

THEO MAYER-MALY

Thensaurus meus

Dem modernen Juristen ist es durchaus geläufig, daß Laien den Ausdruck „Schatz“ auch untechnisch verwenden. So berichteten die „Salzburger Nachrichten“ am 20. Dezember 1982 über das Auffinden einer großen Medaillen- und Plakettensammlung aus der Spätrenaissance in einem Depot der Prälatur des Stiftes Göttweig. Die Zeitung schrieb wörtlich: „Der Inhalt entpuppte sich als ein wahrer Schatz“. Gerade das war er nicht. Damit von einem Schatz gesprochen werden kann, ist es nach § 398 des österreichischen ABGB nicht nur erforderlich, daß es sich um Geld, Schmuck oder andere Kostbarkeiten handelt, sondern auch, daß diese „so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigentümer nicht mehr erfahren kann“. Wie die Schatzdefinitionen vieler anderer Zivilrechtskodifikationen¹ folgt das ABGB im Grunde dem Spätklassiker

Paulus 31 ad ed D 41,1,31,1: Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat: sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit. alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thensaurus: cuius etiam furtum fit.

Der berühmte Text wurde für die Privatrechtsentwicklung sowohl durch seine Eingrenzung der geeigneten Objekte (*depositio pecuniae*) wie auch durch die Orientierung am Fehlen eines Eigentümers richtungsweisend. Die *depositio pecuniae* meint wohl nicht nur Geld,² sondern alle beweglichen Wertsachen.

Die Art, in der der Text von der Unbekanntheit des Eigentümers spricht, hat einigen Interpolationsverdacht geweckt. In der Tat ist richtig, daß der Text darauf abstellt, ob es keinen Eigentümer mehr gibt.³ Wäre dieses Kriterium ernst zu nehmen, dann käme in einer Rechtsordnung mit entfalteter Universalsukzession ein Rechtserwerb durch Schatzfund nur mehr in wenigen Ausnahmefällen in Betracht.⁴ Es scheint aber, daß die klassische Jurisprudenz dieses Kriterium im Lichte jener praktischen Vernunft abgemildert

¹ Vgl. bloß Art. 723 des schweizerischen ZGB und § 984 des deutschen BGB, aber auch den bemerkenswerten § 361 des Zivilgesetzbuches der DDR vom 19. 6. 1975.

² So aber Appleron, *Studi Bonfante* III (1930) 4.

³ Vgl. Huvelin, *Études sur le furtum* (1915) 276.

⁴ Konsequenz Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV (1920) 162.

hat, die für viele Fälle die Unermittelbarkeit eines Eigentümers seinem gänzlichen Fehlen gleichsetzt.⁵ Paulus selbst allerdings scheint sein Kriterium strikt verstanden zu haben. Dies zeigt das Gegenbeispiel, das die aus Furcht, zur Bewahrung oder aus Gewinnstreben vergrabenen Gegenstände anführt. An ihnen soll ein *furtum* möglich bleiben. Nun entsteht ein *thensaurus* aber vor allem dadurch, daß jemand Wertsachen aus Furcht oder zur besseren Behütung verbirgt. Zum Schatz werden diese Sachen regelmäßig durch Tötung oder Flucht des bisherigen Eigentümers, wenn sonst niemand weiß, wie man sie findet.⁶ Es wäre nur vernünftig, wollte man dann einen Rechts-erwerb durch Schatzfund zulassen. Paulus läßt solche Bereitschaft nicht erkennen. Es ist aber nicht auszuschließen, daß er als geeignete Objekte eines *furtum* nur Dinge meint, deren Eigentümer noch ermittelt werden können. Etwas wahrscheinlicher ist jedoch, daß er sich zu einer radikaleren Sondermeinung entschlossen hat, die auf das völlige Fehlen eines Eigentümers abstellt.

Diese Deutung der Position des Paulus verträgt sich dann auch besser mit den Worten *quod non alterius sit*, mit denen Paulus den Schatz den *res nullius* annähert. Allerdings drängt sich sogleich die Frage auf: Wo bleibt dann die hadriänische Teilung? Nach Inst. Iust. 2,1,39 bekam der Finder eines Schatzes diesen nicht zur Gänze, sondern nur zur Hälfte. In der *thensaurus*-Definition des Paulus hören wir dagegen nichts von einer Teilung des Schatzes.⁷ Die Erklärung kann nur darin bestehen, daß Paulus offenbar nur den Schatzfund auf eigenem Grund vor Augen hat.

