

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Der Besitz nach dem römischen Rechte

Zielonacki, Józefat

Berlin, 1854

Erwerb des Besitzes

[urn:nbn:at:at-ubi:2-1036](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:at:at-ubi:2-1036)

wenn auch nach denselben der Besitz an einem Freien qui bona fide servit möglich ist, und sonach derselbe einem Anderen das Vermögen erwirbt.^{*)} Derselbe wird nämlich nicht als freier Mensch, sondern als Sklave besessen, also nur darum, weil er sich de facto im Zustande der Sklaverei befindet, und der genannte Zustand so lange als sein rechtmäßiger angesehen werden muß, bis sich das Gegentheil erwiesen hat. Aus dem nämlichen Grunde findet der Besitz an einem Sklaven, der irrigerweise als ein Freier gilt, nicht statt.

Erwerb des Besitzes.

Schon oben ist erwähnt worden, daß der Besitz corpore et animo erworben wird; hier sind diese beiden Requisite näher anzugeben.

1) Wann geschieht der Erwerb corpore? — Früher glaubte man allgemein, daß der Besitz corpore regelmäßig nur durch unmittelbare Berührung der Sache erworben wird, also an den beweglichen Sachen durchs Ergreifen, und an den unbeweglichen Sachen durchs Betreten. Da aber die Quellen noch von einem anderweitigen Besitzerwerbe corpore reden, so konnte man denselben nicht in Abrede stellen. Man half sich aber aus der Schwierigkeit auf eine bequeme Weise, nämlich durch die Annahme, daß die wahre Besitzergreifung in den gedachten Fällen vermittelt einer juristischen Fiction symbolisch repräsentirt werde. So kam man auf die Eintheilung der Erwerbshandlungen in actus veri und adscititii, und der Apprehension in apprehensio vera und ficta. Savigny liefert in seiner Besitzeslehre eine erschöpfende Critik der genannten Doctrin. Ihre Unrichtigkeit liegt auf der Hand. Da nämlich das corpus diejenige äußere Begebenheit bezeichnet, durch welche der Besitzer die physische Herrschaft über die Sache erlangt, so folgt von selbst, daß der Besitz regelmäßig dann corpore erworben wird, wenn die

*) Nur in dieser einzigen Beziehung erzeugt ihr Besitz rechtliche Wirkungen, indem hierbei weder von der Usucapion, noch von dem Fruchtterwerbe die Rede sein kann, Beides vielmehr nur bei einem wirklichen Sklaven möglich ist.

genannte Begebenheit sich ereignet hat, ohne alle Rücksicht auf die näheren Umstände, unter denen sie eingetreten ist. Die genannte Doctrin irrt also darin, daß sie es außer Acht läßt, daß die Ergreifung und Betretung nur ein Mittel sind, und zwar nicht das einzige, um den Besitzer in den Stand zu setzen, über die Sache verfügen zu können. L. 1. §. 21. de poss. „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.

Zwischen den unbeweglichen und beweglichen Sachen bestehet folgender Unterschied: die unbeweglichen können, da eine custodia derselben etwas höchst Ueberflüssiges wäre, nur durch die Gegenwart des Besitzers^{*)} in Besitz genommen werden,^{**)} während bei den beweglichen die Gegenwart durch die custodia ersetzt werden kann. Daß dem so ist, ergibt sich aus Zweierlei:

- 1) Aus den hierauf bezüglichen Stellen, die Savigny mit ganz richtiger Interpretation anführt.^{***)}
- 2) Aus dem Umstande, daß die custodia in einem noch höheren Grade die Möglichkeit über die Sache zu verfügen gewährt, als die Gegenwart, indem sie im Grunde genommen nichts anderes ist, als eine durch bestimmte Anstalten factisch gesicherte Herrschaft über die Sache.

*) L. 77. de rei vind. L. 18. §. 2. de poss. In der letzteren ist freilich die Gegenwart eine etwas entferntere, aber sie wird offenbar in ihr vorausgesetzt. Das was die L. 3. §. 1. bemerkt, versteht sich von selbst „non utique ita accipiendum est, ut qui possidere vellit, omnes glebas circumambulet.“

**) Die Bestimmung, daß der Besitz eines Grundstücks clam nicht erworben werden könne, führt davon keine Ausnahme ein, schließt vielmehr hierbei die Anwendung der Regel aus.

***) Von der custodia reden z. B. die L. 18. §. 22. de poss. L. 9. §. 3. de jur. dot. L. 51. de poss. In der letzteren bestehet die custodia in der Bestellung eines Wächters. Savigny bemerkt mit Recht, daß dieselbe aus zwei Theilen bestehet, und daß in dem ersten die Meinung Pab eo's, und in dem zweiten, der von den Worten: in eo puto hanc quaestionem consistere an, beginnt, die Meinung des Javolenus vorgetragen wird.

Daher kommt es auch, daß die *custodia* immer den Besitz gewährt, die Gegenwart aber nicht immer, z. B. nicht in folgenden Fällen:

- a. Wenn ein Anderer bei der Sache ebenfalls gegenwärtig ist, indem der Besitzerwerb unter diesen Umständen, falls der Andere über die Sache ebenfalls verfügen will, nur durch dessen Dejection erfolgen kann.
- b. Wenn ein wildes Thier verfolgt wird, indem der Besitz erst im Momente des Fangens erworben wird. L. 5. §. 1. de acq. rer. dom.
- c. Wenn Jemand eine verschlossene Sache einem Anderen tradirt. In diesem Falle wird der Besitz erst im Momente des Aufschließens oder der Uebergabe des Schlüssels erworben. L. 9. §. 6. de acq. rer. dom. L. 1. §. 21. de poss.

