

📎 Meine Notizen: Richard Gamauf

FÜM I – Exegese zu D. 41,2,44 pr. „Besitzerhalt an vergrabenem Geld“¹⁾

Wien, Jänner 2023

Schwerpunkte: Besitz, Besitzverlust, Besitzschutz

Text und Übersetzung

D. 41,2,44 pr. (*Papinianus libro vicensimo tertio quaestionum*) *Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thesauri immemoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, ius possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum, nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem, cum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset. itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum, supra terram an infra terram possideam, nihil intersit.*

(Papinian im 23. Buch seiner Rechtsfragen) Vor der Abreise hatte jemand Geld zwecks sicherer Verwahrung in der Erde vergraben. Als er nach der Rückkehr den Platz²⁾ aus Vergesslichkeit nicht wiederfand, wurde gefragt, ob er aufgehört habe, das Geld zu besitzen, und ob er sofort wieder zu besitzen anfangen sollte, falls er später den Platz wiedererkennen sollte.

Ich habe gesagt, da angeführt werde, das Geld sei zwecks Verwahrung vergraben worden, sei das Recht des Besitzes demjenigen, der das Geld vergraben habe, nicht verlorengegangen, und es füge auch die Erinnerungsschwäche keinen Schaden bezüglich eines Besitzes zu, in den kein anderer eingedrungen ist.

Ansonsten müssten die Juristen entscheiden, der Besitz gehe an Sklaven in dem Augenblick verloren, in dem wir sie nicht mehr sehen.

Und es macht keinen Unterschied, ob ich das Geld im eigenen oder in einem fremden Grundstück vergraben habe, da ich, wenn ein anderer es in meinem Grundstück vergraben hätte, es nur dann besäße, wenn ich über der Erde daran Besitz³⁾ erlangt hätte. Daher entzieht mir auch der fremde Platz nicht meinen eigenen Besitz, da es keinen Unterschied macht, ob ich über der Erde oder unter der Erde besitze.

I. Sachverhalt, Rechtsfrage, Entscheidung

Papinian⁴⁾ behandelt folgenden Sachverhalt⁵⁾: Jemand plant eine längere Reise und vergräbt sein Geld, um es so während seiner Abwesenheit sicher aufzubewahren.

ao. Univ.-Prof. Dr. Richard Gamauf lehrt am Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte der Universität Wien. Für Anregungen und produktive Diskussionen danke ich Mag.^a Karina Karik, BA M.A.I.S., Alexandra Pichler und Vanessa Thaler.

- 1) Dieser Text war bei der Fächerübergreifenden Modulprüfung I (FÜM I) an der Universität Wien im Jänner 2023 zur Exegese. Im Prüfungsteil Romanistische Fundamente gibt es für diese Aufgabe 28 von 120 Punkten und damit 28 Minuten Arbeitszeit.
- 2) Die unpräzise Benennung des Geldes als *thesaurus*/Schatz (in der Übersetzung nicht wiedergegeben) klingt nach Anfrage eines juristischen Laien. Vgl. auch Fall 100 in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook zum Römischen Sachenrecht¹² (2021) 149 (D. 41,2,3,3 Paul. 54 ed.), wo das Wort „Schatz“ gleichermaßen technisch (Abs 1 und 3 der Übersetzung) und umgangssprachlich für eine fremde Wertsache (Abs 2) verwendet wird.
- 3) Fall 47 a in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 75 (mit Literaturhinweisen). Informationen zu mit * gekennzeichneten Namen und Begriffen finden sich in *Olechowski/Gamauf* (Hrsg), Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht⁴ (2020).
- 4) Hinweise zur Biographie bei *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹ (2001) 46; *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte¹⁴ (2005) 161; *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte¹¹ (2014) 234; *Busiaux*, *Papinian's Quaestiones*. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen (2011) 2.
- 5) Der Verweis auf den Sklaven dient der Argumentation und führt keinen weiteren Fall ein.

Bei der Rückkehr erinnert er sich eine Zeit lang nicht mehr an die genaue Lage des Verstecks.

Daran knüpft als Rechtsfrage, ob die vorübergehende Vergesslichkeit den Besitz* beendet und dieser erneut zu begründen ist, sobald die Erinnerung an das Versteck wiederkehrt.

Papinian entscheidet gegen einen Besitzverlust*. Besitz bleibt sowohl während der Reise als auch dann noch aufrecht, wenn nach der Rückkehr der Ort des Verstecks zeitweilig entfallen ist. Das gilt gleichermaßen für ein Versteck auf eigenem wie auf fremdem Boden. Im zur Konsultation Papinians führenden Anlassfall wurde das Depot nicht auf eigenem Grund angelegt.⁶⁾

📝 Meine Notizen:

II. Erörterung⁷⁾

A. Besitzerhaltung an beweglichen Sachen

Das Rechtsproblem der Stelle ist die Besitzerhaltung an Geld, einer beweglichen Sache, bei stark gelockertem Naheverhältnis. Besitz verstehen römische Juristen nicht als Recht,⁸⁾ sondern als Faktum, eine vom Willen getragene Sachherrschaft.⁹⁾ Besitz verlangt stets das Vorhandensein von Besitzwillen*/*animus possidendi* und tatsächlicher Sachherrschaft/*corpus possidendi**. Papinian beschäftigt sich damit, ob jemand eine bewegliche Sache weiterhin besitzt, wenngleich ihm über längere Zeit jeder unmittelbare Zugriff auf sie abgeht.