Die Palingenesie der *thensaurus*-Definition des Paulus bereitet Schwierigkeiten, die hier nur skizziert werden können. Im 31. Buch *ad edictum* hat Paulus die *fiducia* und das *depositum* behandelt. Lenel⁸ hat den Text der *fiducia* zugeordnet. Bestimmend dafür war offenbar die Thematik von

Paul 31 *ad ed D* 41,1,31 *pr*: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

Der uns erhaltene Text dürfte nicht ein Resultat nachklassischer Verfälschung des klassischen Rechts,⁹ sondern das Relikt einer längeren Darlegung zur Bedeutung der *causa* für einen Eigentumserwerb durch *fiducia* bilden. Die *traditio* wurde wohl nur als Kontrastfall vorgeführt.

Sucht man nach Gründen für das Naheverhältnis der *thensaurus*-Definition zur *fiducia*, so empfiehlt es sich, nicht nur an die allgemeinen Probleme um die *iusta causa traditionis*¹⁰ zu denken. Die *fiducia* konnte ja nicht nur als eine Art von Sicherungsübereignung der Sicherung von Gläubigern dienstbar gemacht werden, sondern als *fiducia cum amico contracta* eine für

⁵ In diesem Sinne wohl auch Appleton (Fn 2) 5 f.

⁶ Zu diesen Aspekten vgl. Hill, *Treasure Trove*, 1936/80; Morisson, *Centre de Recherche d'Histoire et Civilisation de Byzance — Travaux et Mémoires* 8 (1981) 321 ff.

⁷ Appleton (Fn 2) 7 f. ist dadurch zu Interpolationsverdacht veranlaßt worden.

⁸ Paling. I 1027.

⁹ Entschiedene Vorbehalte bei de Francisci, *Il trasferimento della proprietà* (1924) 153; Kaser *BIDR* 63 (1960) 66 f.; im Grunde behutsamer Ehrhardt, *Iusta causa traditionis* (1930) 134 f.

¹⁰ Zu diesen Jahr, SZ 80 (1963) 141 ff.; Diódsi, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law* (1970) 139 ff.; Miquel, *Estudios Alvarez Suarez* (1973) 261 ff.; van Warmelo, *Studi Sanfilippo I* (1982) 615 ff.

Leihe¹¹ und Verwahrung¹² interessante Rechtsform bilden. Es ist daher vorstellbar, daß die Erörterung der zu Verwahrungszwecken eingegangenen fiducia zu einer Abgrenzung von jener depositio pecuniae geführt hat, aus der ein thensaurus entstand. Nicht auszuschließen ist allerdings, daß die thensaurus-Definition ursprünglich überhaupt bei der Behandlung des Realkontrakts depositum gegeben wurde und erst später mit D 41, 1, 31 pr zusammengefaßt wurde, als die fiducia aus diesem Text getilgt werden mußte.

Zu ihren Definitionen hatten die römischen Juristen bekanntlich ein zwiespältiges Verhältnis. Manchmal wurden sie strikt beachtet und sogar zum Ausgangspunkt der Ableitung von Rechtsfolgen gemacht, dann wieder beiseite geschoben. Bei der Begriffsbestimmung für den thensaurus war das nicht anders. Ein bemerkenswerter Fall der exakten Beachtung der Definition begegnet bei

Scaev. 1 resp. D 6,1,67: A tutore pupilli domum mercatus ad eius refectionem fabrum induxit: is pecuniam invenit: quaeritur ad quem pertineat. respondi, si non thensauri fuerunt, sed pecunia forte perdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, nihilo minus eius eam esse, cuius fuerat.

Jemand hatte vom Vormund eines Mündels ein Haus gekauft. Dieses stellte sich als reparaturbedürftig heraus; der Käufer nahm einen Handwerker auf, um die Reparaturen auszuführen. Dieser Werkunternehmer fand Wertsachen. Dem Cervidius Scaevola wurde die Frage vorgelegt, wem diese gehörten. Sein Gutachten beruht auf einer Distinktion. Es soll darauf ankommen, ob es sich um einen Schatz oder anderes Gut handelt. Handelt es sich nicht um einen Schatz, sondern etwa um verlorene oder vom Eigentümer aus Irrtum nicht entfernte Sachen, soll das Aufgefundene dem gehören, in dessen Eigentum es schon immer war. Was gelten soll, wenn es sich um einen Schatz handelt, sagt Scaevola nicht. Ebenso wenig läßt er erkennen, ob er die Qualität als thensaurus vom Fehlen eines Eigentümers oder bloß von seiner Unermittelbarkeit abhängen läßt. Es ist aber sehr wahrscheinlich, daß er bei einem Schatzfund auf fremdem Grund die hadrianische Teilung zugrunde gelegt hätte, wobei freilich noch zu prüfen wäre, ob der gedungene Handwerker von ihr ausgeschlossen geblieben wäre.¹³ Daß das Aufgefundene kein Schatz sei, war für Scaevola nur die negative Voraussetzung seiner weiteren Überlegungen, die exakt an den Schatzbegriff der Juristen anknüpfen.

