

Fall 5. Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages

Franz-Stefan Meissel

Vorbemerkung: Der Text beschäftigt sich mit dem Erfordernis der *causa* für den Eigentumserwerb durch Übergabe im römischen Recht. Ausgangspunkt dabei ist der Gegensatz der in den justinianischen Digesten überlieferten Entscheidungen von Julian (D. 41. 1. 36) und Ulpian (D. 12. 1. 18 pr.). Von diesen immer wieder unterschiedlich interpretierten Stellen ausgehend wird in einer *tour d'horizon* die dogmengeschichtliche Entwicklung in der europäischen Rechtskultur verfolgt. Neben der Erörterung des Sachproblems, dem nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer möglichen Privatrechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene aktuelle Bedeutung zukommt, illustriert der Beitrag auch den methodischen Wandel im Umgang mit den Quellen des römischen Rechts im Laufe der Privatrechtsgeschichte. Der Beitrag richtet sich (eher) an Studierende fortgeschrittener Semester.

Gliederung: I. Das konkrete Szenario: Schenkung oder Darlehen?; 1. Die innovative Lösung Julians; 2. Die scheinbar konservative Lösung Ulpians; II. Interpretationsgeschichten; 1. Versuche der Auflösung der Antinomie bei den Glossatoren; 2. Von der *causa* als Motiv zum dinglichen Vertrag; 3. Interpolationenkritische Erklärungsversuche; 4. Neuere romanistische Erklärungsansätze.

Der Fall

I. Das konkrete Szenario: Schenkung oder Darlehen?

Eine Person übergibt einer anderen eine bestimmte Summe Geldes, um es ihr zu schenken. Diese nimmt die Geldstücke entgegen im Glauben, sie würden ihr als Darlehen gewährt. Erwirbt die Empfängerin Eigentum am Geld? (Vorauszusetzen ist, dass die Geberin Eigentümerin des Geldes war und dass sich die beiden hinsichtlich des Zweckes der Hingabe des Geldes nicht sofort verständigen, indem sie klären, ob das Geld zur Darlehenshingabe oder zwecks Schenkung abgegeben wurde.)

Dieser „Fall“ wird im *corpus iuris civilis*, der Sammlung des römischen Rechts, die im Auftrag Justinians I. (oströmischer Kaiser 527–565) geschaffen wurde,¹ zweimal angesprochen. Beide Male in Entscheidungen von Juristen, die in den Digesten Justinians überliefert sind. Beim Hochklassiker Julian (Mitte des zweiten Jahrhunderts n. Chr.) wird unser Fall folgendermaßen geschildert:

si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias ... – wenn ich dir abgezähltes Geld in Schenkungsabsicht übergebe, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst ...

Und der Spätklassiker Ulpian (Anfang des dritten Jahrhunderts n. Chr.) formuliert den Sachverhalt ganz ähnlich:

¹ Justinian I. wollte mit der in seinem Auftrag geschaffenen Kompilation an die Tradition des klassischen römischen Rechts (1. Jh. vor bis Mitte des 3. Jh. n. Chr.) anknüpfen. Seine Rechtssammlung bestand aus einem autorisierten Anfängerlehrbuch (*Institutiones*, 533 publiziert), einer Sammlung von Kaiserkonstitutionen (*Codex*, in seiner zweiten Fassung 534 publiziert), sowie aus einer umfangreichen Zusammenstellung von Exzerpten aus den Schriften der klassischen Juristen (*Digesta*, 533 publiziert). Bei den *Novellae* handelt es sich um die später von Justinian erlassenen Konstitutionen.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederō, tu quasi mutuam accipias ... – Wenn ich dir Geld gebe, gleichsam um es dir zu schenken, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst ...

Schon an dieser Stelle können wir eine erste Beobachtung treffen: Der Fall wird bei beiden Juristen wiedergegeben, ohne dass wir die konkreten Umstände mitgeteilt erhalten. Wer ist die gebende Person – der großzügige Aurelianus, der verschwenderische Antipater oder die reiche Atossa? Wer erhält das Geld – der liebenswerte Boethius, der schöne Brutus oder die verschlagene Berenike? Ja, hat sich der Fall überhaupt tatsächlich zugetragen, oder handelt es sich bloß um ein hypothetisches Szenario, welches von den Juristen referiert wird, um ein bestimmtes dogmatisches Problem zu behandeln? All das lässt sich aufgrund der Überlieferung nicht sicher beantworten.

Dies ist aber nicht nur bei diesem Fall zu beobachten, sondern kann, zumindest für die in den Digesten behandelten Sachverhalte, als geradezu typisch bezeichnet werden. In aller Regel werden die Ausgangssituationen von den Juristen knapp und abstrakt geschildert, auch die Entscheidungen fallen häufig lapidar aus, gelegentlich werden andere Juristenmeinungen zitiert, nur ab und zu findet sich eine ausdrückliche Begründung für eine bestimmte Lösung. Im Zentrum des Interesses stehen die von Juristen gestellten und beantworteten Fragen. Nach römischem Rechtsverständnis kommt den Meinungen der anerkannten Juristen selbst der Charakter einer Rechtsquelle zu.² Diese Autorität der Doktrin der Rechtsgelehrten (*prudentes*) bezieht sich auf bestimmte Fragestellungen, sie ist aber unabhängig davon, ob ein konkreter Rechtsstreit entschieden wurde (und ein Jurist als Berater, Gutachter oder entscheidungsbefugtes Organ tätig war) oder aber ein rein hypothetischer „Schulfall“ erörtert wurde.

In den justinianischen Quellen können wir gelegentlich aufgrund von Mehrfachüberlieferungen nachvollziehen, wie ein bestimmter Fall (unter Umständen einer, der sich tatsächlich zugetragen hat) im Laufe der Zeit immer wieder den Gegenstand einer juristischen Erörterung bildet, wobei im Laufe der Zeit die Überlieferung meist immer abstrakter wird.³ Ähnlich verhält es sich auch in unserem Ausgangsfall, welcher bei Julian ebenso behandelt wird wie gut ein halbes Jahrhundert später bei Ulpian.