Es ist noch die Frage über den Erwerb des Besitzes an einem Schätze zu erörtern. — Unter einem Schätze versteht man den Inbegriff mehrerer *res pretiosae*, die an einem bestimmten Orte verwahrt wurden. Der Umstand, daß der wahre Eigenthümer nicht mehr ermittelt werden kann, ist kein Merkmal des Schatzes. Ist die Ermittlung des Eigenthümers nicht möglich, so ist darum der Schatz den *res nullius* nicht gleich zu stellen, und dies ist auch der Grund, weshalb auch die Occupation auf denselben keine Anwendung findet.

In der Eigenthumslehre kann selbstverständenmaßen nur von einem solchen Schätze die Rede sein, dessen Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist. In der Besitzeslehre kommen dagegen beide Arten des Schatzes zur Sprache.

Ueber den Schatz der ersteren Art redet die L. 31. §. 1. de a. r. d.

Aus den Worten der L. 3. §. 3. de poss. — L. 14. pr. eod. — L. 44. eod. — L. 15. ad exhib.

geht hervor, daß der Besitz des Schatzes weder durch Ausgrabung, noch durch Niederreißung der Mauer, sondern erst durch Aushebung aus dem Orte, in dem er sich befindet, erworben

wird. Dies scheint der oben aufgestellten Regel zu widersprechen, indem die factische Herrschaft über den Schatz schon im Momente der Ausgrabung resp. Niederreißung der Mauer entsteht. Dies ist indessen nicht der Fall. Die genannte Entscheidung gründet sich nämlich darauf, daß der Schatz vor der Aushebung eine *res incerta* ist, *res incertae* aber nicht besessen werden können.

L. 26. de poss. — „*incerta autem pars nec tradi nec capi, potest, veluti si ita tibi tradam etc.*“

L. 3. §. 2. eod.: „*Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut quid Titius possidet tu quoque velis possidere.*“

2) Wann geschieht der Erwerb *animo*? — Die Antwort darauf ergiebt sich, wie auf die vorige Frage, von selbst.

Der Besitz wird erworben *animo*, wenn der Besitzer den Willen faßt, die Sache als sein Eigenthum zu beherrschen. Da nun der Erwerb *animo* einen bestimmten Willensentschluß voraussetzt und der Besitz *solo corpore* nicht erworben wird, so ergiebt sich, daß die juristisch Willensunfähigen den Besitz durch sich selbst nicht erwerben können.

Moralische Personen und Wahnsinnige erwerben daher den Besitz durch Andere.

L. 1. §. 15. Si is, qui testam. lib.: „— *possessionem hereditas non habet, quae est facti et animi.*“

L. 1. §. 3. de poss.: *Furiosus* — *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 etc.*“

Die Pupillen, welche nur theilweise juristisch willensunfähig sind, indem sie *melio rem conditionem sine tutoris auctoritate facere possunt*, *deteriorem vero non aliter quam tutore auctore*, erwerben dennoch den Besitz nach der L. 1. §. 3. de poss. durch sich selbst nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn sie die erforderliche Einsicht haben. Soll man annehmen, Paulus habe mit dieser seiner Meinung isolirt gestanden? Dazu berechtigt uns nichts, da diese Meinung eine Consequenz aus

der Natur des Besizes ist. Bei demselben kommt es nämlich nur darauf an, ob *corpus* und *animus* vorhanden sind. Der Umstand nun, ob *animus* vorhanden sei, muß, als ein rein factischer, mit Berücksichtigung der Individualität des Pupillen beantwortet werden. Die L. 32. §. 2. eod. steht dem gewiß nicht entgegen, da in ihr offenbar ein *intellectus* des Kindes vorausgesetzt wird. Uebrigens kommt es practisch auf eins heraus, ob man den Besitzerwerb von der Individualität des Kindes abhängig macht, oder von dem zurückgelegten siebenten Jahre, indem ein Kind, welches das Pupillenalter bereits erreicht hat, gewiß die nöthige Einsicht besitzt, wenn es nicht blödsinnig oder wahnsinnig ist. Es ist daher nicht zu billigen, wenn Savigny daraus im Systeme III. 50. die Schlußfolgerung zieht, daß der Erwerb des Besizes dem Pupillen mehr erschwert ist, „als der Erwerb der strengen Rechtsverhältnisse des alten Rechts.“ Noch die Bemerkung sei mir vergönnt, daß in dem älteren Rechte die Erwerbsfähigkeit der Kinder nicht von einem bestimmten Lebensjahre an datirte, sondern von der jedesmaligen Individualität desselben abhängig war. Da nun practisch das nämliche Resultat herauskommt, ob man die Fähigkeit, den Besitz zu erwerben, von der Individualität des Kindes abhängig macht, oder davon, ob dasselbe das siebente Jahr bereits zurückgelegt hat, und da die Römer stets auf das practische Moment ihr Augenmerk zu richten gewohnt sind, so scheint es mir wahrscheinlich, daß der gedachte Rechtsatz gar nicht entstanden wäre, wenn von Anfang an der Grundsatz gegolten hätte, daß die Erwerbsfähigkeit der Kinder mit dem zurückgelegten siebenten Jahre beginnt. So ist also der Satz des Paulus als ein Ueberbleibsel der älteren Rechtsanschauung aufzufassen, zu deren Beibehaltung Paulus und die anderen Juristen durch die Rücksicht bestimmt wurden, daß die ältere Rechtsregel, wenn sie sich auch von dem später entstandenen Rechtsfaze practisch nicht unterscheidet, doch der Wortfassung nach der Natur des Besizes mehr entspricht, als dieser.

