

Dr. Alexander Neumann*

Die römisch-rechtlichen (?) Grundlagen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips und des dinglichen Vertrags

Abstract

Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ist schon von Beginn der juristischen Ausbildung an von großer Bedeutung. Fehler in diesem Bereich sind in Übungs- und Examensarbeiten fatal. Der vorliegende Beitrag widmet sich aber nicht der Handhabung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips in der Fallbearbeitung, sondern nimmt vielmehr seine historischen Wurzeln in den Blick und damit einen Aspekt, der in der Ausbildung oft zu kurz kommt.

* Der Verfasser ist Richter im Bezirk des Kammergerichts und zurzeit beim Amtsgericht Spandau tätig.

I. Einleitung

Schon in der zivilrechtlichen Erstsemestervorlesung lernt man, dass etwas derart Alltägliches wie der Kauf „über den Ladentisch“ juristisch durchaus kompliziert ist. Der so geschlossene „Vertrag“ entpuppt sich in Wirklichkeit als ein Bündel von Verträgen. Neben den Kaufvertrag treten noch zwei weitere Verträge, die auf die Übertragung des Eigentums an dem Kaufgegenstand und an dem Geld gerichtet sind. Dies ist regelmäßig die erste Begegnung mit dem sog. Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Trennung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass nicht etwa bereits der Kaufvertrag das Eigentum überträgt (so das Einheits-, Konsens- oder Vertragsprinzip), sondern erst ein weiterer Tatbestand.¹ Nach den Regelungen des BGB besteht dieser aus einer (dinglichen) Einigung und einer Übergabe bzw. – bei Grundstücken – aus einer Einigung und der Eintragung in das Grundbuch (§§ 929 bzw. 873, 925 BGB). Nach dieser Konzeption verschafft der Kaufvertrag nur ein Recht auf die Sache (sog. *ius ad rem*) und erst der weitere Tatbestand ein Recht an der Sache (sog. *ius in re*). Abstraktion bedeutet, dass sich die Unwirksamkeit des Kaufvertrages nicht ohne weiteres auf die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung auswirkt.² Auf diese Weise wird der Verkehrsschutz gestärkt.³ Ist der Kaufvertrag nichtig, so kann der Erwerber dennoch Eigentümer werden und als Berechtigter über die Sache verfügen. Dritte erwerben das Eigentum demzufolge unabhängig von den Gutgläubensvorschriften. Die historischen Wurzeln dieser Konstruktion werden nicht immer hinreichend verdeutlicht. Der Gesetzgeber des BGB beruft sich hier auf römische Quellen.⁴ Die Quellenlage ist indes aufgrund ihrer Lückenhaftigkeit alles andere als eindeutig, so dass sich am Beispiel des angesprochenen Prinzips sehr gut veranschaulichen lässt, welche Bedeutung der Zufall – freilich vermittelt durch das Wirken genialer Köpfe – für die Entstehung des Rechts allgemein und des BGB im Besonderen hat. Im Folgenden soll zunächst aufgezeigt werden, welches Bild die Quellen des römischen Rechts in diesem Punkt vermitteln, um sodann ihre Interpretationsgeschichte bis hin zur Schaffung des BGB nachzuzeichnen. Auch ein Blick auf benachbarte Rechtsordnungen soll dabei nicht fehlen.

1 *Wieling*, Sachenrecht, 2. Auflage (2006), S. 27.

2 Zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip etwa *Bayerle*, Trennungs- und Abstraktionsprinzip in der Fallbearbeitung, JuS 2009, 1079 ff.; *Peters*, Kauf und Übereignung, Jura 1986, 449 ff.; *Staudinger/Seiler*, Neubearbeitung 2007, §§ 854–882, Einl. zum SachenR Rn. 48 ff.

3 Vgl. *Staudinger/Seiler* (Fn. 2), §§ 854–882, Einl. zum SachenR Rn. 49.

4 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich III, 1888, S. 6 f.

II. Der derivative Eigentumserwerb nach klassischem römischem Recht

1. Allgemeiner Überblick über die römische Rechtsgeschichte

Bevor wir uns den für die vorliegende Darstellung maßgebenden Quellen des römischen Rechts zuwenden, ist es zweckmäßig, die Entwicklungslinien des römischen Rechts grob zu skizzieren:⁵ Die erste Periode der römischen Rechtsgeschichte reicht von den Anfängen der Stadt Rom (nach der antiken Überlieferung im Jahre 753 v. Chr.)⁶ bis etwa in die erste Hälfte des 3. vorchristlichen Jahrhunderts. In dieser Zeit war Rom ein überschaubar großes bäuerliches Gemeinwesen. Der bäuerliche Charakter der Gesellschaft spiegelte sich auch im Recht, so auch in der Zwölftafelgesetzgebung (ca. 450 v. Chr.), unserer wichtigsten Quelle für das Recht dieser Epoche, wider: Im Privatrecht dominierten die Regelungen des Familien-, Erb- und Nachbarrechts.⁷ Das Recht war geprägt durch einen Formalismus religiösen Ursprungs.⁸ Die zweite Phase stand im Zeichen der beginnenden römischen Expansion (insbesondere Punische Kriege). Rom trat immer mehr in den „Welthandel“ ein, was mit einer Öffnung des Rechts und einer zunehmenden Entformalisierung einherging. Durch die Berührung mit der griechischen Kultur, vor allem der Philosophie und ihrem methodischen Rüstzeug, wurde die Basis für eine römische Rechtswissenschaft geschaffen,⁹ die etwa in der Zeit des Prinzipats (27 v. Chr.–235 n. Chr.) ihren Höhepunkt erreichte. Man spricht im Zusammenhang mit dieser dritten Phase von der Zeit des klassischen römischen Rechts. Dieses klassische Gedankengut ist uns im Wesentlichen im Corpus Iuris Civilis, einem von dem oströmischen Kaiser *Justinian I.* (Regierungszeit 527–565 n. Chr.) in Auftrag gegebenen Gesetzgebungswerk, überliefert. Seine Hauptteile wurden 529 und 529 n. Chr. verkündet. Es wird bisweilen als die „Arche Noah des römischen Rechts“ bezeichnet.

2. Die Manzipation

Das Eigentum konnte im entwickelten römischen Recht grundsätzlich auf dreierlei Weise übertragen¹⁰ werden, nämlich durch die Formalakte der Manzipation und der

5 Vgl. dazu etwa den kurzen Überblick bei *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 19. Auflage (2008), S. 2 ff.

6 Erste Siedlungen hat es schon im 10. Jh. v. Chr. gegeben. Im Übrigen ist streitig, ob Rom schon im 8., 7. oder gar erst 6. Jh. v. Chr. eine Stadt war, vgl. dazu *Huttner*, Römische Antike, 2008, S. 4, 17 ff.

7 *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 14. Auflage (2005), S. 36.

8 *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 3. Auflage (2007), S. 57 f.

9 Zur Bedeutung der griechischen Philosophie siehe etwa *Behrends*, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, SZ 95 (1978), S. 187 ff. = Institut und Prinzip I, 2004, S. 15 ff.; *Manthe* (Fn. 8), S. 59 f. Das Ausmaß des Einflusses der griechischen Philosophie auf das römische Recht ist umstritten.

10 Zur Frage, inwiefern man im Zusammenhang mit dem römischen Recht überhaupt von „Übertragung“ des Eigentums sprechen kann siehe *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 129.

in iure cessio (Abtretung vor Gericht) sowie durch die formfreie traditio (wörtlich: Übergabe).

