

La concurrencia de la *actio legis Aquiliae* con la *actio ex locato* se debe a que con la primera por tratarse de una acción penal y reipersecutoria, como nos recordaba CORREA, son reclamables del maestro agresor tanto los daños por la pérdida del ojo como la compensación económica de los gastos de curación mientras que con la segunda se reclamaran las responsabilidades personales por los daños causados.

## *Bona fides und usucapio pro herede* (\*)

von Enrique GÓMEZ-ROYO

(Universität Valencia)

Wie bekannt ist, wird die vorhadrianische *usucapio pro herede* von Gajus als *improba* bezeichnet. Diese Bezeichnung rechtfertigt sich daraus, daß die *usucapio pro herede* eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, die zu dieser Zeit ohne Rechtsgrund war und von der Rechtsordnung geschützt wurde. Deshalb sagt Gajus daß diese *usucapio* auch *lucrativa* sei (*lucri faciendi causa*). Damit äußert er sich negativ über die *usucapio pro herede*, die einen unentgeltlichen Vermögenszuwachs mit sich brachte; historisch betrachtet, wurde die *usucapio pro herede* aus wirtschaftlichen und religiösen Motiven eingeführt und war der gute bzw. böse Glaube bei diesem Institut ursprünglich völlig irrelevant. Nur der von Julian zitierte Satz,

---

\*) Vortrag gehalten an der XLV. Session de la Société internationale Fernand De Visscher, Miskolc, September 1991.

der auf die *Veteres* vor den klassischen Juristen zurückzuführen ist, *nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*, war die einzige und wesentliche Beschränkung der *usucapio pro herede*. Im Laufe der Zeit wurde diese Regel als allgemeines Prinzip anerkannt. Nach diesem Prinzip, konnte kein Besitzer *solo animo*, den Rechtsgrund seiner bisherigen Besitzes, aufgrund dessen er nicht ersitzen konnte, zu seinem Vorteil ändern.

Nach Julian konnte die *causa possessionis* nur mittels des *ius civile* geändert werden (1).

Ausgangspunkt unserer Betrachtung, um der Inhalt des Begriffes *fides* zu bestimmen, ist der Gegensatz zwischen *bona fide possidere* und *lucri faciendi causa possidere*.

Es ist eine weit verbreitete Meinung daß der Inhalt der römischen Rechtsbegriffe, in unserem Falle, die *bona fides* (2), nur mittels der Kasuistik der römischen Juristen bestimmt werden kann ; dies geschieht indem man den Begriff von Fall zu Fall jeweils neu auslegt und bestimmt.

Nach dem Zeugnis des Neratius in D. 41, 10, 5 :

*Neratius, libro quinto membranarum. Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis*

---

1) HAUSMANINGER, H., *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht* (Wien - München 1964), S. 61 ss.

2) Vid. LOMBARDI, L., *Dalla fides alla bona fides* (Milano 1961) ; HAUSMANINGER, o.c. ; WALDSTEIN, *Die Entstehungsgrundlagen der römischen Juristen*, ANRW Bd. II 15, insbesondere *fides*.

der auf die *Veteres* vor den klassischen Juristen zurückzuführen ist, *nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*, war die einzige und wesentliche Beschränkung der *usucapio pro herede*. Im Laufe der Zeit wurde diese Regel als allgemeines Prinzip anerkannt. Nach diesem Prinzip, konnte kein Besitzer *solo animo*, den Rechtsgrund seiner bisherigen Besitzes, aufgrund dessen er nicht ersitzen konnte, zu seinem Vorteil ändern.

Nach Julian konnte die *causa possessionis* nur mittels des *ius civile* geändert werden (1).

Ausgangspunkt unserer Betrachtung, um der Inhalt des Begriffes *fides* zu bestimmen, ist der Gegensatz zwischen *bona fide possidere* und *lucri faciendi causa possidere*.

Es ist eine weit verbreitete Meinung daß der Inhalt der römischen Rechtsbegriffe, in unserem Falle, die *bona fides* (2), nur mittels der Kasuistik der römischen Juristen bestimmt werden kann; dies geschieht indem man den Begriff von Fall zu Fall jeweils neu auslegt und bestimmt.

Nach dem Zeugnis des Neratius in D. 41, 10, 5:

Neratius, *libro quinto membranarum*. *Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis*

1) HAUSMANINGER, H., *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht* (Wien - München 1964), S. 61 ss.

2) Vid. LOMBARDI, L., *Dalla fides alla bona fides* (Milano 1961); HAUSMANINGER, o.c.; WALDSTEIN, *Die Entstehungsgrundlagen der römischen Juristen*, ANRW Bd. II 15, insbesondere *fides*.

