

Rezeption 2.0 – Wegbereiter für ein *Ius privatum Europaeum*

Von RA Prof. Dr. Markus Reitz, Mainz*

I. Einleitung

Der Fall der Berliner Mauer am 9.11.1989 gilt als Meilenstein der deutschen Wiedervereinigung: *ut omnes unum sint*.¹ Die neu gesteckten europäischen Grenzen durch den Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 GG beschrieb der Altkanzler *Willy Brandt* mit den berühmt gewordenen Worten: „Es wächst zusammen, was zusammen gehört“.² Doch in diesem denkwürdigen Jahr sollten nicht nur politische Gräben überwunden werden. Monate vor den aufwühlenden, geschichtsträchtigen Ereignissen in Berlin, Prag und Budapest³ waren bereits am Ort des Europäischen Parlaments in Straßburg Bestrebungen im vollen Gange, europäische Zivilrechtsgrenzen fallen zu lassen. Von der Öffentlichkeit weitgehend unbeachtet legte man in der „Hauptstadt Europas“ den Grundstein für die Kodifikation eines „code civil européen“. Erstmals in seiner Geschichte verlangte das Europäische Parlament von den Mitgliedsstaaten in Form einer Entschließung,

„[...] daß mit den erforderlichen Vorbereitungsarbeiten zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht begonnen wird, wobei alle Mitgliedsstaaten ersucht werden, nach angemessenen Beratungen zu erklären, ob sie sich an der geplanten Vereinheitlichung beteiligen möchten [...]“.

Das Parlament erwartete ferner

„[...] die Unterstützung der in der Gemeinschaft bestehenden Institute für die Ausarbeitung rechtsvergleichender Studien sowie generell die Bemühungen um eine Kodifizierung [...]“.⁴

Diese vom direkt gewählten Legislativorgan der Europäischen Union verfasste parlamentarische Handlungsform gleicht einem Brandbrief an alle Mitgliedsstaaten, nun endlich eine gemeinsame europäische Privatrechtskodifikation voranzutreiben. Damit war der Startschuss für ein *Ius privatum Europaeum* gefallen.

* Der *Verf.* ist als Rechtsanwalt beim LG und OLG Koblenz zugelassen, Fachanwalt für Medizinrecht und Professor für Nationales und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Hochschule in Mainz.

¹ Johannes–Evangelium, Joh 17, 21.

² Die Worte werden dem interviewten Altkanzler *Willy Brandt* zugeschrieben. *Brandt* wird im SFB–Mittagsecho (Hörfunk) v. 10.11.1989 mit den Worten zitiert „Jetzt sind wir in einer Situation, in der wieder zusammenwächst, was zusammengehört“; die Berliner Morgenpost v. 11.11.1989, S. 1 gibt *Brandts* Worte aus einem Interview mit dem Satz wieder: Man befindet sich jetzt in einer Situation, in der „wieder zusammenwächst, was zusammengehört.“

³ *Herbert*, Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 2. Aufl. 2018, S. 1137.

⁴ Entschließung v. 26.5.1989; vgl. ABl. EG 1989 Nr. C 158, S. 400. Eine wiederholende Empfehlung des Europäischen Parlaments folgte fünf Jahre später, vgl. ABl. EG 1994 Nr. C 205, S. 518.

Doch auch 30 Jahre nach dieser Forderung des EU–Parlaments besteht der Flickenteppich nationaler Zivilrechtsordnungen in Europa fort. Die Uneinigkeit innerhalb der Europäischen Union beherrscht die Schlagzeilen der Gazetten. Der durch eine Volksbefragung am 23.6.2016 angestoßene Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union illustriert, wie sehr Europa schmerzliche, inner-europäische Rückschläge verarbeiten muss. Solche klimatischen Verhältnisse erschweren die Suche nach einem Konsens und lassen die Frage aufkommen, ob die Forderung nach einer supranationalen Kodifikation des Privatrechts überhaupt noch realistisch ist.

Allerdings lehrt die Deutsche Rechtsgeschichte, dass eine Schaffensphase von drei Jahrzehnten während politisch unruhigen Zeit für ein fundamentales Gesetzeswerk wie das BGB nicht ungewöhnlich ist. Denn zum einen vollzog sich die Geburt des deutschen Zivilgesetzbuches in einer von forcierter Veränderungsdynamik, Fortschrittsbegeisterung und manifester Orientierungskrise geprägten Phase.⁵ Und zum anderen benötigte der nationale Gesetzgeber von der *Lex Miquel–Lasker* (1873) an gerechnet bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1.1.1900 ganze 27 Jahre.

Der Beitrag wirft einen Blick darauf, warum angesichts der gemeinsamen europäischen Rechtskultur ein einheitliches europäisches Zivilrecht keine Fiktion bleiben muss.

II. Kulturelles Erbe

Damit Europa auch im aktuellen Zivilrechtsdenken näher zusammenrücken kann, sollten sich die Mitgliedsstaaten fragen, ob ein gemeinsames, gewachsenes europäisches Zivilrechtsdenken existiert, das einem *Ius Privatum Europaeum* als Fundament dienen könnte. Die Antwort weist zurück in die Antike. In der Aufbruchsstimmung nach dem Zweiten Weltkrieg hat *Koschacker* in seinem Werk „Europa und das römische Recht“⁶ die Bedeutung des römischen Rechts als gemeinsames kulturelles Erbe der europäischen Nationen hervorgehoben. *Zweigert/Kötz*⁷ betonen, dass alle europäischen Völker im Mittelalter die Einwirkung des römischen Rechts als einem Teilbereich der antiken Kultur an sich selbst erfahren haben. Diese Völker verband die (subsidiäre) Anwendung einer gemeinsamen, römischen Rechtsquelle, die der Grund dafür ist, warum auch heute noch in allen anderen europäischen Zivilgesetzbüchern römische Rechtsregeln und Rechtsfiguren fortleben. Auch wenn sie in der Rezeptionsphase in manchen Einzelheiten modifiziert wurden, ist doch ihre Verwandtschaftsbeziehung zu antiken Rechtssätzen unverkennbar.⁸ Europäisch verbindend ist demnach der gemeinsame rechtshistorische Hintergrund: Zivilrechtliche Gemeinsamkeiten.

⁵ *Herbert* (Fn. 3), S. 42.

⁶ *Koschacker*, Europa und das römische Recht, 3. Aufl. 1953.

⁷ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. 1, 1984, S. 156.

⁸ *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl. 2005, S. 241 f.

ten in Europa basieren auf dem Gemeinen Recht, dem *Ius commune*, oder auf Prinzipien des römischen Rechts. Ein supranationales, gemeinsames Zivilrechtsdenken sollte sich daher seiner rechtshistorischen Wurzeln des gemeinsam erfahrenen Rechts bewusst sein, und seine Rechtsfundamente freilegen.

Ein Instrument zur Entdeckung der Gemeinsamkeiten zwischen altem und aktuellem Recht ist die geschichtliche Betrachtung des nationalen Rechts und die historische Rechtsvergleichung. Sie sind die Methoden, um antike, rezipierte Rechtsquellen als das ursprüngliche, gemeinsame Recht zu erkennen. Die europäische Rechtsvergleichung, verstanden als ein „Miteinander Vergleichen von verschiedenen Rechtsordnungen“,⁹ befasst sich demnach mit der Suche nach gemeineuropäischen Grundsätzen und Instituten des Privatrechts; sie hat nicht zuletzt durch die Appelle der Europäischen Union seit 1989 wieder an Fahrt gewonnen.¹⁰

Historische Rechtsvergleichung ist aber nicht nur ein geeignetes Mittel zum Auffinden verbindender Rechtsideen; ihre Resultate vermögen auch (scheinbar) unüberbrückbare institutionelle Gegensätze zu überwinden. Durch ihre Forschungsergebnisse können sogar inkohärente Rechtsprinzipien eigener und fremder Kodifikationen abgeschwächt bis aufgelöst werden. So gelten etwa das Verhältnis von Kauf und Eigentumserwerb nach dem Konsensualprinzip des französischen *Code civil*¹¹ einerseits und das Abstraktionsprinzip des deutschen BGB¹² andererseits als ein bekanntes Kathederbeispiel für unterschiedliche Denkweisen und nationale Eigenarten. Die rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende Forschung hat diese scheinbar unversöhnlichen Dogmen ins Wanken gebracht und die Unterschiede relativiert. Jene Theorien, die sich gegenseitig ausschließen, werden von der Forschung als

„gar nicht mehr so weit voneinander entfernt“ bewertet.¹³ Die historische Rechtsvergleichung kann somit gleichsam „mediatorisch“ eingesetzt werden, Gegensätze überwinden und der europäischen Idee eines „code civil européen“ neuen Auftrieb geben.

III. Harmonisierungsbestrebungen

Zu den Kernaufgaben der EU gehört es, Rechtsunterschiede zwischen Mitgliedsstaaten zu beseitigen, die das Funktionieren des gemeinsamen Marktes behindern (Art. 113, 114 AEUV). Führen entsprechende Beratungen mit den Mitgliedsstaaten zu keinem einvernehmlichen Ergebnis, sieht Art. 116 Abs. 2 AEUV vor, dass das Europäische Parlament und der Rat entsprechende Richtlinien erlassen, um „zivilrechtliche Verzerrungen“ zu beseitigen. Grundsätzlich beschreitet die Europäisierung des Rechts,¹⁴ die Rechtsangleichung, diesen Weg, um die Unterschiede in den Mitgliedsstaaten zurückzudrängen.

Tatsächlich kommt die eingangs zitierte Entschließung des Europäischen Parlaments von 1989 zwölf Jahre später auf die Agenda der europäischen Kommission. Als alleinigem Kompetenzzorgan zur Einleitung einer Gesetzgebungsinitiative stellt sie 2001 die Frage nach einem europäischen Vertragsrecht neu und skizziert mehrere Möglichkeiten für zukünftige EG-Initiativen im Vertragsrecht.¹⁵ Immerhin kann die Gemeinschaft schon auf signifikante Erfolge im Bereich des Gesellschaftsrechts verweisen, nachdem sie eine Reihe von europäischen Gesellschaftsformen entwickelte.¹⁶ Weitere „europäisierte Regelungsbereiche“ betreffen z.B. Haustürgeschäfte, Verbraucherkredite, Verbrauchsgüterkäufe, Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ferner den Fernabsatz, den E-Commerce, die Timesharingverträge, die Zahlungsdienste oder Pauschalreisen.

Mit einem Aktionsplan¹⁷ für ein kohärentes europäisches Vertragsrecht werden auch alio loco Versuche zur Rechtsvereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts sichtbar: Für das allgemeine und besondere Vertragsrecht sowie das Delikts- und Bereicherungsrecht eröffnete z.B. die Study

⁹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), S. 156.

¹⁰ Vgl. für das Sachenrecht v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, Bd. 1, 2015 sowie Bd. 2, 2019; für das Privatrecht allgemein grundlegend vgl. *Kötz*, in: *Bernstein/Drobnig/Kötz* (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, 1981, S. 481 (490 ff.); *ders.*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 95 ff.; *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, 1985, S. 2 ff., 249 ff.; *ders.*, in: v. *Caemmerer/Nikisch/Zweigert* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Döller*, Bd. 1, 1963, S. 25; *Ranieri*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, S. 3 (8 ff.); *Ulmer*, *JZ* 1992, 1 ff., *Remien*, *JZ* 1992, 277 ff.; *Großfeld/Bilda*, *ZfRV* 1992, 421 (426 f.); *Schulze*, *ZEuP* 1993, 445 f.; *Zimmermann*, *JZ* 2000, 853.