Die Manzipation¹¹ diente der Übertragung des Eigentums an sog. res mancipi¹² (Manzipiumssachen), namentlich Sklaven, bestimmtem Großvieh sowie italischen Grundstücken.¹³ Sie stand nur römischen Bürgern offen. Wie sich die Eigentumsübertragung durch Manzipation vollzog, schildert uns der hochklassische Jurist *Gaius* (2. Jh. n. Chr.)¹⁴ in seinen *institutiones* (Unterweisungen), einem – so würde man heute sagen – Kurzlehrbuch des römischen Rechts (*Gaius Inst.* 1,119):

„Die Manzipation ist aber, wie wir oben gesagt haben, eine Art symbolischen Verkaufs; auch dieses Geschäft gehört zu dem Recht, das allein den römischen Bürgern eigen ist. Es wird wie folgt vollzogen: Unter Hinzuziehung von mindestens fünf mündigen römischen Bürgern als Zeugen und eines weiteren Mannes derselben Rechtsstellung, der eine bronzene Waage zu halten hat, der als ‚Waagehalter‘ bezeichnet wird, spricht derjenige, der durch die Manzipation erwirbt, indem er die Sache ergreift,¹⁵ wie folgt: ‚Ich behaupte, dass dieser Sklave¹⁶ nach dem Recht der Quiriten¹⁷ mir gehört, und er soll durch mich gekauft sein mit diesem Kupferstück und mit dieser kupfernen Waage‘.¹⁸ Dann schlägt er mit dem Kupferstück gegen die Waage und gibt dieses Kupferstück demjenigen, von dem er durch Manzipation erwirbt, gleichsam an Stelle eines Kaufpreises.“

An dem Vorgang waren also acht Personen beteiligt: Veräußerer, Erwerber, fünf Zeugen und der Waagehalter. Dadurch wurde die Publizität der Eigentumsübertragung gewährleistet. *Gaius* beschreibt hier eine schon fortgeschrittene Form der Manzipa-

11 Dazu etwa *Harke*, Römisches Recht, 2008, S. 240 ff.; *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, 9. Auflage (2001), S. 149 ff.; *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 46 ff., 130; *Manthe* (Fn. 8), S. 20 ff.; *Pichonmaz*, Les fondements romains du droit privé, 2008, S. 257 f.; *Schmidlin*, Droit privé romain I, 2008, S. 221 ff.; *Wolf*, Funktion und Struktur der mancipatio, Mélanges Magdelain, 1998, S. 501 ff.

12 Das Gegenstück bilden die res nec mancipi.

13 *Gaius*, Institutionen (*Gaius Inst.*) 1,120. Daneben hatte die Manzipation noch weitere Funktionen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll. Siehe dazu etwa *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 47 f.

14 Der vollständige Name des *Gaius* ist unbekannt, seine Herkunft umstritten. Seine Schriften dienen vorwiegend didaktischen Zwecken und verzichten auf kasuistische Problemdiskussionen – anders als dies für die Schriften der der Praxis zugewandten Juristen typisch war. Er war daher ein Außenseiter unter den römischen Juristen und galt als nicht zitierfähig. Seine um 160 n. Chr. veröffentlichten Institutionen sind das einzige Werk eines römischen Juristen, das fast vollständig erhalten geblieben ist. – Die Übersetzungen der Quellen folgen gängigen deutschen Textausgaben.

15 „Mit der Hand ergreifen“ heißt (etwa) manu capere, daher der Begriff Manzipation. Die Formel verwendet eine andere Begrifflichkeit.

16 Der Sklave wird hier nur exemplarisch genannt.

17 „Quiriten“ ist eine alte Bezeichnung für die römischen Bürger. Mit dem Recht der Quiriten ist also das grundsätzlich den römischen Bürgern vorbehaltene Recht gemeint.

18 Die Verwendung von Kupfer (aes) und Waage (libra) macht die Manzipation zu einem Geschäft per aes et libram, vgl. zu diesen *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 49.

tion, in der nur noch ein Kupferstück als Symbol eines Kaufpreises verwendet wird (sog. *mancipatio nummo uno*, d. h. mit einem Kupferstück).¹⁹ Aus dem Hinweis des *Gaius* auf die Verwendung der Waage und den Waagehalter lässt sich leicht rekonstruieren, dass im Rahmen des Rituals ursprünglich eine reale Gegenleistung (Kupfer) zugewogen wurde.²⁰ Zu dieser Zeit²¹ war die *Manzipation* also nicht nur ein symbolischer, sondern ein tatsächlicher Kauf, und zwar ein Barkauf, da die Leistungen an Ort und Stelle ausgetauscht wurden. Das entspricht dem Urzustand in einer bäuerlichen Gesellschaft.²² In dieser frühen Phase der Rechtsentwicklung fielen Kauf und Eigentumsübertragung stets zusammen. Eine Unterscheidung zwischen einem verpflichtenden Kauf und einer – ggf. auch zeitlich später möglichen – Eigentumsübertragung war noch unbekannt. Später differenzierte das römische Recht zwischen dem – formfreien – Kauf (*emptio venditio*) einerseits²³ und der Eigentumsübertragung andererseits. Damit schaffte man den rechtlichen Rahmen für Distanzgeschäfte, bei denen die Erfüllung der Verpflichtung nachfolgt. Die *Manzipation* wurde im Zuge der Trennung dieser beiden Geschäfte von einem Barkauf zu einem auf die bloße Eigentumsübertragung gerichteten Geschäft, das nicht nur aufgrund eines Kaufs, sondern auch aus sonstigen Gründen (Schenkung etc.) erfolgen konnte. In allen Fällen sprach die Formel aber vom Kauf. Für die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung wird mit hoher Wahrscheinlichkeit die bloße Einhaltung des Rituals genügt haben und insbesondere die Unwirksamkeit bzw. das Fehlen des zugrunde liegenden obligatorischen Geschäfts, der *causa*, ohne Bedeutung gewesen sein:²⁴ Der erste Teil der Formel nimmt nur auf die dingliche Rechtslage Bezug („Ich behaupte, dass dieser Sklave nach dem Recht der Quiriten mir gehört ...“). Der zweite spricht zwar von einem Kauf („... und er soll durch mich gekauft sein ...“), stellt damit aber keine Beziehung zu dem von den Parteien konkret (ggf. bereits zuvor) abgeschlossenen obligatorischen Geschäft her, das ja gar kein Kauf sein musste, sondern fingiert einen Kauf (hier und jetzt); insoweit kann man davon sprechen, dass die *Manzipation* die *causa* in sich selbst trägt.²⁵ Kurzum: Die Formel der *Manzipation* nimmt die eigentliche *causa* nicht in sich auf; ihre Unwirksamkeit bzw. ihr Fehlen schlägt damit nicht zwingend auf die Eigentumsübertragung durch.²⁶ Auch sonst ist nichts ersichtlich, das darauf hindeuten könnte, dass die Eigentumsübertragung durch *Manzipation* eine wirksame *causa* vorausgesetzt hätte. So weist etwa unser *Gaius* im Rahmen

19 Die *mancipatio nummo uno* dürfte in die erste Hälfte des 5. Jh. v. Chr. zu datieren sein, vgl. *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 130; *Wolf* (Fn. 11), S. 504.

20 *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 47.

21 *Wolf* (Fn. 11), S. 520, geht davon aus, dass diese älteste Form der *Manzipation* jedenfalls im Laufe des 7. Jh. v. Chr. eingeführt worden ist.

22 Zu Bar- und Distanzgeschäften *Harke* (Fn. 11), S. 242.

23 Zu den dem Konsensualvertrag Kauf wahrscheinlich vorangehenden Entwicklungsstufen *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 3. Auflage (2006), S. 216.

24 Das entspricht heute ganz herrschender Meinung. Siehe etwa *Harke* (Fn. 11), S. 241; *Hausmaninger/Selb* (Fn. 11), S. 149; *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 130.

25 *Harke* (Fn. 11), S. 242; vgl. auch *Kaser*, *Das römische Privatrecht I*, 2. Auflage (1971), S. 414.

