II.

Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

Von

Herrn Professor **Dr. Schloßmann**

in Kiel.

I.

Die alte regula iuris: 'Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest', die in den Quellen verhältnismäßig häufig und in den verschiedenartigsten Zusammenhängen, in Responsen und Reskripten, in theoretischen, praktischen, kasuistischen Erörterungen und Entscheidungen erwähnt wird, ist, obwohl vielfach und bis in die neueste Zeit hinein in unserer Literatur besprochen, doch, wie ich glaube, noch nicht in befriedigender Weise erklärt. Die Meinungen über ihren Inhalt und ihre Tragweite gehen erheblich auseinander, und über das ihr zu grunde liegende Motiv ist so gut wie nichts ermittelt.

Den meisten Anklang hat bisher die von Savigny¹⁾ verteidigte Ansicht gefunden, daß durch die Regel den Besitzern oder Inhabern von Sachen eines andern die Möglichkeit verschlossen werden sollte, nach dessen Tode ihren Besitz in eine possessio pro herede umzuwandeln und die Sache pro herede zu usukapieren; während andere dem Satze eine erheblich umfassendere Tragweite zuschreiben, indem sie, wie namentlich Jhering, und vor ihm schon Schirmer, ganz allgemein jede Veränderung des Cha-

¹⁾ Das Recht des Besitzes (5. Aufl.) S. 56 ff. (Rudorffsche Ausg. S. 82 ff.)

rakters des Besitzes und der Detention einer fremden Sache durch den Willen des Besitzenden, insbesondere die Unterschiebung irgend eines andern Besitztittels als durch die Regel ausgeschlossen ansehen und in ihr den Ausdruck der Anschauung finden wollen, daß die rechtliche Bedeutung des Besitzes lediglich durch objektive Momente und nicht durch die Willensrichtung des Besitzers bestimmt werde.¹⁾

Es soll eine unmittelbare Kritik an diesen sich gegenüberstehenden Ansichten hier nicht geübt werden. Die Unrichtigkeit beider wird sich aus einer Untersuchung der Quellen und der von den römischen Juristen über unsere Regel geäußerten Ansichten ergeben. Jene beiden sich widerstreitenden Ansichten finden sich schon bei römischen Juristen vertreten, und es trifft die bisherige rechtsgeschichtliche Forschung der Vorwurf, jene Meinungsverschiedenheit unter den Römern übersehen und sich bald der einen, bald der andern Auffassung angeschlossen zu haben, ohne sich über die Gründe des Widerstreits Rechenschaft zu geben und sich für eine von ihnen unter Widerlegung der andern zu entscheiden oder eine von beiden verschiedene Erklärung des Satzes zu geben.

Vor allem dürfte es deshalb vonnöten sein, unter Berücksichtigung des gesamten Quellenmaterials zu ermitteln, wie die römischen Klassiker und die Räte Diokletians, in dessen Reskripten der Satz noch zweimal auftritt, ihn verstanden und verwendet haben.

Unbestritten entstammt unsere Regel der Zeit der Republik. Sie wird als ein Satz der 'veteres' bezeichnet; auch die fast stereotype Fassung, in der sie in den Quellen überall auftritt, läßt uns in ihr eine jener alten regulae

¹⁾ Vgl. Jhering, Der Besitzwille S. 359 ff., Schirmer, Ztschr. f. Civ.R. u. Proz. NF. XI S. 433. Für eine allgemeine Anwendbarkeit des Satzes und gegen Savigny vgl. auch Pernice, Labeo II S. 192 f. und wohl auch Bekker, Das Recht des Besitzes S. 200 f., ferner Fr. Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 439 ff. Über andere, aber einer Widerlegung nicht weiter bedürftige Meinungen vgl. Klein a. a. O. S. 439 Anm. 57. 59. S. 441 A. 61. Unbefriedigend sind auch die Bemerkungen von Graf v. Piniński, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 98 f.

iuris erkennen, wie sie, in nicht geringer Zahl von der alten Jurisprudenz geprägt, als geflügelte Worte in Theorie und Praxis zu einem Ansehen, ähnlich dem von Gesetzen, gelangt sind.¹⁾

Die Regel scheint bei den veteres gelautet zu haben: 'nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest'. In dieser Form erwähnt Paulus sie (l. 3 § 19 de poss. 41, 2) als 'praeceptum veterum', und ebenso als 'quod vulgo respondetur' Julianus (l. 33 § 1 de usurp. 41, 3) an der Stelle, an der er sie ex professo bespricht; in derselben Fassung zitiert sie Julianus bei Ulpianus in l. 6 § 3 de prec. 43, 26, Paulus l. 1 § 2 pro don. 41, 6 und Papinianus l. 10 si pars her. 5, 4. — Ohne das Wort 'ipse' findet sie sich bei Celsus l. 18 pr. de a. v. a. poss. 41, 2, bei Julianus l. 2 § 1 pro her. 41, 5, bei Pomponius l. 5 de prec. 43, 26, bei Venuleius l. 22 eod., bei Paulus l. 3 § 20 de a. v. a. poss. 41, 2 und l. 2 § 21 pro empt. 41, 4 und endlich in c. 5 de poss. 7, 32. In c. 23 de loc. 4, 65 lautet sie: 'nemo sibi iure possessionem mutare potest'. Doch ist das Wort 'iure' hier vielleicht in 'ipse' zu emendieren. Daß die Fassung 'nemo ipse etc.' die Tendenz der regula schärfer zum Ausdruck bringt, als die Fassung ohne 'ipse', wird sich aus den späteren Ausführungen ergeben, wenngleich sie auch aus der Fassung ohne 'ipse' zur Genüge erhellt.

Die Stellen, in denen wir der regula begegnen, lassen sich in drei Gruppen scheiden: 1. in solche, in denen der Satz rein theoretisch erwähnt wird, bald ohne weiteren Zusatz,²⁾ bald mit dem Versuch einer näheren Bestimmung seiner Bedeutung;³⁾ 2. in solche, in denen die Frage seiner Anwendbarkeit in bezug auf konkrete praktische oder ersonnene typische Fälle aufgeworfen, aber verneint wird;⁴⁾

¹⁾ cf. l. 19 § 1 de a. v. o. p. 41, 2 (Marcellus lib. XVII Dig.) Quod scriptum est apud veteres ... l. 3 § 19 de poss. 41, 2 (Paulus l. LIV ad edict.): praeceptum veterum ... l. 2 § 1 pro her. 41, 5. l. 33 § 1 de usurp. 41, 3 (Julianus l. XLIV Dig.) Quod vulgo respondetur ... — ²⁾ Paulus l. LIV ad edict. l. 3 § 18 de a. v. a. poss. 41, 2. — ³⁾ Julianus l. XLIV Dig. l. 33 § 1 de usurp. 41, 3 l. 2 § 1 pro her. 41, 5. Marcellus l. XVII Dig. l. 19 § 1 de a. v. a. poss. 41, 2. — ⁴⁾ Cassius (bei Paul. lib. LIV ad edict.) l. 1 § 2 pro don. 41, 6. Celsus lib. XXIII Dig. l. 18 pr. de poss. 41, 2. Julianus (bei Paulus l. c.) l. 2

3. in solche, in denen die Entscheidung eines praktischen Falles durch Berufung auf die Regel begründet wird.¹⁾

Von Wichtigkeit für die Bestimmung der Bedeutung unseres Satzes in der Zeit der klassischen Jurisprudenz wie auch noch Diokletians ist die Beobachtung, daß einmal fast überall, wo nach seiner Anwendbarkeit auf praktische Fälle gefragt wird, die Juristen zu verneinender Antwort gelangen; daß ferner da, wo eine Entscheidung auf ihn gestützt wird, seine Anwendung als unzutreffend erscheint, und daß endlich die beiden Juristen — Julianus und Marcellus —, die seinen Inhalt theoretisch zu bestimmen bemüht sind, zu untereinander abweichenden Ergebnissen gelangen. Schon aus diesen Erscheinungen läßt sich — was später eingehend bewiesen werden soll — mit Bestimmtheit schließen, daß die Regel in dieser Zeit nicht mehr der allgemein verstandene Ausdruck einer lebendigen Rechtsanschauung war, sondern sich nur noch gleichsam als ein fossiles Überbleibsel der alten Jurisprudenz erhalten hat. Bei dem Ansehen, das solche althergebrachten Schlagworte zu genießen pflegten, fühlten sich die klassischen Juristen bei jeder Gelegenheit, bei der ein konkreter Tatbestand auch nur entfernt an die Möglichkeit seiner Anwendbarkeit denken ließ, sich zur Vorsicht aufgefordert, sich ja nicht gegen ihn zu vergehen, — ganz ähnlich wie wir es bei der alten *regula iuris*: 'per liberam personam nihil nobis adquiri potest' wahrnehmen.²⁾ Dabei war aber gewiß neben der Achtung, die man einem Satze der *veteres* durch seine Erwähnung zu erweisen sich gedrungen fühlte, die praktische Rücksicht entscheidend, der Gefahr einer fehlgehenden Rechtsanwendung durch Laienrichter, die sich durch solche landläufigen Sätze ('*volgo dicta*') auch an unpassender Stelle, wo immer

§ 21 pro empt. 41, 4 (bei Ulpian lib. LXXI ad edict.) l. 6 § 3 de prec. 43, 26. Pomponius lib. XXIX ad Sabinum l. 5 eod. Venuleius lib. III interdict. l. 22 eod. Papinianus lib. VI quaest. l. 10 si pars her. 5, 4. Paulus lib. LIV l. 3 § 20 de poss. 41, 2.

¹⁾ Celsus (bei Paulus lib. LIV ad edict.) l. 2 § 14 pro empt. 41, 4. Pomponius (bei Paulus eod. l.) l. 2 § 12 eod. Dioclet. et Maxim. c. 23 de loc. 4, 65. c. 5 de poss. 7, 32. — ²⁾ Vgl. meinen Besitzerwerb durch Dritte S. 57 ff. Die Lehre von der Stellvertretung II S. 202 ff.

sie dem äußeren Anscheine nach zutrafen, wohl leicht in ihrem Urteile bestimmen ließen, durch ausdrückliche Betonung ihrer, für den Berufsjuristen ohne weiteres evidenten Unanwendbarkeit vorzubeugen.

Nicht eine lebendige Tradition, sondern gelehrte Erwägungen sind es deshalb, mittelst deren jene beiden Juristen den Sinn der Regel zu bestimmen suchen. Wir haben zunächst ihre Ausführungen einer Prüfung zu unterziehen.

Am eingehendsten ist die von Julianus vorgenommene Analyse.

L. XLIII digestorum l. 33 § 1 de usurp. 41, 3: 'Quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse. si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. idemque iuris erit etiam, si a non-domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur. cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere.

Bevor wir auf Julians Gedankengang näher eingehen, bedarf es einer kritischen Untersuchung der Stelle.

'Totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere' heißt es in der Stelle. So kann Julianus unmöglich geschrieben haben. Die Worte sind ganz sinnlos! Die regula soll dann Anwendung finden, wenn jemand weiß, daß er in gutem Glauben nicht besitze. Denn nach

seiner Stellung ist das 'non' auf 'possidere' und nicht etwa auf 'bona fide' zu beziehen. Nun kann man zwar in gutem Glauben besitzen, oder nicht in gutem Glauben besitzen; man kann aber nicht in gutem Glauben nicht besitzen. Nähmen wir nun aber auch an, das 'non' sei auf irgend eine Weise an die unrichtige Stelle geraten, und setzten es vor 'bona fide', so müßte es wiederum höchst anstößig erscheinen, daß nicht schlechtweg Vorhandensein eines unredlichen Besitzes, sondern das Wissen des Besitzers von seiner Unredlichkeit eine der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Regel bilden soll. Die mala fides besteht ja doch immer in dem Wissen gewisser Dinge. Wie sonderbar aber, wenn Julianus sich nicht mit dem Vorhandensein des Wissens dieser Dinge begnügt, sondern auch noch gefordert haben sollte, daß der Besitzer um dieses sein Wissen gewußt habe; denn es ist ja natürlich, daß, wenn ich etwas weiß, ich auch weiß, daß ich es weiß! Zu einem solchen Wissen vom eigenen Wissen wird jemand aber niemals von selbst gelangen, sondern nur auf Grund einer besonderen nach dieser Richtung angestellten kritischen Beobachtung seines eigenen Bewußtseinzustandes oder einer von einem anderen mit ihm angestellten Prüfung. Und eine so komplizierte psychologische Tatsache sollte ein römischer Jurist für den Tatbestand einer Rechtsregel in Rechnung gezogen haben? Warum dann nicht gleich das Wissen von dem Wissen vom Wissen oder ein n-fach potenziertes Wissen vom eigenen Wissen? In den Basiliken heißt es deshalb auch an der entsprechenden Stelle (L. 3, 31):

*Ἐκεῖνος οὐ δύναται νομῆς αἰτίαν ἀλλάττειν ὁ κακῇ
πίστει νομεὺς καὶ διὰ κέρδος βουλόμενος ἐναλλάξαι.*

Und wenn wir hier den Basiliken einfach folgten, so müßten wir annehmen, daß auch Julianus geschrieben habe: 'quotiens quis non bona fide possideret'. Aber es liegt wohl die Annahme nahe, daß auch der Text der Basiliken bereits auf einer von ihren Verfassern oder den Verfassern der indices, aus denen sie schöpften, vorgenommenen Emendation des auch ihnen schon unverständlich erschienenen Digestentextes beruht. Denn es ist nicht erfindlich, wie die Worte 'sciret se — possidere' in alle uns überlieferten Handschriften ge-

kommen sein, die den indices zu grunde liegenden aber ganz anders gelautes haben sollten. Vielleicht lautete der Julianische Urtext: *quotiens 'quis sciret, se bona non possidere' oder: 'se bonorum possessorem non esse'*. Vielleicht hat im ersten Falle ein Kompilator hinter 'bona' das Wort 'fide' eingefügt, oder — im zweiten Falle die Sigle 'b. p.', für p. versehentlich f. lesend, in 'bona fide' aufgelöst und dann statt des nun nicht passenden 'esse' das Wort 'possidere' gesetzt. Als den von Julianus geforderten Tatbestand der Regel hätten wir uns alsdann zu denken: es hat jemand fremde Sachen, die zu einer Erbschaft gehören, in Händen und faßt, obwohl er keinen Anlaß hat, sich für den bonorum possessor zu halten, und obwohl er weiß, daß er es nicht ist, den Entschluß, die Sachen zu behalten, in der Hoffnung, durch einjährigen Besitz das Eigentum zu erlangen. Bei dieser Emendation würde der nach ihr sich ergebende Tatbestand das genaue Gegenstück zu dem im folgenden von Julianus erwähnten, auch rechtlich von ihm in entgegengesetzter Weise behandelten Falle bilden: *'hoc amplius, si iustam causam habuerit existimandi se — — bonorum possessorem domino extitisse — —'*. Julians Gedankengang wäre demnach folgender gewesen. Hat der Besitzer einer fremden Sache nach dem Tode des Eigentümers guten Grund, sich für dessen Erben oder bonorum possessor zu halten (z. B. weil der von ihm zur Erbitung der bonorum possessio Beauftragte ihm wahrheitswidrig mitgeteilt hatte, er habe den Auftrag ausgeführt und die bonorum possessio sei ihm erteilt worden), so usukapierte er die Sache durch einjährigen Besitz; weiß er dagegen, daß er nicht bonorum possessor sei, so kann er nicht usukapieren. Wäre dies möglich gewesen, so würde, falls er die Sache in der Absicht, sie sich durch *lucrativa usucapio* zu eignen zu machen, behielte, dies als ein Fall wirksamer einseitiger *mutatio causae possessionis* haben bezeichnet werden können. Da es ausgeschlossen ist, so konnte man hier sagen: *'sibi ipse causam possessionis mutare non potest'*. Wie nun Julianus weiter zu beweisen versucht, daß jenes der einzige Fall einseitiger *mutatio causae possessionis* sei, und daß der Sinn der *regula: 'nemo sibi ipse etc.'* sich in der Aus-

schließung dieser *mutatio c. p.* erschöpfe, davon später. Wie dem auch immer sei, so wird Julianus jedenfalls auf einen Fall hingewiesen haben, in dem dem Besitzer ein Usukapionstitel nicht zur Seite stand, und hat er den Zweck der *regula* darin gesehen, daß ein solcher Besitzer nicht nach seinem Belieben eine *usucapio lucrativa* selber beginnen könne.

Diesen Inhalt konnte Julianus natürlich aus den Worten der *Regel* weder unmittelbar noch mittelbar entnehmen. Er gründet seine Behauptung vielmehr in rein rationalistischer Weise auf eine Schlußfolgerung (*'idque per haec probari posse'*), und zwar durch Ausschließung: er führt verschiedene Fälle an, in denen für einen bereits bestehenden nicht titulierten Besitz nachträglich unter Mitwirkung des Herrn eine ihn rechtfertigende *causa* beschafft wurde und zweifellos eine ordentliche Ersitzung zugelassen werden müsse, sodaß an eine Anwendung der *Regel* *'nemo sibi ipse etc.'* nicht gedacht werden könne. Nimmt man nun, was offenbar Julians Gedanke ist, an, daß die Fälle, deren Unterstellung unter den zu erklärenden Satz vielleicht denkbar wäre, mit den von ihm aufgezählten erschöpft seien, so bliebe in der Tat der von ihm im Eingange erwähnte, falls die *Regel* für ihn zuträfe, allein als Tatbestand der *Regel* übrig.

Die Ansicht Julians hält nun sowohl, was die Bestimmung des Inhalts betrifft, als auch hinsichtlich seiner Beweisführung der Kritik nach keiner Richtung hin stand.

Folgendes ist gegen Julians Ansicht einzuwenden.

1. Die feststehende und überall wiederkehrende Fassung unserer *regula* enthält nicht die entfernteste Hindeutung auf eine Beziehung oder gar eine ausschließliche Beziehung unseres Satzes auf den von Julian ihm untergelegten Tatbestand. Es ist nicht glaublich, daß die alten Juristen, deren *regulae* sonst die höchste Prägnanz zu zeigen pflegen, hier das *punctum saliens* sorgfältig verborgen gehalten hätten.

2. Der Satz *'nemo — — potest'* bezeichnet hier, wie auch in andern ähnlich konstruierten *regulae iuris* (z. B. *'per liberam personam nihil nobis adquiri potest;'*¹⁾ *condicio nostra per alium deterior fieri non potest;'*²⁾ idem

¹⁾ Vgl. meine Lehre von der Stellvertretung II S. 194 f. — ²⁾ Vgl. ebenda S. 210 ff.

ex parte testatus, ex parte intestatus decedere non potest;¹⁾ 'bonae fidei contractus rescindi non potest')²⁾ offenbar eine rechtliche Unmöglichkeit, eine Versagung der rechtlichen Folge für einen Tatbestand. Er besagt, daß ein Wollen oder Handeln einer Person, das darauf abzielt, einem für sie bestehenden Besitz einer Sache eine andere causa, als die ist, auf Grund deren er erworben ward, unterzuschieben, ohne rechtliche Wirkung, die rechtliche Situation also nach Maßgabe der ursprünglichen causa zu beurteilen sei.

Diese Bedeutung vorausgesetzt, haben wir für den von Julianus unterstellten Tatbestand zwei Möglichkeiten zu unterscheiden.

a) Der Besitzer oder Detentor der fremden Sache faßt nur den Entschluß, die Sache fortan pro herede zu besitzen, um sie zu usukapieren,³⁾ ohne ihn aber durch irgendwelche Handlungen erkennbar zu betätigen. Dieser bloßen veränderten Willensrichtung würde die Wirkung in Rücksicht auf eine usucapio pro herede gewiß ebenso zu versagen gewesen sein, wie in dem bloßen Beschluß eines Depositars, Kommodatars oder Mieters, die Sache für sich zu behalten, ohne eine tatsächliche contrectatio, ohne ein 'loco movere' ein furtum und ein das bestehende Besitzverhältnis veränderndes Moment nicht gefunden werden kann.⁴⁾ Tatsachen — Worte oder Handlungen —, welche die Absicht, die fremde Sache sich anzueignen, wenn auch noch so wahrscheinlich machen, würden doch jene Absicht niemals mit voller Gewißheit erweisen, — z. B. die gegen Dritte getane Äußerung, er habe die Sache gar nicht, oder er denke nicht daran, sie jemals herauszugeben, oder die Sache gehöre ihm; und mit Recht würden deshalb wie nach heutigem, so auch nach römischem Rechte die zivil-

¹⁾ Pompon. lib. III ad Sab. l. 7 de R.J. 50, 17. § 5. Inst. de her. inst. 2, 14. — ²⁾ cf. Symmachi ep. II, 87: 'Vox iuris ac legum est etc.' Dazu meine Lehre vom Zwange S. 87 Anm. 118. — ³⁾ Daß übrigens der Wille zu usukapieren, wie er von Julianus in l. 33 § 1 cit. in den Worten 'et lucri faciendi causa inciperet possidere', weder ein Tatbestandsmoment der usucapio pro herede noch der regelmäßigen Usukapion gebildet haben kann, das braucht hier nicht weiter ausgeführt zu werden. — ⁴⁾ cf. l. 3 § 18 de a. v. a. p. 41, 2 (Paulus lib. XLIV ad edict. und die von ihm zitierten Juristen Sabinus und Cassius).

rechtlichen wie die strafrechtlichen Folgen von Diebstahl und Unterschlagung hier auszuschließen sein. Die Unmöglichkeit der *lucrativa usucapio* würde daher in solchen Fällen schon aus dem Grunde selbstverständlich sein, weil eine *mutatio causae possessionis* überhaupt nicht erweislich ist, und sie könnte darum auch nicht auf den Satz '*nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest*' gegründet werden. Diesen Fall kann also Julianus entweder nicht im Auge gehabt haben, oder wenn er an ihn dachte, so war es unrichtig, die *regula* auf ihn zu beziehen.

