

Auhlnnat88

374324,

„usus auctoritas“

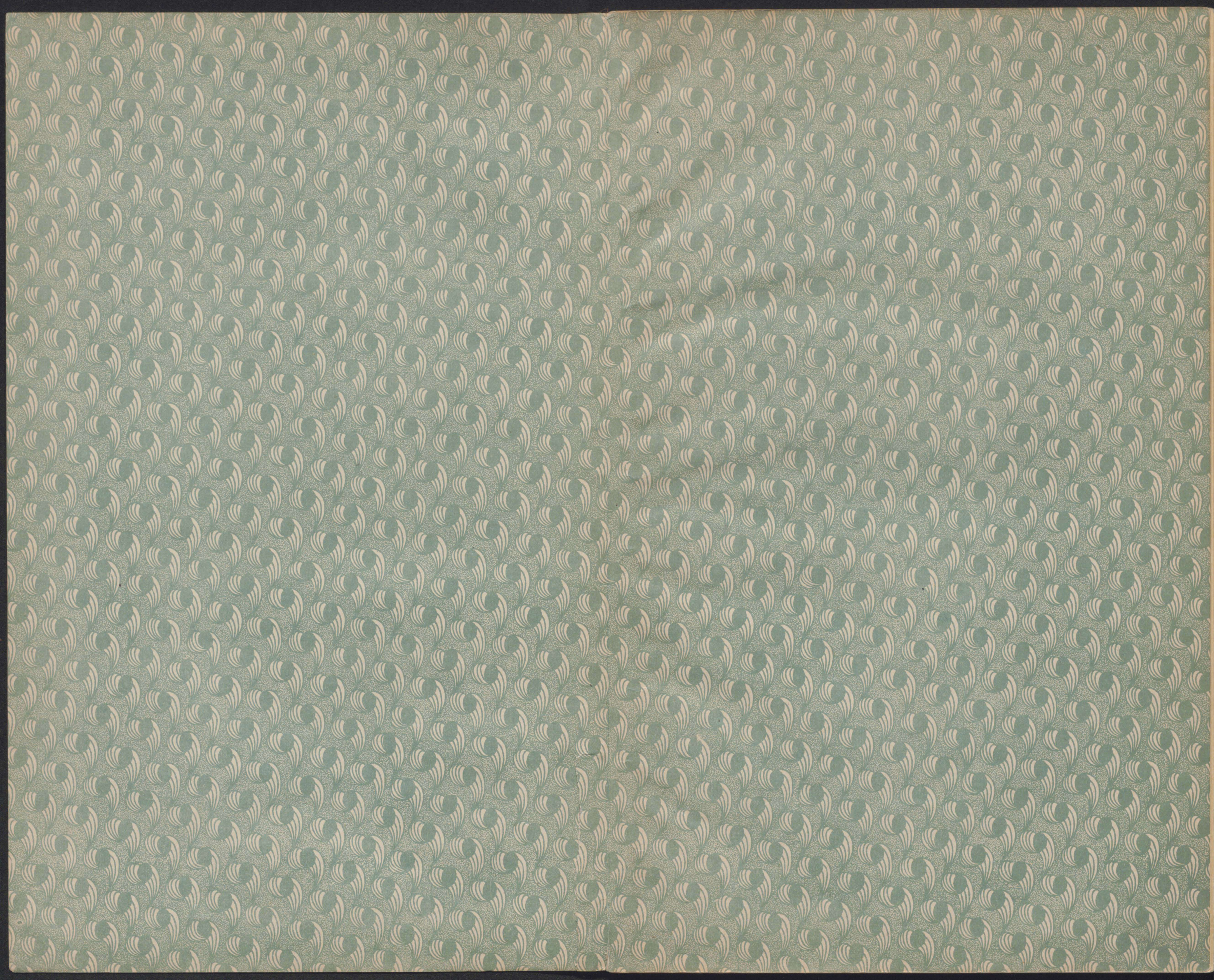
DISSEMINAT  
27. okt. 2  
N 590

JUSTUS TITULUS und BONA FIDES

als Erfordernisse der Ersitzung.

Koch, gest.







Auhinnatöö

374324

1. det. 1922a. corneum auctin-  
na näärliiviks sammikatalud?  
Autor: And. juv. Georg Koch

J U S T U S T I T U L U S und B O N A F I D E S

als Erfordernisse der Ersitzung.

~~2366~~





# Benutzte Quellen und Literatur.

- Corpus iuris civilis (ed. Mommsen, Krüger, Schoell).
- Corpus iuris canonici.
- Gaius, Institutiones.
- Arndts, Pandecten 1865.
- Windscheid, Pandecten 1887.
- Dernburg, System des römischen Rechts 1911.
- Grawein, Gesetzliche Befristung und Verjährung 1880.
- Schwalbach, Gesetzliche Befristung und Verjährung 1882. (Jahrb.f. Dogmatik, Bd.20).
- Schirmer, Grundidee der Usucapion 1855.
- Fitting, Das Wesen des Titels bei der Ersitzung 1868, 1869. (Arch.f. civ.Praxis, Bd.51,52).
- David, Zur Lehre vom sog. Ersitzungstitel nach römischem Rechte 1869.
- Fitting, Ist in jedem Veräußerungsverbot von selbst auch ein Ersitzungsverbot enthalten? 1864. (Arch.f.civ.Praxis, Bd.47).
- Bechmann, Zur Lehre von der usucapio pro emptore 1891. (Arch.f.civ. Praxis, Bd.75).
- Hofmockl, Ersitzungstitel des römischen Rechts 1905.
- Donellus, Commentarii de iure civili lib. V.
- Hesse, Über die bona fides bei der Ersitzung 1875. (Arch.f.civ.Praxis, Bd.58).
- Wächter, Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums 1871.
- Hesse, Eine Revision der Lehre vom Irrtum 1877. (Jahrb.f.Dogmatik, Bd.15).
- Adler, Die Wirkungen des Rechtsirrtums nebst einem Exkurs über den Ersitzungstitel. 1894. (Jahrb.f.Dogmatik, Bd.33).
- Bruns, Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. 1872.
- Pernice, Marcus Antistius Labeo, Bd.II. 1878.
- Ihering, Der Besitzwille. 1889.
- Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus. 1852.

Einer der grössten Faktoren im menschlichen Dasein, wie in seinem engeren Zweige, dem Rechtsleben, ist die Zeit. ... vetustas: quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa, sagt Paulus in D.39,3,2 pr. und begründet damit die Bedeutung der Zeit für das Rechtsleben. Zustände, die längere Zeit unangefochten bestanden haben, sollen aus Zweckmässigkeitsgründen unter gewissen Bedingungen auch weiter bestehen. Wollte man sie nach ihrer Einbürgerung willkürlich ändern, weil sie bei ihrer Entstehung nicht allen Rechtsformen entsprachen, so würden sich daraus bedenkliche Schädigungen der Sicherheit im rechtlichen Verkehr ergeben.

Die Zeit kann auf Rechtsverhältnisse in mannigfaltiger Weise von Einfluss sein. Zunächst unterscheidet man befristete Rechtsverhältnisse, die nach Ablauf der bei ihrer Entstehung festgesetzten Dauer von selbst erlöschen, und unbefristete, deren Dauer nicht von Anfang an bestimmt ist. Letztere können ebenfalls mit der Zeit ein Ende finden, doch erlöschen sie nicht von selbst, sondern werden durch von aussen an sie herantretende rechtsvernichtende Tatsachen aufgehoben. Diese Erscheinung tritt u.a. bei der Verjährung ein, die durch dauernde Nichtausübung von Rechten bedingt wird. Durch einen gewissen Zeitraum hindurch unangefochten bestehenden Zustand können Rechte nicht nur verloren, sondern auch erworben werden. Die neuentstandenen Rechte verdrängen dann ältere, deren Fortbestand mit der Existenz des neuen unvereinbar ist. Eine derartige Entstehung neuer Rechte ist die Ersitzung. Der Ersitzung sind keineswegs alle Rechte zugänglich, nur Eigentum und Dienstbarkeiten können auf Grund der praescriptio acquisitiva erworben werden. *Empf. Prop.*

Vor dem Übergang auf das eigentliche Thema sei in folgendem ein kurzer Überblick über die Entwicklung der Ersitzung gegeben. Bereits in den 12 Tafeln finden sich Bestimmungen über die Ersitzung, die von einem zweijährigen Besitze des "fundum" und von einem einjährigen Besitze "ceterarum rerum" abhängig gemacht wurde. Mit der fortschreitenden Zunahme Roms an Bodenfläche wurde die Ersitzung durch neue Bedingungen erschwert, um sie nicht zum Schaden der Sittlichkeit überhandnehmen zu lassen. In der Folge genügte daher langdauernder Besitz allein nicht mehr, man verlangte vielmehr Redlichkeit des Ersitzenden - die bona fides - und Rechtfertigung des Besitzes - den titulus.



Die Ersitzung war als rein zivilrechtliches Institut nur Römern zugänglich, zudem konnten ausschliesslich Sachen erworben werden, an denen quiritarisches Eigentum möglich war. Es blieben daher von der Ersitzung zunächst ausgeschlossen als Subjekte Peregrinen, als Objekte in der Hauptsache Provinzialgrundstücke, Um jenen die Möglichkeit zu geben Eigentum an Mobilien zu erwerben, wurde ein zweites Ersitzungsinstitut, die longi temporis praescriptio, eingeführt; auf diese Art konnten nun auch Provinzialgrundstücke erworben werden. Die Angaben darüber finden sich bei Modestin in D. 44, 3, 3: "Longae possessionis praescriptionem tam in praediis, quam in mancipiis locum habere manifestum est, und bei Marcian in D. 44, 3, 9: ... cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit praescriptioni diutinae possessionis. Die longi temporis praescriptio verlangte ununterbrochenen Besitz von 10 Jahren inter praesentes und von 20 Jahren inter absentes. Der Grund zu der späteren sog. ordentlichen Ersitzung ist von Justinian im Jahre 531 n. Ch. durch die lex "de usucapione transformanda" (C. 7, 31, 1. un) gelegt worden. Er verschmolz die beiden so ungleichen Institute der usucapio und der longi temporis praescriptio, unter Aufhebung aller Unterschiede zwischen beiden. Das Verhältnis der beiden in der (ordentlichen) Ersitzung aufgegangenen Rechtsinstitute zu einander hat ungezählte Kontroversen, angefangen mit der Glosse, nach sich gezogen; auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.

Über den der Ersitzung zugrunde liegenden Gedanken ist viel gestritten worden: die einen sehen das Hauptfordernis der Ersitzung im Besitz, andere in dem guten Glauben, wieder andere in dem gerechten Titel; schliesslich wird auch die Zeit als rechtsbildendes Element betont. Usucapio est dominii adeptio per continuitatem possessionis anni vel biennii, lautet die Definition des Ulpian. Hier wird der "bona fides" und des "titulus" keinerlei Erwähnung getan. Auch die Zeit ist kein rechtsbildendes Element.

Zeitablauf ist kein Ereignis und kann infolgedessen auch nicht Ursache von Wirkungen sein, ebenso wenig wie Raumteile Dinge sind.

Dinge sind im Raum, Ereignisse geschehen in der Zeit, Zustände bestehen eine Zeit hindurch. Niemals ist jedoch die Zeit ein Bestandteil juristischer Tatsachen, ebensowenig wie Ort, Lage, Grösse u. s. w. Bestand:

*Das mag die Auffassung der Philosophen sein; es fragt sich hier, ob auch die röm. Juristen so dachten*  
teile" der Dinge sind. Die Zeit ist nicht Ursache, sondern Mass der Tatsachen. Demnach wäre der Besitz als Hauptfordernis der Ersitzung anzusehen.

In den ältesten uns erhaltenen Rechtsquellen über die Usucapion, den 12 Tafeln, findet sich die Vorschrift: Usus auctoritas fundi biennium ceterarum rerum annus esto. Hier wird die Ersitzung als reine Function des usus d. h. possessio dargestellt, natürlich des Besitzes, der eine bestimmte Zeit bestand.

Aus den Quellen geht somit deutlich hervor, dass der Besitz das Hauptfordernis der Ersitzung ist. Er muss bedingungslos stattgefunden haben, wenn eine Ersitzung überhaupt zustande kommen soll.

Diese notwendige Bedingung der Ersitzung ist aber nach den Bestimmungen der späteren Zeit nicht ausreichend. Als weitere Erfordernisse der Ersitzung treten der titulus und die bona fides hinzu, an

die jedoch naturgemäss nicht derselbe absolute Massstab gelegt werden kann, wie an den Besitz. Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es nun sein, auf Grund der überlieferten Quellen festzustellen, wie weit sich die Forderungen in Betreff des titulus und der bona fides als Erfordernisse der Ersitzung erstreckt haben.

Die früher fast allgemein angenommene Definition des Titels als "ein, zur Verschaffung des Eigentums an sich, d. h. abgesehen von einem im besonderen Falle entgegenstehenden Hindernisse, geeigneter Erwerbsgrund", fand in Stintzing und Schirmer heftige Gegner, und mit Recht, denn auch eine oberflächliche Betrachtung zeigt, wie wenig diese Definition eigentlich besagt. Welche Hindernisse z. B. sind es, die ausser Acht gelassen werden können, so dass trotzdem ein justus titulus nachbleibt? Die neuere Definition, die Schirmer und Stintzing ziemlich übereinstimmend aufstellten, lautet: der justus titulus ist "derjenige äussere Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmässig erworben erscheinen lässt."

In einem Punkte gehen jedoch diese beiden Juristen auseinander, nämlich in der Frage, ob neben dem justus titulus auch der titulus putativus zur Ersitzung genügt. Hierbei ist unter Putativtitel die auf einem Irrtum beruhende Annahme einer gültigen Erwerbstatsache verstanden. In dieser Frage standen sich bereits in Rom zwei entgegengesetzte Richtungen gegenüber. Die strengere, und von Celsus vertretene wollte die Usucapion auf Grund eines Putativtitels nicht zulassen.



sen, während die mildere dieses wohl gestattete. Die Praxis folgte, wie gezeigt wird, meist der milderer Richtung.

Zur Feststellung des Wesens des zur Ersitzung erforderlichen titulus seien nachstehend alle Titel einzeln besprochen, um dann zusammenfassend seine Definition abzuleiten.

*Warum abh.*  
*7. f. 1. 2. 3.*  
Der älteste von allen Titeln ist der **t i t u l u s p r o h e r e d e**. Pro herede konnte sowohl der wirkliche, als auch der vermeintliche Erbe besitzen. Der wirkliche Erbe besass nach Ansicht des Paulus u. anderer Juristen die Erbschaftssachen auf Grund eines doppelten Titels: einmal pro herede und dann auf Grund des Titels, der das Eigentumsrecht des Erblassers begründete. Nun war aber auch eine pro herede possessio zulässig, wenn der Erblasser nicht Eigentum, sondern bloss titulierten Besitz an der Sache hatte. In diesem Falle beruhte die pro herede possessio auf einem putativen Titel. Schliesslich genügte zur pro herede possessio auch, wenn der Erblasser lediglich pro possessore d. h. wissentlich ohne titulo besessen hatte, allerdings musste hier der Erbe die Sachen in gutem Glauben für Erbschaftssachen gehalten haben. Sein Titel in diesem Falle ist entschieden ein putativer. *Hier unterscheidet Verf. zwei ganz verschiedene Rechtsverhältnisse.*

Da man unter "hereditas" wohl die "bona" zu verstehen hat, so wäre ein iustus titulus nur dort vorhanden, wo es sich um die bona des Erblassers handelt. Was aber eigentlich zu der bona zu zählen ist, ist in den Pandecten nicht klar gesagt. Ulpian unterscheidet in D. 27, 8, 2, 22 res in bonis und res ex bonis. Zu den in bonis scheint er nur das reine Eigentum zu zählen; zu den ex bonis "sive commodata res sit, sive locata, sive pignerata pro penatur, sive deposita apud me, sic intersit mea eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam, vel quod aliud jus, ut intersit mea non rapi." D. h. zu ihnen gehören alle Sachen, die sich in der Detention des Betreffenden befanden. An allen diesen Sachen hatte der Erbe zwar die hereditatis petitio (D. 5, 3, 19 pr.), doch gibt <sup>ihm</sup> der Erwerb als zur Erbschaft gehörig für den Erben noch keinen iustus titulus ab. Paulus sagt in der l 19 cit, dass die hereditatis petitio nicht bloss zum Besitz der hereditaria corpora ver helfe, sondern ~~sie~~ auch dazu geeignet sei, den Besitz der corpora, quae non sunt hereditaria zu verschaffen. Zu diesen zählt er das Faustpfand, das Commodat, das Depositum, ja der Satz: et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditas petitione contineatur, sicut illae, quae

rum nomine Publiciana competit, weist darauf hin, daß zu dem corpora, quae non sunt hereditaria, auch Sachen zählten, an denen dem Erblasser Ersitzungsbesitz zugestanden hatte. Die Schlussfolgerung daraus ist, dass nur Sachen, die in bonis, also im quiritarischen oder bonitari<sup>schen</sup> Eigentum standen, als wirkliche Erbschaftssachen galten und also auch lediglich deren Besitz einen iustus titulus pro herede begründete; der Besitz aller übrigen Sachen gibt einen blossen Putativtitel ab. Die Lösung der Frage, inwieweit dem heres ein wahrer oder ein bloss putativer Titel zur Seite stehe, bildet die unumgängliche Vorbedingung zur Erörterung der Frage, ob an die pro herede possessio, welche der wahre Erbe hatte, auch eine pro herede usucapio angeschlossen worden sei. Hierbei müssen von vornherein alle Sachen ausgeschlossen werden, die im quiritarischen Eigentum des Erblassers standen, da bei solchen Sachen der heres das Eigentumsrecht sofort erhielt. Die Usucapion würde sich also zunächst auf alle die Sachen beschränken, die nicht quiritarisches Eigentum des Erblassers gewesen waren, denen der Erbe aber diese Eigenschaft bona fide beilegte. Was tritt aber ein, wenn die Sachen in Besitz oder Innehabung des Erblassers gestanden hatten? Die Eigenschaft der Sachen, als im Besitz oder in Detention befindlich, übertrug sich vollkommen auf den Erben, so dass daraus der Schluss zu ziehen wäre, dass, wenn der Erblasser ersitzungsberechtigt war, sich dieses Recht auch auf den Erben übertrug; fehlte dieses dagegen dem Erblasser, so ging es in der Folge auch dem heres ab. Fehlte dem Erblasser z. B. die bona fides, so half dem Erben zur Ersitzung auch sein eigener guter Glaube nicht. Bei den genannten Sachen konnte von einer selbstständigen Usucapion des Erben nicht die Rede sein. Diese Regel ist für das Justinianische Recht ohne Zweifel als feststehend zu betrachten, ob es aber auch vorher so gewesen war, lässt sich nicht ohne Weiteres sagen. Freilich war schon <sup>in</sup> der Zeit Hadrian<sup>anerkannt</sup>, dass der Erbe die von dem Erblasser angefangene Usucapion aufnehmen könne, wenn der Erbe nicht nachgewiesenermassen in mala fide gewesen. Jedoch scheint sich das Erfordernis der bona fides nur auf Mobilien bezogen zu haben; für Immobilien war ihr Vorhandensein belanglos: si defunctus bona fide emerit usucapietur res quamvis heres scit alienam esse. Dass sich dieses bloss auf Immobilien bezog, zeigt C. 7, 31, 1, 3., wo die Forderung der bona fides nur für Mobilien festgesetzt wird: **i n r e b u s m o b i l i b u s** observandum esse



censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interruptatur ex posteriore forsitan alienae rei seientia. Schon hieraus erhellt, dass man nicht ohne weiteres sagen könne, der Erbe usucapiere unter keinen Umständen eine Sache, die der Erblasser selbst zu ersitzen nicht im Stande war. Eine gewisse Unterstützung bietet hier die D. 41, 5, 3: plerique putaverunt, si heres sim et putem aliquam ex hereditate esse quae non sit, posse me usucapere. Einen nur scheinbaren Widerspruch enthält die D. 41, 3, 24, 1, denn sie behandelt lediglich die Frage, unter welchen Umständen der <sup>Erbe die vom</sup> Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen können, nicht aber, wann und ob er eine selbstständige Usucapion beginnen kann. Wie das "plerique putaverunt" in 1. 3 cit. zeigt, war die ausgeführte Ansicht nicht ausnahmslos bei den Römern anerkannt. Und der Tat widerspricht der 1. 3 cit., die C. 7, 29, 4. Die Begründung dieses Widerstreites liegt in der Verschiedenheit der Auffassung des Titels bei der Ersitzung. Die strengere Richtung konnte eine Ersitzung, wie sie in 1. 3 cit. enthalten ist, wegen Mangel eines wirklichen Titels nicht zulassen. Wenn nun, wie oben ausgeführt, ein iustus titulus pro herede bloss dort zugelassen wurde, wo die Erbschaftsache zum mindesten im bonitarischen Eigentum des Erblassers gewesen, so war es klar, dass die strengere Partei eine selbstständige Usucapion des Erben überhaupt nicht zulassen konnte; die etwaige <sup>Er</sup>sitzung sollte nur als fortgesetzte Usucapion aus der Person des Erblassers gedacht werden. Um eine selbstständige Ersitzung hätte es sich nur handeln können bei Sachen, die zwar bonitarisch, nicht aber quiritarisch Eigentum des Erblassers gewesen waren. Dass jedoch die selbstständige Usucapion der fortgesetzten gegenüber praktisch an Bedeutung verlieren musste, war ohne weiteres ersichtlich. Genau dasselbe war der Fall bei Sachen, die im Usucapionsbesitz des Erblassers gestanden hatten. Dass die strengere Richtung also einem praktisch so wenig bedeutenden Institut die Daseinsberechtigung absprechen wollte, ist denn auch schliesslich nicht so sehr wunder zu nehmen. Die mildere Partei, die ja einen putativen Titel zuließ, konnte auch nach ihrer Anschauung über das Wesen des Titels mit Fug und Recht eine Ersitzung in der Art der 1. 3 cit. gestatten. Nach längerem Streite erfolgte zwischen beiden gewissermassen ein Kompromiss: einige wenige Fälle, die praktische Bedeutung hatten, sollten auf Grund

eines Putativtitels ersessen werden können, die übrigen unterlagen der strengeren Beurteilung. Caracalla, Diocletian und Maximian liessen diese Einzelfälle fallen und führten alle Fälle auf das strengere Grundprinzip zurück. Am schärfsten bringt dieses die C. 7, 33, 4 zum Ausdruck: diutina possessio iure tantum successionis sine iusto titulo obtenta prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest.