*litium finis esset. Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio.*

Neratius geht von der Geschichte als Topos aus: Anlaß zur Einführung der *usucapio (constituta est)* (3), war die Vielzahl der Streitigkeiten über das Eigentum zu beenden. Nach seiner Lehre, konnte derjenige, der eine Sache in Besitz hatte, nur dann Eigentümer werden, wenn er *bona fide* glaubte, daß die in Besitz genommene Sache in seinem Eigentum steht (*quae nostra existimantes possideremus*). Auf dieser Grundlage übertrug die *interpretatio prudentium* die *usucapio* auf die andere Rechtsinstitute (*concessa est*), wie die *usucapio pro herede* und die *usureceptio* (4) (Vid. Gai II, 43; II, 52; II, 59).

D. 41, 10, 3:

Pomponius, *libro vicensimo secundo ad Sabinum*. *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. Et ita Neratius scripsit idque verum puto.*

3) HEUMANN - SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Graz 1971), p. 98: (von der Bildung der Rechtsinstituten) "einführen", "bestellen", "bestimmen", usw.

4) Nach MAYER-MALYS Ansicht, Zit. HAUSMANINGER, o.c., S.44 ss.

In dieser Textstelle stellt sich die Frage nach der *traditio* eines nicht geschuldeten Sklaven (Topos des *indebitum*) ; für den Fall daß der *accipiens* wüßte, daß die Schuld nicht besteht, könnte er nicht ersitzen ; wäre er jedoch gutgläubig gewesen, ist es sicher und wahr, daß er in diesem Fall ersitzen kann.

Dieser gute Glaube besteht in der Überzeugung des *accipiens*, daß die *causa a quo* (Rechtsgrund für die Übertragung) wahr und wirklich ist : der *accipiens* glaubt erstens, daß die *causa traditionis* existiert und zweitens, daß sie gültig ist. Demzufolge besteht dieser gute Glaube aus einem Vertrauen bzw. einem Nichtwissen in der Vorstellung eines Subjektes (5).

Wir kommen wieder zu Julian zurück.

D. 41, 3, 33, 1 :

*Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, -sagt Julian, daß der emptor Besitzer pro possessore werde, erwürbe er vom verus dominus, dann besäße er pro emptore. Das gleiche gilt, wenn er a non domino erwürbe, cum existimaret eum dominum esse.*

In seiner Überlegung kommt Julian zu dem Schluß, daß im allgemeinen angenommen werden kann : *si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit.*

---

5) WIEACKER, SZ 79 (1962) 418.

In dieser Textstelle stellt sich die Frage nach der *traditio* eines nicht geschuldeten Sklaven (Topos des *indebitum*); für den Fall daß der *accipiens* wüßte, daß die Schuld nicht besteht, könnte er nicht ersitzen; wäre er jedoch gutgläubig gewesen, ist es sicher und wahr, daß er in diesem Fall ersitzen kann.

Dieser gute Glaube besteht in der Überzeugung des *accipiens*, daß die *causa a quo* (Rechtsgrund für die Übertragung) wahr und wirklich ist: der *accipiens* glaubt erstens, daß die *causa traditionis* existiert und zweitens, daß sie gültig ist. Demzufolge besteht dieser gute Glaube aus einem Vertrauen bzw. einem Nichtwissen in der Vorstellung eines Subjektes (5).

Wir kommen wieder zu Julian zurück.

D. 41, 3, 33, 1:

*Si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, -sagt Julian, daß der emptor Besitzer pro possessore werde, erwürbe er vom verus dominus, dann besäße er pro emptore. Das gleiche gilt, wenn er a non domino erwürbe, cum existimaret eum dominum esse.*

In seiner Überlegung kommt Julian zu dem Schluß, daß im allgemeinen angenommen werden kann: *si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit.*

5) WIEACKER, SZ 79 (1962) 418.

Im engen Zusammenhang mit seiner Lehre über die Stellung des *colonus*, weist Julian darauf hin *et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem, incipiet pro emptore possidere*. Der *colonus* beginnt *pro emptore* zu besitzen, wenn er das Grundstück kauft von dem, der sich selbst für *heres* oder *bonorum possessor* hält.

Die behandelten Textstellen weisen darauf hin, daß die *bona fides* kein fest umrissener Begriff ist, sondern nur durch eine Erfassung der jeweiligen Lebensumstände bestimmt werden kann.

Aus diesem Gesichtspunkt heraus, hält man die *definitio* der *bona fides* des Modestinus beim Kauf für archetypisch. Die Definition wurde später von der Lehre verallgemeinert und auf alle Fälle angewandt in denen jemand gutgläubig war.

D. 50, 16, 109:

*Bonae fidei emptor videtur qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendiderit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.*

Bei allen *causae traditionis* kann man diesen Fidesbegriff anwenden, dessen innere Struktur aus einem subjektiven Topos besteht: aus der Überzeugung des *accipiens*, daß der *tradens* das *ius vendendi* hatte (als Prokurator oder Vormund) oder daß ein gültiges Rechtsgeschäft bestand oder daß der *accipiens*

bestimmte Voraussetzungen, die den Eigentumserwerb ermöglichen, nicht kannte (6).

Diese Voraussetzung, die bestimmend ist für den Inhalt der *bona fides*, ermöglicht die Mängeln bei dem Eigentumserwerb zu heilen.

