

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 176

Precarium

Besitzvertrag im römischen Recht

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

JAN DIRK HARKE

Precarium

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 176

Precarium

Besitzvertrag im römischen Recht

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7379

ISBN 978-3-428-14558-4 (Print)

ISBN 978-3-428-54558-2 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84558-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Anwendungsbereich und Ursprung	7
I. Absicherung und Abwehr von Dienstbarkeiten	8
II. Schutz von Kreditsicherheiten	15
III. Sachüberlassung?	26
IV. Ursprung des <i>precarium</i>	35
V. Ergebnis	37
§ 2 Eine besondere Form der <i>liberalitas</i>	40
I. Vergleich mit <i>donatio</i> und <i>commodatum</i>	40
II. Verhältnis zu <i>actio praescriptis verbis</i> und <i>condictio incerti</i>	43
III. Die Vorsatzhaftung des Prekaristen	46
IV. Ergebnis	52
§ 3 Rechtsgeschäft und Tatsache	53
I. Das Besitzerfordernis	53
II. Die Vereinbarung eines <i>precarium</i>	56
III. Das <i>precarium rei suae</i>	64
IV. Rechtsnachfolge in das <i>precarium</i> ?	70
V. Ergebnis	74
§ 4 Zwischen rechtmäßigem und fehlerhaftem Besitz	76
I. Der Prekaristenbesitz als <i>possessio iniusta</i>	76
II. Abweichungen vom Konzept der <i>possessio iniusta</i>	80
III. Der Prekaristenbesitz als <i>possessio iusta</i>	81
IV. Ergebnis	84
§ 5 Ein Modell der Besitzteilung?	86
I. Verdopplung des Besitzes	86
II. Aufteilung des Besitzes?	91
III. Ergebnis	94
§ 6 Mutation und Untergang des <i>precarium</i>	95
I. Eine Entwicklung im westgotischen Recht?	95
II. Annäherung an das <i>commodatum</i>	96
III. Abschaffung im BGB	102
Fazit	105
Quellenverzeichnis	108

Abkürzungsverzeichnis

- Biavaschi*, Index 36 (2008) 247
- Biavaschi*, Ricerche
- Harke*, *Argumenta Iuventiana* – *Argumenta Salviana*
- Kaser*, SZ 89 (1972) 94
- Klinck*, Erwerb
- Levy*, SZ 66 (1948) 1
- Levy*, Vulgarrecht
- MacCormack*, TR 42 (1974)
- Michel*, Gratuité
- Sanchez-Albornoz*, *Mélanges Petot*
- Tondo*, Labeo 5 (1959) 157
- Zamorani*, *Precario habere*
- Zimmermann*, Rechtserwerb
- Paola Biavaschi*, Profili antidogmatici del diritto romano: ‚*in fundo morari*‘, ‚*precarium*‘ di ‚*habitatio*‘ e ‚*gratuita habitatio*‘, Index 36 (2008) 247–276
- Paola Biavaschi*, Ricerche sul *precarium*, Mailand 2006
- J.D. Harke*, *Argumenta Iuventiana* – *Argumenta Salviana*, Berlin 2012
- Max Kaser*, Zur Geschichte des *precarium*, SZ 89 (1972) 94–148
- Fabian Klinck*, Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht, Berlin 2004
- Ernst Levy*, Vom römischen *precarium* zur germanischen Landleihe, SZ 66 (1948) 1–30
- Ernst Levy*, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar 1956
- MacCormack*, *Iusta and iniusta possessio*, TR 42 (1974) 71–82
- Jacques-Henri Michel*, Gratuité en droit Romain, Brüssel 1962
- Sanchez-Albornoz*, El *precarium* en occidente durante los primeros siglos medievales, in: *Études d’histoire du droit privé*, *Mélanges Petot*, Paris 1959
- Salvatore Tondo*, ‚*Pignus*‘ e ‚*precarium*‘, Labeo 5 (1959) 157–210
- Pierpaolo Zamorani*, *Precario habere*, Mailand 1969
- Martin Zimmermann*, Der Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen. *Rei suae sive de re sua contractum consistere non potest*, Berlin 2001

§ 1 Anwendungsbereich und Ursprung

Im Edikt des Prätors findet das *precarium* in zweifacher Hinsicht Erwähnung. Zum einen erscheint es neben der gewaltsamen oder heimlichen Entwendung einer Sache als dritter Tatbestand des fehlerhaften Besitzes, der bei zahlreichen Interdikten einen Besitzschutz im Verhältnis zum anderen Teil ausschließt. Zum anderen bildet das *precarium* die Grundlage für einen eigenständigen Besitzschutz mit Hilfe des *interdictum de precario*. Es ist auf Rückgewähr einer bittweise überlassenen Sache gerichtet und kann vom Geber gegen den Prekaristen erwirkt werden, wenn dieser die Sache noch bittweise inne- oder sich ihrer vorsätzlich begeben hat:

D 43.26.2pr, 1 Ulp 71 ed

Ait praetor: ‚quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas‘. (1) Hoc interdictum restitutorium est.