Bevor auf die Entscheidung unseres Falles durch die römischen Juristen eingegangen wird, sind zunächst einmal die Grundsätze des römischen Rechts zum derivativen Eigentumserwerb durch Übergabe (*traditio*) zu rekapitulieren.⁴

Zur Übertragung des Eigentums an einer (beweglichen oder unbeweglichen⁵) Sache ist erforderlich, dass

- a) ein dinglich Berechtigter;
- b) aufgrund einer *iusta causa*;
- c) den Besitz der Sache dem Erwerber überträgt.

Zu a) Um eine wirksame Verfügung über das Eigentum zu bewirken, muss der Übertragende entweder Eigentümer der Sache sein oder eine dingliche Verfügungsbe-

² Vgl. Papinian D. 1.1.7 pr: *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit* – Zivilrecht jedoch ist das Recht, das aus Gesetzen, den Beschlüssen der Volksversammlung (Plebisziten), Senatsbeschlüssen, Kaisererlassen und der Autorität der Rechtsgelehrten hervorgeht.

³ So liegt etwa D. 17.2.71.1 ein vom spätrepublikanischen Juristen Alfenus entschiedener Fall zugrunde, der später in allgemeinerer Form bei Julian (D. 29.2.45.2) und Paulus (D. 17.2.13) behandelt wird; dazu Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, 2004, S. 116 f.

⁴ Zum Folgenden siehe etwa Kaser/Knützel, S. 148 ff.

⁵ Das römische Sachenrecht differenziert nicht grundsätzlich zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen (allerdings beträgt z. B. die Ersitzungsfrist bei unbeweglichen Sachen zwei Jahre, bei beweglichen Sachen aber nur ein Jahr).

fugnis haben: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* – niemand kann mehr Recht übertragen, als er hat.

Zu b) Zur Eigentumsübertragung ist das Vorhandensein einer *iusta causa traditionis*, d.h. eines zur Eigentumsübertragung geeigneten Rechtstitels (Übereignungsgeschäfts), nötig. Dieses Erfordernis wird etwa von Paulus D. 41.1.31 prägnant ausgedrückt:

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Niemals überträgt eine bloße Übergabe das Eigentum, dieses wird nur dann übertragen, wenn ein Verkauf oder ein anderer anerkannter Erwerbsgrund vorangeht, auf Grund dessen die Übergabe erfolgt.

Anerkannte Rechtstitel für den Erwerb des Eigentums sind z. B. Kauf, Tausch, Darlehen, Schenkung, Mitgift (*dos*), die Erfüllung einer durch formelles Leistungsversprechen (*stipulatio*) eingegangenen Schuld, Erbschaft und Vermächtnis (*Legat*).⁶ Ist die *causa* nicht gültig zustande gekommen, so scheitert grundsätzlich auch die Übereignung.

Zu c) Die Verfügung kommt durch die Übertragung der Sache (*traditio*) in den Besitz des Erwerbers zustande: Zum Besitzerwerb muss dieser die Sachherrschaft (*corpus*) erhalten und die Absicht haben, die Sache nun für sich zu besitzen (*animus rem sibi habendi*). Die *traditio* erfolgt in der Regel durch die körperliche Übergabe der Sache an den Erwerber. In bestimmten Fällen, z.B. wenn die Übergabe aufgrund des Gewichts des Objekts unmöglich oder untunlich erscheint, wird auch eine Übergabe durch Einigung in Sachpräsenz akzeptiert. Befindet sich das Objekt bereits im Fremdbesitz des Erwerbers (z.B. weil es ihm geliehen wurde), so genügt eine bloße Einigung über einen zum Eigentumserwerb geeigneten Rechtstitel, um den Besitz gleichsam *solo animo* (nur durch Änderung des Besitzwillens) zu übertragen. Neben dieser Möglichkeit der *traditio brevi manu* findet sich im klassischen römischen Recht (zumindest ansatzweise) auch das Traditionssurrogat des Besitzkonstituts,⁷ bei dem der bisherige Besitzer dem Erwerber den Besitz verschafft, indem er ab nun für ihn als Besitzmittler die Sachherrschaft ausübt.

Vor dem Hintergrund dieser Grundsätze des römischen Rechts ist nun an die Lösung unseres Ausgangsfalles heranzugehen: Unbestritten ist, dass der Übergeber des Geldes (Ego) an diesem Eigentum hat, er somit in der Lage wäre, dieses dem Empfänger (Tu) zu übertragen. Die erste Voraussetzung des derivativen Eigentumserwerbes ist folglich unproblematisch (sie wird von den römischen Juristen gar nicht erörtert, sondern einfach vorausgesetzt).

Hinsichtlich der erforderlichen *iusta causa* gehen beide Seiten von unterschiedlichen Rechtstiteln aus: Ego will schenken, Tu das Geld aber als Darlehen in Empfang nehmen. (Dass Tu sich das Geld nicht schenken lassen möchte, mag aufs Erste erstaunen,⁸ lässt sich aber vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Praxis der römischen Oberschicht erklären, in der unentgeltliche Gaben den Empfänger in einer zwar nicht juristisch durchsetzbaren, aber sozial durchaus effektiven Weise zu Loyalität und Gegenleistungen verpflichten konnten.)

⁶ Die meisten dieser *causae* sind inhaltlich kausale Verpflichtungsgeschäfte, dagegen handelt es sich bei der *stipulatio* (siehe unten Fn. 11) um ein inhaltlich abstraktes Verpflichtungsgeschäft; vgl. *Jahr*, ZRG RA 80 (1963), S. 141 ff. (174 Fn. 83). Zur Schuldnerfüllung (*solutio*) als *causa* siehe unten bei Fn. 39.

⁷ Ausführlicher dazu Wacke, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsprechung und Rechtsdogmatik, 1974, S. 9 ff.; vgl. auch *Klinck*, Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römisches Recht, 2004.

⁸ Zur Frage, ob es sich überhaupt um einen realen Fall handelt oder bloß um einen hypothetischen siehe oben bei Fn. 3.

Sowohl Schenkung (*donatio*) als auch Darlehen sind an sich anerkannte Rechtsgründe für die Übertragung des Eigentums, sie erfordern aber ein Einverständnis beider Parteien. Ein Geschenk muss vom Empfänger angenommen werden, um wirksam zu sein und der unentgeltliche römische Darlehensvertrag (*mutuum*) setzt als sog. Realkontrakt neben der Übereignung der Darlehensvaluta eine Darlehens-conventio der Parteien voraus. Da aber weder hinsichtlich der einen noch der anderen *causa* Einigung der beiden besteht, erscheint fraglich, ob im konkreten Fall vom Vorliegen einer *iusta causa traditionis* gesprochen werden kann.