Was den Besitzerwerb durch den *infans* anbelangt, so hängt hierbei Alles von der Interpretation zweier Fragmente

ab, nämlich der L. 32. §. 2. de poss. und der L. 3. C. eod. Die erstere lautet: „infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.,“

Die L. 3. C. de poss. lautet: „Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissidentes, tamen consultius videtur interim licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.“

Am Ende der ersten Stelle lieft Savigny statt der von uns angenoumenen Lesart: nam alioquin nullus consensus infantis est accipienti possessionem. Seine Meinung spricht er folgendermaßen aus: „Der tutor auctoritatem interponens wird offenbar dem tutor accipiens possessionem entgegengesetzt, und durch die Gültigkeit der zweiten Handlung soll die Gültigkeit der ersten bewiesen werden. Demnach ist der Sinn der ganzen Stelle dieser: Die Gültigkeit der auctoritas ist abweichend von der allgemeinen Regel (utilitatis causa) angenommen worden: denn wenn man sie verwerfen wollte, so würde das aus dem Grunde geschehen müssen, weil es nicht der Besitzer selbst ist, der den animus possidendi hat: das ist aber auch dann der Fall, wenn nicht das Kind auctore tutore, sondern der Vormund selbst im Namen des Kindes den Besitz erwirbt, da auch hier nicht das Kind den animus possidendi hat. Da nun in diesem Fall dennoch der Besitz als erworben angenommen wird, so war es consequent, auch in jenem Fall den Erwerb zu behaupten.“

Ich glaube mit Büchta (Ueber den Besitzerwerb eines Kindes. Rh. Museum Num. 3. pag. 33—64), daß sich dieser Interpretation der Umstand entgegenstellt, daß sie juristisch un-

richtig ist, indem der Besitzerwerb durch den Vormund eine Abweichung von dem Grundsatz enthält: *possessionem acquirimus corpore et animo, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*, während der Besitzerwerb des Kindes unter Zuziehung des Vormundes eine Abweichung von dem Satze ist, daß die *interpositio auctoritatis* nur in Betreff derjenigen Pfleglinge Platz greifen kann, welche das Kindheitsalter bereits zurückgelegt haben. Man kann also durchaus nicht so argumentiren: da gegen die Zulässigkeit des Besitzerwerbes durch das Kind unter Zuziehung des Vormundes nur der Einwand möglicherweise erhoben werden könnte, daß das Kind den *animus domini* nicht hat, so muß dieselbe bejaht werden, indem der obige Einwand hierbei außer Acht gelassen werden kann, da er schon bei einer anderen Gelegenheit, nämlich beim Erwerbe des Besitzes für das Kind durch den Vormund nicht beachtet wird, vielmehr der Besitzerwerb durch den Vormund statthaft ist, wenn auch das Kind den *animus dominii* nicht hat. Savigny fühlt selbst das Gewagte der Argumentation, welche er Paulus unterlegt, er bemerkt nämlich: „Aber ist auch durch des Kindes eigene Handlung Erwerb des Besitzes möglich, wenn die *auctoritas* des Vormundes hinzukommt? aus zwei Gründen scheint diese Frage verneint werden zu müssen: erstens, weil in allen anderen Fällen nur bei eigentlichen Pupillen, nicht bei Kindern, eine *auctoritas* des Vormunds von den Gesetzen anerkannt wird: zweitens, weil der Erwerb des Besitzes keine juristische Handlung ist, folglich auf den Willen des Besitzers gesehen werden muß, ohne daß dieser durch juristische Fiction supplirt werden kann. Da aber der Vormund selbst im Namen des Kindes Besitz erwerben kann, obgleich dabei noch weniger eine Einwilligung des Kindes stattfindet, so darf der zweite Grund consequenterweise auch nicht gegen die Gültigkeit der *auctoritas* angeführt werden: und da man die ganze Handlung auch so betrachten kann, als ob der Vormund selbst im Namen des Kindes den Besitz ergriffe, so fällt auch der erste Grund weg, welcher bloß aus der juristischen Natur der *auctoritas* hergenommen ist.“ Die Richtigkeit

der Behauptung, die *interpositio auctoritatis* sei im Grunde genommen so aufzufassen, als ob der Vormund selbst den Besitz für das Kind erwerbe, muß entschieden in Abrede gestellt werden. Der Erwerb unter Zuziehung des Vormundes kann unmöglich mit dem Erwerbe durch den Vormund identificirt werden. Ich unterschreibe vollkommen die Worte, welche Buchta dagegen angeführt hat: „Durch diese Ansicht würde der Besitzerwerb eines Kindes in der That auf einen einzigen Fall, den des Erwerbs durch den Vormund reducirt. Ich zweifelte indessen, ob dann der Satz, daß das Kind *tutore auctore* Besitz erwerben könne, ein stehender bei den Römischen Juristen hätte werden können, wie er es nach den vielen Stellen, worin er vorkommt, wirklich ist.“