Es ist bestritten ob diese Ersitzung als pro herede oder pro suo usucapio aufzufassen ist. Hierbei ist zu bemerken, dass das charakteristische an dem titulus pro suo der Wille dominium sibi adquiri ist, während es sich beim titulus pro herede um den Willen Erbe zu werden handelt, in dem Glauben rem hereditariam esse. Hieraus erhellt bereits, dass in diesem Falle von einer pro suo usucapio nicht die Rede sein kann, sondern es sich nur um eine usucapio pro herede handelt.

Neben der eben besprochenen sog. uneigentlichen pro herede-Ersitzung, wo der wahre Erbe vermeintliche Erbschaftsachen erwirbt, besteht die von Gaius in seinen Institutionen lib II, 52 - 58 erörterte eigentliche usucapio pro herede. Sie umfasst alle diese Fälle, wo ein Nichterbe wirkliche Erbschaftsachen in Besitz nimmt und usucapiert. In der ältesten Zeit waren nun zu einer pro herede usucapio eine Rechtfertigung weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht notwendig. Nichts destoweniger mussten doch irgend welche objektive Erfordernisse dasein, damit die Usucapion nicht zum Schaden der Sittlichkeit ausartete. Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit, nam ei concessum est usucapere si modo ea res est quae recipit usucapionem (Gai. Inst. II § 52). Aus dieser Stelle geht zunächst hervor, dass der Erblasser wirklich gestorben sein musste und dass er eine Erbschaft hinterliess. Zu dieser Nachlassmasse musste tatsächlich die fälschlich vom Nichterben in Besitz genommene Sache gehören. D.h. wurde eine Sache irrtümlich für eine Erbschaftsache gehalten und als solche in Besitz genommen, während der wahre Eigentümer noch lebte, so konnte eine Usucapion nicht stattfinden. Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit (D. 41, 5, 1.). Es ist dieses auch ohne weiteres erklärlich, wenn man bedenkt, dass in der älteren Zeit die Ersitzung



zum Erwerbe des Erbrechtes führte. ... ipsae hereditates usucapi credebantur... hereditas... quia neque corporalis est. Es ist selbstverständlich, dass durch den Besitz einer Sache, deren Eigentümer noch lebt, niemand auch durch einen vieljährigen Besitz sein Erbe werden kann. Selbst wenn der Eigentümer wenige Tage nach der Besitzergreifung stirbt, so ist eine Usucapion dennoch <sup>un</sup>zulässig, weil immer origo nanciscendae possessionis exquirenda est, diese "origo" aber bei einer res non hereditaria begann. Anders liegt es natürlich, wenn die Sache, die der Nichterbe in Besitz nahm, zwar nicht zu der vermeintlichen Erbschaft gehörte, gleichwohl aber eine res hereditaria war. In diesem Falle trat eine Usucapion wohl ein, da die Sachen durch den Tod ihres Eigentümers zu res hereditariae geworden waren. Ein weiteres objektives Erfordernis war, dass der wirkliche Erbe die Sachen noch nicht in seinen Besitz genommen hatte: enim possessionem heredis nondum nactus est. Es haben verschiedene Juristen versucht dieses letzte Erfordernis verallgemeinernd als ein Erfordernis der Besitzlosigkeit überhaupt zu deuten. Dieses ist jedoch nicht richtig. Die Betonung in Gaius II, 52 liegt nicht auf "nondum" sondern auf "heredis".

Dazu kommt noch der Ausspruch des Paulus in D. 41, 3, 29: nam hic quoque possessio veris heredis obstat tibi. Dieses Erfordernis ist im Zusammenhang mit dem Erfordernis, dass die Sache eine res hereditaria sei, ganz erklärlich. Die bereits im Besitz des wahren Erben befindliche Sache hat ihren Charakter als res hereditaria verloren, sie ist zu einer res heredis geworden, die als Sache eines Lebenden pro herede gar nicht ersessen werden konnte. Ging dagegen die Sache in den Besitz anderer Personen über, so geht die Qualität der Sache als hereditaria nicht verloren. Sie kann also, wenn sie nachher wieder in den Besitz der vermeintlichen Erben <sup>übergeht</sup> (von diesem wohl ersessen werden).

Das dritte objektive Erfordernis ist die Erbfähigkeit des Usucapienten. Es ist dieses um so mehr gerechtfertigt, als die Ersitzung auf die Erlangung des Erbrechts gerichtet war. D. 41, 5, 4 sagt daher: constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse. Wenn hier von der testamenti factio gesprochen wird, so darf dieses nicht wunder nehmen, da das Recht zum aktiven letztwilligen Vermögensverkehr immer zusammen mit der passiven Testierfähigkeit auftrat. Man hat noch anführen wollen, dass derjenige nicht

pro herede ersitzen könne, der die betreffende Sache schon aus einem anderen Grunde besitzt. Dieses Erfordernis ist aber kein selbständiges. Es ergibt sich lediglich aus dem alten Rechtssatz: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (vergl. D. 41, 5, 2, 1).

Die Gesetzgebung der klassischen Zeit führte für die pro herede usucapio des vermeintlichen Erben einen grundlegenden Umschwung herbei. Sed hoc tempore iam non est lucrativa usucapio nam ex auctoritate Hadriani senatus consultum factum est, ut tale usucapiones revocarentur et ideo potest heres ab eo qui rem usucapit hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Aus den Worten potest heres geht hervor, dass die alte Usucapion zwar keineswegs an sich nichtig war, wohl aber konnte der heres jederzeit unter Berufung auf das SC. die Wirkungen der Usucapion aufheben. Auch hatte die pro herede-Ersitzung ihr altes Gepräge als Erwerb des Erbrechtes verloren; von jetzt ab erwarb der Usucapient das Eigentum <sup>an</sup>recht an der Sache (qui rem usucapit).

Neben dieser sog. improba lucrativa usucapio, die praktisch ihre Bedeutung durch das SC. völlig eingebüsst hatte, entstand in der klassischen Zeit die proba usucapio desjenigen, qui putat se heredem esse. Somit gelangte man zum Erfordernis der bona fides für die Ersitzung. Die übrigen Erfordernisse, wie Zugehörigkeit der Sache zu einer Erbschaft und Tod einer Person, blieben auch für diese Zeit bestehen.

Und nun die Ersitzung pro herede im Justinianischen Recht. Es ist wahrscheinlich, dass die alte improba et lucrativa usucapio in der Form, wie sie zur Zeit der klassischen Juristen bestand, sich noch bis zur Regierungszeit Justinians erhalten hat. Dieses erhellt aus der Art und Weise, wie sich Justinian in C. 7, 31, 1, 3 darüber äußert. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis <sup>prae</sup>scriptio. Das "exigit" weist eben darauf hin, dass die alte pro herede usucapio erst durch die lex un. cit. aufgehoben wurde. Unter dem pro herede possessor ist nun derjenige zu verstehen, der sich bona fide für den Erben hielt: hoc amplius si iustam causa habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit, sagt die D. 41, 3, 33, 1. Im übrigen bestehen noch die früheren Ersitzungserfordernisse weiter. Hier ist zunächst die



Erbfähigkeit zu erwähnen (D.41,5,4). Das Gebiet der Erbfähigen war zur Zeit des Justinianischen Rechtes ein bedeutend grösseres geworden, als in der älteren Periode. So nahmen die christlichen Kaiser das Erbrecht u.a. denen, qui sanctam fidem prodiderint (C.1,7,3 pr.). Von einer ähnlichen Gruppe von Personen spricht C.1,5,4,2: ipsos (i.e. Manichaeos seu Manichaeas vel Donatistas) quoque volumus amoveri ab omni liberalitate et a successione quolibet titulo veniente. Im übrigen ist der Begriff der testamenti factio genau derselbe geblieben, wie in der vorherigen Periode.

Ferner können nur wirkliche Erbschaftsachen bei der Ersitzung pro herede in Frage kommen; daraus folgt implicite, dass jemand wirklich gestorben sein musste. Sachen, die nicht zur vermeintlichen Erbschaft gehörten, gleichwohl aber res hereditariae waren, konnten eressen werden. Überhaupt konnte der vermeintliche Erbe alles das ersitzen, was der wirkliche Erbe selbständig usucapieren konnte. Sachen, an denen der heres bloss eine fortgesetzte Usucapion hatte, kamen für den vermeintlichen Erben nicht in Betracht, da es sich hierbei um Sachen handelte, die als ex bonis befindlich non hereditaria waren. Ebensowenig konnten vom vermeintlichen Erben Sachen usucapiert werden, die bloss im Besitz des Erblassers gestanden hatten (D.41,5,1). Des weiteren wurde verlangt, dass die Sache noch nicht im Besitz des heres gewesen sei und schliesslich - ein dem Justinianischen Rechte eigentümliches Erfordernis - war gegen einen suus heres jede Ersitzung des Nichterben ausgeschlossen, nihil pro herede posse usucapi suis existentibus obtinuit (C.7,28,2).

Wie schon erwähnt, war die Ersitzung des wahren Erben an vermeintlichen Erbschaftsachen durch Caracalla, Diocletian und Maximian aufgehoben worden. Justinian dagegen führte diese Ersitzung wieder ein, worauf D.41,5,3 hinweist. Allerdings wird dieses Usucapionsgebiet wesentlich eingeengt durch Bestimmungen aus J.11,6. An Sachen, die in Detention und Besitz des Erblassers standen, hatte der Erbe kein Usucapionsrecht mehr. Waren sie im Ersitzungsbesitz des Erblassers gewesen, so hat der Erbe in keinem Falle eine selbständige Usucapion, sondern setzte bloss die des Verstorbenen fort. Daraus folgt, dass, im Falle der Erblasser nicht ersitzen konnte, auch dem Erben die Möglichkeit dazu verschlossen war. Aus der geringen Zahl der übrigbleibenden Fälle seien folgende erwähnt. Der Erbe nimmt Erbschafts-

sachen, die ihm nicht deferiert wurden, in Besitz, weil er irrtümlicherweise glaubte, dass ihm an diesen Sachen ein Erbrecht zustehe. Ein anderer Fall, der uneigentlichen pro herede usucapio, ist derjenige, wenn der heres Früchte einer Sache, Kinder einer Sklavin als Erbschaftssachen in Besitz nahm. Diese Sachen durften naturgemäss nicht Eigentum des Verstorbenen gewesen sein, da dieselben in diesem Falle direkt Eigentum des Erben geworden wären. Andererseits durften die Sachen auch nicht im Besitze des Erblassers gestanden haben. Es kamen also für diesen Fall praktisch alle die Früchte in Betracht, die ein selbstständiges Dasein erst zu der Zeit erlangten, da die Erbschaft eine hereditas iacens war. Die Bestätigung dieses Satzes gibt D.41,3,4,5: fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt. Das Ergebnis zeigt, dass es sich hier unzweifelhaft um einen bloss putativen Titel handelt, und dass eine selbständige Ersitzung vermeintlicher Erbschaftssachen durch den wirklichen Erben in der Regel nicht stattfinden konnte bis auf wenige Ausnahmen, wie sie in D.41,5,3 angeführt sind.

Im Justinianischen Recht sind wohl kaum noch die beiden Institute der pro herede-Ersitzung - der eigentlichen und der uneigentlichen - zu scheiden, um so mehr, als Justinian selbst die beiden nur für zwei verschiedene Anwendungsfälle desselben Institutes hielt, wie aus der Zusammenfassung dieser beiden Fälle unter einem Titel hervorgeht. Dieses Institut aber ist die Usucapion desjenigen, der sich irrtümlich das Eigentum einer gewissen Sache kraft Erbrecht (titulo hereditario) zuschreibt und sie infolgedessen in Besitz nimmt. Hierbei kann der Irrtum auf ein Verschiedenes gerichtet sein. Entweder hält sich der Besitzer für den Erben, oder der Erbe hält die Sache für eine Erbschaftssache. In sämtlichen Fällen, wo eine Usucapion gestattet ist, liegt eine Ersitzung aus putativem Titel vor.

Der nächste und zugleich der bedeutendste Titel ist der titulus pro emptore. Nach Ansicht der strengeren Richtung war ein justus titulus nicht vorhanden und die Ersitzung unzulässig, wenn der Kauf in Wirklichkeit garnicht stattgefunden hatte. Similis est (i.e. usu non capiat) enim ei qui putat se emisse, oder volgo traditum est eum, existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere (D.41,4,2,2 und D.41,4,11). Einen praktischen Fall führt in D.41,4,2,6 Paulus an: cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait usu me eum non captu-



rum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest. Das-  
selbe tritt bei der Leistung der litis aestimatio für eine Sache ein.  
Der Betreffende besitzt laut D.41,4,1 pro emptore und ersitzt nur  
in dem Fall, dass er die litis aestimatio wirklich gezahlt hat: ...  
idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aesti-  
mationem subierit, usucapere non possit, bemerkt Ulpian ausdrücklich  
in (D.41,3,27). Dieses alles berechtigt zur Schlussfolgerung, dass  
ein justus titulus regelmässig dort vorhanden war, wo ein in jeder  
Beziehung vollgiltiger Kauf abgeschlossen wurde, dem eine ebenfalls  
gültige Übergabe folgte. Die Mängel, deren nachteilige Wirkungen von  
der Usucapion unwirksam gemacht werden sollen, dürfen in keiner Wei-  
se mit dem Kauf als solchem in Beziehung stehen; sie dürfen sich  
vielmehr nur auf das ausserhalb desselben stehende beziehen. Solche  
Mängel sind beispielsweise: der Prokurator verkauft einen vermeint-  
lich dem Vertretenen gehörige Sache; ein Handlungsunfähiger z.B. ein  
Geisteskranker verkauft eine Sache; der Stellvertreter soll eine  
fremde Sache verkaufen und verkauft irrtümlicherweise statt dessen  
seine eigene u.a.m.

War der Kauf unter einer <sup>suspensiven</sup> Bedingung abgeschlossen worden, so ist  
ein justus titulus nicht vorhanden, solange dieselbe noch nicht er-  
füllt ist, selbst wenn die betreffende Sache schon tradiert wurde.  
Si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usu-  
capere pro emptore, heisst es in D.18,6,8 pr. und ähnlich in D.41,  
4,2,2. Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emp-  
tor usu non capit; idemque est et si putet conditionem extitisse,  
quae nondum extitit. Auch wenn der Käufer den Eintritt der Bedingung  
schon vorher irrtümlicherweise angenommen hatte, trat keine Usucapion  
ein. Andererseits schieben aber Bedingungen, die auf Wiederaufhebung  
des Rechtsgeschäftes gerichtet sind (Resolutivbedingungen) die Ersitz-  
zung ebensowenig hinaus, als dadurch die Vollgültigkeit des Kaufes  
beeinträchtigt wird.

Eine andere Frage ist, ob die Erledigung des Kaufpreises Voraus-  
setzung für die Usucapio pro emptore ist oder nicht. Für die klas-  
sische Zeit wird wohl das erstere anzunehmen sein. Die Vertreter der  
Richtung, die die Zahlung des Kaufpreises nicht verlangten, führen  
als Hauptargument die D.de Publ.act.6,2,8 an: de pretio vero soluto  
nihil exprimitur: unde potest coniectura capi, quasi nec sententia

praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium. Die Beweis-  
kraft dieser Stelle wird jedoch durch die D.eod,11,2 abgeschwächt:  
partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei possessorem concep-  
tus est, per hanc actionem (Publicianam) petendus est et si a  
a b e o q u i e m i t p o s s e s s u s n o n e s t. Diese  
Stelle lässt deutlich erkennen, dass sich die Analogie zwischen der  
Publiciana und der Ersitzung nicht überall durchführen lässt, wie  
dieses die genannte Richtung mit der D.6,2,18 in Bezug auf die Usu-  
capon tut. Praktische Erwägungen zeigen, dass in der Tat in der vor-  
liegenden Frage Abweichungen von der Publiciana wohl gerechtfertigt  
waren. Es war geboten die Usucapion nicht vor Abzahlung des Preises  
beginnen zu lassen, weil die Ersitzung, die nicht nur gegen einen Drit-  
ten, den wahren Eigentümer, sondern auch gegen den Verkäufer lief, die-  
sem die Sicherung genommen hätte. Einige Vertreter der herrschenden  
Richtung identifizieren die Zahlung des Kaufpreises mit einer (still-  
schweigenden) Bedingung. Dieses ist jedoch nicht zutreffend, wie aus  
Bestimmungen der 12 Tafelgesetze hervorgeht. Emptiones quae sub con-  
dicione factae sunt waren im älteren römischen Recht unzulässig, da-  
gegen ist die Zahlung des Kaufpreises zu allen Zeiten ein gesetzli-  
ches Erfordernis des Eigentumsüberganges gewesen. Weiter, argumen-  
tieren verschiedene Vertreter der herrschenden Richtung, fehle es dem  
Käufer vor Erledigung des Kaufpreises an der zur Ersitzung notwen-  
digen bona fides. Jedoch auch dieses Argument ist nicht ohne weiteres  
stichhaltig, da, wie später gezeigt werden soll, die Überzeugung Eigen-  
tümer geworden zu sein, nicht zur bona fides notwendig ist (D.41,7,5 pr.).  
Dass trotzdem eine Zahlung des Kaufpreises zur Begründung eines jus-  
tus titulus und zur Erlangung der Usucapionsfähigkeit erforderlich  
war, zeigt D.40,12,38,2. Es heisst dort, dass eine gekaufte, tradierte  
res mancipi erst nach Zahlung des Kaufpreises "i n b o n i s e s-  
s e c o e p i s s e." Das heisst, dass auch die Usucapion, die zur  
Umwandlung des bonitarischen Eigentums in quiritarisches diente,  
nicht früher begann. Es ist undenkbar, dass eine Umwandlung beginnen  
könnte, bevor das, was umgewandelt werden soll, überhaupt existiert.  
Somit scheint mir erwiesen, dass das klassische Recht die Zahlung  
des Kaufpreises zur Begründung eines justus titulus für notwendig  
hielt.

Anders steht es im Justinianischen Recht. 530 hob Justinian



27. durch die lex de nudo jure quir. toll. (C. 7, 25) den Unterschied zwischen dem bonitarischen und dem quiritarischen Eigentum auf. Die 1. 38 § 3 cit. bedeutet also für das Justinianische Recht nichts weiter, als dass die Sache erst durch Zahlung des Kaufpreises Eigentum des Käufers wird. Zudem ist im Justinianischen Recht die Übereinstimmung zwischen der Publiciana und der Usucapion eine durchgängige, wie die D. 6, 2, 7, 17 zeigt: Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. Das heisst, dass eine Analogie von vornherein überall dort angenommen werden kann, wo nicht vom Gesetzgeber ausdrücklich anders bestimmt wurde (z. B. D. 6, 2, 11, 2). Somit erhellt, dass für das Justinianische Recht zur Erlangung eines justus titulus und zum Beginn der Usucapion die Zahlung des Kaufpreises nicht notwendig war.