Der Prätor bestimmt: „Hast du bittweise das, worum gestritten wird, von jenem inne oder vorsätzlich bewirkt, dass du es nicht mehr hast, sollst du es jenem zurückgewähren.“ (1) Dieses Interdikt ist auf die Rückgewähr gerichtet.

Eine Zuwiderhandlung gegen den Restitutionsbefehl wird mit einer Klage sanktioniert, die eine Verurteilung des Prekaristen in das Interesse zeitigt, das der Geber daran hat, die Sache im Zeitpunkt des Erlasses des Interdikts zurückerhalten zu haben:

D 43.26.8.4 Ulp 71 ed

Ex hoc interdicto restitui debet in pristinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est: ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur.

Aufgrund dieses Edikts muss der frühere Zustand wiederhergestellt werden: Geschieht dies nicht, erfolgt die Verurteilung in das Interesse, das der Kläger daran hat, dass ihm die Sache zurückgewährt worden wäre, und zwar ab dem Moment, in dem das Interdikt erlassen worden ist; also müssen ihm auch die Früchte vom Tag des Erlasses des Interdikts an geleistet werden.

Die Etymologie des Wortes *precarium* legt nahe, den Ursprung des so benannten Rechtsinstituts in einem Subordinationsverhältnis zu suchen, in dem ein Untergebener die Überlassung eines Gegenstands von seinem Vorgesetzten regelrecht erbitten muss. Als historische Phänomene, die Anknüpfungspunkt für eine Herkunftshypothese sein könnten, kommen hier vor allem die Beziehung zwischen einem Patron und seinen Klienten sowie die Vergabe von *ager publicus* durch den römischen Staat in Betracht; und es fehlt nicht an Stimmen, die den Ursprung des *precarium* in dem einen oder anderen Verhältnis oder gar in beiden

verorten: Das Konzept der bittweisen Überlassung wird in teils unterschiedlichen Spielarten zuweilen auf die Belehnung ländlicher Arbeiter,¹ die Zuweisung von Grundbesitz eines Patrons an seine Klienten² oder die hoheitliche Vergabe von *ager publicus*³ zurückgeführt. Diese Hypothesen müssen nicht nur sämtlich ohne quellenmäßigen Beleg auskommen; sie bauen auch auf einem vorgeprägten Bild des *precarium* als eines auf die Landvergabe zugeschnittenen Leih- oder Lehnverhältnisses auf.⁴ Zwar kann sich eine solche Deutung durchaus auf die eine oder andere abstrakte Äußerungen der römischen Juristen stützen. Um sicherzustellen, dass deren Interpretation nicht fehlgeht, gilt es jedoch zunächst einmal, die Quellen zu untersuchen, die Aufschluss über den konkreten Einsatz des Rechtsinstituts in der Praxis geben. Erst wenn der Anwendungsbereich ausgelotet ist, den das *precarium* zur Zeit der hoch- und spätklassischen Jurisprudenz hat, lassen sich Vermutungen über seine Herkunft wagen und die theoretischen Aussagen richtig verstehen, die die Juristen zur Eigenart dieses Rechtsinstituts machen.

I. Absicherung und Abwehr von Dienstbarkeiten

Einen Anwendungsfall des *precarium* bildet die Erlaubnis zum Verstoß gegen eine Dienstbarkeit. Mit ihr befasst sich Julian in

D 8.2.32pr Iul 7 dig:

Si aedes meae servant aedibus Lucii Titii et aedibus Publii Maevii, ne altius aedificare mihi liceat, et a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus aedificatum habuero, libertatem adversus Publium Maevium usucapiam: non enim una servitus Titio et Maevio debebatur, sed duae. argumentum rei praebet, quod, si alter ex his servitutum mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilo minus servitutum deberem.

Ist mein Gebäude denen des Lucius Titius und des Publius Mävius in der Weise dienstbar, dass es mir nicht erlaubt ist, höher zu bauen, und habe ich von Titius bittweise um die Erlaubnis ersucht, höher zu bauen, und das Gebäude auch für die Dauer der Ersitzungszeit so innegehabt, ersitze ich die Freiheit [von der Dienstbarkeit] gegenüber Publius Mävius. Es liegt nämlich nicht nur eine Dienstbarkeit gegenüber Titius und Mävius vor, sondern es bestehen zwei Dienstbarkeiten. Einen Beweis

¹ So die Deutung von *Max Weber*, Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht (1891), Gesamtausgabe, Abt. 1, Bd. 2, Tübingen 1986, S. 320.