Ferner läßt sich der Savignyschen Ansicht der Umstand entgegenstellen, daß, wenn Paulus wirklich den ihm von Savigny untergelegten Gedanken gehabt hätte, er gewiß den Ausdruck: *utilitatis enim causa hoc receptum est*, nicht gebraucht hätte, indem dann diese Ausdrucksweise unpassend wäre. Ist der Satz, daß Kinder unter Zuziehung des Vormunds den Besitz erwerben können, nur eine weitere logische Consequenz dessen, daß der Vormund für das Kind den Besitz erwirbt, so kann man nicht sagen, daß derselbe den Rücksichten der Billigkeit seine Entstehung verdanke, man muß vielmehr geradezu sagen, daß er sich logisch aus einem anderen, aus Billigkeitsrücksichten entstandenem Satze ergibt. Es ist also nicht eine doppelte Billigkeit anzunehmen, sondern nur eine einzige und die Worte: *utilitatis enim causa etc.*, weisen ja auf eine doppelte Billigkeit hin. Die letztere Behauptung kann leicht mißverstanden werden und daher zu einer Rüge Anlaß geben, aus diesem Grunde will ich sie näher erläutern. — Meine Meinung geht nicht dahin, daß in der citirten Lex von einer doppelten Billigkeit ausdrücklich die Rede sei. Dies konnte schon aus dem rein factischen Grunde nicht der Fall sein, weil in derselben von dem Erwerbe des Besitzes durch den Vormund auf Rechnung des Kindes gar nicht gesprochen wird. Meine Meinung ist nur die, daß aus den Worten: *utilitatis enim etc.*

sich ergibt, daß Paulus den Besitzerwerb des Kindes unter Zuziehung des Vormundes an sich als einen aus Billigkeitsrücksichten entstandenen Satz betrachtet, so daß er, wenn er in der citirten Stelle auch noch von dem Erwerbe durch den Vormund gesprochen hätte und auf dessen Grund eingegangen wäre, gewiß einer doppelten Billigkeit erwähnt hätte.

Dann ist hervorzuheben, daß, wenn Savigny's Interpretation die richtige wäre, in der L. 32. nicht: nam alioquin etc., sondern nam et alioquin stehen müßte. Einem Gelehrten, wie Savigny, konnte dies nicht entgehen, Savigny sieht diesen Einwand wirklich voraus, aber er behauptet, daß hier nam alioquin statt nam et alioquin stehe. Was bedeutet diese Bemerkung? Sie kann nicht bedeuten, daß gewöhnlich, wo der Sinn ein nam et alioquin erheischt, der Kürze wegen nam alioquin gesetzt werde. Sie kann also nur das bedeuten, daß Paulus sich nicht präcise ausgedrückt hat. Daß die Römischen Juristen manchmal sich des Mangels an Präcision schuldig machen, weiß jeder, der sich mit dem Quellenstudium beschäftigt hat, ja die citirte Stelle selbst ist ein Beweis dafür, indem sonst keine Controverse über deren Sinn entstanden wäre, welche die Juristen von der Zeit der Glossatoren an bis auf den heutigen Tag beschäftigt. Aber der Einwand, Paulus habe statt nam et alioquin, nam alioquin gesetzt, ist kein Vorwurf des Mangels an Präcision des Ausdrucks, sondern er ist ein weit größerer Vorwurf, nämlich der Vorwurf der Omission eines Worts, also ein Vorwurf des Mangels an der gewöhnlichen Aufmerksamkeit.

Darauf daß Savigny genöthigt ist, auf Autorität einer einzigen Handschrift, nämlich der Münchener, und gegen das Zeugniß aller übrigen Ausgaben eine Lesart anzunehmen, die mit seiner Ansicht in Einklang gebracht werden könne, will ich kein großes Gewicht legen, da hierbei auch unter den übrigen Ausgaben keine Einhelligkeit herrscht. So liest z. B. die Löwener Handschrift *acquirendi*, einige Ausgaben hingegen lesen wieder *accipientis*. Cf. darüber Savigny.

Was ist nun der Sinn der Stelle? Paulus spricht den

Gedanken aus: Das Kind erwirbt den Besitz unter Zuziehung des Vormundes auf eine gültige Weise (*recte*^{*)}). Der Annahme der Richtigkeit dieses Satzes stehe nichts entgegen, denn hat auch das Kind nicht die nöthige Einsicht (*judicium*), um den *animus dominii* mit aller erforderlichen Klarheit zu fassen, so wird ja das Mangelhafte seiner Einsicht durch das Dazwischentreten der *auctoritas* des Vormundes ergänzt. Dieser Satz gehöre dem Billigkeitsrechte an, da ja sonst, nämlich nach dem anderen Rechtssysteme (*nam alioquin*) das Kind die zum Besitzserwerbe unter Zuziehung des Vormundes erforderliche Einsicht nicht hat, indem — dies kann hinzugedacht werden — nach dem *tenor juris*, nach den allgemeinen Rechtsregeln die Zuziehung eines Vormundes nur in Betreff solcher Pfleglinge statthaft sei, welche das Kindheitsalter bereits zurückgelegt haben.

Ich supplire somit hinter den Worten: *accipiendi possessionem* die Worte: *tutore auctore*, was nicht allein durch das Vorhergegangene, sondern auch durch die nachfolgenden Worte: *pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest*, gerechtfertigt wird.