Ein unter den römischen Juristen selbst strittiger Fall war, ob der Kauf des Herrn vom Sklaven als zur Begründung eines justus titulus hinreichend war. Bejahend sprachen sich für diese Frage Julian und Ulpian aus. Letzterer sagt in D. 14, 3, 11, 8: .... cum dominus a servo emit, est emptio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere dominus possit. Dass hier an die Möglichkeit eines Putativtitels gedacht werden könnte, ist ausgeschlossen, da Ulpian die Putativtitel als zur Ersitzung ungeeignet verwarf, wie aus D. 41, 3, 27 hervorgeht. Gegen den § 8 cit. sprach sich Paulus in X, D. 18, 2, 14, 3 aus: aliter atque si servo suo vel filio quem in potestate habet, vel domino rei per errorem id ad dixerit, quia non est emptio his casibus. Es ist unwahrscheinlich, dass es sich hier, wie man behauptet hat, bloss um eine scheinbare Meinungsverschiedenheit handelt, denn es ist nicht abzusehen, warum der Kauf des Herren vom Sklaven anders beurteilt werden sollte, als der Kauf des Sklaven vom Herrn. Wie dem nun auch sei, so steht fest, dass wenigstens ein Teil der römischen Juristen einen Kauf im Sinne der 1. 11, § 8 cit. zur Begründung eines justus titulus für geeignet hielt. Um einen ähnlichen Fall handelt es sich bei dem Kaufgeschäft zwischen Sklaven und einem Dritten. Hier waren sich alle darüber einig, dass ein justus titulus vorhanden und eine Ersitzung zulässig war. Der Sklave konnte sogar ohne Wissen des Herrn Pekuliarsachen veräussern, auch wenn er kein Verfügungsrecht über dieselben hatte. In diesem Falle war ein justus titulus vorhanden, wenn nur der Käufer in bona fide gewesen war.

Bei der bisherigen Betrachtung sind nur die beiden extremen Fälle erörtert worden: in denen überhaupt kein Kauf stattgefunden oder ein völlig perfektes Kaufgeschäft vorgelegen hatte.

Es bleibt nun noch übrig die Fälle zu untersuchen, wo zwar ein Kauf an sich vorhanden war, der Gültigkeit dieses Kaufes jedoch irgend welche gesetzliche Hindernisse im Wege standen.

Die D. 26, 8, 5, 2 bestimmte: item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest. Ein solcher Fall konnte eintreten, wenn der Vormund sich selbst die Sache des Mündels verkaufte.

Einen bloss scheinbaren Widerspruch enthält D. 41, 4, 2, 8: tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit: Servius ait posse eum usucapere. Erstens ist in D. 41, 4, 2, 8 nur ein Einzelfall behandelt, während die D. 26, 8, 5, 2 eine allgemeine Regel darstellt, und zweitens handelt es sich in diesem Einzelfalle um eine Versteigerung. Bei einer solchen kann man sich die Käufer nicht beliebig wählen, wie bei einem freihändigen Verkauf. Paulus ging in Folge dessen in diesem Fall auch von einem rein utilitaristischen Standpunkt aus: utilitatis causa, wie er selbst mehrfach sagt. Der Titel ist hier ein rein putativer, da ein derartiges Kaufgeschäft für das Recht gar nicht vorhanden ist. Das Hauptmotiv, dass den Kauf von Sachen des Pupillen durch den Tutor verboten liess, fällt hier bis zu einem gewissen Grade fort, nämlich die Übervorteilung des Mündels, denn durch die Öffentlichkeit der Versteigerung ist diese Gefahr so gut wie ausgeschlossen. Selbstverständliche Voraussetzung war natürlich "quam eius putabat esse"; die Sache musste dem Mündel gehören, oder der Vormund zum mindesten geglaubt haben, dass der Pupille Eigentumsrecht an der Sache hatte. Derselben Beurteilung unterliegt der Fall, wenn der Prokurator oder der negotiorum gestor auf einer Versteigerung, die er für seinen Prinzipal abhielt, für sich eine Sache erwarb. Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant *utilitatis causa* pro emptore usucapturum. idem potest dici et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem (D. 41, 4, 2, 9). Wie sehr allgemein, ja geradezu gesetzlich festgelegt dieser Grundsatz war, wie wenig es sich um eine persönliche Anschauung des Paulus handelte, zeigt die Berufung auf den "divus Trajanus" in 1. 2 § 8 cit.

Eine andere Frage ist, wie sich der Tutor zu verhalten hat, wenn

In diesem  
Falle ist wohl  
der Verkauf  
selbst der Ver-  
steigerung, wenn  
der "coactor"



er eine Sache seines Mündels ausserhalb einer Auktion kaufen will. Die Bestellung eines Contutor genügt nicht, es musste vielmehr der Kauf laut C.4,38,5 "palam et bona fide" abgeschlossen worden sein,

d.h. offen auf seinen eigenen Namen und nicht durch Vermittlung einer "persona interposita". Im entgegengesetzten Falle war die Usucapion nicht zulässig: weniger, weil dort die bona fides fehlte, sondern vielmehr, weil rechtlich überhaupt kein Kauf stattgefunden hatte.

Sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti ideoque nec usucapere potest, sagt Ulpian in D.26,8,5,2. Hieraus erhellt,

2 dass ein nichtiger Kauf nie einen justus titulus pro emptore abgeben kann.

Eine weitere Frage, die sich bei der Behandlung der Mängel, die den sofortigen Eigentumserwerb verhindern, ergibt, ist die Frage nach dem Einfluss der gesetzlichen Veräußerungsverbote auf die Usucapion.

Die herrschende Ansicht geht dahin, dass an Sachen, deren Veräußerung verboten war, die Ersitzung überhaupt ausgeschlossen war. Die Vertreter dieser Ansicht stützen sich in der Hauptsache auf D.de V.S., 50,16,

28 pr.: alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi, d.h. wenn die Usucapion

unter den Begriff der "alienatio" fällt, so ist jedes Veräußerungsverbot auch zugleich ein Ersitzungsverbot. Nun unterschieden die römischen Juristen aber, wie aus den Quellen hervorgeht, zwischen einer

alienatio voluntaria und einer alienatio necessaria. Die Veräußerungsverbote jedoch übten einen Einfluss nur auf die alienatio voluntaria aus, während die alienatio necessaria davon unberührt blieb.

Es fragt sich nun, ob es sich bei der usucapio um die eine oder die andere Form handelt. Ein Schluss aus der D.eod.28 pr.: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi, ist,

in Ansehung der D.26,5,16 unmöglich, dass die alienatio voluntaria jede Veräußerung des Eigentums sei, welche vom Eigentümer trotz der Möglichkeit dazu nicht gehindert wurde. Tryphonius sagt an dieser

Stelle ausdrücklich: si fundum, quem Titius possidebat bona fide longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier ut suum marito dedit in dotem eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit: nam licet lex Iulia, quae vetat fundum

dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si

ante, quam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Das heisst, das Dotalgrundstück wurde nicht, solange es - in dieser Eigenschaft - bestellt war, überhaupt usucapionsunfähig, sondern die Ersitzung musste nur unterbleiben auf Grund einer Veräußerungshandlung, die vom Ehemann selbst vorgenommen wurde - ein Rechtsgeschäft, <sup>den in</sup> das der lex Iulia enthaltenen Bestimmungen zuwiderlief - . Somit erscheint also

als feststehend, dass alle Veräußerungsverbote nur einer solchen Veräußerung des Eigentums galten, an denen sich der Eigentümer oder sein Vertreter aktiv beteiligten. Dagegen unterlagen Veräußerungen,

2 die durch Handlungen dritter veranlasst wurden (patitur usucapi) als alienationes necessariae, den Veräußerungsverboten nicht. Daher dürfen denn Sachen, die einem blossen Veräußerungsverbot unterliegen, keineswegs als usucapionsunfähig angesehen werden; ihre Usucapion ist nur dadurch erschwert, dass die Veräußerungshandlung des Eigentümers nicht einen Usucapionstitel zugewähren vermag.

Wenn z.B. der Ehemann ein Dotalgrundstück verkauft und tradiert, so kann der Käufer zwar nicht usucapieren, selbst wenn er die Eigenschaft des Grundstückes als eines Dotalgrundstückes nicht kannte. Verkauft der Käufer dagegen dieses Grundstück weiter, so kann der jetzige Käufer das Grundstück ersitzen, wenn er nur in Betreff der Eigenschaft desselben bona fide war.

Nächst den gesetzlichen Veräußerungsverboten bestanden auch solche, testamentarischer Natur, doch war ihr Einfluss auf die Ersitzung bestritten. Aus den Quellen geht hervor, dass letztwillige Verkaufsverbote die Veräußerung nichtig machten. Darauf weist vor allem C.7,26,2 hin: si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt. Eine andere Stelle (D.de legatis III,38 pr.) besagt: ...secundum ea quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset, d.h. waren noch anderweitig Mittel zur Tilgung des debitus vorhanden, so war der Verkauf ungiltig. Dass der Verkauf im entgegengesetzten Fall wohl giltig war, bereitet der Auslegung der l.38 pr. cit. keine Schwierigkeiten, denn es ist nicht mehr wie billig, dass ein Veräußerungsverbot, welches zur Bereicherung des Erben führen soll, während dem Gläubiger gleichzeitig ein unverdien-

ante, quam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Das heisst, das Dotalgrundstück wurde nicht, solange es - in dieser Eigenschaft - bestellt war, überhaupt usucapionsunfähig, sondern die Ersitzung musste nur unterbleiben auf Grund einer Veräußerungshandlung, die vom Ehemann selbst vorgenommen wurde - ein Rechtsgeschäft, <sup>den in</sup> das der lex Iulia enthaltenen Bestimmungen zuwiderlief - . Somit erscheint also

als feststehend, dass alle Veräußerungsverbote nur einer solchen Veräußerung des Eigentums galten, an denen sich der Eigentümer oder sein Vertreter aktiv beteiligten. Dagegen unterlagen Veräußerungen,

2 die durch Handlungen dritter veranlasst wurden (patitur usucapi) als alienationes necessariae, den Veräußerungsverboten nicht. Daher dürfen denn Sachen, die einem blossen Veräußerungsverbot unterliegen, keineswegs als usucapionsunfähig angesehen werden; ihre Usucapion ist nur dadurch erschwert, dass die Veräußerungshandlung des Eigentümers nicht einen Usucapionstitel zugewähren vermag.

Wenn z.B. der Ehemann ein Dotalgrundstück verkauft und tradiert, so kann der Käufer zwar nicht usucapieren, selbst wenn er die Eigenschaft des Grundstückes als eines Dotalgrundstückes nicht kannte. Verkauft der Käufer dagegen dieses Grundstück weiter, so kann der jetzige Käufer das Grundstück ersitzen, wenn er nur in Betreff der Eigenschaft desselben bona fide war.

Nächst den gesetzlichen Veräußerungsverboten bestanden auch solche, testamentarischer Natur, doch war ihr Einfluss auf die Ersitzung bestritten. Aus den Quellen geht hervor, dass letztwillige Verkaufsverbote die Veräußerung nichtig machten. Darauf weist vor allem C.7,26,2 hin: si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt. Eine andere Stelle (D.de legatis III,38 pr.) besagt: ...secundum ea quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset, d.h. waren noch anderweitig Mittel zur Tilgung des debitus vorhanden, so war der Verkauf ungiltig. Dass der Verkauf im entgegengesetzten Fall wohl giltig war, bereitet der Auslegung der l.38 pr. cit. keine Schwierigkeiten, denn es ist nicht mehr wie billig, dass ein Veräußerungsverbot, welches zur Bereicherung des Erben führen soll, während dem Gläubiger gleichzeitig ein unverdien-

ante, quam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Das heisst, das Dotalgrundstück wurde nicht, solange es - in dieser Eigenschaft - bestellt war, überhaupt usucapionsunfähig, sondern die Ersitzung musste nur unterbleiben auf Grund einer Veräußerungshandlung, die vom Ehemann selbst vorgenommen wurde - ein Rechtsgeschäft, <sup>den in</sup> das der lex Iulia enthaltenen Bestimmungen zuwiderlief - . Somit erscheint also

als feststehend, dass alle Veräußerungsverbote nur einer solchen Veräußerung des Eigentums galten, an denen sich der Eigentümer oder sein Vertreter aktiv beteiligten. Dagegen unterlagen Veräußerungen,

2 die durch Handlungen dritter veranlasst wurden (patitur usucapi) als alienationes necessariae, den Veräußerungsverboten nicht. Daher dürfen denn Sachen, die einem blossen Veräußerungsverbot unterliegen, keineswegs als usucapionsunfähig angesehen werden; ihre Usucapion ist nur dadurch erschwert, dass die Veräußerungshandlung des Eigentümers nicht einen Usucapionstitel zugewähren vermag.

Wenn z.B. der Ehemann ein Dotalgrundstück verkauft und tradiert, so kann der Käufer zwar nicht usucapieren, selbst wenn er die Eigenschaft des Grundstückes als eines Dotalgrundstückes nicht kannte. Verkauft der Käufer dagegen dieses Grundstück weiter, so kann der jetzige Käufer das Grundstück ersitzen, wenn er nur in Betreff der Eigenschaft desselben bona fide war.

Nächst den gesetzlichen Veräußerungsverboten bestanden auch solche, testamentarischer Natur, doch war ihr Einfluss auf die Ersitzung bestritten. Aus den Quellen geht hervor, dass letztwillige Verkaufsverbote die Veräußerung nichtig machten. Darauf weist vor allem C.7,26,2 hin: si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt. Eine andere Stelle (D.de legatis III,38 pr.) besagt: ...secundum ea quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset, d.h. waren noch anderweitig Mittel zur Tilgung des debitus vorhanden, so war der Verkauf ungiltig. Dass der Verkauf im entgegengesetzten Fall wohl giltig war, bereitet der Auslegung der l.38 pr. cit. keine Schwierigkeiten, denn es ist nicht mehr wie billig, dass ein Veräußerungsverbot, welches zur Bereicherung des Erben führen soll, während dem Gläubiger gleichzeitig ein unverdien-

ante, quam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Das heisst, das Dotalgrundstück wurde nicht, solange es - in dieser Eigenschaft - bestellt war, überhaupt usucapionsunfähig, sondern die Ersitzung musste nur unterbleiben auf Grund einer Veräußerungshandlung, die vom Ehemann selbst vorgenommen wurde - ein Rechtsgeschäft, <sup>den in</sup> das der lex Iulia enthaltenen Bestimmungen zuwiderlief - . Somit erscheint also

als feststehend, dass alle Veräußerungsverbote nur einer solchen Veräußerung des Eigentums galten, an denen sich der Eigentümer oder sein Vertreter aktiv beteiligten. Dagegen unterlagen Veräußerungen,

2 die durch Handlungen dritter veranlasst wurden (patitur usucapi) als alienationes necessariae, den Veräußerungsverboten nicht. Daher dürfen denn Sachen, die einem blossen Veräußerungsverbot unterliegen, keineswegs als usucapionsunfähig angesehen werden; ihre Usucapion ist nur dadurch erschwert, dass die Veräußerungshandlung des Eigentümers nicht einen Usucapionstitel zugewähren vermag.

Wenn z.B. der Ehemann ein Dotalgrundstück verkauft und tradiert, so kann der Käufer zwar nicht usucapieren, selbst wenn er die Eigenschaft des Grundstückes als eines Dotalgrundstückes nicht kannte. Verkauft der Käufer dagegen dieses Grundstück weiter, so kann der jetzige Käufer das Grundstück ersitzen, wenn er nur in Betreff der Eigenschaft desselben bona fide war.

Nächst den gesetzlichen Veräußerungsverboten bestanden auch solche, testamentarischer Natur, doch war ihr Einfluss auf die Ersitzung bestritten. Aus den Quellen geht hervor, dass letztwillige Verkaufsverbote die Veräußerung nichtig machten. Darauf weist vor allem C.7,26,2 hin: si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt. Eine andere Stelle (D.de legatis III,38 pr.) besagt: ...secundum ea quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset, d.h. waren noch anderweitig Mittel zur Tilgung des debitus vorhanden, so war der Verkauf ungiltig. Dass der Verkauf im entgegengesetzten Fall wohl giltig war, bereitet der Auslegung der l.38 pr. cit. keine Schwierigkeiten, denn es ist nicht mehr wie billig, dass ein Veräußerungsverbot, welches zur Bereicherung des Erben führen soll, während dem Gläubiger gleichzeitig ein unverdien-

ante, quam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Das heisst, das Dotalgrundstück wurde nicht, solange es - in dieser Eigenschaft - bestellt war, überhaupt usucapionsunfähig, sondern die Ersitzung musste nur unterbleiben auf Grund einer Veräußerungshandlung, die vom Ehemann selbst vorgenommen wurde - ein Rechtsgeschäft, <sup>den in</sup> das der lex Iulia enthaltenen Bestimmungen zuwiderlief - . Somit erscheint also

als feststehend, dass alle Veräußerungsverbote nur einer solchen Veräußerung des Eigentums galten, an denen sich der Eigentümer oder sein Vertreter aktiv beteiligten. Dagegen unterlagen Veräußerungen,

2 die durch Handlungen dritter veranlasst wurden (patitur usucapi) als alienationes necessariae, den Veräußerungsverboten nicht. Daher dürfen denn Sachen, die einem blossen Veräußerungsverbot unterliegen, keineswegs als usucapionsunfähig angesehen werden; ihre Usucapion ist nur dadurch erschwert, dass die Veräußerungshandlung des Eigentümers nicht einen Usucapionstitel zugewähren vermag.

Wenn z.B. der Ehemann ein Dotalgrundstück verkauft und tradiert, so kann der Käufer zwar nicht usucapieren, selbst wenn er die Eigenschaft des Grundstückes als eines Dotalgrundstückes nicht kannte. Verkauft der Käufer dagegen dieses Grundstück weiter, so kann der jetzige Käufer das Grundstück ersitzen, wenn er nur in Betreff der Eigenschaft desselben bona fide war.

Nächst den gesetzlichen Veräußerungsverboten bestanden auch solche, testamentarischer Natur, doch war ihr Einfluss auf die Ersitzung bestritten. Aus den Quellen geht hervor, dass letztwillige Verkaufsverbote die Veräußerung nichtig machten. Darauf weist vor allem C.7,26,2 hin: si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt. Eine andere Stelle (D.de legatis III,38 pr.) besagt: ...secundum ea quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset, d.h. waren noch anderweitig Mittel zur Tilgung des debitus vorhanden, so war der Verkauf ungiltig. Dass der Verkauf im entgegengesetzten Fall wohl giltig war, bereitet der Auslegung der l.38 pr. cit. keine Schwierigkeiten, denn es ist nicht mehr wie billig, dass ein Veräußerungsverbot, welches zur Bereicherung des Erben führen soll, während dem Gläubiger gleichzeitig ein unverdien-



ter Verlust zugefügt wurde, (utilitatis causa) ungiltig ist. Im übrigen spricht für die hier vertretene Ansicht auch die Tatsache, dass Freilassungen, die entgegen einem testamentarischen Freilassungsverbot erfolgten, nichtig waren; es ist unerfindlich, aus welchem Grunde Freilassungsverboten eine stärkere Wirkung beigelegt werden sollte, als Veräußerungsverboten.

Es bleibt nun noch als letzter Fall das Veräußerungsverbot durch den Praetor. Ein solcher Fall wird von Ulpian in D. 42, 5, 31, 4 angeführt: plane si doceatur nihil ex boni alienasse nec sit quod ei iuste praetor paupertatem obiciatur, contentus esse praetor debet, ut iubeat eum nihil minuire. Der Praetor konnte zwar die durch eine Rechts-handlung entstandenen Folgen in praxi nichtig machen, dagegen konnte er das Entstehen derselben nicht verhindern. Er kann also beispielsweise nicht einen nach dem ius civile giltigen Kauf durch ein Veräußerungsverbot nichtig machen. Sein Verbot erstreckte sich lediglich auf die Folgen des Kaufes wie z. B. Eigentumsübergang. Somit stellt also ein nach dem ius civile giltiger Kauf und eine ebenso gültige Tradition einen justus titulus dar. Kannte freilich der Käufer das Verbot, so heisst es in D. 41, 4, 5 diesbezüglich: qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet. Jedoch beruht in diesem Fall <sup>das</sup> Nichtzustandekommen der Ersitzung auf mangelnder bona fides. Der Titel bleibt immer ein justus titulus.