¹¹ *Murad Ferid/Sonnenberger*, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, 2 G 131 ff., 2 G 201 ff., 2 G 306 ff.

¹² Zur früheren Diskussion dieser Problemstellung *Prinz*, *Der Kampf gegen die abstrakte Übereignung*, 1919; *Heck*, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, 1937, S. 1 ff.; v. *Caemmerer*, *RabelsZ* 12 (1938/1939), 675 (675 ff.); *Nolte*, *Zur Reform der Eigentumsübertragung*, 1941; *May*, *Die Möglichkeit der Beseitigung des Abstraktionsprinzips bei den Verfügungsgeschäften des Fahrnisrechts*, 1952; *Gottheiner*, *RabelsZ* 18 (1953), 356 ff.

¹³ *Ferrari*, *ZEuP* 1993, 52 ff.; *Schulze*, *ZEuP* 1993, 442 (469 Fn. 153).

¹⁴ *Koch/Magnus/v. Mohrenfels*, *IPR und Rechtsvergleichung*, 4. Aufl. 2010, S. 281 f.

¹⁵ *ABl. EG* 2001 Nr. C 255, S. 1; zu den dadurch eröffneten Perspektiven siehe die Sammelbände *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, 2002; *Grundmann/Stuyck* (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002. Zu den vier von der Kommission vorgeschlagenen Optionen vgl. *Basedow*, *JuS* 2004, 89 (95 unter IX.).

¹⁶ So die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIF), die Europäische Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*) sowie die Europäische Genossenschaft (*Societas Cooperativa Europaea*).

¹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärentes Vertragsrecht, KOM 2003, 68.

Group on an European Civil Code¹⁸ im Jahre 2009 als Harmonisierungsgrundlage ein komplettes Regelwerk (DFCR). Ihm folgte das Grünbuch der Kommission zu den Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen.¹⁹ Diese Anstrengungen zur Rechtsvereinheitlichung wurden notwendig; denn Schätzungen zufolge beruhen im Jahre 2009 bereits 80 % der in Deutschland geltenden Rechtsnormen auf dem Recht der Europäischen Union.²⁰ Kürzlich brachte auch v. Bar²¹ den zweiten Band seines breit angelegten rechtsvergleichenden Werkes „Gemeineuropäisches Sachenrecht“ auf den Markt, ohne hinter dem Berg zu lassen, dass er das Sachenrecht als „eine aus der Sicht des europäischen Privatrechts ungewöhnlich sperrige Materie“²² bewertet.

Trotz dieser zukunftsweisenden Entwicklungen gibt es aber auch mahnende Stimmen. Prozesse mit den Namen „Reeuropäisierung“²³ und Harmonisierung²⁴ klängen – nach Ansicht prominenter Stimmen in der Literatur – zwar europafreundlich; sie dürften indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der derzeitige legislatorische Einigungsprozess bei der aktuellen Fortbildung des nationalen Rechts „gefühl“ darauf beschränke, Verordnungen und umgesetzte Richtlinien „möglichst fugenlos in bestehende Regelungen einzupassen“²⁵. Angesichts der schon drei Jahrzehnte alten Forderung der Europäischen Union, ein privatrechtliches Gesamtwerk zu schaffen, offenbarten die Ergebnisse bislang keinen großen

Wurf, sondern vielmehr ein fehlendes historisches Bewusstsein und den Mangel an einem zukunftsweisenden, rechtspolitischen Kurs.²⁶ Für das vom Europäischen Parlament vorgegebene Ziel, ein einheitliches europäisches Privatrecht zu schaffen, sei das noch zu wenig. Um den (kleinsten) gemeinsamen Nenner europäischen Rechtsdenkens aus den Quellen des antiken Rechts überhaupt schöpfen zu können, müsse auf diesem Sektor die Forschung intensiviert werden. Denn die Kenntnis des klassischen römischen Rechts könne der nachfolgenden Juristengeneration die Grundlagen einer europäischen Rechtskultur vermitteln und sie so „für andere Ausprägungen des römischen Rechts sensibilisieren“.²⁷

Dem ist – wie noch zu zeigen ist – beizupflichten. Historische Rechtsvergleichung kann bei der Verwirklichung einer supranationalen Kodifikation des europäischen Privatrechts eine entscheidende Rolle spielen und methodisch als ein ideales Krisenmittel verstanden werden. *Knüttel*²⁸ schlägt sogar vor, ursprüngliche Grundsätze des römischen Rechts als „Lückenfüller“ für das geltende Recht zu betrachten und anzuwenden. Jedenfalls sollte dem römischen Recht bei den Kodifikationsbemühungen ein eminenter Einfluss zugesprochen und seiner Bedeutung für die Entwicklung des europäischen Rechts ein neues Kapitel hinzugefügt werden.²⁹

IV. Ausbildungsdefizite

1. Stärkung der Grundlagenfächer

Die Europäische Kommission hält es in Ihrer Entschließung vom 26.5.1989³⁰ auch für unerlässlich, über den Rat (= EU-Gipfel) die Mitgliedsstaaten dazu zu veranlassen, „das Studium des Gemeinschaftsrechts für all diejenigen, die einen Beruf im Bereich des Rechts ausüben wollen, verbindlich vorzuschreiben.“ Das ist zu begrüßen. Denn der Anwender des europäischen Rechts bedarf der Kenntnisse über die Grundlagen der europäischen Rechtskultur, die in der derzeitigen Rechtsausbildung zu kurz kommen. *Hufen* beklagt sich, dass in der juristischen Ausbildung in sogenannten Grundlagenfächern nur Randkenntnisse über rechtshistorisch gewachsene Fundamente europäischen Rechts vermittelt, ja sogar zurückgedrängt würden. Man begreife sie nicht selten als „lästige Orchideen“³¹; Studierende wählten sie nur deswegen, um den sogenannten „Grundlagenschein“ zu erwerben. Damit verspielten sie ohne ein nachhaltiges geschichtliches³² und rechtsphilosophisches Basiswissen die Chance, sich in der Fülle des Stoffs zurechtzufinden und seien nicht hinreichend

¹⁸ Study Group on a European Civil Code/research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Law, Draft Common Frame of Reference (DFCR), Outline Edition (2009); zum DFCR als Harmonisierungsgrundlage vgl. *Martinek*, in: Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2014/2015, S. 195 ff.

¹⁹ Abrufbar unter

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/DE/1-2010-348-DE-F1-1.Pdf> (23.9.2019); zu den sieben erörterten Optionen über die Auswahl der am besten geeigneten Rechtsform für ein europäisches Vertragsrechtsinstrument sowie zur Reaktion in der Wissenschaft auf Option 4, die die Verordnung über ein Gemeinsames (fakultatives) Europäische Kaufrecht betrifft, vgl. *Martinek* (Fn. 18), S. 146 ff., Rz. 202 ff.

²⁰ Vgl. *Martinek* (Fn. 18), S. 130.

²¹ Vgl. v. Bar (Fn. 10 – Bd. 2): „Besitz, Erwerb und Schutz subjektiver Sachenrechte“.

²² Vgl. die Projektbeschreibung zum Gemeineuropäischen Sachenrecht, Bd. II/2, abrufbar unter <http://gepris.dfg.de/gepris/projekt/315338686> (23.9.2019).

²³ *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 3. Aufl. 2012, S. 58.

²⁴ Zur „Annäherung“ vgl. *Kötz*, *RabesZ* 56 (1992), 215 ff.; *Basedow*, *Von der deutschen zur Europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992, S. 53 ff.; zur „Angleichung“ vgl. *Hallstein*, *RabesZ* 28, (1964), 211 ff.; *Ulmer*, *JZ* 1992, 1 ff.; *Remien*, *JZ* 1992, 277 ff., zur „Vereinheitlichung“ *Tilmann*, *Ansätze und Leitlinien für ein europäisches Zivilrecht*, 1979; *ders.*, in: *Jagenburg/Maier-Reimer/Verhoeven* (Hrsg.), *Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag*, 1985, S. 495 (506); *Hommelhoff*, *AcP* 192 (1992), 71 ff.

²⁵ *Kunkel/Schermaier* (Fn. 8), S. 242.

²⁶ *Kunkel/Schermaier* (Fn. 8), S. 243 (diese Einschätzung datiert aus dem Jahre 2005). *Martinek* (Fn. 18), S. 146 f., zum Grünbuch der Kommission aus 2010 „[...] muss als ein bedeutsamer Schritt auf dem Weg hin zu einem einheitlichen Europäischen Vertragsrecht angesehen werden.“

²⁷ *Kunkel/Schermaier* (Fn. 8), S. 243.

²⁸ *Knüttel*, *JuS* 1996, 768 ff.

²⁹ *Kunkel/Schermaier* (Fn. 8), S. 244: „Kein Allheilmittel“.

³⁰ *ABl. EG* 1989 Nr. C 158, S. 388.

³¹ Vgl. *Hufen*, *JuS* 2017, 1 ff.

³² *Stolleis*, *Der geschichtsblinde Jurist ist gefährlich*, *FAZ* v. 23.1.1996, S. 29.

dafür gewappnet, sich mit ihrem Rechtswissen „neuen Anforderungen“ zu stellen. Die Schaffung einer europäischen Zivilrechtskodifikation darf zweifellos als eine solche Zukunftsaufgabe betrachtet werden.

Wenn Römisches Recht zu einem Grundlagenfach³³ zählt, mag man sich an einem Vergleich vergegenwärtigen, welche Bedeutung Grundlagenfächern in anderen Disziplinen beigemessen werden. Grundlagenfächer findet man beispielsweise auch in der Humanmedizin. Hierzu zählen etwa die Anatomie oder die Anästhesiologie. Würde nicht jeder behandlungsbedürftige Patient um denjenigen Implantologen (Zahnarzt) einen großen Bogen machen, der ohne Kenntnisse über die anatomische Lage der Gesichtsnerven³⁴ und somit ohne präimplantologische Diagnostik losoperierte?³⁵ Muss dann nicht auch – um im Bild zu bleiben – eine europäische Zivilrechtskodifikation scheitern, bei der Juristen beteiligt wären, die keine oder nur noch vage Kenntnisse in den Grundlagenfächern Rechtsgeschichte, Römisches Recht oder der juristischen Methodenlehre hätten?