Was die Interpretation des Wortes *alioquin* betrifft, so unterscheide ich mich von Savigny, der es mit: sonst, also in einem anderen Falle, nämlich im Falle, daß der Vormund selbst den Besitz für das Kind erwirbt, übersetzt, nicht so wesentlich, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte. Ich unterscheide mich nämlich von Savigny nicht in Betreff der

*) *Recte* drückt nicht die rechtliche Gültigkeit aus, indem von dieser nur dann die Rede sein kann, wenn es sich um den Erwerb eines Verhältnisses handelt, das ohne einen Rechtstitel nicht erworben werden kann, der Besitz aber zu der Kategorie der genannten Verhältnisse nicht gehört. Es bedeutet also nur dies: daß der Besitz, wenn er durch das Kind unter Auctorität des Vormundes erworben wird, in dem Sinne richtig erworben werde, daß man ihn als ein juridisches Verhältniß, als einen juristischen Begriff ansehen kann, derselbe also nicht Detention, sondern ein wirklicher Besitz ist. Ich gehe nämlich hierbei davon aus, daß die Detention, sofern sie ein selbstständiges Verhältniß für sich ist, außerhalb der Rechtssphäre liegt. Conf. den Anfang dieser Schrift.

Bedeutung des Wortes *alioquin*, sondern darin, daß ich das „sonst“ wo anders suche, als Savigny. Noch sei bemerkt, daß den Interpreten, welche das *alioquin* mit: sonst, also ohne die *auctoritas* des Vormundes, übersetzen, mit allem Rechte der Vorwurf gemacht werden kann, den ihnen Savigny gemacht hat, nämlich, daß sie dem Paulus einen sinnlosen Gedanken unterlegen, indem ja das Kind auch dann keinen *sensus*, keinen *plenus animi affectus* — offenbar ist hier *sensus* identisch mit *plenus animi affectus* — besitzt, wenn der Vormund die Auctorität interponirt hat. Ueberdies würde, wenn das Wort *alioquin* „sonst, also ohne die *auctoritas tutoris*“ bedeuten würde, der ganze Satz sehr trivial klingen. Paulus konnte sich unmöglich so ausdrücken: das Kind erwirbt, wenn der Vormund seine *auctoritas* interponirt, da das Mangelhafte seiner Einsicht durch die vormundliche *auctoritas*, welche den Mangel seines Willens ergänzt, gehoben wird (nam *judicium infantis suppletur auctoritate tutoris*); denn sonst, d. h. wenn der tutor die *auctoritas* nicht interponirt, wenn also das Mangelhafte an der Einsicht des Kindes nicht gehoben wird, hat das Kind nicht die zum Besitzeserwerbe nöthige Einsicht. Wie ungeschickt wäre diese Wiederholung! Und wie ließe sich mit dieser Ansicht der Umstand vereinigen, daß der Satz: nam *alioquin* etc. nicht unmittelbar nach dem Satz: nam *judicium infantis* etc. folgt, sondern daß zwischen diesen beiden Sätzen noch der Satz: *Utilitatis causa enim hoc receptum est* steht. Aus dieser Satzfolge ergibt sich doch klar, daß die Worte: *alioquin* etc. den ihnen untergelegten Sinn nicht haben können. Sie setzen den Erwerb durch den Vormund dem Erwerbe durch das Kind unter Zuziehung des Vormundes nicht entgegen, sondern sie geben den Grund an, warum angenommen werden muß, daß der Satz: das Kind erwerbe den Besitz unter Zuziehung des Vormundes, als dem Billigkeitsrechte angehörig angesehen werden muß.

Aus der Art und Weise, wie wir die L. 32. auffassen, ergibt sich die weitere Consequenz von selbst, daß wir den Besitzeserwerb des Kindes unter Zuziehung des Vormundes nur

unter der einzigen Bedingung für möglich halten müssen, wenn das Kind einen Willen zu fassen im Stande ist, dasselbe somit den animus, wenn auch nicht den plenus animi affectus hat. Daraus, daß in der Stelle kein solcher Hinweis ausgesprochen ist, kann kein Einwand gegen die als richtig angenommene Behauptung abgeleitet werden. Die Sachen stehen nämlich so: daß wenn auch ein Römischer Jurist sich dahin wirklich ausgesprochen hätte, daß auch ganz willenlose Kinder, z. B. Wackelkinder, den Besitz unter Auctorität des Vormundes erwerben können, wir seine Meinung als eine inconsequente verwerfen müßten, indem die interpositio auctoritatis, da sie die Ergänzung eines mangelhaften Willens bezweckt, einen bestimmten psychischen Willen des Pupillen nothwendig voraussetzt.

Nun wenden wir uns der Interpretation der L. 3. C. de acquirenda possessione zu. Wie Savigny und Buchta richtig bemerken, lassen sich die Interpreten derselben in drei Categorien eintheilen. Die Einen suppliren die auctoritas tutoris hinzu und nehmen den Besitzerwerb durch das Kind nur unter der Bedingung an, wenn der Vormund zu dem Erwerbsacte zugezogen wird. Andere stellen die Behauptung auf, Kaiser Decius habe den Besitzerwerb des Kindes unter gewissen Voraussetzungen,^{*)} die auf sehr verschiedene Weise angegeben werden, auch ohne Auctorität des Vormundes anerkannt. Noch Andere erklären sich aus Mißverständniß des Wortes interim für eine Mittelmeinung, indem sie die Behauptung aufstellen, das Kind erwerbe zwar den Besitz ohne Auctorität des Vormundes, aber nur einstweilen, d. h. bis das Fehlende durch die Auctorität des Vormundes ergänzt wird.