26 *Kaser* (Fn. 25), S. 414.

seiner Ausführungen zur *traditio* ausdrücklich auf ein *causa*-Erfordernis hin;²⁷ für die *Manzipation* findet sich nichts dergleichen. Dieselbe Beobachtung macht man, wenn man einen Blick in das andere erhaltene antike Lehrbuch des römischen Rechts, den *liber singularis regularum*, wirft.²⁸ Freilich bleibt ein Restzweifel, der durch die folgende Aussage des Hochklassikers *Julian* (2. Jh. n. Chr.)²⁹ im 13. Buch seiner *Digesten*³⁰ genährt wird (D. 41,1,36):

„Wenn wir zwar im Hinblick auf die Sache, die übergeben wird, einig sind, hinsichtlich der *causae*, der Erwerbsgründe, zwischen uns aber ein *Dissens* besteht, sehe ich nicht ein, warum die *traditio* [d. h. die formlose Übertragung des Eigentums] unwirksam sein soll, etwa wenn ich annehme, dass ich dir aus einem Testament verpflichtet bin, ein Grundstück zu übereignen, du aber glaubst, es werde dir aus *Stipulation* [einem wortförmlichen Schuldversprechen³¹] geschuldet.“

In der rechtshistorischen Forschung ist zum Teil angenommen worden, dass *Julian* hier nicht von der *traditio*, sondern von der *Manzipation*, mit der auch das Eigentum an (italischen) Grundstücken übertragen werden konnte, gesprochen hat. Es wird eine sog. *Interpolation*, eine spätere Veränderung des Textes, vermutet:³² Immerhin hat *Justinian* selbst veranlasst, dass die *Manzipation* durch die *traditio* ersetzt wird.³³ Demgemäß ist in den von der *Manzipation* handelnden Stellen, die überhaupt in das

27 Gaius Inst. 2,20: „Wenn ich dir also den Besitz eines Kleidungsstücks oder von Gold oder Silber übertragen habe, sei es aufgrund eines Verkaufs oder einer Schenkung oder aus irgendeinem anderen Grund, wird die Sache sofort die deine, sofern ich ihr Eigentümer bin.“

28 Das *causa*-Erfordernis wird nur im Zusammenhang mit der *traditio* erwähnt (19,7). Zum *liber singularis regularum Avenarius*, Der pseudo-ulpianische *liber singularis regularum*, 2005. Er hat nachgewiesen, dass es sich um eine hochklassische, dem Rechtsunterricht dienende Juristenschrift handelt.

29 *Julian* war einer der bedeutendsten römischen Juristen. Er hat zahlreiche hohe Ämter bekleidet, darunter das des Konsuls (148 n. Chr.). Sein Weg führte ihn hierbei unter anderem als Statthalter der Provinz *Germania inferior* nach Köln. *Julian* hat ein umfangreiches Werk hinterlassen, von dem uns jedoch nur bescheidene Reste überliefert sind. Er hat diverse Streitfragen abschließend entschieden und für wesentliche Probleme neue Lösungen entwickelt. Von Kaiser *Hadrian* wurde ihm im Jahre 130 n. Chr. die Endredaktion des prätorischen Edikts, einer zentralen Quelle des römischen Privatrechts, anvertraut.

30 Von lat. *digerere* (ordnen). Es handelt sich um Werke von kasuistischem Charakter. – Als *Digesten* (oder – abgeleitet aus dem Griechischen – *Pandekten*) wird auch der Hauptteil des *Corpus Iuris Justinians* bezeichnet. Die Fundstellenangabe D. 41,1,36 etwa, von der sogleich die Rede sein wird, meint das 41. Buch der *Digesten*, dort den ersten Titel und dort wiederum das 36. Fragment. Fragmente können ihrerseits noch in Paragraphen unterteilt sein, wobei der erste als *principium* (abgekürzt *pr.*) bezeichnet wird, dann folgen die §§ 1, 2 usw.

31 Hier fragte der werdende *Stipulationsgläubiger* etwa: „Versprichst du, dass du mir 10.000 *Sesterze* geben wirst?“ Der zukünftige Schuldner antwortete: „Ich verspreche es.“ Erforderlich waren die gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien und der zusammenhängende, mündliche Austausch von Frage und Antwort unter Verwendung des gleichen Verbs.

32 So etwa *Lenel*, *Palingenesia Iuris Civilis* I, 1889, S. 355 Fn. 1 bis 3.

33 C. 7,31 a.E. (531 n. Chr.). In dieser Kaiserkonstitution heißt es, dass die Unterscheidung zwischen *Manzipiums*- und *Nichtmanzipiumssachen* veraltet sei und daher jeweils die gleiche Regelung gelten müsse.

Corpus Iuris Civilis aufgenommen wurden, der Begriff „mancipatio“ durch „traditio“ ersetzt worden. Wollte man die Stelle tatsächlich in dem genannten Sinne verstehen, so könnte man aus ihr folgern, dass die Frage, ob ein Mangel der causa auf die Eigentumsübertragung durch Manzipation „durchschlägt“, jedenfalls zur Zeit *Julians* kontrovers war:³⁴ Dies folgt aus der starken Betonung der Tatsache, dass in der genannten Konstellation eines Dissenses über die causa, der ihr Nichtzustandekommen zur Folge hat, nach seiner (!) Auffassung die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung unberührt bleibt; die Formulierung indiziert, dass es auch eine andere gegeben hat. Die deutlich besseren Argumente sprechen aber – wie gesagt – gegen die Annahme einer kausalen Manzipation.

Im entwickelten römischen Recht galt also bezogen auf die Manzipation höchstwahrscheinlich das, was man heute als das Trennungs- und Abstraktionsprinzip bezeichnet. Auf diesen Rechtszustand hat sich auch der Gesetzgeber des BGB – wenn auch beiläufig – berufen.³⁵

3. Die in iure cessio

Über die in iure cessio³⁶ berichtet *Gaius* Folgendes (Gaius Inst. 2,24 f.):

„24. ... Vor einem Beamten des römischen Volkes, zum Beispiel vor dem Prätor [oder dem Provinzstatthalter], ergreift derjenige, dem die Sache vor Gericht abgetreten wird, die Sache und spricht: ‚Ich behaupte, dass die Sache nach dem Recht der Quiriten mit gehört‘; nachdem dieser sein Eigentum behauptet hat, fragt der Prätor daraufhin den Abtretenden, ob er eine Gegenbehauptung aufstelle; wenn dieser das verneint oder schweigt, spricht der Prätor nunmehr die Sache dem zu, der sein Eigentum behauptet hat ... 25. Dennoch bedient man sich meistens oder sogar fast immer der Manzipationen; was man nämlich selbst in eigener Person und in Gegenwart von Freunden tun kann, das braucht man nicht mit größerer Umständlichkeit vor dem Prätor oder Provinzstatthalter zu tun.“

Die nur römischen Bürgern zugängliche in iure cessio, mit der das Eigentum an res mancipi und nec mancipi übertragen werden konnte, ist dem altertümlichen Zivilprozess für dingliche Klagen nachgeformt. Der Erwerber behauptet, Eigentümer zu sein. Der Veräußerer schweigt. Demgemäß muss der Prätor die Eigentumsbehauptung des Erwerbers bestätigen (sog. *addictio*). Insoweit hat diese Art des Eigentum-

34 Anders *Meissel*, in: Falk/Luminati/Schmoeckel, Fälle aus der Rechtsgeschichte, 2008, S. 62 (72).

35 Motive (Fn. 4), S. 6: „Aus der selbständigen Stellung, welche das Sachenrecht in dem Systeme des Privatrechtes einnimmt, folgt mit Nothwendigkeit, daß die Gesetzgebung auch die Rechtsgeschäfte, welche den sachenrechtlichen Verkehr vermitteln, unabhängig von den Rechtsgeschäften anderer Theile des Systemes auffassen und gestalten muss. Diese Unabhängigkeit hat überdies eine geschichtliche Grundlage: Bei den Römern zeigte sie sich in der mancipatio und der in iure cessio, später in der traditio ...“.