In der Reformdebatte zur Praxisausbildung spielen daher zu Recht sogenannte „Schlüsselqualifikationen“³⁶ eine besondere Rolle. Für ein wissenschaftliches Studium verbergen sich hinter diesem Begriff die Befähigung zum selbstständigen Denken und kritischen Hinterfragen, die Fähigkeit, über den Tellerrand des eigenen Fachs zu schauen und die Neugier auf erarbeitete, neue Erkenntnisse³⁷ wach zu halten. Mit tautologischer Rhetorik verlangt der Wissenschaftsrat nach „fundiertem Wissen über die Fundamente des Rechts“³⁸; in einer Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung³⁹ wird, worauf *Hufen*⁴⁰ hinweist, die Stärkung der Grundlagenfächer innerhalb des Pflichtfachstoffs und eine entschlossene Umsetzung der Befähigung zum wissenschaftlichen Arbeiten gefordert. In der Realität wird das römische Recht im Universitätsunterricht aber vielfach (nur) als Teilgebiet der Rechtsgeschichte vorge-

tragen, obwohl es bis 1900 in großen Teilen Deutschlands geltendes Recht war.

Vor dem Hintergrund des geforderten Europäisierungsprozesses und der Rechtsharmonisierung muss das römische Recht in der Juristenausbildung aus seinem bislang gelebten Schattendasein herausgeholt werden und ins Rampenlicht treten. Das *Corpus Iuris Civilis* zählt zu den einflussreichsten Büchern der Weltliteratur⁴¹ und war eine Meisterleistung. Es geht daher kein Weg daran vorbei, dass das Studium des Gemeinschaftsrechts Kenntnisse über Grundzüge des mehr als tausend Jahre lang geltenden römischen Rechts und seiner Geschichte mit einschließt, dies an juristischen Ausbildungsstätten nachhaltiger gelehrt und wieder in den Fokus gerückt werden muss.

2. Exegese

*Schäfer*⁴² fragt zu Recht, wie Studenten Rückschlüsse aus der Entstehungsgeschichte einer normativen Einheit ziehen sollen, wenn sie mit deren historischer Entwicklung noch nicht vertraut seien? Gleiches gelte für ausgebildete Juristen. Wären sie entsprechend geschult, könnten bestehende römisch-rechtliche Grundsätze bei stetig steigender Bekanntheit Geltung erlangen, von den Gerichten bei der Auslegung und Rechtsfortbildung berücksichtigt und so wieder „der Bestand gemeinsamer Regeln und Prinzipien auf diesem Gebiet ins Bewusstsein“ gehoben werden.⁴³ Dies alles bedarf der exegetischen Schulung.⁴⁴ Die Exegese – die Auslegung eines Textes – sollte deshalb fester Bestandteil jeder wissenschaftlichen juristischen Tätigkeit sein. Umso fataler für das europäische Rechtsdenken ist es, dass die Exegese an den Universitäten als eigene Lehrveranstaltung im ausgehenden 20. Jahrhundert immer mehr in den Hintergrund gerückt wurde.⁴⁵

V. Aktualität des römischen Rechts im europäischen Zivilrecht

1. Beispiele

Die römisch-rechtlichen Wurzeln des deutschen Zivilrechts sind nicht zu leugnen. Es gibt zahlreiche Gesetze im BGB, die sich wie Übersetzungen eines *Digesten*-fragments lesen. Eine kleine Auswahl soll dies belegen:

a) § 133 BGB

So haben sich bereits antike Rechtsgelehrte mit Auslegungsfragen beschäftigt. Einen Beleg hierfür liefert die berühmte *sens-clair*-Regel⁴⁶ aus dem *Paulus*-Fragment D. 32, 25 1: *cum*

³³ *Krüper*, Grundlagen des Rechts, 3. Aufl. 2017, unterscheidet 14 rechtsbezogene Grundlagenfächer.

³⁴ Z.B. des *nervus labialis* oder des *nervus trigeminus*.

³⁵ AG Nürnberg, Urt. v. 3.12.1996 – 36 C 3181/94: „Die unzureichende präimplantologische Diagnostik (mit Seitenschichtaufnahmen) kann zu einer Schädigung des Trigeminusnerves führen, wenn die Implantate ohne hinreichenden Sicherheitsabstand von 2 bis 3 Millimetern zum Nervenkanal gesetzt werden. [...] Im konkreten Fall hätte der Beklagte entweder gleich auf risikoärmere Disc-Implantate ausweichen müssen oder er hätte eine genauere Diagnostik mit Seitenschichtaufnahmen durchführen müssen. Dieses Unterlassen muß als schuldhafter Behandlungsfehler bezeichnet werden“.

³⁶ *Hommelhoff/Teichmann*, JuS 2001, 841 (842); *Römermann/Paulus*, Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, 2003, S. 1 ff.

³⁷ *Hufen*, JuS 2017, 1 (1 ff.).

³⁸ Vgl. *Hommelhoff/Teichmann*, JuS 2001, 841 (842).

³⁹ Herbstkonferenz 2016, Teilbericht Harmonisierung und Begrenzung des Pflichtstoffs, S. 29 und 58, Teilbericht Schwerpunktberichtsprüfung, S. 24 ff.

⁴⁰ *Hufen*, JuS 2017, 1 ff.

⁴¹ *Meincke*, Römisches Privatrecht, 1. Aufl. 2016, S. 20.

⁴² *Schäfers*, JuS 2015, 875 ff.

⁴³ *Müller-Graff/Kötz*, Gemeinsames Privatrecht, S. 155; *Kötz*, JZ 2002, 257 (260).

⁴⁴ Z.B. in Gestalt einer *Digesten*-exegese oder einer *Sachsen*-spiegel-exegese.

⁴⁵ *Köbler*, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, 1997, S. 142.

⁴⁶ „Wenn in den Worten keine Doppeldeutigkeit liegt, dann wird die Frage nach dem Willen nicht zugelassen“.

in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.⁴⁷

Hält man ihr heute § 133 BGB oder § 914 ABGB⁴⁸ entgegen, wonach der Rechtsanwender bei der Auslegung gerade keine Buchstabenauslegung betreiben, sondern auf den Willen achten soll, findet man die Urfassung dieser Normen bei Pap. D. 50, 16, 219: in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.⁴⁹

b) § 162 Abs. 1 BGB

Auch der fingierte Bedingungseintritt greift auf antike Vor-denker zurück. Ulpian⁵⁰ stand § 162 Abs. 1 BGB Pate, dessen bedeutende Sentenz einer Reihe europäischer Zivilgesetzbücher als „Blaupause“ diene.

c) §§ 955, 2089, 2090 BGB

Ferner dürfen eine Reihe sachenrechtlicher Normen – z.B. der Früchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers gem. § 955 BGB⁵¹ – oder erbrechtliche Rechtsfragen – etwa die in §§ 2089, 2090 BGB geregelte Erhöhung oder Minderung der Bruchteile – zweifellos als eine Ablichtung geregelten römischen Rechts verstanden werden.⁵²

2. Begriffsbildungen

Viele abstrakte Normen und Begriffe im BGB haben deutsche Juristen im 19. Jahrhundert aus römischen Rechtsquellen entwickelt. Beispielsfälle⁵³ aus antiker römischer Zeit sind bis in die heutige Zeit tradiert worden und dienen auch aktuell noch dem Verständnis des eigenen nationalen Rechts. So ist die konkludente, stillschweigende Willenserklärung⁵⁴ ge-

nauso römisch-rechtlichen Ursprungs wie die deliktischen Haftungsfolgen bei Verletzung von Körper oder Persönlichkeit⁵⁵. Lehrreich und gleichzeitig amüsant findet man im römischen Recht an dieser Stelle die Quelle von *Gellius* 20,1,13 unter Berufung auf *Labeo*, wonach der unverschämte Ritter *Lucius Veratius* zu seinem Vergnügen allen ihm entgegenkommenden Personen Ohrfeigen verpasste, um jedem Geohrfeigten sodann die nach dem Zwölfafelgesetz fällig gewordene Buße von 25 As auszus zahlen.

3. Nationale Rechtsprechung

Selbst die moderne nationale Rechtsprechung stützt sich mitunter noch auf das Gemeine Recht. So etwa bei der Frage, ob der Eigentümer eines Hanggrundstücks den durch die natürlichen Gelände verhältnisse bedingten Wasserzufluss des Oberliegigers unbedingt hinnehmen müsse oder verlangen könne, dass der Oberlieger auf seinem Grundstück Vorkehrungen zur Zurückhaltung des Wassers treffe. Der BGH⁵⁶ hebt hier darauf ab, dass schon das Gemeine Recht vom sogenannten „besseren Recht des Oberliegigers“ ausgegangen sei:

„[...] Schon das Gemeine Recht ging vom sog. besseren Recht des Oberliegigers aus. Nach den Grundsätzen der römisch-rechtlichen *actio aquae pluviae arcendae* mußte der Eigentümer eines Grundstücks den durch die natürlichen Gelände verhältnisse bedingten Wasserzufluss unbedingt hinnehmen; er konnte nicht verlangen, dass der Oberlieger auf seinem Grundstück Vorkehrungen zur Zurückhaltung des Wassers traf, und durfte es auch nicht abwehren. [...] Das in dem hier fraglichen linksrheinischen Teil des Bezirks des Berufungsgerichts anwendbare rheinisch-französische Recht [...] ist dem Gemeinen Recht gefolgt (Art. 640 Code civil [...]).“

4. Europäische Rechtsprechung

Auch der Europäische Gerichtshof greift nicht selten auf bewährte Prinzipien und Regeln aus der Zeit des vorkodifikatorischen *ius commune* und des römischen Rechts zurück. Die in antiker Zeit entwickelten Maximen werden als „allgemeine Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“ angewendet (Art. 340 Abs. 2 AEUV; Art. 188 Abs. 2 EuratomV) und geben das gemeinsame Rechtsbewusstsein der in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen ausgebildeten Richter und Generalanwälte wider. Sie werden als eine Art „Allgemeiner Teil“ des Gemeinschaftsrechts begriffen.⁵⁷

⁴⁷ Mit der Sentenz „dass einer im Testament enthaltenen, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch völlig klaren und unzweideutigen Erklärung durch die Auslegung kein anderer Sinn beigelegt werden darf“ folgt ihr letztlich auch der Bundesgerichtshof BGH LM Nr. 7 zu § 2084 BGB.

⁴⁸ „Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdruckes zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht“, vergleichbar hierzu auch den schweizerischen Art. 18 OR und den italienischen Art. 1362 itCC.

⁴⁹ „Bei den Vereinbarungen der Parteien ist mehr auf den Willen zu achten als auf die Worte“.

⁵⁰ D. 50, 17, 161 (*Ulpian*, in: 77. Buch zum Edikt). Die Regel findet sich auch in Art. 156 OR, Art. 1178 franzCc, Art. 1119 spanCc, Art. 207 griechZGB, Art. 1359 itCc.

⁵¹ Iul. D. 22,1,25, 1 u. 2; Iull.-Paul. D. 7,4,13.; *Paul*, D. 41,1,48 pr. Sowie die heutigen Regeln, z.B. § 955 BGB; § 330 atABGB; Art. 938 chZGB; Art. 549 franzCc; Art. 451 spanCc; Art. 1066 griechZGB; Art. 1148 itCc; Art. 189 japZGB; Art. 486 LouisianaCc; Art. 907 chilCc; Art. 2324 argCc; Art. 1214 brasCc 2002.

⁵² Vgl. Inst. 2,14,7.

⁵³ Instrukтив hierzu *Knütel*, JuS 2001, 209 ff.