Es gibt aber eine stattliche Anzahl von Texten, die von prominenten Juristen stammen und doch nicht das fachsprachliche, sondern ein unschärferes, umgangssprachliches Verständnis des Wortes thensaurus zugrunde legen. Am auffälligsten ist

Pomp 18 ad Sab D 10,4,15: Thensaurus 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, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id po-

¹¹ Gegen eine Verwendung der fiducia als Rechtsform der Leihe nicht überzeugend Zannini, Spunti critici per una storia del commodatum (1983) 9 ff.

¹² Vgl. Gai. inst. 2,60.

¹³ § 401 ABGB gibt nicht eigens zur Schatzsuche gedungenen „Arbeitsleuten“ einen Anteil.

stulare 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 thensaurum effodiam tollam exportem. quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest.

Pomponius behandelt den Fall, daß ein Depot mir gehörender Wertsachen in deinem Boden vergraben ist und du es mir nicht gestattest, dieses wieder ans Tageslicht zu fördern. Er zitiert Labeo, dem man in diesem Zusammenhang auch bei Ulp. 19 ad ed D 10,2,22 pr begegnet, für die Ansicht, der Eigentümer des thensaurus habe weder eine actio furti noch eine actio ad exhibendum, wenn der Grundstückseigentümer die Lage des thensaurus nicht verändere. Auf die komplizierten Kautelen, unter denen Pomponius dem Eigentümer des thensaurus dann doch eine Klagemöglichkeit eröffnet, ist hier nicht näher einzugehen. Der enge Bezug der Darlegungen des Textes zu Details der klassischen Verfahrensordnung macht es nicht wahrscheinlich, daß diese Überlegungen erst nachklassische Zutat wären. Verdacht aus materiellrechtlichen Gründen hat das Stück von utpote bis fundo esse sowie das recte beim Labeo-Zitat auf sich gezogen.¹⁴ Doch kann der auch nach Paul. 54 ad ed D 41,2,3,3 relevante Umstand, daß man von einem thensaurus im eigenen Grundstück oft nichts weiß, auch in die Diskussion über das Vorliegen einer dolosen Besitzentäußerung eingebracht worden, sein. Echtheitszweifeln ist eher der Schlußsatz über den thensaurus furtivus ausgesetzt. Er verläßt den Ausgangssachverhalt und bleibt sehr banal.

Fest steht jedenfalls, daß Pomponius nicht in jenem technischen Sinne vom thensaurus gesprochen hat, der bei Paulus (D 41,1,31,1) definitiv bezeichnet wird.¹⁵ Mein Schatz ist kein Schatz. Weiß ein Eigentümer vergrabener Kostbarkeiten, in welchem fundus sie sich befinden, so können die Regeln über den Schatzfund nicht eingreifen. Erklärungsbedürftig bleibt freilich, warum der thensaurus nicht als Grundstücksbestandteil in das Eigentum des Bodeneigentümers fiel, sondern Eigentum dessen blieb, der ihn vergraben hat. Eine naheliegende Erklärung mag darin bestehen, daß man die Maxime superficies solo cedit ganz wörtlich genommen und nur auf Oberflächenbestandteile angewandt hat.

Von den veteres dürften Brutus und Manilius nach dem Zeugnis von Paul. 54 ad ed D 41,2,3,3 die Möglichkeit eines selbständigen rechtlichen Schicksals noch nicht gehobener Schätze ohnedies nicht anerkannt haben. Erst eine spätere Jurisprudenz, die für die Ersitzung des thensaurus zusammen mit dem Grundstück ein den Schatz umfassendes Bewußtsein forderte, mußte dazu gelangen, daß thensaurus und fundus verschiedene Eigentümer haben konnten. Einen zureichenden Grund für die Annahme, Brutus und Manilius hätten noch nicht vom thensaurus als wirklichem Schatz gesprochen,¹⁶ sehe ich allerdings nicht. Anders als im Fall von Pomp. D 10,4,15 ist bei ihnen ein Eigentümer des Schatzes nicht bekannt. Da der thensaurus gewiß aus Kostbarkeiten bestand, waren die Hauptvoraussetzungen für die klassische Schatzproblematik gegeben. Texte wie Plaut. Aulul. 760 ff (besonders 767) zeigen, daß die Frage, wem ein Schatz gehören sollte, recht früh gestellt wurde. Bei Brutus und Manilius ging es übrigens nicht um die Zuweisung des Schatzes als solchen, sondern wohl schon um die viel diffi-