b) Der Besitzer oder Detentor einer Erbschaftssache hat eine *Kontrectatio* an ihr vorgenommen (z. B. die ihm in Verwahrung gegebene nach dem Tode des Deponenten in Gebrauch genommen, das gepachtete Grundstück für eigene Rechnung bewirtschaftet, das ihm geliehene Fuhrwerk vermietet und den Fuhrlohn für sich verbraucht u. ä.). Wenn man, wie Julianus in l. 2 § 1 *pro her. 41, 5*¹⁾ ausdrücklich tut, auch dem Detentor eine *possessio* im Sinne unserer *regula* zuschreibt, und wenn ferner der Detentor durch eine solche *contrectatio* zweifellos einen Besitz an der Sache erlangt, der nicht mehr auf demselben Fundament, wie seine bisherige (*naturalis*) *possessio*, sondern auf einer anderen *causa* ruht —, denn in gewissem Sinne ist auch die widerrechtliche Aneignung als eine *causa possessionis* zu bezeichnen und von den Römern als solche angesehen worden;²⁾ — wenn endlich die so vor sich gegangene *mutatio causae* von seiten des Besitzers der Sache einseitig erfolgt, von ihm selbst ('*ipse*') ausgegangen ist, so ist nicht einzusehen, warum dieser *mutatio* rechtliche Erheblichkeit für eine *usucapio pro herede* abgesprochen werden sollte, da doch jeder beliebige Dritte, der zu der Sache in gar keiner Beziehung stand, durch willkürliche Aneignung und einjährigen Besitz sie sich zu eigen machen konnte. Was Unterholzner³⁾ als Grund einer schlechteren Behandlung des ungetreuen Deposi-

¹⁾ Quod volgo respondetur, neminem causam possessionis sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intellegatur — — — ²⁾ Vgl. Pernice, Labeo II S. 193. — ³⁾ Ausführl. Entwicklung der ges. Verjährungslehre bearb. von Schirmer I S. 337.

tars, Kommodatars, colonus u. s. w. anführt: — derjenige, der eine ihm geborgte oder bei ihm hinterlegte Sache durch *usucapio pro herede* erwerben wolle, lasse sich eine ganz besondere Untreue zu schulden kommen, indem er gerade die Verpflichtung habe, darüber zu wachen, daß nicht ein Dritter sich einer solchen Sache bemächtige, — ist nicht stichhaltig. Nirgends wird sonst im römischen Rechte Unterschlagung als ein schwereres Vergehen als der Diebstahl behandelt, und auch für das seit Marc Aurel hier in Betracht kommende *crimen expilatae hereditatis* dürfen wir wohl annehmen, daß das Behalten anvertrauter Sachen nicht schlimmere Folgen als die Aneignung von Sachen aus dem Sterbehause nach sich gezogen haben werde. Weshalb also sollte man für die *lucrativa usucapio* hier mit verschiedenen Maßen gemessen haben? Allerdings sagt Julianus lib. XLIV Dig.,¹⁾ es sei respondiert worden, daß Pächter, Depositare und Kommodatäre nicht *pro herede* usukapieren könnten. Aber er sagt nicht, daß die Responsen — es kann vielleicht auch nur ein einziges gewesen sein — durch den Satz '*nemo sibi ipse etc.*' begründet worden seien; er berichtet auch nicht von einer ständigen Praxis oder einem '*placuit*', '*receptum est*', *usucapere non posse*. Und die Responsen können auch vielleicht nur den Inhalt gehabt haben, daß ein Pächter, Depositär u. s. w., dem die Sache erst nach Jahresfrist mittelst *hereditatis petitio* abgefordert wurde, sich nicht hinterher darauf berufen könne, daß er darum, weil er die Sache nach dem Tode des Erblassers ein Jahr lang innegehabt, nach dem Rechte der *usucapio pro herede* Eigentümer geworden sei, auch wenn er dabei etwa behauptete, er habe nach dem Tode des Herrn den Entschluß gefaßt, die Sache für sich zu behalten, — was ja nach dem oben unter a (S. 21) Ausgeführten in der Tat rechtlich bedeutungslos gewesen wäre.

Auch unter der Voraussetzung einer *contractatio* also wäre die Beziehung der *regula* auf die *usucapio pro herede* unrichtig.

Die ganze Ausführung des Julianus macht in hohem

¹⁾ l. 2 § 1 *pro her.* 41, 5.

Grade den Eindruck des Gezwungenen und Geschraubten. Daß wir es hier mit einer diesem Juristen eigentümlichen Ansicht zu tun haben, geht daraus hervor, daß wir bei keinem anderen Juristen der Beschränkung unserer regula auf den Fall der *usucapio lucrativa* begegnen. Und auch Julianus selbst hat offenbar nicht recht an seine Behauptung geglaubt. Denn auch abgesehen von den Fällen, auf die er zum Beweise seiner Ansicht über die Bedeutung der regula unter Hinweis auf deren Unanwendbarkeit in ihnen Bezug nimmt, zieht er wiederholt in Fällen, in denen nicht die *usucapio pro herede*, sondern die gewöhnliche *usucapio* in Frage steht, den Satz '*nemo sibi ipse etc.*' in Betracht, allerdings jedesmal, um seine Anwendbarkeit zu verneinen,¹⁾ aber doch nicht etwa mit der Begründung, daß der Satz sich nicht auf die gewöhnliche, sondern nur auf die *lucrativa usucapio* beziehe.

3. Wenn man gegen das soeben gegen Julianus geltend gemachte Argument einwenden wollte, daß wir von der *usucapio pro herede* zu wenig wüßten, um das, was ein römischer Jurist, der sie doch noch — wenigstens in ihrer jüngeren Gestalt — als ein geltendes Institut erlebt hat, über sie aussagt, anzweifeln zu dürfen, so würde doch der auf Exklusion sich gründende Beweis des Julianus nur dann zutreffen, wenn wirklich seine Aufzählung der Fälle, in denen an ein '*ipsum sibi mutare causam possessionis*' wenigstens *prima facie* gedacht werden könnte, erschöpfend wäre. In Wahrheit hat aber Julianus einen in diese Reihe gehörigen Fall außer acht gelassen, und gerade dieser ist es, auf den die regula, wie ich meine, sich ursprünglich allein oder hauptsächlich bezogen hat. Dieser Fall wird deshalb später den Gegenstand näherer Erörterung zu bilden haben. Es wird nicht als Vermessenheit angesehen werden dürfen, wenn ein Heutiger es unternimmt, einem römischen Juristen einen Irrtum über sein eigenes Recht nachzuweisen. Die Fälle, in denen ein römischer Jurist von den Neueren eines Irrtums über sein eigenes Recht oder in der Begründung eines Rechtssatzes oder einer auch richtigen Ent-

¹⁾ cf. l. 6 § 3 de prec. 43, 26, l. 2 § 21 pro empt. 41, 4.

scheidung überführt worden ist, gehören ja auch sonst bekanntlich nicht gerade zu den Seltenheiten.¹⁾

II. Wie bei Julianus, so erscheint auch bei Marcellus die regula 'nemo sibi ipse etc.' als ein Satz, dessen Sinn nicht ohne weiteres aus seinem Wortlaut zu entnehmen oder in der Praxis feststehend war, sondern erst durch Reflexion ermittelt werden muß.

Im 17. Buche seiner Digesten²⁾ sagt Marcellus

Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.

Der Jurist bezeichnet es also als 'credibile', daß die veteres bei Aufstellung der regula an den Fall gedacht haben, wenn jemand eine Sache corpore et animo auf Grund einer bestimmten causa besitzt und hinterher beschließt ('statuit'), die ununterbrochen in seinem Besitz verbliebene Sache fortan auf Grund einer anderen causa zu besitzen. Beispiele dieser Art führt Marcellus nicht an; aber nach ihm würden wir an den Fall zu denken berechtigt sein, daß jemand, der eine Sache auf Grund eines Kaufes erlangt hat, beschließt, sie wie ein Beschenker, oder daß der Faustpfandgläubiger sich vornähme, sie als Okkupant zu besitzen u. ä.

In dieser Erläuterung der Regel wird man jedoch nur einen Ausfluß rein doktrinärer Spekulation sehen können und einen neuen Beweis für die oft gemachte Beobachtung, wie groß die Kluft ist zwischen der Genialität der römischen Klassiker in der praktischen Würdigung konkreter Fälle und ihrer Befähigung für abstrakte juristische Reflexion und rechtsgeschichtliche Betrachtung. Wie kann denn ein Mensch von gesunden Sinnen, wenn er auf Grund eines Kaufes oder

¹⁾ Einen solchen Irrtum in der Begründung richtiger Entscheidungen glaube ich z. B. auch gerade dem Julianus in meiner Lehre von der Stellvertretung II S. 283 ff. nachgewiesen zu haben, wenn anders es sich nicht etwa dort nur um eine lediglich auf Laienrichter berechnete Argumentation handelte. a. a. O. S. 288. — ²⁾ I. 19 § 1 de a. v. a. poss. 41, 2.

einer Schenkung oder als Erbe oder als Pfandgläubiger eine Sache in seinen Besitz bekommen hat, plötzlich den Entschluß fassen, diese Sache fortan nicht mehr als gekaufte, sondern als geschenkte, nicht mehr als Erbe, sondern als Okkupant u. s. w. zu besitzen? Auch wenn der Besitzer der fremden Sache etwa ein angemessenes Äquivalent für sie in das Vermögen des Eigentümers zu bringen entschlossen wäre oder gebracht hätte (z. B. durch Zusendung des entsprechenden Geldbetrages an den Herrn, oder indem er ihn in die von ihm verwaltete Kasse legte), könnte er, falls er nicht an dessen Zustimmung zu glauben Grund hatte,¹⁾ unmöglich den Entschluß fassen, die Sache ex causa venditionis zu besitzen. Dem Hypnotisierten höchstens könnte also ein solcher animus suggeriert werden, und auch dann könnte man nicht sagen: '*ipse sibi causam possessionis mutavit*'.

Unmöglich aber konnte die regula etwas betreffen, was kein Mensch je wollen und denken wird, und das, was, wenn jemand wirklich auf die sonderbare Idee, es zu wollen, kommen sollte, ganz selbstverständlich ohne rechtliche Bedeutung wäre, noch ausdrücklich als bedeutungslos erklären wollen. —

In der Kritik der Ansichten von Julianus und Marcellus ist zugleich die der Savignyschen und der Jhering'schen enthalten. Denn jene deckt sich mit der Erklärung Julians und diese mit der des Marcellus, wenn dieser auch seine Erläuterung nicht mit solchen abstrakten Reflexionen, wie Jhering sie hier anstellte, begleitet.

II.

Trotzdem Julian und Marcellus uns für das Verständnis unserer regula nichts Positives zu bieten vermögen, so zeigen sie uns doch wenigstens die Fehler, die ein Versuch, unabhängig von ihnen dem Sinn der Regel auf die

¹⁾ Vgl. über diesen Fall Binding, Lehrb. des gem. deutschen Strafrechts, Besonderer Teil I (1902) S. 274. Indes meine ich, daß der Glaube an die Einwilligung des Eigentümers nicht in der Gewährung des Gegenwertes allein wurzeln kann, sondern durch die Voraussetzung anderer Umstände (z. B. die Annahme, daß er die Sache feil habe, daß er geldbedürftig sei u. s. w.) begründet sein muß.

Spur zu kommen, vermeiden muß. Die Kritik der Ansicht des Julian zeigte uns, daß die Beschränkung der Regel auf einen so engen Tatbestand, wie der von Julian geschilderte, zu verwerfen ist; und die der Ansicht des Marcellus belehrt uns, daß wir die Erklärung der Regel auf dem Boden der Wirklichkeit, nicht auf dem Gebiete utopischer Vorgänge zu suchen haben.

