

⁸ Ulp. D. 41, 2, 12, 1; D. 43, 17, 1, 2; Paul. D. 44, 2, 14, 3.

⁹ Vgl. Pap. D. 4, 6, 19 (dazu unten § 14 II 2); Paul. D. 41, 2, 1, 3/4; Ulp. D. 41, 2, 29; D. 45, 1, 38, 6; D. 47, 4, 1, 15; Tryph. D. 49, 15, 12, 2 (dazu unten § 21 VII).

¹⁰ Insbesondere Paul. D. 41, 2, 3, 1; dazu Kaser I 391 ff.

¹¹ Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I/2 (1868) 1233 geht aus von der „vernünftigen Lebenssitte“. Last, JherJb. 62 (1913) 6 begreift den Besitz als eine „Verkehrerserscheinung“. Grimm, St. Riccobono IV 173 ff. spricht von den „sociologischen Grundlagen des römischen Besitzrechts“. Perozzi I 825 f. beschreibt den Besitz als ein „fenomeno sociale“. Bonfante 224 macht den Besitzerwerb abhängig von dem „giudizio sociale“. Kohler, JherJb. 17 (1879) 326 betont den „wirthschaftlichen Connex“ des Besitzers zu der Sache.

¹² Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. (1957) 25; Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl. (1966, Nachdruck 1969) 58 f.

wußtsein. Auf diese Weise ist es zu erklären, daß nicht nur die unmittelbare, tatsächliche, körperliche Innehabung einer Sache, sondern auch eine äußerlich gelockerte Beziehung zu ihr als Besitz gelten kann.

Die Verkehrsauffassung sieht es für den Besitzübergang schon als genügend an, wenn etwa der Vorbesitzer dem Erwerber die Grenzen des veräußerten Grundstücks von einem benachbarten Turm aus zeigt¹³, wenn sich die Parteien mit der Schlüsselübergabe vor dem Gebäude, in dem die zu übergebenden Waren lagern, zufrieden geben¹⁴ oder wenn der neue Besitzer die von ihm gekauften Balken mit seinem Zeichen¹⁵ versieht. Namentlich bei abgeleitetem Erwerb begnügt man sich häufig mit solchen bloßen Indizien für die Herstellung der Sachbeherrschung¹⁶.

Auch bei der Fortdauer des Besitzes werden die Anforderungen, der Lebensanschauung entsprechend, vielfach gelockert. Eine solche Fortdauer wird auch bejaht, wenn die tatsächliche Herrschaft des Besitzers über seinen Gegenstand nachläßt, wenn er etwa die Sache vermietet, verliehen oder hinterlegt hat¹⁷, wenn er seine Sommer- oder Winterweiden verlassen hat¹⁸ oder wenn sein Sklave geflohen ist¹⁹.

IV. Neben den rein tatsächlichen gewährt jedoch der Besitz nach Ansicht der römischen Juristen auch rechtliche Aspekte. Papinian deutet diesen Befund schon mit den vorsichtigen Worten an, daß der Besitz nur *plurimum facti habet*²⁰, und sagt in

D. 41, 2, 49 pr. (Pap. 2 defin.): ... et plurimum ex iure possessio mutetur²¹.

Auf die rechtlichen Aspekte des Besitzes kommt der Jurist auch in dem folgenden Paragraphen zurück:

¹³ Cels. D. 41, 2, 18, 2.

¹⁴ Pap. D. 18, 1, 74; Gai. D. 41, 1, 9, 6; Paul. D. 41, 2, 1, 21.

¹⁵ Paul. D. 18, 6, 15 (14), 1.

¹⁶ Zu den soeben erwähnten Fällen der sogenannten *longa manu traditio*: Riccobono, SZ 33 (1912) 259 ff.; Schulz, Prinz. 66 ff.; Voci, Modi 114 ff.; Kaden, SZ 70 (1953) 462 ff.; Alzon, Problèmes relatifs à la location des entrepôts (1965) bei N. 506, 525, 527, 530, 533, 807; Metro, L'obbligazione di custodire (1966) 48 ff.; Gordon, Studies in the Transfer of Property (1970) 44 ff.

¹⁷ Vgl. Kaser I 394 f.

¹⁸ Paul. D. 41, 2, 3, 11; Proc. D. 41, 2, 27; Pap. D. 41, 2, 44, 2; Ulp. D. 43, 16, 1, 25; dazu Möhler, SZ 77 (1960) 57 ff.; Cannata, SD 27 (1961) 86; MacCormack, SZ 86 (1969) 110 ff.; Krampe, Proculi Epistulae (1970) 79.

¹⁹ Paul. D. 41, 2, 1, 14 (dazu unten §§ 7 III und 23 I); Ulp. D. 47, 2, 17, 3; zum Besitz über den geflohenen Sklaven zuletzt insbesondere Pringsheim II 152 ff. (Fs. Schulz I 279 ff.) und Nicosia 397 ff.

²⁰ Pap. D. 4, 6, 19 (dazu unten § 14 II 2). Georgescu, Scr. Ferrini Mil. III 147 versteht allerdings die Worte so, daß keine andere Institution mehr *factum* enthielte als die *possessio*. Zu der Antinomie von *factum* und *ius* s. besonders Vassalli III 1, 383 ff. (APer. 12, 1914, 3 ff.).

²¹ Albertario II 177 ff. und 331 meint, die römischen Juristen hätten den Besitz ausschließlich als ein *factum* aufgefaßt, deswegen seien derartige Äußerungen wie in D. 41, 2, 49 pr. unecht. Eine Begründung für dieses von ihm als klassisch bezeichnete Prinzip fehlt. — Erhebliche Bedenken gegen