

Verkauf und Übereignung der Ware bei Anton Friedrich Justus Thibaut: Kausalität oder Abstraktion des Eigentumswechsels in Römischen Recht, Kodifikationen und Pandektenlehre

Christoph Becker

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Becker, Christoph. 2017. "Verkauf und Übereignung der Ware bei Anton Friedrich Justus Thibaut: Kausalität oder Abstraktion des Eigentumswechsels in Römischen Recht, Kodifikationen und Pandektenlehre." In Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840): Bürger und Gelehrter, edited by Christian Hattenhauer, Klaus-Peter Schroeder, and Christian Baldus, 189-224. Tübingen: Mohr Siebeck.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Verkauf und Übereignung der Ware bei Thibaut

Kausalität oder Abstraktion des Eigentumswechsels in Römischem Recht, Kodifikationen und Pandektenlehre

Christoph Becker

Dem deutschsprachigen Rechtsraum des 19. Jahrhunderts wird die Erfindung zugeschrieben, den Übergang des Eigentums mit einem Rechtsgeschäft zu bewerkstelligen, welches als eigenständig gegenüber einer Verpflichtung zur Übertragung des Gegenstandes aufgefasst wird. Hier sind die Begriffe Trennungsprinzip (wegen der Zerlegung eines Erwerbs in die zwei Schritte Verpflichtung und Übertragungsgeschäft überhaupt) und Abstraktionsprinzip (Gültigkeit des Übertragungsgeschäfts auch bei Defekten oder Fehlen einer Verpflichtung) geläufig geworden. Man kann nicht behaupten, dass diese Erfindung im Ganzen weltweiten Anklang gefunden habe. Sie ist nicht einmal in den deutschsprachigen Rechtsordnungen Allgemeingut. Doch begegnet man häufig gesetzlichen Regelungen, wonach zumindest nicht schon mit einem verpflichtenden Geschäft über eine Sache, wie insbesondere dem Kaufvertrag, ohne weiteres das Eigentum wechselt, sondern ein zweiter Akt notwendig ist (wenngleich dieser zweite Akt nicht immer ein rechtsgeschäftlicher ist).

Die Entdeckung von Abtrennung und Abstraktion der Übereignung geschah eher beiläufig in einer etwas leichtfüßigen, kaum näher auseinandergesetzten Annahme *Friedrich Carl von Savignys* (1779–1861), worauf später zurückzukommen ist.¹ Der Kieler, Jenenser und Heidelberger Rechtswissenschaftler *Anton Friedrich Justus Thibaut* (1772–1840) war mit dem Landshuter und Berliner Gelehrten *Friedrich Carl von Savigny* im sogenannten Kodifikationsstreit des Jahres 1814, dessen im September 2014 auf der Heidelberger Tagung gedacht wurde, in einem der berühmtesten Dispute der deutschen Rechtsgeschichte verbunden.² Dieser von nationaler Emphase getragene – und mehr Übereinstim-

¹ S.u. III.1.

² *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814. Neudruck in: Jacques Stern / Hans Hattenhauer (Hg.), Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, 2. Auflage, München 2002, 37–59; *Friedrich Carl von Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und

mungen als Differenzen bergende³ – Gedankenaustausch zur Grundlegung des Zivilrechts legt die Frage nahe, ob sie vielleicht auch am Alltagsproblem des Eigentumswechsels gleichermaßen Interesse fanden und ähnliche Vorstellungen entwickelten.

I. Corpus iuris civilis und Glosse

1. Trennung von causa und Vollzug?

Der im Jahre 1967 erstmals erschienene Quellenband zur Neueren Privatrechtsgeschichte von *Hans Hattenhauer* und *Arno Buschmann* enthält einen Auszug aus den Glossen des *Accursius* (geboren um 1185; gestorben etwa 1263), seines Sohnes *Franciscus Accursius* (1225–1293) sowie des *Vivianus Tuscus* (gestorben nach 1260) zum 41. und zum 12. Buch der Digesten *Justinians*. Ausgewählt sind Erläuterungen zu den mitgegebenen Fragmenten Iul. 13 dig. D. 41.1.36, Ulp. 7 disp. D. 12.1.18, Paul. 31 ad ed. D. 41.1.31.⁴ Es geht dort um den Rechtsgrund für eine gewillkürte Übereignung.⁵ Die Zusammenschau der im sechsten Jahrhundert von *Justinians* Gesetzesredaktion in die Digesten aufgenommenen Textauschnitte aus der Zeit des zweiten bis des beginnenden dritten Jahrhunderts scheint Widersprüche hervorzubringen: Einesteils hat man den Eindruck, eine Übereignung finde wirksam nur statt, wenn ein gültiges Versprechen, die Sache abzugeben, vorangeht. Nur die Übergabe (*traditio*) mit Grund (*causa*) lässt den Veräußerer das Eigentum verlieren und den Erwerber es gewinnen, nicht die Übergabe allein. Anderenteils scheint das Versprechen einen Fehler haben zu dürfen und notfalls vielleicht ganz entbehrlich zu sein. Die Glossatoren bemühen sich darum, die römischen Fragmente miteinander in Einklang zu bringen. Zweifelsfrei wird die Lektüre der römischen Quellen damit freilich nicht.

Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814. Neudruck in: Jacques Stern / Hans Hattenhauer (Hg.), Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, 2. Auflage, München 2002, 61–127.

³ Vgl. *Christoph Becker*, Kodifikation des Bürgerlichen Rechts – Lehren aus dem Streit zwischen Savigny und Thibaut, in: Henning Rosenau / Hakan Hakeri (Hg.), Kodifikation der Patientenrechte. Beiträge des X. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht, Baden-Baden 2014, 11–44.

⁴ Mitgeteilt und übersetzt sind die Glossen *Cum in corpus* zu D. 41.1.36 von *Franciscus Accursius* und *Dissentiamus* zu D. 41.1.36 von *Accursius*, zu finden beispielsweise in: *Digestum Nouum, Sev Pandectarum Ivris Civilis Tomvs Tertivs* [...] *Commentariis Accvrsii, Scholiis Contii* [...], Lvgdvni 1627, Sp. 382; *Si ego* zu D. 12.1.18 von *Vivianus Tuscus* und *Non fieri* zu D. 12.1.18 von *Accursius*, *Corpvvs Ivris Civilis Ivstiniani, Cvm Commentariis Accvrsii, Scholiis Contii* [...]. *Tomus hic Primus Digestum Vetus continet, Lvgdvni 1627, Sp. 1217; Numquam* zu D. 41.1.31 von *Franciscus Accursius* und *Sed ita* zu D. 41.1.31 von *Accursius* sowie *Iusta causa* zu D. 41.1.31 von *Accursius*, *Digestum Nouum, Lvgdvni 1627, Sp. 380.*

⁵ *Hans Hattenhauer / Arno Buschmann*, Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Übersetzungen, 2. Auflage, München 2008, Nr. 8, 13ff.

Die Überschrift zum ersten Titel von Buch 41 der Digesten bezeichnet immerhin das Thema unmissverständlich: *De acquirendo rerum dominio*. Den Leser erwarten Texte über den Eigentumserwerb. Die hier gesammelten Auszüge aus den alten Juristenschriften sind keine das Eigentum nur streifende Nebenbemerkungen ungewisser Reichweite, deren in Falldifferenzierungen angegebene Details man möglicherweise nicht verallgemeinern darf. Sie sind vielmehr eben zu der Klärung aufgereiht, wie sich denn die gewillkürte Eigentumsübertragung vollziehe.

2. Divergierende Vorstellungen zur *causa* nach Iulianus

Das Iulianus-Fragment D. 41.1.36 beschäftigt sich mit dem Fall, dass bei einer Übergabe Veräußerer und Erwerber zwar eine übereinstimmende Vorstellung von der Sache nach ihrer körperlichen Identität haben (*in corpore [...] consentiamus*), jedoch wegen des Grundes für die Übergabe verschiedene Ansichten haben (*in causis vero dissentiamus*). Damit der Fall überhaupt der Erörterung wert ist, scheint man voraussetzen zu müssen, dass die Übereignung zwei Komponenten hat. Erstens bedarf es eines Anlasses für das Überreichen der Sache (*causa*). Und zweitens muss die Sache bewusst von einer Hand in die andere wechseln (*traditio*); eine vom Veräußerer nicht gewünschte Wegnahme durch den Erwerber genügt nicht; und vermutlich genügt es auch nicht, wenn zwar beide Seiten willentlich an der Übergabe mitwirken, aber eine Seite bei dem Vorgang die Sache verwechselt (weil sie vielleicht in ein Tuch eingeschlagen und deswegen schwer zu erkennen ist). Man kann also von zwei zwar aufeinander bezogenen, aber gedanklich getrennten Schritten sprechen, welche beide mit inneren und im Idealfall übereinstimmenden Vorstellungen der beiden Beteiligten verbunden sind. Insbesondere scheint die Übergabe in ihrer Rückbeziehung auf einen Übergabegrund mit einer EntschlieÙung verbunden zu sein, das Eigentum wechseln zu lassen. Denn nur mit einem Übereignungswillen gewinnt der äußerlich neutrale Übergabevorgang seine Ausrichtung auf eine endgültige Überlassung. Ohne eine Ausrichtung könnte die Übergabe ebenso gut eine nur vorübergehende Überlassung sein, beispielsweise wegen Miete, Leihe, Reparatur, Auftrag oder Verwahrung.

Dies scheint gar nicht weit entfernt von der Anordnung des seit dem Jahre 1900 geltenden deutschen bürgerlichen Rechts, welches zwischen einem zur Übereignung verpflichtenden Grund und der Erfüllung der Pflicht durch das Übereignungsgeschäft trennt. Der Grund wird beispielsweise mit einem durch Konsens erzeugten Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB gelegt. Die Erfüllung geschieht im Falle einer beweglichen Sache nach § 929 Satz 1 BGB durch einen zweiten Konsens bei Übergabe und im Falle einer Immobilie nach §§ 873 Abs. 1, 925 BGB durch einen zweiten Konsens bei Eintragung im Grundbuch. Der Unterschied liegt nur darin, dass der zweite Konsens nach dem Bürgerli-

chen Gesetzbuch sich nicht allein auf die Identität der Sache bezieht, sondern auf den Eigentumswechsel im Ganzen; er verweist nicht wie der Konsens zur *traditio* römischen Rechts auf die anderweitige Begründung der Übereignungspflicht zu der identifizierten Sache zurück, sondern bildet in sich selbst vollständig das Übereignungsgeschehen ab.

Franciscus Accursius bezeichnet die Abweichung in den Vorstellungen der Parteien vom Übereignungsgrund als Irrtum (*error*).⁶ Er sagt dabei aber nicht, ob wenigstens eine der beiden Parteien die richtige Vorstellung hat (nur eine Seite irrt), ob es sein kann, dass die verschiedenen Vorstellungen beider Seiten von dem in Wahrheit gebildeten Grund abweichen (die beiden Seiten irren auf verschiedene Weise), oder ob gar der Grund fehlen darf und allein in den Vorstellungen der Parteien Gründe (die nicht übereinstimmen) existieren (hier irren beide Seiten übereinstimmend darin, dass überhaupt ein Grund vorliege, und außerdem auf verschiedene Weise wegen der Art des Grundes). Sein Vater *Accursius* erklärt die Unbeachtlichkeit der Abweichung damit, dass die Parteien immerhin Einigkeit darüber erzielten (*consensimus*), dass das Eigentum übergehen sollte.⁷ Freilich macht *Accursius* nicht deutlich, ob diese Einigkeit jene ist, welche früher bei Anlage der *causa* hergestellt wurde und die nun bei der *traditio*, obgleich von den Parteien nicht mehr auf gleiche Weise verstanden, noch weiterwirkt, oder ob es sich um eine eigens für die Übergabe gebildete (das Ziel des Eigentumswechsels aus der *causa* aufgreifende) Einigung handeln darf oder sogar muss.

3. Wirkliche oder vermeintliche *causa* nach Paulus

Im *Paulus*-Fragment D. 41.1.31 hingegen scheinen – zumindest dann, wenn man die Stelle ohne ihren Zusammenhang liest – die Vorstellungen der Parteien bei der Übergabe unerheblich zu sein. Es ist allein von der Übergabe und einem notwendig der Übergabe vorangehenden Grund die Rede. Ohne Grund bewirkt die Übergabe keinen Eigentumswechsel. *Numquam nuda traditio transfert dominium* – niemals überträgt bloße Übergabe das Eigentum. Nur wenn ein Kauf oder ein anderer Grund vorausgeht, wirkt die Übergabe als Eigentumswechsel. Wie schon bei *Julian*, geschieht auch nach *Paulus* der Eigentumswechsel in zwei Schritten. Aber für den zweiten Schritt führt *Paulus*, anders als *Julian* zufolge der Interpretation des *Accursius*, keine (aus dem ersten Schritt noch fortwirkende oder im Augenblick der Übergabe neu gebildete) Willensübereinstimmung an, dass das Eigentum wechseln möge. *Franciscus Accursius* und *Accursius* paraphrasieren zunächst den *Paulus*-Text lediglich.⁸ Doch dann

⁶ *Franciscus Accursius*, Glosse *Cum in corpus* zu D. 41.1.36 (Fn. 4).

⁷ *Accursius*, Glosse *Dissentiamus* zu D. 41.1.36 (Fn. 4).

⁸ *Franciscus Accursius*, Glosse *Numquam* zu D. 41.1.31 (Fn. 4); *Accursius*, Glosse *Sed ita* zu D. 41.1.31 (Fn. 4).

mildert *Accursius* die strikte Anforderung einer vorausgehenden *causa* ab, indem er neben dem wirklichen auch einen vermeintlichen Grund zulässt.⁹ Damit bringt er *Julian* und *Paulus* in Einklang. Denn der bei *Julian* (in der Lesart des *Accursius*) Irrende nimmt einen Grund nur an, welcher nicht besteht.

4. Unentbehrlichkeit einer *causa*

Accursius vermeidet in seiner Ausführung zum *Julian*-Fragment D. 41.1.36 die Aussage, eine *causa* sei entbehrlich. Vielmehr weist er auf einen scheinbaren Widerspruch der *Julian*-Stelle zu dem *Ulpian*-Fragment D. 12.1.18 hin.¹⁰ In D. 12.1.18¹¹ misslingt die Übereignung von Geld, weil der Gebende sich eine Schenkung vorstellt, der Empfänger aber ein Darlehen. Hier schadet also, anders als in D. 41.1.36, die Verschiedenheit der Auffassungen. *Accursius* erklärt die Differenz damit, dass in D. 41.1.36 eine Verpflichtung schon bestand und beim Vollzug dem Leistenden lediglich nicht mehr recht in Erinnerung war. Im Falle von D. 12.1.18 hingegen war vor der Übergabe noch gar nichts zugesagt.¹² Man muss ergänzen: Weil die Vorstellungen der beiden Parteien nicht zusammenpassen, kommt in D. 12.1.18 eine *causa* auch nicht beiläufig neben der Übergabe, gerade noch rechtzeitig, zustande. Es gibt in D. 12.1.18 weder eine gültige noch eine vermeintlich gültige, sondern gar keine *causa*. Der Eigentumsübergang muss scheitern. Demnach scheint eine *causa* für die Eigentumsübertragung mittels Übergabe unverzichtlich.