⁵⁴ D. 2, 14, 57 pr. (Florentinus im 8. Buch seiner Institutionen): Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus vi-

detur, ne intra id tempus sortem petat“ (Wer vom Schuldner Zinsens für die Zukunft entgegengenommen hat, wird so angesehen, als habe er stillschweigend vereinbart, dass er das Kapital innerhalb der entsprechenden Zeit nicht einklagen wird (Zur Übersetzung vgl. *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis*, Bd. 2, 1995, S. 251).

⁵⁵ Inst. 4,4,1-3.

⁵⁶ BGHZ 114, 183 ff.; vgl. auch bereits RGZ 24, 212 (214).

⁵⁷ *Knütel*, JuS 1996, 768 (768).

5. Empirisch erprobt und erforscht

Das europäische Abendland hat mit keiner anderen zivilrechtlichen Rechtsquelle eine ähnliche tausendjährige Erfahrung gemacht wie mit dem römischen Recht. Es birgt eine breite, strukturierte, juristische Aufarbeitung von Konflikten, die aus dem menschlichen Zusammenleben entstanden sind. Weil die römischen Juristen praktisch ohne gesetzgeberische Bevormundung das Recht aus der Sachproblematik heraus gewonnen haben, bietet es über Jahrhunderte hinweg durchdachte, juristische Antworten auf mannigfaltige zivilrechtliche Fragen.⁵⁸ Daher bezweckt die weitere Erforschung und Wiederbelebung gemeineuropäischer Maximen aus dem römischen Recht auch ihre nachhaltige Anwendung in der gegenwärtigen Rechtspraxis.⁵⁹ Die Renaissance des römischen Rechts im Mittelalter, seine Anreicherung durch die Arbeiten der Glossatoren, Kommentatoren bis hin zur Historischen Rechtsschule und der Pandektistik bezeugen, wie intensiv europäische Rechtsgelehrte seit dem 13. Jahrhundert ihre Erkenntnisse aus den antiken Quellenstellen geschöpft haben. Schließlich führte nur die mit größtem Wissensdurst betriebene Arbeit am römischen Recht – namentlich der Versuch, die systematischen und begrifflichen Erkenntnisse der Pandektendoktrin in die Gesetzespraxis umzusetzen – dazu, dass die deutschsprachige Rechtswissenschaft des 19. Jahrhundert ihre herausragende Position in der Welt erlangte. Erst dadurch war sie in der Lage, eine auf höchstem Rang stehende Gesetzgebung aus der Taufe zu heben, „deren größte Leistung das BGB geworden ist“⁶⁰.

Für den Entstehungsprozess eines *Ius Privatum Europaeum* darf man schon vor diesem Hintergrund ein intensives römisch-rechtliches Quellenstudium als eine *conditio sine qua non* betrachten.

VI. (Historische) Rechtsvergleichung am Beispiel des Verarbeitungserwerbs

1. Vertikale Rechtsvergleichung

Welchen Stellenwert das römische Recht im Entstehungsprozess eines *Ius privatum Europaeum* haben sollte, mag am Fall des Verarbeitungserwerbs (§ 950 BGB) gezeigt werden. Um eine Vorstellung davon zu bekommen, unter welchen Voraussetzungen der Tatbestand der Verarbeitung im *Ius privatum Europaeum* die Eigentumsfrage neu regeln soll, werden Ergebnisse aus der rechtsgeschichtlichen Betrachtung mit aktuellem europäischem Zivilrechtsdenken verglichen. Von den verschiedenen juristischen Auslegungsmethoden⁶¹ soll für die

hiesige Betrachtung die (historische = vertikale) Rechtsvergleichung im Vordergrund stehen. Auf die horizontale Rechtsvergleichung⁶² aktuellen Rechts soll an dieser Stelle nur im Ergebnis eingegangen werden. Denn diese Rechtsvergleichung hat bei der Suche nach Gemeinsamkeiten im Rechtsdenken den Nachteil, dass sie nicht das „gewachsene Recht“ aus seiner rechtsgeschichtlichen Entwicklung heraus beleuchtet und somit keine Rechtsquellen entdeckt, die mit dem eigenen nationalen Recht oft eng verbunden sind.

Ausgehend von einer bestimmten Problemstellung untersucht die vertikale Rechtsvergleichung Lösungsvorschläge, die in den einzelnen (vergangenen) Rechtsordnungen gefunden werden.⁶³ Der Gewinn aus einer solchen komparativen Perspektive ist darin zu sehen, dass ein Vergleich zunächst das Besondere der nationalen Lösung hervorhebt und das Verständnis ihrer inländischen Anwendung erleichtert. Zum anderen können bei einem „Blick über den Tellerrand der eigenen Rechtsordnung“ hinaus auch andere diskutabile Ergebnisse gefunden werden. Ihre Anwendung in der Rechtspraxis bewirkt schließlich eine durch die Rechtsprechung in Gang gesetzte, allmähliche Rechtsangleichung⁶⁴. Letztlich sind die aus der vertikalen Rechtsvergleichung gewonnenen Forschungsergebnisse wertvolle Stützen für die Entwicklung supranationaler Kodifikationen. Methodisch bietet sich die vertikale Rechtsvergleichung als ein geeignetes Instrument an, das *Ius Privatum Europaeum* im Entstehungsprozess zu begleiten.

Welche Erfolge eine derartige Herangehensweise bei der Suche nach einem „gemeinsamen europäischen Zivilrecht“ haben kann, mag – wie eingangs erwähnt – der Blick auf § 950 BGB geben, der tiefe römisch-rechtliche Wurzeln hat. Mittlerweile werden Stimmen laut, die ihre im BGB gefundene Regelung als derart kompliziert bewertet, dass von einer Transparenz der sachenrechtlichen Verhältnisse keine Rede sein könne.⁶⁵ Hier wird untersucht, ob die Tatbestandskonzeption des § 950 BGB modellhaft den Verarbeitungserwerb für ein *Ius Privatum Europaeum* regeln könnte oder nicht. Bei der nachfolgenden Tatbestandsbetrachtung soll wegen der Komplexität der Norm allein die Frage erörtert werden, ob die Verarbeitung eigenen Rohstoffes von § 950 BGB erfasst wird⁶⁶ oder nicht.

methodik; vgl. *Honsell*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, Einl. Rn. 154 ff.

⁶² Mit der horizontalen Rechtsvergleichung werden geltende, fremde Rechte (mit dem eigenen) verglichen, für die es in der älteren Geschichte noch keine Vorbilder gab (z.B. Verbraucherrecht, IT-Recht, Wettbewerbsrecht etc.).

⁶³ Vgl. *Kramer*, Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, 2001, S. 82f.

⁶⁴ *Honsell* (Fn. 61), Rn. 162.

⁶⁵ *Wiegand*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 950 Rn. 6; so auch *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 950 Rn. 1.

⁶⁶ So ausdrücklich *Herrler*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 950 Rn. 4 und RG Warn 29 Nr. 161; ausführlich zum Ganzen *Reitz*, Der Tatbestand der Verarbeitung im § 950 BGB in rechtshistorischer und rechtsdogmatischer Sicht, 1996, S. 35 ff.

⁵⁸ Nach *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017, S. 15 ff., konserviertes „die optimalen Lösungsansätze zu nahezu allen zeitlosen Problemen des Privatrechts“.

⁵⁹ *Heiderhoff* (Fn. 23), S. 59; *Knütel*, JuS 1996, 768 (770); sowie *Schulze*, ZEuP 1993, 442 (460 ff.).

⁶⁰ *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 58), S. 15 ff.

⁶¹ Zu den traditionellen juristischen Auslegungsmethoden zählen die sprachlich-grammatikalische, die logisch-systematische, die teleologische sowie die rechtshistorische und die rechtsvergleichende Methode. Auch die sogenannten „juristischen Schlussformen“ zählen zur juristischen Auslegungs-

2. Die „specificatio“

Der Eigentumserwerb durch Verarbeitung wird im römischen Recht durch den Begriff „specificatio“ umschrieben, etymologisch abgeleitet aus den Worten *novam speciem facere*.⁶⁷ Nach praktisch einhelliger Auffassung⁶⁸ stellt diese nachantike Bezeichnung die Umgestaltung eines Stoffes dar, bei der dieser eine Form erhält, die Anlass dazu gibt, von einer neuen Sache zu reden⁶⁹. Die Terminologie *specificatio* findet sich erstmals nachgewiesen im *Brachylogus Iuris Civilis*⁷⁰ im Titel II 5⁷¹, also im 12. oder 13. Jahrhundert⁷². Auch die sehr wahrscheinlich aus dem 12. Jahrhundert stammende *Codicis Chisiani Collectio*⁷³ verwendet den Begriffsstamm *specificatio*

⁶⁷ *Gaius* verwendet die Bezeichnung der „nova species“ in D. 41,1,7,7 (a.E.); vgl. auch *Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. 1, 1971, S. 431, der auf die *nova species* hinweist, nicht aber auf das *Verbum facere* als Tätigkeitsmoment innerhalb von *specificatio*. Quellen, die eine Spezifikation im Sinn haben, benutzen Verben wie zum Beispiel *facere* (*Res cott* D. 41,1,7,7; *Gai Epitome* 2,1,5; *Gai. Inst.* 2,79; *Inst.*: 2,1,25); *Pomponius/Labeo*, D. 24,1,29,1; D. 24,1,31 pr. und 1 *Pomp. lib.* 14 ad Sab.).

⁶⁸ Vgl. hierzu *Thielmann*, in: *Harder/Thielmann* (Hrsg.), *De iustitia et iure*, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, 1980, S. 189 ff.; *Kaser* (Fn. 67), S. 431 Anm. 53; ebenso *Mayer-Maly*, *SZ* 73 (1956), 120 (128); *Balzarini*, Art. „Specificazione“, *Novissimo Digesto Italiano*, 1970, S. 1085 Anm. 2. Ungeachtet dieser Frage bezeichnet die einschlägige romanistische Literatur alle Verarbeitungsvorgänge seit der vorklassischen Periode mit einer gewissen Indifferenz – aber wohl aus praktischen Gründen – mit *specificatio*.

⁶⁹ *Kunkel*, in: *Jörs* (Hrsg.), *Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 1919; fortgeführt von *Kunkel u.a.*, *Römisches Recht*, 4. Aufl. 1987, S. 170 ff.

⁷⁰ Quelle dieses Rechtsbuches sind eine Reihe von Handschriften, die sich inhaltlich und im Aufbau eng an die *Iustinianische Kodifikation* halten. *Conrat/Cohn*, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 1891, S. 553, bezeichnet den *Brachylogus* daher als „Auszug der Institutionen *Iustinians*“. Die Benennung der Schrift als *Brachylogus* geht auf die Edition vom Jahre 1553 zurück, entbehrt indes der Authentizität. Als Entstehungsgebiet wird Frankreich vermutet, *Conrat/Cohn* (Fn. 70), S. 550. Starke Bezüge weist der *Brachylogus* auch mit einer zwischen 1170 und 1190 abgefassten Schrift der *Glossatoren*schule, der *Summa Legum*, auf, die wahrscheinlich in Paris beheimatet war; *Conrat/Cohn* (Fn. 70), S. 571.

⁷¹ Vgl. die Ausgabe von *Böcking*, *Brachylogus Iuris Civilis*, 1839, S. 36 mit der Abschnittsbezeichnung *De specificatione*.