Und nun bleibt noch eine dritte Kategorie von Mängeln zu besprechen übrig, die den Kauf ungiltig machen - die Fälle, in denen dem Verkäufer aus irgend einem Grunde die Handlungsfähigkeit abgeht. Das eklatanteste Beispiel ist, wenn der Verkäufer wahnsinnig war. Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis (D. 41, 4, 2, 16). In diesem Falle beruht die Ersitzung unzweifelhaft auf einem bloss putativen Titel. Handlungen eines Geisteskranken sind juristisch völlig belanglos, sie existieren für das Recht ebenso wenig wie <sup>hier</sup> geschehene Handlungen. Dieses bestätigt Paulus auch durch die Worte nulla esset emptio. Wenn aber trotzdem eine Usucapion zugelassen wird, so geschieht das lediglich utilitatis causa, vorausgesetzt natürlich, dass der Käufer in bona fide

war. Ein weiterer Fall von mangelnder Handlungsfähigkeit ist der Verkauf, den das Mündel sine tutoris auctoritate <sup>ital</sup> vornimmt. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic sit plus in re quam in existimatione. Der Puppille kann unmöglich ohne tutoris auctoritate Sachen veräußern; infolgedessen existiert die Tradition für das Recht nicht, wenn auch das Kaufgeschäft als Begründer natürlicher Verbindlichkeiten für das Mündel nicht ohne weiteres nichtig ist. Da der titulus pro emptore nicht nur in dem Kauf, sondern auch in der daraufhin geschehenen Tradition besteht, so ist hier fraglos ein Putativtitel anzunehmen. Was aber die Worte "ut hic plus sit in re, quam in existimatione" anbetrifft, so wies schon Cujacius darauf hin, dass hier wahrscheinlich stehen müsse "ut hic plus sit in existimatione, quam in re", d. h. der Titel gründet sich auf die existimatio, er ist putativ. Ganz dasselbe ist der Fall, wenn irrtümlicherweise von einem falschen Tutor gekauft wurde. Qui a pupillo emit probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse; sed et si deceptus falso tutore auctore emerit bona fide emisse videtur. Eine weitere Frage war, ob der Käufer, der von dem Verschwender "cui bonis interdictum sit", kauft, ihm jedoch die Eigenschaft des Verkäufers als Verschwender fremd war, auf Grund eines justus titulus ersass oder nicht. Die erstere Ansicht vertrat Pomponius. Er sagt in D. 18, 1, 26: si sciens eam ab eo cui bonis interdictum sit vel cui tempus ad deliberandum de hereditate ita datum sit, ut ei deminuendi potestas non sit, dominus non ero, wobei entsprechend zu ergänzen ist: si nesciens .... dominus ero. Wie hieraus hervorgeht betrachtete Pomponius die Handlungsunfähigkeit des Betreffenden als nur auf dem Urteil des Praetors beruhend. War das in der Tat der Fall, so hatte Pomponius, wie oben gezeigt, in der Tat Veranlassung, einen justus titulus anzunehmen. Allein in diesem Falle legt Pomponius dem Urteilsspruch des Praetors entschieden eine zu grosse Bedeutung bei. Der Praetor erklärte ebensowenig, wie der heutige Richter von sich aus, dass der Betreffende ein Verschwender sei, sondern er stellte lediglich fest, dass die gesetzlich festgelegten Merkmale der Verschwendung bei der Person A. zutreffen und verfügte dann im Namen des Gesetzes, dass die mit der Verschwendung im Zusammenhang stehenden Konsequenzen für diesen Fall eintreten sollen. Die Ansicht des Pomponius, dass es sich hier um eine Ersitzung ~~des~~ auf Grund eines wahren Titels handle, scheint somit nicht zuzutreffen,



umsomehr, als bereits die 12 Tafeln den interdictierten Verschwender und den Wahnsinnigen rechtlich auf eine Stufe stellten. Dass dieses auch später der Fall war, zeigt D.45,1,6: ....et ideo nec fideiussor pro eo (i.e. cui bonis interdictum sit) intervenire poterit, sicut nec pro furioso; auch D.12,6,29 sagt: ..vel furiosus vel is cui bonis interdictum est. Ebenso wurde der Fall beurteilt, wenn es sich um einen "curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem" handelte. Von ihm hiess es in C.2,21,(22),3: non ab similibus habetur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Der mündige Minderjährige mit einem Curator war dem prodigus rechtlich gleichgestellt. Verkaufte er eine Sache, und hielt ihn der Käufer für grossjährig, so galt für letzteren die Bestimmung: si a minore quis emerit ignorans eum minorem esse habet Publicianem. Dass hier die Ersitzung wiederum nur utilitatis causa auf Grund eines Putativtitels geschah, ist, wenn auch nicht direkt gesagt, ohne weiteres einleuchtend.

Unter Geschlechtstuteln stehende Frauen waren unfähig sich ohne tutoris auctoritate zu verpflichten oder eine res Mancipi zu verkaufen. Hat demnach jemand entweder "deceptus falso tutore auctore" oder im Glauben, dass die Frau nicht unter Tutel stehe, von ihr gekauft und ersitzt dann, so kann es nicht auf Grund eines justus titulus geschehen sein. Einen nur scheinbaren Widerspruch enthält die Stelle qui a muliere quae in tutela est sine tutoris auctoritate sciens rem Mancipi emit vel falso tutore auctore quem scit non esse non videtur bona fide emisse; ....Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere sed pro possessore; Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit, et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Die Umkehrung des "sciens" in "nesciens" ergibt zunächst das Vorhandensein der bona fides. Analog den anderen Fällen wird hier, wenn eine Usucapio zugelassen war, ein bloss putativer Titel angenommen werden können. Es ist beachtenswert, was von Labeo gesagt wird: nec pro emptore eum possidere sed pro possessore. Nach der in Rom herrschenden Ansicht war der pro possessore possessor derjenige, der nicht allein weiss, dass er nicht Eigentümer ist, sondern auch nicht im Stande ist, einen Titel für seinen Besitz anzuführen und nachzuweisen.....qui sine causa.....sciens ad se non pertinere possidet

(Gai.Inst.IV,144). Wenn also bei mala fides von einem pro possessore possessor die Rede ist, so ist kein justus titulus vorhanden. Ist dagegen unter sonst gleichen Bedingungen bona fides vorhanden und die Ersitzung gestattet, so kann daraus gefolgert werden, dass es sich hier um einen Putativtitel handelt. So scheint denn auch hier, dass Labeo sich für einen Putativtitel entschieden hat. Die Ansicht, dass der Betreffende pro possessore ersitzt, wird in dem nächsten Satz dahin berichtigt, dass eine pro emptore possessio angenommen werden soll. Jedoch enthält diese Äusserung nichts weniger, als eine Anerkennung eines justus titulus. Die Worte "pro emptore (possidet)" finden eine sehr einfache Erklärung. In derselben Stelle heisst es: mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Wenn eine Frau den Besitz ohne Tutor veräussern kann, so müssen dank dem Kauf und der Tradition dem Käufer der Besitz und die possessorisches Interdikte zukommen. Insoweit hat der Kauf Giltigkeit, so dass man diesen Besitz mit vollem Recht als eine pro emptore possessio ansprechen kann. Wir haben es aber in diesem Falle nur mit einem Besitztitel, nicht aber mit einem Usucapionstitel zu tun.

Aus allem bisher Gesagten geht somit hervor, dass zum Dasein eines justus titulus pro emptore alles das vorhanden sein musste, was gegebenen Falles geeignet war, durch den Kauf und die daraufhin erfolgte Tradition, volles quiritarisches Eigentum zu verschaffen. So mussten namentlich der Kauf und die Tradition vollständig rechtsgiltig abgeschlossen und (im vorjustinianischen Recht) der Kaufpreis bezahlt worden sein. Der einzige Grund, weswegen eine Usucapio noch notwendig war, durfte darin bestehen, dass dem Verkäufer, sei es das Eigentums-, sei es das Veräusserungsrecht fehlten, oder dass der formelle Übertragungsakt nicht stattgefunden hatte. Im Justinianischen Recht war der Umfang des justus titulus pro emptore im Wesentlichen derselbe, bloss dass hier die Zahlung des Kaufpreises fortfiel. Auch verlor alles das Bedeutung, was mit dem Unterschiede des bonitarischen und quiritarischen Eigentums zusammenhing.

Pro donato is usucapit, cui res donationis causa tradita est (D.41,6,1pr.), lautet die Definition des Paulus. Auch hier, wie bei den vorhergehenden Titeln, gilt es festzustellen, in welchen Fällen es sich um einen justus titulus handelt, und was zu dem Dasein eines solchen nötig war. Ein justus titulus pro donato war ohne Zweifel vorhanden, wenn die Schenkung und die Tradition rechtsgiltig wa-



ren, und wenn in der wirklichen Absicht zu schenken die Übergabe vollzogen wurde. Diejenigen Mängel, die eine Usucapion zum Eigentumserwerb notwendig machten, waren z.B. das Fehlen des Eigentumsrechts an der Sache auf Seiten des Schenkenden, oder Mangel des Verfügungsrechts über die Sache und Nichtanwendung der für die Tradition bei den res Mancipi zur Erlangung quiritarischen Eigentums vorgeschriebenen Formen. Alles dieses gilt für Schenkungen inter vivos und mortis causa. Bei diesem letzteren ist zu bemerken, dass es sich hier um eine Suspensivbedingung handelte, der Ersitzungsbeginn also natürlich erst von der Zeit an gerechnet werden konnte, da der Schenker gestorben war. Das gleiche gilt auch für Schenkungen ex die certo. Anders liegt es dagegen mit Schenkungen, die unter der Bedingung vollzogen wurden, dass der Beschenkte bei Eintritt vorher bestimmter Umstände den Gegenstand dem Schenker zurückgeben soll; durch solche Bedingungen (Resolutivbedingungen) wurde die Usucapion weder gehindert noch aufgeschoben.

Kein justus titulus pro donato war offenkundig vorhanden in dem in D. 41, 6, 1 pr. angeführten Falle: .... nec sufficit opinari, sed et donatam esse oportet. Die irrtümliche Annahme, dass geschenkt wurde, ist nicht zur Begründung eines justus titulus hinreichend. Desgleichen fehlt derselbe, wenn die Schenkung gesetzlich untersagt war, oder dem Schenkenden die Qualifikation zur Vornahme einer Schenkung fehlte, sei es, dass ihm die Verfügungsfähigkeit über die Sache fehlte (non omni titulo rerum pupilli potestatem alienandi tutores habent..... itaque donare nulla ratione.... potestatem habent C. 5, 37, 16; vergl. ebenfalls D. 27, 10, 17), sei es aus anderen Gründen. So waren zunächst Geschenke des Vaters an seine Kinder quos in potestate habet rechtlich irrelevant: si pater filio quem in potestate habet donet deinde decedat filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit. Eine Abweichung von dieser strengen Bestimmung fand statt, wenn der Vater die Schenkung testamentarisch bestätigte. Ein justus titulus pro donato war auch vorhanden, wenn der Erbe die Genehmigung zu der Schenkung des Vaters gab, jedoch lief die Usucapionszeit in dem Falle erst von der Zeit der Schenkungserlaubnis an. Si pater filiae donaverit quae in potestate eius erat et eam exheredaverit: si id heres eius ratum habeat, exinde ea usucapiet donationem, quae ex die ratam heres donationem habuerit. Was dagegen die emancipierten Kinder anbe-

traf, so bestimmten Diocletian und Maximian in C. 8, 53 (54), 11, 1: delegationes autem nominum in emancipatum collatae perfectam donationem efficiunt. Schenkungen des Vaters an die Kinder vor deren Emancipation wurden nach dem Grundsatz beurteilt: filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato, vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet usucapit. Ebenso wurde der Fall beurteilt, wenn bei der Freilassung eines Sklaven "peculium .... non adimatur donari videtur."

Zur zweiten Gruppe rechtlich ungiltiger Schenkungen gehörten die Schenkungen inter virum et uxorem; es fehlte somit auch hier ein justus titulus. Ganz eindeutig sagt D. 41, 6, 1, 2: si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Im übrigen bezog sich das Schenkungsverbot nur auf solche Schenkungen, bei denen der Schenkende zu Gunsten des Beschenkten ärmer wurde. Fehlte das Ärmwerden des Schenkers, so war die Ersitzung zugelassen. Insbesondere wird dieses durch die D. 41, 6, 3 bestätigt: si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere. Voraussetzung war natürlich die bona fides des Beschenkten und des Gebers. Bona fides des letzteren war namentlich notwendig, da nur sine affectu furandi furtum non committitur; der affectus furandi dagegen hätte die geschenkte Sache zu einer res furtiva gemacht und sie damit der Ersitzung entzogen. Es erübrigt sich näher anzuführen, dass es sich in diesem Falle um einen Putativtitel handelte.

Was den Scheinkauf anbelangt, so wurde hier nicht pro emptore sondern pro donato ersessen, wie aus D. 41, 6, 6 hervorgeht: donationis causa facta venditione non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur. Ebenfalls pro donato wird die wissentliche Leistung eines indebitum ersessen: quod si scierit Titius peculium manumisso concessum non esse, donare potius quam indebitum fundum solvere intellegendus est (D. 41, 4, 7, 2).

Der justus titulus pro dote wurde durch die dotalis datio, d.h. durch die rechtgiltige Tradition einer Sache mit dem Willen sie als Dotalsache als solche zu übergeben, begründet (D. 41, 9, 1 pr.). Da eine Sache nur durch eine wirkliche rechtsgiltig



vollzogene Ehe zu einer Dotalsache werden konnte, so musste zum Dasein eines justus titulus pro dote auch eine derartige Ehe vorhanden sein: neque enim dos sine matrimonio esse potest (D. 23, 3, 3). Si cesset matrimonium Cassius ait cessare usucapionem quia et dos nulla sit. Selbst, wenn dem Ehemann die Ungültigkeit der Ehe unbekannt war, wollten Cassius und Ulpian die Ersitzung nicht stattfinden lassen, quia dos nulla sit. Anderer Meinung war Proculus. Nach ihm sollte der gutgläubige Ehegatte usucapieren können (D. 23, 3, 67). Dass dieses auf Grund eines Putativtitels geschah, zeigen in der l. cit., die Worte: vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit. Es gab in Rom eine Reihe von Juristen, die glaubten, dass der titulus pro suo bloss einen imaginären Titel bezeichne. Da zu dieser Gruppe von Rechtsgelehrten auch Proculus gehörte, so erhellt daraus, dass es sich hier zweifellos um einen Putativtitel handelt. Eine Aufzählung der den vollen Eigentumserwerb hindernden Mängel erübrigt sich, da es genau dieselben wie bei den vorigen Titeln sind.

Strittig war die Frage, ob die Usucapionszeit bereits zu laufen beginnt, wenn dem Bräutigam die dos vor Eingehung der Ehe mit der Bestimmung übergeben wurde, dass die Dotalsache sein Eigentum werde, oder diese erst mit der Eheschliessung ihren Anfang nimmt. Iulian trat für die erstere Ansicht ein: ... si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit: si tamen non evidentiter id actum fuerit, credendum esse id agi Iulianus ait, ut statim res eius fiant et, si alienae sint, usucapi possint. Dieser Anschauung schliesst sich auch Ulpian an: ... quae sententia mihi probabilis videtur (D. 41, 9, 1, 2). Allerdings gestatten hier die beiden Juristen die Usucapion nicht pro dote, sondern pro suo.

Wie mir scheinen will, handelt es sich hier weder um einen titulus pro dote noch pro suo, sondern um einen Titel aus einer datio ob causam. Unter einer datio ob causam versteht man die Übergabe einer Sache im Zusammenhang mit einem künftig eintretenden Umstande. Zu der datio ob causam gehören somit u. a. die erste Leistung die den Innominatkontrakten "do ut des" und "do ut facias", d. h. die Hingabe der ersten Sache bei einem Tauschgeschäft und einem Vergleich wo das "facias" sich auf Anerkennung oder Aufgabe eines strittigen Anspruchs bezieht. Dieser Usucapionstitel ist ein Produkt erst der

klassischen Zeit. Wenn also die Meinungen über den Usucapionsbeginn in der l. cit. geteilt waren, so ist das darauf zurückzuführen, dass sich die Ersitzung auf Grund einer datio ob causam noch nicht festeingebürgert war. Auch über die Benennung des Titels und der Usucapion aus einer ob causam datio, waren sich die römischen Juristen nicht einig. Während die einen sie der pro emptore usucapio beizählten, nannten die andern sie eine pro suo usucapio.

Zu der datio ob causam gehörte, wie erwähnt, die Übergabe einer Sache vergleichshalber. Transactio, der Vergleich, ist die Äusserung des Willens einen ein Recht betreffenden Zweifel durch gegenseitiges Nachgeben zu beseitigen. Der als Realisierung des animus transigendi erworbene Besitz erhält vom transactum den Titel pro transactio. Was die Erfordernisse des justus titulus aus einer datio ob causam waren lässt sich nicht mit absoluter Sicherheit sagen. Wahrscheinlich waren es jedoch dieselben, wie bei den übrigen Titeln. So musste vor allem ein wirkliches rechtsgiltiges transactum mit dem animus transigendi vorhanden gewesen sein. Die den direkten Eigentumserwerb hindernden Mängel waren das Fehlen des Eigentums oder Dispositionsrechts und die Unzulänglichkeit der blossen Tradition zur Begründung quiritarischen Eigentums.

Kein Titel aus einer datio ob causam, lag vor, wenn bei den genannten Innominatkontrakten der ersten Leistung eine Stipulation vorausgegangen war. Es handelte sich hier um das Versprechen eine Leistung, welches nur im Stande war, einen titulus pro soluto zu begründen. Ebensowenig, wie das Versprechen einer Leistung einen titulus ex datione ob causam abzugeben vermag, ebensowenig wurde durch ein Schenkungsversprechen oder eine dotis promissio ein titulus pro donato beziehungsweise pro dote begründet. Auch in den letzten Fällen handelt es sich um einen titulus pro soluto. Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit? Es handelt sich also in diesem Falle um die Übergabe einer Sache zum Zwecke der Tilgung einer obligatorischen Verbindlichkeit. Trifft dann aber nicht dasselbe auch beim Kaufe zu? Aus welchem Grunde wurde dann überhaupt zwischen einem titulus pro emptore und pro soluto unterschieden? Der Grund dafür war der, dass Kauf und Tradition nicht immer, ja in der Minderzahl der Fälle zeitlich getrennt waren, sondern vielmehr die Tradition von dem eigentlichen Kaufgeschäft nicht zu



trennen war. Es bedurfte daher nicht einer zwischen Kauf und Tradition liegenden obligatorischen Verbindlichkeit.

Ein justus titulus pro soluto ist <sup>an</sup> zweifelhaft vorhanden, wenn die Sache wirklich geschuldet wurde, wenn die Tradition giltig war, ebenso musste Handlungsfähigkeit des Zahlenden vorhanden sein. Auch in bezug auf die Veräußerungsverbote galt dasselbe wie für den titulus pro emptore. Die Mängel, die den direkten Eigentumserwerb hindern sind wiederum Mangel des Eigentums, der Veräußerungsbefugnis oder Unterlassung der Veräußerungsform, durch die allein quiritarisches Eigentum begründet werden konnte. Es handelt sich also in letzterem Falle wieder um die schon erwähnte Umwandlung des bonitarischen Eigentums in quiritarisches. Diese letztere Anwendungsform der Usucapion fiel, wie mehrfach erwähnt, nach Erlass der l. un. de nudo iure quir. toll (C. 7, 25) wieder fort.

Der typischste Fall für die usucapio pro soluto ist der Fall, wenn die Schuld auf Grund eines Rechtsgeschäftes inter vivos besteht; es wird jedoch auch pro soluto usucapiert auf Grund eines Fideicomisses, wie aus D. 41, 3, 15, 3 hervorgeht: si ex testamento vel ex stipulatu res debita nobis tradatur, eius temporis existimationem nostram intuendam, quo traditur. Strittig ist die Frage bei dem ex testamento res traditae ob das legatum per donationem auf Grund eines titulus pro soluto oder pro legato ersessen wird. Die l. 15 § 3 cit. spricht für den ersteren Titel, auch lässt sich sonst in den Quellen nichts gegen diese Ansicht anführen. Von einem von der usucapio pro emptore abweichenden Falle berichtet die D. 41, 3, 46: et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc est titulo usucapi potest. Statt der wirklich geschuldeten Sache kann auch mit einer anderen die Schuld getilgt werden, und es wird dann diese Sache hoc titulo (i. e. pro soluto) ersessen. Bei der pro emptore usucapio war dieses nicht zulässig (vergl. D. 41, 2, 6).

Die bisher angeführten Fälle beruhten alle auf einen justus titulus. Ist ein solcher aber auch vorhanden, wenn jemand sich irrtümlicherweise verpflichtet glaubte, eine Schuld bezahlen zu müssen, oder handelt es sich hier - die Ersitzung ist nach D. 41, 3, 48 gestattet - um einen Putativtitel? Voraussetzung ist natürlich, dass der vermeintliche Gläubiger selbst an eine solche Schuld glaubte, da ihm im entgegengesetzten Falle die nötige bona fides fehlen würde. Eine Lösung

dieser Frage gibt Pomponius in D. 41, 10 (pro suo) 3: hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam .... idque verum puto. Die Auffassung des Pomponius, der diesen Fall als usucapio pro suo auffasste, zeigt, dass es sich hier um einen Putativtitel handelt, denn er gehörte zu den Juristen, die jede auf bloss putativen Titel gegründete Usucapion als usucapio pro suo betrachteten. Dazu kommt, dass der malae fidei Empfänger eines indebitum ein furtum beging. Als fur aber fiel er unter die Klasse der pro possessore possessores. Die Konsequenzen der pro possessore possessio sind bereits oben ausgeführt worden, so dass es sich wohl erübrigt noch einmal darauf zurückzukommen. Zieht man nun alle diese Argumente in Betracht, so erhellt, dass die Ersitzung eines indebitum auf Grund eines putativen Titels geschah. Die wissentliche Leistung eines indebitum wird, wie erwähnt, pro donato ersessen.