Nimmt man die Unerlässlichkeit eines Übereignungsgrundes zum Ausgangspunkt, so ist der *Accursius*-Kommentar zum *Paulus*-Fragment, wonach ein Putativgrund genüge,¹³ kein Hinweis auf eine Abstraktheit der *traditio*, sondern nur eine Modifikation ihrer Kausalität. Diese Modifikation erleichtert den Geschäftsverkehr, indem sie über Zweifel an der Wirksamkeit des Eigentumswechsels hinweghilft, welche man womöglich hegen möchte: Wenn eine Übergabe stattfand und die Parteien einen Eigentumswechsel wollten, den sie zumindest für geboten erachteten, so soll der Eigentumswechsel auch wirklich geschehen. Trotz eines beidseits gewünschten Eigentumswechsels und der Übergabe der Sache das Eigentum an ihr immer noch dem Veräußerer zuzuordnen, wäre eine Verunsicherung für den Rechtsverkehr; jedes weitere Geschäft wäre von Ansprüchen des Veräußerers bedroht. Nur wenn die Parteien niemals einen gleichgerichteten Willen bildeten, welcher der Übergabe den Sinn eines endgültigen Herrschaftswechsels verleiht, bewirkt die Übergabe keinen Eigentumswechsel. Denn in dem Falle kann die Übergabe nur einem Geschäft die-

⁹ *Accursius*, Glosse *Iusta causa* zu D. 41.1.31 (Fn. 4).

¹⁰ *Accursius*, Glosse *Dissentiamus* zu D. 41.1.36 (Fn. 4).

¹¹ Ulp. 7 disp. D. 12.1.18.

¹² *Accursius*, Glosse *Dissentiamus* zu D. 41.1.36 (Fn. 4).

¹³ *Accursius*, Glosse *Iusta causa* zu D. 41.1.31 (Fn. 4).

nen, zu dem kein Eigentumswechsel gehört (beispielsweise Miete oder Leihe), oder sie hat gar nichts mit einem Rechtsgeschäft zu tun (sondern ist beispielsweise als bloße Gefälligkeit erbeten oder erpresst). Die auch jetzt anderen Teilnehmern am Rechtsverkehr drohenden Gefahren aus der Undurchsichtigkeit der wahren Eigentumsverhältnisse muss man im Interesse des bisherigen Eigentümers, welcher sein Eigentum niemals aufgeben wollte, hinnehmen.

Einen Putativgrund genügen zu lassen, unterstützt *Accursius* mit dem unwiderstehlichen Argument, dass der gesamte Digesten-Titel über die Kondiktion des Nichtgeschuldeten (D. 12.6 mit der Titelüberschrift *De condictione indebiti*) überflüssig wäre, falls ein Putativgrund nicht für den Eigentumswechsel genüge; denn der Titel über die *condictio indebiti* setze doch voraus, dass Eigentum wegen eines nur vermeintlichen Grundes übertragen worden sei.¹⁴ Der rechte Grund hat demnach zwei verschiedene Grade. Für den Eigentumswechsel genügt die Vorstellung; um aber eine Rückforderung zu verhindern, muss die Vorstellung verwirklicht sein.¹⁵ Das von *Accursius* angeführte Argument von der Sinnlosigkeit der Leistungskondiktion ließe sich allenfalls damit entkräften, dass als ungeschuldet Geleistetes (*indebitum solutum*¹⁶) nur anderes als Eigentum in Betracht käme (also beispielsweise der Besitz). Aber diese Einschränkung gibt der Digesten-Titel nicht her. Was man hingegen zum Putativgrund vermutlich nachtragen muss, ist, dass den vermeintlichen Grund sich beide Seiten irgendwann einmal gleich vorgestellt haben müssen. Denn wenn es nie eine übereinstimmende Vorstellung gab, liegt wieder der Fall des *Ulpian-Fragmentes* D. 12.1.18 vor, und die *traditio* vermag das Eigentum nicht zu übertragen. In D. 12.1.18.pr ist demjenigen, welcher Geld übergab, ohne dass eine eigentlich gewollte Übereignung des Geldes gelang, Kondiktion verheißen, wenn der Empfänger das Geld verbrauchte. Hat der Empfänger hingegen das Geld noch nicht ausgegeben, steht, so ergänzt *Savigny*, dem Geldgeber die Vindikation zu¹⁷ – eben weil er noch der Eigentümer ist.

5. Übergabe in den Institutionen Justinians

Will man das Verständnis der angeführten Textstücke von *Julian*, *Paulus* und *Ulpian* überprüfen, so bietet sich das amtliche Anfängerlehrbuch *Justinians* an. Schließlich sind die justinianischen Institutionen eigens als Grundlegung zum Verständnis der Digesten und des Codex verfasst.¹⁸ Sie zeichnen sich durch eine

¹⁴ *Accursius*, Glosse *Iusta causa* zu D. 41.1.31 (Fn. 4).

¹⁵ *Dietmar Schanbacher*, Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch *traditio* und beim Leistungsversprechen durch *stipulatio*, TRG 60 (1992), 1–27 (3).

¹⁶ S. Ulp. 26 ad ed. D. 12.6.1 und Ulp. 16 ad Sab. 12.6.2.

¹⁷ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Viertes Band, Berlin 1841, 162.

¹⁸ Const. Imp. 2–5.

besonders zugespitzte Darstellung aus, worin die zahllosen Feinheiten des römischen Rechts zugunsten der Grundlinien zurücktreten.

Im ersten Titel ihres zweiten Buches stellen *Justinians* Institutionen die Einteilung der Gegenstände (*res* – Sachen) dar (Inst. 2.1: *De rerum divisione*). Mit Begriffsgliederungen wird der Leser in das Thema „Sachen“ eingeführt, nachdem er im ersten Buch von den Personen (*personae*) erfuhr. Das Thema „Sachen“ nimmt den größten Teil der Institutionen ein. Es reicht bis ins vierte Buch, worin sich ab dem sechsten Titel die Klagen (*actiones*) anschließen und den Kreis der drei Grundbegriffe nach dem *Gaius*-Schema vollenden. Gegen Ende des ersten von den Gegenständen handelnden Titels, noch bevor der zweite Titel¹⁹ die bedeutsame Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen darstellt,²⁰ lernt der Leser den Eigentumserwerb durch Übergabe kennen (Inst. 2.1.40 bis 46). Weil dem Leser der unkörperliche Gegenstand noch nicht vorgestellt wurde, geht es ganz wörtlich um die Aushändigung eines körperlichen Gegenstandes. Es versteht sich von selbst, dass der *traditio* unkörperliche Gegenstände nicht zugänglich sind (was *Gaius* in seinen Institutionen eigens hervorhob²¹).

Die Institutionen bezeichnen es als Naturrecht, dass die Übergabe ein Weg des Eigentumserwerbs ist (Inst. 2.1.40). Die Übereignung durch Übergabe zählt also zu den Rechtseinrichtungen, welche man bei allen Völkern findet. Denn ihre Allgegenwärtigkeit – im Gegensatz zum beschränkten Vorkommen der nur in einem Gemeinwesen entwickelten Rechtsinstitute (*ius civile*)²² – lässt eine Rechtseinrichtung als Naturrecht erscheinen. Das Naturrecht umfasst nämlich nicht nur die allen Lebewesen, Menschen wie Tieren, gelehrten Rechtsätze²³, sondern auch die unter Ausschluss der Tiere lediglich den Menschen gelehrten, das Völkergemeinrecht (*ius gentium*)²⁴. Von Motivation der Übergabe durch eine *causa* ist in Inst. 2.1.40 keine Rede. Man liest auch nichts von Grundlegung für den Eigentumserwerb, wenn zum Abschluss der Ausführungen über die *traditio*, bevor es an die Aneignung von aufgegebenem Gut geht,²⁵ ein Beispiel mit den Prätores oder Konsuln erscheint, die Geschenke unters Volk werfen. Die Freigebigen wissen beim Wurf nicht, wer den Wurf fängt.²⁶ Es wäre zwar denkbar, dass der Freigebige sich Sekunden vor dem Wurf mit einem Heischenden durch Blicke, Gesten und Zurufe verständigte. Aber davon ist in dem Lehrbuch keine Rede. Es genügt, dass der Prätor oder der Konsul den

¹⁹ Inst. 2.2, *De rebus incorporalibus* – Über unkörperliche Gegenstände.

²⁰ Inst. 2.2.pr.

²¹ Gai. 2.28.

²² Inst. 1.2.1 und 2.

²³ Inst. 1.2.pr.

²⁴ Inst. 1.2.1.

²⁵ Inst. 2.1.47, *res pro derelicto occupare* (eine Sache als derelinquiert in Besitz nehmen).

²⁶ Ausdrücklich Inst. 2.1.47.

Fänger zum Eigentümer machen will, wer immer es sei.²⁷ Rheinisches Winterbrauchtum pflegt auf seinen Umzügen durch die Straßen der Stadt oder des Dorfs solche Übereignungen noch im 21. Jahrhundert.

6. Übereignungswille bei der *traditio* in den Institutionen

Wenn freilich mindestens ein Übereignungswille des Gebenden als weiteres Merkmal des Übereignungsgeschehens angeführt wird, so erschöpft sich der Übereignungsakt nicht in der Übergabe. Hieran anknüpfend wird der Leser rasch den Gedanken fassen, dass auch beim Empfänger eine passende Willensbildung vonnöten ist. Niemand muss sich etwas aufdrängen lassen. Wer etwas in die Hand nimmt, wird nicht schon deswegen Eigner, weil derjenige, welcher es aus seiner Hand gibt, den Nehmenden als neuen Eigner sehen mag. Aber damit könnte es nun schon sein Bewenden haben: Die *traditio* lässt das Eigentum wechseln, wenn erstens eine äußerlich erkennbare Übergabe (eben die *traditio*) stattfindet und zweitens die Beteiligten den Eigentumswechsel wünschen. Nach einem Grund für den Eigentumswechsel würde nicht gefragt. Der beiderseitige Wunsch eines Eigentumsübergangs in Verbindung mit dem Besitzwechsel reichte aus, worauf auch immer der Wunsch beruhen möge. Der Konsens zur Übereignung wäre abstrakt. Damit ließe sich die abstrakte Konstruktion der Übereignung in § 929 Satz 1 BGB – Einigung über den Eigentumswechsel überhaupt und Übergabe – unmittelbar auf die justinianischen Institutionen zurückführen. So einfach liegen die Dinge jedoch leider nicht.

Zwar findet sich die aus dem Prätores- und Konsuln-Beispiel²⁸ abgeleitete Notwendigkeit beiderseitigen Willens, das Eigentum übergehen zu lassen, in dem Fall bestätigt, dass ein Erwerbswilliger eine Sache schon längst bei sich hat und nun erst beide Seiten einen Eigentumswechsel wünschen. Die frühere Übergabe – auch sie wird als *traditio* bezeichnet – bewirkte noch keinen Eigentumsübergang, weil die Beteiligten ihr noch nicht den Sinn eines Eigentumsübergangs beigelegt hatten. Die Aushändigung der Sache geschah beispielsweise nur als Überlassung zur Benutzung, weil man eine Miete verabredet hatte. Erst nach einiger Zeit des Gebrauchs will der bisherige Vermieter einen endgültigen Verbleib der Sache beim bisherigen Mieter. Das Lehrbuch beschreibt, dass der Wille des bisherigen Eigentümers genüge, um die Sache zu übereignen (Inst. 2.1.44). Es muss also nicht die Mietsache erst zum Vermieter zurückgeschafft werden, nur um sie feierlich dem bisherigen Mieter zu seinem Eigentumserwerb wieder auszuhändigen. Die Willensbildung reicht aus. Aber es zeigt sich auch, dass der Übereignungswille des bisherigen Eigentümers allein noch nicht genügt. Vielmehr ist davon die Rede, dass der bisherige Vermieter dem bisherigen Mieter (oder der Leihgeber dem Leihnehmer; oder der Hinterleger dem Ver-

²⁷ Dieser Befund wiederum ausdrücklich in Inst. 2.1.47.

²⁸ S.o. I. 5.

wahrer) die Sache verkauft oder schenkt.²⁹ Ein Kaufvertrag und eine Schenkung verlangen jedoch eine übereinstimmende Willensbildung.³⁰

7. Übereignungswille gemäß causa

Da nun aber in dem Beispiel von der schon früher übergebenen Sache nicht ein neutraler beiderseitiger Entschluss, das Eigentum zu übertragen, beschrieben, sondern ein besonderer Übereignungsgrund benannt wird, wankt die Mutmaßung, die Einigung auf einen Eigentumswechsel sei abstrakt. Und sie wird zerlegt, wenn man noch vor dem Beispiel von der früheren Übergabe die knappe Aussage liest, das Eigentum werde unzweifelhaft mittels Übergabe übertragen, wenn die Übergabe aufgrund Schenkung, aufgrund Mitgift oder wegen irgendeines anderen Grundes geschehe (Inst. 2.1.41). Diesen klaren Fällen stellt das Lehrbuch nicht etwa weitere klärungsbedürftige Übergabe-Fälle gegenüber, in denen ein anerkannter Übereignungsgrund fehlt, um dann doch eine glückende Übereignung festzustellen, wenn sie denn nur von den Beteiligten gewollt sei. Vielmehr stellt das Lehrbuch dem gelungenen Eigentumswechsel den Fall einer Warenlieferung ohne gleichzeitige Bezahlung gegenüber. Solange der Käufer den Kaufpreis noch nicht entrichtet hat, gehört die Ware ihm noch nicht,³¹ von Gesetzes wegen gilt also ein Eigentumsvorbehalt (und je nach Vereinbarung ist währenddessen der Käufer, der die übergebene Sache schon benutzen darf, zugleich Mieter oder Pächter³²). Jedoch geht das Eigentum so gleich mit der *traditio* über, wenn der Verkäufer den Kaufpreis stundet, Verkäufer und Käufer also eine Kreditvereinbarung trafen.³³ Die Kreditierung ersetzt

²⁹ Ebenfalls Inst. 2.1.44.

³⁰ *Schanbacher* (Fn. 15), TRG 60 (1992), 1, 23f., erläutert, dass die Abstraktion des Übereignungswillens in Inst. 2.1.40 (in dem Aufsatz durch ein Druckversehen als I. 2,1,10 zitiert) und in weiteren Quellen nicht normativ zu verstehen ist, sondern nur deskriptive Bedeutung hat. Das heißt, dass dort keine exakte und abschließende Formulierung eines Tatbestandsmerkmals stattfindet, sondern die Abstraktion lediglich eine vereinfachende, die verschiedensten Fälle zusammenfassende Beschreibung ist.

³¹ Ebenfalls Inst. 2.1.41; ferner Pomp. 31 ad Quint. Muc. D. 18.1.19.

³² Paul. 34 ad ed. D. 18.1.20; Iav. 11 epist. D. 18.1.21. Siehe zur Verbindung von Lieferung der Kaufsache unter Eigentumsvorbehalt und Vertrag über einstweilige Gebrauchsüberlassung an den Käufer auch *Reinout David Vriesendorp*, *Het Eigendomsvoorbehoud. Een onderzoek naar een praktische verkoperszekerheid in het huidige en komende Nederlandse recht met een slotbeschouwing van rechtshistorische aard*, Deventer 1985, 133f., mit Rezension *Robert Feenstra*, Eigentumsvorbehalt und die Regel von Inst. 2,1,41 über das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang, in: TRG 58 (1990), 133–141.