¹⁴ Vgl. bloß Marrone, *Annali Palermo* 26 (1957) 292 f.

¹⁵ Dies wird von Hausmaninger, *Festgabe f. Herdlitzcka* (1972) 113 und von Backhaus, *Casus perplexus* (1981) 149 richtig gesehen.

¹⁶ So aber Hausmaninger und Backhaus aaO (Fn 15).

zilere Frage, ob eine Grundstücksersitzung auch einen Schatz erfasse, von dem der Ersitzende nichts weiß.

Das Problem, vor das Pomponius (D 10,4,15) gestellt war, ist möglicherweise dadurch entstanden, daß jemand einen Schatz in einem fundus vergraben hat, der später (etwa von den Erben) verkauft wurde, wobei man darauf vergaß, den Schatz noch vor der Grundstücksübergabe zu heben.¹⁷

Von dem Fall, daß der, der selbst die Wertsachen vergraben hat, sie nicht mehr wiederfindet, weil er den genauen Ort des Verstecks nicht mehr feststellen kann, handelt

Pap. 23 quaest D 41,2,44 pr: 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 condidisset, 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.

Die vom Eigentümer (oder zumindest vom Besitzer) vergrabenen Wertsachen, die der Vergräber nicht mehr findet, nennt Papinian einen thesaurus. Wie Pomponius bedient er sich nicht der fachsprachlichen Terminologie, sondern einer umgangssprachlichen Ausdrucksweise.¹⁸ Papinian fragt nicht nach den Eigentumsverhältnissen, sondern nach der Besitzbehauptung, die er bejaht. Seine Begründung ist mehrschichtig und von unterschiedlicher Überzeugungskraft. Zunächst wird auf den Zweck des Vergrabens (custodiae causa) abgestellt. Das soll sagen: Die Lockerung der tatsächlichen Sachherrschaft dient dem Vergräber gerade dazu, die Sache auf Dauer umso sicherer als die seine zu behalten. Dann wird vorgebracht, die Schwäche der Erinnerung solle zumal deshalb nicht schaden, weil sich niemand anderer der Sache bemächtigt hat. Eine Hebung des thesaurus durch einen anderen als den Vergräber würde aber höchstens eigentumsrechtliche Probleme aufwerfen. Ihre besitzrechtliche Wirkung — nämlich die Beendigung der possessio des Vergräbers — wäre eindeutig. Zu dem Ergebnis von Pomp. D 10,4,15, der das Eigentum am Pseudo-thesaurus dem Vergräber (bzw. dessen Erben) beließ, paßt es, daß Papinian nicht einmal besitzrechtlich einen Unterschied zwischen einem Vergraben auf eigenem und auf fremdem Grund anerkennen will. Auch das in fremdem Grund Vergrabene bleibt im Besitz des Vergräbers. Es wird zu Papinians persönlichem Stil gehören, daß in dieser Aussage der alienus locus geradezu personifiziert wird. Daß im

¹⁷ Erzählungen über solche Vorkommnisse begegnen in Schatzfundgeschichten ziemlich oft; vgl. J. D. Crossan, *Finding is the first Act* (1979) 55 ff. Einem Fall des ohne Kenntnis vom Schatz verkauften Landes gilt auch jener Bericht des Philostratus über Apollonios von Tyana, den D. Nörr in *BIDR* 75 (1972) 11 ff. tiefdringend analysiert hat.

¹⁸ Zamorani, *Possessio e animus* I (1977) 52, Fn. 3 geht über diesen Umstand hinweg.

Schlußsatz der Besitz unter der Erde dem ober der Erde gleichgehalten wird, bleibt zweifelhaft.¹⁹ Ober der Erde sollte doch superficies solo cedit²⁰ gelten.

Kein thesaurus im Sinne der Definition des Paulus (D 41,1,31,1) ist weiters der thesaurus von

Ulp 19 ad ed D 10,2,22 pr: Item Labeo scribit, si unus heredum thesaurum relictum a testatore effodit, familiae erciscundae iudicio eum teneri, etsi cum extraneo conscio partitus sit.