Der Anwendungsbereich der *bona fides* beruht auf der *utilitatis causa* (*Topos generalis*) und dies bedeutet mit anderen Worten, daß diese *bona fides* auf den Schutz des Rechtsverkehrs gerichtet ist.

Julian hebt also die *existimatio* des Subjekts als Mittel zu einer zulässigen Änderung der *causa possessionis* (*titulus*) hervor.

Im dem hier behandelten Fall, findet die *usucapio pro herede* nach dem *senatus consultum* des Hadrians Anwendung, wenn das jeweilige Rechtssubjekt Erbschaftssachen in Besitz nimmt, in dem festen Glauben Erbe zu sein. Diese Besitzergreifung setzt einen *animus possidendi* voraus, der, seinerseits, von der *existimatio* (*opinio*) wesentlich bestimmt ist.

Hiermit gibt es einen Zusammenhang zwischen *causa* und *fides*, wonach die *bona fides* die *causa* bestimmt: jemand der eine *res hereditaria* in Besitz nimmt, macht es aus dem Glauben

---

6) HAUSMANINGER, *o.c.*, S. 78 ss.; KADEN, SZ 82 (1965) 386 ss.

bestimmte Voraussetzungen, die den Eigentumserwerb ermöglichen, nicht kannte (6).

Diese Voraussetzung, die bestimmend ist für den Inhalt der *bona fides*, ermöglicht die Mängeln bei dem Eigentumserwerb zu heilen.

Der Anwendungsbereich der *bona fides* beruht auf der *utilitatis causa* (*Topos generalis*) und dies bedeutet mit anderen Worten, daß diese *bona fides* auf den Schutz des Rechtsverkehrs gerichtet ist.

Julian hebt also die *existimatio* des Subjekts als Mittel zu einer zulässigen Änderung der *causa possessionis* (*titulus*) hervor.

Im dem hier behandelten Fall, findet die *usucapio pro herede* nach dem *senatus consultum* des Hadrians Anwendung, wenn das jeweilige Rechtssubjekt Erbschaftssachen in Besitz nimmt, in dem festen Glauben Erbe zu sein. Diese Besitzergreifung setzt einen *animus possidendi* voraus, der, seinerseits, von der *existimatio* (*opinio*) wesentlich bestimmt ist.

Hiermit gibt es einen Zusammenhang zwischen *causa* und *fides*, wonach die *bona fides* die *causa* bestimmt: jemand der eine *res hereditaria* in Besitz nimmt, macht es aus dem Glauben

6) HAUSMANINGER, *o.c.*, S. 78 ss.; KADEN, *SZ* 82 (1965) 386 ss.

heraus, Erbe zu sein. Dieser Glaube ist der wesentliche Inhalt der *causa*, der den Besitz (als Erbe) zu ergreifen berechtigt (7).

In der prejustinianischen Zeit verschwand die *usucapio pro herede* aus dem juristischen Leben. Grund dafür war das *senatus consultum* des Hadrians, der für die *usucapio pro herede* die *bona fides* forderte: nur derjenige, der *bona fide* besitzt weil er glaubt, Erbe zu sein, konnte Sachen aus der Erbschaftsmasse in Besitz nehmen.

In diesem Zusammenhang wurde die *usucapio pro herede* von Justinian wiederbelebt und als Übertragung der *usucapio ordinaria* auf das Gebiet des Erbrechts angesehen; die Fristen, die auf diese *usucapio* angewandt werden mußten, waren diejenige die neu von Justinian festgesetzt wurden (8).

Es ist unentbehrlich, sich auf Theophilus zu berufen, wenn man versucht, den Rechtszustand in justinianischer Zeit zu ermitteln. Seine *Paraphrasis* ist der Versuch einer systematischen Bearbeitung des Rechtsstoffs (aufgrund seiner Bemühungen waren die Begriffe der *bona fides* und *iustus titulus* im nachklassischen Recht fest umrissen).

Inst. 4, 15, 3.

τίτλος δέ ἐστὶν ἡ κατοχῆς αἰτία. ὅσον ἐρωτῶ σε·  
πόθεν νέμῃ τούτο τὸ πρᾶγμα; καὶ λέγεις·

7) HAUSMANINGER, *o.c.*, S. 86, wo er sich auf die Ansicht von VOICI und MAYER-MALY beruft.

8) KASER, M., *RPR*, II, S. 536 ss.

ἐπειδὴ ἐδωρήθη μοι καὶ ὁ τίτλος ἐστὶ *pro donato*.  
 Ἦ ἐπειδὴ ἠγόρασα καὶ ὁ τίτλος ἐστὶ *pro emptore*.  
 Ἦ εἰς προῖκά μοι ἐπεδόθη καὶ ὁ τίτλος ἐστὶ *pro dote*. Ἦ ἐλεγατεύθη καὶ ὁ τίτλος ἐστὶ *pro legato*. . . ἐπειδὴ νομίζω ἑμαυτὸν εἶναι κληρονόμον καὶ λέγεται *pro herede*.