Dass eine körperliche Übergabe des Geldes erfolgt ist, erscheint dagegen klar: Ego hat das Geld dem Tu ausgehändigt und wollte den Besitz (als Geschenk) an Tu übertragen und Tu hat das Geld mit Eigenbesitzwillen (wenngleich in der Meinung, als Darlehensnehmer zur Rückzahlung einer entsprechenden Summe Geldes verpflichtet zu sein) in Empfang genommen.

Nach dieser ersten groben Prüfung unseres Falles würden wir also erwarten, dass Tu, der Empfänger des Geldes, mangels gültiger *causa* nach klassischem römischem Recht nicht Eigentum erworben hat und folglich Ego mittels Eigentumsklage (*rei vindicatio*) seine Münzen zurückfordern kann. Wie aber beurteilen Julian und Ulpian den Fall?

1. Die innovative Lösung Julians

P. Salvius Iulianus⁹ gilt seit der Spätantike als der herausragendste römische Jurist. Er wurde um 100 n. Chr. in Hadrumetum (Nordafrika) geboren und übte unter den Kaisern Hadrian, Antoninus Pius und Mark Aurel eine Reihe wichtiger Staatsämter aus, über die wir durch eine in Pappus (Nordafrika) aufgefundene Bildtafel¹⁰ unterrichtet sind. Julian war Mitglied des kaiserlichen *consilium*, wurde von Hadrian, der ihm wegen seiner hervorragenden Gelehrsamkeit (*propter insignem doctrinam*) das Gehalt verdoppelte, mit der Endredaktion des prätorischen Edikts beauftragt (131 n. Chr.), übte 148 n. Chr. das ordentliche Konsulat aus und war dann Statthalter in Untergermanien, Nordspanien und Prokonsul von Afrika. Sein außerordentliches Ansehen bei den Spätklassikern wird dadurch dokumentiert, dass er der meistzitierte Jurist ist. Von seinen Schriften sind vor allem die 90 *libri* (Buchrollen) umfassenden *digesta* hervorzuheben, die um 150 n. Chr. entstanden, aus deren dreizehntem Buch das folgende in den justinianischen Digesten überlieferte Fragment (D. 41.1.36) stammt:

Cum in corpore quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentimus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, vel si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi.

nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi causam, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Wenn wir uns über den Gegenstand einigen, der übergeben wird, bezüglich des Erwerbsgrundes jedoch verschiedener Meinung sind, sehe ich nicht ein, warum die Übergabe unwirksam sein sollte.

Etwa wenn ich glaube, ich sei dir auf Grund eines Testaments verpflichtet, ein Grundstück zu übergeben, du jedoch meinst, es werde dir aus einer Stipulation geschuldet.

⁹ Zu Leben und Werk Julians siehe Kunkel, S. 157ff.; Giaro, Art. „Julianus“, in: Der Neue Pauly, Bd. 6, S. 8f. m. w. N.

¹⁰ CIL (= Corpus Inscriptionum Latinarum), Bd. VIII, Nr. 24 094.

Denn auch wenn ich dir abgezähltes Geld in Schenkungsabsicht übergebe, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst, steht fest, dass das Eigentum übergeht und kein Hindernis darin besteht, dass wir uns über den Grund des Gebens und Empfangens nicht geeinigt haben.

Julian geht davon aus, dass Tu, auch wenn er das von Ego in Schenkungsabsicht übergebene Geld „gleichsam als Darlehen“ in Empfang genommen hat, sehr wohl **Eigentum erworben** hat, der Dissens hinsichtlich der *causa dandi atque accipiendi*, des **Rechtsgrundes** der Übergabe, **schade** nicht. Der Text des Fragments erweckt in seiner Gesamtheit den Eindruck, dass die Entscheidung von einem weitgehenden Verzicht auf das *causa*-Erfordernis getragen ist, ein geradezu kühner Ansatz Julians, der seinen Ruf als Ausnahmejurist mit dem Hang zu juristischer Innovation bestätigt. So wird schon im Eingangssatz regelhaft formuliert, dass ein Dissens hinsichtlich der *causa* nicht schade, sofern nur hinsichtlich des Objekts der *traditio* Einigung besteht: „Wenn wir uns über den Gegenstand einigen, der übergeben wird, bezüglich des Erwerbsgrundes jedoch verschiedener Meinung sind, sehe ich nicht ein, warum die Übergabe unwirksam sein sollte.“ Dieser Grundsatz wird dann mit zwei Fällen illustriert, von denen die Geldübergabe mit unklarem Schenkungs- bzw. Darlehenszweck der zweite ist. Zuvor wird als erstes Beispiel der Fall angeführt, dass ein Grundstück von jemandem tradiert wird, der glaubt, aus einem Testament zur Übergabe verpflichtet zu sein, wohingegen der Empfänger meint, es werde ihm aus einer Stipulation¹¹ geschuldet.

Für unseren Ausgangsfall bedeutet Julians Lösung, dass Tu als neuer Eigentümer des Geldes über dieses verfügen kann. Ego kann es nicht mehr aufgrund der Eigentumsklage (*rei vindicatio*) herausverlangen: Hat Tu die Münzen mittlerweile ausgegeben, so hat er dem Dritten Eigentum übertragen.

Ob Tu aber schuldrechtlich zur Rückzahlung des Geldes an Ego verpflichtet ist, geht aus D. 41.1.36 nicht hervor. Dass Julian eine solche Rückzahlungsverpflichtung vermutlich bejaht hat, wird aber durch den zweiten Digestentext nahegelegt, der unseren Fall thematisiert. In D. 12.1.18 pr. findet sich ein Auszug aus Ulpians siebentem Buch seiner Disputationes („Streitgespräche“), in denen auf Julians Entscheidung angespielt wird, wobei Ulpian aber zu einer abweichenden Beurteilung des Falles gelangt:

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederō, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse, sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse ...

Wenn ich dir Geld gebe, gleichsam um es zu schenken, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst, schreibt Julian, es liege keine Schenkung vor, doch ob ein Darlehen zustandegekommen sei, müsse man prüfen. Ich glaube, es ist auch kein Darlehen ...

