



Rechtshistorische Reihe

448

Youn Seok Choi

Der Besitzerwerb des Erben

Historische Entwicklungen, die Lösung
des § 857 BGB und ihre Anwendungsprobleme

Einleitung

Zum Besitzererwerb bestimmt § 854 Abs. 1 BGB: Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Demnach ist die Erlangung der tatsächlichen Sachgewalt, eine bestimmte faktische Erwerbshandlung, für den Erwerb des Besitzes erforderlich. Dem Wortlaut dieser Vorschrift zufolge scheint der Besitz auf den ersten Blick etwas Tatsächliches zu sein. Zudem wird der Besitz allgemein unter Juristen als tatsächliche Gewalt über die Sache definiert. Der Besitz wird in verschiedenen Zusammenhängen als ein Faktum aufgefasst und mit einer Tatsache in Verbindung gebracht.

Bei einem Erbfall stellt sich die Frage, was mit diesem Faktum geschieht. Es könnte entweder über den Tod des Besitzers hinaus fortbestehen oder mit dessen Tod untergehen. Das BGB gibt eine eindeutige Antwort auf diese Frage.

§ 857 BGB regelt: Der Besitz geht auf den Erben über.

Diese kurze, bündige Vorschrift bestimmt, dass der Erbe ohne jeglichen Erwerbsakt, *ipso iure*, den Besitz an den Erbschaftsgegenständen erlangt. Dieses Ergebnis widerspricht dem in § 854 Abs. 1 BGB aufgestellten Grundsatz, nach dem derjenige den Besitz erwirbt, der die tatsächliche Sachgewalt erlangt. Kann der Erbe während eines Auslandsaufenthalts gem. § 857 BGB trotz mangelnder Kenntnis vom Erbfall oder eigenmächtiger Inbesitznahme eines Dritten den Besitz im Sinne dieser Vorschrift erlangen? Verstirbt der Erblasser während einer Kreuzfahrt mit dem Untergang eines Schiffes im Mittelmeer und versinken seine mit auf die Reise genommenen Sachen unter Wasser, kann in diesem Fall dessen Erbe gem. § 857 BGB den Besitz an den inzwischen im Meer liegenden Sachen erwerben? Diese Fragen können nur durch ein genaues und umfassendes Verständnis über das Verhältnis zwischen dem Besitz im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB und dem gem. § 857 BGB beantwortet werden.

In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage danach auf, wie der Gedanke über die Vererblichkeit des Besitzes überhaupt entstanden ist und wie er sich bis zur Kodifikation des BGB entwickelt hat. Dafür ist die Untersuchung nach dem Ursprung und der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Besitzes unumgänglich. Diese Fragen führen zurück in die römische Zeit. Zumal generell an-

genommen wird, dass der heutige Besitz der *possessio* des römischen Rechts entstammt.

Es ist bemerkenswert, dass die römische Rechtswissenschaft nicht anhand Gesetzesrechts, sondern in den Diskussionen der römischen Juristen entwickelt wurde. Die *Institutiones* (Institutionen) des römischen Juristen *Gaius* und die Kodifikation des oströmischen Kaisers *Justinian I.* (482 n. Chr. bis 565 n. Chr.) demonstrieren vor allem diese Entwicklung der römischen Jurisprudenz. *Justinian I.* sammelte für die Zusammenstellung der Digesten vielfältige Schriften der klassischen Juristen. Die Digesten von *Justinian I.* zeigen, dass die klassischen Juristen bereits Stellung zu dem Begriff, der Rechtsnatur, dem Erwerb und Verlust sowie zu der Wirkung der *possessio* und deren Vererblichkeit genommen haben. Ihre Auffassungen dürften die Grundlage für die Auseinandersetzungen mit dem sog. Erbenbesitz und dessen Einführung in das Gesetz bieten.