Der nächste Titel ist der titulus pro derelicto. Wie bei dem titulus pro emptore verlangt wurde, dass ein wirklicher Kauf stattgefunden hatte, so musste auch hier die zu ersitzende Sache wirklich in der Absicht zu derelinquieren aufgegeben worden sein, natürlich vom letzten Besitzer - D. 41, 7, 6 sagt: nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse. Nicht in derelinquierte Zustände befinden sich durch Schiffbruch verlorene Sachen, sie sind bloss "in deperdito" und daher auch nicht pro derelicto ersitzbar. Idem iuris est existimo in his rebus; quae iactae sunt, quoniam non potest videri id pro derelicto habitum quod salutis causa interim demissum est. Dasselbe drückt auch D. 41, 7, 7 aus, da ja hier von einer Absicht zu derelinquieren schwerlich die Rede sein kann. Was nun das Hindernis anbetrifft, das den direkten Eigentumserwerb hindert, so ist dieses in der Ungiltigkeit der Dereliction zu suchen. Wiederum tritt uns als ausschlaggebendes Moment der Ungiltigkeit die Eigenschaft des Derelinquenten als Nichteigentümer oder als Handlungsunfähiger entgegen, - Umstände, welche die Dereliction zu einer rechtlich belanglosen Handlung machen. War die Sache von dem quiritarischen Eigentümer derelinquierte worden, so bedurfte es keiner Usucapion, sondern die Sache ging direkt in das Eigentum



dessen über, der sie in seinen Besitz nahm.

Nahe verwandt mit dem titulus pro derelicto war der Titel aus einer missio in possessionem ex secundo decreto. Jemand, der durch ein damnum infectum bedroht war, hatte den Anspruch auf Sicherstellung. Weigerte sich der Eigentümer des damnum infectum seiner Verpflichtung nachzukommen, so erhielt der Bedrohte zunächst vom Praetor die missio in possessionem ex primo decreto custodiae causa, durch die der Verpflichtete noch nicht verdrängt wurde. Tat dieser auch jetzt nichts, so erfolgte nach angemessener Frist die missio in bona ex secundo decreto, die zur Folge hatte, dass das Besitzrecht des Verpflichteten nunmehr an den Kautionsberechtigten überging. Von der Zeit an datiert die Usucapion. Erforderlich war die Usucapion, weil die Erwerbsform als eine prätorische lediglich bonitarisches Eigentum begründete.

Im Anschluss an die usucapio pro derelicto wäre noch der Fall von Interesse, dass eine Sache nicht für derelinquiert, sondern für primär herrenlos gehalten wurde? Während es sich bei der Dereliction um Mangel des Eigentums an der Sache auf Seiten des Derelinquenten handelte, weswegen eine Ersitzung notwendig war, ist hier das bestehende Eigentum an der betreffenden Sache das ausschlaggebende Moment, das die Usucapion zum vollen Eigentumserwerb erforderlich macht. Der Eigentumserwerb durch Occupation hat eine doppelte Voraussetzung: den Akt der Besitzergreifung in der Absicht Eigentum zu erwerben und die Herrenlosigkeit der Sache. Wenn sich nun in den Quellen keine Anhaltspunkte für einen "titulus pro occupato" finden, so lässt sich dieses unschwer erklären. Die Besitzergreifung in der Absicht Eigentümer zu werden ist Voraussetzung einer jeden Ersitzung. Der Zustand der Herrenlosigkeit, die negative Voraussetzung, dass die Sache keinen Eigentümer habe, kann dort, wo er nicht, wie bei der Dereliction, von einem positiven Akt abhängig ist, wohl nur vollständig oder garnicht vorhanden sein. Daraus erhellt, dass dem titulus pro occupato ein selbständiges Erfordernis abging, somit die Existenz eines solchen besonderen Titels überflüssig war.

Die res adiudicata sit Publiciana actio competit. Die ad iudicatio, der richterliche Zuspruch in einem Teilungsverfahren enthält die Anerkennung des Eigentums an einer Sache. Allein die Wirksamkeit dieses Erwerbsaktes ist davon abhängig, dass die streitenden

Parteien ausschliesslich Eigentümer der fraglichen Sache waren.

Mangelt es an dieser Voraussetzung, so handelt es sich zwar nur um einen scheinbaren Erwerbsakt, der analog der Tradition von Seiten des Nichteigentümers unzureichend ist Eigentum zu vermitteln, dagegen aber eine hinreichende Grundlage für einen Ersitzungstitel bietet: si per errorem de alienis fundis quasi de communibus iudicio communi dividundo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum (D. 41, 3, 17). Was den gerichtlichen Eid als Titel anbetrifft, so scheint dieser in späterer Zeit zulässig gewesen zu sein; wenigstens berichtet Ulpian in D. 12, 2, 13, 1 folgendes: Iulianus ait eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.

Eine andere sehr bestrittene Frage war, ob das rechtskräftige Urteil einen Titel abgibt. Darauf scheint die D. 41, 3, 33, 3 hinzuweisen: si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam iustam habebam. Eine ebenfalls bejahende Antwort fand diese Frage bei Donellus. ....sufficit ad usucapionem. ...Qui tamen dubitari potuit, an solus iussus iudicis satis haberet auctoritatis ad necessitatem huius praestationis inducendam: ideo nonotiose et haec causa separatim proponitur, ne videatur omissa aut ne de ea dubitetur (comm. V, 14 § 11 vgl. § 12.). Da diese beiden Titel in den Quellen sehr dürftig behandelt worden sind, so lässt sich ihnen für die Frage nach dem Wesen des Titels nichts entnehmen, sie haben lediglich ein prinzipielles Interesse.

Während die pro herede-Ersitzung als notwendiges Erfordernis den Tod des Erblassers erforderte, beruhten die übrigen Titel auf Rechtsgeschäften unter Lebenden. Eine Mittelstellung zwischen diesen beiden nahm, wie unten gezeigt werden soll, der titulus pro legato ein. Ein Legat, die letztwillige unentgeltliche Vermögenszuwendung auf Kosten der Erbschaft, ist vorhanden, wenn jemand den Willen äusserte alicui quid conferre. Wie bekannt gab es vier Arten von Legaten. Als Grundlage für die Usucapion dienten jedoch nur zwei von ihnen: das legatum per praeceptionem und per vindicationem. Das legatum per damnationem begründete, wie schon früher erwähnt, lediglich einen titulus pro soluto; dem Damnationslegat ist in dieser Hinsicht auch das legatum sinendi modo an die Seite zu stellen. Allerdings hatte dieses bloss Geltung für das ältere römische Recht. Späterhin



verwischten sich die Unterschiede zwischen den einzelnen Formen des Legats vollkommen. Dass dadurch die Beurteilung, ob es sich um einen titulus pro legato oder pro soluto handelte, erheblich erschwert wurde, ist ohne weiteres einleuchtend.

Was nun aber die Beurteilung dessen anbetrifft, was zu einem justus titulus pro legato gehört, so tritt hier noch ein erschwerendes Moment hinzu. Während bei den übrigen Titeln die Giltigkeit des Rechtsgeschäftes den Masstab bildete, ist hier die Form reine Nebensache, ja noch mehr: die Ersitzung pro legato war in der Regel mit der <sup>Un</sup>giltigkeit des Legates eng verknüpft; und zwar aus folgenden Gründen. Nach älterem Rechte war eine usucapio pro legato nur zulässig, wenn sie sich auf ein legatum per vindicationem oder praeceptionem stützte. Ein rechtsgiltiges Legat auf Grund dieser genannten Form<sup>en</sup> war aber nur denkbar, wenn die Sachen Eigentum ex iure Quiritium waren und zwar musste dieses Eigentum bei fungiblen Sachen zur Zeit des Todes, bei nichtfungiblen dagegen auch schon zur Zeit der Testierung vorhanden sein. Waren diese Voraussetzungen nicht vorhanden, so war das Legat ungiltig. Auf Grund des S.C. Neronianum wurden allerdings später auch Legate, bei denen die genannten Voraussetzungen fehlten, rechtlich geschützt, jedoch nur als Damnationslegate. Es wurde also lediglich ein titulus (und usucapio) pro soluto begründet. Trafen jedoch andererseits die rechtlich notwendigen Voraussetzungen für die Giltigkeit des Vindications- und Praeceptionslegates ein, so wurde durch dasselbe unmittelbar Eigentum erworben. Der einzig mögliche Fall einer Ersitzung war der, wenn der <sup>Just</sup> Legator und der Empfänger das an sich ungiltige Legat für giltig hielten und dieser nicht erst durch Vermittlung des S.C. Neronianum in Besitz des Legates kam.

Ähnlich war es im Justinianischen Recht. Hier war ein Legat bloss rechtsgiltig, wenn der Testator - beim Vermachen einer fremden Sache - die Eigenschaft der Sache als einer solchen nicht kannte (C. 6, 37, 10). Den Beweis darüber hatte der Bedachte zu führen: existimo ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem (D. 22, 3, 21). Also auch der Empfänger musste wissen, dass die Sache eine fremde gewesen. Er weiss also auch, dass er den juristischen Besitz lediglich durch den Traditionsakt von Seiten des Belasteten erlangt, d.h. er erhält höchstens einen titulus pro soluto: zur usucapio pro legato fehlt ihm die bona fides. Also auch im Justinianischen Recht konnte ersessen werden, wenn der Legator, der Belastete und der Bedachte gleich-

mässig glaubten, dass das Legat Eigentum des ersteren gewesen war - Voraussetzungen, unter denen ein Legat ungiltig war.

Dieses Resultat weist auf eine neue Frage hin: kann hier denn überhaupt von einem justus titulus die Rede sein, handelt es sich nicht vielmehr um einen Putativtitel? Wäre das letztere der Fall, dann müssten die römischen Juristen, welche einen Putativtitel nicht anerkannten, auch von einer usucapio pro legato abgesehen haben. Jedoch gerade Gelsus und Ulpian, die zur genannten Richtung gehörten, billigten, wie aus D. 41, 3, 27 hervorgeht, eine pro legato usucapio durchaus, bei welcher Gelegenheit sie heftig gegen die Putativtitel polemisieren. Sie wie auch andere Juristen erachteten das Dasein eines wirklichen Legates zur Begründung eines justus titulus für unbedingt notwendig: si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset, pro legato non usucapiam (D. 41, 8, 2). Als Gegner dieser Richtung zeigte sich Pomponius in l. 4 § 2 D. 41, 10. Wie hieraus erhellt, ist durchaus eine Scheidung zwischen einem justus titulus und einem Putativtitel zu machen.

Zum Dasein eines justus titulus pro legato musste zunächst irgend jemand A. den Willen <sup>gehabt</sup> haben, einem B. etwas zu vermachen. Die Tatsache, dass jemand etwas legieren wollte, ist notwendig und ausreichend, um den als Verwirklichung dieses Willens erworbenen Besitz pro legato zu benennen. Der Satz "pro legato potest usucapi, si legatum sit" enthält in knapper Form die Bestätigung des Paulus. Anfangs blieb der Wille des Vermachens unberücksichtigt, wenn er nicht recte geäußert wurde; später, post magnas varietates, verlor die Form dem Willen gegenüber immer mehr an Boden.

Nicht ein giltiges rechtskräftiges Vermächtnis, sondern die Äusserung des Willens zu vermachen, nicht ein legatum als VERMÄCHTNIS, sondern ein legatum als Tatsache des VERMACHENS bildete die justa causa, quae sufficit ad usucapionem. Es muss also, wie hieraus hervorgeht, ein wirkliches Legat vorhanden gewesen sein, quia neque pro legato, neque pro donato .... usucapio valeat si .... nullum legatum sit. Es seien hier zur näheren Illustrierung einige Beispiele angeführt. Ein nullum legatum wäre z.B., wenn jemandem durch den Belasteten infolge einer Verwechslung ein Legat übergeben wurde z.B. statt dem Titius einem Sempronius. Die Ersitzung ist unzulässig, wenn dem Sempronius garnicht legiert worden war. Anders steht dagegen in D. 41, 8, 4: idem potest dici (i.e. subest justa causa quae sufficit ad



usucapionem) si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit. An sich war das Legat nichtig, wie aus D. 34, 5, 10 hervorgeht: Verius est in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademptionem autem in utrumque valere, indessen für den Fall alter eorum de se cogitatum existimaverit erachtete Paulus die Ersitzung für möglich, weil immerhin auch derjenige, der das Legat für sich in Anspruch nahm, der wirklich Bedachte gewesen sein konnte; um aber jeden Gedanken an die Möglichkeit eines Putativtitels auszuschalten sagt er ausdrücklich: *subest iusta causa*. Dafür, dass ein Legat vorhanden gewesen sein musste, spricht auch der Fall, wenn statt des wirklich legierten Sklaven A. der Sklave B. irrtümlicherweise tradiert wurde. Ein Titel mangelt in diesem Falle; wenn dagegen Pomponius trotzdem eine Usucapion gestattete, so zeigte der Wortlaut der betreffenden Stelle, dass von einem *justus titulus* nicht die Rede sein kann. Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet. Wie bekannt, gehörte Pomponius zu der Richtung, die in allen Fällen der pro suo usucapio einen Putativtitel glaubten annehmen zu müssen.

Neben dem Vorhandensein eines wirklichen Legats ist die Fähigkeit des Bedachten, Erbe, Legatempfänger u. a. sein zu können, als essentielles Erfordernis anzuführen (si poterit heres esse Nov. 22 c. 22). Nemo potest legatorum nomine usucapere nisi is, cum quo testamenti factio est, quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur D. 41, 8, 7. Es gab nämlich abgesehen von den Peregrinen, die überhaupt von der Usucapion ausgeschlossen waren, Personen, denen wohl Fideicommissa, nicht aber Legate oder Erbschaften zugewandt werden konnten. Später fiel zwar der Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen fort; wenn die Kompilatoren diesen Satz dennoch aufnahmen, so beruht das darauf, dass es zur justinianischen Zeit Leute gab, die an dem letztwilligen Vermögensverkehr überhaupt keinen Teil hatten. Ihrer ist bereits an anderem Ort Erwähnung geschehen.

Ein weiteres Erfordernis war, dass der Legatbesteller kein quiritarisches Eigentumsrecht an der Sache gehabt haben durfte, wobei natürlich die bona fides des Ersitzenden die notwendige Vorbedingung zur Usucapion war. Ea res, quae legati nomine tradita est, quam vis dominus eius vivat, legatorum tamen nomine

usucapietur und si is cui tradita est, mortui esse existimaverit (D. 41, 8, 5, und D. eod., 6). Hier ist nunmehr der Unterschied zwischen der pro legato und der pro herede usucapio gegeben. Eine derartige Usucapion war, wie gesagt, nach D. 41, 5, 1 nicht zulässig. Was die Art der Besitznahme anbetrifft, so ist darüber nichts genaueres bekannt. Es wird lediglich in D. 41, 8, 8 gesagt, dass die Tradition kein essentielles Erfordernis darstellte, wenn man sonst nur sine vitio in Besitz des Legates gelangt war. Das "sine vitio" bezog sich ohne Zweifel auf die Realisierung des schon oben erwähnten Willens zu vermachen. Bis zu diesem Punkte waren sich die Juristen in Bezug auf die Merkmale des *justus titulus* einig. Bei der Lösung der Frage jedoch, ob der faktische Irrtum über die Giltigkeit des Legates dem Legatar schade oder ob sie einen Titel begründen könne, gingen die Meinungen auseinander, bis schliesslich die letzte Ansicht endgiltig allgemeine Anerkennung fand: pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur; in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. Auch hier ist an einen putativen Titel nicht zu denken. Zudem verwarf Paulus eine Ersitzung auf Grund eines putativen Titels überhaupt. Was die Ersitzung auf putativem Titel anbetrifft, so gab es eine solche nicht, vielmehr wurde eine jede Usucapion, bei der man einen Putativtitel hätte annehmen können, nicht als pro legato, sondern als pro suo usucapio bezeichnet.

Somit erhellt, dass zum Dasein eines *justus titulus* pro legato folgendes notwendig war: eine Sache, die jemand als Vermächtnis sine vitio in Besitz nahm, musste wirklich legiert worden sein. Der Bedachte musste die Fähigkeit gehabt haben, bedacht zu werden und durfte nicht sofort Eigentümer der legierten Sache werden, dagegen musste er, ohne einen Rechtsirrtum zu begehen, <sup>Gründe</sup> gehabt haben zu glauben, dass er durch die Besitzergreifung sofort Eigentumsrechte an der Sache erhielt. Die Giltigkeit des Vermächtnisses für die Usucapion war irrelevant.

Vergleicht man nun die bisherigen Resultate bei den einzelnen Titeln, so ergibt sich ein für alle Titel gleichmässig geltender Grundsatz: zum Dasein eines *justus titulus* ist immer das Vorhandensein desjenigen Verhältnisses notwendig, von welchem der Titel seinen Namen hat. Hier zweigt sich nun der *titulus pro legato* ab, während für die anderen Titel noch eine andere allgemein giltige Regel



besteht: das betreffende Verhältnis muss <sup>et</sup> juristisch vollkommen perfekt und gültig sein. Nun aber verfolgt jeder Titel seinen eigenen Weg. Es fragt sich, ob sich nicht trotzdem ein gemeinsamer Grundzug feststellen lässt, welcher mehr innerlicher Natur ist, als die genannten Regeln. Verschiedene Juristen haben einen solchen Grundzug in dem Parallelismus zwischen dem sofortigen Eigentumserwerb und dem justus titulus usucapionis sehen wollen. Ein solcher Parallelismus hat in der Tat im älteren Rechte bestanden, später jedoch nicht mehr. Es soll weiter unten auf diesen Punkt näher eingegangen werden. Nichtsdestoweniger besteht in allen Titeln gemeinsamer Grundbegriff, wie aus einem Ausspruch des Paulus hervorgeht: *genera possessionis tot sunt, quot et causae acquirendi eius, quod nostrum non sit, velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae deditio, pro suo*. In demselben Sinne spricht Gaius von den "justae causae acquirendarum rerum". Dass darunter die Rechtfertigungsgründe des Eigentums zu verstehen sind, soll hier gezeigt werden.

Ein jedes Geschäft, welches vermögensrechtliche Folgen nach sich zieht, hat zwei Seiten: eine rein juristische und eine wirtschaftliche. Unter der juristischen Seite ist die Entstehung, Veränderung und Aufhebung von Vermögensrechten zu verstehen, wie z.B. die Begründung von Eigentum, von Servituten u.a.m. Jedoch genügt dieses keineswegs, um den Charakter eines vermögensrechtlichen Geschäfts näher zu bestimmen, es ist vielmehr neben der juristischen noch die wirtschaftliche in Betracht zu ziehen, um ein genaues Bild von dem Geschäft zu erhalten. Unter der wirtschaftlichen Seite versteht man "die Rolle, die das Geschäft nach dem Willen der Beteiligten in der Verkehrs- und Güterbewegung als solcher zu spielen berufen ist." Es handelt sich hierbei darum, ob das Geschäft ein Tausch-, Kauf-, Vergleichs-, Leihgeschäft, ob es eine Schenkung, eine Darlehenbestellung oder etwas anderes gewesen ist. Es ist ohne weiteres einleuchtend, dass für den Verkehr dem Inhalt dieser zweiten Seite die überwiegende Bedeutung der juristischen Seite gegenüber zukommt. Nicht darauf kommt es praktisch an, ob eine bestimmte Summe Geldes in bar oder in Wechseln zur Auszahlung kam, von Bedeutung ist es, ob dieses Geld als Darlehen, Geschenk, Mitgift, oder als etwas anderes gegeben wurde. Dieses geht schon vor allem aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch hervor. Kein Mensch wird sagen: ich

besitze die Sache, weil sie mir mit <sup>dem</sup> Willen der Eigentumsübertragung übergeben wurde. Fragte man ihn nach dem Rechtfertigungsgrund seines Besitzes, würde er antworten: ich habe die Sache gekauft, eingetauscht, oder auf diesem oder jenem Wege erworben.