Was andere römische Juristen über die Regel und über ihre Unanwendbarkeit in den von ihnen behandelten Fällen bemerkt haben, und die Art, wie in spätkaiserlichen Reskripten der Satz zur Begründung praktischer Entscheidungen verwendet worden ist, wird besser erst Erörterung finden, wenn wir durch einen Versuch selbständiger Erklärung der Regel festen Boden für ihre Beurteilung gewonnen haben.

Dieser Versuch, dem ich mich nunmehr zuwende, kann sich, nachdem wir uns von der Unergiebigkeit der Quellen für die Erklärung der Regel überzeugt haben, nur auf ihren Wortlaut selbst und auf Reflexionen über den Zweck stützen, der ihr zu grunde gelegen haben muß.

Der Wortlaut der *regula* läßt nun mit Bestimmtheit folgende tatsächlichen Momente als von ihr betroffen erkennen.

1. Es hat jemand eine Sache im Besitz. Ob im juristischen Besitz oder in seiner Detention? Diese Frage muß zunächst hier offen bleiben. Der Ausdruck 'possessio' kann bekanntlich jenen, wie diese bezeichnen,¹⁾ und für die frühe Zeit, der die Regel angehört, werden der gleichzeitigen Beziehung des Wortes auf beide keine Schwierigkeiten entgegenstehen. Julians Äußerung in l. 2 § 1 pro her. 41, 5, die die Regel auf beide bezieht, dürfen wir freilich nach den Ergebnissen der oben angestellten Kritik in dieser Frage keinen Wert beilegen.

2. Es liegt ein Handeln oder irgend ein Verhalten des Besitzers der Sache vor, das von dem Zwecke geleitet ist, der der Entstehung des Besitzes — dahingestellt ob juristischen Besitzes oder der Detention — zu grunde liegenden *causa* eine andere *causa* unterzuschieben, einen Tatbestand herzustellen, der entweder den durch früher eingetretene

¹⁾ Vgl. Savigny, Das Recht des Besitzes S. 39 ff.

Tatsachen bereits gerechtfertigten Besitz in anderer Weise rechtfertigen oder einem der Rechtfertigung entbehrenden Besitz die rechtliche Stütze verschaffen soll. Beide Möglichkeiten können jedenfalls durch den Ausdruck 'causa possessionis' umfaßt sein. Denn, wenn auch regelmäßig 'causa possessionis' Tatsachen bedeutet, die einen Besitz (civilis oder naturalis possessio) als einen vom Standpunkte der Gerechtigkeit berechtigten erscheinen lassen (wie Kauf, Schenkung, Verpfändung, Adjudikation u. s. w. für possessio, — Depositum, Kommodat, Miete, Mandat u. s. w. für Detention), so sind doch in gewissem Sinne auch Diebstahl, Raub, Dejektion causae possessionis, nämlich im Sinne der den Besitz erzeugenden Ursache.

Die Änderung der causa ist eine vom Besitzer gewollte: ipse mutavit mußte man sagen können, wenn der neue Tatbestand den Erfolg einer Änderung der causa herbeiführte. Mit nichten also können Fälle von der Regel umfaßt werden, in denen ein von dem Willen des Besitzers unabhängiges Moment, z. B. eine Ersitzung, ein einen Ipso-iure-Erwerb bewirkender Rechtssatz u. s. w. die neue causa darstellte.

3. Die Sache ist auch nach Herstellung des die neue causa — in dem einen oder andern Sinne — bildenden Tatbestandes in der Hand des Besitzers verblieben. Gleichviel also, ob durch die neue causa die bisherige Detention in possessio umgewandelt und eine bestehende possessio die fehlende Rechtfertigung durch den neuen Tatbestand erhalten oder diese der durch einen früheren Tatbestand gerechtfertigten Detention oder possessio eine neue Rechtfertigung gegeben hat, — in allen Fällen kann man die tatsächliche Gewalt der Person oder der Sache als etwas Beharrendes, die causa als etwas Wechselndes bezeichnen.¹⁾

¹⁾ Es scheint mir, wenigstens für die Fälle, auf die sich unsere regula bezieht, ohne praktische Bedeutung zu sein, ob man sagt, mit der mutatio causae höre der bisherige Besitz auf und beginne ein neuer, oder ob man die äußerlich unverändert bleibende Stellung der Person zur Sache als einen kontinuierlich fortdauernden Besitz ansieht. In dem von Julian in l. 5 de prec. 43, 26 — fälschlich allerdings — der regula unterstellten Fall, in dem er je nach der Sachlage bald die eine, bald die andere Auffassung zu grunde legt, kann diese Unterscheidung vielleicht von Erheblichkeit gewesen sein.

4. Das Verhalten der Person ist das einzige Moment, durch das der Wechsel der causa bewirkt wird ('ipse sibi — mutavit'); die neue causa ist durch eine einseitige Handlung oder vielleicht auch — was vorläufig dahingestellt bleiben muß — durch das einseitige Wollen des Besitzers ohne jede Mitwirkung eines andern geschaffen.

Dieser aus dem Wortlaute der Regel allein erschlossene und aus ihm allein erschließbare Tatbestand läßt nun aber die Tendenz des Satzes noch nicht in vollkommen bestimmten Umrissen erkennen. Es bleibt bei ihm die Möglichkeit offen, auch den von Julianus und den von Marcellus in die Regel gelegten Sinn in ihm unterzubringen. Folgende Überlegungen führen aber zu einer schärferen Umgrenzung.

A. Wenn eine Rechtsregel dem auf Veränderung der causa eines bestehenden Besitzes gerichteten Willen die Rechtsfolge versagt ('non potest'), so muß umgekehrt ein bestimmtes Interesse des Besitzers daran bestehen, daß er 'ipse sibi causam possessionis mutet' und daß die von ihm auf mutatio causae possessionis gerichtete Absicht rechtliche Anerkennung finde. Dieses Interesse muß notwendig mit denjenigen Rechtssätzen in Zusammenhang stehen, die an die verschiedenen causae possessionis verschiedene rechtliche Wirkungen knüpfen und also auch mit dem Wechsel der causa einen Wechsel der Rechtslage herbeiführen würden. Hierbei wird zunächst gedacht werden können

1. an den sich auf Besitzerwerb gründenden Eigentumserwerb, der allemal eine causa possessionis voraussetzt; insbesondere
2. an Eigentumserwerb durch Ersitzung;
3. an die verschiedenen Arten und Rechtsgründe der Detention.

Auszuschließen dagegen ist der bloße Besitz. Die Fehlerhaftigkeit eines Besitzes selbst zu beseitigen, hieße das Unmögliche bewerkstelligen, Geschehenes ungeschehen machen. Die Umwandlung eines fehlerfreien Besitzes in fehlerhaften ist wohl möglich (z. B. durch Unterschlagung der bona fide besessenen Sache; bei mala fides superveniens), und würde, wenn man Fehlerhaftigkeit und Fehlerlosigkeit

als *causae* des Besitzes betrachten könnte, ein '*ipsum sibi causam possessionis mutare*' darstellen. Aber die Regel könnte sich doch hierauf nicht beziehen, weil diese *mutatio* ja unzweifelhaft die auch sonst mit den die neue *causa* bildenden Tatsachen verknüpften Rechtswirkungen — Anspruch des Gegners auf Besitzerschutz, *interdictum unde vi* etc. — zur Folge haben, also keine rechtlich unwirksame *mutatio causae* sein würde.¹⁾

¹⁾ Unrichtig bezieht daher m. E. Jhering, *Der Besitzwille* S. 359 die Regel auch auf die possessorische Wirkung der *vitia possessionis*. Ebenso halte ich es nicht für zutreffend, wenn Jhering die Worte von Cicero *de lege agr.* III § 12: '*ergo hac lege ius civile, causae possessionis, praetorum interdicta tollentur*' nicht auf die einen Besitz rechtfertigende Tatsache, sondern in sonst nicht üblicher Weise auf die *vitia possessionis* mitbeziehen will. Es hindert in der Stelle nichts, den Worten die ihnen sonst stets zukommende Beziehung auf die den Besitz rechtfertigenden Momente zu geben. Ciceros Ausruf, die *causae possessionis* würden nach der Rogation ihrer Bedeutung beraubt sein, würde also in dem Zusammenhang, in dem er sich findet, besagen: das *dare*, *donare*, *concedere*, *vendere*, — alle jene Vorgänge, die (nach *ius civile* und auch nach dem Rechte des *interdictum de loco publico fruendo*, das Cicero hier unter den *praetorum interdicta* gewiß mit verstanden hat — vgl. über dieses Interdikt Ubbelohde, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs* S. 284 f. insbes. S. 302 ff.) dem Besitz eine materielle Rechtfertigung geben, würden bedeutungslos werden. — Der Ansicht von Schirmer, *Ztschr. f. Civ.R. u. Proz.* N.F. XI S. 433 ff., *causa possessionis* in unserer *regula* bedeute soviel wie „Charakter des Besitzes“ ist schon Pernice a. a. O. S. 191 Anm. 54 entgegengetreten. Ich kann auch nicht einmal mit Pernice soviel zugeben, daß in l. 30 § 2 *de usurp.* 41, 3 und in l. 1 § 2 *pro don.* 41, 6 den Worten '*causa possessionis*' diese Bedeutung zukomme. Auch in ihnen läßt sich der Ausdruck sehr gut als Rechtfertigungsgrund für den Besitz verstehen. — '*Causa possessionis*' könnte aber gemäß der dem Worte '*causa*' häufig zukommenden ganz vagen Bedeutung von „Angelegenheit“, „Tatbestand“ u. ä., in der es oft ganz entbehrlich erscheint (cf. *Vocabularium iurispr. Rom.* p. 672 B: '*haud raro abundante voce causae*'; so z. B. u. a. auch in der unsere Regel enthaltenden l. 5 *de prec.* 43, 26: '*causa precarii*' = '*precarium*'), soviel wie Besitz oder Besitzangelegenheit, Besitztatbestand bedeuten. In dieser Bedeutung kommt es aber in keiner der die *regula* betreffenden Stellen vor und kann deshalb in ihr selbst auch diesen Sinn nicht haben. Nur in l. 30 § 2 *de usurp.* 41, 3 dürfte *causa possessionis* in diesem völlig farblosen Sinne stehen, wenn man nicht auch in ihr eine jener in den Quellen öfter vorkommenden unpassenden Bezugnahmen

Die Fälle ad 1 werden in der Regel nur in Betracht kommen, soweit jemand eine Sache nur detiniert oder ohne iusta causa besitzt, und ein neuer Tatbestand ins Leben tritt, der geeignet ist, jemanden zum Eigentümer zu machen. Denn für den, der es bereits ist, kann es rechtlich einerlei sein, welche causa ihn zum Eigentümer gemacht hat; er hat kein Interesse daran, nach Erwerb des Eigentums an die Stelle der ihm zu grunde liegenden causa eine neue treten zu sehen. In einem Falle allerdings kann aber auch der wirkliche dominus ein Interesse an der mutatio causae seines Besitzes haben: wenn nämlich der im Besitz der Pfandsache befindliche Fiduziarpfandgläubiger den Pfandverkauf wirklich an sich selbst vornehmen könnte,¹⁾ so würde er durch diesen „Verkauf“ dem Verpfänder gegenüber, vorausgesetzt, daß er die Sache für einen den Umständen entsprechenden Preis behält, von seinen Verpflichtungen aus dem pactum fiduciae frei werden.