Von der Bearbeitung der *Littera Florentina* durch *Irnerius* (gegen 1100) bis zur Zusammenfassung von *Glossa ordinaria* mit den etwa 100.000 Glossen, die von *Accursius* Mitte des 13. Jh. n. Chr. verfasst wurde, wurden die römischen Rechtsquellen von den Glossatoren¹ und von etwa 1300 bis gegen 1500 von den Kommentatoren², zu denen die zwei berühmten Juristen *Bartolus de Saxoferrato* und *Baldus de Ubaldis* gehören, erschlossen. Ihre rechtswissenschaftlichen Werke von ca. 1100 bis 1500 (zum Ende des Mittelalters) gewannen eine ungeheure Bedeutung und beeinflussten die ganze europäische Jurisprudenz, insbesondere die Entstehung des *ius commune*, so dass die Erläuterungen über die *possessio* und deren Vererblichkeit in diesem Zeitraum aufschlussreich sein werden. Das *ius commune* im 19. Jahrhundert (als gemeinses Recht bezeichnet) beherrschte nach der Rezeption des römischen Rechts ab dem 11. Jahrhundert die Rechtspraxis in Europa und die europäische Rechtsanschauung. Es bildete in erster Linie die Grundlage des Schuldrechts und zum Teil auch des Sachen- und Erbrechts³. Mit den großen vernunftrechtlichen Kodifikationen (ALR, Cc und ABGB) kam es zur Blütezeit des Vernunftrechts. Die Gesetzbücher enthielten zahlreiche römischrechtliche Elemente und eine Vielzahl von Vorschriften über den Besitz und dessen Vererblichkeit. Daher kommt man um die im 18. und 19. Jahrhundert erfolgten Auseinandersetzungen mit dem Erbenbesitz in den

1 Näheres dazu bei *Kaser/Knütel*, S. 9 (Rz. 1.27); *Lange*, RR 1 - insbesondere S. 1 ff. und S. 441 ff.; *Wieacker*, S. 60 ff.

2 Näheres dazu bei *Kaser/Knütel*, S. 9 (Rz. 1.28); *Lange/Kriechbaum*, RR 2; *Wieacker*, S. 80 ff.

3 *Kaser/Knütel*, S. 10 (Rz. 1.30).

großen vernunftrechtlichen Kodifikationen im gemeinen Recht nicht herum. Ferner kann der unmittelbare Einfluss der vielfältigen Ansichten in dieser Zeit auf die Gesetzgebung des BGB nicht in Abrede gestellt werden.

Um die Erläuterung über das Thema der vorliegenden Abhandlung auf den Punkt zu bringen und überflüssige Darstellungen zu vermeiden, beschränkt sich die Untersuchung auf den Besitz und dessen Vererblichkeit im römischen Recht sowie im 18. und 19. Jahrhundert. Zusätzlich werden die *successio in possessione* (Nachfolge in den Besitz) und die *accessio possessionis* (Einrechnung der Ersitzungszeit) behandelt. Die Vorschriften über die *successio in possessionem* und die *accessio possessionis* in den jeweiligen Gesetzbüchern könnten ein Kriterium für die Beurteilung der Frage bieten, ob das betreffende Gesetzbuch den Besitz als vererblich ansieht. Darüber hinaus ist auf die Auffassungen der Mitglieder der jeweiligen Kommissionen bzw. Redaktionskommissionen zum BGB für die Bearbeitung und Einführung des § 857 BGB näher einzugehen. Ihre Erörterungen über den Besitz und dessen Vererblichkeit stellen die unmittelbare Grundlage für die Einführung der Vererblichkeit des Besitzes in das BGB dar. Daher bedarf es einer ausführlichen und intensiven Auseinandersetzung in einem gesonderten Teil. Dabei ist die Untersuchung der im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hergestellten öffentlichen Dokumente, Motive und Protokolle unentbehrlich.

Die Darstellung und Erläuterung über den rechtsgeschichtlichen Hintergrund in der vorliegenden Abhandlung sollen dem Gewinn von Vorkenntnissen über die Entwicklung des Erbenbesitzes dienen. Die Auseinandersetzung mit den Problemen des geltenden Rechts erfolgt auf Grundlage dieser Kenntnisse.

Die vorliegende Untersuchung ist in drei Hauptteile gegliedert:

- Teil 1: „Ausgangslage“, der die Ansichten der römischen Juristen über die *possessio* und deren Vererblichkeit enthält, ferner die daran anknüpfenden Regelungen in den während des 18. und 19. Jahrhunderts von den jeweiligen europäischen Staaten erlassenen Gesetzgebungen mit ihren Motiven und schließlich die Entwicklung des Meinungsstands im gemeinen Recht,
- Teil 2: „Gesetzgebungsarbeiten und Entstehung des § 857 BGB“, in dem die Frage nach den Gründen der Einführung der Vererblichkeit des Besitzes in das BGB beantwortet wird, und

- Teil 3: „Probleme des Erbenbesitzes nach § 857 BGB“, in dem zahlreiche im geltenden Recht bestehende (rechtsdogmatische) Probleme bezüglich des § 857 BGB erläutert werden.