⁷² Vgl. ebenso *Placentinus*, *Summa Institutionum*, S. 48. Die Begriffe *specificatio* und *specificans* wurden von den *Glossatoren* und den späteren *Juristen* in ihrer technischen Bedeutung benutzt, d.h. um den Vorgang der Verarbeitung und den Verarbeiter zu bezeichnen.

⁷³ Im Vorwort der Ausgabe von *Haenel*, *Dissensiones dominorum/sive Controversia veterum iuris Romani interpretum qui Glossatores vocantur*, 1834 (Neudruck 1964), heißt es auf S. XV: „[...] Quae omnia fidem faciunt, Collectionem Chisia-

und bezeichnet den Hersteller als „specificans“. Aus der römischen *Kasuistik* zur *specificatio* sollen exemplarisch drei dem *Schuljuristen Gaius*⁷⁴ zugeschriebene Verarbeitungsfälle und ein Quellenfragment von *Iustinian* zitiert werden:

In *Gai. Inst.* 2,79 schildert er die Weinherstellung mit den Worten „[...] si ex uvis [...] meis vinum faceris[...]“ und ergänzt die Textstelle mit Beispielen aus der *Schmiedekunst*, *Holzschreinerei*, *Weberei* und *Arzneimittelherstellung*.⁷⁵ Anders als der *Worlaut* von § 950 *BGB* vermuten lässt muss das zu verarbeitende Material für den *specificans* fremd sein:

Gai. Inst. 2,79: „In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum, an tuum. Item si ex auro aut

nam exeunte saeculo XII. scriptam esse. Neque multo post appendix videtur adiecta esse.“ Offensichtlich bestanden schon im *Mittelalter* des 12. Jahrhunderts Meinungsverschiedenheiten über die *Herkunft* und die *Echtheit* dieser *Gesetzessammlung*.

⁷⁴ Der im 2. Jahrhundert lebende römische *Jurist Gaius* – sein vollständiger Name ist unbekannt – war *Rechtslehrer* zur Zeit der *Kaiser Hadrian, Antoninus Pius, Mark Aurel* und *Commodus*. *Gaius* schien ein *Außenseiter* der *klassischen Jurisprudenz* zu sein, weil er weder das *Ius respondendi*, noch die daran geknüpfte *literarische Autorität* besaß (*Gaius* I 7). Er galt deshalb bei *Kollegen* und *Nachfolgern* als nicht *zitierfähig*. Seine *Werke* (etwa 200 *Schriften* zwischen 150 und 180 n. Chr.) dienen vorrangig *didaktischen Zwecken* (leicht fassliche *Mitteilung des Stoffes*), lassen auch *rechtshistorische Interessen* erkennen (z.B. ein *Zwölftefelkommentar*), verzichten aber in der Regel auf *kasuistische Problemdiskussionen*. Seine besondere *Leistung* liegt auf dem Gebiet *abstrakter Dogmatik* und *Systembildung*. Die *institutiones des Gaius* (*Anfängerlehrbuch* in vier *libri*) haben durch *Vermittlung Iustinians* bis in die *Neuzeit* *Rechtsunterricht* und *Kodifikationen* entscheidend beeinflusst. Er gilt als der *einzigste Jurist*, der dem *Provinzialedikt*, d.h. dem in den *Provinzen* üblichen *Rechtsschutzregister* des *Privatrechts*, einen *Kommentar* gewidmet hat. *Gaius* bekannte sich als *Zögling* der *sabinianischen Schule* und hat vermutlich in *Rom* gelernt, vgl. *Behrends*, in: *Stolleis*, *Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1995, S. 221 ff. Seine *Institutionen* bringen einen offenbar für den *Unterricht* von *Anfängern* bestimmten *außerordentlich klaren Überblick* über das *römische Privat- und Zivilprozessrecht*. Insgesamt waren die *Schriften des Gaius* die in der *Antike* am meisten *verbreiteten*; für die *Spätantike*, das *Mittelalter* und die *Neuzeit* bildeten sie die *weitaus einflussreichste, elementar-systematische Darstellung* des *römischen Privatrechts*, vgl. *Kunkel* (Fn. 69), S. 170 (186 ff.).

⁷⁵ *H.-J. Wolff*, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, 1953, S. 180, bewertet abfällig die *einleitenden Beispielsätze* als „*Plattheiten*“, mit denen *Gaius* „die *Geduld seiner Schüler* [...] auf die *Probe* gestellt habe“. Dagegen zu *Recht Mayer-Maly*, *SZ* 73 (1956), 120 (133 ff.), der die *Sinnhaftigkeit* und *Klassizität* des *Fallkataloges* in *Gai. Inst.* 2,79 betont; in diese Richtung auch *Schermaier*, *SZ* 105 (1988), 436 (481 f.).

argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris, item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, quaeritur, utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum. quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio [...].⁷⁶

Die Epitome Gai⁷⁷ fasst in 2,1,5 die bei Gai. Inst. 2,79 erläuterten Verarbeitungsfälle annähernd wortgetreu zusammen. Auch hier muss entgegen § 950 BGB der zu verarbeitende Rohstoff für den spezifischen fremd sein. Gai Epitome 2,1,5:

„Quod si quis ex uvis meis vinum aut ex spicis frumentum aut ex olivis oleum fecerit, eius vinum, triticum vel oleum est, cuius spicae aut uvae aut olivae fuerint. Si quis etiam ex tabulis alienis navem aut armarium aut quodcumque ad usum pertinens fecerit, simili ratione eius erunt, quae facta fuerint, de cuius ligno facta probantur. Similiter etiam si ex lana vel lino alieno vestimenta fecerit, eius erunt vestimenta, cuius lana vel lineum fuisse probabitur.“⁷⁸

⁷⁶ Auch bei veränderter äußerer Beschaffenheit wird das natürliche Rechtsprinzip erforscht. Wenn du also aus meinen Trauben oder Oliven oder meinen Kornähren Wein oder Öl oder Korn gemacht hast, erhebt sich die Frage, ob dieser Wein, dieses Öl oder dieses Korn mir oder dir gehört. Ebenso, wenn du aus meinem Gold oder Silber irgend ein Gefäß hergestellt oder aus meinen Brettern ein Schiff oder einen Schrank oder eine Bank gezimmert hast, ebenso, wenn du aus meiner Wolle ein Kleidungsstück oder aus meinem Wein und Honig Met oder aus meinen Arzneimitteln ein Wundpflaster oder eine Augensalbe hergestellt hast, erhebt sich die Frage, ob das, was du hergestellt hast, dir gehört oder mir. Einige Rechtsgelehrte glauben, man müsse auf die materielle Substanz sehen, d.h., dass offenbar demjenigen, dem das Material gehört, auch die Sache, die hergestellt ist, gehöre, und diese Ansicht haben vor allem Sabinus und Cassius vertreten [...] (Zur Übersetzung vgl. Reitz, [Fn. 66], S. 40).

⁷⁷ Die Epitome Gai stellt mit vulgarisierenden Zügen eine in Kurzfassung gehaltene Übernahme des westgotischen Kodifikationsversuchs, dem Breviarium Alaricianum, dar. Der Entstehungszeitpunkt ist umstritten. Im Gegensatz zu Conrat, Der westgotische Paulus, 1907, S. 511, ist heute die Ansicht herrschend, wonach die Epitome Gai nachklassisch und im Westen im 5. Jahrhundert n. Chr. entstanden sein sollen, vgl. Bruck, Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte, 1954, S. 161 f.; Archi, L'Epitome Gai, Studio sul tardo diritto romano in Occidente, 1937, S. 35 ff.; Conrat/Cohn (Fn. 70), S. 46, schätzen ihren Gebrauch als gering ein.

⁷⁸ Wenn jemand aus meinen Trauben Wein, aus Ähren Weizen und aus Oliven Öl hergestellt hat, ist der Wein, der Weizen und das Öl demjenigen, dem die Ähren, Trauben oder Oliven gehört haben. Wenn jemand aus fremden Brettern ein Schiff, einen Schrank oder so viele Sachen, die zum Gebrauch dienen können, hergestellt hat, gehören diejenigen, die hergestellt würden, nach gleicher Ansicht dem, aus dessen Holz sie erweislich hergestellt worden sind. Gleiches gilt, wenn aus Wolle oder fremdem Leinen Kleidungsstücke hergestellt wer-

Die ebenfalls unter dem Namen des Gaius⁷⁹ verbreiteten Res cottidianae sive aurea bilden in D. 41,1,7,7 einleitend den nachstehenden abstrakten „Verarbeitungstatbestand“ wie folgt ab:

„Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit; quia quod factum est, antea nullius fuerat [...].“⁸⁰

Vergleichbare Passagen – insbesondere die Forderung nach der Fremdheit der „Materie“ – mit der pseudo-gaianischen Textstelle D. 41,1,7,7 präsentiert Iustinian in seinen Institutionen unter Inst. Iust. 2,1,25:

„Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum si quis fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit.“⁸¹

Das pseudo-gaianische Textfragment D. 41,1,7,7 und die Quelle Iustinian Inst. 2,1,25 heben bereits zu Beginn ihrer Fallbeschreibungen, denen jeweils bildlich Beispiele aus dem Handwerk folgen, hervor, dass der Verarbeitungserwerb nur an fremden Sachen (aliena materia) möglich sein soll.⁸² Die Textstelle D. 41,1,7,7 erwähnt als mögliche Anspruchsprätendenten den dominus materiae und jene Person, qui fecerit. Der Hersteller verarbeitet mithin aliena materia. Das Spannungsverhältnis zwischen Hersteller und Rohstoffeigentümer

den, denn die Kleidungsstücke gehören demjenigen, der beweisen kann, dass sie aus dessen Wolle oder Leinen gemacht worden sind (Zur Übersetzung vgl. Reitz, [Fn. 66], S. 41).

⁷⁹ Kaser (Fn. 67), S. 189. Ob sie von Gaius stammen, wird nicht mit Sicherheit behauptet werden können. Zweifelnd auch Harder, in: Lutter (Hrsg.), Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, 1975, S. 17 (27 Anm. 61); Liebs/Gaius/Pomponius, in: Gaio nel suo tempo, 1966, S. 63 f.; ähnlich vorsichtig äußert sich Mayer-Maly, Römisches Privatrecht, 1991, S. 82; ferner Kunkel/Selb, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, S. 33 ff. Die Res cottidianae stammen eher aus frühnachklassischer Zeit; D. 41,1,7,7 wird deswegen im Folgenden als „pseudo-gaianisch“ und der Jurist Gaius, wenn er im Zusammenhang mit den Res cottidianae erwähnt wird, mit „Pseudo-Gaius“ beschrieben; Dolezalek, AcP 195 (1995), 392 (406 Fn. 29); Man wird die Res cottidianae heute als ein juristisches Lehrbuch oder als ein „Supplement“ zu einem „Vorlesungsheft“ ansehen dürfen, so Nelson, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai. institutiones, 1981, S. 331 Anm. 43; dazu auch Schermaier, Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA), 39 (1992), 241 ff.