Die Mittelmeinung ist unter allen offenbar die schlechteste, indem das Wesen der auctoritas gerade darin besteht, daß sie

^{*)} Eine Meinung geht dahin, daß das Kind den Besitz nur an Spielsachen erwirbt, indem dieselben die Kinder am meisten interessiren und in Betreff ihrer also noch am ehesten ein animus des Kindes angenommen werden kann. Andere beschränken den Besitzerwerb nur auf ein Schenkungsgeschäft, noch Andere nehmen den Besitzerwerb im Falle der Tradition immer an.

nicht nachträglich, wie die Ratihabition, sondern im Momente des abgeschlossenen Geschäfts wirkt. L. 9. §. 5. de auctor. tut: Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri: post tempus vero, aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit. Man kann dieselbe nicht passender abfertigen, als es Buchta thut. Er meint: sie „hat das nicht seltene Schicksal der Mittelmeinungen, die schlechteste von allen zu sein. Denn ihr zu Folge würde etwas an sich unstatthafes, der Besitzerwerb eines Kindes, in Erwartung von einem andern unstatthafsten, einer nachgebrachten Auctoritas gültig sein.“

Unter den Juristen, welche den Besitzerwerb des Kindes ohne Auctorität des Vormundes für möglich halten, verdient Buchta die größte Beachtung. Aus diesem Grunde werde ich gerade seine Ansicht einer näheren Prüfung unterwerfen. Buchta argumentirt so: „das Kind erwirbt durch den Vormund Besitz, und zwar zunächst so, daß der Vormund als Repräsentant für dasselbe erwirbt. Da man nun nicht animo alieno Besitz erwerben kann, sondern animo utique nostro, und corpore alieno, das Kind aber des animus possidendi unfähig ist, so ist dies eine Abweichung von der Regel, die auch so ausgedrückt werden kann: das Kind erwirbt corpore den Besitz, statt daß man ihn sonst animo et corpore simul erwerben muß. Aber es ist noch ein zweiter Fall, wo der Vormund dem Kind den Besitzerwerb verschafft, nämlich dadurch, daß zur Apprehension von Seiten des Kindes seine auctoritas hinzukommt. Diese hat hier nicht ihre eigentliche Bedeutung, sie ist hier nicht eine juristische Form, der durch rechtliche Bestimmung die Wirkung beigelegt wäre, den Mangel des Willens zu heben, mit einem Wort: sie wird nicht als förmliche, sondern nur als wirkliche, natürliche Ergänzung des natürlichen Willens betrachtet. Freilich aber kann sie nicht bewirken, daß das Kind nun mittelst der auctoritas den animus possidendi wie ein Erwachsener hat, deshalb müssen wir auch hier sagen: das Kind erwirbt ohne den eigentlich erforderlichen animus, also da nur das corpus ganz so existirt, wie der Besitzerwerb es voraussetzt, es erwirbt corpore den Besitz. Wir drücken also diese

beiden Fälle so aus: das Kind kann corpore Besitz erwerben (im ersten Falle alieno, im zweiten suo). Wollen wir bei der Regel stehen bleiben, so kann auch in diesen Fällen kein Besitz erworben werden. Was soll uns denn aber dann vermögen, diese Abweichung schlechterdings nur in jenen zwei Fällen anzunehmen, und nicht vielmehr auch in anderen die Möglichkeit eines Erwerbs anzuerkennen.“ Einen solchen dritten Fall enthält nun, meint Buchta, das Rescript des Decius, in welchem von einem Schenker die Rede ist, der dem Kinde die Sache zum Besitze tradirt mit der Anweisung — dies denkt nämlich Buchta hinzu, — dieselbe zu behalten und wohl aufzubewahren. Der tradirende Schenker wirke nämlich durch die genannte Anweisung auf die Direction des Willens des Kindes in ganz der nämlichen Weise ein, wie der Vormund, und erwecke in ihm den auf das Haben und Erhalten der Sache gerichteten Sinn, wie es nur der Vormund je zu thun vermag. In welchem Umfange der Besitzerwerb ohne Auctorität des Vormundes statthaft ist, äußert sich Buchta nicht genauer. Er macht nur die kurze Bemerkung in einer Parenthese, daß der im Rescripte des Decius behandelte Fall nicht der einzige mögliche sei.^{*)} Aus dem Gesichtspunkte, von dem Buchta ausgeht, läßt sich aber folgern, daß er den Besitzerwerb des Kindes nur in den Fällen für zulässig hält, in denen eine Tradition des Besitzes stattfindet.

Gegen die Argumentation Buchta's ist Folgendes einzuwenden. Völlig ungerechtfertigt scheint mir vor Allem die Behauptung zu sein, das Kind erwerbe den Besitz im Falle, wenn die auctoritas des Vormundes interponirt wird, corpore suo und animo des Vormundes. Es ist vielmehr hierbei daran festzuhalten, daß auch im Falle, wenn der Besitz unter Zuziehung des Vormundes erworben wird, keine Abweichung von dem Grundsatz: *possessionem acquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*, vor sich geht. Buchta