Nach Teophilus besitzt *titulo singulari* derjenige, der behauptet, eine *iusta causa* zu haben, worauf sein Besitz beruht. In diesem Zusammenhang spielt die *causa possessionis* eine juristisch bedeutende Rolle.

Die nachklassische Lehre über die *possessio* ist wesentlich auf den Jurist Paulus zurückzuführen, der diese Lehre über die *possessio* hauptsächlich entwickelt hat ; seine Lehre wurde von der justinianischen Gesetzgebung und von der byzantinischen Juristen hochgeschätzt und -bewertet (9).

Wenn wir die Palingenesie (10) lesen, können wir die Vorgehensweise des Paulus nachvollziehen. Die erste Aufgabe, die sich ihm stellte war die semantische Analyse des Wortes *possessio* ; anschließend behandelte er den Topos des Subjekts, d. h. wer besitzen kann (*possessio ratione subjecti*) ; dem folgt der Topos des Objekts, d. h. welche Sachen in Besitz genommen werden können (*possessio ratione objecti : ea quae*

---

9) ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, vid. *Studi varii di diritto romano ed attuale*, S. 91 ss.; MASCHI, *Julius Paulus*, vid. *ANRW* II, Bd. II, 15, S. 688 ss.

10) LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis* I (Graz 1960), S. 1062-1063 ; über die Methode des Paulus vid. MASCHI, *o.c.*, S. 688 ss.



ἐπειδὴ ἐδωρήθη μοι καὶ ὁ τίτλος ἐστὶ *pro donato*.  
 Ἡ ἐπειδὴ ἠγόρασα καὶ ὁ τίτλος ἐστὶ *pro emptore*.  
 Ἡ εἰς προῖκά μοι ἐπεδόθη καὶ ὁ τίτλος ἐστὶ *pro dote*. Ἡ ἐλεγατεύθη καὶ ὁ τίτλος ἐστὶ *pro legato*... ἐπειδὴ νομίζω ἑμαυτὸν εἶναι κληρονόμον καὶ λέγεται *pro herede*.

Nach Teophilus besitzt *titulo singulari* derjenige, der behauptet, eine *iusta causa* zu haben, worauf sein Besitz beruht. In diesem Zusammenhang spielt die *causa possessionis* eine juristisch bedeutende Rolle.

Die nachklassische Lehre über die *possessio* ist wesentlich auf den Jurist Paulus zurückzuführen, der diese Lehre über die *possessio* hauptsächlich entwickelt hat; seine Lehre wurde von der justinianischen Gesetzgebung und von der byzantinischen Juristen hochgeschätzt und -bewertet (9).

Wenn wir die Palingenesie (10) lesen, können wir die Vorgehensweise des Paulus nachvollziehen. Die erste Aufgabe, die sich ihm stellte war die semantische Analyse des Wortes *possessio*; anschließend behandelte er den Topos des Subjekts, d. h. wer besitzen kann (*possessio ratione subjecti*); dem folgt der Topos des Objekts, d. h. welche Sachen in Besitz genommen werden können (*possessio ratione objecti: ea quae*

9) ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, vid. *Studi varii di diritto romano ed attuale*, S. 91 ss.; MASCHI, *Julius Paulus*, vid. *ANRW* II, Bd. II, 15, S. 688 ss.

10) LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis I* (Graz 1960), S. 1062-1063; über die Methode des Paulus vid. MASCHI, *o.c.*, S. 688 ss.

*sunt corporalia*. D. 41, 2, 3) und folgert daraus *apiscimur possessionem corpore et animo* (D. 41, 2, 3, 1) *neque per se animo aut per se corpore*, sondern aus dem Zusammentreffen der beiden Voraussetzungen, sowohl *corpus*, als auch *animus*.

Die von Paulus entwickelte Lehre hat sich von der alten Lehre über den *usus* weit entfernt. Die ursprüngliche Bedeutung der *usus* weist auf die bloße Faktizität einer Machtausübung über Sachen hin, die nach einer bestimmten Zeitspanne von dem Besitzer in Eigentum genommen werden konnten (die Willenskomponente ist hierbei unerheblich); wesentlich für den *usus* war nur die faktische Beziehung Subjekt-Objekt.

Aus dieser Grundlage arbeitete die *interpretatio prudentium*, die den Begriff der *possessio* geschaffen hat als Verknüpfung zwischen den beiden Elementen, d. h. zwischen der bloßen Faktizität und der Willenskomponente, wobei der Wille, der als Bestandteil unentbehrlich war, ursprünglich keine Rolle spielte.

Der subjektive Topos der Absicht bzw. des Willens (*animus*), in diesem Fall, der *animus possidendi*, oder die Willentheorie, faßt die wissenschaftliche Bearbeitung zusammen, die an die byzantinischen Lehre gut anschließt.

Diese systematische Bearbeitung über den *animus* ist nicht sehr alt, deswegen kann man aus dem Gesichtspunkt der Geschichte heraus ausschließen, daß sie im Zusammenhang mit

der psychologischen Komponente der Ersitzung geschaffen wurde (*bona fides*) (11).