³³ Inst. 2.1.41. Zur Divergenz der Quellenstellen über Notwendigkeit von Zahlung oder Kreditierung für den Eigentumserwerb des Käufers (Inst. 2.1.41; D. 18.1.19; Diocl. et Max. C. 4.38.8 [294]) und die Harmonisierungsversuche seit dem Mittelalter lies *Robert Feenstra*, *Reclame en revindicatie. Onderzoekingen omtrent de rol in de ontwikkelingsgeschiedenis van het recht van reclame gespeeld door den romeinsrechtelijken regel omtrent eigendoms- overgang en prijsbetaling bij koop* (Inst. 2.1.41), Haarlem 1949; *Klaus Luig*, Übergabe und Übereignung der verkauften Sache nach römischem und gemeinem Recht, in: Johan Albert

die Zahlung. Im Übrigen grenzt die Betonung, die schlichte *traditio* übertrage Eigentum, unausgesprochen gegen die älteren, in *Justinians* Gesetzen nicht mehr beschriebenen förmlichen Übereignungsakte *mancipatio* und *in iure cessio* ab, welche in den *gaianischen* Institutionen noch lebendig sind.³⁴

Das Beispiel von den freigebigen Prätores oder Konsuln³⁵ wird man angesichts der umfassenden Anforderung eines Übereignungsgrundes nicht als Beleg dafür ansehen dürfen, dass die Übergabe auch mit einem abstrakten Übereignungswillen das Eigentum wechseln lässt. Der im Lehrbuch beschriebene Wunsch des Werfers, einen beliebigen Fänger zum Eigner zu machen, lässt sich unschwer nicht nur als Teil eines abstrakten Einvernehmens mit dem wenige Sekunden später feststehenden Fänger deuten. Vielmehr kann man den Willen des die Bevölkerung erfreuenden Amtsinhabers ebenso gut als konkret auf eine Schenkung an den Fänger ausgerichtet deuten. Und auch der Fänger bildet den dazu passenden Willen. Darüber, dass der emsige Werfer den Begünstigten nicht mehr zu identifizieren vermag, seinen Freudenschrei nicht aus dem Getümmel heraushört, darf man hinwegsehen. Die *causa* Schenkungsvertrag kommt also zugleich mit der *traditio* zustande und stiftet ihr den Sinn der Eigentumsübertragung.

8. Tendenz zur Abtrennung des Vollzugsgeschäfts vom Grundgeschäft

Wenngleich die Institutionen *Justinians* keine übereignende *traditio* ohne *causa* zu kennen scheinen, aus ihnen somit auch kein abstraktes Übereignungsverständnis der *justinianischen* *Digesten* abgeleitet werden darf, darf man immerhin eine Neigung dahin feststellen, das Übereignungsgeschäft vom Grundgeschäft zu trennen. Das Übereignungsgeschäft kann zwar nicht ohne das Grundgeschäft wirken. Es ist aber einer separaten Willensbildung zugänglich. Diese Tendenz ist in den näheren Ausführungen zu dem beschriebenen gesetzlichen Eigentumsvorbehalt angelegt. Es steht den Beteiligten nämlich frei, durch ihre Willensbildung der Übergabe doch übereignende Kraft beizulegen. Wenn nämlich der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis stundet, wird sogleich bei Übergabe das Eigentum wechseln.³⁶

Die Übergabe gewinnt übereignende Kraft zwar nicht aus der zweiten Willensbildung (Kreditierung des Kaufpreises betreffend) allein. Vielmehr ermöglicht die zweite Willensbildung lediglich, dass die *causa* (nämlich der Kaufvertrag) der Übergabe sofort im Augenblick ihres Vollzugs die übereignende Wirkung zu vermitteln vermag. Aber es wird auch erkennbar, dass zumindest in

Ankum / Johannes Emil Spruit / Felix Bernhard Jozef Wubbe (Hg.), *Satvra Roberto Feenstra Sexagesimum Quintum Annvm Aetatis Complenti Ab Alvmnis Collegis Amicis Oblata*, Fribourg Suisse 1985, 445–461.

³⁴ Gai. 1.119 ff., 2.23 ff.

³⁵ S.o. zu I.5: Inst. 2.1.46.

³⁶ Inst. 2.1.41; ebenso Pomp. 31 ad Quint. Muc. D. 18.1.19.

den Stundungsfällen die zur *causa* hergestellte Willensbildung ebenfalls nicht allein als ein bei der *traditio* noch fortdauerndes Moment der *traditio* die übereignende Wirkung verleiht, sondern ein zweiter Wille hinzutreten muss. Auf diese Weise ist der Befund von Laborenz³⁷ nicht überraschend, dass im Mittelalter Glossatoren einen gegenüber der *causa* abgegrenzten Übereignungswillen (*animus domini transferendi*) zu entwickeln beginnen.

Die im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch³⁸ für Kauf nach § 433 BGB und Lieferung nach § 929 Satz 1 BGB angelegte doppelte Willensbildung ist gerade beim Eigentumsvorbehalt gar nicht leicht zu verstehen. § 449 Abs. 1 BGB (von 1896 bis 2001: § 455 Abs. 1 BGB) erklärt zwar in einer Auslegungsregel, dass unter einem Eigentumsvorbehalt im Zweifel eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) für die Eigentumsübertragung zu verstehen sei. Das begreift man aber erst auf den zweiten Blick als Gestaltung der Einigung über den Eigentumswechsel in § 929 Satz 1 BGB. Denn zunächst nimmt der Leser die Regelung als Bestandteil des Kaufgeschäfts wahr. Sie erscheint im Kaufrecht, weil der Kaufvertrag das abzuwickelnde Programm beschreibt. Der Kaufvertrag hilft, die spätere Lieferung zu interpretieren: Soll der Käufer die empfangene Ware sogleich sein Eigentum nennen dürfen, oder muss man die nach § 929 Satz 1 BGB herzustellende Einigung auf den Eigentumswechsel als aufschiebend bedingt verstehen? Nach § 449 Abs. 1 BGB ist letztere die regelmäßige Lösung.

II. Einige Zivilrechtskodifikationen im Vergleich

Thibauts Lebens- und Wirkungszeit fällt in die mit der Mitte des 18. Jahrhunderts einsetzende Welle der von den vernunftmäßigen Ordnungen der Naturrechtslehrbücher inspirierten großen, bis in die Gegenwart des 21. Jahrhunderts hineinreichenden Kodifikationen. Daher bietet es sich an, die Konstruktion der Übereignung in einigen exemplarischen Zivilgesetzbüchern der zuvor skizzierten römischen Anordnung gegenüberzustellen.

1. Preussisches Allgemeines Landrecht

a) Das im Jahre 1794 eingeführte Preussische Allgemeine Landrecht³⁹ regelt im elften Titel seines ersten Teils die vertraglichen Gründe zum Eigentumserwerb. Die Überschrift des elften Titels lautet: „Von den Titeln zur Erwerbung des

³⁷ Martin Laborenz, *Solutio als causa. Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht*, Köln / Weimar / Wien 2014, 64 f.

³⁸ Näher unten zu II.5 behandelt.

³⁹ Ausgabe: Hans Hattenhauer (Hg.), *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, 3. Auflage, Neuwied / Kriftel / Berlin 1996.

Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen“. Der Begriff „Titel des Eigenthums“ wird zuvor, zu Beginn des neunten Titels, als derjenige gesetzliche Grund definiert, welcher einer äußeren Handlung die Kraft verleiht, das Eigentum zu verschaffen (1.9.2 ALR). Den elften Titel besetzen die Redaktoren großzügig. Sie fügen hierin neben den „Kauf- und Verkaufsgeschäften“ (1.11.1 ff. ALR) unter anderem die Verträge ein, mit denen Sachen gegen Handlungen versprochen werden, und nehmen dazu auch die Verträge auf Handlungen gegen Geld und schließlich die Verträge auf Handlungen gegen Handlungen (1.11.869 ff. ALR).⁴⁰

b) Stets ist zum Eigentumserwerb eine Besitznahme erforderlich (1.9.3 ALR). Wenn das Gesetz allein Titel und Besitznahme verlangt, handelt es sich um eine „unmittelbare Erwerbungsart“ (1.9.5 ALR); in der modernen Diktion ist dies der originäre Erwerb. Wenn hingegen zu dem Erwerbsakt auch eine Besitzentäußerung durch den bisherigen Eigentümer („Erledigung des Besitzes“) gehört, wird die Erwerbungsart als „mittelbar“ bezeichnet (1.9.6 ALR); modern gesprochen ist dies der derivative, abgeleitete Erwerb. Der mittelbare Erwerb verlangt neben dem Titel eine Übergabe (1.10.1 ALR). Die Übergabe ist nichts anderes als die Abfolge von Besitzerledigung beim bisherigen Eigner und Besitznahme durch den Erwerber. Einzelheiten hält das Gesetz an anderer Stelle bereit (1.7.58 ff. ALR), wohin die Vorschrift über den mittelbaren Erwerb verweist (1.10.1 ALR a. E.).

Der Erwerbstitel kann sich aus Willenserklärungen, aus dem Gesetz oder aus einem Gerichtsurteil ergeben (1.10.2 ALR). Willenserklärungen sind als Äußerungen dessen, was nach der Vorstellung des Äußernden geschehen möge, beschrieben (1.4.1 ALR). Insbesondere kommen sie als wechselseitige Einwilligungen vor und bilden dann den Vertrag (1.5.1 ALR).

c) Als ersten Fall des abgeleiteten (mittelbaren) Erwerbs aufgrund Vertrages behandelt der elfte Titel den Kauf (1.11.1 bis 1.11.362). Den Kaufvertrag beschreibt das Gesetz als Vertrag, welcher den einen Teil zur Übereignung („Abtretung des Eigenthums“) verpflichtet und den anderen Teil zur Zahlung (1.11.1 ALR). Später beschreibt das Gesetz die Verbindlichkeiten von Verkäufer und Käufer im Einzelnen.⁴¹ Es heißt nun, anders als in der eingangs angebrachten Definition des Kaufs, nicht mehr, dass der Verkäufer Übereignung schulde, sondern, scheinbar enger gefasst, dass der Verkäufer zur Übergabe verpflichtet sei (1.11.76 ALR). Diese Übergabe soll nach den allgemeinen Regeln über Übergabe und Besitzverschaffung vonstattengehen. Ein Verweis (in 1.11.77 ALR auf 1.7.58 ff. ALR) stellt dies klar. Der Verweis zielt auf eben diejenigen Vorschriften zur Übergabe, welche schon die allgemeine Bestimmung über den mittelba-

⁴⁰ Unter Ausschluss allerdings des Gesindevertrages, welcher gemäß römischer Tradition als Mietvertrag (*locatio conductio*) aufgefasst ist; s. 1.11.894 ALR.

⁴¹ Verkäuferpflichten in 1.11.76 bis 1.11.214 ALR; Käuferpflichten in 1.11.215 bis 1.11.228 ALR.

ren Eigentumserwerb⁴² heranzog. Die Übergabe erfüllt damit die in der zu Beginn gesetzten Definition des Kaufvertrages genannte Übereignungspflicht. Die Definition (1.11.1 ALR) beschrieb also die ganze Pflichtenstellung des Verkäufers (Übereignung), die spätere Darstellung der Verkäuferpflicht (1.11.76 ALR) beschränkte sich auf Bezeichnung der Handlung (Übergabe), mittels welcher der Verkäufer sich seiner ganzen Pflicht (Übereignung) entledigt. Die Übereignung braucht das Gesetz folglich nur noch zu erwähnen, wenn ausnahmsweise die Übergabe keine Eigentumsverschaffung bewirkt; das ist dann ein Problem von Gewährleistung (1.11.135ff. ALR). Die Reduktion des Verkäuferhandelns konserviert die römische Auffassung, wonach der nichtleistende Verkäufer auf Übergabe verklagt wird,⁴³ nicht auf Übereignung. Das Problem gänzlich oder wegen einer Belastung teilweise misslungenen Eigentumserwerbs in die Gewährleistung wegen Entwehrung (Eviktion) zu verschieben entspricht ebenfalls noch dem römischen Recht⁴⁴ und birgt besondere Probleme bei einer Kette aufeinanderfolgender Verkäufe (Weiterverkauf durch den Käufer) und beim mehrfachen Verkauf durch denselben ursprünglichen Verkäufer (Doppelverkauf).⁴⁵

d) Im Großen und Ganzen ordnet das preußische Gesetz somit die Beziehung zwischen Kauf als Erwerbstitel und nachfolgender Übergabe als Übereignungsakt noch dem römischen Recht sehr ähnlich. Allerdings konstruiert das Allgemeine Landrecht den Eigentumsvorbehalt abweichend: Wenn der Verkäufer das Kaufgeld auf eine bestimmte Zeit kreditiert und sich deswegen das Eigentum an der verkauften und übergebenen Sache vorbehält, so ist das als eine den Kauf auflösende Bedingung aufzufassen (1.11.266). Ein Aufschub des Eigentumserwerbs aus der Übergabe geht damit, anders als im römischen Recht bei einem Kauf ohne Stundung oder bei einer Kreditierung des Kaufpreises mit vereinbartem Eigentumsvorbehalt,⁴⁶ nicht einher. Die Übergabe machte den Käufer trotz des Eigentumsvorbehalts schon zum neuen Eigentümer (1.11.261 ALR in Verbindung mit 1.11.266 ALR). Wenn die Zeit verstreicht, ohne dass der Käufer den Kaufpreis begleicht, verliert der Kaufvertrag seine Gültigkeit. Noch immer aber ist das Eigentum beim Käufer. Sein Erwerb wird nicht zugleich mit dem Kaufvertrag von selbst aufgelöst. Der Käufer muss das vom Verkäufer erlangte, auch ohne Grund wirksam bei ihm stehende Eigentum durch neuerliche

⁴² S.o.: 1.10.1 ALR.

⁴³ S. Ulp. 28 ad Sab. D. 19.1.1.pr.; Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.11.

⁴⁴ S. Ulp. 28 ad Sab. D. 19.1.1.1; Afric. 8 quaest. D. 19.1.1.30.1.

⁴⁵ Dazu *Sylvia Sella-Geusen*, Doppelverkauf. Zur Rechtsstellung des ersten Käufers im gelehrten Recht des Mittelalters, Berlin 1999, 32 ff., 143 ff., 234 ff.; *Hans Ankum*, La responsabilité du vendeur pour éviction dans le cas de sous-alienation en droit romain classique, in: Luuk de Ligt u.a. (Hg.), *Viva Vox Iuris Romani. Essays in Honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam 2002, 229–242, nachgedruckt in: *Hans Ankum*, *Nueva antología romanística*, Madrid u.a. 2014, 301–316.

⁴⁶ S.o. I.7.

Übergabe auf den Verkäufer zurückübertragen (1.11.262 ALR mit 1.11.266 ALR). Diese Regelung zeigt noch stärker als die antike römische eine Neigung zur Abtrennung des Eigentumserwerbs vom zugrundeliegenden Kauf.

2. *Französischer Code civil*

a) Der im Jahre 1804 fertiggestellte französische *Code civil*⁴⁷ versammelt in seinem dritten Buch die Arten des Eigentumserwerbs. Die Überschrift zu dem dritten Buch *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* weist darauf hin. Freilich regelt das dritte Buch (in weit größerem Umfang als der ebenfalls mit Eigentumserwerb überschriebene elfte Titel im ersten Teil des preußischen Allgemeinen Landrechts⁴⁸) auch Angelegenheiten, die keinen Eigentumswechsel mit sich bringen – beispielsweise die Miete⁴⁹ und die unerlaubten Handlungen⁵⁰. Der Eigentumserwerb steht nur *pars pro toto* für die rechtserheblichen Handlungen, nachdem das erste Buch die Personen⁵¹ und das zweite Buch Eigentum und Beschränkungen des Eigentums⁵², also die Sachen, behandeln.