Wenn hier von den zwei Seiten die Rede ist, so ist das nicht so zu verstehen, als ob es sich hierbei um zwei verschiedene Geschäfte handelt, die zeitlich von einander getrennt sind, sondern wir haben es lediglich mit zwei Seiten eines Geschäfts zu tun. Diese beiden Seiten stehen in einem gewissen Kausalverhältnis zu einander. Die Ursache, der Grund, ist die wirtschaftliche Seite, die von den Römern als *causa* bezeichnet wurde, und als deren Folge die juristische Seite erschien. Das allgemeine Rechtsbewusstsein betrachtete somit als den eigentlichen Rechtfertigungsgrund der juristischen Seite eines Geschäftes seine wirtschaftliche. Nur wenn das Geschäft nach seiner wirtschaftlichen Seite nichts vermissen lässt, ist ein genügender Rechtfertigungsgrund, eine *justa causa*, ein *justus titulus* seiner spezifisch juristischen Seite vorhanden. Hierzu ist ein doppeltes nötig: es muss das Geschäft zunächst im wirtschaftlichen Verkehr überhaupt zulässig sein und zweitens müssen alle die essentialen Erfordernisse, ohne deren Dasein das Geschäft recht<sup>3</sup>gültig nicht bestehen kann, vorhanden sein. Ebenso wenig darf aber natürlich auch die juristische Seite irgend welche Mängel in Bezug auf rechtliche Voraussetzungen aufweisen, die die Entstehung einer bestimmten von den Kontrahenten gewollten Wirkung bedingen. Es sei als Beispiel die Schenkung genommen. Hier lautet die erste Frage: sind die Erfordernisse einer gültigen Schenkung vorhanden? Dieses wäre nicht der Fall, wenn beide Parteien zueinander im Verhältnis von Ehegatten standen. Weiter fragt es sich, ob die Bedingungen einer Eigentumsübertragung vorhanden sind. Dieses traf z.B. nicht ein, wenn die Sache nicht Eigentum des Schenkenden gewesen war.

Aus diesem Beispiel geht hervor, dass der Mangel auf der einen Seite nicht notwendigerweise einen Mangel auf der anderen Seite bedingte. Unter solchen Umständen fragt es sich, was eintritt, wenn dem Geschäft nur auf einer Seite irgend welche Erfordernisse fehlten; ob davon das ganze Geschäft berührt wurde oder nicht. Bei letztwilligen Verfügungen betrachtete das Recht die beiden Seiten als eine un-



trennbare Einheit, so dass der Mangel auf der einen Seite die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes nach sich zog. Anders steht es bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden. Hier wird sowohl vom Recht als auch vom Verkehrsleben der wirtschaftlichen Seite die massgebende Bedeutung zugesprochen. Es lässt sich hierbei eine zwiefache Erscheinung beobachten.

1. Es gibt zunächst gewisse Rechtsakte von rein j u r i s t i s c h e r Natur, welche die ihnen entsprechende juristische Wirkung unabhängig von der causa erzeugen, wie z.B. die Stipulation, die Acceptilation u.a. Fehlt es an einer causa, so können gewisse Rechtsmittel (Conditionen, exceptio doli) gebraucht werden, um jene spezifisch juristische Wirkung wieder aufzuheben, zu entkräften oder das gestörte Wertverhältnis des Vermögens der Beteiligten durch Geld auszugleichen. Auf diese Weise brachte auch hier das Recht die Herrschaft des wirtschaftlichen Elements über das juristische zum Ausdruck.

2. Dagegen gibt es andere Rechtsakte, die gegen ihre causa nicht diese selbständige Stellung haben. Sie vermögen eine juristische Wirkung nur hervorzubringen, wenn eine justa causa vorhanden ist. Diese Akte werden im Gegensatz zu den in Ziffer 1. behandelten, welche man a b s t r a k t e A k t e nennt, als m a t e r i e l l e A k t e bezeichnet.

Bisher wurde angenommen, dass sich der vorhandene Mangel auf die wirtschaftliche Seite des Geschäftes bezieht. Wie steht es aber, wenn der Mangel in der juristischen Seite des Geschäftes enthalten ist? In einigen Fällen wird hier die Wirkung des ganzen Geschäftes aufgehoben. In anderen Fällen wird der gewollten wirtschaftlichen Wirkung durch Ersatz in Form von Geldleistungen Geltung verschafft. Und schliesslich gibt es Fälle, wo das Recht gewisse Mängel auf der juristischen Seite unbeachtet lässt und die gewollte juristische Wirkung zwar nicht sofort, aber erst nach Verlauf einer gewissen Zeit eintreten lässt, falls nur derjenige, dem diese Wirkung zugute kommen soll, sich nicht durch Unredlichkeit dieser Wohltat unwürdig gemacht hat. Zu den oben erwähnten materiellen Akten gehört u.a. auch die Tradition.

1. Im älteren Recht kam es nämlich weniger auf den animus domini transferendi et acquirendi an, es musste vielmehr ein genügender Rechtfertigungsgrund für die Eigentumsübertragung vorhanden sein.

Wessen es dazu bedurfte ist oben ausgeführt worden, nämlich Zulässigkeit des Geschäftes überhaupt und Vorhandensein aller der Bedingungen, die das Geschäft zu einem rechtsgültigen machen.

2. Hieraus liessen sich folgende Konsequenzen ziehen: war bei der Tradition keine übereinstimmende Meinung - der consensus - über die wirtschaftliche Seite vorhanden (A. schenkt dem B. eine Sache, dieser hält aber dieselbe für eine ihm als das übergebene Sache), so ging das Eigentum dennoch nicht auf B. über, obgleich vielleicht über die juristische Seite - den Eigentumsübergang - wohl ein consensus vorhanden gewesen sein mochte. Es ist klar, dass um die Richtigkeit des in Ziffer 1. aufgestellten Satzes zu beweisen, es genügt, das Zutreffen der in Ziffer 2. entwickelten Konsequenz des ersteren darzutun. Dieser Beweis fällt in der Tat nicht schwer. Die beste Illustration gibt dazu folgende Entscheidung Ulpian's in D. 12, 1, 18 pr. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum et puto nec mutuum esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia <sup>opinio</sup> acceperit. Das Geschäft war ungültig, da es weder eine Schenkung noch ein Darlehen ist - es fehlt die wirtschaftliche Seite. Doch abgesehen von diesem nur mittelbaren Beweisen gibt es Stellen, die direkt die Tradition von einer justa causa abhängig machen. Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi; harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus scilicet si ex justa causa traditae nobis sunt. Da auch die usucapio einer justa causa bedurfte, so scheint es wenigstens für das ältere Recht festzustehen, dass zwischen der Tradition und der Usucapio ein gewisser Parallelismus bestand. Nicht nur die Quellen weisen darauf hin, sondern auch eine logische Betrachtung zeigt die zwingende Notwendigkeit einer solchen Annahme. Da die Tradition nicht lediglich dazu diente, Eigentum zu begründen, sondern auch die miet- und leihweise Überlassung einer Sache durch die Tradition vollzogen wurde, so war es zweckmässig um die Sicherheit des vermögensrechtlichen Verkehrs zu festigen, sich nach dem wirtschaftlichen Charakter des Traditionsgeschäftes zu erkundigen, nicht aber die Tradition von der justa causa domini acquirendi zu emancipieren. Hat somit nur derjenige Anspruch auf direkten Eigentumserwerb, der zu seinen Gunsten eine justa causa anführen kann, so kann auch nur bei ihrem Vorhandensein billigerweise eine Usucapio verstatet werden. Fasst man nun das zuletzt Gesagte zusammen,



so ergibt sich, dass die Usucapion darauf hinzielte, erstens den Mangel des rein formlosen Übertragungsaktes bei den res Mancipi und zweitens den Mangel des Eigentums auf Seiten des letzten Besitzers zu verwischen. Im übrigen bedarf es zur Usucapion aller der Erfordernisse, die zum unmittelbaren Eigentumserwerb einer res nec Mancipi vom wahren Eigentümer nötig waren. Wohl bezogen sich nicht alle diese Erfordernisse auf die wirtschaftliche Seite, wie z.B. das Erfordernis der Giltigkeit der Tradition als solcher, nichtsdestoweniger bildete die *justa causa dominii acquirendi*, "die Probehaltigkeit des Geschäftes nach seiner wirtschaftlichen Seite" den eigentlichen Kern aller dieser Erfordernisse. Man fasste sie alle unter dem Namen *j u s t a c a u s a* oder *j u s t u s t i t u l u s* zusammen. Aber nicht allein bei dem Eigentumserwerb durch Tradition, sondern auch bei dem durch Occupation und Legat findet sich <sup>hier</sup> näml. Parallelismus. Was die Occupation anbetraf, so konnte auch hier bloss Eigentum erworben werden, wenn ein dem Rechtsbewusstsein genügender Rechtfertigungsgrund, eine *justa causa*, vorlag; als solche erschien die Dereliction des letzten Besitzers, die, wenn dieser Eigentümer gewesen, sofort Eigentum vermittelte, wenn aber nicht, so bloss Eigentumserwerb durch Ersitzung gestattete. Theoretisch anders stand es mit dem Legat. Hier wirkte der Mangel von Eigentum auch auf die wirtschaftliche Seite des Geschäfts, so dass eine *justa causa* im strengen Sinn nicht vorhanden sein konnte. Aber, sagt Fitting, "um praktisch die Analogie mit den Veräußerungsgeschäften unter Lebenden herzustellen, trug man kein Bedenken an der streng juristischen und theoretischen Analogie etwas zu opfern: nämlich hier ausnahmsweise von dem Erfordernisse der Rechtsgiltigkeit abgesehen und schon das tatsächliche Dasein des Legates als *justa causa* für eine Usucapion anzuerkennen".

Ungefähr im zweiten Jahrhundert n. Chr. begann man sowohl die Usucapion als auch die Tradition von der *justa causa* zu emancipieren. Diese neue Anschauung konnte sich jedoch im Justinianischen Rechte nicht durchsetzen. Maximian und Diocletian traten wieder mit aller Strenge für das Dasein einer *justa causa* für die Usucapion ein. Dagegen blieb die Tradition von der *justa causa* unabhängig und wurde zu einem abstrakten Akt. Hier laufen somit die Bedingungen des sofortigen Eigentumserwerbes und der Usucapion auseinander. Ein Hinweis auf die bisher gefundenen Resultate wird genügen diese zu bestätigen.

War die Ehe nichtig, so konnten dennoch Sachen, die dem vermeintlichen Ehemann als dos übergeben wurden, von diesem als Eigentum erworben werden; ein *justus titulus pro dote* war keinesfalls vorhanden. Ebenso wurde durch unwissentliche Bezahlung eines indebitum, an den ebenfalls im Irrtum befindlichen Empfänger wohl Eigentum vermittelt, dagegen kann, wie oben gezeigt, von einem *justus titulus pro soluto* nicht die Rede sein. Handelte es sich um einen vermeintlichen Kauf, so übertrug der Tradent, wenn er selbst Eigentümer war, dem Empfänger volles Eigentum; ein *justus titulus pro emptore* wurde dadurch nicht begründet. Alle diese Fälle beziehen sich lediglich auf das Justinianische Recht. Wie und warum in dieser Periode die Bedingungen des unmittelbaren Eigentumserwerbes und der Usucapion auseinanderlaufen, bleibe hier unerörtert. Es sollte nur gezeigt werden, dass ein Parallelismus in der oben genannten Art nicht als Grundgedanke, der durch alle einzelnen Titel hindurchgeht, zu bezeichnen ist. Es scheint vielmehr in dieser Deduction erwiesen zu sein, dass unter den *U s u c a p i o n s t i t e l n* die *j u s t a e c a u s a e a c q u i r e n d i d o m i n i i* d. h. DIE RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE DES EIGENTUMSERWERBES zu verstehen sind.

Die zweite Frage, mit der sich die vorliegende Arbeit zu beschäftigen hat, ist die Frage nach dem Wesen der bona fides und aller mit ihr im Zusammenhang stehenden Erscheinungen. Das Erfordernis der bona fides bestand, wie bereits aus der Betrachtung des *titulus pro herede* hervorging, nicht von Anfang an, sondern es ist das Produkt einer neueren Zeit. Eine weitere Bestätigung dessen findet sich darin, dass im älteren Rechte verschiedene Sachen usucapionsunfähig gemacht wurden, wie z.B. *res furtivae* und *vi possessae*, was wohl schwerlich bei Vorhandensein des Erfordernisses der bona fides nötig gewesen wäre. Auffallend ist dabei, dass der Charakter dieser Ersitzungshindernisse ein so ganz anderer ist, als er es gewöhnlich zu sein pflegte. Während es sich sonst um die Qualität der *S a c h e* handelte (*forum, bustum*), liegt in diesem Falle der Schwerpunkt in der Qualität des *B e s i t z e r w e r b e s*, die zu einer der Sache anhaftenden und gehörigen Eigenschaft gemacht wird. Auch die Juristen Brutus und Manilius scheinen die bona fides als Usucapionserfordernis nicht für notwendig gehalten zu haben, wie aus der Polemik des Paulus gegen sie in D. 41, 2, 3, 3 hervorgeht. Die betreffende Stelle lautet: .... *ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam*



thesaurum cepisse, quia nemo vis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Das Geld wird also ersessen, obgleich der Betreffende von demselben nichts wusste d.h. also: war ihm das Vorhandensein des Geldes bekannt, so ersass er es erst recht, denn sonst wäre der Zweck der polemischen Schlussbemerkung des Paulus: "non capiet, quia scit alienum esse", unverständlich. Genau festzustellen, wann die bona fides Erfordernis der Ersitzung wurde, ist nicht möglich.

Der Hauptfall der Ersitzung ist die usucapio rerum quae a non domino nobis tradita sunt. Die Institutionen (II, 6) erwähnen nur diesen Fall, und auch fast alle übrigen Quellenstellen beziehen sich auf diese Möglichkeit. Dasselbe Verhältnis findet sich bei der bona fides. Mit ganz wenigen Ausnahmen besprechen fast alle Stellen die bona fides in Rücksicht auf diesen Fall. An diesen Hauptfall der Ersitzung schloss sich im späteren römischen Recht eine neue Art der Ersitzung an, eine usucapio utilitatis causa. Diese neue Ersitzung beruhte auf einem Putativtitel und sollte dem Mangel des wahren Titels abhelfen. Der Glaube an die Giltigkeit dieses Titels wurde als Irrtum (error) bezeichnet; es wird verlangt, dass eine justa causa erroris vorhanden sei, dass der Irrtum nicht auf einer levis presumptio beruhe. Es scheint somit, als ob zwei Arten von bona fides bestanden hätten, umsomehr als zuweilen von dem Glauben an die Giltigkeit des Titels gesagt wird, der Erwerber habe bona fide gekauft. Während die erstere bona fides das Eigentums- oder Dispositionsrecht des Auctors zu ihrem Inhalt hat, bestand die andere Art der bona fides in dem Glauben, dass man durch ein giltiges ohne jeglichen Mangel vollzogenes Rechtsgeschäft erworben habe.

Die Frage ist nun, welche von diesen Arten für die vorliegende Untersuchung in Betracht kommt. Dazu muss bemerkt werden, dass sich diese beiden Arten nicht bloss durch ihren Inhalt unterscheiden, sondern auch ihre ganze Richtung ist <sup>eine</sup> völlig verschiedene. Die erste Art bezieht sich auf einen Dritten, den bei dem Erwerbe nicht konkurrierenden wahren Eigentümer der Sache. Hier soll die Usucapion die Eigentumsklage des wahren Eigentümers ausschliessen. Im Gegensatz hierzu bezieht sich die zweite Art der bona fides auf den anderen Kontrahenten, den Veräusserer; hier soll die Usucapion

der Klage des Veräusserers selbst begegnen. Dass es sich bei der Frage nach dem Wesen der bona fides um die bona fides der ersteren Art handelt, scheint nun ohne weiteres klar zu sein. Bona fides bezeichnet im allgemeinen und hauptsächlich ein ehrliches Verhalten, redliche Gesinnung, als Gegensatz zu dolus und fraus. Bona fides est contraria dolo et fraudi und zwar nicht bloss für Personen, die in einem Vertragsverhältnisse zu einander stehen, sondern auch im Verhältnis zu Dritten. Dieses zeigt schon vor allem die Formulierung des Begriffes eines malae fidei possessor als is qui sciens rem alienam possidet, qui intelligit rem alienam se possidere. Der andere Fall der bona fides <sup>hat mit der bona fides</sup> des Hauptfalles nichts gemein und soll auch nicht die Negation der Unredlichkeit anzeigen, sondern sie bedeutet nur des Erwerbers guten Glauben an den justus titulus.

Aus dem eben Gesagten ist also der Schluss zu ziehen, dass die Usucapion in der Hauptsache eingeführt wurde, um der Vindication des Eigentümers zu begegnen. Hieraus folgt, dass der eigentliche Inhalt der bona fides nicht im Glauben besteht, dass der Veräusserer Eigentümer sei. Pomponius sagt: domini potius quam servi voluntate spectandum, quod si peculiari tunc mente servi quaerendam. Die Worte "voluntas" und "mens" beweisen, dass der Kern der bona fides nicht irgend ein Irrtum in Bezug auf das Eigentumsrecht des Auctors darstellt, sondern die Absicht und Gesinnung des Erwerbers ist. Dieses entspricht auch dem wirklichen Hergang im Verkehr. Wer auf dem Markt, auf einer Auktion, in einem Geschäft kauft, denkt fasst nie darüber nach, ob der Veräusserer Eigentümer gewesen sei, solange er nicht durch bestimmte äussere Umstände zum Nachdenken geführt wird. Der unmittelbare innere Zustand des Erwerbers stellt sich vielmehr in dem Nichtwissen, dass die Sache eine fremde sei, dar.

Bevor hier auf die quellenmässige Begründung des eben ausgesprochenen Satzes eingegangen werden soll, sei noch folgendes eingeschaltet. Es haben verschiedene Juristen die Definition der bona fides als eine ethischen Grundsätzen widersprechende angesehen. Hierzu sei bemerkt, dass unredlich wohl der handelt, welcher wissentlich, mit dem Willen es zu tun, fremde Rechte verletzt. Demjenigen, der es nicht wissentlich tut, können wohl Leichtsinns und Unbedachtsamkeit vorgewor-



fen werden, ihm können aus diesen Gründen auch irgend welche nachteilige Folgen erwachsen, oder Vorteile entgehen; es kann ihm aber nicht Unredlichkeit vorgeworfen werden. Wie schon gesagt, kann es bloss auf die Gesinnung, auf die Überzeugung der betreffenden Person ankommen und diese war beim Nichtwissen keineswegs dolos.

Die bona fides bei der Ersitzung verlangt: handle nicht unrecht an dem Eigentümer der Sache, welche du von einem anderen erwerben willst. Die mala fides besteht in dem unehrlichen, dolosen Handeln gegen den wahren Eigentümer d.h. in dem wissentlichem vorsätzlichem Vergreifen an fremdem Gut. So wird denn auch in vielen Quellenstellen die mala fides geradezu als dolus bezeichnet: in hac (Publiciana) actione non oberit mihi, si successor sum et dolo feci, cum is in cuius locum successi bona fide emisset. Es ist die Handlungsweise dessen, der wissentlich eine fremde Sache kauft, ~~ist~~ ebenso unsittlich, wie die des Diebes. Gaius II, 49 nennt auch den Dieb einen malae fidei possessor, und diejenigen, welche von einem Sklaven Peculiarsachen kauften, wissend dass dieser nicht liberam peculii administrationem hat, furti actione tenentur. Neben dieser indirekten Beweisführung lässt sich die Richtigkeit des hier vertretenen Standpunktes über das Wesen der bona fides noch durch verschiedene Quellenstellen unmittelbar dartun. So sagt beispielweise D. 50, 16, 109: bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

Gegen die hier vertretene Ansicht ist von mancher Seite verschiedenes eingewandt worden. So hat namentlich Bruns versucht, durch Quellenbeweise die Hinfälligkeit dieser Ansicht darzutun, indem er zum Resultate gelangte, dass unter bona fides die auf gewissenhafte Überlegung gegründete positive Überzeugung zu verstehen sei. Wohl gibt er zu, dass auch das "Nichtwissen" Redlichkeit begründe, unterscheidet aber zwischen einer "niederen" und einer "höheren" Redlichkeit. Die Moral und die rechtliche Ethik, deduziert Bruns, begnügen sich nicht mit der gewöhnlichen Redlichkeit, sondern nehmen einen höheren Standpunkt ein. Sie fordern, dass man Überlegung anwende, um Unrecht zu vermeiden. Das Prinzip der bona fides sei nicht ein psychologisches, sondern ein "ethisch-rechtlich-commerzielles".