Wenn man die *possessio* untersuchen will, kann man diese Untersuchung von verschiedenen Topoi aus angehen; deshalb kann man über verschiedene *genera* der *possessio* reden (D. 41, 2, 3, 21) (12), wie z. B. der *causa*-Topos, wonach ein Erwerber an Sachen, die nicht in seinem Eigentum standen, gut- oder bösgläubig den Besitz ergreifen konnte (D. 41, 2, 3, 22) (13).

Auf das Subjekt bezogen, kann man über zwei *species possessionis* reden: je nachdem ob der *accipiens* gut- oder bösgläubig besitzt.

Im Bereich der *possessio*, wurde die klassische Lehre über den *animus* in nachklassischer Zeit übernommen und weiterentwickelt.

Dieser *animus*, als Bewußtsein über Sachen eine faktische Gewalt auszuüben, war der entscheidende Faktor in jenen Fällen, in denen nicht eindeutig feststand, wer Besitzer war (14). Auch in der byzantinischen Dogmatik wird der *animus* eine wichtige Rolle spielen.

---

11) ROTONDI, *o.c.*, S. 108 ss.

12) D. 41, 2, 3, 21 : *Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum. Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo.*

13) D. 41, 2, 3, 22 : *vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide.*

14) KASER, *RPR*, I, S. 392 ss.

der psychologischen Komponente der Ersitzung geschaffen wurde (*bona fides*) (11).

Wenn man die *possessio* untersuchen will, kann man diese Untersuchung von verschiedenen Topoi aus angehen; deshalb kann man über verschiedene *genera* der *possessio* reden (D. 41, 2, 3, 21) (12), wie z. B. der *causa*-Topos, wonach ein Erwerber an Sachen, die nicht in seinem Eigentum standen, gut- oder bösgläubig den Besitz ergreifen konnte (D. 41, 2, 3, 22) (13).

Auf das Subjekt bezogen, kann man über zwei *species possessionis* reden: je nachdem ob der *accipiens* gut- oder bösgläubig besitzt.

Im Bereich der *possessio*, wurde die klassische Lehre über den *animus* in nachklassischer Zeit übernommen und weiterentwickelt.

Dieser *animus*, als Bewußtsein über Sachen eine faktische Gewalt auszuüben, war der entscheidende Faktor in jenen Fällen, in denen nicht eindeutig feststand, wer Besitzer war (14). Auch in der byzantinischen Dogmatik wird der *animus* eine wichtige Rolle spielen.

11) ROTONDI, *o.c.*, S. 108 ss.

12) D. 41, 2, 3, 21: *Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum. Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo.*

13) D. 41, 2, 3, 22: *vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide.*

14) KASER, *RPR*, I, S. 392 ss.

Nach Paulus kann die *possessio* ins Griechische mit κατοχή oder νομή übersetzt werden (15). Das Wort κατοχή gleicht der *possessio corpore* (κατοχή spiegelt wesentlich die Faktizität wieder); νομή ist eher ein technischer Begriff in den Basiliken enthalten und steht der κατοχή in Gegensatz zu (νομή δέ ἐστὶ κυρίως ψυχῆ δεσπόζοντος κατοχή) (16).

Auf dieses Zeugnis hin, die *possessio* besteht aus zwei Komponenten; wenn wir auf den Topos der Machtausübung hinweisen, wird die *possessio* als eine *res facti* betont; weisen wir aber auf den Topos des *animus* hin, dann heben wir die *possessio* als *res iuris* hervor (17).

Wenn die *possessio* auf einer *iusta causa* beruht, wird sie juristisch betrachtet als Quelle zivilrechtlicher Folgen angesehen (*possessio ad usucapionem*); wäre im Gegensatz dazu die *possessio* ohne *iusta causa*, dann wäre sie als bloße Detention zu bezeichnen, die nach den Quellen als *naturalis possessio* erklärt wurde.

Davon ausgehend, können wir den Inhalt der *usucapio pro herede* näher bestimmen. Diese *usucapio* besteht wesentlich aus der Annahme, daß sich jemand für den Erbe hält; jener, der die *res hereditaria* in Besitz genommen hat, tat dies aus dem Glauben, Erbe zu sein.

15) ROTONDI, *o.c.*, S. 234.

16) ZACHARIAE, *Supplementum Basilicorum* (Lipsiae 1846), S. 7, schol. zu D. 6, 1, 10.

17) ROTONDI, *o.c.*, S. 237.

## D. 47, 2, 72, 1 :

Iavolenus, libro quinto decimo ex Cassio. *Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cuius interest rem non subripi, interesse autem eius videtur qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset.*

## B. 60, 12, 17, 1 :

ὁ νομίζων ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον, εἰ καὶ διὰ τῆς χρήσεως δεσπόζει, ὅμως οὐκ ἔχει τὴν περὶ κλοπῆς ἀγωγὴν· ἐπὶ τῷ διαφέροντι γὰρ κινεῖται. διαφέρει δὲ τῷ ζημιουμένῳ οὐ μὴν τῷ μὴ κερδαίνοντι.