36 Dazu etwa *Harke* (Fn. 11), S. 240 ff.; *Hausmaninger/Selb* (Fn. 11), S. 151; *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 50, 131; *Pichonnaz* (Fn. 11), S. 258 f.; *Schmidlin* (Fn. 11), S. 223.

serwerbs auch eine hoheitliche Komponente. Auch die in iure cessio ist von der ihr zugrunde liegenden causa unabhängig, also abstrakt. Dafür sprechen die bereits zur Manzipation vorgetragenen Argumente.

4. Die traditio

a) *Kausale und/oder abstrakte traditio?*

Im 31. Buch seines Ediktskommentars schreibt der spätclassische Jurist *Paulus*³⁷ über die Voraussetzungen der Eigentumsübertragung durch traditio³⁸ (D. 41,1,31 pr.):

„Niemand überträgt die bloße Übergabe des Eigentums; dies geschieht nur, wenn ein Verkauf oder ein anderer anerkannter Erwerbsgrund vorangeht, dessentwegen die Übergabe erfolgt.“

Paulus stellt zunächst klar, dass die Übergabe zur Übertragung des Eigentums zwar erforderlich (vgl. § 929 BGB), aber nicht ausreichend ist. Er nennt sodann das causa-Erfordernis als weitere notwendige Voraussetzung der Eigentumsübertragung.³⁹ Als Beispiel nennt er den Verkauf (causa emptionis). Als weitere causae, Erwerbsgründe, kamen etwa Darlehensgewährung (causa credendi) oder Schenkung (causa donandi) in Betracht, also allgemein Rechtsverhältnisse, die zum Eigentumserwerb geeignet sind.⁴⁰ Die causa konnte schon vor der traditio begründet worden sein – so etwa im Falle des Kaufs – oder aber zusammen mit ihr begründet werden – so etwa im Falle der Schenkung, die kein anerkannter Vertragstyp, wohl aber taugliche causa im Rahmen der traditio und des Bereicherungsrechts war.⁴¹ Die traditio ist also kausal. Ein Mangel der causa⁴² zieht daher die Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung nach

37 Die Spätclassiker wirken unter den Severerkaisern (193–235 n. Chr.) und waren in den Staatsdienst eingegliedert. Ihre Tätigkeit lag schwerpunktmäßig im Sammeln und Ordnen des überlieferten umfangreichen Rechtsstoffes in breit angelegten und auf Vollständigkeit bedachten Kommentarwerken.

38 Dazu etwa *Harke* (Fn. 11), S. 239 ff.; *Hausmaninger/Selb* (Fn. 11), S. 151 ff.; *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 131 ff.; *Manthe* (Fn. 8), S. 24, 97; *Pichonmaz* (Fn. 11), S. 260 ff.; *Schmidlin* (Fn. 11), S. 224.

39 Er unterschlägt eine weitere Voraussetzung: Erforderlich war auch die Berechtigung des Veräußerers.

40 *Hausmaninger/Selb* (Fn. 11), S. 152.

41 Siehe zum Wesen der Schenkung *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 259 ff.

42 Es ist im rechtshistorischen Schrifttum umstritten, wann eine den Eigentumserwerb rechtfertigende causa vorlag. Teilweise wird angenommen, dass ein wirksamer obligatorischer Vertrag erforderlich war (etwa *Harke* (Fn. 11), S. 239; *Hausmaninger/Selb* (Fn. 11), S. 152), teilweise – jedenfalls für den Kauf – dass die Vornahme des bloßen (äußeren) Rechtsakts ausreichend war (etwa *Jakobs*, Gibt es den dinglichen Vertrag?, SZ 119 (2002), S. 269 (317 ff.)). Unklar ist schließlich, ob man es auch genügen ließ, dass der Erwerber nur irrtümlich annahm, es bestehe eine causa (sog. Putativtitel), dazu *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 132. Bei der causa solvendi – dazu sogleich im Text – kam es nicht darauf an, ob tatsächlich eine Schuld bestand, die erfüllt werden konnte, *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 131; vgl. zum Ganzen auch *Kaser* (Fn. 25), S. 417.

sich. Es ist aber noch ein Sonderfall zu berücksichtigen. Als Erwerbsgrund war nämlich auch die *causa solvendi* anerkannt, also der Fall der Leistung zu Erfüllungszwecken. Dies wird etwa bei *Gaius* (Inst. 3,91) deutlich:

„Derjenige, der etwas nicht Geschuldetes von jemandem in Empfang nimmt, der irrtümlich leistet, ist ebenfalls aufgrund der Sachhingabe verpflichtet; denn die Kondiktionsformel ... kann gegen ihn ... anhängig gemacht werden ...“

Hier ist auf eine Nichtschuld geleistet worden. Es fehlt an einer auf einem vorausgegangenem Rechtsgeschäft beruhenden *causa*. Dennoch geht das Eigentum über, was daraus deutlich wird, dass *Gaius* nicht die Eigentumsherausgabeklage, die *rei vindictio* (vgl. § 985 BGB), sondern nur die Kondiktion als gegeben ansieht. Möglich ist dies durch die Annahme einer *causa solvendi*. Die Existenz der *causa solvendi* führt zu einer gewissen Unabhängigkeit und damit Abstraktheit der Eigentumsübertragung von dem zugrunde liegenden obligatorischen Geschäft.⁴³ Sie fängt die Unwirksamkeit gleichsam auf. Damit herrschte aber nicht etwa – auch nicht bezogen auf das Ergebnis – der Zustand, der das BGB prägt. Denn die *causa solvendi* half nicht über alle Fälle des Fehlens einer (sonstigen) *causa* hinweg. Dies konnte sie denkwürdigerweise dann nicht, wenn es an einer *solutio*, einer Leistung zu Erfüllungszwecken, fehlte. Im Falle der Schenkung etwa fehlte es, wie schon gesagt, grundsätzlich an einer rechtlich anerkannten Verbindlichkeit, die erfüllt werden konnte. Fehlte es also an einer *causa donandi*, war die Übertragung des Eigentums unweigerlich unwirksam. Interessant ist in diesem Zusammenhang die bereits auszugsweise wiedergegebene *Julian*-Stelle D. 41,1,36, die vollständig wie folgt lautet:

„Wenn wir zwar im Hinblick auf die Sache, die übergeben wird, einig, hinsichtlich der *causae*, der Erwerbsgründe, zwischen uns aber ein Dissens besteht, sehe ich nicht ein, warum die *traditio* unwirksam sein soll, etwa wenn ich annehme, dass ich dir aus einem Testament verpflichtet bin, ein Grundstück zu übereignen, du aber glaubst, es werde dir aus Stipulation geschuldet [Fall 1]. Denn auch dann, wenn ich dir Geld gebe, um es zu schenken, du es aber als Darlehen entgegennimmst, steht fest, dass das Eigentum auf dich übergeht und dass nicht entgegensteht, dass zwischen uns über den Veräußerungs- bzw. Erwerbsgrund ein Dissens besteht [Fall 2].“

In tatsächlicher Hinsicht ist im Fall 1 nicht ganz klar, ob einer oder gar beide Schuldgründe tatsächlich vorliegen und sich der Dissens nur auf die Frage bezieht, auf welche Schuld geleistet wird, oder aber, ob keiner der Schuldgründe vorliegt.⁴⁴ In jedem Fall läge eine *causa solvendi* vor, so dass das Eigentum wirksam übertragen werden kann. Interessanter ist Fall 2. Hier steht wegen des Dissenses fest, dass weder eine Schenkung noch ein Darlehen vorliegt. Eine *causa solvendi* liegt ebenfalls nicht vor. Es gibt nämlich keine Verpflichtung, die erfüllt werden könnte. Denn formlose Schenkungs- oder Darlehensversprechen vermochten keine Verbindlichkeit zu begründen. Von der Schenkung war schon die Rede. Der Darle-