⁸⁰ Wenn jemand aus fremdem Stoff für sich eine neue Gestalt geformt hat, meinen Nerva und Proculus, dass derjenige Eigentümer werde, der es gemacht hat, weil das, was gemacht worden ist, vorher nicht existiert hat (Zur Übersetzung vgl. Reitz, [Fn. 66], S. 42).

⁸¹ Wenn jemand aus fremdem Material irgendeine Sache hergestellt hat, wird regelmäßig gefragt, wer von beiden kraft natürlicher Vernunft Eigentümer ist, der Hersteller oder eher derjenige, der Eigentümer des Materials gewesen ist (Zur Übersetzung vgl. Reitz, [Fn. 66], S. 44).

⁸² Vgl. Behrends, SZ 112 (1995), 197 ff.

kann auch Gai. Inst. 2,79 und Gai Epitome 2,1,5 entnommen werden.⁸³

3. Im gemeinen Recht

Im Gemeinen Recht findet sich das Tatbestandsmerkmale der aliena res an vielen Stellen, so z.B. in der Codicis Chisiani Collectio aus dem 12. Jahrhundert:⁸⁴

„De actione domino materiae adversus specificantem competente Differunt. Quum quis faciet speciem aliquam bona fide et nomine suo, et res non possit redire ad priorem materiam, ita ut cedat specificanti, dicunt Quidam [...]“⁸⁵.

Das Brauen von Bier aus fremder Gerste ist im Pandektenkommentar von *Wesenbeck*⁸⁶ ein Fall des Verarbeitungserwerbs:

„si ex alieno hordeo coquat cerevisiam [...]“⁸⁷

Althusius definiert den Verarbeitungserwerb in seiner 1617 herausgegebenen Schrift „Dicaeologica libri tres, totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes“ wie folgt:

„Specificatio est immutabilis ex aliena materia rei conformatio & effectio; ut cum ex aliena materia nova species sine materiae domini voluntate & consensu facta est, quae

⁸³ Bei Gai. Inst. 2,79 ist zu lesen: „[...] si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum an tuum [...], zur Übersetzung siehe oben in Fn. 76. In Gai Epitome 2,1,5 heißt es: „[...] si quis ex uvis meis vinum aut ex spicis frumentum aut ex olivis oleum fecerit [...]“ zur Übersetzung siehe oben in Fn. 78.

⁸⁴ Vgl. § 87 Cod. Chis.

⁸⁵ „[...] quod quondam dominus rei omni destituitur auxilio et actione et nullo modo poterit rem petere, aut etiam eius pretium, et secundum hoc semper carebit re sua vel pretio, quemadmodum si res esset scripta vel usucapta“. Von der Klage, die dem Materialeigentümer gegen den Verarbeiter zusteht. Es bestehen unterschiedliche Ansichten. Wenn jemand in gutem Glauben und für sich eine Sache herstellt und die Sache nicht in das frühere Material rückgeführt werden kann, sagen manche, dass sie dem Verarbeiter zufällt (Zur Übersetzung vgl. *Reitz*, [Fn. 66], S. 140).

⁸⁶ Der Niederländer *Matthaeus Wesenbeck*, (geb. 1531 in Antwerpen, gest. 1586 in Wittenberg) begann mit 14 Jahren in Löwen das Studium der Rechte; ab 1550 erhielt er ein Licentiat und wechselte für zwei Jahre nach Frankreich. 1552 konvertierte er zum Protestantismus und wurde 1558 erster Doktor und Professor der Rechte. 1569 nahm er einen Ruf nach Wittenberg, an, wo er als „Professor Codicis“ galt. Er blieb bis an sein Lebensende Rechtslehrer an der Universität Jena, vgl. *Günther*, Lebensskizzen der Professoren an der Universität Jena: seit 1558 bis 1858, 1858, S. 32 ff. Zu seinem einflussreichsten Werken zählen die Werke *Paratitla in Pandectarum iuris civilis libros quinquaginta* von 1575, *In Pandectas Juris Civilis et Codicis Justiniani Lib. IIX, Commentarii* von 1593 und *Rudimenta Wesenbeciana Digestorum et Codicis* (Ed. Wolfgangi Sigismundi a Vorburg) von 1630.

⁸⁷ *Wesenbeck*, *In Pandectas Juris Civilis et Codicis Justiniani Lib. IIX, Commentarii*, n. 8 zu D. 41,1,7,7: „Wenn jemand aus fremder Gerste Bier braut [...]“.

quia ad priorem rudem materiam reduci non potest, fit specificantis.“⁸⁸

Auch der Niederländer *Westenberg*⁸⁹ verfasst in seiner Schrift „Principia Juris“⁹⁰ einen Verarbeitungstatbestand, der das Tatbestandsmerkmal der „Fremdheit der Materialien“ beinhaltet:⁹¹

„Specificatio est modus acquirendi Juris Gentium, cum quis ex aliena materia, suo nomine et bona fide novam speciem facit.“⁹²

4. Die Kodifikation der aliena res im Gesetz

Beim Codex Theresianus⁹³ heißt es unter dem Titel „Von dem Zugang durch alleinige menschliche That“⁹⁴:

„Damit aber die Gestaltung die besondere Wirkung einer Erwerbungsart des Eigenthums habe, wird darzu erfordert: Erstens, daß der Zeug, welcher gestaltet wird, ganz fremd seie, dann, wo derselbe ganz oder zum Theil eigen wäre, höret ersteren Falls die Frage von dem Zugang auf, weil der Zeug schon ehedeme in dem Eigenthum des Gestalters ist, der letztere Fall aber begreift eine zweifache Art des Zugangs als eine Beifügung und Gestaltung zugleich [...]“.

Der Entwurf Horten⁹⁵ zum Codex Theresianus äußert sich zur specificatio wie folgt:

„Wenn Jemand aus einer fremden Sache durch seine Arbeit eine neue Sache gestaltet, so solle die neu erzeugte Sache für vornehmer gehalten werden, als die Sache, woraus sie erzeugt worden, und die neue Sache wird Demjenigen eigen, der sie gestaltet hat.“⁹⁶

Das Bürgerliche Gesetzbuch von Sachsen betont in § 246 Abs. 3 „Verarbeitung oder Umbildung“:

„Wenn jemand aus einer oder aus mehreren Sachen, mögen sie sämtlich fremde oder zum Teil eigene sein, durch

⁸⁸ Cap. 39. De conjunctione rerum, 16. „Die Spezifikation ist die unwandelbare Gestaltung und Herausbildung einer Sache aus fremdem Material; immer, wenn aus fremdem Material eine neue Gestalt ohne Willen und Zustimmung des Rohstoffeigentümers gefertigt worden ist, gehört sie dem Hersteller, weil sie in das ursprüngliche Rohmaterial nicht mehr zurückgeführt werden kann.“.

⁸⁹ *Johannes Ortwin Westenberg*, gestorben 1737, holländischer Rechtsgelehrter und Nachfolger *Schultinghs* in Harderwijk, gehört zu den bedeutendsten Vertretern der kritischen und antiquarischen Richtung der niederländischen Schule; sein bekanntestes Werk ist der zweibändige Digestenkommentar „Principia iuris“ von 1719; vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, § 8 IV 4 b.

⁹⁰ *Westenbergs* „Principia Juris“ erschien 1719.

⁹¹ *Westenberg*, *Principia Juris*, § 121 Lib. XLI. Tit. I.

⁹² Die Verarbeitung ist eine Eigentumserwerbsart nach Jus Gentium und liegt vor, wenn jemand aus einer fremden Sache für sich und im guten Glauben eine neue Sache herstellt (Zur Übersetzung vgl. *Reitz*, [Fn. 66], S. 154).

⁹³ Vgl. hierzu *Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, 1886, 2. Theil Cap. V 3. Artikel § IX n. 69/70.

⁹⁴ Codex Theresianus, 2. Theil Cap. V 3. Artikel § IX n. 69.

⁹⁵ Vgl. *Harrasowsky* (Fn. 93), 2. Theil 4. Cap. § 20.

⁹⁶ Codex Theresianus, 2. Theil 4. Cap. § 17.

Umarbeitung oder Umbildung für sich eine neue schafft, so erwirbt er das Eigentum der letzteren[...].“

Im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Bayern aus dem Jahre 1864 lautet Art. 113:

„Das Eigentum einer aus fremden Stoffe verfertigten neuen Sache gehört dem Verfertiger, bezw. dem, für welchen er die Umgestaltung vorgenommen hat [...].“

Im Württembergischen Recht kann bei *Reyscher*⁹⁷ gelesen werden:

„Da jede Sache durch ihre Form erkennbar ist, so wird demjenigen, welcher einen fremden Stoff für sich verarbeitet, Eigentum an der verarbeiteten Sache zugeschrieben [...].“

Der von der ersten Kommission⁹⁸ ernannte Redaktor für das Sachenrecht, *Johow*,⁹⁹ entwarf nach Sammlung und Sichtung des damals geltenden Rechts einen in § 149 der Vorlage gefassten Verarbeitungstatbestand der wie folgt lautete:

„Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache für sich herstellt oder herstellen läßt, erwirbt das Eigentum derselben, auch wenn der Stoff ganz oder theilweise einem Anderen gehörte.“¹⁰⁰

Johows lehnt somit einen Spezifikationsfall ab, sofern ausschließlich eigene Sachen verarbeitet werden. Erklärend verweist er in der Begründung seiner Vorlage noch auf eine Schrift *Gruchots* und macht sich dessen dort vorgetragene Ausführungen zu eigen.¹⁰¹ Bei *Gruchot* liest man:

„Die Spezifikation kommt als juristische Handlung immer nur insofern in Betracht, als sie eine Eigentumsveränderung zu bewirken geeignet ist, also nicht, wenn sie vom Stoffeigentümer selbst oder Namens seiner von einem Dritten vorgenommen wird. Sie erscheint dann als bloße Gewerbs-handlung.“¹⁰²

In § 950 BGB wurde die *aliena res* als Tatbestandsmerkmal nicht übernommen.

VII. Verarbeitungserwerb in europäischen Nachbarstaaten

Das Tatbestandsmerkmal der Fremdheit der Sache beim Verarbeitungserwerb hat sich auch in vielen europäischen Nachbarstaaten durchgesetzt. So findet man die Forderung

der (auch) *aliena res* etwa im französischen Code civil¹⁰³, dem italienischen Codice civile¹⁰⁴, dem spanischen Código Civil¹⁰⁵ oder dem österreichischen ABGB¹⁰⁶. Ferner in den Zivilgesetzbüchern Griechenlands¹⁰⁷, Polens¹⁰⁸, Estlands¹⁰⁹, Litauens¹¹⁰, Lettlands¹¹¹ und auch Schwedens¹¹². Die Tatsache, dass diese ausländischen Kodifikationen der Norm des § 950 Abs. 1 BGB zum Teil auf der Rechtsfolgenseite widersprechen, ist ein Zeichen dafür, dass es letztlich für die Frage der Eigentumszuweisung kraft Verarbeitung keine „an sich richtige Lösung gibt“¹¹³. So billigen etwa der Code civil und der Codice civile das Eigentum am Verarbeitungsprodukt dem früheren Stoffeigentümer zu, wogegen § 415 ABGB das Eigentum an die Beteiligten des Verarbeitungsvorganges gemeinsam oder nach Wahlgesichtspunkten verteilt. Demnach ist die im BGB getroffene Konfliktlösung zugunsten des

¹⁰³ Nach Art. 570 franzCC gilt: „Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose de nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main d'œuvres estimée à la date du remboursement.“ (Wenn ein Künstler oder irgendeine Person eine Sache benutzt hat, die ihm nicht gehört, um daraus eine neue Sache herzustellen, sei es, dass sie in ihre frühere Form zurückgeführt werden kann oder nicht, hat der Eigentümer des Stoffes das Recht, die Sache gegen Zahlung des geschätzten Zeitwerts herauszuverlangen. Zur Übersetzung vgl. *Reitz*, [Fn. 66], S. 16). Ebenso Art. 5:16(1) nld. BW, vgl. N.V.W., Parl. Geschiedenis V. S. 110; *Nieuwenhuis/Stolker/Valk (-Stolker)*, BW, Art. 5:16 Nr. 2.