Nach Ulpians Bericht in D. 12.1.18 pr. habe Julian zwar das Vorliegen einer Schenkung verneint, das Zustandekommen eines Darlehens aber in Erwägung gezogen, wovon sich Ulpian ausdrücklich distanziert. Bei Bejahung eines *mutuum* stünde Ego jedenfalls eine Klage auf Rückzahlung der hingegebenen Darlehenssumme (die *actio certae creditae pecuniae*) zu.

¹¹ Die Stipulation ist ein förmliches mündliches Leistungsversprechen. Der Gläubiger fragt dabei den Schuldner, ob dieser ihm eine bestimmte Leistung erbringen werde („Versprichst Du mir 100 zu zahlen?“), der Schuldner bejaht dies („Ich verspreche es.“). Die zugesagte Leistung kann dann mit *condictio* oder *actio ex stipulatu* eingeklagt werden.

2. Die scheinbar konservative Lösung Ulpians

Domitius Ulpianus¹², der quantitativ am stärksten in den justinianischen Digesten vertretene Spätklassiker, stammt aus Tyros in Syrien. Er war Assessor seines Lehrers Papinian, als dieser unter Septimius Severus Vorsteher der Prätorianergarde war, leitete ca. 202–209 die Kanzlei *a libellis* (in der Bittschriften und Rechtsanfragen von Privaten im Namen des Kaisers beschieden wurden) und war Mitglied des kaiserlichen *consilium*; unter Severus Alexander fungierte Ulpian als Leiter der Lebensmittelversorgung (*praefectus annonae*) sowie schließlich als Prätorianerpräfekt. Bei einem nächtlichen Aufstand der Prätorianer dürfte er 223 n. Chr. ermordet worden sein. Von seinem umfangreichen Schrifttum sind vor allem seine Großkommentare zum Edikt des Prätors (81 *libri ad edictum*) und zum Zivilrecht des Sabinus (51 *libri ad Sabinum*) hervorzuheben.

Unser Ausgangsfall wird von Ulpian D. 12.1.18 pr. im Rahmen eines explizit der Diskussion umstrittener Rechtsprobleme gewidmeten Werkes behandelt:

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse, sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

Wenn ich dir Geld gebe, gleichsam um es zu schenken, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst, schreibt Julian, es liege keine Schenkung vor, doch ob ein Darlehen zustandegekommen sei, müsse man prüfen. Ich glaube, es ist auch kein Darlehen, und die Münzen werden nicht Eigentum des Empfängers, wenn er sie in anderer Meinung angenommen hat. Wenn er sie also verbraucht hat, haftet er zwar auf Grund einer *condictio*, doch kann er eine *exceptio doli* geltend machen, da die Münzen gemäß dem Willen des Gebers verbraucht worden sind.

Was die Frage des derivativen Eigentumserwerbs des Tu anbelangt, so erweist sich Ulpian als konservativ: Ausgehend vom traditionellen *causa*-Erfordernis kommt für ihn bei Fehlen einer Einigung über Schenkung bzw. Darlehen weder der eine noch der andere Rechtsgrund zustande und folglich liege auch keine wirksame Verfügung (Eigentumsübertragung) vor. Ego bleibt somit Eigentümer der Münzen.

Tu kann aber nach Ulpian aufgrund der spezifischen Regeln des originären Eigentumserwerbes Eigentümer des Geldes werden. Nach römischem Recht erwirbt man durch die ununterscheidbare Vermengung fremden Geldes mit eigenem bzw. durch dessen Verbrauch (*consumptio*) Eigentum. Hat Tu also die erhaltenen Münzen so vermengt, dass sich ihre Identität nicht mehr feststellen lässt, so können sie von Ego auch nicht mehr vindiziert werden. In aller Regel gelangt damit Ulpian sachenrechtlich zum selben Ergebnis wie Julian; dennoch macht er in seiner Begründung klar, dass er erstens für den derivativen Erwerb durch *traditio* keineswegs auf die Notwendigkeit der *iusta causa traditionis* verzichtet und dass er zweitens den Eigentumserwerb am Geld nur über die Regeln der *consumptio nummorum* bejaht.¹³

Was die sachenrechtliche Seite unseres Falles anbelangt, so bleibt Ulpian in den herkömmlichen Bahnen des römischen Rechts verhaftet und gibt wohl das wieder, was herrschende Lehre war. Auf Julians Sondermeinung zum Eigentumserwerb nimmt

¹² Zu Leben und Werk Ulpians siehe Kunkel, (Fn. 9), S. 245 ff.; Honoré, Ulpian (1982); Giaro, Art. „Ulpianus“, in: Der Neue Pauly, Bd. 12, S. 980 f. m. w. N.

¹³ Dazu ausführlicher Wumner, FS Kunkel, 1984, S. 583 ff.; Gamauf, Eigentumserwerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D. 46.3.78) und in § 371 ABGB, in: Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung 8 (1997/98) S. 154 ff.

Ulpian Bezug, sie hat sich aber offenbar trotz der Autorität des Hochklassikers nicht allgemein durchgesetzt.

Betrachtet man Ulpians Lösung des Falles aber genauer, so zeigt sich neben einem gewissen Traditionalismus auch ein gehöriges Maß an pragmatischer Kreativität: Zum einen bejaht auch er, wie bereits erwähnt, die Möglichkeit des originären Eigentums-erwerbs durch Geldkonsumtion. Zum anderen aber geht Ulpian ausdrücklich der Frage nach, ob Tu zur Rückzahlung des Geldes verpflichtet sei. Ausdrücklich ausgeschlossen wird von Ulpian das Zustandekommen eines Darlehensvertrages. Folglich kann Ego auch nicht mit der Darlehensklage das Geld zurückfordern. Als Grundlage zur Rückforderung des Geldes erwägt Ulpian nun – für die von ihm wohl als Normalfall angesehene Hypothese des Eigentumserwerbs durch Geldvermengung – eine Kon-
diktion wegen rechtsgrundloser Vermögensverschiebung. Lag weder eine Einigung über ein Darlehen noch über eine Schenkung vor, so erscheint die Übertragung des Geldes als irrtümliche Leistung einer Nichtschuld, welche mittels *condictio (indebiti)* zurückgefordert werden kann.