Ebenso ist auch bei den Fällen ad 2 für den Besitzer ein Interesse an einer mutatio causae possessionis nur dann begründet, wenn ihm für den Besitz der vom Nichteigentümer erworbenen Sache die iusta causa fehlt. Hatte er eine iusta causa, die ihn zum Usukapionserwerb führen konnte, so mußte es für ihn wertlos sein, an Stelle der bisherigen eine neue zu erlangen.

In den Fällen ad 3 wird stets eine Änderung der causa der Detention eine Änderung der Rechtsstellung, der Rechte und Pflichten des Detentors und desjenigen, für den er detiniert, im Gefolge haben; und auf Herbeiführung dieser Änderung kann es ihm vielleicht gerade ankommen (z. B. die Verwandlung des depositum in commodatum, des commodatum in Pachtverhältnis und umgekehrt).

auf unsere regula sehen will, — und ferner in l. 57 (56) de furtis 47, 2 (Julian l. XXII. Dig.), wo der Jurist unzweifelhaft an die regula nicht gedacht haben kann. — In l. 7 § 2 qu. ex c. in poss. 42, 4 heißt 'haec causa possessionis' entweder: dieser Grund für eine missio in possessionem, oder: diese Art, d. h. die durch diesen Missionsgrund charakterisierte Art von missio in possessionem. Die Stelle gehört also gar nicht in diesen Zusammenhang.

¹⁾ Vgl. unten S. 37 Anm. 1.

B. Das Motiv für die Versagung der Rechtswirkung kann aber nur entweder in der Rücksicht auf irgendwelche Interessen anderer (des Eigentümers der Sache, des Dritten, für den sie detiniert wird, oder vielleicht der Gesamtheit) liegen, oder vielleicht könnte der Satz — ohne Rücksicht auf irgendwelche materiellen Interessen anderer — nur der Ausdruck einer logischen Konsequenz eines andern Rechtssatzes sein. Daß die Regel aber in Wahrheit nur den Schutz des Eigentümers bezweckte, wird sich aus den späteren Ausführungen ergeben.

C. Es muß für den Besitzer, abgesehen von einem entgegenstehenden Rechtssatze, nach den obwaltenden Umständen, die rechtliche Möglichkeit gegeben sein, die von ihm erstrebte *mutatio causae possessionis* selbst und unabhängig von fremder Mitwirkung herbeizuführen. Denn, daß jemand ganz beliebig einen auf irgend einem Tatbestande beruhenden Besitz in einen auf einem andern Tatbestande beruhenden verwandelte, sich einseitig, z. B. statt des Kaufes, auf Grund dessen er den Besitz erworben, einen Schenkungs- oder Erbschaftserwerb, oder statt des Diebstahls oder der Unterschlagung, durch die er die Sache erlangt hatte, einen Kauf, oder statt des Pachtvertrages, auf den hin er das Gut innehat, sich eine Schenkung als Besitzgrund andichtete, das wäre, wie oben (S. 26) gezeigt, eine psychologische Ungeheuerlichkeit; und noch weniger könnte daran gedacht werden, daß das Recht einem solchen perversen Willen sich fügte und die rechtlichen Wirkungen der *causa possessionis* eintreten ließe, die sich jemand so rein aus dem Nichts erschaffen hätte.

Auch wenn der Satz *'idem ex parte testatus ex parte intestatus decedere non potest'* nicht bestanden hätte, würde doch nicht jeder beliebige, sondern nur der gleichzeitig durch Testament und Gesetz Berufene zum Teil als Testamentserbe, zum Teil als gesetzlicher Erbe haben auftreten können. Ohne die regula *'per liberam personam nihil nobis adquiri potest'* würde doch nicht jeder Erwerb eines beliebigen Freien einem beliebigen andern zufallen, sondern der Erwerb durch einen Freien auch nur bei Vorhandensein eines bestimmten Verhältnisses zwischen dem Freien und dem Erwerber möglich gewesen sein.

Wenn also dem Besitzer (oder Detentor) einer fremden Sache durch einen Rechtssatz die Fähigkeit abgesprochen wird, in rechtswirksamer Weise selbst sich die causa seines Besitzes zu ändern, so mußte notwendigerweise dabei an Tatbestände gedacht sein, die so geartet sind, daß abgesehen von dem in der Regel enthaltenen Verbot der Besitzer denkbarerweise einseitig zu seinen Gunsten und zum Nachteil des Eigentümers eine Änderung der causa possessionis würde bewirken können.

III.

Hiermit sind wir auf den Punkt gelangt, von dem aus sich die eigentliche Tendenz unserer Regel unschwer wird erkennen lassen. Wir haben nur zu fragen: Gibt es Verhältnisse, die es dem Besitzer einer Sache, wenn nicht besondere Rechtsgründe entgegenstehen, ermöglichen würden, sich selbst die causa possessionis zu ändern? und welches sind diese Verhältnisse? Zweckmäßiger werden wir die Frage verallgemeinern und dahin stellen:

Gibt es Verhältnisse, durch die jemandem — abgesehen von einem besonderen Verbot — denkbarerweise die rechtliche Möglichkeit gewährt sein kann, einseitig im eigenen Interesse seine Rechtslage einem andern gegenüber zu verändern?

Hier tritt uns nun sofort der Gedanke an solche Verhältnisse nahe, in denen jemand befugt, unter Umständen sogar rechtlich oder moralisch verpflichtet ist, rechtlich erhebliche Verfügungen in fremden Angelegenheiten vorzunehmen: in erster Linie die verschiedenen Arten von Vertretungsverhältnissen (tutor, curator, procurator, Mandatar, Staats- und Munizipalbeamte, Vorsteher von Korporationen, Gesellschafter u. s. w., und auch negotiorum gestor).¹⁾

Während die Frage, ob der Besitzer einer fremden Sache, der zu dieser und zu dem Eigentümer in keinerlei rechtlicher Beziehung steht, sich selbst ohne Mitwirkung und Zustimmung des Herrn ein Recht an der Sache zusprechen, oder eine für ihn bestehende Beziehung zur Sache

¹⁾ Über die Vertreterstellung des negotiorum gestor vgl. meine Lehre von der Stellvertretung II S. 31 ff.

zu seinen Gunsten verändern könne, wie oben gezeigt, verständigerweise gar nicht aufgeworfen werden kann, so hat es doch einen guten Sinn zu fragen, ob derjenige, der mit Rücksicht auf ein bestehendes Vertragsverhältnis zu Verfügungen über Vermögensrechte eines andern befugt ist, solche Verfügungen nicht bloß Dritten gegenüber und zu deren Gunsten, sondern auch zu seinen eigenen Gunsten vornehmen darf; und bekanntlich wird auch von den klassischen Juristen, sowie auch im heutigen Recht besonders die Frage erörtert und auch rechtlich geregelt, ob der Vertreter eines andern bei Abschluß von obligatorischen Verträgen den Herrn sich selbst gegenüber vertreten, ob er namentlich, wie der geläufige Ausdruck lautet, mit sich selbst kontrahieren könne,¹⁾ oder richtiger — da ja ein Kontrahieren einer Person mit sich selbst nach dem Begriff des Vertrages eine logische Unmöglichkeit ist —, ob der Vertreter durch seinen, wenn auch irgendwie kundgegebenen Willen einseitig diejenigen rechtlichen Wirkungen zu seinen eigenen Gunsten und auch gegen sich im Verhältnis zu dem Vertretenen zu erzeugen vermag, die er durch mit Dritten geschlossene Geschäfte für und gegen diese herbeiführen kann.

In Beziehung auf Verfügungen über eine in den Händen des Vertreters befindliche Sache wird die Frage lauten: Kann der Vertreter durch ein mit sich selbst geschlossenes Geschäft, also, wenn auch das Geschäft seiner Natur nach ein sog. zweiseitiges ist, immerhin doch durch einseitiges Handeln ('ipse'), also ohne Mitwirkung des Vertretenen oder einer andern als dessen Vertreter auftretenden Person sich ein Recht an der Sache verschaffen, oder sonstwie seine rechtliche Stellung zu dem Vertretenen bezüglich der Sache zu seinem Vorteil verändern? Kann also z. B. der zum Verkauf einer Sache Beauftragte die in seiner Hand be-

¹⁾ Der Ausdruck „Selbstkontrahieren“, der sich in neuerer Zeit für das Kontrahieren mit sich selbst eingebürgert hat, scheint mir sprachlich anfechtbar zu sein wegen des störenden Doppelsinns, der sich daraus ergibt, daß das „selbst“ auch auf das Subjekt bezogen werden und einen Gegensatz zu dem Kontrahieren durch einen Vertreter bezeichnen kann. — Ein näheres Eingehn auf diese ganze Materie liegt mir, soweit es nicht der Zweck dieser Abhandlung fordert, selbstverständlich fern.

findliche Sache an sich selbst verkaufen, oder der procurator Gelder aus der von ihm verwalteten Kasse entnehmen, um sie darlehensweise zu behalten, oder kann der Vormund eine in seiner Verwaltung befindliche Sache des Mündels zur Belohnung für seine Mühewaltung sich selbst schenken? Kann der Staatsbeamte, dem die Verpachtung öffentlicher Güter obliegt, auf dem in seiner tatsächlichen Gewalt befindlichen Gute willkürlich als Pächter verbleiben? Kann der Depositar, Kommodatar, der Mieter, der m. f. possessor einer fremden Sache, der die etwa dem Verderben ausgesetzte Sache des Herrn — als negotiorum gestor, also als dessen Vertreter — verkaufen will, sie an sich selbst verkaufen, der Depositar sie an sich vermieten?