Der im sechsten Titel des dritten Buches geregelte Verkauf (*vente*) ist nun aber tatsächlich als Eigentumserwerb ausgestaltet. Wie das preußische Allgemeine Landrecht definiert das Gesetz zuerst den Kaufvertrag. Er ist ein Vertrag, worin eine Seite sich zur Lieferung einer Sache (*livrer une chose*), die andere zu ihrer Bezahlung verpflichtet (art. 1582 Abs. 1 *Code civil*). Von Eigentumsverschaffung ist dabei keine Rede. Das liegt nun aber nicht wie im preußischen Gesetz daran, dass die Lieferung der Sache, also die Übergabe der Sache, den Käufer zum Eigentümer macht. Vielmehr bewirkt schon der Abschluss des Kaufvertrages an sich, auch wenn die Sache vorerst noch nicht übergeben und der Kaufpreis noch nicht gezahlt ist, den Eigentumsübergang (art. 1583 *Code civil*). Anders als im antiken römischen Recht gibt es also keinen gesetzlichen Eigentumsvorbehalt; so wie im preußischen Recht ist ein Eigentumsvorbehalt durch Vereinbarung herzustellen.

b) Das französische Gesetz kennt keine einem Erwerbsakt vorangehende Erwerbsgrundlage. Die Erwerbsgrundlage (der Kaufvertrag) selbst ist der Erwerbsakt. Daher ist von einer Begründung des Eigentumserwerbs im Gesetz keine Rede. Stattdessen ist die Begründung nunmehr dem obligatorischen Vertrag vorausgesetzt. Denn jeder Vertrag (*convention* – Übereinkunft), damit auch der Kaufvertrag, benötigt gemäß art. 1108 *Code civil* zu seiner Wirksamkeit neben Konsens, Geschäftsfähigkeit und bestimmtem Inhalt einen die Verbindlichkeit tragenden erlaubten Grund (*une cause licite dans l'obligation*).

⁴⁷ Ausgabe: Code Civil Des Français, À Paris An 12–1804.

⁴⁸ S.o. II.1.a.

⁴⁹ Contrat de louage, art. 1708 ff. *Code civil*.

⁵⁰ Délits et quasi-délits, art. 1382 ff. *Code civil*.

⁵¹ Des personnes, art. 1 ff. *Code civil*.

⁵² Des biens, et des différentes modifications de la propriété, art. 516 ff. *Code civil*.

Ohne Grundlage ist der Vertrag wirkungslos (art. 1131 *Code civil*). Den Grund bilden die Parteien mit den von ihnen gebildeten Absichten. Der Käufer hat eine bestimmte Verwendung mit der Sache vor, der Verkäufer will Geld erlösen. So viel der jeweils anderen Seite von den Vorstellungen des Vertragspartners im Einzelnen bekannt ist, wird zur gemeinsamen Motivation der Übereinkunft. Der Verkäufer lässt sich auf das Geschäft im Bewusstsein ein, dass er damit dem Käufer die beabsichtigte Verwendung ermöglicht; der Käufer schließt den Vertrag in dem Bewusstsein, dem Verkäufer finanzielle Mittel zu verschaffen. Die Vertragsparteien brauchen den Grund für ihre Absprache jedoch nicht ausdrücklich zu nennen (art. 1132 *Code civil*).

Letztlich beschränkt das Erfordernis sich als negative Kontrolle darauf, gesetzwidrige, sittenwidrige oder der öffentlichen Ordnung zuwider laufende Ziele (art. 1133 *Code civil*) nicht mit Geltungskraft zu versehen. Der Beweggrund wird fast immer ein erlaubter sein. Die Rechtsordnung wird dem Vertrag jedoch die Geltung versagen, wenn die Parteien ihren Vertrag in übereinstimmender Unredlichkeit abschließen. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn beide Vertragsparteien davon ausgehen, dass die Kaufsache, womöglich vom Käufer selbst, für eine Straftat benutzt werden soll (etwa als Waffe oder als Einbruchswerkzeug); bewusst eine Straftat vorzubereiten und bewusst aus der Vorbereitung einer Straftat Geld zu erlösen ist keine billigenswerte Grundlage für eine Neuuzuordnung des Eigentums. Hat hingegen nur eine Seite das Detailwissen über den üblen Zweck, bleibt womöglich der Beweggrund für den Vertrag neutral und der Vertrag wirkt. In anderen Fällen ist es nicht übereinstimmende Unredlichkeit, sondern nachgerade eine Differenz in den Vorstellungen der Vertragspartner, die den Beweggrund unerlaubt machen kann – so wenn eine Seite die Unerfahrenheit der anderen Seite schamlos ausnutzt.

c) Die französische *cause* für den verpflichtenden Vertrag ist nichts anderes als eine vorverlagerte *causa* für den Eigentumserwerb nach römischem Recht. Diese Vorverlagerung trifft alle Verträge, nicht nur die auf Eigentumswechsel zielenden, insbesondere nicht nur den Kaufvertrag, weil alle Verträge in der Systematik des französischen Rechts als auf Eigentumswechsel gerichtet angesehen werden, auch wenn sie nicht wirklich einen Eigentumswechsel mit sich bringen. Mit dem generellen Seriositätskriterium des erlaubten Beweggrundes erledigt der französische Gesetzgeber zugleich mit der Sinnggebung für eine Aushändigung das im römisch-gemeinen Recht bestehende Problem des *pactum nudum*.⁵³ Musste man im römisch-gemeinen Recht zweifeln, ob ein nicht in

⁵³ Zu Entwicklung und Überwindung des Grundsatzes von der Unklagbarkeit des unbedingten Vertrages lies Alfred Söllner, Die *causa* im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, Diss. Frankfurt am Main, 1958; Klaus-Peter Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, München 1985; Klaus Luig, *Causa* und Innominatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts, in: Letizia Vacca (Hg.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-com-*

die stützende Form einer Stipulation gekleidetes Geschäft, eine formlose Übereinkunft gelten könne, wenn der Inhalt nicht seit jeher als wirksames Konsensgeschäft anerkannt war, so gewährleistet die *cause* die Ernsthaftigkeit des Entschlusses, und nur Unerlaubtem muss die Bindungswirkung versagt bleiben. Eine mit dem Beweggrund belegbare Ernsthaftigkeit rechtfertigt dann aber insbesondere auch einen Eigentumswechsel.

d) Die Übereignung in den Kaufvertrag zu legen und hinsichtlich des Eigentumswechsels auf einen weiteren Akt (Übergabe) zu verzichten (wenngleich selbstverständlich der Verkäufer dem Käufer auch die Übergabe schuldet), ist eine Lösung, die der Konstruktion der Übereignung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch als eines eigenständigen Geschäfts (§ 929 Satz 1 BGB⁵⁴) gegenüber dem zur Übereignung verpflichtenden Kauf diametral entgegengesetzt ist. Das französische Zivilgesetzbuch und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch haben aus der gemeinsamen Herkunft aus dem römisch-gemeinen Recht die am weitesten voneinander entfernten Lösungen entwickelt. Die vom französischen *Code civil* bevorzugte Einheitslösung, Übereignung durch den Kaufvertrag,⁵⁵ begegnet bereits in neuzeitlicher Naturrechtslehre. Man findet sie beispielsweise in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts bei *Hugo Grotius* (1583–1645).⁵⁶

e) Die französische Konstruktion der Übereignung mit dem Kaufvertrag kehrt im dem *Code civil* weitgehend folgenden Badischen Landrecht des Jahres 1809⁵⁷ wieder. Doch bringt das badische Gesetzbuch die Pflicht des Verkäufers deutlicher zum Ausdruck. Es ist nicht schlicht von Übergabe die Rede, sondern der Verkäufer schuldet die Übergabe „zu eigen“ (Art. 1582 Abs. 1 BadLdR). Der Eigentumswechsel findet bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrages statt, auch wenn Übergabe und Kaufpreiszahlung noch unerledigt sind (Art. 1583

paratistica. II Congresso Internazionale ARISTEC. Palermo-Trapani, 7–10 giugno 1995, Torino 1997, 217–234; *Yorick Ruland*, Die Causa der Obligation. Rechtshistorische und rechtsvergleichende Perspektive nach Einführung des Nieuw Burgerlijk Wetboek in den Niederlanden, Köln / Berlin / München 2004; *Till Bremkamp*, Causa. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts, Berlin 2008; *Christoph Becker*, Systembildung in Europas Kodifikationen, in: Arnd Koch / Matthias Rossi (Hg.), Kodifikationen in Europa, Frankfurt am Main 2012, 37, 71 ff., Zweitabdruck in: Matthias Armgardt / Tilman Reppen (Hg.), Naturrecht in Antike und früher Neuzeit. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig, Tübingen 2014, 17, 50 ff. Besonders zu der Verbindung zwischen *causa* für die Verpflichtung und *causa* für den Eigentumserwerb *Filippo Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Auflage, Wien / New York 2009, 1045–1179.

⁵⁴ S.u. II.5.

⁵⁵ Beizupflichten ist der Aussage von *Ranieri* (Fn. 53), 1176, dass im französischen Kaufrecht *causa contractus* und *iusta causa traditionis* miteinander verschmelzen.

⁵⁶ *Hugo Grotius*, De Ivre Belli Ac Pacis Libri Tres, Amstelaedami 1651, 2.12.15. Deutsche Ausgabe: De Jure Belli Ac pacis Libri Tres. Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, übersetzt von Walter Schätzel, Tübingen 1950, 2.12.15. Die Lösung von Grotius richtigerweise als Vorbild für die französische Lösung hervorgehoben bei *Laborenz* (Fn. 37), 81.

⁵⁷ Ausgabe: Land-Recht des Großherzogthums Baden. Nebst Handelsgesetzen, Karlsruhe 1809.

BadLdR). Gerichtlich kann der Käufer sich auf einen Grundstückserwerb allerdings erst dann berufen, wenn der Eigentumserwerb auch im Grundbuch nachgetragen ist (Art. 1583a BadLdR). Der Befund einer *causa* ist nicht als Merkmal des Eigentumsübergangs der Übergabe der Sache, sondern als Erfordernis „erlaubte Vertrags-Ursache“ allgemein einem jeden Vertrag vorangestellt (Art. 1108 BadLdR).

3. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch

Nach dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch vom Jahre 1863⁵⁸, in Kraft getreten im Jahre 1865,⁵⁹ geschieht die Übereignung durch Übergabe der Sache in der Absicht, dass das Eigentum übergehen solle (§ 253 SächsBGB). Einen Erwerbsgrund oder Erwerbstitel verlangt die Regelung nicht. Wie später das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich (§ 929 Satz 1 BGB) trennt also das sächsische Zivilgesetzbuch die Übereignung vom Kaufvertrag und anderen Anlässen. Der Kaufvertrag ist im Sächsischen Gesetzbuch ausweichend als Vertrag beschrieben, durch welchen der Verkäufer dem Käufer eine Sache gegen Geld überträgt oder zu übertragen verspricht (§ 1082 SächsBGB). Er löst, wie es allgemein für Verträge auf Veräußerung einer Sache gegen eine Gegenleistung angeordnet wird (§ 930 Satz 1 SächsBGB), Haftung des Verkäufers wegen „Entwährung“ aus, wenn ein Dritter als wahrer Eigner die Sache beim Käufer herausverlangt. Als Hauptpflicht des Verkäufers erscheint jedoch lediglich die Übergabe der Sache (§ 1089 SächsBGB: Besitz der verkauften Sache übertragen). Dies ähnelt der preußischen Lösung, die ihrerseits die römische Konstruktion fortführt.⁶⁰

Nicht zu prüfen ist aber nach sächsischem Recht, ob die Anlass zur Übereignung gebende Verpflichtung wirklich besteht. Die Übereignung stellt ein Rechtsgeschäft dar, das aus sich selbst heraus wirkt. Ob einer der Beteiligten sich über die Art des Geschäfts, zu dem die Übereignung geschieht, irrt oder ob gar beide Parteien eine falsche Vorstellung haben, ist unerheblich. Das Eigentum geht über, wenn nur die Parteien darin übereinstimmen, dass das Eigentum übergehen soll (§ 256 SächsBGB). Die Gültigkeit der Übereignung erklärt sich hier, anders als im römischen Recht, nicht daraus, dass irgendein Grund für die Übereignung vorliegt und lediglich in der Erinnerung verblasst ist, sondern daraus, dass es auf die Existenz eines Grundes nicht ankommt. Sowohl das in irriger Annahme eines Grundes von ihm Geleistete wird der Veräußerer mit einer Leistungskondiktion (§ 1519 SächsBGB) zurückfordern können als auch das

⁵⁸ S. Verordnung, die Publication des bürgerlichen Gesetzbuchs betreffend, vom 2. Januar 1863, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1863, 1, 6 ff.

⁵⁹ § 1 Verordnung, die Ein- und Ausführung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen betreffend, vom 9. Januar 1865, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1865, 1 ff.

⁶⁰ S.o. II.1.c.

ohne jeden Grund (also nicht einmal mit einem Putativgrund) Geleistete (§ 1547 SächsBGB); Bereicherungsgegenstand kann nämlich insbesondere auch Eigentum sein (§ 1527 SächsBGB⁶¹). Den Kaufvertrag verbindet das sächsische Gesetz auch nicht über einen Eigentumsvorbehalt mit dem Übereignungsgeschäft: Der Eigentumsübergang hängt, anders als im römischen Recht,⁶² nicht von Gesetzes wegen davon ab, dass der Käufer zahlt oder der Kaufpreis ihm gestundet ist (§ 1094 Satz 2 SächsBGB).

Die Übergabe bleibt nicht nur zur Erfüllung der Verkäuferpflicht, sondern zur Eigentumsübertragung überhaupt notwendig. Sie allein bewirkt aber keinen Eigentumswechsel. Vielmehr muss sie mit der Einigung der Beteiligten, dass das Eigentum wechseln solle, einhergehen (§ 254 Satz 1 SächsBGB). Bemerkenswert ist, dass die sächsische Vorschrift die Übergabe noch an die Spitze stellt und die Übereignungsabsicht als ein zweites Merkmal hinzutritt. Im drei Jahrzehnte jüngeren Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich steht die Einigung an der Spitze, und die Übergabe tritt als zweites Merkmal hinzu.

4. Dresdner Obligationenrecht

In dem für die Staaten des Deutschen Bundes gedachten Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (sogenannter Dresdner Entwurf)⁶³ aus dem Jahre 1866 ist zu Beginn der Regelungen über den Kauf vorgesehen, dass der Kaufvertrag nicht ausdrücklich zur Übereignung verpflichtet, sondern in ausweichender Formulierung nur zur Überlassung „als eigen“ (Art. 422 Dresdner Entwurf). Der Dresdner Entwurf blieb Entwurf. Er konnte nicht mehr Gesetz werden, weil der Deutsche Bund sich, geschwächt durch zahlreiche Austritte, noch im Sommer des Jahres 1866 auf seiner letzten Versammlung in Augsburg auflöste.