43 Vgl. *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 131.

44 Vgl. *Huber*, Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip, in: FS für Canaris, 2007, S. 471 (486 mit Fn. 75 a.E.).

hensvertrag war im römischen Recht ein Realvertrag. Sein Zustandekommen setzte neben einer entsprechenden Vereinbarung (*conventio*) die Hingabe der Darlehensvaluta (*datio*) voraus. Der Darlehensvertrag konnte also überhaupt nur zu einer Verpflichtung des Darlehensnehmers, nämlich zur Rückzahlung, führen.⁴⁵ Eine Verpflichtung des Darlehensgebers zur Auszahlung konnte nur durch Stipulation begründet werden, von der hier aber keine Rede ist. Ist also keine *causa* ersichtlich und wird das Eigentum doch übertragen, so könnte man auf den ersten Blick der Meinung sein, dass die Stelle von einer abstrakten *traditio* handelt.⁴⁶ Dass dem wahrscheinlich⁴⁷ nicht so ist, wird aus einem Hinweis des Spätklassikers *Ulpian*⁴⁸ deutlich (D. 12,1,18):

„Wenn ich dir Geld gebe, gleichsam um es dir zu schenken, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst, sagt Julian, dass keine Schenkung vorliege, ob aber ein Darlehen vorliege, müsse man prüfen. Ich glaube, dass auch kein Darlehen vorliegt, und die Münzen werden nicht Eigentum des Empfängers, wenn er sie in anderer Meinung angenommen hat. ...“

Ulpian behandelt hier denselben Fall wie auch *Julian* in D. 41,1,36. Die Bezugnahme *Ulpian*s auf die Ansicht *Julian*s legt zumindest die Vermutung nahe, dass Letzterer von dem Zustandekommen eines Darlehensvertrages ausgegangen ist („ob aber ein Darlehen vorliege, müsse man prüfen“). Offenbar war für *Julian* die Überlegung leitend, dass es dem Interesse beider Parteien entspricht, wenn zumindest ein Darlehen zustande kommt. Der Empfänger geht ohnehin von einem Darlehen aus, und in dem Willen des Gebers zu schenken ist der Wille zu einer nur zeitweisen Überlassung des Geldes enthalten. Insoweit dürfte hier für ihn der Grundsatz in *maiore minus inest* – im Größeren ist das Kleinere enthalten – gegolten haben.⁴⁹ Bei dieser Sichtweise durchbricht *Julian* auch das Dogma von der kausalen *traditio* nicht. Auch hier gilt aber: Letzte Gewissheit gibt es nicht; dies insbesondere deshalb, weil in dem Eingangssatz der *Julian*-Stelle ganz pauschal davon die Rede ist, dass das Eigentum auch bei einem Dissens über die *causa* übergehe, sofern nur Einigkeit über den Eigentumserwerb selbst bestehe. *Ulpian* selbst kommt zu einem anderen Ergebnis. Einen Eigentumserwerb des Empfängers lehnt er ab, weil es an einer *causa* fehlt. Den Weg

45 Zum Darlehen *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 214; vgl. auch § 607 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.“ Nach dem Gesetzwortlaut war das Darlehen ein Realvertrag. Zur dennoch umstrittenen Rechtsnatur *Palandt/Putzo*, 61. Aufl., Einf. vor § 607 Rn. 2 f. Im österreichischen Recht ist das Darlehen heute noch ein Realvertrag, § 983 ABGB.

46 So wohl etwa *Manthe* (Fn. 8), S. 97 f.; *Peters*, (Fn. 2), S. 458.

47 Zu den Interpretationsschwierigkeiten, die diese und die nächste Stelle bereiten *Huber* (Fn. 44), S. 486 mit Fn. 75. Dazu sogleich noch im Text.

48 Siehe zur Spätklassik oben Fn. 37. Das Werk des *Ulpian* (ermordet 223 n. Chr.) ist noch gewaltiger als das des *Paulus*. Fast ein Drittel (über 2400) der in den *Digesten* (dem zweiten Teil des *Corpus Iuris Civilis*) überlieferten Fragmente stammen von ihm.

49 *Backhaus*, In *maiore minus inest*, SZ 100 (1983), S. 136 (164 ff.); *Meissel* (Fn. 34), S. 75; *Schermaier*, Auslegung und Konsensbestimmung, SZ 115 (1998), S. 235 (254 ff.).

der wohlwollenden Auslegung beschreibt er nicht. Es bleibt zu erwähnen, dass es noch eine andere Stelle gibt, die man so verstehen könnte, als läge ihr der Gedanke einer abstrakten *traditio* zugrunde.⁵⁰ *Gaius* schreibt im zweiten Buch seiner *res cottidianae*, der „alltäglichen Dinge“⁵¹ (D. 41,1,9,3):

„Ferner werden diejenigen Sachen nach Völkergemeinrecht erworben, die durch Übergabe unsere werden, denn nichts entspricht so sehr der natürlichen Gerechtigkeit, als den Willen des Eigentümers, der seine Sache einem anderen übereignen möchte, als wirksam anzuerkennen.“⁵²

Unter *ius gentium*, Völkergemeinrecht, verstehen die römischen Juristen – verkürzt gesprochen – diejenigen rechtlichen Einrichtungen, von denen sie meinen, dass sie bei allen Völkern gleichermaßen gelten.⁵³ Rechtsgeschäfte, die zum Völkergemeinrecht gehören, können demgemäß nicht nur von Römern, sondern auch von Ausländern (sog. *Peregrinen*) wirksam abgeschlossen werden. Dazu gehört auch die *traditio*. Isoliert betrachtet könnte man den Text so verstehen, als erfordere die wirksame Eigentumsübertragung durch *traditio* nur eine dahingehende Einigung. Dass *Gaius* aber an dem *causa*-Erfordernis festhält,⁵⁴ macht schon der Fortgang seiner Ausführungen deutlich (D. 41,1,9,5):

„Bisweilen reicht auch der bloße Wille des Eigentümers ohne Übergabe zur Übertragung des Eigentums an einer Sache aus, zum Beispiel wenn ich dir eine Sache, die ich dir geliehen, vermietet, verpachtet oder hinterlegt habe, verkaufe. Denn wenn ich sie dir auch nicht aus diesem Grund übergeben habe, so mache ich sie dennoch dadurch, dass ich sie dir aufgrund des Kaufes überlasse, zu der deinen.“

Die Stelle handelt vordergründig von der *traditio brevi manu*, der Übergabe kurzer Hand (vgl. § 929 S. 2 BGB). Beiläufig wird aber das Erfordernis der *causa*, hier der *causa emptionis*, als maßgebend für den Eigentumserwerb erwähnt.⁵⁵ Am wahrscheinlichsten ist nach alledem die Annahme, dass das Prinzip einer abstrakten *traditio* dem römischen Recht fremd war. Vom Gegenteil ist der Gesetzgeber des BGB ausgegangen.⁵⁶

b) Dinglicher Vertrag?

Es bleibt noch auf die Frage einzugehen, ob die Eigentumsübertragung durch *traditio* lediglich eine Übergabe auf der Grundlage einer *causa* erforderte oder ob auch ein besonderer, dinglicher Vertrag vonnöten war. In der bereits erwähnten Stelle aus dem Ediktskommentar des *Paulus* war von einem Vertrag keine Rede (D. 41,1,31 pr.):

50 Zur Bedeutung dieser Stelle für das geltende Recht siehe *Wesel* (Fn. 23), S. 459.

51 Auszüge dieses Werks sind nur in den *Digesten* überliefert. Ob es sich um eine überarbeitete Fassung der *Institutionen* oder um ein selbständiges Werk handelt, ist streitig.

52 Ebenso *Inst. Iust.* 2,1,40.

53 *Kunkel/Schermaier* (Fn. 7), S. 94 ff.