Ein von mehreren Erben beerbter Erblasser hat einen „Schatz“ vergraben. Einer der Miterben hebt diesen. Er muß ihn auch dann mit seinen Miterben teilen, wenn er die Schatzsuche mit einem außerhalb der Erben-gemeinschaft stehenden Genossen, dem er Teilung zugesagt hat, vorgenommen hat. Bemerkenswert ist, daß für diese Ansicht Labeo zitiert wird. Ihn nennt auch Pomponius in D 10,4,15. Es scheint, als hätte er sich öfter mit einem thesaurus im bloß umgangssprachlichen Sinn auseinandergesetzt. Dieser Eindruck wird bestätigt durch

Iav 2 ex post. Lab. D 34,2,39,1: Cum ita legatum esset: ‚argentum, quod domo mea erit cum moriar‘, Ofilius nec quod depositum a se nec quod commodatum reliquisset argentum legatum videri respondit. idem Cascellius de commodato. Labeo, quod depositum esset, ita deberi, si praesentis custodiae causa, non perpetuae veluti thesauro depositum esset, quia illa verba ‚quod domo mea erit‘ sic accipi debere ‚esse solebat‘: et hoc probo.

Wir stoßen auf vor- und frühklassische Meinungsvielfalt zur Auslegung eines Damnationslegats (deberi), das sich auf alles Silber bezog, das zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers in seinem Hause war. Ofilius war der Ansicht, vom Erblasser hinterlegtes und verliehenes Silber werde von einem solchen Legat nicht umfaßt. Zum commodatum schloß er sich dem Cascellius an. Labeo machte zum verwahrten Silber eine Unterscheidung. Wurde es praesentis custodiae causa verwahrt, soll es dem Legatar geschuldet sein. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, daß auch nach der thesaurus-Definition des Paulus (D 41,1,31,1) eine custodiae causa verborgene Sache kein Schatz war, wenn der Eigentümer (oder seine Erben) ermittelbar blieben. Vom Damnationslegat ausgenommen waren nach Labeo Sachen, die auf immer — was wohl auch heißt: auf unabsehbare Zeit — verborgen werden sollten. Solches Gut ist veluti (in?, so Mommsen) thesauro depositum, steht also einem thesaurus gleich. Nach der thesaurus-Definition des Paulus wäre noch immer kein Schatz im Rechtssinn anzunehmen. Man kennt ja den früheren Eigentümer und seine Erben.

Für die Deutung der Diktion Labeos gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder verfällt er beharrlich von der Fachsprache in die Umgangssprache oder der thesaurus-Begriff umfaßte zu seiner Zeit auch (noch) den vom bekannten Eigentümer verborgenen Schatz. Ich neige dazu, die erste Möglichkeit als die etwas wahrscheinlichere zu bezeichnen. Im Fall von D 34,2,39,1 ging es um Testamentsauslegung. Hier war die Orientierung an der Umgangssprache besser angebracht als eine fachsprachliche Distinktion.

¹⁹ Diese Zweifel dürften die Grundlage des nicht näher erläuterten Streichungsvorschlages von Beseler SZ 51 (1931) 194 bilden.

²⁰ Über die Tragweite des Grundsatzes vorzüglich Meincke SZ 88 (1971) 136 ff.; unter den vermeintlichen Ausnahmen führt er das Vergraben von Schatz in fremden Grund mit Recht nicht an; vgl. auch Sitzia, Studi sulla superficie (1979) 65 ff.

Daß der Schatzbegriff erst nach der Frühklassik eingeengt worden wäre, verträgt sich schlecht mit dem von D 41,2,3,3 für Brutus und Manilius erbrachten Zeugnis: Hier wird ein thesaurus vorausgesetzt, dessen Existenz und Eigentümer unbekannt sind.²¹ Ich meine daher: Ein fachsprachliches und ein umgangssprachliches Verständnis des thesaurus haben durch Jahrhunderte nebeneinander bestanden. Die Juristen haben sich nicht auf die fachsprachliche Bedeutung des Wortes beschränkt, sondern sind immer wieder in seine umgangssprachliche Bedeutung abgeglitten. Gerade darin mag ein Anreiz für Paulus bestanden haben, durch seine Definition des thesaurus die fachsprachlich korrekte Wortbedeutung herauszustellen.

²¹ Vgl. aber oben Fn. 16.