Die Pflicht des Verkäufers, die Kaufsache „als eigen zu überlassen“, kann man als Pflicht zu einem Übereignungsakt interpretieren. Ebenso gut aber kann in diesem Pflichtenprogramm lediglich die Zusage des Verkäufers angeordnet sein, den Käufer von Eigentumsanmaßungen Dritter freizuhalten; sollte ein Dritter die verkaufte Sache beim Käufer entdecken und als sein Eigentum reklamieren, so entstünde daraus ein Gewährleistungsrecht des Käufers gegen den Verkäufer, ohne dass dieser ursprünglich zum Verschaffen des Eigentums gehalten gewesen wäre. Diese Unschärfe im Pflichtenprogramm des Verkäufers hätte für eine Anwendbarkeit in ganz Deutschland gesorgt, obwohl das Sachenrecht nicht ebenfalls harmonisiert worden wäre. Denn in der Mitte des 19. Jahrhunderts

⁶¹ § 1527 SächsBGB ist direkt anwendbar für den Fall der Leistung auf vermeintlichen Rechtsgrund; durch Verweisung aus § 1550 SächsBGB ist § 1527 SächsBGB auch anwendbar auf den Fall der gänzlich grundlosen Leistung.

⁶² S.o. I.7.

⁶³ Bernhard Francke (Hg.), Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden 1866.

gab es noch die Unterschiede in der Auffassung vom Eigentumswechsel. Allein mit gesetzlicher Harmonisierung des Schuldrechts wären sie weder in der Theorie noch in der täglichen Praxis behoben.

Ähnlich wie das preußische Allgemeine Landrecht⁶⁴ lässt der Dresdner Entwurf auf die das Wesen des Kaufs umschreibende erste Benennung der Pflichten beider Seiten (Art. 422 Dresdner Entwurf) eine nähere Beschreibung der Verkäuferpflicht durch die Übergabe folgen (Art. 425 Abs. 1 Dresdner Entwurf). Es bleibt den Rechtsordnungen der deutschen Staaten überlassen, diese Übergabe als wesentlich für die Übereignung zu betrachten oder nicht. Immerhin geht jedoch der Dresdner Entwurf an die Grenze zwischen Obligation und Sachenrecht rührenden Regelung. Er bestimmt – anders als das römische Recht⁶⁵ und ebenso wie das preußische⁶⁶, das französische⁶⁷ und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch⁶⁸ –, dass eine übereignende Wirkung der Übergabe nicht behindert ist, wenn der Käufer noch nicht bezahlte, obwohl die Parteien einen Barkauf und keine Kaufpreisstundung vereinbarten (Art. 428 Dresdner Entwurf).

5. Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch

Das Bürgerliche Gesetzbuch für Deutschland muss man bei einer Zusammenschau von Kauf und Übereignung in zwei Fassungen verschiedener Zeiten betrachten, die freilich im Ergebnis dasselbe bedeuten. Die ursprüngliche Fassung vom Jahre 1896,⁶⁹ in Kraft getreten mit dem Jahr 1900,⁷⁰ behandelte in einem Paragraphen (§ 433 BGB 1896) die Grundpflichten der Vertragsparteien sowohl für den Sachkauf (mit Sache ist gemäß § 90 BGB 1896 nur ein körperlicher Gegenstand gemeint) als auch für den Rechtskauf. Danach wurde der Verkäufer einer Sache zur Übergabe und zur Übereignung verpflichtet (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB 1896). Der Vollzug der Übereignung geschah und geschieht unverändert noch im 21. Jahrhundert, wenn die Sache eine bewegliche ist, durch Einigung über den Eigentumswechsel und Übergabe (§ 929 Satz 1 BGB 1896). Die Übereignung erledigt also die zweite Verkäuferpflicht (Übergabe) mit – sofern nicht die in der Übereignung anfallende Übergabe durch Besitzmittlung des Veräußerers (§ 930 BGB 1896) der durch Abtretung eines Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten (§ 931 BGB 1896) ersetzt wird. Auch bei Verkauf einer Immobilie musste der Verkäufer seine Übergabepflicht (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB 1896) separat erfüllen, weil die Übergabe einer unbeweglichen Sache kein Element des nur aus Einigung

⁶⁴ S.o. zu 1.c: Grundsatz in 1.11.1 ALR; nähere Bestimmung in 1.11.76 ALR.

⁶⁵ S.o. I.1.7.

⁶⁶ S.o. II.1.d.

⁶⁷ S.o. II.2.a.

⁶⁸ S.o. II.3.

⁶⁹ Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18. August 1896, Reichs-Gesetzblatt 1896, 195 ff.

⁷⁰ Art. 1 Abs. 1 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, vom 18. August 1896, Reichs-Gesetzblatt 1896, 604 ff.

über den Eigentumswechsel und Eintragung ins Grundbuch bestehenden Über-
 eignungsgeschäfts (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB 1896) darstellt.

Die sogenannte Schuldrechtsmodernisierung vom Ende des Jahres 2001,⁷¹ in
 Kraft getreten unter vollständiger Neubekanntmachung des Bürgerlichen Ge-
 setzbuches zu Beginn des Jahres 2002,⁷² beschränkte die Regelung der Grund-
 pflichten von Verkäufer und Käufer auf den Sachkauf und regelte den Kauf an-
 derer Gegenstände getrennt, freilich unter Rückverweisung auf die Vorschrif-
 ten über den Sachkauf (§ 453 BGB 2002). Im Sachkauf blieb es bei der doppelten
 Verpflichtung des Verkäufers zu Übergabe und Übereignung (§ 433 Abs. 1
 Satz 1 BGB 2002). Noch immer steht nach römischem Vorbild die Übergabe im
 Vordergrund. Erfüllt wird die Verkäuferpflicht zur Übereignung unverändert
 mit Übergabe der Mobilität (welche im Gesetz wiederum zuerst genannt wird)
 und Einigung über den Eigentumswechsel (§ 929 Satz 1 BGB 1896 und 2002)
 oder mit Einigung und Eintragung ins Grundbuch im Falle der Immobilie
 (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB 1896 und 2002).

Die Übereignung ist ein sich selbst tragendes Geschäft. Sie steht getrennt von
 einem Grundgeschäft. Abstrahiert von einem Grundgeschäft gilt sie auch dann,
 wenn kein Kauf und keine andere Übereignungsverpflichtung zugrunde liegen.
 Es ist gleichgültig, ob beide Parteien oder nur eine Partei immerhin glaubt, es
 liege eine bestimmte Verpflichtung zugrunde, oder ob keine Seite sich Gedan-
 ken über den Sinn der Übereignung macht. Fehlt ein Rechtsgrund, kann das
 freilich Anlass zur Rückforderung nach den Regeln rechtsgrundloser Bereiche-
 rung in der Variante der Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB
 1896 und 2002) geben. Auch nach deutschem Bürgerlichen Gesetzbuch benötigt
 also die Übereignung einen Grund. Allerdings ist die Existenz des Grundes
 nicht Bedingung für die Wirksamkeit der Übereignung, sondern nur für deren
 Unumkehrbarkeit. Der Unterschied liegt letzten Endes in der Beweislast in ei-
 nem denkbaren Streit um eine Rückforderung des Veräußerers. Wo wirksame
 Übereignung einen Grund benötigt, muss der Erwerber den Grund für seinen
 angeblichen Erwerb beweisen, um dem zurückfordernden Veräußerer den Ei-
 gentumserwerb entgegenhalten zu können. Wo hingegen eine Übereignung
 ohne Grund wirkt, muss der Zurückfordernde beweisen, dass der geschehenen
 Übereignung der Grund fehlt – insbesondere, dass ein scheinbarer Grund in
 Wahrheit ungültig ist.

Ein Eigentumsvorbehalt muss sowohl bei Lieferung unter vereinbarter Kauf-
 preisstundung als auch bei einem Barkauf, zu dem der Verkäufer vor Zahlung

⁷¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, vom 26. November 2001, BGBl. I 2001, 3138 ff.

⁷² Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes mit dem 1. Januar 2002 gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 3 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Neubekanntmachung des BGB am 2. Januar 2002, BGBl. I 2002, 42 ff., berichtet BGBl. I 2002, 2909, BGBl. I 2003, 738.

liefert, durch Absprache zwischen Veräußerer und Erwerber besonders als aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB 1896 und 2002) in die Einigung zum Eigentumswechsel (§ 929 Satz 1 BGB 1896 und 2002) eingefügt werden. Die Vorschriften über den Kauf wiesen und weisen auf diese Gestaltungsmöglichkeit hin (§ 455 BGB 1896; § 449 BGB 2002). Die Immobilienübereignung ist freilich bedingungsfeindlich (§ 925 Abs. 2 BGB 1896 und 2002). Von Gesetzes wegen wird die Wirksamkeit einer Übereignung nicht von der noch offenen Kaufpreisschuld behindert.

Das Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom Jahre 1975⁷³ sah als Regelfall den Eigentumsübergang mit der Übergabe vom Verkäufer an den Käufer vor (§ 139 Abs. 3 Halbsatz 1 DDRZGB). Dies präziserte die allgemeine Regelung, dass das Eigentum an Sachen durch Kauf, Schenkung oder einen anderen Vertrag oder durch weitere Umstände erworben werde (§ 25 DDRZGB), was nach einer ebenfalls allgemeinen Regelung für den Erwerb durch Vertrag einen Übergang des Eigentums an einer Mobilität im Zeitpunkt der Übergabe bedeutete (§ 26 Abs. 1 Satz 1 DDRZGB). Zutat der Spezialregelung für den Erwerb der Kaufsache ist, dass auch der Kaufpreis entrichtet sein muss (§ 139 Abs. 3 DDRZGB). Solange der Kaufpreis auch nur teilweise offen ist, gehört die bereits empfangene Ware dem Käufer noch nicht. Sowohl die Anknüpfung der Übergabe an das schuldrechtliche Geschäft als auch der Aufschub der Übereignung bis zur Zahlung erinnern an das römische Recht.⁷⁴ Den Parteien stand es im Übrigen frei, den Zeitpunkt des Eigentumsübergang von der Übergabe und der Zahlung abzurücken (§ 139 Abs. 3 Halbsatz 2 DDRZGB). Das bot das römische Recht ebenfalls an, wenn es den Parteien freistellte, den Kaufpreis zu kreditieren und so die Übergabe sofort als Eigentumswechsel wirken zu lassen.⁷⁵ Das preußische Recht hatte die Abtrennung vom Zahlungszeitpunkt sogar zur gesetzlichen Regel gemacht,⁷⁶ und ähnlich verlangt, wie zuvor gesehen, auch das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 und 2002 eine besondere Vereinbarung, um das Übereignungsgeschäft mit der Zahlung zu verknüpfen. Anders als im römischen Recht ist jedoch im Zivilgesetzbuch die Übereignung nicht allein eine wünschenswerte Folge der vom Verkäufer geschuldeten Übergabe, sondern der Verkäufer hat (wie in § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB 1896 und 2002) auch eine Pflicht zu ihr (§ 139 Abs. 1 DDRZGB).

⁷³ Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik, vom 19. Juni 1975, Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik 1975 I, 465 ff.

⁷⁴ S.o. I.7.

⁷⁵ S.o. I.7.

⁷⁶ S.o. II.1.d.

6. Bürgerliches Gesetzbuch Japans

Das japanische Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Jahre 1898, in naher Beobachtung der deutschen Redaktionsarbeiten und in engem Gedankenaustausch von japanischen mit deutschen Rechtswissenschaftlern und Justizangehörigen entstanden, verselbständigt wie das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch⁷⁷ die Übereignung gegenüber dem Kaufgeschäft. Der Kauf ist als Versprechen zur Übertragung eines Vermögenswertes gegen Kaufpreiszahlung umschrieben (§ 555 JapBGB). Der Verkäufer erfüllt seine Verpflichtung, indem er die allgemeinen Bestimmungen vom Beginn des Buches Sachenrecht über Übertragung dinglicher Rechte befolgt und sich mit dem Erwerber auf den Übergang einigt (§ 176 JapBGB). Der Austausch der Willenserklärungen genügt (§ 176 JapBGB); es bedarf keines weiteren Aktes. Allerdings wirkt der allein mit Konsens erzeugte Eigentumsübergang nur im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber. Um ihn auch gegenüber Dritten wirksam zu machen, muss im Falle einer beweglichen Sache die Übergabe hinzukommen (§ 178 Abs. 1 JapBGB), während (wie im Badischen Landrecht⁷⁸) bei unbeweglichen Sachen, soll die Übereignung Außenwirkung entfalten, der Eintrag ins Grundbuch vonnöten ist (§ 177 JapBGB). Im praktischen Ergebnis deckt sich die japanische Regelung mit der deutschen. Auch der Sachbegriff ist im Übrigen genau wie im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 90 BGB 1896 und 2002) auf körperliche Gegenstände beschränkt (§ 85 JapBGB).

7. Obligationenrecht und Zivilgesetzbuch der Schweiz

Die Redaktionsgeschichte der schweizerischen Privatrechtsgesetzgebung brachte es mit sich, dass Kaufvertragsrecht und Eigentumsrecht in zwei verschiedenen Gesetzbüchern aufzusuchen sind. Art. 184 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom Jahre 1911⁷⁹ gibt dem Verkäufer wie das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch⁸⁰ (und in derselben, von der beherrschenden Rolle der *traditio* im römischen Recht geprägten Reihung) Übergabe des Kaufgegenstandes und Verschaffung des Eigentums an ihm auf. Die Übereignung geschieht, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt, gemäß Art. 714 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches⁸¹ mittels Besitzübergangs nach Art. 922 SchwZGB, das heißt durch Übergabe. Das unterscheidet die schweizerische Regelung von der deutschen, welche der Übergabe eine neuerliche Übereinkunft, Übereignungsabsicht bekundend, beigesellt. Im schweizerischen Recht hinge-

⁷⁷ S.o. II.5.

⁷⁸ S.o. II.2.e.

⁷⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911, Bundesblatt 1911 II, 355 ff.

⁸⁰ S.o. II.5.

⁸¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907, Bundesblatt 1907 VI, 589 ff.

gen gewinnt der an und für sich in Bezug auf die Eigentumslage neutrale Vorgang der Übergabe nicht durch eine zweite Übereinkunft, sondern durch den vorausgegangenen Kauf die Funktion des Eigentumstransfers. Die auf den ersten Blick getrennte Anordnung von Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsakt erweist letztlich unausgesprochen den Mobilienkauf als Erwerbstitel zur Übergabe in römisch-gemeinem Verständnis.

8. *Brasilianischer Código civil*

Im Zivilgesetzbuch Brasiliens aus dem Jahre 1916 (gültig von 1917 bis 2002)⁸² stellen sich Kauf und Übereignung als zwei Akte dar. Der Kaufvertrag erzeugt die Pflicht des Verkäufers, die Sache zu übereignen (Art. 1122 Código civil). Die Übereignung geschieht, wie es scheinbar ausweichend heißt, nicht vor der Übergabe (Art. 620 Código civil). Die systematische Anlage des brasilianischen Zivilgesetzbuches ist offensichtlich vom deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch beeinflusst. Doch folgt das brasilianische dem deutschen Gesetz nicht in jedem Detail. Namentlich ist die Übereignungshandlung – ebenso wie im schweizerischen Zivilgesetzbuch⁸³ – nach römisch-gemeinem Verständnis auf die Übergabe reduziert. Der Kauf verleiht dieser Übergabe den Sinn der Übereignung. Oder anders ausgedrückt trägt die Kaufabrede ihre Ausrichtung auf Zuwendung des Eigentums in den Übergabeakt hinein. Der Kaufkonsens wirkt bei der Übergabe fort. Weil aber der Konsens allein das Eigentum noch nicht bewegen, sondern der äußerlich wahrnehmbare Akt der Übergabe hinzutreten soll, heißt es, dass vor der Übergabe der Sache das Eigentum an ihr noch nicht wechsle. Das ist nicht unscharfe Ausdrucksweise, sondern stellt einen Rückverweis auf den in der Obligation gesetzten Erwerbsgrund dar.