54 Dazu *Wesel* (Fn. 23), S. 459.

55 Ebenso *Inst. Iust.* 2,1,41 nach der an sich auf eine abstrakte *traditio* deutenden Stelle *Inst. Iust.* 2,1,40.

56 Siehe oben Fn. 35.

„Niemals überträgt die bloße Übergabe das Eigentum; dies geschieht nur, wenn ein Verkauf oder ein anderer anerkannter Erwerbsgrund vorangeht, dessentwegen die Übergabe erfolgt.“

Auch *Gaius* weiß in seinem Lehrbuch nichts von einem Vertrag zu berichten (*Gaius Inst.* 2,19f.):

„19. Denn die Nicht-Manzipiumssachen gehen allein durch die Besitzübertragung in das unbeschränkte Eigentum eines anderen über, sofern sie körperlich sind und deshalb ihr Besitz überhaupt übertragen werden kann. 20. Wenn ich dir also den Besitz eines Kleidungsstückes oder von Gold oder Silber übertragen habe, sei es aufgrund eines Verkaufs oder einer Schenkung oder aus irgendeinem anderen Grund, wird die Sache sofort die deine, sofern ich ihr Eigentümer bin.“

Gegenteiliges folgt auch nicht aus dem *liber singularis regularum*, dem Pendant zum Lehrbuch des *Gaius* (19,7).⁵⁷

„Die *traditio* ist die spezielle Form der Veräußerung für Nicht-Manzipiumssachen. An diesen Sachen erwerben wir das Eigentum durch die Übergabe selbst, nämlich wenn sie uns aus einem Rechtsgrund übergeben worden sind.“

Auch hiernach sind nur die tatsächliche Übergabe und ein Rechtsgrund erforderlich. Keine Aussagekraft hat hier die oben erörterte *Gaius*-Stelle (D. 41,1,9,3), wonach nichts so sehr der natürlichen Gerechtigkeit entspreche, als den Willen des Eigentümers, der seine Sache einem anderen übereignen möchte, als wirksam anzuerkennen. Von einer (dinglichen) Einigung ist in der Stelle keine Rede. Es wird ersichtlich nur auf den Willen des Veräußerers Bezug genommen. *Gaius* will hier lediglich zum Ausdruck bringen, dass auch die formlose Eigentumsübertragung anerkennenswert ist. Tatbestandliche Voraussetzungen nennt er nicht. Die systematisch angelegten Werke wissen also nichts von einem dinglichen Vertrag. Das Fehlen eines dinglichen Vertrages zeigt sich auch beim Eigentumsvorbehalt: Hier wurde so vorgegangen, dass der Verkäufer, der sichergehen wollte, dass er sein Eigentum erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung verliert, mit dem Käufer vereinbarte, dass die Sache zunächst (etwa) aufgrund eines Mietvertrages und nicht aufgrund des Kaufvertrages dem Käufer übergeben wird.⁵⁸ Hätte es einen dinglichen Vertrag gegeben, hätte man sich einer rechtstechnisch einfacheren Lösung bedienen können, man hätte nämlich die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages unter die aufschiebende Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung stellen können.⁵⁹ Einen dogmatisch durchgebildeten dinglichen Vertrag kannte das römische Recht demnach nicht. Die bereits besprochene *Julian*-Stelle (D. 41,1,36) fällt hier freilich etwas aus dem Rahmen, denn dort heißt es einleitend:

57 Zu der Stelle *Avenarius* (Fn. 28), S. 369 f.

58 Siehe etwa D. 19,2,20,2 bis 22 pr. Am Beispiel des Eigentumsvorbehaltskaufs wird übrigens deutlich, dass die Eigentumsübertragung durch *traditio* neben der *causa* und der Übergabe auch eine Zweckvereinbarung dahingehend voraussetzte, dass die Übergabe gerade im Hinblick auf eine zur Eigentumsübertragung geeignete *causa* vorgenommen wird, vgl. *Wieling* (Fn. 1), S. 28 f. Man kann daher sagen, dass die *traditio* sowohl objektiv (Bestehen der *causa*) als auch subjektiv (Vollzug der Übergabe im Hinblick auf diese *causa*) kausal war.

59 Vgl. § 449 Abs. 1 BGB.

„Wenn wir zwar im Hinblick auf die Sache, die übergeben wird, einig sind, hinsichtlich der *causae*, der Erwerbsgründe, zwischen uns aber ein Dissens besteht, sehe ich nicht ein, warum die *traditio* unwirksam sein soll. ...“

Hier lässt sich ein dinglicher Vertrag herauslesen; es ist von einer Einigung bezüglich der zu übereignenden Sache die Rede.⁶⁰ Versteht man die Stelle insbesondere vor dem Hintergrund der sich anschließenden Beispielfälle aber so, dass das *causa*-Erfordernis in den Vordergrund der Erörterung gerückt werden soll, was wohl das Wahrscheinlichste ist, so liegt der Schwerpunkt der Ausführungen nicht auf dem Institut des dinglichen Vertrages und flackert dieses gleichsam nur kurz auf. Anders wäre dies freilich dann, wenn man davon ausginge, dass *Julian* hier von einem Eigentumsübergang trotz Fehlens eines Kausalverhältnisses spricht. Dann wäre der – abstrakt verstandene – dingliche Vertrag die tragende Überlegung (allerdings einer von *Julian* vertretenen Sondermeinung, da die Mehrheit der Quellen weder eine abstrakte noch eine mit einem dinglichen Vertrag verbundene *traditio* kennt).

5. Zusammenfassung

Wir halten also fest: Bezogen auf die *Manzipation* und die in *iure cessio* sieht man im entwickelten römischen Recht das Trennungsprinzip verwirklicht, mit hoher Wahrscheinlichkeit auch das Abstraktionsprinzip. Die Eigentumsübertragung durch *traditio* vollzog sich jedenfalls nach der unter den römischen Juristen herrschenden Meinung allein auf der Grundlage einer *causa* und einer rein tatsächlich verstandenen Übergabe (also Trennung, wenngleich ohne zusätzliches Rechtsgeschäft). Nur bei *Julian* ist ein dinglicher Vertrag und damit ein neben das Kausalgeschäft tretendes, weiteres Rechtsgeschäft angedeutet. Dass er die Ansicht vertrat, die so verstandene *traditio* sei abstrakt, ist unwahrscheinlich – gänzlich ausschließen kann man das jedoch nicht.

III. Die weitere Entwicklung in Schlaglichtern

Der umständliche Formalakt der in *iure cessio* hatte schon im Laufe der Klassik erheblich an Bedeutung verloren. Das wird uns von *Gaius* ausdrücklich berichtet (Inst. 2,25).⁶¹ Sie starb in der Nachklassik zusammen mit der *Manzipation* ab.⁶² Im Folgenden wollen wir noch die Weiterentwicklung der formfreien *traditio* genauer betrachten.

1. Das Vulgarrecht

Mit dem Ende der Ära der Severerkaiser (193–225 n. Chr.) wurde das römische Reich innen- wie außenpolitisch schwer erschüttert. Vom allgemeinen kulturellen Verfall blieb

60 *Meissel* (Fn. 34), S. 75 f.