¹⁰⁴ Er liest sich als getreues Spiegelbild des französischen Code civil wie folgt: lib. II, tit. II, 463: „Se un artefice o altra persona abbia adoperata una materia che non gli apparteneva, per formare una cosa di nuova specie...“ Zum Einfluß des französischen Code civil in Italien: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. 1, Grundlagen, 2. Aufl. 1984, § 8 IV a.

¹⁰⁵ Art. 383 span.Cc: „El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta [...].“

¹⁰⁶ § 415 atABGB bestimmt: „Können dergleichen (i.e. aus fremdem Stoff) verarbeitete Sachen in ihren vorigen Stand zurückgebracht, vereinigte, vermengte oder vermischte Sachen wieder abgesondert werden, so wird einem jeden Eigentümer das seinige zurückgestellt und demjenigen Schadloshaltung geleistet, dem sie gebührt [...].“

¹⁰⁷ Art. 1061 S 1 gr.ZGB: Wer durch Verarbeitung fremder Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt [...].

¹⁰⁸ Art. 192 § 1 poln.ZGB: Wer aus fremden Material eine neue bewegliche Sache herstellt [...].

¹⁰⁹ § 106 (1^o) estn.LPA.

¹¹⁰ Art. 4:55 (1) lit.ZGB.

¹¹¹ Art. 383 lett.ZGB.

¹¹² Zur gleichen Regelung in Schweden vgl. *Håstad*, Sakrätt, 1996, S. 47 sowie v. *Bar* (Fn. 21), S. 436.

¹¹³ *Flume*, NJW 1950, 841 (841 f.).

⁹⁷ *Reyscher*, Württembergisches Privatrecht, Bd. 2, 1837, S. 23 f.; siehe ferner zum Quellennachweis *Paret*, Die Lehre vom Eigentumserwerb durch Spezifikation, 1892, S. 51.

⁹⁸ Die erste Kommission zur Schaffung des BGB wurde am 22.6.1874 berufen. Sie bestand überwiegend aus Praktikern, Richtern und Ministerialbeamten. Die Wissenschaft wurde durch die Gelehrten *Windscheid* in Pandektenrecht und *Roth* in Deutsches Privatrecht vertreten, vgl. auch *Coing*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1995, Einleitung Rn. 77 ff.

⁹⁹ *Johow*, „vertrat“ innerhalb der ersten Kommission als preußischer Obertribunalsrat den „Zweig“ der Justiz.

¹⁰⁰ Gleichgestellt mit § 149 wurde der Fall der Bearbeitung (§ 150) vgl. *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Sachenrecht mit Begründung, 1880, S. 24.

¹⁰¹ Vgl. *Johow* (Fn. 100), S. 816 unter III. 4.

¹⁰² *Gruchot*, Gruch. Beitr. 7 (1863), 259 (271).

Verarbeiters keine von der Rechtsordnung geforderte Notwendigkeit.¹¹⁴ Aber in den Regelungen, die die Fremdheit des Rohstoffs als Tatbestandsmerkmal der Verarbeitung verstehen, sieht man deutliche Spuren römisch-rechtlichen Spezifikationsdenkens,¹¹⁵ die von der Vorstellung getragen wird, dass nicht schon bei Verarbeitung *eigener*, sondern erst bei Verarbeitung *fremder* Materialien die Notwendigkeit für eine gesetzliche Eigentumszuweisung besteht. Im Einklang mit dieser Forderung steht die Regelung im DCFR.¹¹⁶

VIII. Folgen für die Auslegung des § 950 BGB

Wenn der Nutzen einer komparativen Perspektive darin liegen soll, auch die Lösung der eigenen Rechtsordnung kritisch zu betrachten, führt das bei der Frage, ob § 950 BGB die Verarbeitung eigenen Materials erfasse, zu folgender Konsequenz:

1. Grammatikalische Auslegung

Die Meinung, § 950 BGB erfasse auch die Verarbeitung eigenen Materials, hat zweifellos den Gesetzeswortlaut auf ihrer Seite.

2. Historisch-rechtsvergleichende Auslegung

Die historisch-rechtsvergleichende Auslegung gelangt zu dem Ergebnis, dass § 950 BGB die Verarbeitung eigener Sachen gerade nicht erfasst.

3. Systematische Auslegung

Die *aliena res* als Tatbestandsmerkmal der Verarbeitung fordert auch § 951 Abs. 1 BGB. Denn diese Vorschrift gewährt dem Rohstoffeigentümer einen Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller, „zu dessen Gunsten die Rechtsänderung“ eingetreten ist. Ein gegen sich selbst gerichteter Schadens-

ersatzanspruch ist aber genauso sinnentleert¹¹⁷ wie ein erneuter Eigentumserwerb an eigenen Sachen kraft *Spezifikation*. Die einzelnen Rechtssätze des BGB sind aber so auszulegen, dass sich zwischen Normtext und der dazugehörigen *ratio legis* keine Widersprüche ergeben.¹¹⁸ Dann kann auch aus diesem Gesichtspunkt § 950 Abs. 1 BGB nur greifen, wenn der Hersteller eine *aliena res* verarbeitet.

4. Teleologische Auslegung

§ 950 Abs. 1 BGB verfolgt die Lösung eines Zuordnungs- oder Interessenkonflikts zwischen dem Rohstoffeigentümer und dem Hersteller der neuen Sache,¹¹⁹ § 950 Abs. 1 S. 1 BGB setzt deswegen einen solchen Konflikt zwischen wenigstens zwei Anspruchsprätendenten voraus.¹²⁰ Die Verarbeitung ei-

¹¹⁷ Dem Zweck einer Rechtsregel liegt aber der Satz zugrunde, dass das Gesetz etwas Vernünftiges und Sinnvolles regeln wollte, vgl. RGZ 74, 69, (72).

¹¹⁸ Hierzu *Honsell* (Fn. 61), Einl. Rn. 144; zur Vermeidung von Gesetzeswidersprüchen durch teleologische Reduktion; vgl. *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 5 ff. und 76 mit rechtshistorischem Verweis auf die Parömie „Cessante ratione legis cessat lex ipsa“ aus dem 12. und 13. Jahrhundert. Sie ist erstmals in einem Dekret *Gratians* (gest. vor 1160) zu finden. Das *Decretum Gratiani* enthält etwa 3800 Kapitel kirchenrechtlicher Quellen, die mit einem die Widersprüche der Texte auflösendem Kommentar versehen sind; vgl. hierzu *Stolleis/Landau*, Juristen: ein biographisches Lexikon, von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 1995, S. 249 ff.

¹¹⁹ *Rothkegel*, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, S. 1; *Heck*, Grundriss des Sachenrechts, 1960, § 62, Anm. 4 Fall b; *Flume*, NJW 1950, 841 ff.; *Bauer/Stürner*, Lehrbuch des Sachenrechts, 18. Aufl. 2009, § 53 b I.; *Wiegand* (Fn. 65), § 950 Rn. 1; *Wadle*, JuS 1982, 477 (479); *Westermann*, Sachenrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1990, § 5 3 I; *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 541 („inter-partes-Konflikt“); *Wellenhofer/Wolf*, Sachenrecht, 24. Aufl. 2019, § 24; *Gottwald*, Prüfe Dein Wissen, 16. Aufl. 2014, Fall 191; *Hefermehl*, in: Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 1993, § 950 Rn. 1; *Mühl*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1990, § 950 Rn. 1; *Pikart*, in: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, II./III. Teil, 12. Aufl. 1974, § 950 BGB Rn. 1; *Paulus*, JR 1990, 407 ff.; *Quack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 950 Rn. 1 („Zuordnungskonflikt“); *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 4, 1976, § 4 II 6 a; *Zeuner*, JZ 1955, 196 ff. („Zuordnungsproblem“); *Herrler* (Fn. 66), § 950 Rn. 1; *Uhle*, Verarbeitung durch und für andere, 1956, S. 12; einschränkend *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 519: § 950 BGB bezwecke „klare Eigentumsverhältnisse“; vgl. auch BGH NJW 1991, 1481 ff.; entscheidend sei die „konkrete Interessenlage“ des Stoffeigentümers und des Herstellers.

¹²⁰ So auch *Flume*, NJW 1950, 843 ff.; *Westermann* (Fn. 119), § 53 I sieht den Interessenkonflikt sogar zwischen zwei Unternehmern. § 950 BGB entscheide den „Interessengegensatz

¹¹⁴ *Flume*, NJW 1950, 841 (841).

¹¹⁵ Gleiches gilt im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Unter *specificatio* versteht man „[the] mode of acquiring property through which a person, by transforming a thing *belonging to another*, especially by working up his materials into a new species, becomes proprietor of the same“, vgl. *Black*, Black’s Law Dictionary, 6. Aufl. 1990, S. 1398 f. (*Hervorhebung* nicht im Original); *Bozeman Mortuary Association v. Fairchild et al.* (Decided Feb. 20, 1934): „[...] Right by ‘specification’, can only be acquired when, without the accession of any other material, *that of another person*, which has been used by the operator innocently, has been converted by him into something specifically different in the inherent and characteristic qualities, which identify it.“, Kentucky reports, Vol. 253, S. 74 ff. (*Hervorhebungen* nicht im Original).