9. *Lettisches Zivilgesetzbuch*

Ganz römisch liest sich das Zivilgesetzbuch Lettlands aus dem Jahr 1937.⁸⁴ Es ersetzte das aus dem römisch-gemeinen Recht hervorgegangene, während der Zugehörigkeit der baltischen Gebiete zum Zarenreich in der Mitte des 19. Jahrhunderts redigierte Provinzialrecht der Ostseegouvernements. Den Verkäufer verpflichtet das lettische Zivilgesetzbuch zur Übergabe der Sache, ohne von Übereignung zu sprechen (§2027 LettZGB). Die Übergabe einer Sache mit Rechtsgrund – und den stellt der Kaufvertrag dar – verschafft dem Empfänger das Eigentum an der Sache (§§987, 989 LettZGB). Das gilt freilich nur für be-

⁸² Portugiesisch-deutsche Ausgabe: Karl Heinsheimer / Pontes de Miranda / Fritz Gericke (Hg.), Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. III. Brasilien. Código Civil, Mannheim / Berlin / Leipzig 1928.

⁸³ S.o. II.7.

⁸⁴ Ausgabe in deutscher Sprache: Lettlands Zivilgesetzbuch vom 28. Januar 1937, übersetzt von Herbert Ehlers / Carl Schilling / Hermann Blaese, Riga 1937.

wegliche Sachen. Bei Immobilien ist die Übergabe zum Eigentumserwerb weder notwendig (§ 992 LetztZGB) noch hinreichend (§ 993 Abs. 1 Halbsatz 1 LetztZGB). Vielmehr geht das Grundstückseigentum mit dem Grundbucheintrag über (§ 993 Abs. 1 Halbsatz 2 LetztZGB).

Trotz Übergabe der (beweglichen) Sache bleibt das Eigentum beim Verkäufer, solange der Käufer noch nicht gezahlt hat (§ 2034 Satz 1 LetztZGB). Im Falle der Stundung des Kaufpreises gibt es jedoch keinen Aufschub des Eigentumserwerbs und eine solche Stundung ist anzunehmen, wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer vorbehaltlos übergibt (§ 2034 Satz 1 mit Satz 2 LetztZGB).

10. Griechisches Zivilgesetzbuch

Das Zivilgesetzbuch Griechenlands aus dem Jahre 1940⁸⁵ übernimmt sehr weitgehend Ordnungsgefüge und Regelungseinzelheiten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das gilt auch für das Verhältnis von Kaufvertrag und Übereignung zueinander. Der Kaufvertrag wird im Zweiten Buch über die Schuldverhältnisse allein als Obligation dargestellt und ist strikt von der im Dritten Buch über das Sachenrecht geregelten Übereignung getrennt. Der Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer einer Sache dazu, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu übertragen sowie die Sache zu übergeben (Art. 513 GrZGB). Anders als im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) tritt hier die Übereignung an die erste Stelle. Die Übereignung einer beweglichen Sache geschieht (in derselben Reihung wie nach § 929 Satz 1 BGB) durch Übergabe und Einigung über den Eigentumswechsel (Art. 1034 GrZGB). Nach einem Erwerbsgrund ist hierbei nicht gefragt. Ein solcher wird allerdings, abweichend vom deutschen Gesetzbuch, für die Übereignung einer Immobilie gefordert. Diese geschieht – ohne Übergabe – durch (formgebundene) Einigung darüber, dass das Eigentum aus einem gültigen Rechtsgrunde übergehen solle (Art. 1033 Satz 1 GrZGB; zur Förmlichkeit Art. 1033 Satz 2 GrZGB). Damit entsteht der bemerkenswerte Befund, dass die Mobilienübereignung abstrakt konstruiert ist, die Immobilienübereignung hingegen kausal. Die Notwendigkeit einer Begründung des Erwerbsaktes ist also im Falle der Immobilie von der *traditio* auf die neuerliche Einigung übergegangen, während sie bei der Mobilie aufgegeben wurde.

⁸⁵ Ausgabe in deutscher Sprache: Das Zivilgesetzbuch von Griechenland (1940) mit dem Einführungsgesetz, übersetzt von Demetrius Gogos, Berlin / Tübingen 1951.

III. Pandektenlehre

1. Abstraktion der *traditio* als Übereignungsvertrag durch Savigny

Bereits eingangs⁸⁶ wurde erwähnt, dass die Abtrennung eines Übereignungsgeschäfts vom Kauf (oder anderen Erwerbsgrundlagen) in der deutschen Gesetzgebung allem Anschein nach die (späte) Frucht einer kaum bedachten Äußerung *Friedrich Carl von Savignys* zu sein scheint.⁸⁷ Weder führt *Savigny* selbst den Gedanken in der Breite aus, die seine (wohl vom Autor selbst nicht zur Gänze bemerkte) Radikalität eigentlich gefordert hätte, noch erregt die Aussage eine ihr angemessen lebhaftere Auseinandersetzung. Ganz schlicht, weder zögerlich angesichts des Wagnisses noch in demonstrativer Selbstsicherheit zur Stärkung gegen unvermeidlich über ihn hereinbrechende Anwürfe, meint *Savigny* in seinem „System des heutigen Römischen Rechts“, die den Eigentumswechsel bewirkende *traditio* sei ein Vertrag auf dem Gebiete des Sachenrechts.⁸⁸ Das privatrechtliche Instrument Vertrag schildert *Savigny* als ein mannigfaltig verwendbares. Den größten Anwendungsbereich sieht er bei den Obligationen, und zwar vor allem zu ihrer Begründung. Aber es gibt auch das sachenrechtliche Anwendungsfeld, und dafür führt *Savigny* die *traditio* an. Denn sie enthalte von beiden Seiten die auf Übertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung und bestimme so die Rechtsverhältnisse der Beteiligten neu. Unschädlich ist ihm bei der Deutung der *traditio* als Vertrag, dass die Willenserklärungen nicht allein die Folge herbeiführen, sondern nur in Verbindung mit dem äußeren Akt der Übergabe.

Das alles liest man auf einer einzigen Seite. Wahrscheinlich hatte *Savigny* seine Vorstellung von der *traditio* als eines Übereignungsvertrages in jahrzehntelangem Lehrvortrag schon lange vor dem Druck seines „Systems“ schon so sehr verinnerlicht, dass er ihm geradezu wie ein unerläuterbares Axiom vorkam.⁸⁹ Eine mehr als eineinhalb Jahrhunderte später edierte anonyme Nachschrift zu *Savignys* Pandektenvorlesung vom Wintersemester 1824/1825 bestätigt, dass *Savigny* seinen Hörern lehrte, im römischen Recht übertrage der Wille des bisherigen Besitzers, versehen mit einer gewissen Form, nämlich der *traditio*, das

⁸⁶ S.o. vor I.

⁸⁷ *Filippo Ranieri*, Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: Helmut Coing / Walter Wilhelm (Hg.), Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse, Frankfurt am Main 1977, 90–111, nachgedruckt in: *Filippo Ranieri*, Das Europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 2007, 77–98; *Laborenz* (Fn. 37), 86f.

⁸⁸ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840, 312.

⁸⁹ Bereits *Wilhelm Felgentraeger*, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927, 34ff. hebt deutlich hervor, dass die Kennzeichnung der *traditio* als Vertrag bei Erscheinen des „Systems“ keine Neuigkeit war, sondern von Savignys Schülern schon seit vielen Jahren hatte aus dem Hörsaal mitgenommen werden können.

Eigentum.⁹⁰ Im Hörsaal wagte *Savigny* sogar die Aussage, der Verkäufer schulde Abtretung des Eigentums, indem der Käufer ihn mit der Käuferklage (*actio emti*) auf die Tradition in Anspruch nehmen dürfe, welche das Eigentum übertrage, falls der Verkäufer selbst Eigentümer ist; man könne sagen, die Käuferklage gehe auf Eigentumsübertragung.⁹¹ In seinem eigenen Vorlesungsmanuskript hingegen drückt *Savigny* sich vorsichtiger aus. Dort sieht er zwar im Kauf ein auf Übertragung eines Rechts gerichtetes Versprechen, hält aber den Verkäufer ausdrücklich nur für zur *traditio* verpflichtet, nicht zur Eigentumsübertragung.⁹²

An (räumlich und zeitlich) späterer Stelle seines „Systems“ greift *Savigny* den Gedanken nochmals auf, nunmehr mit vertiefter Argumentation.⁹³ Er setzt auseinander, warum der Idee, in der *traditio* selbst die *causa* für den Eigentumserwerb zu suchen (was er so deutlich zunächst gar nicht gesagt hatte), nicht das *Ulpian*-Fragment D. 12.1.18.pr entgegenstehe. In dem Fragment ging es um die Rückforderung von Geld, dessen Übereignung misslang.⁹⁴ Die Übereignung misslang, weil die Beteiligten keine *causa*, nicht einmal eine nur vermeintliche zustande brachten. Sie stellten bei der äußerlich vollzogenen *traditio* keinen Konsens her, und es gab auch keine früher schon gebildete Übereinkunft. Deswegen kann der Rückfordernde vindizieren und nicht nur kondizieren; auf Kondiktion ist er erst dann angewiesen, wenn der Empfänger das Geld nicht mehr bei sich hat, weil er es verbrauchte. Hätten die Beteiligten bei der Aushändigung des Geldes einen Übereignungskonsens gebildet, wäre das Geld Eigentum des Empfängers geworden – gleichviel, ob die Beteiligten vorher ein wirksames Grundgeschäft (beispielsweise Darlehen oder Leihe) vereinbart hatten oder nicht.

Wenn ein Grundgeschäft existiert, ist das (*Savigny* führt das so nicht weiter aus) vermutlich ein gewichtiger Umstand in der Interpretation einer Übergabe. Es dürfte mit dem Befund einer obligatorischen Abrede leichter fallen, der Übergabe die beiderseitige Äußerung eines Übereignungswillens zu entnehmen, als ohne einen solchen Befund. Aber ein vorangehendes Grundgeschäft ist eben nur einer von vielen denkbaren Belegen für einen bei einer Übergabe gebildeten Übereignungswillen. Er kann auch in anderen Umständen gefunden werden.

Die radikale Vereinfachung *Savignys* bestätigt exemplarisch eine etwa von *Schlosser*, *Zimmermann* und *Baldus* in unterschiedlichen Ansätzen, aber letztlich übereinstimmend getroffene Feststellung, dass das römische Recht im

⁹⁰ *Friedrich Carl von Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, herausgegeben von Horst Hammen, Frankfurt am Main 1993, 106 f. (145 in der Handschrift).

⁹¹ *Savigny* (Fn. 90), 280 (399), 282 (403).

⁹² *Friedrich Carl von Savigny*, Manuskript zur Vorlesung über das besondere Obligationenrecht, Universitätsbibliothek Marburg (MS. 925/37,3), § 121 (fol. 575 r.), § 122 (fol. 581 v., 582 r.).

⁹³ *Savigny* (Fn. 17), 157–163.

⁹⁴ S.o. I.4.

19. Jahrhundert eine Komprimierung erfuhr. Manche Differenzierung des antiken wie des mittelalterlichen und des neuzeitlichen gemeinen römischen Rechts wurde zugunsten einer klaren Linienführung und kompakteren Systematik aufgegeben.⁹⁵ Diese Leistung kann man, da sie seinerzeit geltendes Recht neu fasst, mit *Brauneder* als wissenschaftlichen Positivismus bezeichnen⁹⁶ und die auf den neugewonnenen Konstruktionen des römischen Rechts fußenden Gesetzbücher als pandektistische Kodifikationen⁹⁷.

2. Zum Vergleich: Übereignungswille bei Puchta und Windscheid

Stichproben in Schriften zweier weiterer bedeutender Rechtsgelehrter des 19. Jahrhunderts zeigen, dass die bestechend einfache Lösung *Savignys* anderwärts bald wie selbstverständlich ebenso erscheint, bald ignoriert wird.

a) Puchtas „Pandekten“

Nimmt der Leser die vier Jahre nach *Savignys* „System“ in der zweiten Auflage erschienenen „Pandekten“⁹⁸ von *Georg Friedrich Puchta* (1798–1846) zur Hand, so kann er vom Eigentumserwerb erfahren.⁹⁹ Dort erscheint zunächst der derivative Erwerb von Eigentum mittels Tradition.¹⁰⁰ Die Tradition als ein bloß äußerer Akt muss zu einem inneren Grund hinzutreten, um das Eigentum zu übertragen. *Puchta* bildet drei Voraussetzungen, unter denen erst die Übergabe das Eigentum weiterleitet: Neben erstens und zweitens den Fähigkeiten des Empfängers, das Eigentum zu erwerben, und des Übergebenden, das Eigentum zu veräußern, ist es drittens ein rechter Grund (*iusta causa traditionis*).¹⁰¹ Der Autor belegt dies in einer Fußnote¹⁰² vornehmlich mit jenem *Paulus*-Fragment, wonach die bloße Übergabe niemals Eigentum übertrage.¹⁰³ Ebenfalls in der Fußnote, und nicht etwa im Haupttext, teilt *Puchta* die *causae* in dreierlei Arten ein: Der Grund kann in Schenkung liegen, in Begründung einer Obligation oder in Erfüllung einer Obligation.

⁹⁵ *Hans Schlosser*, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 2. Auflage, München 2014, 11. IV.1; *Reinhard Zimmermann*, Römisches Recht und europäische Kultur, in: JZ 62 (2007), 1, 3–6; *Christian Baldus*, Warum Exegese? Einige Thesen zur Methode der privatrechtlichen Romanistik, in: Waclaw Uruszczak / Paulina Swiecicka / Andrzej Kremer (Hg.), Leges Sapere. Studia e Prace Dedykowane Profesorowi Januszowi Sondlowi w pi dlowi w n rocznic pracy naukowej, Kraków 2008, 87, 87.

⁹⁶ *Wilhelm Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, Wien / Köln / Weimar 2014, 135.

⁹⁷ *Brauneder* (Fn. 96), 143.

⁹⁸ *Georg Friedrich Puchta*, Pandekten, 2. Auflage, Leipzig 1844.

⁹⁹ *Puchta* (Fn. 98), § 147.

¹⁰⁰ *Puchta* (Fn. 98), § 148.

¹⁰¹ *Puchta* (Fn. 98), § 148 (205 f.).

¹⁰² *Puchta* (Fn. 98), 206 Fn. e.

¹⁰³ S.o. I.3.