^{*)} Wörtlich drückt sich Buchta so aus: „zumal als Schenker, wenn dies auch nicht der einzige denkbare Fall ist.“

sucht seine eben angegebene Meinung durch die Behauptung zu begründen, daß die auctoritas im Falle des Besitzerwerbes durch das Kind ihre eigentliche Bedeutung nicht habe, daß sie „nicht eine juristische Form sei, der durch rechtliche Bestimmung die Wirkung beigelegt wäre, den Mangel des Willens zu heben, m. a. W.: daß sie nicht als förmliche, sondern als natürliche Ergänzung des natürlichen Willens zu betrachten sei.“ *) Die Annahme, die auctoritas habe in Betreff der infantes eine andere Bedeutung, als in Betreff der pupilli, scheint mir durch nichts gerechtfertigt. Offenbar ergänzt die auctoritas die Einsicht des Pfüglings, mag derselbe ein infans oder ein pupillus sein. Buchta konnte dies auch nicht leugnen, aber um doch einen Unterschied zwischen der auctoritas in Betreff des infans und der auctoritas in Betreff des pupillus zu finden, stellt er die Behauptung auf: bei dem pupillus ergänze die auctoritas dessen Einsicht juristisch, bei dem infans dagegen nur natürlich. Von der Richtigkeit dieser Behauptung kann ich mich durchaus nicht überzeugen. Da nämlich die interpositio auctoritatis eine juristische Handlung ist, so folgt von selbst, daß sie keine andere als juristische Wirkungen hervorbringen kann. Wenn sie den Willen des Pfüglings ergänzt, so ergänzt sie ihn nur juristisch. Wenn Buchta an die Möglichkeit der Ergänzung des natürlichen Willens denkt, so muthet er der auctoritas zu viel zu.

Mit dem Argumente: „was soll uns denn aber dann vermögen, diese Abweichung (nämlich von dem Sage: possessio-

*) Am anderen Orte derselben Abhandlung brüdt sich Buchta folgendermaßen aus: „Daß die Bedeutung der auctoritas hier nicht ihre eigentliche sein, d. h. daß sie hier nicht als auctoritas schlechthin wirken kann, ist keinem Zweifel unterworfen, denn sie hebt nur eine juristische Handlungsunfähigkeit, die natürliche setzt sie vielmehr voraus, weshalb sie bei einem Wahnsinnigen undenkbar ist. Das Kind ist aber natürlich unfähig zur Handlung des Besitzerwerbes.“ Ich denke, daß nur Wackelkinder den Wahnsinnigen gleichgestellt werden können, Kinder aber von z. B. sechs Jahren nicht. Solche Kinder sind nur juristisch willensunfähig, psychisch aber haben sie gewiß einen Willen.

nem acquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno) schlechterdings nur in jenen zwei Fällen anzunehmen —? die Regel gewiß nicht, diese ist auch dort kein Hinderniß geworden," kann ich mich durchaus nicht befreunden, da es offenbar desto besser ist, je weniger Abweichungen von der Regel vorhanden sind, zumal wenn die Regel, wie die vorliegende, in der Natur des Verhältnisses selbst begründet und somit dessen innerste Consequenz ist.

Gegen Buchta lassen sich aber auch noch folgende Gründe anführen. Im Falle, den Buchta vor Augen hat, kann der Tradent den Willen des Kindes in der nämlichen Art nicht ergänzen, wie es der Vormund thut, da der Tradent keine auctoritas dem Kinde gegenüber geltend zu machen befugt ist, und nur die auctoritas das Recht giebt, einen fremden Willen zu ergänzen. Die Ergänzung eines fremden Willens hängt nicht von dem Entschlusse einer Privatperson ab, sie ist vielmehr eine Befugniß, welche nur mit einem munus verliehen wird. Aber dann giebt es noch einen Grund, aus welchem die Annahme, der Tradent ergänze den Willen des Kindes, unzulässig ist. Bei der Tradition ist ein doppelter Wille zu unterscheiden, nämlich der Wille dessen, der die Sache tradirt, und der Wille dessen, der sie empfängt. Beide Willen sind auf ganz verschiedene Thätigkeiten gerichtet; der Wille des Einen auf die Uebergabe, der Wille des Andern auf die Empfangnahme. Da dem so ist, so ist es klar, daß der Wille dessen, der die Sache übergiebt, den Willen dessen, der sie empfängt, nicht ergänzen kann. Wäre dies möglich, so würde auch der Vormund die Sache seinem Pfleglinge schenkungsweise tradiren können, was gewiß nicht behauptet werden kann.

So erweist sich also nur die Meinung als richtig, daß in der citirten Verg eines solchen Falles Erwähnung gethan wird, in welchem der Vormund seine Auctorität beim Besitzerwerbe des Kindes interponirt hat. Der Umstand kann durchaus nicht gegen sie angeführt werden, daß die auctoritas nicht erwähnt werde, indem wir dies als eine ausgemachte Sache betrachten, daß der Besitzerwerb des Kindes ohne die Auctorität des Vor-

mundes eine juristische Ungehörigkeit wäre. Ueberdies wird auch auf ein Responsum Papinian's hingewiesen, das wir freilich nicht besitzen, das aber gewiß geeignet war, jeden Zweifel über die eigentliche Meinung des Kaisers zu heben.

In Betreff des Satzes: *infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur*, ist zu bemerken, daß aus den Worten: *corpore quaeritur*, die Schlußfolgerung durchaus nicht gezogen werden darf, daß das Kind nach der Ansicht des kaiserlichen Rescripts den Besitz *corpore suo*, *nomine alieno* erwirbt, indem diese Worte hier keine streng juristische, sondern eine vulgäre Bedeutung haben. In der That erscheint es dem natürlichen Verstande, als ob der Besitzerwerb im Falle, wenn der Vormund seine Auctorität interponirt, auf Seiten des Kindes *corpore* und auf Seiten des Vormundes *animo* eintrete, indem das Kind die Sache in Besitz ergreift, und der Vormund unter der Form der Auctorität seine Einwilligung dazu giebt. Aber ein Jurist muß dies anders auffassen; er darf sich durch den Schein nicht täuschen lassen, muß vielmehr daran festhalten; daß die *auctoritas* eine Ergänzung des Willens des Kindes und keine gewöhnliche Einwilligung ist, so daß juristisch genommen, nicht der Vormund, sondern das Kind den Besitz *animo* erwirbt.