Am Fortbestand des Besitzwillens ist im vorliegenden Sachverhalt nicht zu zweifeln. Ihn verdeutlicht, dass das Geld der sicheren Verwahrung *willen/custodiae causa*¹⁰⁾ vergraben wird: Der Besitzer versteckt es gerade deswegen, damit er es bei seiner Rückkehr wieder zur Verfügung hat.

B. Besitzerhalt bei reduziertem *corpus possidendi*

Komplexere Erwägungen erfordert das *corpus*-Element. Für die Besitzerhaltung gelten hinsichtlich des *corpus* generell weniger strikte Kriterien als beim Besitzerwerb. Die für ein ausreichendes Naheverhältnis maßgeblichen Anforderungen hängen wesentlich von der Beweglichkeit bzw Unbeweglichkeit der Sache ab.

1) Exkurs: Besitzerhalt *solo animo* an Liegenschaften und flüchtigen Sklaven

Im vorliegenden Fall lässt Papinian Besitz an einer beweglichen Sache weiterbestehen, über die längere Zeit keine tatsächliche Sachherrschaft ausgeübt wird. Zum besseren Verständnis (und zur Abgrenzung) dieser Entscheidung empfiehlt sich daher, kurz andere Fälle zu betrachten, in denen Besitzerhaltung unabhängig von dauernder, unmittelbarer Sachherrschaft erfolgt.

Ausgangspunkt für die Lockerung der Sachherrschaft bei der Besitzerhaltung, waren Liegenschaften, deren Beherrschung naturgemäß einfacher ist als die von Mobilien: Grundstücke kommen nicht abhanden, dh, sie gehen nicht verloren und man kann sie auch nicht stehlen.¹¹⁾ Das *corpus*-Element erfordert zur Besitzerhaltung weder dauernde Bewachung noch Nähe des Besitzers zur Sache. *Corpus* wird unter Umständen so weit gelockert, dass man für solche Fälle verkürzend von Besitzerhalt *solo animo*/allein aufgrund des Willens spricht.

Das Konzept, Besitz allein *solo animo* zu erhalten, geht historisch auf nur zeitweise bewirtschaftete Grundstücke (Sommer- und Winterweiden/*saltus*) zurück. Diese blei-

6) Siehe unten bei FN 38.

7) Die Musterexegese überschreitet naturgemäß den Umfang einer Prüfungsarbeit. Bei der Prüfung wurden die über den Fall hinausgehenden, allgemeinen Ausführungen zu Besitzerhalt (Exkurs II.B.1) nicht erwartet. Gleiches gilt für die Überlegungen zu dem im Text nicht thematisierten Anlass zur Anfrage (Exkurs III), die über das von Papinian Erörterte hinausführen.

8) Zur Formulierung *ius possessionis*/Recht des Besitzes im Text vgl unten in FN 52.

9) *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 123; *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht²² (2021) 165; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht⁷ (2023) 119; ausführlich nunmehr *Klinck*, Ziviler Besitz (*possessio civilis*), in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch des Römischen Privatrechts (2023) 1065.

10) Zur Bedeutung von *custodia* in diesem Kontext s unten II.C.

11) Diebstahl (vgl heute § 127 StGB) erfordert definitionsgemäß eine „Wegnahme“. *Furtum** kommt von *ferre*/(weg)tragen, weshalb nach herrschender römischer Lehre kein *furtum* an unbeweglichen Sachen möglich ist. Das hat zur Konsequenz, dass Grundstücke nicht als *res furtivae*/gestohlene Sachen unersitzbar werden können. Siehe *Benke/Meissel*, Sachenrecht¹¹ 20, 105; *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 154; *Kaser/Knützel/Lohsse*, Privatrecht²² 198; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung⁷ 127. Bestimmte Begehungsformen des Delikts (zB wissenschaftlicher Verkauf bzw Kauf einer fremden Sache, Gebrauchsüberschreitung/*furtum usus*) wären auch bei Liegenschaften denkbar; eine nicht durchgedrungene vorklassische Ansicht anerkannte sogar *furtum* an Grundstücken (s D. 41,3,38 Gai. 2 rer. cott.).