Im Falle der Bejahung dieser Fragen würden wir hier überall in zutreffender Weise sagen können: 'sibi ipse causam possessionis mutavit': das äußere Besitzverhältnis ist dasselbe geblieben; aber er hat ihm einseitig einen andern rechtlichen Charakter gegeben; er hat selbst und einseitig seine Detention in civilis possessio umgewandelt und sich Eigentum oder Usukapionsbesitz verschafft; er hat sich selbst aus einem Depositar, Kommodatar in einen Pächter verwandelt.¹⁾

¹⁾ Der Möglichkeit einer solchen Behandlung dieser Fälle würden auch die Grundsätze des römischen Rechtes, die dem obligatorischen Verträge des Vertreters die rechtliche Wirkung für und gegen den Vertretenen versagen und die man — in unzutreffender Weise allerdings — als Verbot direkter Stellvertretung zu bezeichnen pflegt (vgl. meine Lehre von der Stellvertretung II S. 160 ff.), nicht entgegengestanden haben. Vom Standpunkte der sog. mittelbaren Stellvertretung würden bei der im Falle der Zulassung des „Kontrahierens mit sich selbst“ notwendigen fiktiven Anwendung der auf ein wirkliches Kontrahieren bezüglichen Rechtssätze die Verhältnisse sich so gestalten: Der zum Verkauf einer ihm übergebenen Sache Beauftragte schließt als Vertreter mit sich selbst als dem Käufer einen Kaufvertrag; aus diesem wird er, der Vertreter, sich selbst, als dem Käufer, zur Übergabe verpflichtet, kann aber vom Vertretenen die Befreiung von dieser Verpflichtung oder die Hergabe der Mittel — hier der Sache — zum Zwecke der Erfüllung — hier der Tradition der Sache an sich selbst — verlangen. Übergibt er nun die ihm in unserem Falle zu diesem Zwecke ja schon vorher ausgehändigte Sache an sich selbst, indem er den animus domini faßt, so erfüllt er damit in einer für den

Umgekehrt würde die regula 'nemo sibi ipse etc.', auf diese Fälle bezogen, einen guten Sinn ergeben, der ihr ohne Voraussetzung eines der geschilderten Verhältnisse zwischen dem Besitzer und dem Herrn vollkommen fehlen würde. —

Sollten die hier ins Auge gefaßten Fälle die einzigen sein, in denen — abgesehen von einem Verbote — die Möglichkeit einseitiger Änderung der causa possessionis in Betracht kommen könnte, so würden wir berechtigt sein, dem Satze 'nemo sibi ipse etc.' den Sinn unterzulegen:

Wer als Vertreter befugt ist, über eine Sache einem Dritten gegenüber zu verfügen, kann über die in seiner Hand befindliche Sache nicht einseitig zu seinen eigenen Gunsten Verfügung treffen.

Aber jene Fälle sind in Wahrheit nicht die einzigen, auf die die regula bezogen und vernünftigerweise bezogen werden könnte.

Der Faustpfandgläubiger hat das Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen und verschafft durch die Übergabe dem Käufer Eigentum oder Usukapionsbesitz. Kann er durch „Verkauf an sich selbst“ die bisher als Pfand besessene Sache in sein Eigentum bringen, oder, wenn sie dem Verpfänder nicht gehörte, sie nach seinem Belieben von einem beliebigen Zeitpunkte nach Fälligkeit der Forderung an pro emptore zu besitzen beginnen? oder m. a. W. kann er einseitig, durch Bestimmung eines Preises, zu dem er die Sache unter Anrechnung auf die Schuldsumme der bisherigen in der Verpfändung gelegenen causa possessionis eine andere, den Kauf, unterschieben? Auch hier würde die verneinende Antwort durch den Satz 'nemo sibi ipse etc.' gedeckt sein, und wenn die veteres die Frage verneint haben,

Auftraggeber unanfechtbaren Weise seine von ihm als dessen Vertreter sich selbst gegenüber übernommene Verpflichtung und macht sich zum Eigentümer oder zum Usukapionsbesitzer; und das würde auch ein vor der Tradition, aber nach Kundgebung des Willens, die Sache selbst zu kaufen, erklärter Einspruch des Auftraggebers nicht verhindern können (cf. l. 14 de Publ. i. r. a. 6, 2 und dazu meine Lehre von der Stellvertretung I S. 176 ff.).

wie sie im späteren Rechte bekanntlich verneint wurde,¹⁾ so wird vermutlich, wenn es sich gleich nicht beweisen läßt, auch dieser Fall bei der regula mit verstanden worden sein.

Weitere Tatbestände, an die bei der regula 'nemo sibi ipse etc.' gedacht werden könnte, wüßte ich nicht zu nennen, wenn auch, wie später zu zeigen, die späteren römischen Juristen sie in einer Reihe anderer Fälle in Erwägung gezogen haben.

Das hier lediglich aus den Worten und aus einer die vermutliche Tendenz betreffenden Reflexion gewonnene Ergebnis ist demnach:

Der auf Grund eines Vertretungsverhältnisses oder eines sonstigen Verhältnisses zur Verfügung über eine fremde Sache Befugte kann diese Befugnis mit rechtlicher Wirkung nur im Verhältnis zu Dritten, nicht zu sich und zu eigenen Gunsten ausüben.

Man wird hier vielleicht einwenden, der hier der regula beigelegte Sinn würde die Fassung 'nemo sibi ipsi' — statt ipse — etc. haben erwarten lassen. Aber es besteht ja bekanntlich in der lateinischen Sprache die Neigung, 'ipse' selbst da als Subjekt zu konstruieren, wo der durch ipse ja immer angedeutete Gegensatz sich auf das Objekt bezieht.²⁾ Und es kommt auch auf dasselbe heraus, ob wir das ipse in unserer Regel auf das Subjekt oder auf das Objekt beziehen. Auf die Frage: wer kann zu gunsten des Vertreters die causa possessionis ändern? würde der Satz 'nemo sibi ipse etc.' antworten: keinesfalls der Vertreter selbst (sondern nur ein anderer — der Herr u. s. w.); auf die Frage: zu wessen Gunsten kann der Vertreter eines anderen die causa pos-

¹⁾ cf. c. 10 de distr. pign. 8, 27 (28) (Dioclet. et Maxim.). Sintonis, Handb. des heut. prakt. Pfandr. S. 513. Dernburg, Das Pfandr. II S. 163 ff. — Die käufliche Übertragung des Fiduziarpfandes durch den Gläubiger an sich selbst war schon aus dem Grunde unmöglich, weil der Gläubiger ja bereits Eigentümer war. Darauf beruht auch gewiß der Satz des Paulus, R.S. II, 13 § 3: 'Debitor creditori vendere fiduciam non potest etc.' — ²⁾ Vgl. Kühner, Ausführl. Grammatik der lat. Sprache II S. 184. Reisig, Vorles. über lat. Sprachwissensch. (1888) III S. 103 Anm. 370. C. G. Zumpt, Lat. Gramm. § 696.

sessionis ändern? würde aus der Regel bei derselben Fassung die Antwort entnommen werden können: keinesfalls zu seinen eigenen Gunsten (wohl aber zu gunsten anderer).

Der Satz schließt also das sog. Kontrahieren mit sich selbst, soweit es die Veränderung der *causa* für ein bestehendes Besitzverhältnis zum Zwecke hat, aus. In voller Ausführlichkeit dargelegt, hätte der von den *veteres* angenommene Rechtssatz etwa folgendermaßen lauten müssen: 'Neque tutores neque curatores neque procuratores ceterive qui pro aliis intervenire solent, eorum, quorum negotia gerunt, res possidentes sibi ipsi causam mutare possunt, quamvis aliis possidentibus possint. [nec eo magis creditor distractus pignus sibi ipse addicere potest].'

Das wäre aber nicht mehr, was Paulus (l. 1 de R. I. 50, 17), offenbar im Hinblick auf die Gestalt der zu seiner Zeit in Umlauf befindlichen *regulae iuris* als für sie charakteristisch bezeichnet: eine 'brevis rerum narratio' gewesen. Wohl aber konnten die *veteres* in dem kurzen Satze: 'nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest' einen zutreffenden Ausdruck ihres Rechtssatzes sehen, wenn es ihnen nur auf ein 'rem quae est breviter enarrare' ankam. Durften sie ja hier, wie bei allen ihren *regulae*, mit der Tatsache rechnen, daß dem Laienpublikum und dem Laienrichter deren genaueres Verständnis, wo es etwa not tat, und die nötige Aufklärung überall durch den stets hilfsbereiten Juristenstand vermittelt werden konnte. Und es waren ja überdies diese Regeln in erster Linie gar nicht für das Publikum und die Richter bestimmt, sondern für den eigenen Gebrauch der Juristen,¹⁾ — gleichsam Noten, die sie erst in ihrem Konsultationsverkehr auf Verlangen mit der klingenden Münze der ausführlichen Darlegung ihres Inhalts einlösten.

Ob die *regula* nur auf die Fälle, wo die *causa* für eine Usukapion oder sofortigen Eigentumserwerb durch den Vertreter in Betracht kam, oder ob sie auch auf den Pfandgläubiger berechnet war, und ob auch auf Veränderung eines Detentionsverhältnisses durch Unterschlebung eines anderen es gestaltenden Obligationsverhältnisses an Stelle des bisherigen, dar-

¹⁾ Vgl. Jörs, Röm. Rechtswissensch. zur Zeit der Republik I S. 293.

über läßt sich nach der Beschaffenheit der alsbald noch weiter zu prüfenden Quellenüberlieferung ein Urteil nicht fällen.

Ebensowenig läßt sich aus den Quellen über das der regula zu grunde liegende Motiv etwas entnehmen. Vermutlich aber werden die veteres zu ihrer Aufstellung sich durch die nämlichen Erwägungen haben leiten lassen, die im klassischen Rechte zu einer Beschränkung des Kontrahierens des Vertreters mit sich selbst und des Selbstkaufs des Pfandes durch den Gläubiger geführt haben, also durch die Tendenz, den Vertretenen und den Verpfänder gegen unredliche Ausbeutung der Rechtsstellung des Vertreters und des Gläubigers zu ihrem Nachteil zu schützen.

IV.

Fassen wir nunmehr diejenigen Stellen ins Auge, in denen der Satz 'nemo sibi ipse etc.' nicht bloß theoretisch erörtert, sondern im Hinblick auf einzelne Tatbestände auf seine Anwendbarkeit hin in Frage gezogen wird, so finden wir in ihnen für die soeben gegebene Bestimmung seines Inhaltes allerdings keinerlei positive Bestätigung. Keine der Stellen, die unsere regula betreffen, bezieht sich auf Vertreter und Faustpfandgläubiger; und keine der Stellen, die Geschäfte des Vertreters mit sich selbst und den Pfandverkauf des Gläubigers an sich selbst betreffen, enthalten eine Hindeutung auf unsere Regel. Aber jene ersteren Stellen zeigen deutlich, daß den klassischen Juristen das Verständnis der alten Regel überhaupt völlig abhanden gekommen war, und daß sie sie in ganz verschieden gearteten, untereinander gar nicht verwandten Fällen heranziehen, und sie nur ehrenhalber oder vielleicht aus dem oben (S. 16 unten) angegebenen praktischen Grunde erwähnen; und aus dieser offenbaren Ratlosigkeit der Juristen unserem Satze gegenüber dürfen wir die Berechtigung entnehmen, für unsere Erklärung der Regel einzutreten, obwohl Tatbestände, wie die veteres sie m. E. vorausgesetzt haben müssen, in Verbindung mit der regula sich nicht erwähnt finden.

In der Mehrzahl der Stellen erwähnen die Juristen sie nur, um zugleich zu sagen, daß sie auf den vorliegenden Tatbestand keine Anwendung finde.

1. Man kann, so heißt es bei Paulus l. LIV ad edictum (l. 3 § 20 de a. v. a. poss. 41, 2) nicht sagen, daß der Besitzer der fremden Sache 'ipse sibi causam possessionis mutavit', wenn er die bei ihm hinterlegte oder ihm geliehene Sache vom Deponenten oder vom Kommodanten gekauft¹⁾; und bei Julianus lib. XLIV Dig.²⁾ (l. 33 § 1 i. f. 41, 3), wenn der Pächter die Sache vom vermeintlichen Erben gekauft hat, oder wenn er für die in seinem Usukapionsbesitz befindliche fremde Sache, vom Eigentümer belangt, ihm die litis aestimatio bezahlt oder sie von ihm geschenkt erhalten hat (l. 2 § 21 pro empt. 41, 4).³⁾

Natürlich! Die neue causa ist hier überall nicht vom Besitzer selbst, sondern durch ein mit dem wirklichen oder vermeintlichen Herrn geschlossenes Geschäft erzeugt worden, und es bedurfte also gar nicht des Hinweises auf die Regel. Ebensowenig hätte in l. 6 § 3 de prec. 43, 26⁴⁾ und l. 22 pr. eod. die dort gemachte Bemerkung, daß ein Verstoß gegen den Satz nicht vorliege, wenn man den Besitzfehler der gewaltsamen Dejektion als getilgt ansehe, sobald der Herr dem Dejizienten die Sache als precarium überlassen oder verkauft hat, Anlaß zu der Erwähnung unseres Satzes zu geben brauchen.