61 Siehe dazu oben Abschnitt II. 3.

62 Zur *Manzipation Avenarius* (Fn. 28), S. 363 mit Fn. 28; *Kaser*, Das römische Privatrecht II, 2. Auflage (1975), S. 274.

auch das Recht nicht verschont. Das von diesem Verfall geprägte Recht wird als Vulgarrecht bezeichnet.⁶³ Ein Zeichen der Vulgarisierung ist etwa für den hier interessierenden Bereich der Eigentumsübertragung die Aufgabe der Unterscheidung zwischen dem Verpflichtungsgeschäft (oder sonstiger *causae*) einerseits und dem Verfügungsakt andererseits. Das Eigentum ging jetzt allein mit dem Kauf, der Schenkung etc. über.⁶⁴

2. Das byzantinische Recht

Die Vulgarisierung des Rechts wurde durch die oströmischen Rechtsschulen von Berytos (Beirut) und Konstantinopel (Istanbul) in gewissem Umfang aufgehalten.⁶⁵ Ihr Bemühen um eine Rückkehr zum klassischen Gedankengut gipfelte in der Schaffung des *Corpus Iuris* unter *Justinian I.* Die dort getroffenen Regelungen zum Eigentumserwerb sind indes alles andere als ein Muster an Klarheit.⁶⁶ In einer aus der Regierungszeit *Justinians* stammenden byzantinischen Paraphrase⁶⁷ zur bereits erwähnten Stelle *Inst. Iust.* 2,1,40 werden als Voraussetzungen des Eigentumserwerbs zwar nur das Eigentum und der Übertragungswille des Veräußerers sowie ein realer Vollzugsakt genannt; von einer *causa* ist keine Rede. Eine Entscheidung zugunsten einer abstrakten *traditio* hat *Justinian* aber wohl nicht treffen wollen;⁶⁸ zu zahlreich sind die eine *causa* voraussetzenden Stellen im *Corpus Iuris*. Eine Lehre von einem abstrakten dinglichen Vertrag lässt sich erst für das 11. Jh. n. Chr. nachweisen.⁶⁹

3. Die Glosse des *Accursius*

Im Zuge des geistigen Aufschwungs begann in Italien (Bologna) im 12. Jh. eine vertiefte wissenschaftliche Beschäftigung mit dem römischen Recht, die seinem späteren Siegeszug in Europa den Weg bereitete. Die maßgebende Literaturform war die Glosse. Es handelt sich dabei um Texterläuterungen, die über der Zeile oder am Rand eines Textes notiert wurden. Durch Worterklärungen, sachliche Erläuterungen, Hinweise auf Parallelstellen und Widersprüche wurden die Quellen allmählich systematisch erschlossen.⁷⁰ *Accursius* (1181/85-1259/63), selbst ein bedeutender Glossator, fasste die Arbeiten der vor ihm wirkenden Generation in einem Apparat zusammen (sog. *Glossa ordinaria*), der fortan zum Standardkommentar des *Corpus Iuris* wurde.⁷¹ Das *causa*-Erfordernis im Rahmen des derivativen Eigentumser-

63 Dazu etwa *Kunkel/Schermaier* (Fn. 7), S. 193 ff.

64 *Kaser* (Fn. 62), S. 275.

65 *Kunkel/Schermaier* (Fn. 7), S. 195 ff.

66 *Kaser* (Fn. 62), S. 282.

67 Sie wird *Theophilus*, dem Rechtslehrer aus Konstantinopel (heute Istanbul) und Mitverfasser der *Institutiones Justinians*, zugeschrieben. Dazu etwa *Nelson*, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, 1981, S. 267 ff.

68 Vgl. *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 133.

69 *Kaser* (Fn. 62), S. 283 mit Fn. 72.

70 *Kunkel/Schermaier* (Fn. 7), S. 229 ff.

71 Zu *Accursius Kleinbeyer/Schröder*, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4. Auflage (1996), S. 13 ff.

werbs lockert er insoweit, als er eine *causa vera vel putativa*, also eine wirkliche oder eine vom Erwerber nur irrtümlich angenommene,⁷² für ausreichend erachtet.⁷³ Die Einigung über den Eigentumsübergang wird von ihm als psychologischer Tatbestand klar benannt;⁷⁴ zur Voraussetzung des Erwerbs wird sie jedenfalls nicht ausdrücklich erhoben.⁷⁵

4. *Donellus*

Donellus (*Hugues Doneau*, 1527–1591) war einer der bedeutendsten französischen Juristen des 16. Jahrhunderts.⁷⁶ Er hat sich im Wesentlichen der Ansicht des *Accursius* angeschlossen, wobei anders als bei Letzterem keine Zweifel daran bestehen, dass er die dingliche Einigung, und zwar unter Berufung auf Inst. Iust. 2,1,40, als Voraussetzung des Eigentumserwerbs begreift.⁷⁷ Spätestens hier begegnet uns also die Lehre vom dinglichen Vertrag.⁷⁸

5. *Grotius*

Hugo Grotius (1583–1645),⁷⁹ der Begründer der modernen Naturrechtslehre,⁸⁰ plädiert unter Berufung auf den römischen Dichter und Philosophen *Seneca*⁸¹ für das, was man heute als Vertragsprinzip bezeichnen würde:⁸²

„Beim Kauf kann das Eigentum auch ohne Übergabe schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages übergehen, und das ist auch das Einfachste. So ist für

72 Ob dies schon im klassischen römischen Recht genügen konnte, ist unklar, vgl. dazu oben Fn. 42.

73 Glosse „Iusta Causa“ zu D. 41,1,31 (siehe dazu oben Abschnitt II.4.a)), abgedruckt mit deutscher Übersetzung bei *Hattenbauer/Buschmann*, Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage (2008), S. 17. Dazu etwa *Meissel* (Fn. 34), S. 69.

74 Glossen „Cum in Corpus“ zu D. 41,1,36 und „Si ego“ zu D. 12,1,18 (siehe dazu jeweils oben Abschnitt II.4.a)), abgedruckt bei *Hattenbauer/Buschmann* (Fn. 73), S. 14 bzw. 16.

75 *Wieling* (Fn. 1), S. 26 verweist auf die insoweit unklare Quellenlage; *Vliet*, *Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law*, ERPL 2003, 342 (348), geht von einer konstitutiven Bedeutung der Einigung aus.

76 Er wirkte u. a. in Heidelberg und Altdorf. Zu *Donellus Kleinbeyer/Schröder* (Fn. 71), S. 112 ff.

77 *Commentarii de iure civili* (1589 ff.) Buch 4 Kap. 16–18. Siehe zu allem *Huber* (Fn. 44), S. 491 f.

78 *Huber* (Fn. 44), S. 492.

79 Holländischer Universalgelehrter. Sein Hauptwerk „*De Jure Belli ac Pacis libri tres*“ (1625) ist die erste zusammenhängende völkerrechtliche Darstellung. Zu *Grotius Kleinbeyer/Schröder* (Fn. 71), S. 176 ff.

80 Unter Naturrecht versteht man das der menschlichen Natur gemäße, kraft menschlicher Vernunft erkennbare, immer und überall existente und von gesetzgeberischen Akten grundsätzlich unabhängige Recht. Darüber, was der menschlichen Natur gemäß ist, lässt sich freilich trefflich streiten. Siehe zum Naturrecht etwa *Eisenhardt*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 5. Auflage (2008), S. 183 ff., und *Wesel*, *Juristische Weltkunde*, 8. Auflage (2000), S. 71 ff.

81 4 v. Chr.–65 n. Chr.