✎ Meine Notizen:

ben bestimmungsgemäß wiederholt für längere Zeit unbeaufsichtigt. Damit diese Bewirtschaftungsform zu keiner Unterbrechung des Besitzes führt, wird *possessio* während der „toten Saison“ *solo animo* fortgesetzt: Beim Verlassen der Sommerweide im Herbst steht bereits fest, dass das Naheverhältnis im Frühjahr (vom *possessor* selbst oder durch Besitzdiener/-Mittler) verdichtet werden soll; wegen der absehbaren Wiederkehr reicht dieser Wille zum Besitzerhalt, auch wenn vorübergehend keine physische Beherrschung durch oder für den Besitzer stattfindet.¹²⁾ Schließlich kann an allen Liegenschaften bei längerer Abwesenheit Besitz *solo animo* weiterbestehen. Anders ist die Lage bei nur kurzfristiger Entfernung, etwa um einen Wochenmarkt aufzusuchen: Diese tangiert die Sachherrschaft nicht und der kurzzeitig abwesende Marktbesucher besitzt weiterhin *corpore et animo*.¹³⁾

Der an Grundstücken anerkannte Besitzerhalt *solo animo* beschränkt sich bei beweglichen Sachen allein auf flüchtige Sklaven. Während der Besitz *solo animo* an Grundstücken darauf beruht, dass ihre Unbeweglichkeit dauernde Kontrolle erübrigt, motivieren den Besitzerhalt *solo animo* bei Sklaven auf der Flucht gänzlich andere Überlegungen¹⁴⁾: Für *corpus* bzw Besitz an Sklaven setzt man nicht, wie bei beweglichen Sachen sonst, *custodia* voraus, da das kaum praktisch durchführbar gewesen wäre.¹⁵⁾ Sklaven sind einerseits besonders „beweglich“ (und stehen daher kaum andauernd unter unmittelbarer Kontrolle), andererseits behindert strenge Überwachung ihre Nutzung. Wenn ein Eigentümer/Herr/*dominus* bestimmte Sklaven außerhalb seines unmittelbaren Einfluss- und Kontrollbereiches einsetzt, will er weiterhin die rechtlichen und wirtschaftlichen Vorteile des Besitzes an ihnen behalten. Anerkannt wird die *possessio* an Sklaven in der Ferne, damit ihre Herrn durch deren Geschäftstätigkeiten in anderen Provinzen unmittelbar Besitz und Eigentum erwerben können.¹⁶⁾ Unabhängig von Abwesenheitsdauer und räumlicher Distanz zu einem Sklaven besteht Besitz *corpore et animo*, solange mit dessen Rückkehr gerechnet werden kann. Die Bereitschaft, auch nach längeren „Geschäftsreisen“ wiederzukehren, fördern diverse soziale Anreize (zB die Aussicht, aus dem *peculium* eine eigene „Familie“¹⁷⁾ zu erhalten oder den eigenen Freikauf¹⁸⁾ zu finanzieren).¹⁹⁾ Dies hat zur Folge, dass solche Sklaven regelmäßig zurückkehren, womit sich *corpus* selbst bei längerem Aufenthalt in der Ferne bejahen lässt.

Schließlich lässt man Besitz sogar dann nicht enden, wenn Sklaven keine Rückkehrabsicht haben und entfliehen. Römische Juristen²⁰⁾ vermeiden wegen der negativen Auswirkungen auf den Herrn die naheliegende Konsequenz, dass beim flüchtigen Sklaven/*servus fugitivus* die *possessio* fehlt. Allerdings lässt sich in dieser Situation eine Fortsetzung der *possessio* nicht anders als *solo animo* konstruieren: Mit der Flucht widersetzt sich der *servus fugitivus* aktiv einem Zugriff und beendet seines Herrn *custodia*.²¹⁾ Sklaven sollen allerdings nicht im Stande sein, eigenmächtig den Herren

12) Daher bleibt Besitz *solo animo* aufrecht, wenn Besitzdiener/-mittler versterben; s Fall 61 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 93 (D. 41,2,25,1 Pomp. 23 Qu. Muc.). Ob Besitz *solo animo* weiterbesteht, wenn solche freiwillig wegziehen, war kontrovers; vgl Fälle 65 und 66 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 97 (D. 41,2,3,8 Paul. 54 ed. und D. 41,2,40,1 Afr. 7 quaest.; D. 4,3,31 Proc. 2 epist.).

13) Siehe Fall 52 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 81 (D. 41,2,6,1 Ulp. 70 ed.).

14) Fall 31 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 55 (D. 41,2,1,14 Paul 54 ed.). Flucht war geschichtlich die häufigste Form des Widerstandes von Sklaven. In den USA konnten fliehende Sklaven uU auch rechtlich frei werden, wenn sie in einen Bundesstaat entkamen, der keine Sklaverei kannte. Im Römischen Reich fehlte eine derartige Aussicht; hauptsächlich erfolgte Flucht, um irgendwo unterzukommen, wo die Lebenssituation besser war; vgl *Bellen*, Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich (1971) und zu den juristischen Aspekten *Klingenberg*, Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS). Teil X: Juristisch speziell definierte Sklavengruppen 6: *servus fugitivus* (2005).

15) Siehe Fall 26 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 48 (D. 41,2,44,1 Pap. 23 quaest.) und die Erläuterungen dort zu *utilitas* als Entscheidungskriterium.

16) Das hat den Vorteil, dass der Herr Rechtsschutz genießt, falls Sachen vor der Heimkehr des erwerbenden Sklaven abhandenkommen.

17) Zwischen Sklavinnen/Sklaven und ihren Kindern besteht rechtlich keine Verwandtschaft; die Existenz solcher „Familien“ hängt allein vom Wohlwollen des *dominus* ab; vgl *Gamauf*, Sklaven (*servi*), in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 940.