Der Haupttext hingegen gibt keine Differenzierung des Traditionsgrundes an, geschweige denn, dass er die Begründung einer Obligation näher mit Beispielen wie insbesondere Kauf erläuterte. Stattdessen beschreibt der Haupttext die *iusta causa* ausschließlich abstrakt als ein Rechtsgeschäft, welches den übereinstimmenden Willen der Beteiligten enthalte, das Eigentum zu übertragen.¹⁰⁴ *Puchta* sagt nicht ausdrücklich, dass er die Einigung über den Eigentumswechsel schon in der Übereinstimmung sieht, dass überhaupt das Eigentum wechseln solle, ohne dass dies spezifiziert sein müsste, beispielsweise durch die Verständigung auf den Zusammenhang mit einem Kauf. Mit der Fußnote macht er sich denjenigen gegenüber unangreifbar, welche herkömmlich eine konkrete *causa* verlangen. Und mit seinem Haupttext belegt er seine Sympathie für eine einfache, verkehrsfreundliche Lösung. Letztlich weicht *Puchta* einer Auseinandersetzung aus und schützt so die pragmatische Abstraktion des Übereignungsgeschäfts vor Zerstörung mit dem Argument der Quellenuntreue. Seine Abstraktion im Haupttext muss nämlich der an der älteren Auffassung Hängende so lesen, dass sie nur eine Zusammenfassung aller konkreten Erwerbsgründe darstellt und nicht etwa die Postulation einer abstrakten Einigung über den Eigentumswechsel. Und der dem Verzicht auf eine konkrete *causa* Aufgeschlossene wird die Darlegung konkreter Erwerbsgründe in der Fußnote wohlwollend als bloße Reminiszenz deuten. Doch wird man trotz dieser Mehrdeutigkeit mit *Luig* konstatieren dürfen, dass *Puchta* sich ohne Anfordern eines Kausalvertrages mit dem übereinstimmenden Willen beider zufrieden gibt.¹⁰⁵

In beiden Lesarten bleibt die strikt dem alten römischen Recht treue Auffassung *Puchtas* vom Wesen des Kaufes sinnvoll. Seiner Darstellung nach ist der Verkäufer nicht zur Übereignung, sondern nur zur Überlieferung verpflichtet.¹⁰⁶ Dass die Überlieferung zur richtigen Erfüllung der Verkäuferpflicht eine den Eigentumsübergang bewirkende sein müsste, legt *Puchta* nicht dar. Im Gegenteil schließt er eine Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung (anders als die Verpflichtung des Käufers zur Übereignung des Kaufgeldes) ausdrücklich aus.¹⁰⁷ Er schildert lediglich die Haftung des Verkäufers wegen Entwährung (Eviktionshaftung) für den Fall, dass ein Dritter die Sache vom Käufer herausverlangt.¹⁰⁸ Hiermit ist sowohl wie seit jeher ein herkömmlich kausales Verständnis von der Übereignung vereinbar als auch ein neues abstrahierendes. Im alten kausalen Verständnis bringt die geschuldete *traditio* die Übereignung als einen Nebeneffekt mit sich, weil der Verkäufer die Sache nicht mehr als eigen

¹⁰⁴ *Puchta* (Fn. 98), § 148 (206).

¹⁰⁵ *Klaus Luig*, Das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang nach deutschem Recht, in: Letizia Vacca (Hg.), *Vendita e Trasferimento della Proprietà nella Prospettiva Storica-Comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17–21 aprile 1990, Tomo primo, Milano 1991, 225–258 (245).

¹⁰⁶ *Puchta* (Fn. 98), § 361 (489).

¹⁰⁷ *Puchta* (Fn. 98), § 362 (491).

¹⁰⁸ *Puchta* (Fn. 98), § 362 (490ff.).

haben will und auch kein anderer als wahrer Eigner betroffen ist; sonst bliebe die Sache womöglich bis zum Ende einer Ersitzungszeit herrenlos. Und in der abstrahierten Auffassung ist es der bei der Übergabe eigens gebildete Übereignungswille, welcher das Eigentum fortbewegt. Dieser Übereignungswille braucht nicht schon im Kaufvertrag angelegt zu sein. Vielmehr genügt es, dass die Parteien im Obligationsgeschäft vereinbaren, es möge eine Aushändigung für immer geschehen – auch wenn das Pflichtenprogramm klarer wäre, wenn der bei der Übergabe zu bildende Übereignungswille in der Obligation schon angekündigt würde, wie es dann beispielsweise in § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB (1896 und 2002) wirklich geregelt sein wird.

Im Übrigen ist auch die von *Puchta* abstrahiert beschriebene Einigung – oder besser gesagt: die von *Puchta* beschriebene abstrahierte Einigung – über den Eigentumswechsel einer aufschiebenden Bedingung zugänglich; so wie es eben dem Willen der Beteiligten entspricht, denen das *pactum reservati domini* (Eigentumsvorbehaltsabrede) zustehe.¹⁰⁹ Das Gesetz kann diesen Willen auch vorwegnehmen, wie es namentlich bei noch offener Kaufpreiszahlung geschieht.¹¹⁰

Von *Savignys* „System“ spricht *Puchta* in seinen Ausführungen zur Tradition nicht. *Puchtas* Abstraktion der Übereignung ist eigenständig entwickelt. Sie erscheint schon in der ersten Auflage seiner „Pandekten“ vom Jahre 1838,¹¹¹ vor *Savignys* einschlägigen „System“-Bänden. Die zweite Auflage aus dem Jahre 1844 behält die Überlegungen lediglich bei, ohne sie mit der zwischenzeitlichen Äußerung *Savignys* in Beziehung zu setzen – so wie auch umgekehrt *Savigny* bei seiner Abstraktion des Übereignungsgeschäfts sich nicht auf *Puchtas* erste Auflage bezieht. Aber es fällt auf, dass *Puchta* in der zweiten Auflage die Dinge etwas ausführlicher darlegt als in der ersten Auflage; augenscheinlich hielt er seine Haltung für stärkerer Erklärung bedürftig, womöglich aufgrund einer in dem Zusammenhang nicht erwähnten Lektüre von *Savignys* „System“.

b) *Windscheids* „Lehrbuch des Pandektenrechts“

Während *Puchta* wie *Savigny* einem isolierten Übereignungsgeschäft zuneigt, beschreibt *Bernhard Windscheid* (1817–1892) in seinem „Lehrbuch des Pandektenrechts“ unter den Arten des Eigentumserwerbs¹¹² die Übereignung im Wege einer Nachfolge, worunter der wichtigste Fall derjenige ist, in welchem der Wil-

¹⁰⁹ *Puchta* (Fn. 98), § 148 (206 mit Fn. f). Dazu näher *Luig* (Fn. 105), 245 f.

¹¹⁰ *Puchta* (Fn. 98), § 148 (206 mit Fn. g), hauptsächlich auf D. 18.1.19 verweisend. Zu dieser *lex* s.o. I.8 mit Fn. 36.

¹¹¹ *Georg Friedrich Puchta*, Lehrbuch der Pandekten, Leipzig, 1838, §§ 125, 126 (wegen des derivativen Eigentumserwerbs mittels übereinstimmenden Willens beider Seiten; allerdings sind die Fußnoten noch nicht auf dem Stande der zweiten Auflage, und es fehlt der gesetzlich vorgesehene Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises), 348 (wegen Verkäuferpflicht zur Überlieferung), 350 (wegen Eviktion).

¹¹² *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Düsseldorf 1862, § 170.

le des bisherigen Eigentümers die Sukzession bewirkt.¹¹³ Die Abstraktion nimmt hier eine noch höhere Stufe ein. Übereignung kraft Willens des bisherigen Eigners erfasst nämlich sowohl Geschäfte unter Lebenden als auch Geschäfte auf den Todesfall.¹¹⁴ Wegen der Übereignung auf Todesfall verweist der Autor in die spätere Darstellung zum Erbrecht und wendet sich einstweilen näher nur der Übereignung mittels Entschlusses des Eigners unter Lebenden zu. Zum Übereignungsgeschäft unter Lebenden führt *Windscheid* aus, dass die Willenserklärung des bisherigen Eigentümers allein nicht genügt, sondern der Wille des Erwerbers hinzutreten muss.¹¹⁵ Veräußerer und Erwerber haben sich also zu einigen. Und es bedarf auch einer gewissen Form, worin der beiderseitige Wille sich ausdrückt: Das ist die Übergabe.¹¹⁶ *Windscheid* gibt also die *traditio* nicht auf; das könnte er nicht tun, ohne mit den römischen Quellen in Widerspruch zu geraten. Er ordnet die Übergabe aber der Einigung auf den Eigentumswechsel als dem – aus seiner Sicht – eigentlichen *Movens* unter. Das bedeutet eine Straffung des römischen Rechts¹¹⁷ und deckt sich mit dem, was *Savigny* in seinen Vorlesungen lehrte.¹¹⁸ *Savigny* oder *Puchta* nennt *Windscheid* allerdings bei dieser Darlegung nicht.

Den Kaufvertrag beschreibt *Windscheid* als einen Vertrag, worin der eine erklärt, dass der andere eine Sache haben und dafür Geld bezahlen solle, und der andere, dass er eine Sache erhalten und dafür Geld bezahlen wolle.¹¹⁹ Die Wortwahl für die Leistung des Verkäufers und den Wunsch des Käufers zielt auf die später folgende Pflichtenbeschreibung. Der Verkäufer schuldet, dass der Käufer die Sache wirklich habe.¹²⁰ Als dieses Haben bezeichnet der Autor als nach römischem Recht nicht das rechtliche, sondern nur das faktische Haben. Deswegen hat der Verkäufer nur eine Übergabepflicht.¹²¹ Die Übergabe bewirkt zwar regelmäßig den Eigentumsübergang. Aber auch wenn das ausnahmsweise nicht gelinge, habe der Verkäufer zunächst einmal getan, was er zu tun hatte. Es ist nur eine Frage der Gewährleistungshaftung, wenn dem Käufer die Sache von dritter Seite entwehrt werden sollte.¹²²

¹¹³ *Windscheid* (Fn. 112), § 170 (431).

¹¹⁴ *Windscheid* (Fn. 112), § 171 (432).

¹¹⁵ *Windscheid* (Fn. 112), § 171 (432).

¹¹⁶ *Windscheid* (Fn. 112), § 171 (432f.).

¹¹⁷ Zum Anliegen *Windscheids*, das römisch-gemeine Recht im Sinne zeitgenössischer und dem Rechtsleben in Deutschland entsprechender Auffassung zu überarbeiten, lies *Ulrich Falk*, Ein Gelehrter wie *Windscheid*. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, Frankfurt am Main 1989 (2. Auflage 1999); *Jürgen Ober*, *Bernhard Windscheid* und die Reinigung des römischen Rechts, Diss. Köln 1989, 43 ff.

¹¹⁸ S.o. III.1.

¹¹⁹ *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, Zweite Abtheilung, Düsseldorf 1866, § 385 (67).

¹²⁰ *Windscheid* (Fn. 119), § 389 (78).

¹²¹ *Windscheid* (Fn. 119), § 389 (78 f.).

¹²² *Windscheid* (Fn. 119), § 389 (79).

Das Kaufgeschäft hat somit für *Windscheid* lediglich einen entfernten Zusammenhang mit einer Übereignung. Zwar kommt sowohl im Pflichtenprogramm des Verkäufers als auch im Übereignungsgeschäft die Übergabe vor. Auch ist bei beiden Geschäften die Übergabe als eine Übereignung auslösend aufgefasst. Aber im Hinblick auf den Kaufvertrag ist die Übereignungswirkung nur ein über die Verkäuferpflicht hinauschießender Erfolg. Und bei der Übereignung ist die Übergabe lediglich eine notwendige Bestärkung der neuerlichen Willenserklärung zum Eigentumswechsel. Der Käufer kann zum Vollzug des Kaufvertrages keinen Austausch von Willenserklärungen zwecks Eigentumswechsel einfordern. In der Regel jedoch wird der Verkäufer genau eine solche Einigung mit dem Käufer vollziehen, weil so von den Beteiligten wie von Dritten am besten die Übergabe als ein Vollzug des versprochenen und einzufordernden Habensollens verstanden werden kann. Der redliche Verkäufer tut mehr, als er nach dem Kaufvertrag muss, weil er wegen seiner Gewährhaftung kein Interesse daran hat, das Eigentum noch für sich oder für einen Dritten zurückzuhalten.

Mit gewandelten Worten besteht *Windscheids* Auffassung von den Verkäuferpflichten noch in der letzten, nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches und posthum erscheinenden Lehrbuch-Auflage, betreut von *Theodor Kipp* (1862–1931), geboren im Erscheinungsjahr des ersten Bandes erster Auflage. Der Verkäufer schuldet dem Käufer, dass er die Kaufsache in seinem Vermögen habe. Das gibt dem Käufer keinen Anspruch auf Verschaffung des Rechts an der Kaufsache, sondern nur Anspruch auf Verschaffung des Genusses des Rechts an der Kaufsache. Der Verkäufer schuldet nicht, den Käufer zum Eigentümer der Kaufsache zu machen. Er muss sie nur dem Käufer als eigene übergeben und dem Käufer dafür einstehen, dass er die Sache wie eine eigene Sache haben und genießen kann. Eigentümer wird der Käufer nicht durch die Inbesitznahme bei Übergabe an sich, sondern wegen des neuen Willensaktes des Verkäufers bei der Übergabe.¹²³ Die inzwischen in § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB niedergelegte Pflicht des Verkäufers nicht nur zur Übergabe, sondern auch zur Übereignung sieht *Kipp* in einem Gegensatz zur Lehre *Windscheids*.¹²⁴

Unter den Arten, das Eigentum zu erwerben, schildert *Windscheids* letzte Lehrbuchauflage wie schon die erste als besonders häufig die Nachfolge durch den Willen eines bisherigen Eigentümers,¹²⁵ namentlich durch Willenserklärung unter Lebenden.¹²⁶ Doch genügt die Willenserklärung unter Lebenden allein nicht zum Eigentumsübergang, sondern es muss die Tradition hinzutre-

¹²³ *Bernhard Windscheid / Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Auflage, Frankfurt am Main 1906, Nachdruck Aalen 1963, § 389 (651 ff.).

¹²⁴ *Windscheid / Kipp* (Fn. 123), § 389 (Zusatz von Kipp in eckigen Klammern auf S. 657).

¹²⁵ *Bernhard Windscheid / Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Auflage, Frankfurt am Main 1906, Nachdruck Aalen 1963, § 170 (880).

¹²⁶ *Windscheid / Kipp* (Fn. 125), § 171 (881).

ten.¹²⁷ Die Übergabe gewinnt nun wieder etwas mehr Gewicht: Der Leser erfährt, dass man sie geradezu als Erwerbsart bezeichnen darf.¹²⁸ Nur ein knapper, das Thema nicht angebender Hinweis in einer Fußnote¹²⁹ führt den Leser zu einer eingeschobenen Fußnote im folgenden Paragraphen¹³⁰, wo die *traditio* als Formalakt, im Unterschied zu einem Materialakt, beschrieben ist. Dort bekennt das Lehrbuch sich wieder zu der Ansicht, dass der Wille als solcher die rechtliche Wirkung erzeuge, nicht der Wille in Verbindung mit seinem Bestimmungsgrund. Vielmehr ist der Bestimmungsgrund der Tradition Erkenntnisquelle bei der Ermittlung des Eigentumsübertragungswillens.

Ein erläuternder Zusatz *Kipps* zur Übereignung nach dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch beschränkt sich auf den Vermerk, dass Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken abweichend von Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen geregelt seien.¹³¹ Einzelne Vorschriften, insbesondere §§ 873, 925, 929 BGB, erwähnt *Kipp* nicht, sondern fügt lediglich an, dass das System des Bürgerlichen Gesetzbuches in dem Lehrbuch dem System des gemeinen Rechts weichen müsse. Damit entzieht *Kipp* sich zur Frage der Übereignung einem Vergleich des Bürgerlichen Gesetzbuches mit dem römischen Recht.