Genau hier hakt Ulpian ein: Wäre es nicht dolos, so argumentiert er, die Münzen, welche Ego mit Schenkungsabsicht dem Tu übergeben hat, zurückzuverlangen, wenn diese *secundum voluntatem dantis* konsumiert worden seien? Läge hier nicht ein widersprüchliches Verhalten vor, ein *venire contra factum proprium*? Ulpian spricht sich daher für eine Arglistenrede (*exceptio doli*) des Tu aus, sollte Ego ihn mittels *condictio* klagen. Im Ergebnis hat Tu somit nicht nur durch *consumptio* originär Eigentum am Geld erhalten, er muss dieses auch nicht zurückzahlen! Die scheinbar für Tu ungünstige Entscheidung des Ulpian erweist sich somit hinsichtlich ihrer rechtlichen Konsequenzen für ihn letztlich als sehr vorteilhaft.

II. Interpretationsgeschichten

1. Versuche der Auflösung der Antinomie bei den Glossatoren

Wenngleich Kaiser Justinian in seinem Auftrag, das klassische Juristenrecht zu sammeln, ausdrücklich als Ziel formulierte, durch Kürzungen und Verbesserungen einen „Tempel der Gerechtigkeit“ zu errichten, in dem keinerlei Widersprüche mehr bestehen sollten (*constitutio deo auctore*, 530 n. Chr.), so ist doch die Diskrepanz der in den D. 41.1.36 und D. 12.1.18 pr. überlieferten Entscheidungen Julians und Ulpians offensichtlich geblieben. Als nach der Wiederentdeckung der Digesten im elften Jahrhundert die Glossatoren daran gingen, die Texte des justinianischen *corpus iuris* zu erläutern, stellte sich für sie die Aufgabe, die schon von Justinian angestrebte *concordia et consequentia*¹⁴ herzustellen. Während den byzantinischen Kompilatoren des sechsten Jahrhunderts dazu aber die Mittel der Kürzung und sonstiger Textveränderung (Emendation) zur Verfügung standen, gingen die mittelalterlichen Gelehrten davon aus, dass die Autorität des überlieferten Textes unangetastet bleiben müsse. Getragen vom Glauben an die Vollständigkeit und Richtigkeit der überlieferten Quellen machten sie sich die scholastischen Mittel der Textinterpretation zunutze, um Widersprüche im überlieferten Normenmaterial als bloß scheinbare darzustellen. Eine besondere

¹⁴ *Constitutio deo auctore* 8: *Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto* – es darf daher in keinem Teil des erwähnten Buches eine Antinomie (so nennt man das nämlich seit alter Zeit mit einem griechischen Wort) irgendwo Raum für sich in Anspruch nehmen; vielmehr herrsche, da keine Gegenmeinung zugelassen ist, eine einzige Eintracht und Folgerichtigkeit.

Herausforderung stellten dabei jene Fragmente dar, in denen der Charakter des klassischen Juristenrechts als *ius controversum* zutage tritt.

In der mit verblüffender Textkenntnis betriebenen Erkundung des Sinngehalts der römischen Quellen wurde auch dem Verhältnis zwischen D. 41.1.36 und D. 12.1.18 pr besonderes Augenmerk geschenkt. Um Julians Bejahung des Eigentumserwerbs der Geldmünzen und Ulpians Verneinung in Einklang zu bringen, versuchten die Glossatoren darzulegen, dass die von Julian und Ulpian entschiedenen Fälle gar nicht ident seien, die scheinbare Antinomie zwischen D. 41.1.36 und D. 12.1.18 pr also mittels *distinctio* aufgelöst werden könne.

So wurde etwa von Accursius (ca. 1185–1263)¹⁵ gelehrt, dass im Fall Julians der Schenkende auch bereit gewesen wäre, ein Darlehen zu gewähren, im Fall Ulpians aber nur schenken und keinesfalls auch kreditieren wollte.¹⁶ Ein anderer Erklärungsversuch geht dahin, dass in D. 41.1.36 vor der Übergabe des Geldes Ego dem Tu bereits ein Darlehen versprochen hatte, bei der Auszahlung aber daran nicht dachte, und stattdessen schenkungshalber das Geld übergab, welches von Tu aber im Hinblick auf die vorangegangene Darlehens-*causa* entgegengenommen wurde.¹⁷ Diese Idee wird von Franciscus, dem Sohn des Accursius leicht variiert: Er meint, dass in dem von Julian zugunsten des Eigentumserwerbs entschiedenen Fall Ego das Geld schenkungshalber übergibt, nachdem er zuvor bereits dem Tu versprochen hatte, das Geld zu schenken, also vor der tatsächlichen Übergabe bereits eine *causa donandi* gegeben gewesen sei.¹⁸

Ferner vertritt die mittelalterliche Jurisprudenz aber auch ganz allgemein, dass die für den Eigentumserwerb nötige *iusta causa* nicht nur eine *causa vera*, sondern auch eine *causa putativa* sein könne, einem tatsächlich vorhandenen Rechtstitel also ein bloß von den Parteien irrtümlich angenommener gleichzuhalten sei.¹⁹ Die Texte, in denen die römischen Juristen einen *originären* Rechtserwerb durch Putativtitelersatzung (d.h. bei irrtümlicher Annahme eines Titels durch die Parteien) akzeptiert haben, werden so auch auf Fälle des *derivativen* Eigentumserwerbs durch *traditio* übertragen. Auf diese Weise können die Glossatoren trotz Aufrechterhaltung des *causa*-Erfordernisses bei Fehlen eines wirksamen Rechtsgrundes die bloß irrtümliche Annahme eines solchen als ausreichend für eine Eigentumsübertragung ansehen.

Darauf aufbauend wurde später von manchen Autoren der gemeinrechtlichen Wissenschaft vertreten, dass eine *causa erronea* sehr wohl für den abgeleiteten Eigentumserwerb ausreichend sei, wenn die von den Parteien angenommenen *causae* zumindest abstrakt geeignet gewesen wären, einen Rechtsübergang herbeizuführen.²⁰

¹⁵ Zu Leben und Werk des Accursius siehe etwa Lange, Römisches Recht im Mittelalter, Bd. 1, 1997, S. 335 ff. m. w. N.

¹⁶ Glosse *Non fieri* des Accursius zu D. 12.1.18 pr; Text und deutsche Übersetzung bei Hattenhauer/Buschmann, Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 46 f.