18) Herren geben Sklaven die Chance, sich mit Ersparnissen im *peculium* die Freilassung zu „erkaufen“; Details bei *Gamauf* in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 984.

19) Zum Hintergrund vgl *Gamauf*, Die adjektivische Haftung des römischen Rechts: Juristische Basis einer Ökonomie in den Händen von Stichus und Pamphilus, JAP 2021/2022, 133; ausführlicher *Gamauf*, *Peculium*: Paradoxes of Slaves with Property, in *Schermaier* (Hrsg), The Position of Roman Slaves. Social Realities and Legal Differences (2023) 87 – doi.org/10.1515/9783110987195 (zuletzt abgefragt am 19. 10. 2023).

20) Fall 31 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 55 (D. 41,2,1,14 Paul 54 ed.) belegt, dass Besitz durch einen *servus fugitivus* kontrovers war; möglicherweise war auch die Besitzerhaltung am *servus fugitivus* einmal strittig.

21) Mit der faktischen Natur des Besitzes lassen sich solche Fälle nicht ohne weiteres vereinbaren; gelegentlich behandeln Juristen Besitz eher wie ein Recht; zu *ius possessionis* vgl unten in FN 52.

die *possessio* an sich selbst und Sachen unter ihrer Kontrolle zu nehmen.²²⁾ Also findet der Besitz nicht bereits mit der (für Dritte kaum erkennbaren) Flucht ein Ende, sondern erst bei Übernahme von Kontrolle/Sachherrschaft durch einen anderen, sobald dieser den *servus fugitivus* ergreift.²³⁾

Das Sonderregime beim *servus fugitivus* verdeutlicht besonders die Tendenz im römischen Sachenrecht, Besitzerhalt zu begünstigen und Besitzverlust von manifesten Eingriffen in etablierte Positionen abhängig zu machen. Dieser Leitlinie ist, wenn gleich in nicht so extremer Ausprägung, auch die Entscheidung von Papinian in D. 41,2,44 pr. verpflichtet.

📝 Meine Notizen:

C. *Custodia* ohne physisches Naheverhältnis

Geld gehört zu den beweglichen Sachen; Besitz(-Erhaltung) ist daher ohne aufrechte *custodia*/Gewahrsame²⁴⁾ nicht möglich. *Custodia* setzt grundsätzlich die Möglichkeit zum jederzeitigen Ergreifen der Sache²⁵⁾ oder jedenfalls die Aussicht voraus, ein gelockertes Naheverhältnis wunschgemäß und zeitnahe verdichten zu können. Geringfügige Beeinträchtigungen sind dabei unschädlich: *Custodia* besteht an beweglichen Sachen im eigenen Haus auch während einer vorübergehenden Ortsabwesenheit weiter oder wenn eine Sache bloß deswegen nicht sofort greifbar ist, weil sie im eigenen Haus verlegt oder bei Freunden²⁶⁾ vergessen wurde.

Dass *custodia* und folglich Besitz unmittelbar nach Vergraben des Geldes weiterbestehen, solange der Besitzer das Grundstück noch nicht verlassen hat, ist unproblematisch. Ihm ist Zugriff auf das Geld jederzeit möglich und seine Gegenwart hindert Dritte, systematisch danach zu suchen. Mit seiner Abreise wird dies anders.²⁷⁾ Alleine dadurch Besitzverlust eintreten zu lassen, hätte für den Besitzer unpraktikable Konsequenzen gehabt und wäre sachlich nicht immer gerechtfertigt: Würde Besitz ohne aktuelle Zugriffsmöglichkeit jedenfalls enden, würde selbst dann, wenn wie im vorliegenden Fall das Geld die gesamte Zeit ungestört an Ort und Stelle bleibt, juristisch die Sicherstellung des Geldes scheitern, obwohl die Methode faktisch ihren Zweck erfüllt hat.²⁸⁾ Die Annahme des Besitzverlustes wäre somit lebensfremd, ja geradezu paradox gewesen.²⁹⁾ In Papinians Fall ändert auch die Beweglichkeit des Geldes nichts am Besitzerhalt: Solange das Geld im Versteck verbleibt, erweist sich das Vergraben *custodiae causa* zur Besitzwahrung ausreichend. Ohne handgreifliche Störungen durch Dritte lässt sich *custodia* des Abwesenden, auch wenn er selbst nicht jederzeit zugreifen konnte, bejahen.³⁰⁾ →

22) Siehe Fall 47 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 74 (D. 41,2,13 pr. Ulp. 72 ed.) und die Musterexegese dazu bei *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 280; zur Sklavenflucht als „Diebstahl seiner selbst“/ *furtum sui* vgl *Gamauf* in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 967 in FN 243. Mehr Wunschenken als die tatsächliche Lage spiegelt dagegen der Satz: „Unsere Lage kann durch Sklaven besser gemacht werden, schlechter werden kann sie nicht“ (D. 50,17,133 Gai. 8 ed. provinc.: *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*). Diesem Bestreben entspricht beispielsweise die beschränkte vertragliche und deliktische Haftung für Sklaven (adjektivische bzw Noxalhaftung); dazu die Arbeiten in FN 19.