2. In l. 10 Si pars her. 5, 4 wird von Papinian (lib. VI quaest.)⁵⁾ in einem Falle, in dem der Sohn das vermeintliche Erbteil seines Vaters ohne Auftrag verwaltet

¹⁾ Sed si is qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem venderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem. — ²⁾ — — et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere. — ³⁾ Si rem alienam emero, et. cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Iulianus causam possessionis mutari ei, qui litis aestimationem sustulerit, idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset: eaque sententia vera est. — ⁴⁾ Iulianus ait eum, qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario, neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate eius quem deiecit coeperit precario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere. — ⁵⁾ — — — quod si filius iste patri suo heres

hatte und nunmehr nach des Vaters Tode dieses Erbteil als dessen Erbe von den wahren Erben des vermeintlichen Erblassers des Vaters für sich in Anspruch nimmt, die Frage erörtert, ob er damit sich selbst die *causa possessionis* geändert habe. Es ist ja aber ganz offenbar, daß in der vermeintlichen Behauptung des Sohnes, er habe die Sache durch Beerbung seines Vaters erworben, und sein Besitz beruhe jetzt auf einer andern *causa* als vor dem Tode des Vaters, keine Handlung liegt, durch welche die *causa* selbst geändert wird. Daß Papinian die Frage überhaupt berührt, hat vielleicht darin seinen Grund, daß die ihn konsultierende Partei sich über die Anwendbarkeit der Regel in dem ihm vorgetragenen Falle Belehrung erbeten hatte.

3. In l. 1 § 2 pro don. 41, 6¹⁾ berichtet Paulus als Meinung des Cassius ausdrücklich, daß, wenn die Frau, nachdem sie eine Sache vom Manne geschenkt erhalten, sich von ihm trennt, sie nach der Scheidung die in ihrem Besitze verbliebene Sache nicht pro donato usukapieren könne; dies würde gegen die regula 'nemo sibi ipse etc.' verstoßen.

Ganz unrichtig offenbar! Sie kann nicht usukapieren, weil aus dem bloßen Verbleiben der Sache in ihrem Besitze ohne eine nach der Scheidung besonders kundgegebene Überlassung ('concesserit') doch nicht etwa eine jetzt erfolgte Erneuerung der Schenkung, die nunmehr als Titel einer Usukapion dienen könnte, zu entnehmen ist. Auch kann doch in der von der Frau erklärten Scheidung unmöglich ein Handeln gesehen werden, das auf Herstellung einer neuen *causa* für den bestehenden Besitz abzielte und durch das sie *ipsa sibi causam mutat*. Selbst wenn sie

extitit et movet controversiam, quod pater eius, postquam heres extitit, mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis ut iuris possessor convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

¹⁾ Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare: alias ait post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intellegatur. — — —

etwa nach Empfang des Geschenkes gerade in der Absicht, dadurch die Schenkung wirksam zu machen, die Scheidung erklärt hätte, würde der Ausschluß der Usukapion doch nur auf jenen ersten Grund, nicht auf die Regel 'nemo sibi ipse etc.' gestützt werden können.

4. Ebenso überflüssig ist auch die Bemerkung des Pomponius in l. 5 de precario 43, 26 (lib. XXIX ad Sabin.),¹⁾ daß, wenn der Prekarist, der sich das precarium vor Ablauf der Zeit, für die es gewährt war, verlängern läßt, keine mutatio causae possessionis vorliege. Für den Fall, daß eine Verlängerung nach Ablauf der Zeit erfolgt, wird zwar ein neuer prekaristischer Besitz und eine mutatio causae in der Stelle angenommen. Aber an die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die regula kann doch auch hier nicht gedacht werden, weil der Besitzer sich nicht ipse causam mutavit.

5. Ganz zwecklos scheint endlich die Erwähnung der Regel in l. 18 pr. de a. v. a. poss. 41, 2, wo Celsus (lib. XXIII Dig.)²⁾ sagt, daß derjenige sich die causa possessionis nicht einseitig ändere, der die in seinem Eigenbesitz befindliche Sache für einen andern zu besitzen anfangen, — wie es z. B. bei dem constitutum possessorium der Fall ist. Denn die Regel wendet, wie oben gezeigt, in allen Fällen ihre Spitze nur gegen den Besitzer und will einen anderen schützen, zu dessen Nachteile die mutatio causae ausschlagen würde. Hier aber würde die mutatio gerade umgekehrt zum Vorteil des andern erfolgen. Bedenkt man aber, daß eine derartige mutatio causae possessionis unter Umständen ohne Mitwirkung des Dritten erfolgen kann, z. B. wenn der Verwalter einer fremden Kasse zur Tilgung seiner Schuld an den Herrn eine Geldsumme in dessen Kasse legte, so würde die Anwendung der Regel das zweifellos falsche Resultat ergeben, daß Besitz und Eigentum an den Geldstücken auf den Herrn nicht überginge.

¹⁾ Sed si manente adhuc precario tu in ulterius tempus rogasti, prorogatur precarium: nam nec mutatur causa possessionis et non constituitur eo modo precarium, sed in longius tempus profertur. — — —
²⁾ Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. — — —

Den hier erörterten Stellen, in denen die Regel als unanwendbar bezeichnet wird, stehen mehrere andere gegenüber, in denen Entscheidungen auf sie gestützt werden, ihre Anwendung aber unrichtig erscheint.

1. Zwei diokletianische Reskripte gehören zunächst hierher.

In c. 5 de poss. 7, 32¹⁾ wird ausgeführt: Wenn der Pächter das Gut unredlicher- und rechtloserweise verkauft, so verliert der Verpächter dadurch nicht sein Eigentumsrecht, — cum nemo sibi causam possessionis mutare possit! Als ob die Entscheidung nicht ihre genügende und allein richtige Begründung darin hätte, daß das Wesen des Eigentums gerade in dem Rechte des Eigentümers, jeden Dritten von seiner Sache auszuschließen, liegt. Die Berufung auf die regula ist nur eine nichtssagende äußere Dekoration, mit der die Verfasser prunken, — wie denn auch sonst gerade die Verfasser diokletianischer Reskripte es zu lieben scheinen, wo sich nur eine Gelegenheit bietet, an die Spitze des Reskriptes mit einem gewissen Aplomb eine kurz gefaßte überkommene oder von ihnen selbst formulierte Regel zu setzen, um dann erst den Tatbestand und die Entscheidung folgen zu lassen.

Ebenso sinnlos erscheint die Berufung auf den, hier nur in etwas verkürzter Form zitierten Satz in c. 23 de loc. 4, 65,²⁾ wo er den Bescheid begründen soll, daß dem Eigentumsanspruch durch die Tatsache, daß der Eigentumsprätendent die Sache von dem Gegner selbst gemietet habe, — was er ja in Unkenntnis über sein Eigentum getan haben kann — nicht präjudiziert werde. Die von Krüger³⁾ vorgeschlagene Verweisung des Schlußsatzes an das Ende von c. 25. h. t. würde

¹⁾ Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsam, praeses provinciae fide veri dominii tui ius convelli non sinet. — ²⁾ Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia dominii proprii et errantis nullum habet consensum: sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constituisse magis declaratur. nemo enim sibi iure possessionem mutare potest. — ³⁾ Cod. Just. rec. P. Krueger not. 2 ad c. 23. 25. cit.

keine Besserung schaffen, sondern nur für die in dieser enthaltene Entscheidung eine nicht minder sinnlose Begründung ergeben.

2. Auf einer Anwendung unserer regula scheint endlich die in l. 2 § 12 pro empt. 41, 4¹⁾ von Pomponius und in l. 2 § 14 eod.²⁾ von Celsus aufgestellte Ansicht zu beruhen.

Der Sklave hat eine fremde Sache für sein peculium in bösem Glauben erworben, und der Herr erlangt dann in gutem Glauben den Besitz, z. B. mit dem von ihm eingezogenen peculium, — vielleicht aber auch durch einen mit dem Sklaven geschlossenen Kaufvertrag, — oder als vertragmäßiges Entgelt für die dem Sklaven erteilte Freilassung. In augenscheinlicher Anspielung auf unsere regula sagt hier Pomponius: 'eadem sit causa possessionis' und Celsus: 'durare primam causam possessionis'.

In gewissem Sinne wird man hier allerdings sagen können, daß der Herr auch in dem Falle eines mit dem Sklaven geschlossenen Geschäftes 'sibi ipse causam possessionis mutavit', wenn man nämlich bedenkt, daß der vom Sklaven für das peculium erworbene Besitz ipso iure als dem Herrn erworben behandelt wurde,³⁾ daß aber ein solches Geschäft lediglich eine tatsächliche, von dem Willen des Herrn allein abhängige Geltung hat.⁴⁾ Ob jedoch schon die veteres an diesen Fall bei ihrer Regel gedacht haben, scheint mir zweifelhaft. Die Erwägungen, die zu dieser ihrer Anwendung führen, scheinen mir für die alte Jurisprudenz zu subtil. Für das spätere Recht aber enthält die auf sie gegründete Entscheidung wohl nur eine mechanische Anwendung der nicht mehr verstandenen regula. Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum der Herr die Sache, die er vom Sklaven auf Grund eines iustus titulus, und wie z. B.

¹⁾ Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait: quod si peculiari, tunc mentem servi spectandam. et si servus mala fide possideat, adempto puta peculio, dicendum est, ut eadem causa sit possessionis et ideo usucapio ei non magis procedat. — ²⁾ Et si quod non bona fide servus meus emerit, in pactionem libertatis mihi dederit, non ideo me magis usucapturum: durare enim primam causam possessionis idem Celsus ait. — ³⁾ Vgl. meinen Besitzerwerb auf Dritte S. 130 ff. — ⁴⁾ Vgl. Pernice, Laboe I S. 154 f.

im Falle des Freilassungsvertrages für ein unwiderrufliches Äquivalent erworben hat, weniger sollte usukapieren können, wie die von einem Dritten erworbene, zumal er bekanntlich sogar die Sache, deren Kauf er dem Sklaven aufgetragen hat, usukapieren konnte, obwohl der Sklave die Sache nicht gekauft, und ihm die offenbar ohne Titel erlangte Sache unter der Vorspiegelung, sie gekauft zu haben, übergeben hat.¹⁾

V.

Wenn daraus, daß die römischen Juristen so vielfach bei der Behandlung der regula in die Irre gehen, für uns die volle Freiheit der Forschung nach ihrem eigentlichen Sinne erwächst, so wird man gegen die hier verteidigte Erklärung vielleicht folgendes Bedenken erheben.