Die Basiliken legen den *possessor pro herede* (*furti actio non pertinet ad possessorem eius rei, quae pro herede possidetur*) der klassischen Stelle aus wie jener der sich selbst für *heres* hielt (ὁ νομίζων ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον); ein Prinzip, das wir ständig in dieser griechischen Gesetzgebung finden können (18).

Die byzantinischen Quellen behandeln den *possessor pro herede* unter dem Topos der *bona fides* zum Ersitzen, wonach der *bonae fidei possessor* besitzt, weil er den *animus possidendi* hat, der von diesem Glaube (Erbe zu sein) bestimmt ist. Dieser Topos unterscheidet sich vom *possessor pro possessore*, dem der

---

18) TALAMANCA, M., *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"* (Milano 1956), S. 188 ss.

D. 47, 2, 72, 1 :

Iavolenus, libro quinto decimo ex Cassio. *Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit, quia furti agere potest is, cuius interest rem non subripi, interesse autem eius videtur qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset.*

B. 60, 12, 17, 1 :

ὁ νομίζων ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον, εἰ καὶ διὰ τῆς χρήσεως δεσπόζει, ὅμως οὐκ ἔχει τὴν περὶ κλοπῆς ἀγωγὴν· ἐπὶ τῷ διαφέροντι γὰρ κινεῖται. διαφέρει δὲ τῷ ζημιουμένῳ οὐ μὴν τῷ μὴ κερδαίνοντι.

Die Basiliken legen den *possessor pro herede* (*furti actio non pertinet ad possessorem eius rei, quae pro herede possidetur*) der klassischen Stelle aus wie jener der sich selbst für *heres* hielt (ὁ νομίζων ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον); ein Prinzip, das wir ständig in dieser griechischen Gesetzgebung finden können (18).

Die byzantinischen Quellen behandeln den *possessor pro herede* unter dem Topos der *bona fides* zum Ersitzen, wonach der *bonae fidei possessor* besitzt, weil er den *animus possidendi* hat, der von diesem Glaube (Erbe zu sein) bestimmt ist. Dieser Topos unterscheidet sich vom *possessor pro possessore*, dem der

18) TALAMANCA, M., *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"* (Milano 1956), S. 188 ss.

*titulus* zum Besitz fehlt (deshalb ist in den Quellen die Rede von *possessor malae fidei*).

\*

\*

\*

### Systematische Topoi über die *usucapio pro herede* in der byzantinischen Dogmatik

#### A. TOPOS DER *POSSESSIO FACTI* ALS VORAUSSETZUNG ZUR ERSITZUNG.

D. 47, 4, 1, 15 :

Ulpianus, libro trigensimo octavo ad edictum. *Scaevola ait possessionis furtum fieri : denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri ; idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi.*

Diese uns schon bekannte Stelle behandelt die Unterscheidung zwischen *hereditas* (als *res incorporalis* aufgefaßt) und der faktischen Handhabung der *hereditas*; nach der Auffassung der *hereditas* als *res incorporalis* können nur die *iura*, die sie bestimmen, dem *heres* übertragen werden, in diesem Sinne bleibt der Jurist bei der Ansicht, daß die *possessio* als

faktische Machtausübung über Sachen in der *hereditas* nicht enthalten ist.

B. 60, 13, 15 :

ἐάν τις μὴ νέμηται, οὐ γίγνεται κλοπή· κληρονομία δὲ οὐ νέμεται· ἀποτελέσματος γὰρ καὶ ψυχῆς ἢ νομῆ χρήζει, οὔτε οὖν ὁ κληρονόμος πρὸ τοῦ δράσασθαι νέμεται, οὔτε μεταφέρει νομὴν εἰς αὐτὸν ἢ κληρονομία, ἐπειδὴ οὐ νέμεται αὐτή.

In der Scholienkatene wird die Lehre über die *possessio*, die die griechischen Quellen νομή nennen, behandelt. Diese *possessio* beruht darauf, ἐν αὐτῷ τῷ φάκτω τῆς κατοχῆς καὶ ἐν τῷ λογισμῷ τοῦ κατέχοντος (Schol. 24). In diesem Kommentar zählt der Scholiast die Gründe auf, wonach bei der *usucapio pro herede* ein *furtum* undenkbar ist.

Die herkömmliche Lehre wird von dem Scholiast verfolgt ; der *heres* hat kein faktisches Zeichen gesetzt, sich die erbrechtlichen Vermögensgüter, die zur Erbschaftsmasse gehören, unzweideutig anzueignen (πρὶν τῆς νομῆς αὐτῶν ἀντιλάβηται) ; diese Aneignung muß er praktisch verwirklichen, sonst ist die Erbschaftsmasse herrenlos, weil die *hereditas* die *possessio* nicht enthält (οὔτε μεταφέρει νομὴν εἰς αὐτὸν ἢ κληρονομία). Wie wir wissen -sagt KASER- nur für die *heredes necessarii* war diese Möglichkeit ausgeschlossen.

faktische Machtausübung über Sachen in der *hereditas* nicht enthalten ist.