23) Vorausgesetzt der Dritte beabsichtigt, den Sklaven für sich zu behalten. Will er den Sklaven, weil er ihn als *fugitivus* erkennt, dem Eigentümer (oder an einen zuständigen Beamten) abliefern, übt er wie ein redlicher „Finder“ Fremdbesitz für den Herrn aus. Bei Zurückhalten eines erkannten *servus fugitivus* wird neben einem *furtum* auch das Verbrechen des Menschenraubes/*plagium* verwirklicht; s *Gamauf* in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 967. Von *plagium* kommt der Ausdruck Plagiat für einen „geistigen Diebstahl“: Kidnapper/*plagiarius* nannte der Dichter Martial (40–103/4 n. Chr.) in einem Epigramm (1,52) jemanden, der Werke Martials als eigene ausgab.

24) Hier fördert ein Blick in den lateinischen Text das Verständnis: Die beabsichtigte Sicherstellung des Geldes während der Abwesenheit als Motiv des Vergrabens wird mit der Formulierung *custodiae causa* umschrieben.

25) Fall 46 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 73 (D. 41,2,3,13 Paul. 54 ed.); *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 134; *Benke/Meissel*, Übungsbuch Römisches Sachenrecht¹¹ (2018) 58.

26) Diese greifen selbst in die Sachherrschaft nicht ein und schließen zugleich aber Zugriffe Dritter aus; vgl dazu auch Fall 64 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 96 (D. 41,2,9 Gai. 25 ed. prov.).

27) *Peregre* meint eine „Auslandsreise“; vgl damit verwandt *peregrinus**/Fremder, Nichtrömer. Klarerweise bleibt kein Besitztöner/-Mittler zurück; solange jemand den Besitz am Grundstück für den Abwesenden erhält und indirekt damit das Geld sichert, gibt es das gegenständliche Problem nicht.

28) Für Papinian ist dies kein Besitzerhalt *solo animo*. Papinian unterscheidet klar zwischen Besitz am Grundstück und am Geld; in fremdem Boden verstecktes Geld kann nur „über der Erde“ in den Besitz des Grundstücksbesitzers kommen.

29) Vgl auch *Giara*, Papinian und die *reductio ad absurdum*, in *Harke* (Hrsg), Argumenta Papiniani. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts (2013) 48.

30) Die Fallgestaltung von D. 41,2,44 pr. schließt eine andere Entscheidung geradezu aus. Das Ergebnis hängt auch nicht vom Beurteilungszeitpunkt ab: Da laut Papinian Besitzverlust erst eintritt, wenn ein anderer „über der Erde“ Besitz erwirbt, erscheint auch bei einer Beurteilung ex ante Vergraben zur Erhaltung der *custodia* ausreichend. Anders wäre es nur, wenn klar ist, dass keine Rückkehr stattfindet, weil zB das Grundstück nunmehr in feindlich besetztem Gebiet liegt.

✎ Meine Notizen:

Sein Ergebnis unterstützt Papinian mit dem *argumentum ad absurdum*³¹⁾, dass „ansonsten ... die Juristen entscheiden (müssten), der Besitz gehe an Sklaven in dem Augenblick verloren, in dem wir sie nicht mehr sehen“.³²⁾ Vergleichbar sind die Fälle insofern³³⁾, als Besitzerhaltung vorübergehend ohne physische Kontrolle stattfinden kann, weil eine Verdichtung des Naheverhältnisses zu erwarten ist. Sieht man den Sklaven wieder oder, wie hier im Fall, bleibt das Versteck unentdeckt, beeinträchtigt zeitweiliges Fehlen unmittelbarer *custodia* den Besitz nicht.

Schließlich belässt Papinian sogar den Rückkehrer im Besitz, der die Lage des Verstecks kurzfristig nicht mehr parat hat, wenn ihm immerhin bewusst ist, in welchem Grundstück das Geld versteckt ist. Die Situation entspricht dem Verlegen einer Sache.³⁴⁾ Besitz behält man, da die Sache jedenfalls vorhanden ist und man auch den räumlichen Bereich eingrenzen kann, wo sie sich befindet. Zur Aktualisierung der Sachherrschaft ist nicht mehr als eine Suche nötig.³⁵⁾ Anders ist es, wenn der Rückkehrer vergessen hat, dass er Geld versteckt hat. Auch wenn seine Erinnerung keine gezielte Suche erlaubt oder eine solche erfolglos war, hat er nicht mehr Besitz. In einer solchen Lage kann er die *custodia* nicht mehr verdichten und daher verliert er *possessio*. Wenn er später wieder auf das Geld stößt, begründet er seine *possessio* neu.