Einen Nachweis, dass die rechtliche Ethik solche

Anforderungen stelle, hat Bruns nicht erbracht, und dass die Moral bei Rechtsfragen eine entscheidende Stimme nicht hat, ist bekannt. Überlegen heisst, seine Aufmerksamkeit auf alle Seiten eines Vorhabens richten. Sollte nun derjenige, der in einem Geschäft, auf dem Markt u.s.w. etwas kauft, gehalten sein, nach allen Seiten zu erwägen, ob der Veräusserer zum Verkauf der Sache befugt sei oder nicht, und ob nicht Rechte eines Dritten durch den Kauf verletzt würden? Das Erfordernis der Überlegung ist mit den Gesetzen und Bedingungen des Verkehrs unvereinbar; es würde denselben, statt ihn zu fördern, geradezu brachlegen. Gegen das Prinzip der Überlegung spricht sich denn auch Papinian in D. 41, 3, 44 pr. aus, indem er sagt, das öffentliche Interesse erfordere, dass man bei den tagtäglich vorkommenden Geschäften, (propter assiduum et quotidianam comparationem servorum) auf Überlegung keinen Anspruch machen dürfe, sondern sich vielmehr mit der "ignorantia" begnügen müsse. Eine ganze Reihe weiterer Stellen zeigen, dass in der Regel gewissenhafte Überlegung zur Begründung der bona fides nicht verlangt wurde. Die Bürgen, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, sciens et prudens auxilium appellationis omiserunt, .... dolo versati sunt, si non provocaverunt igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est, (D. 17, 1, 8, 8). Dolus ist erst dann vorhanden, wenn dem Bürgen bekannt ist, dass er Einreden vorschützen oder Appellation einlegen kann. Es wird aber nicht verlangt, dass er sich darum kümmern solle, ob dergleichen Rechtsmittel gegeben sind. D. 20, 4, 9, 3. sagt: si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, i.e. si ignoravit Maevio obligatum esse. Da nun hier die Basis der bona beziehungsweise mala fides lediglich das Nichtwissen resp. das Wissen ist, so erscheint es unzulässig, ein "Wissen-Können" oder "Wissen-Sollen" noch hineinzuschieben. Nicht ganz bedeutungslos für diese Frage ist der Umstand, dass die römischen Juristen überall dort, wo beim dem scire oder ignorare das Moment der Überlegung in Betracht kommen soll, dieses ausdrücklich betonen, wie z.B. in D. 14, 6, 19: qui sciret aut scire potuisset, D. 21, 1, 14, 10: vitia quae quo ignoravit vel ignorare potuit u.a.m.

Wenn Bruns ferner etwas aus der von ihm behaupteten Analogie der Verträge und der Usucapion für die bona fides folgern will, so



treten dem die Aussprüche der römischen Juristen entgegen. D. 41, 4, 2, 1 sagt: *separata est causa possessionis et usucapionis*; nam *vere dicitur* quis emisse, sed *mala fide*: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet non capiet und D. 41, 4, 8. quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? Das heisst: die bona fides bei der Ersitzung besteht darin, dass man nicht wissentlich von einem Nicht-eigentümer erwirbt. Mag das dem Erwerb zugrunde liegende Rechtsgeschäft noch so gut allen Erfordernissen eines bonae fidei negotium entsprechen, so geht die Ersitzung dennoch nicht vonstatten, wenn die bona fides usucapionis mangelt. Am deutlichsten zeigt <sup>sie</sup> die Verschiedenheit der bona fides bei den Verträgen und bei der bonae fidei possessio in Bezug auf die fructus bona fide percepti. Nach D. 26, 7, 32, 2 und D. eod. 58, 1 haftet der Vormund dem Pupillen gegenüber für fructus quos bona fide percepit aut percipere potuit. Dagegen sind bei dem bonae fidei possessor die fructus bona fide percepti diejenigen, welche er in Unwissenheit darüber, dass er fundum alienum besitzt, gezogen hat.

Als ein weiteres Argument für seine Ansicht führt Bruns D. 16, 3, 11 an: *quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddit ex bona fide*: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere eia quo accepit, *sic tamen, si sine dolo omni reddat*, hoc est, ut nec culpa suspicio sit. Denique Sabinus hoc explicuit addendo: *nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle* hoc ita est, si potuit suspicari, *ius ta scilicet ratione motus*: ceterum *sufficit bonam fidem adesse*. Von einer Überlegung ist in dieser Stelle nicht die Rede. Die bona fides schreibt hier vor, das depositum nicht abzuleugnen, sondern es dem zurückzugeben, der es übergeben hat. War dieser ein Sklave, so konnte auch der Herr das depositum zurückverlangen. Der Depositempfänger haftet bloss für dolus und grobe Verschuldung. Hiernach hat er sein Verhalten dem Herren gegenüber einzurichten, wenn er weiss, dass dessen Sklave die Sache deponiert hatte. Das depositum hat aber der Empfänger in der Regel dem Sklaven abzugeben (*servo rectissime reddit*). Nur dann, wenn der Depositempfänger gute Gründe hatte

zu glauben, dass der Herr die Rückgabe des Depositums an den Sklaven nicht wünsche (*si ulla causa intervenerit u.s.w.*), trat bei ihm die Veranlassung zur Überlegung <sup>ein</sup> ob er die Sache nicht vielleicht dem Herren zurückgeben müsse. Eine solche Überlegung ohne offensichtliche Veranlassung wird ihm nicht zugemutet - ceterum sufficit bonam fidem adesse, er gibt in gutem Glauben dem Deponenten die Sache zurück. Dasselbe sagt D. 16, 3, 31. Wenn der Dieb eine gestohlene Sache deponierte, so war sie in der Regel dem Diebe zurückzugeben; meldet sich aber der Eigentümer und weist sich als solcher aus, so ist sie diesem auszuhändigen.

Aus allen diesen Stellen erhellt, dass die bona fides in Hinsicht auf dritte Personen, in <sup>ter</sup> quas contractum non est, nur darin besteht, dass man ihr Recht nicht wissentlich verletze, sorgfältige Überlegung ist nicht nötig. Wohl mag diese Auffassung unserem sittlichen Gefühl widersprechen, jedoch wussten die Römer als gute Praktiker, sehr genau, dass der Satz *fiat iustitia, pereat mundus* in praxi undurchführbar sei, dass vielmehr das praktische Leben immer einen Kompromiss verlangt.

Die nächste zu erörternde Frage ist die des Irrtums bei der wahren bona fides. Es handelt sich also hier nicht um den Irrtum in Bezug auf den Titel, sondern nur hinsichtlich des Eigentums- und Dispositionsrechts des Auctors. Der Irrtum lässt sich in zwei Gruppen einteilen: 1. tatsächlicher Irrtum und 2. Rechtsirrtum. Unter dem tatsächlichen (faktischen) Irrtum versteht man den Irrtum über Tatsachen. So liegt z.B. ein tatsächlicher Irrtum vor, wenn es sich nachträglich erweist, dass der Händler, von dem eine Sache gekauft wurde, nicht Eigentümer gewesen war. Der Käufer befindet sich in diesem Fall, wenn er bona fide kaufte, im faktischen Irrtum über die an der Sache bestehenden Eigentumsrechte. Unter Rechtsirrtum versteht man den Irrtum in Betreff der Normen des objektiven Rechts. In allen Fällen, in welchen jemand in der Lage ist, sich, sei es zum Zwecke des Angriffs, sei es zum Zwecke der Verteidigung, wie dieses bei der Ersitzung der Fall ist, auf einen Irrtum zu berufen, entsteht naturgemäss die Frage, ob ein jeder Irrtum hinreicht, oder ob eventuell zwischen einem entschuldbaren oder einem unentschuldbaren Irrtum unterschieden werden muss, ob Rechtsirrtum und tatsächlicher Irrtum eine verschiedene Wirkung hervorrufen. Hier soll das wechselseitige Verhältnis zwischen Rechtsirrtum und faktischen Irrtum und seiner Entschuldbarkeit ei-



nerseits und der bona fides andererseits untersucht werden.

Ganz allgemein wird angenommen, dass der faktische Irrtum bona fides zu begründen vermag, strittig ist lediglich die Frage, ob dieses auch bei dem Rechtsirrtum zutrifft. Handelt es sich bei der wahren bona fides lediglich darum, dass man nicht wissentlich gegen den wahren Eigentümer der Sache unehrlich handelt, so ist die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums völlig belanglos.

In der Tat wird in den Quellen weder Abwesenheit des Rechtsirrtums noch die Entschuldbarkeit desselben verlangt. Die schärfste Bestätigung findet dieser Satz in J. II, 2, 3-5. Im § 3 der genannten Stelle wird gesagt, dass res furtivae nicht zur Ersitzung zugelassen werden sollen. Im Anschluss daran wird festgestellt, dass fremde res mobiles selten ersessen werden und zwar weil sie, mala fide veräußert, als res furtiva nicht ersitzbar waren. Es können also fremde bewegliche Sachen bloss ersessen werden, wenn der Veräußerer selbst bonae fidei possessor war. Mit verschiedenen solchen Fällen beschäftigen sich nun die §§ 4, 5. Wer irrtümlicherweise sich für den Erben hält und eine vermeintliche Erbschafts Sache veräußert, wer als Usufructuar einer ancilla glaubt, der partus derselben gehöre ihm und vendiderit aut donaverit furtum non committit: enim furtum sine affectu furandi non committitur; es fehlt also der dolus. Um aber jegliches Missverständnis auszuschalten, wird ausdrücklich gesagt bona fide alienavit. Es ist dagegen eingewandt worden, dass sich die letzteren Worte bloss auf den § 4 beziehen, der von einem factischen Irrtum handelt, und nicht auf den § 5 angewandt werden dürften; es seien vielmehr jene Worte absichtlich fortgelassen worden. Angenommen, dass es sich wirklich um einen factischen Irrtum handelte, was durchaus nicht ohne weiteres feststeht, da der Glaube an das Eigentumsrecht sehr wohl auf einem Rechtsirrtum beruhen kann, so spricht die Stelle lediglich von dem Glauben des Erben, ohne der Entschuldbarkeit des Irrtums Erwähnung zu tun. Was aber die Absichtlichkeit der Fortlassung der Worte "bona fide alienavit" anbetrifft, so scheint die Begründung derselben eine unrichtige zu sein. Diese Worte sind in der Tat absichtlich fortgelassen worden, aber bloss weil ihre Erwähnung sich als selbstverständlich erübrigte. Wenn die Stelle negativ sagt furtum non committit, so sagt sie damit implicite, dass der Betreffende in bona fide war, denn wäre er nicht in bona, sondern

in mala fide gewesen, so hätte er ein furtum begangen.

Eine andere Stelle aus den Pandecten sagt dasselbe. Diese Stelle (D. 5, 3, 25, 6) lautet: scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret. Gegen diese Stelle ist zunächst eingewandt worden, dass das SC. Juventianum (D. 5, 3, 20, 6c) unter den unberechtigten Erbprätendenten nur zwei Gruppen unterschied: 1. eos qui bona invassissent, cum scirent ad se non pertinere und 2. eos qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent. Die ersteren wurden streng als praedones behandelt, die anderen wurden milder beurteilt. Nun hätte es aber notwendigerweise zwischen diesen eine Mittelstufe gegeben, "qui sine justa causa irrten", also namentlich die im Rechtsirrtum befindlichen. Für diese bestand aber keine besondere Behandlung, und so wären auf sie die Grundsätze derjenigen qui justas causas habuissent angewandt worden, um ihnen die Nachteile des dolus, die ihnen aus der Behandlung als praedones erwachsen würden, zu ersparen. Dieses beziehe sich jedoch bloss auf die Erbschaftsklagen, nicht aber etwa auch auf die Usucapion, wo gerade das Gegenteil einträte. Das Resultat ist ein etwas eigentümliches: was bei der hereditatis petitio bonae fidei possessio ist, ist bei der Usucapion malae fidei possessio. Wie es möglich sein kann, dass der Begriff der bona fides bei ein und demselben Verhältnis - der possessio - ein jeweilig verschiedenes sein kann, ist unerfindlich. Dieses ist denn auch in den Quellen anerkannt. Nicht eine Quellenstelle deutet eine Verschiedenheit des Begriffes nach der Verschiedenheit der Folgen an. Aus diesem Grunde muss also auch, was in D. 5, 3, 25, 6 von der Erbschaftsklage gesagt ist, für die Ersitzung Geltung haben. Der zweite Einwand, der schon bei der vorigen Quellenstelle erhoben worden ist, ist, dass der praedo bloss der konträre Gegensatz des bonae fidei possessor, nicht aber sein kontradiktorischer Gegensatz ist, somit also die Negation des Praedoseins nicht ohne weiteres die Bejahung der bonae fidei possessio darstellt. Dieser Ansicht widersprechen direkt die Quellen; sie besagen nämlich, dass praedo jeder malae fidei possessor ist. Dieses betonen unter anderem D. 5, 3, 25, 17: sive bonae fidei possessor fuit und l. 28 cit.: omne lucrum

Auch bei mala fide supervenit? Die doch bei Peril  
pet. von Bedeutung ist



auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni. Zu den bonae fidei possessores zählen also alle Besitzer, welche überhaupt einen Grund zum Glauben hatten, ob er entschuldbar war oder nicht, ob es ein Rechtsirrtum war oder ein faktischer darauf kommt es nicht an. Am klarsten sagt dieses Ulpian in D. 5, 3, 20, 12: haec adversus bonae fidei possessores, nam ita senatus locutus est: eos qui se heredes existimassent. Das existimare ohne alle Entschuldbarkeit genügt. Um den Beweis zu Ende zu führen, dass der Rechtsirrtum bona fides nicht ausschliesst, bleibt nun noch die Auslegung aller der Stellen übrig, die dieser Ansicht zu widersprechen scheinen. Es sind dies in der Hauptsache folgende. D. 41, 3, 31 pr. sagt: n u m q u a m in usucapionibus iuris error possessori prodest und fährt dann fort: si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit. Wie hieraus erhellt, bezieht sich das Gesagte nicht auf die bona fides im obigen Sinne, sondern auf den Irrtum in Betreff des Titels. Dass der Rechtsirrtum hinsichtlich des Titels, auch wenn er noch so entschuldbar ist, keine Wirkung haben kann, ist ganz erklärlich. Bei der Ersitzung kann wohl an Stelle eines wahren Titels ein bloss geglaubter zugelassen, nicht aber gestattet werden, dass an Stelle eines wahren Rechtssatzes, welcher das Geschäft beherrscht, ein falscher, ein bloss vermeintlicher Rechtssatz von dem Erwerber gesetzt werde. Wenn von dem Irrtum in Betreff des Titels gesagt wird, dass er tolerabilis sein müsse, nicht auf einer levis praesumptio beruhen dürfe, so heisst das nicht, dass er entschuldbar sein soll, sondern er muss glaubhaft <sup>mit geschicklichkeit</sup> sein, wenn jemand beispielsweise zum 1. November zu einem Termin vorgeladen wird und er sein Nichterscheinen damit entschuldigen will, dass er nicht gewusst habe, dass dieser Tag der 1. November gewesen sei, so erscheint diese ignorantia nicht gerechtfertigt. Eine absolute Trägheit und Sorglosigkeit in Betreff seiner eignen Angelegenheiten kann schon nicht mehr als Irrtum gelten. Die andere Stelle (D. 41, 4, 2, 15) lautet: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. Für diese Stelle gilt das gleiche, wie für die vorhergehende. Was nun aber die Worte "nunquam" und "nulli" prodest anbetrifft, so erklären sie sich daraus, dass die römischen Juristen bei der wahren bona fides niemals von einem "error" sprechen. Und in der Tat handelt es sich

Hierbei auch nicht um ein falsches Meinen - einen Irrtum. Nun bereitet auch die Auslegung dieser Worte keine Schwierigkeit; wo und wann bei der Usucapion (wahrer) error in Frage kommt, soll Rechtsirrtum nunquam und nulli prodesse. Gesetzt aber auch den Fall, dass die beiden genannten Stellen ohne Einschränkung auf die ganze Usucapion Bezug nehmen, so folgt daraus für das V o r h a n d e n s e i n beziehungsweise N i c h t v o r h a n d e n s e i n der bona fides noch gar nichts. Keine einzige Stelle in den Rechtsquellen bestreitet das Dasein einer bona fides, die sich auf Rechtsirrtum gründet oder gestattet die Annahme eines dolus. (Im Gegenteil wird in D. 5, 3, 25, 6 ausdrücklich bezeugt, dass Rechtsirrtum den dolus ausschliesst.) Es ist dann lediglich gesagt, dass bei der U s u c a p i o n der gute Glaube u n w i r k s a m sein soll, nicht aber, dass er überhaupt fehlt. Als Letztes sei noch die vielbestrittene Pandectenstelle D. 41, 3, 32, 1 angeführt: si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, quia non bona fide videatur possidere vel quia in iure eranti non procedat usucapio. Pomponius kann an dieser Stelle das "non putat per leges licere usucapere" nicht auf die Usucapionsverbote und die vitia rei bezogen haben: die bona fides hat mit diesen beiden nichts zu schaffen, sagt doch Ulpian selbst an einem anderen Ort: ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest. Er kann somit in D. 41, 3, 32, 1 nur an die bona fides beim Titel gedacht haben, z. B. es meinte jemand er könne nicht usucapieren, weil er von einer Frau sine tutoris auctoritate eine res Mancipi gekauft hat. Ein solcher ist allerdings nicht in "bona fide" d. h. er glaubt nicht, dass er einen rechtmässigen Titel für sich habe. Somit scheint mir also erwiesen, dass jede Art von Irrtum, sei er "entschuldbar" oder "unentschuldbar", faktischer oder Rechtsirrtum, imstande ist bona fides zu begründen. D. 41, 4, 2 § 15 2

Die nächste Frage ist die Frage nach dem B e w e i s der bona fides. Die Ansichten über diese Frage sind sehr geteilt, so sagt z. B. Windscheid in seinem "Lehrbuch der Pandecten" § 177 Ziffer 4: "Der gute Glaube als etwas rein Innerliches kann nicht direkt bewiesen, es kann nur auf denselben aus den die Besitzergreifung begleitenden Umstände geschlossen werden." Es sollen Umstände angeführt und bewiesen werden, welche den Schluss auf den guten Glauben und seine



Entschuldbarkeit rechtfertigen." Es lässt sich dieses sehr leicht verlangen, aber wie sollen dann praktisch solche Umstände bewiesen werden? Der Käufer kann nachweisen, dass er dieses oder jenes gekauft habe, hier, dort, oder sonst irgendwo. Und die "Umstände"? Etwa die Zuverlässigkeit des Verkäufers? Er <sup>kaufte</sup> von einem ihm gänzlich Unbekannten, etwa auf der Reise im nächsten besten Geschäft. Des Käufers eigene Zuverlässigkeit? Sollte der Richter wirklich in jedem einzelnen Falle gehalten sein, eingehende Erkundigungen über die Zuverlässigkeit beziehungsweise Unzuverlässigkeit des Betreffenden einzuziehen?

Andere wie z.B. Wächter, Ihering schliessen den Beweis der bona fides völlig aus. Da das Erfordernis der bona fides zu Gunsten des Eigentümers eingeführt wurde, so scheint es natürlich, dass dieser die mala fides zu beweisen hat. Dieses ist auch natürlich, da die mala fides immer dolus bedeutet, der dolus aber von demjenigen zu beweisen ist, der sich auf ihn beruft. Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet, heisst es in D. 22, 3, 18, 1. Zudem zeigt die Statistik, dass unter Millionen von Fällen, wo sich der Käufer in gutem Glauben befand, kaum einer zu finden ist, wo dieses nicht der Fall war. Es wäre ja fast zweckwidrig, einen solchen Beweis zu verlangen, wie dieses Windscheid tut. Es sind zwar weder für noch gegen diese Ansicht direkte Nachweise in den Quellen zu finden, jedoch vertrat schon die Glosse diesen Standpunkt. Ebenso wie in der heutigen und früheren Gerichtspraxis dürfte auch das römische Recht a priori die Redlichkeit vorausgesetzt und dem klagenden Eigentümer den Beweis der mala fides zugeschoben haben.

Anders liegt es mit dem Beweise des Irrtums in Betreff des Titels. Hier hat zweifellos der Usucapient den Beweis zu führen. Die Regel erfordert einen justus titulus, ohne welchen eine Usucapion eigentlich garnicht statthaft wäre. Der "gute Glaube" an den Titel soll jedoch eine dem wirklichen Titel annähernd ähnliche Wirkung haben. Die Berufung auf den Irrtum ist also als die Begründung eines Quasi-Titels aufzufassen, dessen Beweis dem Ersitzenden zufallen muss, da er sich von dieser Berufung gewisse Vorteile verspricht.