¹¹⁶ Section 2: Default rules and supplementary provisions VIII. – 5:201: Production (1): „Where one person, by contributing labour, produces new goods out of material *owned by another person*, the producer becomes owner of the new goods [...].“ (*Hervorhebung* nicht im Original).

gener Sachen kann keinen Zuordnungskonflikt auslösen und ist damit nicht regelungsbedürftig.¹²¹ Das logisch-systematische Argument, wonach aufgrund des § 950 Abs. 2 BGB der Untergang der Drittrechte auch bei Verarbeitung eigener Sache gesichert sein müsse, verfängt ebenfalls nicht. Diese Interpretation ordnet ohne Not die teleologische Auslegung, der logisch-systematischen Norminterpretation unter.¹²² Gängige Auslegungspraxis ist es indes, der teleologischen Auslegung regelmäßig größeres Gewicht gegenüber der logisch-systematischen Interpretation beizumessen.¹²³

5. § 903 BGB

Auch ein Vergleich mit § 903 BGB spricht für eine restriktive Auslegung von § 950 BGB. § 903 BGB widerlegt ein gesetzgeberisches Bedürfnis, bei Verarbeitung eigener Sachen die Eigentumszuordnung gesetzlich neu regeln zu müssen. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer mit seinen Sachen „nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Die Einwirkung auf die Sache selbst umfasst auch eine Verarbeitung des Eigentums, kurz: über die Sachsubstanz zu verfügen.¹²⁴ Eine gesetzgeberische Notwendigkeit, hier regelnd eingreifen zu müssen, besteht nicht. Wer eigene Sachen verarbeitet, wird vielmehr nach der Lebensanschauung als Eigentümer der neuen Sache angesehen.¹²⁵

6. Konsequenz für die Auslegung von § 950 BGB

Die überzeugenden Argumente sprechen für eine restriktive Auslegung von § 950 BGB. Die Norm ist nicht anwendbar bei Verarbeitung eigenen Materials. Durch eine Restriktion wird jedoch in den Tatbestand einer Norm eine Lücke gerissen. Angesichts der hier vertretenen Ansicht, dass die Verarbeitung eine *aliena res* voraussetzt, muss die Gegenfrage

zwischen Rohstoff- und Veredelungsindustrie zugunsten der Veredelungsindustrie“ oder „gegen den Rohstofflieferanten und für die Gläubiger des Verarbeiters“; ebenso *Heck* (Fn. 119), § 62, 4.

¹²¹ Vgl. *Pikart* (Fn. 119), § 950 Rn. 62.

¹²² Vgl. zur Rangfolge und dem Verhältnis der Auslegungsmethoden untereinander *Honsell* (Fn. 61), Einl. Rn. 145 ff. und *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991. Kapitel 4, 2 f.

¹²³ *Honsell* (Fn. 61), Einl. Rn. 145 ff.; nach *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 22 f., ist der „Wortlaut keine feste Größe“, sondern weist „erhebliche Schwankungsbreite auf“; bereits bei RGZ 142, 36 (40) heißt es: „Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Zweck und Sinn.“

¹²⁴ *Georgiades*, Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnis, 1977, S. 151; *Pawłowski*, Substanz- oder Funktionseigentum, AcP 165 (1965), 395 ff.; so auch schon *Randa*, Das Eigentumsrecht, S. 9: „Eigentum [...] ist das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden Andern davon auszuschließen.“

¹²⁵ *Mühl* (Fn. 119), § 950 Rn. 25; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 73 III.

erlaubt sein, ob dieses Ergebnis grundsätzlich so hingenommen werden kann. Doch wenn ich aus meinen Oliven Öl herstelle oder aus meinen Zutaten einen Kuchen backe, ist es nicht mehr als selbstverständlich, dass auch die Produkte mir gehören. Wem denn sonst? Mit Blick auf den Wortlaut von § 950 Abs. 1 BGB ist es zudem legitim, Selbstverständlichkeiten nicht gesetzlich geregelt zu verlangen. Der Untergang einer Forderung durch *contrarius consensus* oder durch Konfusion ist schließlich auch nicht gesetzlich geregelt. Damit sich zwischen Normtext und der dazugehörigen *ratio legis* keine Widersprüche ergeben,¹²⁶ ist es daher nur konsequent, § 950 Abs. 1 BGB bei Verarbeitung eigener Stoffe als nicht einschlägig zu betrachten.¹²⁷ Die „Fremdheit“ der Stoffe ist demnach ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 950 Abs. 1 BGB.

7. Folgerung für ein *Ius privatum Europaeum*

Die Betrachtung führt zu dem Schluss, dass nach europäischem Zivilrechtsverständnis ein Verarbeitungserwerb an eigenen Sachen nicht möglich und damit auch nicht regelungsbedürftig ist. § 950 BGB hat nach alledem für den Tatbestand der Verarbeitung im *Ius privatum Europaeae* keinen Modellcharakter. Der europäische Verarbeitungserwerb bedarf des einschränkenden Tatbestandsmerkmals einer *aliena res*.

Dieses Ergebnis steht letzten Endes auch im Einklang mit dem Lösungsvorschlag im DCFR,¹²⁸ der mit seinem systematisch strukturierten Regelwerk der europäischen Diskussion

¹²⁶ Hierzu *Honsell* (Fn. 61), Einl. Rn. 144.

¹²⁷ Ebenso schon *Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1889, § 32 III 2; *Schnorr v. Carolsfeld*, Geschichte der Juristischen Person, Bd. 1, 1933, S. 38: Bei Verarbeitung eigenen Materials handele „es sich nicht um einen besonderen Eigentumserwerb, sondern um eine Umgestaltung des Gegenstandes des alten Eigentums, das sich fortsetzt, aber die entsprechende Anwendung wird wichtig, wenn beschränkte dingliche Rechte an dem Stoff bestehen. Diese erlöschen in demselben Grade, wie bei einer richtigen Spezifikation.“; Bereits *Gruchot*, Gruch. Beitr. 7 (1863), 259 (271), bezeichnete diese „unechte Spezifikation“ als bloße „Gewerbshandlung“; vgl. auch *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 II 4, der allerdings bei Verarbeitung eigenen Materials die Norm des § 950 BGB ohne nähere dogmatische Erklärung direkt anwendet: „Hat der Verarbeiter eigene Stoffe verarbeitet, so ändert sich am Eigentum zwar nichts, aber die Belastungen erlöschen nach § 950 II BGB“; vgl. auch *Wolff/Raiser* (Fn. 125), § 73 II.; *Wolf*, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. 1979, § 4 G. I. c. begreift zu Recht „Stoffe, die dem Hersteller nicht oder nicht sämtlich gehören“ als Tatbestandsmerkmal des § 950 Abs. 1 BGB.

¹²⁸ Section 2: Default rules and supplementary provisions VIII. – 5:201: Production (1): „Where one person, by contributing labour, produces new goods out of material owned by another person, the producer becomes owner of the new goods [...]“. (*Hervorhebung* nicht im Original).

einen Referenzpunkt bieten will, die Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung zu fördern und voranzutreiben.¹²⁹

Für das nationale Zivilrechtsdenken möge das hiesige Resultat bewirken, von der Vorstellung eines Verarbeitungserwerbs bei Verarbeitung eigenen Materials gänzlich abzurücken und den Untergang bestehender Drittrechte über § 950 Abs. 2 BGB analog abzuwickeln.

IX. Schlussbemerkung

Für die großartige Idee, ein supranationales *Ius privatum Europaeum* zu schaffen, dürfen weder Wege zu weit sein, noch „gedankliche Katalysatoren“ ausgebremst werden. Zur Entwicklung eines *Ius privatum Europaeum* kann das geborgene, antike *iuris civilis* dem heutigen Zivilrechtsdenken als Fundament dienen. Der Einheit Europas wegen bedarf es der Renaissance des römischen Rechts. Die bis in die Mitte des 3. Jahrhunderts von klassischen römischen Juristen entwickelte römische Privatrechtsordnung galt schließlich allen kontinentaleuropäischen Privatrechtskodifikationen als musterhaft. Das römische Zivilrecht ist weltanschaulich neutral und zeitlos. Es entstand frei von sozialen Zwängen.¹³⁰ Als Produkt weitgehend isolierter tätiger Wissenschaftler war es allen ideologischen, religiösen oder philosophischen Strömungen abhold und konnte damit in jedem beliebigen soziologischen Kontext universal eingesetzt werden.¹³¹

Die Wirkungsgeschichte des römischen Rechts belegt, dass man seine Aktualität für das proklamierte europäische Zivilrechtsprojekt nicht verkennen sollte: Konserviert wurde das klassische oströmische Recht zunächst durch Iustinian, der es Mitte des 6. Jahrhunderts in seinem groß angelegten Gesetzgebungswerk für das oströmische Reich zusammenfasste. Wiederentdeckt und wissenschaftlich bearbeitet wurde es ab 12. Jahrhundert an den Universitäten Italiens sowie Südfrankreichs und hernach im europäischen Westen. Schließlich bildet es als rezipiertes „Gemeines Recht“ ab dem 18. Jahrhundert die Basis moderner Kodifikationen. Seiner Universalität ist es zu verdanken, dass die heute in der Welt geltenden Zivilgesetzbücher zum großen Teil auf römischem Recht basieren.¹³²

Es entspricht einer inneren Logik, wenn der Forderung des Europäischen Parlaments, eine gemeinsame europäische Privatrechtskodifikation hervorzubringen, der Ruf nach mehr praktizierter historischer (vertikaler) Rechtsvergleichung auf dem Fuße folgt. Die derzeitige juristische Ausbildung wird der Bedeutung des römischen Rechts aber nicht gerecht. Im Universitätsunterricht wird es als Grundlagenfach und Teilgebiet der Rechtsgeschichte¹³³ vorgetragen. Es wird verkannt, dass das römische Recht ein Meilenstein für die Genese eines gemeinsamen europäischen Privatrechtsdenkens und seine zukünftigen Entwicklung ist. Eine nachhaltige, zukunftsorientierte Ausbildung im Fach Jura darf die kulturellen Wurzeln des *homo europaeus* nicht verkennen, der flächendeckend

einer „Rezeption 2.0“ des römischen Rechts bedarf. Die Schöpfung eines gemeinsamen europäischen Zivilrechts profitiert von der Renaissance antiken römischen Rechts. Aus ihm können fundamentale privatrechtliche Gemeinsamkeiten gefördert und für die verfolgte Harmonisierung des europäischen Zivilrechtsdenkens gewinnbringend verwendet werden.

Auf den Beispielsfall – den Eigentumserwerb kraft Spezifikation – bezogen wird deutlich, dass die europäischen Gemeinsamkeiten beim Verarbeitungserwerb größer sind, wenn man den Verarbeitungserwerb von einer *aliena res* abhängig macht. Der Wortlaut des § 950 BGB ist als Vorlage für das *Ius privatum Europaeum* nicht geeignet.

§ 950 BGB ist bei Verarbeitung eigenen Materials nicht einschlägig.

Für ein „*Europa locuta, causa finita*“ benötigen die Europäer und ihre Institutionen noch einen langen Atem. Juristische Gesamtkunstwerke brauchen ihre Zeit und sollten nach der Parömie „*nihil tamen difficile est, quin querendo investigari possit*“¹³⁴ keine Unmöglichkeit darstellen. Europa handelte klug, sich bei der Schaffung eines europäischen Zivilrechts auf sein reichhaltiges juristisches Kulturgut zu besinnen, es zu würdigen und für diesen schöpferischen Akt auch sichtbar zu nutzen. Denn: „Was du ererbst von deinen Vätern hast, erwirb es, um es zu besitzen!“¹³⁵

¹²⁹ Schulte-Nölke, NJW 2009, 2161 (2162).

¹³⁰ Harke, Römisches Recht, 2. Aufl. 2016, S. 3.

¹³¹ Harke (Fn. 130), S. 3.

¹³² Harke (Fn. 130), S. 3.

¹³³ Meincke (Fn. 41), S. 20.

¹³⁴ Nichts ist so schwierig, dass es nicht erforscht werden könnte. Das Zitat stammt von *Publius Terentius Afer Terenz* (Komödiendichter, Italien, 190–159 v. Chr.).

¹³⁵ *Johann Wolfgang v. Goethe*, Faust, Der Tragödie erster Teil, 1808 (Nacht, Faust mit sich allein).