Das Wort *interim* hat hier ganz die nämliche Bedeutung wie in L. 48. pr. de acq. rer. dom.; es darf also mit Savigny nicht übersetzt werden mit: „bis das Kind die Pubertät erreicht hatte,“ indem es nicht auf eine Zwischenzeit, auf einen intermiftischen Zeitraum, sondern auf ein einzelnes Zeitmoment hinweist. Cf. darüber Buchta. Das gedachte Wort ist also mit Buchta zu übersetzen mit: „schon jetzt.“

Schließlich ist zu bemerken, daß auf die Worte: *Donatarum rerum, a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur*, kein solches Gewicht gelegt werden kann, wie es Buchta thut, der dem Donellus und Savigny es zum Vorwurfe macht, daß sie über dieselben mit Stillschweigen hinweggeglitten seien, statt sie genauer zu berücksichtigen. Buchta knüpft nämlich daran, daß in denselben von

einem Tradenten die Rede ist, die Behauptung, daß hier ein Satz ausgesprochen werden soll, „für welchen die Existenz eines Tradenten von Bedeutung ist, und dieser Satz kann daher nicht ein solcher sein, bei dem die Tradition ganz gleichgültig wäre, er kann also nicht der sein, daß der Besitz tutor auctore erworben ist.“ Der Umstand, daß in der L. 3. von einem Tradenten die Rede ist, erklärt sich ganz einfach daraus, daß kaiserliche Rescripte immer mit Rücksicht auf einen einzelnen Fall erlassen wurden, und daß die kaiserliche Entscheidung nie in einer abstracten Form, also als ein theoretischer Satz von den Juristen mitgetheilt wird. Freilich schließt diese Form der Mittheilung die Ausscheidung aller unwesentlichen Momente, wenn sie störend wirken, nicht aus. Aber alles dieses hat auf unseren Fall gar keine Anwendung, indem die Hervorhebung des Umstandes, der Kaiser habe über den Fall entschieden, wenn Jemand dem Kinde eine Sache gültig geschenkt und sie ihm tradirt hat, gar nicht störend wirkt, vielmehr der genannte concrete Fall in seiner Realität bei Verschweigung des gedachten Umstandes gar nicht mitgetheilt werden könnte.

Erwerb des Besitzes, wenn der Erwerbende die Sache bereits detinirt.

Der Detentor bedarf zum Besitzerwerbe, da er die Sache bereits in seiner physischen Gewalt hat, nur des animus domini.

L. 3. §. 3. de poss.: Neratius et Proculus solo animo non posse nos acquirere possessionem si non antecedit naturalis possessio.

Dies ist aber keine Ausnahme von der Regel: possessio acquiritur corpore et animo, (L. 3. §. 1. de poss.), indem ja in dem vorliegenden Falle das corpus mit dem animus ebenfalls coindicirt. Dieser Fall findet in einer dreifachen Art statt:

- 1) wenn die possessio auf einen Detentor übertragen wird; in diesem Falle findet eine brevi manu traditio statt.*)

*) Da die Tradition die Hervorbringung der factischen Herrschaft über die Sache bezweckt, der Detentor aber resp. der Besitzer dieselbe

(Ihr Gegensatz heißt: *constitutum possessorium*. Die Quellen gebrauchen diesen Ausdruck nicht.)

- 2) wenn der Detentor den Besitz gegen den Willen des Besitzers eigenmächtig erwirbt. Auf diesen Fall werden wir unten noch einmal zurückkommen.
- 3) wenn Jemand den Besitz unter einer aufschiebenden Bedingung überträgt. Bis zur Erfüllung der Bedingung bleibt der Erwerbende ein bloßer Detentor, im Momente der Erfüllung wird er zum Besitzer. In diesem Falle findet nicht die *brevi manu traditio*, sondern die gewöhnliche *traditio* statt, indem der Erwerb des Besitzes, resp. des Eigenthums auf dieselbe zurückgeführt wird, und sie so nachträglich wirkt.

Erwerb des Besitzes an einzelnen Theilen.

Dieser ist, wenn man die Theile in einem streng juristischen Sinne nimmt, und sie somit als integrirende Bestandtheile des Ganzen betrachtet, nicht möglich, indem der Grundsatz gilt, daß Theile in dem Ganzen und mit dem Ganzen besessen werden. Der gedachte Grundsatz ist in der Natur der Sache selbst begründet, da an Theilen ein aparter Besitz schon *de facto* unmöglich ist, indem dieselben als ein selbstständiges Object gar nicht existiren. Es versteht sich von selbst, daß es hiebei ganz einerlei ist, ob eine Sache schon äußerlich als ein integrierender Bestandtheil eines andern Ganzen erscheint, oder ob ihr die genannte Eigenschaft juristisch zukommt. Ein Gebäude kann ebensowenig getrennt von Grund und Boden besessen werden, wie ein Rad getrennt vom Wagen.

bereits hat, so ist die *brevi manu traditio* streng genommen ein überflüssiger Begriff. In diesem Sinne heißt es auch ausdrücklich in der L. 9. §. 5. de a. r. d.: „Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam etc.“ In anderen Fragmenten aber wird derselben Erwähnung gethan, so daß nicht geleugnet werden kann, daß sich deren Spuren in den Quellen finden. Conf. j. B. L. 62. pr. de evict. Jedenfalls ist dieselbe ein analogischer Begriff, ihr Urthypus ist die gewöhnliche Tradition.