B. 60, 13, 15 :

ἐάν τις μὴ νέμηται, οὐ γίνεται κλοπή· κληρονομία δὲ οὐ νέμεται· ἀποτελέσματος γὰρ καὶ ψυχῆς ἢ νομῆ χρήζει, οὔτε οὖν ὁ κληρονόμος πρὸ τοῦ δράσασθαι νέμεται, οὔτε μεταφέρει νομὴν εἰς αὐτὸν ἢ κληρονομία, ἐπειδὴ οὐ νέμεται αὐτή.

In der Scholienkatene wird die Lehre über die *possessio*, die die griechischen Quellen νομή nennen, behandelt. Diese *possessio* beruht darauf, ἐν αὐτῷ τῷ φάκτω τῆς κατοχῆς καὶ ἐν τῷ λογισμῷ τοῦ κατέχοντος (Schol. 24). In diesem Kommentar zählt der Scholiast die Gründe auf, wonach bei der *usucapio pro herede* ein *furtum* undenkbar ist.

Die herkömmliche Lehre wird von dem Scholiast verfolgt; der *heres* hat kein faktisches Zeichen gesetzt, sich die erbrechtlichen Vermögensgüter, die zur Erbschaftsmasse gehören, unzweideutig anzueignen (πρὶν τῆς νομῆς αὐτῶν ἀντιλάβηται); diese Aneignung muß er praktisch verwirklichen, sonst ist die Erbschaftsmasse herrenlos, weil die *hereditas* die *possessio* nicht enthält (οὔτε μεταφέρει νομὴν εἰς αὐτὸν ἢ κληρονομία). Wie wir wissen -sagt KASER- nur für die *heredes necessarii* war diese Möglichkeit ausgeschlossen.

B) TOPOS ÜBER DIE CAUSA POSSESSIONIS ODER TITULUS ZUR ERSITZUNG.

B. 50, 9, 8 - C. 7, 29, 4 :

οὐ δύναται προβαίνειν διὰ τῆς χρήσεως δεσποτεία μὴ προηγησαμένης νομῆς· ἀλλὰ οὔτε δύναται τις ὡς κληρονόμος διὰ τοῦ χρᾶσθαι δεσπόζειν πρᾶγμα μὴ ἔχων ἄλλον τίτλον νομῆς.

Nach dem byzantinischen Kommentator, ist es ein wesentliches Erfordernis, um das Eigentum durch den Zeitablauf erwerben zu können, daß die *possessio* als *iuris possessio* aufgefaßt wird. Diese Behauptung erklärt sich dadurch, daß niemand als *heres* durch den Zeitablauf das Eigentum erwerben kann, wenn diese *possessio* nicht auf einem *titulus* beruht (μὴ ἔχων ἄλλον τίτλον νομῆς).

C) TOPOS ÜBER DEN TITULUS IN DER USUCAPIO PRO HEREDE.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß der *pro herede possessor* auf den gutgläubigen Besitzer zurückgeführt wurde, d. h. daß derjenige, der glaubt die erbrechtlichen Sachen in Besitz nehmen zu können, aus irrtümlichen Gründen oder aus einem Nichtwissen, nämlich Erbe zu sein, handelt. Niemand kann daher für seinen eigenen Nutzen, die *causa* seiner *possessio* ändern.

B. 50, 5, 3 - D. 41, 5, 2, 1.

οὐδὲ τὴν πολιτικὴν οὐδὲ τὴν φυσικὴν νομὴν  
δύναται τις ἑαυτῷ ἐναλλάξει· διὸ οὐδὲ ὁ μισθω-  
τῆς οὐδὲ ὁ παραθηκάριος οὐδὲ ὁ χρησάμενος.

Für seinen eigenen Nutzen, kann niemand seine *causa possessionis* ändern, gleich ob dies eine *causa civilis* oder *naturalis* ist. Es ist aber zu bemerken, daß dieses Prinzip nicht auf den Fall angewandt werden kann, in dem jemand gutgläubig annimmt, daß eine fremde Sache, die durch Zufall in dem erbrechtlichen Vermögen ist, diesem angehört; die klassische Lehre ist hier der Ansicht, daß der *heres* durch den Zeitablauf die Sache ersitzen kann.

ὁ κληρονόμος νεμόμενος ὡς κληρονόμος  
δεσπόζει.

Im Gegensatz dazu ist der bösgläubige Besitzer, der *possessor pro possessore, qui nullo iure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet*. Dieser wird niemals als *pro herede* ersitzen können, weil ihm die *bona fides* fehlt; auch sein eigener Erbe wird nicht ersitzen können, obwohl er gutgläubiger Erbe wäre, weil sich die Totenmängel auf seine Erbe übertragen (τὰ γὰρ ἐλαττώματα τοῦ τελευτήσαντος διαβαίνουσιν ἐπὶ τὸν κληρονόμον. B. 50, 5, 5).