¹⁷ Glosse *Dissentiamus* des Accursius zu D. 41.1.36; Text und deutsche Übersetzung bei Hattenhauer/Buschmann (Fn. 16), S. 44. Von einer solchen *vera causa praecedens* geht etwa auch Vacarius in seinem *Liber pauperum* aus; dazu näher Fuchs, *Iusta causa traditionis* in der romanistischen Wissenschaft, 1952, S. 36 f.

¹⁸ Glosse *Cum in corpus* des Franciscus Accursius zu D. 41.1.36; Text und deutsche Übersetzung bei Hattenhauer/Buschmann (Fn. 16), S. 44. Für diese Deutung könnte man den feinen sprachlichen Unterschied ins Treffen führen, dass in D. 41.1.36 davon die Rede ist, dass Ego *donandi causa* das Geld überträgt, wohingegen er in D. 12.1.18 pr als *quasi donaturus* bezeichnet wird.

¹⁹ Glosse *Iusta causa* des Accursius zu D. 41.1.31; Text und deutsche Übersetzung bei Hattenhauer/Buschmann (Fn. 16), S. 47.

²⁰ So etwa Vinnius, In quattuor libros Institutionum, Nr. 5 zu Inst. 2.1.40 (Editio Quarta Amsterdam 1645, S. 179); vgl. hierzu Fuchs (Fn. 17), S. 60.

2. Von der causa als Motiv zum dinglichen Vertrag

Ein das *causa*-Erfordernis weitgehend auflockernder Weg der Interpretation der Entscheidung Julians findet sich bei dem der humanistischen Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts zuzurechnenden Hugo Donellus (Hugues Doneau 1527–1591). In seinen *Commentarii de iure civili*²¹ nennt er als Voraussetzung für die Übertragung des Eigentums durch einen Berechtigten *ut causam habeat cur velit* – dass er einen Grund habe, weshalb er seine Sache übertragen will. Donellus verzichtet zwar nicht völlig auf eine *causa* für den Rechtserwerb, sie ist bei ihm aber zum bloßen Motiv der Übertragung geworden. Letztlich handelt es sich bei der *iusta causa* für Donellus nicht um eine eigene Voraussetzung der Rechtsübertragung, sondern nur um ein Indiz für das Vorliegen des Eigentumsübertragungswillens, der als das eigentlich entscheidende Moment angesehen wird. Der *causa* kommt damit nur die Funktion zu, dieses konstitutive Element der *voluntas ad dominium transferendum* aufzuzeigen und zu bestätigen.

Dass (zumindest im justinianischen Recht) neben der *traditio* schon der Wille des Eigentümers, seine Sache ins Eigentum eines anderen zu übertragen, entscheidend für den derivativen Erwerb ist, lässt sich indes aus Inst. 2.1.40 ableiten:

Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

Auch durch Übergabe erwerben wir Sachen nach Naturrecht. Denn nichts entspricht so sehr der natürlichen Gerechtigkeit, als den Willen des Eigentümers, der seine Sache einem anderen übereignen möchte, als wirksam anzuerkennen.

Dogmengeschichtlich wird diese Institutionenstelle zum Ausgangspunkt zweier Entwicklungsstränge, die im Ergebnis zu völlig divergenten Systemen der Eigentumsübertragung führen.

Zum einen beeinflusst die Vorstellung der nach *naturalis aequitas* maßgeblichen *voluntas domini rem suam in alium transferre* die Lehre des Grotius, demzufolge zwar nach *ius civile* (d.h. nach römischem Recht) die *traditio* der Sache für den abgeleiteten Eigentumserwerb nötig sei, nach Naturrecht aber bereits der Wille des Berechtigten, seine Sache einem anderen zu übertragen für den Rechtstransfer konstitutiv sei.²² Diese Konzeption des neuzeitlichen Vernunftrechts findet sich später in Form des Konsensualprinzips im Code civil 1804 verwirklicht,²³ in dem der Abschluss der perfekten Obligation (unter bestimmten Voraussetzungen) bereits den Eigentumserwerb erzeugt, **ohne** dass die **Übergabe** nötig wäre.²⁴

Während aber im französischen Recht jedenfalls die *cause* eine notwendige Voraussetzung für den **Rechtserwerb** (ja **auch** für das Entstehen einer wirksamen Obligation²⁵) darstellt, **geht** der **deutsche Mitbegründer** der historischen Rechtsschule Friedrich Karl von Savigny mit seinem Verständnis der *voluntas res suam transferendi* in Fortführung des Ansatzes von Donellus in eine ganz andere Richtung: Für ihn ist der

²¹ Donellus, *Commentarii de iure civili*, Liber 4 Caput XVI Sectio VIII (Opera omnia I, Florenz 1840, Sp. 767f.).

²² Grotius, *De iure belli ac pacis*, Liber II Caput VIII § 25.

²³ Art. 711 Code civil: *La propriété des biens s'acquiert et se transmet ... par l'effet des obligations* – Eigentum wird erworben und übertragen ... als Folge der Verbindlichkeiten; vgl. auch Art. 938, 1138, 1583 Code civil.

²⁴ Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der französischen Lösung siehe Bucher, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, S. 615 ff.

²⁵ Vgl. Art. 1131 Code civil: *L'obligation sans cause ... ne peut avoir aucun effet* – eine Verbindlichkeit, die keinen Grund hat ... kann **keine Wirkung** haben.

Eigentumsübertragungswille das Entscheidende, das Vorliegen eines gültigen Grundgeschäfts hingegen irrelevant.

Ausgangspunkt Savignys²⁶ ist die Überlegung, dass es sehr wohl Fälle gibt, in denen die Übergabe einer Sache nicht als Erfüllung einer *obligatio* anzusehen sei. So erwirbt der Empfänger einer Schenkung, wenn ihm sogleich das Geschenk tradiert wird, zwar Eigentum, man kann aber nicht sagen, dass der Schenkende damit eine bestehende Verpflichtung erfüllt habe. Aus diesem speziellen Fall der Handschenkungen leitet Savigny ab, dass es ganz allgemein nicht auf das Vorhandensein einer Obligation ankomme, sondern lediglich darauf, dass die Parteien sich einig sind, dass Eigentum übertragen werden soll.