Weiter fragt sich an welchen Zeitpunkt, die bona fides vorhanden sein muss. Bei dem Erwerbe durch Kauf kam es, wenn auch selten vor, dass zwischen dem Kaufkontrakt und der Tradition ein gewis-

ser Zeitraum lag. Es kommen hierbei drei Möglichkeiten in Betracht:

1. Die Zeit des Kaufkontraktes, 2. die der Tradition und 3. die Zeit sowohl des einen als auch des andern.

Die erste Möglichkeit kommt nicht in Betracht, da der Käufer nicht im Besitz der Sache ist, eine Usucapion also nicht stattfinden kann. Für die zweite Möglichkeit trat Papinian ein indem er sagte: .... traditionis tempus inspiciendum remque meam fieri und im § 2 weiter fortführt: "etsi possessionis non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspicere placet. Auch Sabin und Cassius entschieden sich nach D. 41, 3, 10 pr. für das traditionis initium spectandum. Mit dieser Auffassung waren jedoch nicht alle Juristen einverstanden. Besonders polemisierte dagegen Paulus: .... igitur et bona fide emissae debet et possessionem bona fide adeptus esse, heisst es in D. 41, 4, 2 pr. i. f., auch scheint diese Ansicht später allgemein anerkannt gewesen zu sein. Jedoch gilt diese Bestimmung bloss für Erwerb durch Kauf, in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus. Wohl kaum der Erwähnung bedarf es, dass jemand, der von einem Besitz für sich nichts weiss, weder in bona fide noch in mala fide sein kann. Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam (D. 41, 3, 47).

Alle bisherigen Betrachtungen hatten die Voraussetzung, dass der Besitzerwerber und der Usucapient in einer Person vereinigt sind. Verwickelter gestalten sich die Verhältnisse, wenn der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wurde. In diesem Falle ist nicht die bona fides des letzteren massgebend, sondern die des Vertretenen, natürlich zu der Zeit, als er erfuhr, dass er in den Besitz der betreffenden Sache gelangt ist. Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, bestimmten Severus und Antonius in C. 7, 32, 1. Anders verhält es sich aber, wenn der Besitz ohne Willen des Vertretenen von seinem Stellvertreter erworben wurde: hier ist die bona fides des Vertreters massgebend. Dasselbe war der Fall, wenn der Besitz durch Dritte, die ein allgemeines Mandat hatten, erworben wurde. Z.B. bei dem Erwerb "ex causa peculiari" (D. 41, 4, 2, 10). Eine Sonderstellung nahm auch hier der Erwerb durch Kauf ein; bei ihm sind wiederum zwei Zeitmomente, die emptio und die traditio zu beobachten. Die Frage nach der bonae fidei emptio wird nach der Person des Vertreters entschieden, gleichviel ob er Freier oder Sklave, sui oder alieni iu-



ris war: ....si servus meus emit, dolus eius erit spectandus, non meus (D. 6, 2, 7, 13). Anders liegen die Dinge aber beim Erwerbe, bei der Tradition; hier kommt die fides des Vertretenen in Betracht. Abgesehen von der Stellvertretung können noch andere Fälle eintreten, wo die Person des Vertragsschliessenden und die des Erwerbers getrennt sind. Einen solchen Fall behandeln Papinian und Ulpian. Angenommen, A. hat einen Kaufvertrag geschlossen, die Sache kann ihm aber aus irgend welchen Gründen nicht tradiert werden, er stirbt, und es succediert sein Erbe in den Kauf. Auch hier wird nach demselben Prinzip wie bei der Stellvertretung entschieden. Bei Beurteilung der Frage über die bona fides beim Vertragabschluss kommt lediglich die Person des Verstorbenen in Betracht. In hac actione, meint Ulpian in D. 6, 2, 7, 12, non oberit mihi, si successor sum et dolo feci, cum is, in cuius locum successi, bona fide emisset. Die bona fides für den Besitzerwerb dagegen wird nach anderen Gesichtspunkten beurteilt: hier ist die bona (bzw. mala) fides des Besitzerwerbers, des Erben massgebend. Heres eius, qui bona fide rem emit, usu non capiet sciens alienum, si modo ipsi possessio tradita sit: continuatio vero non impeditur heredis scientia (D. 41 3, 43pr.).

Die bona fides ist nicht während der ganzen Ersitzungszeit notwendig. Die alte Regel lautet: mala fides superveniens non nocet. Donellus jedoch wollte zwischen Mobilien und Immobilien unterschieden wissen; er sagte: mala fides superveniens iure civili non impulit, nisi in rebus mobilibus; er behauptete, dass durch die scientia alieni "mobiles ipsae fiunt furtivae. Res autem furtivae usucapi non posse." Dagegen: Quod accedit in rebus immobilibus, quae a malae fidei possessore possessae non ideo aut vi possidentur aut fiunt furtivae, cum earum rerum furtum fieri non possit. Erst das canonische Recht verlangte das Vorhandensein der bona fides die ganze Ersitzungszeit hindurch: .... qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alieni (cap. 20, X de praescriptionibus 2, 26).

Die letzte Frage, mit der sich der zweite Teil der vorliegenden Arbeit zu beschäftigen hat, ist die Frage nach dem Einfluss der Rechtsbelehrung auf die bona fides. Die Mehrzahl der Juristen sind sich darüber einig, dass eine fehlerhafte Rechtsbelehrung bona fides begründen könne, jedoch sind von einigen neueren Juristen, wie namentlich von Bruns, gegen diese Anschauung Einwände erhoben worden. Es möge mir gestattet sein zur Widerlegung der von Bruns

angeführten Argumente, ein praktisches Beispiel anzuführen. Angenommen, es handele sich um die Besitzergreifung einer Sache durch einen A. Er geht, um sich etwaige Unannehmlichkeiten, falls er zur Besitznahme nicht berechtigt sein sollte, zu ersparen zum Rechtsanwalt B.; dieser erteilt ihm eine Rechtsbelehrung, die aber, gesetzt, falsch sei. Sollte diese unrichtige Rechtsbelehrung A. nützen, so würde das, meint Bruns, ein "heilloses Resultat" ergeben. Ein leidlich geschickter Advokat, könne ohne viel Mühe für seinen Klienten die "nötige bona fides" zusammen "construieren". Der Advokat handelt also unredlich. Nun handelt aber doch jemand nur zu einem bestimmten Zwecke unredlich. Dieser Zweck ist aber hier nicht recht ersichtlich. Ein materieller kann es nicht sein, denn das Honorar für die Konsultation bleibt sich gleich, ob er dem Klienten die "nötige bona fides" zusammen "construiert" oder nicht; dagegen auf einen Prozess zu speculieren, der eventuelle aus seiner falschen Rechtsbelehrung entspringen könnte, zu dem er dann eventuelle als Anwalt herbeigezogen werden könnte, ist noch viel unwahrscheinlicher, als die Spekulation des Arztes, der seinem Patienten zu einer unnützen Operation rät, aus der er vorteilen könnte. Bruns' Argument vom "Zusammenconstruieren" der nötigen bona fides ist somit zum allermindesten unwahrscheinlich. Selbst wenn der Belehrende wider besseres Wissen sein Urteil abgibt, ohne dass das der Belehrte weiss oder beurteilen kann, und dieses unredliche Verfahren des Rechtsbeistandes von Gesetzes wegen zu Ungunsten des Klienten ausschlagen sollte, so würde in der Weisung des Gesetzes, sich an die Rechtskundigen zu wenden, eine höchst sonderbare Illusion der Laien liegen. Verfolgen wir den Klienten noch weiter: er beruhigt sich mit seinem Bescheide nicht, sei es, dass er erfährt, sein Recht wäre ihm in Abrede gestellt worden, sei es etwas anderes und, um seiner Sache ganz sicher zu sein, wendet er sich an eine bekannte juristische Fakultät. Angenommen, das Gutachten derselben lautet zu seinen Gunsten, so kann man nicht sagen, er habe die Sache nicht redlich in Besitz genommen, auch wenn das Gutachten sich später als falsch erweisen sollte. Auch ist der Satz, den Bruns von der Abhängigkeit der fides des Ratsuchers von der fides des Ratgebers aufstellt, in den Quellen nirgends begründet. Bruns argumentiert für seine Ansicht, indem er sagt: jede Frage um Rechtsbelehrung ist ein Mandat, ein Mandat die Belehrung zu erteilen. Im Weiteren bezeichnet er den Berater als "Vertreter"



des juristischen Denkens", "er muss daher nach Analogie der sonstigen Vertretung bei der Usucapion beurteilt werden. Wie sonst die mala fides des Vertreters dem Usucapienten schadet, und die bona fides ihm nichts nützt, wenn er selbst in mala fide ist, so muss es auch hier sein." Betrachtet man zunächst die Behauptung von dem "Vertreter des juristischen Denkens" und seiner Beurteilung analog der "sonstigen" Vertretung bei der Ersitzung, so fällt sogleich auf, dass Bruns bei dieser Beweisführung ein logischer Fehler - die quaternio terminorum - unterläuft.

Zur klaren Übersicht sei hier schematisch die Schlussfolgerung von Bruns dargestellt:

I. Der Vertreter in mala fide schadet dem Usucapienten.

II. Der Berater ist ein Vertreter.

Der Berater in mala fide schadet dem Usucapienten.

In dem richtigen Syllogismus dürfen nicht weniger, aber auch nicht mehr als drei Begriffe vorhanden sein. Hier sind deren jedoch vier vorhanden: "Vertreter", "schadet", "Berater" und noch einmal "Vertreter", aber in diesem Falle in einem anderen Sinne: Bruns springt von dem Stellvertreter, der im Namen eines anderen und für ihn Rechtshandlungen vornimmt, auf den Berater über, gebraucht aber für beide ein Wort. Ein für eine bestimmte Art von Verhältnissen geltender Satz darf analog nur auf homo gene, nicht aber auf hetero gene Verhältnisse angewandt werden. Angenommen aber seine Behauptung vom "Vertreter des juristischen Denkens" wäre richtig, so schadet trotzdem dem Usucapienten die mala fides des Vertreters (Beraters) nicht "wie sonst". Die mala fides des Vertreters schadet dem Vertretenen bloss bei dem Erwerb ohne Willen des Usucapienten, etwa bei Erwerb ex peculiari nomine oder bei der gesetzlichen Stellvertretung. Bruns argumentiert dagegen hier offenkundig mit beauftragter Stellvertretung, worauf das Wort "Mandat" hinweist. Hier gilt jedoch gerade der entgegengesetzte Satz.

Zuletzt weist Bruns noch darauf hin, dass jeder, "der fremde Rechtsbeistand auch irren könne und schliesst mit den Worten: "Nur auf objektive Begründung der Rechtsansichten, also die objektive Entschuldbarkeit kann es ankommen." Was den ersten Einwand betrifft, wäre zu be-

merken, dass bei Rücksichtnahme auf diesen Satz, eine jede Rechtsbelehrung überhaupt müssig wird. Wenn Bruns die Fallibilität des Menschen als Beweisgrund anführt, so wäre die Konsequenz die, dass nie ein Mensch in bona fide würde sein können, da er sich immer sagen müsste: "Ich kann mich irren." Was aber den Schlusssatz über die objektive Entschuldbarkeit der Rechtsansichten anbetrifft, so kann, wie gezeigt, das Moment der Objektivität als den Verkehrsprinzipien widersprechend mit dem Begriff der bona fides in keine Verbindung gebracht werden.

Nach diesen Betrachtungen über den titulus und die bona fides dürfte noch das Verhältnis dieser beiden Ersitzungserfordernisse zu einander von Interesse sein. Da diese Frage nicht dem eigentlichen Thema angehört, sei nur folgendes kurz erwähnt. Die Juristen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, namentlich Unterholzner und Möllenthal, betrachteten als die Hauptsache den guten Glauben, während sie dem Titel, als einer Rechtfertigung der bona fides, eine lediglich untergeordnete Rolle zuwiesen. Auch Savigny schloss sich dieser Ansicht an. Der erste, der gegen diese Ansicht auftrat, war Stintzing und mit Recht. Die bona fides stellt sich, wie gezeigt, als die Negation des dolus dar, welche in der Usucapionslehre speziell die Form des "Nichtwissens" annimmt. "Kann man nicht hinwegleugnen, dass das Wesen der bona fides nur die Negation der Unredlichkeit sei, so ist und bleibt es eine Verkehrtheit, den titulus als ihre Rechtfertigung zu betrachten", sagt Stintzing. Näher auf die Stintzingsche sehr überzeugende Beweisführung hier einzugehen, ist nicht möglich. Bemerkt sei hier nur, dass sich Stintzings Ansicht fast übereinstimmend alle Neueren angeschlossen haben, wenn sie auch in Einzelfragen von einander abweichen. So vertreten namentlich Schirmer, Mayer, Fitting, Scheurl und andere die Ansicht, dass die bona fides und der titulus bei der Ersitzung als vollständig gleichwertige Erfordernisse neben einander, nicht aber unter- oder übereinander stehen.

Und nun zum Schluss. Die Ersitzung ist in älterer Zeit der Erwerb des Erbrechtes, in neuerer Zeit der Erwerb des Eigentumsrechtes an einer fremden Sache. Zur Ersitzung sind verschiedene Erfordernisse nötig. Das Haupterfordernis ist der Besitz, der eine bestimmte Zeit hindurch dauerte. Neben diesem Haupterfordernisse bestehen noch andere, so namentlich der justus titulus und die bona fides. Der justus ti-



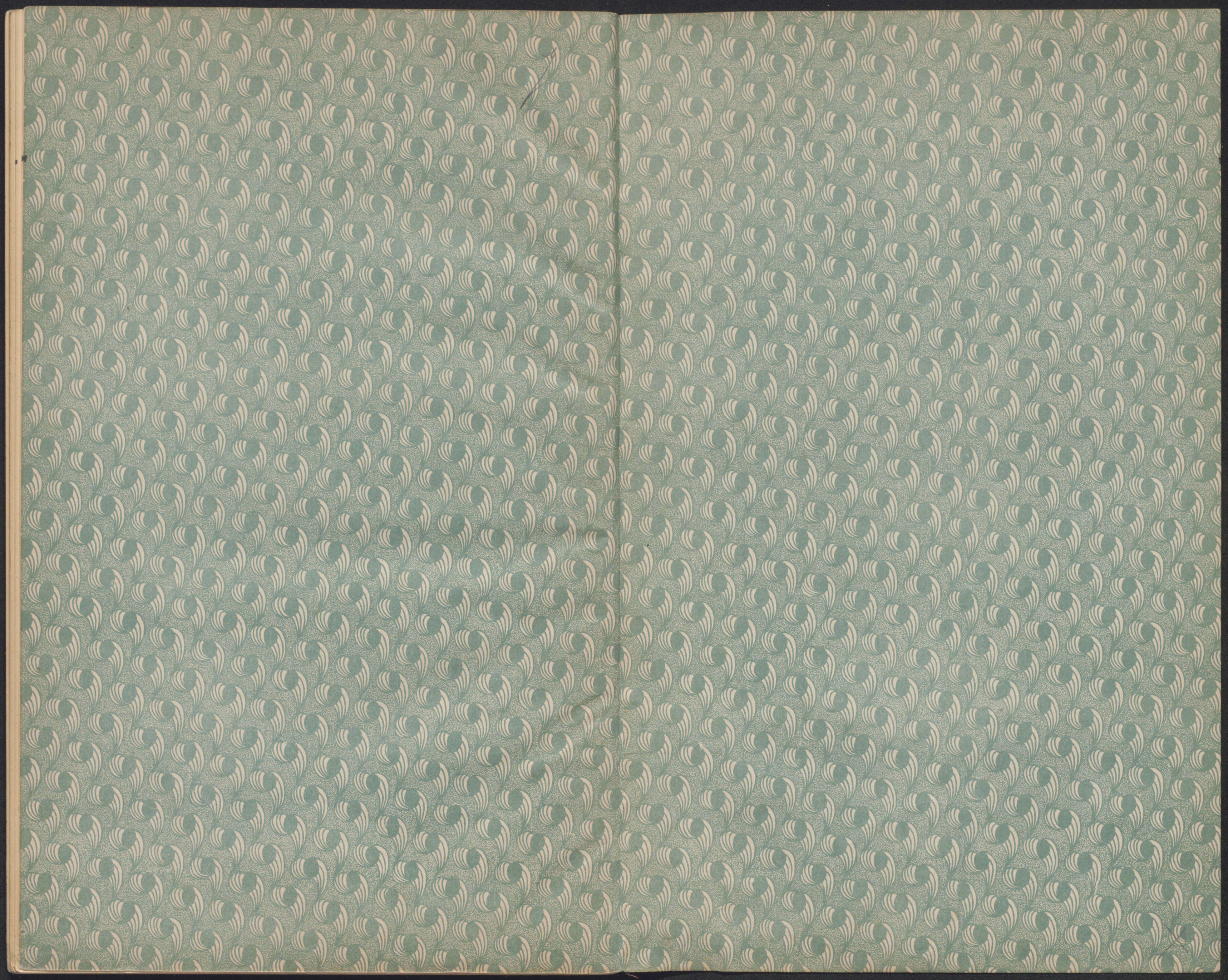
tulus ist die den Eigentumserwerb kraft ihres wirtschaftlichen Charakters rechtfertigende Tatsache. Die bona fides besteht in dem Nichtwissen, dass die Sache eine fremde und der Auctor zur Veräusserung derselben nicht befugt war. Der Irrtum, auf welchem der gute Glaube beruht, braucht nicht entschuldbar zu sein. Faktischer und Rechtsirrtum sind zur Begründung der bona fides gleich geeignet. Zwar vermag Rechtsirrtum die Usucapion zu hindern, aber nicht wegen Mangel der bona fides. Den guten Glauben hat der Usucapient nicht zu beweisen, sondern dem Kläger fällt der Beweis der mala fides zu. Im allgemeinen war die Usucapion bloss zugelassen bei Vorhandensein eines justus titulus, späterhin wurde jedoch auch ein bloss geglaubter Titel zugelassen. Der Irrtum, auf dem dieser Putativtitel beruht, darf nur ein faktischer, nicht aber ein Rechtsirrtum sein. Den Glauben in Betreff des Titels, bisweilen fälschlicherweise bona fides genannt, hat der Usucapient zu beweisen. Der (wahre) gute Glaube muss zur Zeit der Besitzergreifung vorhanden sein, beim Erwerb durch Kauf auch schon zur Zeit des Kontraktes. Mala fides superveniens schadet nur nach canonischem Recht, für das Pandectenrecht ist sie belanglos. Handelt es sich um beauftragte Stellvertretung, so war bona fides des Vertretenen notwendig. Bei Besitzerwerb ohne Wissen des Vertretenen war die fides des Vertreters massgebend. Waren, wie beim Kauf, Kontrakt und Tradition zeitlich getrennt, so galt für den ersteren Zeitpunkt die fides des Vertreters, für den zweiten die des Erwerbers. Das gleiche galt für die Succession in den Kauf durch Tod des einen Kontrahenten, bevor ihm die Sache tradiert worden war. Auch eine unrichtige Rechtsbelehrung vermochte bona fides zu begründen. Das Verhältnis der beiden besprochenen Ersitzungserfordernisse ist nicht ein Zustand der Unter- oder Überordnung, sondern beide stehen voll- und gleichwertig nebeneinander. Nie ist der Titel in den Quellen der bona fides subordiniert, immer werden sie nebeneinander genannt. Als Illustration, dass es sich hier um zwei völlig selbständige Erfordernisse der Ersitzung handelt, diene der alte Hexameter:

Res habilis, t i t u l u s , f i d e s , possessio, tempus.

# Inhaltsverzeichnis.

|                                                  | Seite. |
|--------------------------------------------------|--------|
| Einleitung                                       | 1      |
| Titulus pro herede                               | 4      |
| Titulus pro emptore                              | 11     |
| Titulus pro donato                               | 21     |
| Titulus pro dote                                 | 23     |
| Datio ob causam                                  | 24     |
| Titulus pro soluto                               | 25     |
| Titulus pro derelicto                            | 27     |
| Adiudicatio                                      | 28     |
| Titulus pro legato                               | 29     |
| Der Begriff des Titels                           | 33     |
| Das Wesen der bona fides                         | 39     |
| Der Irrtum bei der bona fides                    | 45     |
| Der Beweis der bona fides                        | 49     |
| Der Zeitpunkt                                    | 50     |
| Die bona fides bei der Stellvertretung           | 51     |
| Die Rechtsbelehrung                              | 52     |
| Das Verhältnis von bona fides und justus titulus | 55     |
| Zusammenfassung                                  | 55     |







Auhinnatöö

374324







langstills' dinst' dinst' dinst' und ein allg. Klobelch ist die  
das beschriftete Fingerring, so die Fingerring, in welcher die  
allg. Klobelch ist die Fingerring, so die Fingerring, in welcher die  
allg. Klobelch ist die Fingerring, so die Fingerring, in welcher die  
allg. Klobelch ist die Fingerring, so die Fingerring, in welcher die

Freie Prof. der Wissenschaften in der Stadt der Stadt  
13. Freie Prof. der Wissenschaften in der Stadt der Stadt  
13. Freie Prof. der Wissenschaften in der Stadt der Stadt  
13. Freie Prof. der Wissenschaften in der Stadt der Stadt  
13. Freie Prof. der Wissenschaften in der Stadt der Stadt

Freie Prof. der Wissenschaften in der Stadt der Stadt  
Freie Prof. der Wissenschaften in der Stadt der Stadt