Der Gegensatz *ψυχῇ νέμεσθαι - φυσικῶς κατέχειν* wird sich im Laufe der nachklassischen Zeit festigen; daraus entwickelt sich die Lehre über die *possessio solo animo*, wonach



B. 50, 5, 3 - D. 41, 5, 2, 1.

οὐδὲ τὴν πολιτικὴν οὐδὲ τὴν φυσικὴν νομὴν  
δύναται τις ἑαυτῷ ἐναλλάξαι· διὸ οὐδὲ ὁ μισθω-  
τῆς οὐδὲ ὁ παραθηκάριος οὐδὲ ὁ χρησάμενος.

Für seinen eigenen Nutzen, kann niemand seine *causa possessionis* ändern, gleich ob dies eine *causa civilis* oder *naturalis* ist. Es ist aber zu bemerken, daß dieses Prinzip nicht auf den Fall angewandt werden kann, in dem jemand gutgläubig annimmt, daß eine fremde Sache, die durch Zufall in dem erbrechtlichen Vermögen ist, diesem angehört; die klassische Lehre ist hier der Ansicht, daß der *heres* durch den Zeitablauf die Sache ersitzen kann.

ὁ κληρονόμος νεμόμενος ὡς κληρονόμος  
δεσπόζει.

Im Gegensatz dazu ist der bösgläubige Besitzer, der *possessor pro possessore, qui nullo iure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet*. Dieser wird niemals als *pro herede* ersitzen können, weil ihm die *bona fides* fehlt; auch sein eigener Erbe wird nicht ersitzen können, obwohl er gutgläubiger Erbe wäre, weil sich die Totenmängel auf seine Erbe übertragen (τὰ γὰρ ἐλαττώματα τοῦ τελευτήσαντος διαβαίνουσιν ἐπὶ τὸν κληρονόμον. B. 50, 5, 5).

Der Gegensatz *ψυχῇ νέμεσθαι* - *φυσικῶς κατέχειν* wird sich im Laufe der nachklassischen Zeit festigen; daraus entwickelt sich die Lehre über die *possessio solo animo*, wonach

jemand den faktischen Besitz über Sachen nicht haben kann und trotzdem die *possessio animo* behält, die für Fälle wie die *possessio des absens* oder die des *captivus* oder die einer *interposita persona* bedeutungsvoll sein wird. Fälle in denen die *possessio* als faktische Wirklichkeit abgeschwächt und der Wille betont ist, weil derjenige, der *de facto* den Besitz nicht mehr hat, sich trotzdem als Besitzer fühlt und sich als *dominus* dieser Sache benimmt.

In den Fällen, in denen die *possessio* als *res facti* fehlte, nicht aber als *res iuris*, waren diese Güter als Nichtbesitz (σχολλάζοντα) anzusehen. Auf diese Fälle kann man keine *usucapio* anwenden und ebensowenig auf die Sachverhalte bei denen jemand aus *error iuris* jene Güter mitnimmt (*numquam in usucapionibus error iuris possessori prodest* - D. 41, 3, 31 pr); im Gegensatz dazu fehlen den *res derelictae* (ἀπρονόητα) die zwei Komponenten, deswegen begeht derjenige kein *furtum*, der die Güter in Besitz nimmt (bzw. *usucapio pro derelicto*) (19).

Nach diesen wesentlichen Topoi der nachklassischen Rechtsordnung merken wir, daß die byzantinischen Quellen bei der Ausbildung dieses Instituts das Erfordernis der *iusta causa* durch den Putativtitel ersetzt haben; das ist also eine logische Folgerung, daß im Putativtitel *causa* und *fides* verknüpft werden. Folglich bestimmt sich der Titel aus dieser dogmatischen Lehre durch den Topos der *bona fides*, der als ethisch-psychologische Seite des *animus* angesehen wird.

19) ROTONDI, o.c., S. 230 ss.

*Possessor pro herede* ist also derjenige, der eine Sache aus dem Erbvermögen in seinen Besitz genommen hat ; sein *animus* bestimmt sich aus der Überzeugung, Erbe zu sein. Darum ist der *possessor pro herede* ein *possessor bonae fidei*.

Der Jurist Cyrillos sagt in seinem *Index* zu D. 5, 3, 11 -13 pr: καὶ πρὸ νερέδε νέμεται ὁ λέγων ἑαυτὸν κληρονομεῖν ; andere Redewendungen dieser Art sind ὁ νομίζων ἑαυτὸν κληρονόμον oder τὸν νομίζοντα μὲν ἑαυτὸν εἶναι κληρονόμον, μὴ ὄντα δὲ τῇ ἀληθείᾳ, oder ὡς νομίζων εἶναι κληρονόμος, Zeugnisse, die darauf hinweisen, daß der Wille seinerseits von der *bona fides* beeinflusst ist (ὁ βόνα φίδε τῆς κληρονομίας ποσσέσσωρ); jene *bona fides* ist die *existimatio* des *possessor*, Erbe zu sein.