Die Möglichkeiten, Wertsachen vor Gefahren (Diebe, Krieg, Bürgerkrieg, Feinde) zu schützen oder Gläubigern und dem Fiskus zu entziehen, waren in der Antike³⁶⁾ beschränkt. Römer versuchten das durch Vergraben, Einmauern, Versenken in Flüssen etc. Wurde das Deponierte nicht mehr geborgen und konnten gefundene Wertsachen niemandem mehr zugeordnet werden, lag juristisch ein Schatz/*thesaurus*³⁷⁾ vor, der dem Finder gehörte. Archäologisch dokumentieren diese Praktiken die zahlreichen Hortfunde aus römischer Zeit, in denen sich gelegentlich zehntausende Münzen oder erhebliche Mengen von Edelmetallen befinden.³⁸⁾

Auch unehrliche Zeitgenossen rechnen damit, dass Wertsachen vor einer Reise möglicherweise vergraben werden. Ist das Grundstück „verwaist“, haben derartige „Schatzsucher“ freie Hand. Im Fall, der Papinian beschäftigte, hat der Besitzer gerade versucht, solches auszuschließen und deswegen das Geld heimlich in fremdem Boden verborgen. Da der Grundstückseigentümer nicht eingeweiht ist, hat er keinen Grund, danach zu suchen, und gefährdet damit den Besitz nicht. *Custodia* behält somit der Reisende, außer der Grundeigentümer findet zufällig das Geld. Gleichzeitig ist das Geld auch vor Dritten sicher, da der Grundstücksbesitzer kaum dulden wird, dass Fremde sein Grundstück umgraben. So sichert der Grundstücksbesitzer das Geldversteck, ohne dies zu beabsichtigen.

III. Exkurs: Warum befragt man Papinian, wenn kein Eingriff in den Besitz stattgefunden hat?

Papinians *quaestiones* bieten anspruchsvolle Kasuistik aus der Praxis oder Unterrichtsdiskussionen.³⁹⁾ D. 41,2,44 pr. zeigt keinen Anlass für die Konsultation Papinians. Vor allem fehlt jeder Hinweis darauf, wer den Besitz des Heimkehrers in Frage stellen könnte. Doch ist eine Anfrage an Papinian als den führenden Juristen seiner Zeit, der höchste Ämter bekleidete, unabhängig von einem tatsächlichen Fall kaum vorstellbar. Es ging wohl um eine erhebliche Geldsumme, was die Bezeichnung *thesaurus*/Schatz nahelegt. Da der Heimkehrer die Frage, ob er noch im Besitz des Geldes war, wohl nicht ohne äußeren Anlass aufgeworfen haben wird, ist zu überlegen, in

31) Mit einem *argumentum ad absurdum* lehnt man ein Interpretationsergebnis ab, indem man ihm absurde Konsequenzen unterstellt. Das vergrabene Geld und den Sklaven, der nicht im Gesichtskreis seines Herrn ist, verbindet nicht mehr, als dass der Besitzer die Sache nicht sieht. Der Vergleich dient Papinian dazu, den bei Sklaven unbestrittenen Besitzerhalt ohne dauernde Kontrollmöglichkeit auch beim versteckten Geld zuzulassen.

32) Es handelt sich dabei nicht um einen zweiten Sachverhalt, sondern einen zur Argumentation herangezogenen Vergleichsfall. Bei der Prüfung schlossen manche Studierende daraus auf einen Besitzerhalt *solo animo* am Geld; Papinian lässt den Besitz am Geld hingegen *corpore et animo* weiterbestehen.

33) Es geht nicht um die Flucht des Sklaven; verglichen werden zwei Situationen, in denen gelockerte *custodia* die *possessio* nicht beeinträchtigt.

34) Vgl. vor FN 26.

35) Auch insoweit wird der Text oft (nicht nur in Prüfungssituationen) missverstanden. „[D]ass die Sache unauffindbar wird“ unterstellt auch *Klinck* in *Babusiaux et al* (Hrsg.), Handbuch 1089 mit FN 194.

36) Fehlt das Vertrauen in Banken, greift man noch heutzutage zu solchen Mitteln. So berichtet die *Presse am Sonntag* (16. 4. 2023, Nr 23.302), dass wegen der Hyperinflation in Argentinien geschätzt 400 Milliarden US-Dollar gehortet werden, zum Teil auch vergraben oder eingemauert (18).

37) Fall 99 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 148 (D. 41,1,31,1 Paul. 31 ed.); in den Digesten erscheint auch, wie im vorliegenden Text, die Schreibweise *thesaurus*.

38) Beispiele finden sich unschwer im Internet, insb auf Wikipedia.

39) *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 39, 46.

welcher Konstellation der Heimkehrer **Rechtsschutz trotz aufrechten Besitzes** am Geld benötigen könnte.

📝 Meine Notizen:

Möglich wäre eine Anfrage im Hinblick auf eine Ersitzung*/*usucapio*. Scheitert eine *traditio*/Übergabe* am Recht des Vormannes, führt einjährige, ununterbrochene *possessio* originär zu Eigentum. Eine Ersitzung des Abwesenden hätte den Verlust der *possessio* beendet. Das Eigentum am Geld spricht der Text nicht explizit an. Wegen der für Münzen existierenden Sonderregeln (Vermengung*, Verbrauch)⁴⁰⁾ erwähnen römische Quellen keine Ersitzung von Geld. Das spricht dagegen, hier einen solchen Fall zu unterstellen.