² Diese auf *Niebuhr*, Römische Geschichte, Teil 2, S. 168 ff. (S. 435 f. der Ausg. Berlin 1853) zurückgehende Theorie findet Anklang etwa bei *Michel*, Gratuité, S. 129 f., *Zamorani*, *Precario habere*, S. 45 ff. und *Kaser*, SZ 89 (1972) 94, 96 f.

³ Kritisch zu dieser von *Mommsen*, Römisches Staatsrecht, Bd. 2, Abt. 1, 3. Aufl., Leipzig 1887, S. 462 Fn. 5 favorisierten Erklärung *Zamorani*, *Precario habere*, S. 1 ff.; vgl. auch *Biavaschi*, Ricerche, S. 49 ff.

⁴ Hiervon geht auch *Biavaschi*, Ricerche, S. 357 f. aus, die das *precarium* erst nachträglich durch das *commodatum* ersetzt und für andere Anwendungsfälle fruchtbar gemacht sieht.

hierfür bietet der Umstand, dass, wenn einer von beiden mir gegenüber auf die Dienstbarkeit verzichtet, ich nur von ihm befreit werde und dem anderen nichtsdestoweniger aus der Dienstbarkeit verpflichtet bin.

Durch Fallvergleich⁵ ermittelt Julian die Wirkung, die ein *precarium* bei der Belastung eines Grundstücks zugunsten mehrerer Nachbarn hat: Ist dem Eigentümer des dienenden *fundus* das Höherbauen verboten, kann er die Freiheit von dieser Dienstbarkeit durch deren *non usus* ersitzen, indem er auf seinem Grund für mindestens zwei Jahre ein Gebäude in verbotswidriger Höhe unterhält. Dies gilt bei einer Mehrfachbelastung im Verhältnis zum Eigentümer eines der herrschenden Grundstücke auch dann, wenn die Ersitzung gegenüber einem anderen Eigentümer scheitert; denn das Verbot des Höherbauens begründet keine Gesamtberechtigung der Nachbarn, sondern ist Gegenstand einzelner Servituten gegenüber den Eigentümern der herrschenden Grundstücke. Ebenso wie diese einzeln ohne Mitwirkung der anderen auf die ihnen zukommende Dienstbarkeit verzichten können, verlieren sie diese auch individuell durch Ersitzung. Ein unterschiedliches Schicksal können sie insbesondere dadurch erleiden, dass der Eigentümer eines der herrschenden Grundstücke den verbotswidrigen Zustand bloß bittweise hinnimmt. Wirkt sich dies auch nicht auf die Servituten zugunsten der übrigen Nachbarn aus, verhindert er so doch, dass seine eigene Berechtigung durch Duldung des Verstoßes gegen die Dienstbarkeit verloren geht.

Für die ersitzungshindernde Wirkung spielt es keine Rolle, ob die Gestattung jederzeit widerruflich oder für eine bestimmte Frist erfolgt ist. Letzteres könnte man deshalb annehmen, weil das *precarium* sich für den Eigentümer des dienenden Grundstücks nur dann als sinnvoll erweist, wenn ihm die Errichtung des servitutswidrigen Gebäudes für einen bestimmten Mindestzeitraum ermöglicht wird.⁶ Diese Befugnis muss jedoch nicht das Besitzschutzrecht des Gebers aus dem *precarium* selbst einschränken, sondern kann auch einer daneben bestehenden Vereinbarung entspringen, deren Bruch den Geber zwar zum Schadensersatz verpflichtet, aber nicht seiner gleichsam besitzrechtlichen Stellung beraubt, die servitutswidrige Nutzung jederzeit zu unterbinden.

Unabhängig davon, ob das *precarium* selbst von der Vereinbarung einer bestimmten Mindestfrist betroffen ist, verschafft es dem Geber den weiteren Vorteil, dass die Dienstbarkeit nun zusätzlichen Schutz genießt. Während das Verbot des *altius tollere* anders als die alten Wegerechte grundsätzlich nicht durch ein Interdikt bewehrt ist, kann sich sein Inhaber, wenn er sich auf ein *precarium* eingelassen hat, gegen das zu hoch gebaute Nachbargebäude nun nicht nur mit der *vindicatio servitutis*, sondern auch mit dem *interdictum de precario* wenden. So erspart er sich vor allem den Nachweis der Belastung des dienenden Grundstücks und kann sich damit begnügen darzutun, dass der servitutswidrige Zustand auf

⁵ Hierzu *Harke, Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana*, S. 142 f.

⁶ *Biavaschi, Ricerche*, S. 133 f.