Savignys spezifischer Beitrag liegt nun darin, dass er anstelle einer einseitigen *voluntas domini* das Vorliegen einer dinglichen Einigung der Parteien postuliert, welche unabhängig vom Grundgeschäft konstitutiv für die Eigentumsübertragung ist. Dieser Konsens zur Eigentumsübertragung ist notwendiger Teil der *traditio*, welche von Savigny schließlich als abstrakter dinglicher Vertrag angesehen wird. An die Stelle der *causa* als Übereinstimmung hinsichtlich des Grundgeschäfts setzt Savigny die Notwendigkeit eines (von der Gültigkeit des Grundgeschäftes unabhängigen) sachenrechtlichen Konsenses. Die *traditio* erscheint damit nicht mehr als bloßer Vollzugsakt einer Obligation, sondern als dingliches Rechtsgeschäft.

Vor dem Hintergrund der Lehre von der abstrakten *traditio*, welche im 19. Jahrhundert bei den Pandektisten großen Anklang (aber auch reichlich Kritik²⁷) erfuhr und die im BGB schließlich kodifiziert wurde²⁸, erscheint das Julian-Fragment D. 41.1.36 als Bestätigung einer abstrakten Eigentumsübertragung „bereits zur Zeit der Klassiker“: Stellt denn nicht Julian ausdrücklich darauf ab, dass die bloße „Einigung über den Gegenstand, der übergeben wird“, bereits das Eigentum überträgt, erklärt er nicht ausdrücklich, dass ein Dissens hinsichtlich der *causa* kein Hindernis für den Rechtserwerb darstelle?

So sehr der Text von D. 41.1.36 auf den ersten Blick geeignet scheint, Savignys Lehre zu stützen, so ist doch zu betonen, dass er selbst seine Auffassung in diesem Punkt nicht durch exegetisches Studium und historische Argumente entwickelt hat, sondern rein konstruktiv durch Ableitung einer Regel aus allgemeinen dogmatischen Erwägungen. (Ein gewisses Anliegen mag dabei auch gewesen sein, dem „germanischen“ Gutgläubenserwerb eine den Dritterwerb begünstigende Regelung des römischen Rechts gegenüberzustellen, um zu zeigen, dass Verkehrsschutz Erwägungen auch den römischen Klassikern nicht fremd waren – freilich kann die abstrakte Tradition gerade nicht den Mangel im Recht des Eigentums, sondern bloß einen Mangel im Grundgeschäft überspielen.)

²⁶ Zur Entfaltung der Lehre Savignys, die sich anhand der Mitschriften seiner Studenten verfolgen lässt und dann erst relativ spät in Savignys eigenen Schriften dokumentiert ist (Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 4, 1840, S. 158 f.; ders., Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1851, S. 255 f.); ausführlich Felgentraeger, Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, 1927, S. 28 ff.; Ranieri, in: Coing/Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 2, 1977, S. 90 ff.

²⁷ Zu den pandektischen Kritikern siehe Fuchs (Fn. 17), S. 106 ff.

²⁸ Vgl. insb. § 929 BGB („Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll...“); zur Kodifikationsgeschichte dieser Bestimmung siehe Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3 (1888), S. 7; Schubert, Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Sachenrecht, Bd. 1, 1982, S. 760.

3. Interpolationenkritische Erklärungsversuche

Eine weitere Möglichkeit einer harmonisierenden Interpretation von D. 41.1.36 und D. 12.1.18 pr eröffneten die seit der humanistischen Jurisprudenz geläufigen Versuche, postklassischen und insbes. justinianischen Textveränderungen (Interpolationen) im *corpus iuris civilis* mithilfe rechtshistorischer und philologischer Mittel zu Leibe zu rücken. Parallel zur Kodifikation des Privatrechts in Deutschland und dem damit einhergehenden Wandel, aufgrund dessen das römisch-gemeine Recht nicht mehr als Rechtsquelle sondern als bloßes Forschungsobjekt historischer Betrachtung interessierte, wurde diese „interpolationenkritische“ Forschung seit den 1880er Jahren immer mehr zur dominierenden Richtung.²⁹

D. 41.1.36 bot hier für eine interpolationenkritische Überprüfung reichhaltiges Material. So wird etwa im ersten Fall ein *fundus* übergeben, also eine Sache, welche nach *ius civile* als *res Mancipi*³⁰ für eine Eigentumsübertragung eigener Verfügungsgeschäfte (der altzivilen *mancipatio* oder der *in iure cessio* vor dem Prätor) bedurfte bei denen aber (anders als bei den *res nec Mancipi*) die bloße Übergabe für die Übertragung des dinglichen Vollrechts nicht ausreichte. Diese Regeln wurden aber von Justinian bekanntermaßen nicht übernommen: Er ließ *mancipatio* und *in iure cessio* in den Klassikertexten jeweils durch *traditio* ersetzen. Vor diesem Hintergrund liegt die Vermutung nahe, dass auch bei dem in D. 41.1.36 zuerst geschilderten Fall (Ego glaubt aus einem Testament verpflichtet zu sein, Tu glaubt, aus einer Stipulation werde ihm das Grundstück geschuldet) ursprünglich eine *mancipatio* vorlag, d. h. ein förmlicher Übertragungsakt, der im Beisein eines Waagehalters (ursprünglich für das Abwägen des Kupfergeldes) und fünf Zeugen vorgenommen wurde.³¹ Dann aber verlöre der ganze Fall an Brisanz, da bei der *mancipatio* gar kein gültiger Rechtstitel vorhanden sein muss (es handelt sich um ein sog. abstraktes Verfügungsgeschäft). Ersetzt man weiters im ersten Satz des Fragments *traditio* durch *mancipatio*, dann erscheint auch die allgemeine Regel ohne Problem: Da eine *mancipatio* keine gültige *causa* voraussetzt, stört auch ein Dissens über die *causa* den Rechtsübergang (wohlgemerkt durch *mancipatio*!) nicht.