Als Hinweise auf den Anlassfall verwertbar sind die Fragen („ob er aufgehört habe, das Geld zu besitzen, und ob er sofort wieder zu besitzen anfange . . .“) und der letzte Satz der Antwort („... entzieht mir auch der fremde Platz nicht meinen eigenen Besitz . . .“). Daraus ergibt sich die Konstellation, dass ein Abreisender Geld auf einem **fremden Grundstück**⁴¹⁾ vergraben hat und bei Rückkehr den genauen Ort des Verstecks kurzzeitig nicht mehr weiß. Sobald er sich wieder erinnert, verwehrt ihm der Grundstückseigentümer den Zutritt auf das Grundstück, um „seinen *thesaurus*“ zu bergen. Jetzt überlegt der Heimkehrer, mit welchen Rechtsbehelfen er an sein Geld kommen kann.

Der Rückkehrer kann, obwohl er Eigentum am Geld hat, keine *rei vindicatio** (oder *actio Publiciana**) gegen den Grundstückseigentümer erheben. Dieser ist dafür nicht passivlegitimiert⁴²⁾, da er nicht *possessor* ist, weil ihm ohne Ausgraben der Besitz am Geld fehlt („da ich . . . es nur dann besäße, wenn ich über der Erde daran Besitz erlangt hätte“). Derselbe Grund schließt eine *actio ad exhibendum** aus.⁴³⁾

Vermutlich wird der Grundstückseigentümer durch die Bergungsversuche des Heimkehrers auf das vergrabene Geld aufmerksam. Beschließt er, dieses für sich haben zu wollen, macht ihn das allein noch nicht zum Besitzer.⁴⁴⁾ Dazu muss er es tatsächlich ergreifen.⁴⁵⁾ Da das Geld fremd ist, begeht er ein *furtum*, sobald er es an sich bringt⁴⁶⁾; dazu braucht es einen äußerlichen Bemächtigungsakt (*contrectatio*).⁴⁷⁾ Indem Papinian Besitzerwerb allein „über der Erde“ anerkennt, macht die dolose Verhinderung der Suche den Grundstückseigentümer nicht zum *fur*.⁴⁸⁾

Wie kommt der Heimkehrer, der immer noch Eigentümer und Besitzer des Geldes ist, wieder an dieses? Einklagen kann er es nicht und sein **Eigentum am Geld** gestattet

40) Fall 119 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 175 (D. 46,3,78 lav. 11 Cass.); Fall 71 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 109 (D. 12,1,18 pr. Ulp. 7 disp.); Fall 6 in *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook zum römischen Vertragsrecht⁸ (2021) 16 (D. 12,1,13 pr. Ulp. 26 ed.); *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 163; *Benke/Meissel*, Übungsbuch Sachenrecht¹¹ 90; *Benke/Meissel*, Übungsbuch Römisches Schuldrecht⁹ (2019) 49; *Kaser/Knützel/Lohsse*, Privatrecht²² 207, 349; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung⁷ 131, 156; *Plisecka*, Erwerb durch Sachveränderung (*accessio, specificatio, commixtio, confusio*), in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 1115.

41) Liegt das Versteck auf eigenem Grund und ist es vorübergehend unauffindbar, entsteht daraus in Ermangelung eines Gegners kein Rechtsproblem.

42) Fall 121 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 183 (D. 6,1,9 Ulp. 16 ed.); *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 166; *Benke/Meissel*, Übungsbuch Sachenrecht¹¹ 162; *Kaser/Knützel/Lohsse*, Privatrecht²² 211; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung⁷ 133.

43) Vgl D. 10,4,15 (*Pomponius libro octavo decimo ad Sabinum*) *Thesaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait . . . non esse autem iniquum . . . vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam tollam exportem. . . .*

(Pomponius im 18. Buch seines Kommentars zum *ius civile* des Sabinus) Mein ‚Schatz‘ (hier wieder ungenau für das versteckte Geld verwendet, obwohl der Eigentümer feststeht) ist in deinem Grundstück und du duldest nicht, dass ich ihn ausgrabe. Wenn du ihn nicht von der Stelle bewegst, könne ich seinetwegen richtigerweise nicht aufgrund eines *furtum* oder *ad exhibendum*/auf Vorweisung klagen, sagt Labeo . . . Es sei aber nicht unbillig, dass ein Interdikt oder eine Klage erteilt werde, sodass, wenn es nicht an mir (= Geldeigentümer) liegt, dass dir (= Grundeigentümer) für mögliche aus dieser Tätigkeit resultierende Schäden keine Sicherheit geleistet wurde, du mich nicht mit Gewalt hindern darfst, dass ich meinen ‚Schatz‘ ausgrabe, nehme und wegbringe. Siehe dazu *Baldus*, Vorlegungsklage (*actio ad exhibendum*) und Verwandtes, in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 1800.

44) Die Frage, „ob er (der Abwesende) sofort wieder zu besitzen anfange, falls er später den Platz wiedererkennen sollte“, ist insoweit rhetorisch, als ein Besitzerwerb am Geld nur *corpore et animo* „über der Erde“ erfolgen kann, zu dem es ohne Einverständnis des Grundstückseigentümers nicht kommen kann.