82 Zum Vertragsprinzip siehe oben Abschnitt I.

Seneca der Kauf eine Veräußerung und eine Übertragung seiner Sache und seines Rechts auf einen anderen.⁸³

Grotius zufolge entspricht die Eigentumsübertragung allein aufgrund des Kaufvertrages dem „natürlichen“, nicht durch gesetzgeberische Vorgaben überlagerten Grundtypus. Einen gesondert gedachten dinglichen Vertrag gibt es nicht. Auf eine Übergabe wird verzichtet; darin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Bisherigen. Diesem Ansatz folgte und folgt etwa auch der französische Code civil (1804).⁸⁴ Dementsprechend heißt es in Art. 1583 Cc im Zusammenhang mit den Regelungen über den Kaufvertrag:

„Elle [der Kauf] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.“

6. Usus modernus pandectarum, Preußisches ALR und österreichisches ABGB

Im 17. Jh. begann in Deutschland die Entwicklung des sog. usus modernus pandectarum, einer juristischen Stilrichtung, der es um die Anpassung des römischen Rechts an den praktischen Bedarf der Zeit ging.⁸⁵ Auf der Grundlage römisch-rechtlicher Vorbilder ging man (wieder) davon aus, dass es für die Eigentumsübertragung eines Grundgeschäfts (eines Kaufs etc.) und einer Übergabe bedürfe. Eine Begrifflichkeit der mittelalterlichen Glosse⁸⁶ aufgreifend, stellte man sie sich als auf einer doppelten Ursache beruhend vor: Die erste – fernere (causa remota) – war das Grundgeschäft, die zweite – unmittelbare (causa proxima) – war die Übergabe.⁸⁷ Im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) von 1794 und im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie (ABGB) von 1811 wurde diese Lösung aufgegriffen. So heißt es in § 1 I 10 ALR:

„Die mittelbare Erwerbung des Eigentums [d. h. der abgeleitete Eigentumserwerb] einer Sache erfordert, außer dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben.“

§ 380 ABGB bestimmt:

„Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart [beim abgeleiteten Erwerb beweglicher Sachen ist das die Übergabe] kann kein Eigentum erlangt werden.“⁸⁸

83 De Jure Belli ac Pacis libri tres (1625) Buch II Kap. 12 § 15, abgedruckt bei *Hattenbauer/Buschmann* (Fn. 73), S. 116 f.

84 *Kaser/Knütel* (Fn. 5), S. 133. Zur Rechtslage in Frankreich *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage (2009), S. 914, 944.

85 Zum usus modernus etwa *Eisenhardt* (Fn. 80), S. 167 ff.

86 Dazu oben III. 3.

87 *Huber* (Fn. 44), S. 494 f.; *Wieling* (Fn. 1), S. 29 f.

88 Zur österreichischen Rechtslage *Baur/Stürner* (Fn. 84), S. 929 f.

7. Savigny

Für die im BGB geltende Rechtslage waren die Überlegungen *Friedrich Carl von Savignys* (1779–1861)⁸⁹ von entscheidender Bedeutung. Aufbauend auf der Lehre des *Donellus*⁹⁰ war er der Ansicht, dass es zur Eigentumsübertragung neben der Übergabe einer Einigung bedürfe, aber eben auch nur einer Einigung.⁹¹ Der hier zum Ausdruck kommende Wille der Parteien legitimiere die Eigentumsübertragung, weshalb es etwa bei der Übergabe im Zusammenhang mit einem Kauf, nicht aber mit einer Vermietung zum Eigentumswechsel komme.⁹² Die Einigung sei ein Vertrag, den man „zur schärferen Unterscheidung“ von den verpflichtenden Verträgen, etwa dem Kauf, als dinglichen bezeichnen könne.⁹³ Die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung könne auch bei einem unwirksamen Kausalgeschäft nicht zweifelhaft sein, weil diese vom freien Willen der Parteien getragen sei.⁹⁴ Der Irrtum über das Vorhandensein eines zur Eigentumsübertragung verpflichtenden Kausalgeschäfts sei ein bloßer Irrtum im Beweggrund (Motivirrtum), der unbeachtlich bleiben müsse (Abstraktionsprinzip), um den Rechtsverkehr vor „gränzenlose[r] Unsicherheit und Willkühr“ zu schützen.⁹⁵ Der Irrende könne hier die Sache aber (ausnahmsweise) nach Maßgabe des Kondiktionsrechts zurückfordern, weil das Kausalgeschäft die von beiden Parteien gewollte Rechtfertigung des Eigentumsübergangs bilde.⁹⁶ Soweit *Savigny* diese Lehre auf römische Quellen zur *traditio* stützt, dürfte dies aber – wie gezeigt – sehr wahrscheinlich unzutreffend sein.⁹⁷

8. Das Bürgerliche Gesetzbuch

Für den Gesetzgeber des BGB war das – insbesondere von *Savigny* beredt vertretene – Trennungs- und Abstraktionsprinzip bereits eine Selbstverständlichkeit.⁹⁸ In den

89 Deutscher Jurist und Staatsmann, dessen Hauptwerk „System des heutigen römischen Rechts“ erheblichen Einfluss auch auf die gegenwärtige Zivilrechtsdogmatik hat. Zu *Savigny Kleinbeyer/Schröder* (Fn. 71), S. 352 ff.

90 Dazu *Huber* (Fn. 44), S. 496. Zur Bedeutung *Gustav Hugos* (1764–1844) für die Lehre vom dinglichen Vertrag *Jakobs* (Fn. 42), S. 280 ff. Als „Erfindung *Savignys*“ (*Wesel* (Fn. 23), S. 459) lässt sich der dingliche Vertrag also nicht bezeichnen.

91 Siehe die Vorlesungsnachschrift bei *Felgentraeger*, *Friedrich Carl v. Savignys* Einfluß auf die Übereignungslehre, 1927, S. 35 f.

92 *Savigny*, *Obligationenrecht* II, 1853, S. 256 f.

93 *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts* III, 1840, S. 313.

94 *Ebd.*, S. 356. Hier klingen die oben zitierten Stellen *Inst. Iust.* 2,1,40 und *D.* 41,1,9,3 an, in denen es heißt, dass nichts so sehr der natürlichen Gerechtigkeit entspreche, als den den Willen des Eigentümers, der seine Sache einem anderen übereignen möchte, als wirksam anzuerkennen. Auf diese Stellen, denen – wie gezeigt – bei zutreffendem Verständnis nicht das Prinzip einer abstrakten *traditio* entnommen werden kann, hat *Savigny* in seinen Vorlesungen Bezug genommen, siehe etwa *Felgentraeger* (Fn. 91), S. 34 f.

95 *Ebd.*, S. 355.

96 *Ebd.*, S. 359 ff.

97 Vgl. *Peters*, (Fn. 2), S. 458 m. w. N.; *Wesel* (Fn. 23), S. 459.

98 *Motive* (Fn. 4), S. 6, abgedruckt oben in Fn. 35.

Motiven⁹⁹ heißt es mit Blick auf die Abstraktion, dass „diese ... überdies eine geschichtliche Grundlage [hat]: Bei den Römern zeigte sie sich in der *mancipatio* und der *in iure cessio*, später in der *traditio* ...“ Davon war schon die Rede.

Wie diese Aussage zu bewerten ist, dürfte nach dem Gesagten hinreichend deutlich geworden sein: Für die *mancipatio* und die *in iure cessio* dürfte sie zutreffend sein, für die *traditio*, die der Eigentumsübertragung nach den §§ 929 ff. BGB am nächsten kommt, dagegen höchstwahrscheinlich nicht.

IV. Schluss

In den verschiedenen Rechtsordnungen finden sich teilweise unterschiedliche Ausgestaltungen des Eigentumserwerbs. In Deutschland hat es der Zufall gewollt, dass *Savigny* mit seiner wissenschaftlichen Autorität das heute gültige System favorisiert und mit Nachdruck vertreten hat. Der Einfluss einzelner Persönlichkeiten spielte und spielt im Prozess der Rechtsbildung neben den Sachargumenten eine gewichtige Rolle!¹⁰⁰

Keine der existierenden Lösungen ist zwingend. Es ist bezeichnend, dass das klassische römische Recht – höchstwahrscheinlich – sowohl eine kausale als auch zwei abstrakte Formen des abgeleiteten Eigentumserwerbs kannte. Letztlich tritt die Frage der konkreten Ausgestaltung der Voraussetzungen für die Eigentumsübertragung in ihrer Bedeutung für die Gesellschaft weit hinter die viel wesentlicheren Aspekte der Anerkennung privaten Eigentums und seiner Übertragbarkeit zurück. Das zeigt sowohl der Blick in die Geschichte als auch auf andere Rechtsordnungen.

⁹⁹ *Ebd.*

¹⁰⁰ Siehe dazu auch ein weiteres Beispiel („Entdeckung“ der culpa in contrahendo) bei *Adomeit/Hähnchen*, *Rechtstheorie für Studenten*, 5. Auflage (2008) Rn. 16.