IV. Schriften von *Anton Friedrich Justus Thibaut* über Kaufvertrag und Übereignung der Ware

1. Beharren auf dem Erwerbstitel

Sucht man in *Thibauts* Veröffentlichungen nach Äußerungen zur Eigentumsübertragung, fällt eine kaum acht Seiten ausmachende Abhandlung in seinen im Jahre 1798 zuerst erschienenen „Versuchen“ ins Auge.¹³² In der zweiten Auflage vom Jahr 1817 ist die knappe Darstellung nur unwesentlich um einen kleinen Zusatz erweitert (enthaltend einen Verweis auf einen zwischenzeitlich erschienenen Aufsatz von *Gustav Hugo*).¹³³ *Thibaut* beklagt in dem Beitrag eine zeitgenössische Veränderung der Begriffe *titulus* und *modus acquirendi*, verursacht durch *Wolffsche* Philosophie bei Verlust der Verbindung mit dem positiven, rö-

¹²⁷ *Windscheid / Kipp* (Fn. 125), § 171 (881 f.).

¹²⁸ *Windscheid / Kipp* (Fn. 125), § 171 (882).

¹²⁹ *Windscheid / Kipp* (Fn. 125), § 171 (882 Fn. 5 am Ende).

¹³⁰ *Windscheid / Kipp* (Fn. 125), § 172 (890 Fn. 16a).

¹³¹ *Windscheid / Kipp* (Fn. 125), § 170 (881).

¹³² *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Eilfte Abhandlung. Ueber den eigentlichen Unterschied zwischen *titulus* und *modus acquirendi*, in: *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Bd. 1, Jena 1798, 216–223.

¹³³ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Eilfte Abhandlung. Ueber den eigentlichen Unterschied zwischen *titulus* und *modus acquirendi*, in: *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Bd. 1, 2. Auflage, Jena 1817, 184–190.

mischen Recht.¹³⁴ Mit Nachdruck besteht *Thibaut* auf den Befund, dass im römischen Recht vielfach ein Faktum zum Erwerb eines dinglichen Rechts erforderlich sei, welches für sich genommen keinen vernünftigen Erwerbgrund enthalte. Insbesondere die Übergabe könne nicht als ein solcher Rechtsgrund gelten, weil Übergabe zu den verschiedensten Rechtserwerben gehöre. Vielmehr muss ein von Vernunft oder Gesetz gebilligter Grund (*iustus titulus*) angegeben werden.¹³⁵ Desgleichen genüge für die Ersitzung (Usucapion) nicht der langandauernde gutgläubige Besitz, sondern es müsse auch ein unter gewöhnlichen Umständen einen Erwerbungsgrund hergebendes Geschäft vorangehen.¹³⁶ Die Umstände, aus welchen sich der vernünftige Erwerbungsgrund ergibt, bilden den *titulus*, und das an sich leere Faktum der Übergabe (oder der Besitznahme) bildet den *modus acquirendi*.¹³⁷ Freilich kann es auch Fälle geben, in denen der *modus acquirendi* schon für sich genommen den Eigentumserwerb trägt. Man kann dann nicht einen *titulus* vom *modus acquirendi* unterscheiden. So verhält es sich bei der *praescriptio longissimi temporis*, bei der ganz langen Verjährung der Vindikation als einem außerordentlichen Ersitzungswege.¹³⁸

2. Zulassung eines Verständnisses vom Willen als dem eigentlich Bewirkenden

Eine derartige Verschiedenheit der Erwerbsvoraussetzungen versteht *Thibaut* als historisches Phänomen, welches von Zufällen hervorgebracht sein kann, die sich im Nachhinein nicht mehr sicher aufklären lassen.¹³⁹ *Thibaut* hütet sich somit davor, einen systematisch „richtigen“ einheitlichen Lösungsvorschlag für den Umgang mit dem römischen Recht – nur um den geht es *Thibaut* – zu machen. Doch dann macht *Thibaut* ein bemerkenswertes Zugeständnis: Wollte man dort, wo allein ein gewisser *modus acquirendi* den Eigentumserwerb bewirkt (Verarbeitung, ganz lange Verjährung), einen vom Faktum abgelösten Erwerbungsgrund ausmachen, so dürfte man den im Eigentumserwerbwillen finden, welcher sich getrennt vom nackten Faktum der Besitznahme (*nudum factum occupationis*) beschreiben ließe – auch wenn das nicht der Vorstellungswelt der Römer entspreche.¹⁴⁰

Damit aber stellt *Thibaut* als das letztlich für den Eigentumserwerb Entscheidende die Willensbildung in den Vordergrund. In einigen Fällen ist es die übereinstimmende Willensbildung eines Veräußerers und des Erwerbers (so bei dem Erwerb mit dem Rechtsgrund eines Geschäfts und einer Übergabe oder einer Ersitzung), in anderen Fällen die einseitige Willensbildung des Erwerbers (beim

¹³⁴ *Thibaut* (Fn. 132), 216; in der 2. Auflage (Fn. 133), 184.

¹³⁵ *Thibaut* (Fn. 132), 216 f.; in der 2. Auflage (Fn. 133), 184 f.

¹³⁶ *Thibaut* (Fn. 132), 217 f.; in der 2. Auflage (Fn. 133), 185.

¹³⁷ *Thibaut* (Fn. 132), 218; in der 2. Auflage (Fn. 133), 186.

¹³⁸ *Thibaut* (Fn. 132), 219; in der 2. Auflage (Fn. 133), 186.

¹³⁹ *Thibaut* (Fn. 132), 219 f.; in der 2. Auflage (Fn. 133), 186 f.

¹⁴⁰ *Thibaut* (Fn. 132), 220 f.; in der 2. Auflage (Fn. 133), 187 f.

Erwerb kraft Gesetzes wegen Verarbeitung oder ganz langer Verjährung). Hierin liegt – man muss beinahe sagen: gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Autors – eine Handhabe dafür, nicht erst in einem neu konstruierten positiven Recht (in einem neuen Gesetz), sondern auch in einer zeitgenössischen Neuinterpretation des römisch-gemeinen Rechts die Übereignung zum abstrakten Geschäft zu machen. Denn es genügt, aus dem begründenden Geschäft einen fortdauernden Übereignungswillen abzulösen und ihn als bei Übergabe seine dingliche Wirkung entfaltend aufzufassen (*Savignys* Auffassung¹⁴¹) – oder vielleicht sogar mit dem französischen Gesetzbuch¹⁴² auf die Übergabe zu verzichten.

3. Konfrontation französischen und römischen Rechts

In *Thibauts* „Civilistischen Abhandlungen“, erschienen im Jahre 1814,¹⁴³ findet sich kein Beitrag zum Eigentumserwerb. *Thibauts* Lehrbuch zum französischen Zivilrecht, posthum von *Carl Julius Guyet* herausgegeben, referiert lediglich die Regelung des *Code civil*, dass schon der Kaufvertrag, ohne Übergabe (und auch ohne Kreditierung), das Eigentum wechseln lasse.¹⁴⁴ Eine Konfrontation des französischen mit dem römisch-gemeinen Recht beschränkt sich auf den knappen Befund, der römische Satz, wonach das Eigentum erst mit der Übergabe („durch reelle traditio“) übergehe, sei im *Code civil* verworfen.¹⁴⁵ *Thibaut* nimmt das französische Gesetz als positive Regelung kritiklos hin. Das insinuiert freilich, dass er das Traditionsprinzip des römischen Rechts – eben als zufällig historisch gewachsenen Normbestand – nicht für unantastbar hält, sondern sich eine Konzentration auf das Willenselement leicht vorzustellen vermag, weil auch eine solche Regelung als eine im Verlauf der Rechtshistorie eintretende Weiterentwicklung Richtigkeit für sich beanspruchen darf.

Damit beweist eigentlich *Thibaut* viel mehr Neuerungsbereitschaft als *Savigny*. *Savigny* versucht, die Reduktion auf einen abstrakten Übereignungswillen als dem römischen Recht immanent darzulegen. Er will nicht ändern, sondern die Gegenwartsüberzeugung als dem römischen Recht schon immer unerkant innewohnend darstellen. *Thibaut* hingegen ist bereit, sich von einem ihm unlegbar erscheinenden römischen Erfordernis kausaler Anknüpfung an einen vom Erwerbsakt verschiedenen Erwerbstitel zu trennen und eine neue Regelung zu akzeptieren, welche den Erwerb seinen Grund in sich selbst bergen lässt (abgesehen davon freilich, dass der französische *Code civil* dem Kaufvertrag wie

¹⁴¹ S.o. III.1.

¹⁴² S.o. II.2.

¹⁴³ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg 1814.

¹⁴⁴ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, *Lehrbuch des französischen Civilrechts in steter Vergleichung mit dem römischen Civilrecht*, hg. von *Carl Julius Guyet*, Berlin 1841, §§ 160 (205), 183 (237).

¹⁴⁵ *Thibaut* (Fn. 144), § 183 (237).

jedem Vertrag ein legitimes Motiv voranstellt, was aber praktisch kaum je Hindernisse bereitet und von *Thibaut* im Zusammenhang mit dem käuflichen Erwerb nicht erwähnt wird).

4. Abstraktion des Erwerbstitels

Die in den „Versuchen“ entworfene Gliederung des Erwerbsaktes¹⁴⁶ führt *Thibaut* in seinem Lehrbuch zum Pandektenrecht als gesicherte Erkenntnis aus. Jeder Eigentumserwerb findet mit Besitzergreifung statt. Diese Besitzergreifung kann unter Umständen eine einseitige sein. In den meisten Fällen ist es aber Besitzergreifung in einer Übergabe. Die Ergreifung allein genügt aber nicht. Sie muss von einem Erwerbswillen getragen sein. Und wenn es um die Überleitung von Eigentum geht, so muss dieser Wille sich in einem Geschäft niedergeschlagen haben. Die Übergabe ist das äußere Zeichen, das seine eigentumsübertragende Wirkung erst wegen des vorangehenden Geschäfts hat. Das Geschäft ist der *titulus* und die Übergabe ist der *modus acquirendi*.¹⁴⁷ Das erforderliche Geschäft bezeichnet *Thibaut* nicht näher. Nicht einmal das besonders naheliegende Beispiel des Kaufs erscheint. Es kann irgendein auf Übereignung zielendes Geschäft sein. Auch wer annehmen will, dass *Thibaut* sich unter dem Geschäft ausschließlich einen gängigen obligatorischen Vertrag vorstellt, muss zugestehen, dass *Thibaut* nicht ausdrücklich ein vertragliches Schuldverhältnis fordert.

Mit dieser Offenheit der Wortwahl leistet *Thibaut* einen wichtigen Beitrag zu Abstraktion des Übereignungswillens. Zumindest als eine Zusammenfassung umschreibt er die Willenseinigung auf den Eigentumswechsel als eine abstrakte Willenseinigung, mögen auch hinter der allgemeinen Umschreibung von ihm noch einzelne konkrete Kontrakte vorgestellt sein. Von dort ist es nur noch ein Schritt (wenn ihn nicht *Thibaut* unausgesprochen schon getan hat) zu der Aussage, es genüge eine Einigung auf den Eigentumswechsel an und für sich, gleichviel ob und welches Schuldgeschäft vorangeht oder gleichzeitig von Veräußerer und Erwerber abgeschlossen wird. Die Trennung des Eigentumserwerbs von der Obligation macht *Thibaut* bei der Beschreibung des Kaufvertrages deutlich: Der Kaufvertrag ist Konsensualkontrakt, worin der eine eine Sache gegen einen Preis zu überlassen verspricht. Das Eigentum zu geben, werde im Kaufvertrag jedoch nicht versprochen, weil dies die Grenze des Kaufgeschäfts überschreite und in ein anderes Geschäft überginge.¹⁴⁸ Das kann man zunächst als bloße Bestätigung des alten Satzes lesen, dass der Verkäufer nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet sei, sondern lediglich Gewähr dafür leisten muss, dass

¹⁴⁶ S.o. IV.1 und 2.

¹⁴⁷ Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. 2, Jena 1803, §§ 809, 811.

¹⁴⁸ *Thibaut* (Fn. 147), § 1066.

niemand dem Käufer die Sache abspenstig macht.¹⁴⁹ Es ist jedoch weitergehend auch die Trennung eines Verpflichtungsgeschäfts von einem Vollzugsgeschäft vorbereitet.

Die Abstraktion des Erwerbstitels behält das *Thibautsche* Lehrbuch bis zur letzten, posthum von *Alexander von Buchholtz* (1802–1856) besorgten Auflage bei.¹⁵⁰ Ebenso verhält es sich mit der Bestimmung der Verkäuferspflcht als nicht auf Eigentumsverschaffung, sondern nur auf Überlassung¹⁵¹, das heißt auf die Tradition¹⁵², gerichtet. Der Verkäufer schuldet keine Übereignung, sondern leistet nur Gewähr für Freiheit von Eigentumsrechten Dritter.¹⁵³

Auch in einer Zusammenstellung von Leitgedanken zu dem Pandekten-Lehrbuch erscheint die Verallgemeinerung des Eigentumserwerbs als des Zusammenwirkens von Willensbildung und Besitzüberlassung. Es handelt sich um eine (von *von Buchholtz* heftig angegriffene¹⁵⁴) Veröffentlichung von Mitschriften aus den Vorlesungen *Thibauts*, welche der Hörer *J. R. Braun* unter der Betitelung als „Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts“ in Gestalt von Zusätzen zur vorletzten lebzeitigen Auflage des *Thibautschen* Lehrbuches erscheinen ließ.¹⁵⁵ Ein Zusatz lautet, dass es bei der Übereignung zwei Geschehnisse (*facta*) gebe, nämlich ein Geschäft (*negotium*) und eine Übergabe (*traditio*), somit ein obligatorisches und ein physisches Element.¹⁵⁶ Die Aufzeichnung *Brauns* dürfte den Vortrag *Thibauts* ziemlich zuverlässig wiedergeben; denn jedenfalls mit dem Lehrbuch¹⁵⁷ und vor allem auch mit der Ausdrucksweise in der einschlägigen Abhandlung aus den „Versuchen“¹⁵⁸, welche *Thibaut* offenbar seinem Vortrag zugrundelegte, steht sie in Einklang.

Thibauts Abstraktion ist nicht so scharf formuliert wie diejenige von *Savigny*. Doch stehen die Aussagen sich nahe. *Savigny* vollendete die Abstraktion des Eigentumserwerbs, welche bei *Thibaut* schon angelegt war.

¹⁴⁹ Vgl. o. II.1.c.

¹⁵⁰ *Anton Friedrich Justus Thibaut / Alexander von Buchholtz*, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 9. Auflage, Jena 1846, §§ 279, 281. In der Vorrede von *von Buchholtz* zur 9. Auflage, III ff., Hinweise zur Abfolge der Voraufagen von 1803 (1. Auflage) bis 1834 (8. Auflage).

¹⁵¹ *Thibaut / von Buchholtz* (Fn. 150), § 437 (370).

¹⁵² *Thibaut / von Buchholtz* (Fn. 150), § 440 (372).

¹⁵³ *Thibaut / von Buchholtz* (Fn. 150), § 440 (372) mit Verweis auf §§ 411–422 wegen der Einzelheiten.

¹⁵⁴ S. das Vorwort von *von Buchholtz* im ersten Band der 9. Ausgabe des *Thibautschen* System (Fn. 150), V.

¹⁵⁵ *J. R. Braun*, Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts in Zusätzen zu *Thibaut's* Pandecten-System siebente Auflage, Zweiter Theil, Stuttgart 1831.

¹⁵⁶ *Braun* (Fn. 155), Zusatz zu § 590 (501).

¹⁵⁷ Insbesondere mit der von *Braun* zugrundegelegten siebten Auflage: *Anton Friedrich Justus Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Bd. 2, 7. Auflage, Jena 1828, § 590 (32f.).

¹⁵⁸ S.o. IV.1.