45) Besitzerwerb *solo animo* ohne Bergung eines im eigenen Grundstück befindlichen *thesaurus* (im eigentlichen Sinn) lassen Prokulianer zu (während für die Sabinianer erst Ausgraben *custodia* begründet); vgl Fall 100 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 149 (D 41,2,3,3 Paul. 54 ed.). Die großzügigere Lösung der Prokulianer rührt daher, dass ein Schatz weder Besitzer noch Eigentümer hat und diesfalls in keine bestehende Position eingegriffen wird.

46) An *custodiae causa* verborgenen Sachen bleibt ein *furtum* möglich; Fall 99 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 148 (D. 41,1,31,1 Paul. 31 ed.).

47) Fall 16 in *Hausmaninger/Gamauf*, Sachenrecht¹² 33 (D 41,2,3,18 Paul. 54 ed.). Siehe dazu *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 278; *Kaser/Knützel/Lohsse*, Privatrecht²² 363; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung⁷ 211; *Pennitz*, Diebstahlsklage (*actio furti*), in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 2609.

48) Vgl D. 10,4,15 (Pomp. 18 Sab.) oben in FN 43.

📌 Meine Notizen:

ihm nicht, eigenmächtig auf dem fremden Grundstück zu suchen, um es auszugraben. Vielmehr legitimiert das **Eigentum am Grundstück** dessen Eigentümer dazu, Suchmaßnahmen zu unterbinden.⁴⁹⁾ Zusätzlich kann der Grundstücksbesitzer gegen eigenmächtiges Nachgraben auch wegen **Besitzstörung am Grundstück** durch Selbsthilfe bzw mittels *interdictum uti possidetis*⁵⁰⁾ vorgehen.

Nach dem Bisherigen scheint es, als könne dem Heimkehrer das Geld willkürlich vorenthalten werden, wenn der Grundstückseigentümer keine Nachschau zulässt, da ihn der Heimkehrer nicht klagen kann. *Rei vindicatio*, *actio Publiciana* und *actio ad exhibendum* sind unmöglich, bevor er es gefunden hat und durch den Besitz passivlegitimiert wird. Zum Ausgleich dieser Pattstellung wird entscheidend, dass der Abwesende seinen Besitz am Geld noch immer behalten hat. Dieser ermöglicht dem Heimkehrer das *interdictum utrubi*, das den schützt, der im vergangenen Jahr länger Besitzer einer beweglichen Sache war.⁵¹⁾

Diesen Interdiktenschutz genießt der **Grundstückseigentümer ohne Besitz am Geld** nicht, sondern allein der Heimkehrer. Deswegen kommt es zu einer **Besitzstörung am Geld**, falls ihn der Grundstücksbesitzer daran hindert, auf dieses zuzugreifen. Über das *interdictum utrubi* kann der Heimkehrer den Grundstückseigentümer zur Duldung der Bergung zwingen.⁵²⁾ Diese kann der Grundstückseigentümer nicht mehr verweigern, sobald ihm Sicherheit für mögliche Schäden geleistet wurde.⁵³⁾

IV. Fazit

Papinian gilt als einer der bedeutendsten römischen Juristen. Dieser Text zeigt, dass juristische Flexibilität ohne Aufgabe juristischer Prinzipien zu einer praktikablen Lösung führen kann. Auch wenn auf den ersten Blick im vorliegenden Fall wenig für die Besitzerhaltung zu sprechen scheint, erweist sich Papinians Lösung nicht allein den Grundsätzen des Besitzrechts konform, sondern auch lebensnäher als die Annahme von Besitzverlust. D. 41,2,44 pr. bestätigt zugleich Papinians Ruf als „dunkler“ Jurist: Er beschränkt seine Entscheidung auf das für ihn zentrale Problem. Über die Entscheidungsgründe oder, wie in diesem Fall, die praktischen Konsequenzen seines *responsum* nachzudenken, überlässt er seinen Interpretinnen und Interpreten.

49) Diese Befugnis bezeichnet man als die negative Seite des Eigentums; vgl heute § 354 ABGB: Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, **und jeden Andern davon auszuschließen**.

50) *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 136; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Privatrecht²² 175; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung⁷ 138; *Isola*, Interdikte, in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 1849.

51) *Hausmaninger/Selb*, Privatrecht⁹ 137; *Kaser/Knütel/Lohsse*, Privatrecht²² 176; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung⁷ 138; *Isola* in *Babusiaux et al* (Hrsg), Handbuch 1861.

52) Einige Autoren im Gemeinen Recht* (vgl Beitrag von *Schmetterer* in diesem Heft, JAP 2023/2024/7) des 18. Jh anerkennen neben dinglichen und persönlichen Rechten die eigene Kategorie eines *ius possessionis*/Recht des Besitzes. Sie verstehen darunter Rechte, die jemandem allein aufgrund des Besitzes an einer Sache zustehen (zB Besitzschutz); vgl *Glück*, Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld (ein Kommentar für meine Zuhörer) 2 (1791) 498.

53) Vgl D. 10,4,15 (Pomp. 18 Sab.) oben in FN 39.