Ein Kontrahieren mit sich selbst ist bekanntlich auch im klassischen Rechte in vielen Fällen nicht mit rechtlicher Wirkung vollziehbar. Wie kommt es nun, daß die römischen Juristen da, wo sie dies in Beziehung auf einen die causa des Erwerbs einer Sache bildenden Kontrakt aussprechen, niemals auf unsere regula Bezug nehmen? Die noch später geltenden Rechtssätze, die das Kontrahieren mit sich selbst — das Kaufen der Sache des Vertretenen durch den Vertreter für sich selbst, den Kauf der Pfandsache durch den Pfandgläubiger u. s. w. für unmöglich erklären, sind doch, wenn sie schon, wenn auch nur mit Bezug auf einen beschränkten Tatbestand, in jener alten Regel enthalten waren, nicht von den späteren Juristen neu entdeckt, sondern wohl in stetiger Tradition von den veteres her überkommen. Liegt nicht in der Nichterwähnung der Regel gerade in diesem Zusammenhang die Widerlegung der hier verteidigten Meinung?

Ich glaube, daß das Fehlen einer Bezugnahme auf unsere Regel in diesem Falle sich folgendermaßen erklärt.

Die Weiterbildung des Rechtes vollzieht sich häufig so, daß für einen rechtlicher Regelung bedürftigen Tatbestand eine Norm ins Leben tritt, daß später andere gleichartige oder ähnliche Verhältnisse, die entweder bisher nicht vor-

¹⁾ cf. l. 11 pro empt. 41, 4 (Africanus) l. 5 pro suo 41, 10 (Neratius.)

gekommen oder nicht beachtet oder rechtlicher Regelung nicht für bedürftig erachtet wurden, dem in jener Norm enthaltenen Prinzip, weil man es auch als für sie angemessen erachtete, unterstellt werden, und so eine, den Urtatbestand mit den neuen gemeinsam umfassende Norm sich bildete, in der der ursprüngliche Rechtssatz als ein Spezialsatz aufging. So wurden — wenigstens nach einer verbreiteten Annahme — durch die *lex Aquilia* ältere auf Sachbeschädigung bezügliche Gesetze, so wurde das zweite Kapitel jenes Gesetzes, wenn wir dem Berichte des Gaius¹⁾ hier folgen dürfen, durch die spätere *actio mandati* absorbiert; die Verpfändung der *invecta et illata* des Verpächters stellte sich nach Einführung der *actio quasi Serviana* nur noch als ein bloß tatsächlich, nicht rechtlich mehr von andern Fällen vertragsmäßiger Verpfändung verschiedener Fall von Pfandbestellung dar; so bildet nach der modernen Rechtsentwicklung die Sachbeschädigung, ursprünglich ein für sich bestehender Grund für Schadensersatzansprüche, nur noch eine einzelne Erscheinungsform der Vermögensbeschädigung.²⁾

Diesen Prozeß können wir auch in der Behandlung des „Kontrahierens einer Person mit sich selbst“ wahrnehmen. Der, wie es scheint, älteste auf diese Materie bezügliche, von den *veteres* in die Form einer *regula* gegossene und in alter Zeit trotz der knappen Fassung gewiß allgemein verständliche Rechtssatz '*nemo sibi ipse etc.*' bezog sich nur auf die Fälle, in denen durch ein Kontrahieren des Vertreters (des *tutor*, *curator*, *magister navis*, *institor* u. s. w.) und vielleicht auch des Faustpfandgläubigers mit sich selbst einem bestehenden Besitz- oder Detentionsverhältnis eine neue *causa* (in dem weiten oben S. 27 f. definierten Sinne)

¹⁾ III, 216. — ²⁾ Häufig allerdings schlägt die Rechtsentwicklung bekanntlich aber auch den umgekehrten Weg ein, indem sich aus einem weit gefaßten Tatbestande einer Rechtsnorm allmählich differenzierte, speziellere Tatbestände mit spezielleren Rechtsregeln herauschälen, — eine Art der Rechtsbildung, wie sie namentlich im Strafrecht uns öfter entgegentritt. Können wir den im Texte geschilderten Entwicklungsgang dem Zusammenschießen isolierter Körper zu einem Krystalle vergleichen, so liegt hier der Vergleich mit der Bildung der Planeten aus einer glühenden Gasmasse nach der Kant-Laplaceschen Hypothese nahe.

geschaffen werden sollte, und vielleicht auch nur im Hinblick auf usukapionsrechtliche Fragen. Weiter wird das Bedürfnis in einer Zeit mit wenig entwickeltem Kreditverkehr und unter der Vorherrschaft des Naturalkaufes nicht gereicht haben. In späterer Zeit wird die Frage, ob durch Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst auch klagbare obligatorische Verpflichtungen zwischen Vertreter und Vertretenem begründet werden können, einer Lösung bedurft haben, und wenn man — dahingestellt ob aus Gerechtigkeitserwägungen oder nur auf Grund logischer Reflexionen oder bald aus diesem, bald aus jenem Grunde — auch hier zur Verneinung ihrer Zulässigkeit gelangte, so mußte jetzt die einseitige *mutatio causae possessionis* durch den Besitzer zu eigenem Vorteil sich als eine Konsequenz eines allgemeineren von der Jurisprudenz gefundenen, wenn auch wohl niemals in seiner vollen Allgemeinheit ausgesprochenen Prinzips darstellen.¹⁾

¹⁾ Wenn auch in den Quellen nur von der Unwirksamkeit des vom Vertreter mit sich selbst geschlossenen Kaufvertrages die Rede ist, so ist doch m. E. nicht zu bezweifeln, daß die römischen Juristen auch aus dem Schenkungsvertrage, Mietvertrage, überhaupt jedem obligatorischen Vertrage, abgesehen von den aus besonderen Gründen speziell ausgenommenen Fällen klagbare Obligationen nicht werden haben entstehen lassen. Daß übrigens die Ausschließung direkter Wirkungen der Vertretergeschäfte die Annahme einer verbindlichen Kraft und der Möglichkeit von klagbaren Ansprüchen aus den vom Vertreter mit sich selbst geschlossenen Geschäften im Wege gestanden haben würde, wie Hupka, Die Vollmacht S. 323 meint, ist m. E. zu leugnen. Auch bei einer Vertretung mit einer nur mittelbaren Wirkung würden sich Obligationen zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen denken lassen, die zu demselben Enderfolg führen würden, wie bei sog. direkter Stellvertretung. Wenn z. B. der *procurator* eine Sache des Herrn an sich selbst verkaufte, so würde — wenn wir auch hier fiktiv und in dem uneigentlichen Sinne, in dem dies in dieser ganzen Lehre ja allein möglich ist, von Kontrahieren, Verträgen und Vertragsobligationen sprechen, — nach den Grundsätzen der sog. indirekten Stellvertretung der Vertreter zunächst nur sich selbst zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sein, aber gegen den Vertretenen mit *actio mandati*, *negotiorum gestorum*, *tutela* etc. Deckung, Verschaffung der Mittel zur Tilgung der Schuld, die er in des Vertretenen Interesse kontrahiert hat, unter Umständen Schadensersatz fordern können; und das würde zu demselben Resultate führen, wie wenn ihm ein direkter Anspruch auf Erfüllung gewährt wäre.

Mag auch vermutlich dieses allgemeinere Prinzip sich im Anschluß an das in der alten beschränkten Regel zur Geltung gekommene herausgebildet haben, so mußte diese später ihre selbständige Bedeutung verlieren, und da man jene regula nunmehr zur Ausschließung der Usukapion und des Eigentumserwerbes in den von ihr betroffenen Tatbeständen nicht mehr brauchte, so konnte ihre Bedeutung leicht in Vergessenheit geraten. Genaue Kenntnis von der Funktion unserer regula in der Zeit der Republik hätten die späteren Juristen doch allenfalls nur aus dem Studium der alten juristischen Literatur schöpfen können; wir wissen indes, wie es mit diesem Studium in der Kaiserzeit bestellt war, und wie wenig die Originalschriften der veteres später noch gelesen wurden.¹⁾ Aber die prägnante und schlagwortartige Fassung der Regel machte doch ihre Worte zu unvergeßbaren und ließ die Formel im Munde der Laien und namentlich auch wohl in der Praxis der Laienrichter fortleben, ähnlich wie auch andere regulae iuris,²⁾ ähnlich wie auch manche aus grauer Vorzeit überkommene, mit einem heidnischen Kultus zusammenhängende Redensarten, vormals Ausdruck eines Glaubenssatzes, später eines Aberglaubens, sich bis in unsere Tage erhalten haben und sich noch lange erhalten werden, ohne daß wir uns bei ihrem Gebrauch ihrer Herkunft und ihres ursprünglichen Sinnes noch bewußt wären. Während bei diesen nur Wißbegier, philologisches, antiquarisches, religionsgeschichtliches Interesse dem Gelehrten oder Dilettanten einen Anreiz bieten, ihrer ursprünglichen Bedeutung nachzuspüren oder zu fragen, ob und inwieweit sie da, wo man sie jetzt noch gebraucht, auch passend verwendet werden, waren die römischen Juristen durch

¹⁾ Vgl. hierüber bes. Pernice, *Labeo* I S. 5 f. — ²⁾ z. B. die alte regula: 'per liberam personam nihil nobis adquiri potest', die gleichfalls als unverstandene bis auf Justinians Zeit ihr Dasein fristete und bei allen möglichen Gelegenheiten von den Juristen erwähnt wird, nur daß sie im Laufe der Zeit im Gebrauche einen vollständigen Bedeutungswandel erfahren und in der ihr später beigelegten Bedeutung einen außerordentlich tief gehenden Einfluß auf die Gestaltung des römischen Privatrechts, insbesondere des Rechtes der Vertretung geübt hat. Vgl. hierüber meine Lehre von der Stellvertretung II S. 188 ff. und bes. S. 202 ff.

praktische Interessen genötigt (vgl. oben S. 16), sich mit solchen alten *regulae iuris* abzufinden. Aber ihre rein praktische Richtung und der Mangel historischer Methode ließ sie nicht zur Erkenntnis der Bedeutung der *regula* durchdringen und führte einerseits, wo sie sie gelegentlich noch einmal anwendeten, zu falscher Anwendung, und wo sie, — wohl der häufigere Fall — ihre Anwendbarkeit leugnen, zu überflüssigen oder verfehlten Argumentationen. — Auf allen Gebieten des Lebens — im religiösen Kultus, in den Gebräuchen des geselligen Verkehrs, der Mode, der Sprachbildung, der Technologie wird man ähnliche Entwicklungen wahrnehmen können.

Der Satz '*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*' war also ein altes, überflüssig gewordenes Gerät, das nicht erst Justinian, sondern schon die klassischen Juristen getrost hätten in die Rumpelkammer verbannen dürfen, statt sich mit der Erforschung seiner Bedeutung und mit der Frage, wo, wie und wann es verwendbar sei, abzumühen; — nicht, weil es seine Brauchbarkeit eingebüßt hätte, sondern weil das Bedürfnis für sie in anderer und vollkommenerer Weise gedeckt war, — so etwa, wie man in den einzelnen Räumen eines Hauses die von früher her stehen gebliebenen Öfen außer Dienst stellen kann, wenn man in ihnen eine zentrale Heizanlage errichtet hat.