Eine andere interpolationenkritische Strategie nimmt noch weitgehendere Eingriffe durch die byzantinischen Bearbeiter der Klassikerschriften an, etwa indem der gesamte Anfangs- und Endteil des Fragments D. 41.1.36 als nachklassisch qualifiziert wird. Die methodische Fragwürdigkeit eines solchen Vorgehens soll hier nur kurz angedeutet werden: In den Basiliken, einer unter Leo dem Weisen im 10. Jahrhundert vollendeten griechischen Version des justinianischen *corpus iuris*, die gemeinsam mit Erläuterungen byzantinischer Gelehrter (sog. Basilikenscholien) überliefert wurde, findet man – man möchte sagen: naturgemäß – auch Aussagen zur Irrelevanz des Dissenses über die *causa*. In einer Umkehrung der Chronologie wurde nun behauptet, dass angesichts der Tatsache, dass derartige Ideen „bei den Byzantinern“ anerkannt waren, die entsprechenden Passagen in D. 41.1.36 zweifellos nicht klassisches, sondern byzantinisches Recht wiedergäben.³²

²⁹ Dazu allgemein etwa Behrends (Hrsg.), Lenel, Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1990, S. XIII ff.; Zimmermann, in: ders. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 1 ff.

³⁰ Zu den *res Mancipi* gehören Sklaven, italische Grundstücke (und zu ihren Gunsten bestellte Feldservituten) sowie Pferde, Rinder und Esel.

³¹ So etwa Lenel, Palingenesia Iuris Civilis I, 1889, S. 355 Fn. 1 bis 3.

³² Ein solcher interpolationistischer Zirkelschluss findet sich bei Betti, Il dogma bizantino physis tes paradóseos e la irrilevanza del dissenso nella causa della tradizione, Studi Bonfante, Bd. 1, 1930, S. 305 ff., der ein Scholion, welches die „Regel“ Julians am Beginn von D. 41.1.36 wiedergibt, als Beleg für eine spezifisch „byzantinische“ Theorie nimmt, welche dann im Wege der Interpolation an den Beginn des Julian-Fragments „hineingeschrieben“ worden sei.

Bei Beseler, einer Leitfigur der heute als „Interpolationenjagd“ diskreditierten Forschungsrichtung, bleibt aufgrund solcher (und noch weiterer) Veränderungsannahmen letztlich von dem unter Julians Namen überlieferten Text kaum mehr etwas übrig. Seine „Rekonstruktion“ der ursprünglichen Aussage Julians (D. 41.1.36) lautet:

*Si fundum tibi donandi animo mancipio dem, tu quasi fiduciae causa datum accipias, nulla donatio est. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, donatio non est.*³³

Wenn ich dir ein Grundstück schenkungshalber manzipiere [statt: zur Erfüllung einer testamentarischen Verbindlichkeit tradiere], du es gleichsam zum Zweck der Treuhand [statt: als Erfüllung einer Stipulationsverbindlichkeit] entgegennimmst, so liegt keine Schenkung vor [statt: geht Eigentum über]. Denn auch wenn ich dir abgezähltes Geld schenkungshalber übergebe, du es gleichsam als Darlehen entgegennimmst, liegt keine Schenkung vor [statt: erwirbst Du Eigentum, auch wenn wir über die *causa* uneinig sind].

Heute erscheint es geradezu unglaublich, dass derartige gelehrte Phantastereien noch vor 50 Jahren *state of the art* der Romanistik waren. Welche problematischen Prämissen ihnen zugrunde lagen, wird daraus deutlich, dass die Interpolation des gesamten Schlussteils *ab constat* in D. 41.1.36 noch 1952 mit den Worten „begründet“ wird: „denn wenn Julian so geschrieben hätte, dann hätte sich Ulpian wohl fügen müssen“.³⁴

4. Neuere romanistische Erklärungsansätze

Seit einem guten Vierteljahrhundert hat die Romanistik wiederum einen Paradigmenwechsel vollzogen, aufgrund dessen die Existenz von *ius controversum* bei den klassischen Juristen nicht mehr das Gefühl des Unbehagens auslöst, sondern ganz im Gegenteil als Zeichen des besonderen Reichtums der römischen Rechtswissenschaft angesehen wird. Erleichtert wurde dieser Zugang dadurch, dass die Quellen des römischen Rechts nicht mehr als bindende Rechtsquelle, sondern als Gegenstand rein rechtshistorischer (und rechtstheoretischer) Analyse betrachtet werden. Der Zwang, für ein bestimmtes Rechtsproblem eine anwendbare Lösung zu identifizieren, der trotz des eigenen historisierenden Anspruchs noch die Ära der Interpolationenkritik kennzeichnete, ist damit verschwunden. Dieser aktuelle Ansatz der römischrechtlichen Forschung geht mit einer deutlich „textkonservativeren“ Annäherung an die Probleme der Textüberlieferung einher.³⁵

Von diesen methodischen Positionen ausgehend erscheint es zunächst einmal nicht ausgeschlossen, dass Julian und Ulpian tatsächlich unterschiedliche Positionen vertreten haben; folglich besteht auch keine Notwendigkeit einer zwangsweise harmonisierenden Interpretation. Die ulpianische Entscheidung in D. 12.1.18 pr. kann daher authentisch sein, selbst wenn sie von der Julians divergiert (und umgekehrt). Auch die Annahme substantieller justinianischer Eingriffe erscheint wenig wahrscheinlich, da

³³ Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Heft 3 (1913), S. 57.

³⁴ Fuchs (Fn. 17), S. 131. Sehr skeptisch in Bezug auf die hier praktizierte „Massenabschlachtung von Digestenstellen“ durch unfundierte Textkritik bereits Hupka, ZRG RA 52 (1932), S. 1 ff. (30), der seinerseits aber annimmt (19 ff.), dass in D. 12.1.18 der Textteil *magisque nummos accipientis non fieri* nicht ulpianisch sei und Ulpian überhaupt nur auf die schuldrechtlichen Aspekte des Falles, nicht aber auf die Frage des Eigentumserwerbes eingegangen sei.

³⁵ Zum Methodenwandel am Beispiel der Methodologie Max Kasers siehe etwa Knütel, ZRG RA 115 (1998), S. 33 ff.

eine klare neue – von der Klassik abweichende – Positionierung des justinianischen Rechts in der *causa*-Frage nicht erkennbar ist.³⁶

Andererseits nimmt aber auch die neuere romanistische Forschung nicht an, dass Julian gleichsam als „einsame Sondermeinung“ an Stelle der kausalen Tradition eine gänzlich abstrakte Eigentumsübertragung vertreten habe, selbst wenn die „Regel“ am Beginn von D. 41.1.36 gerade das auszusagen scheint:

Cum in corpore quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentimus, non animadverto, cur inefficax sit traditio ...

Wenn wir uns über den Gegenstand einigen, der übergeben wird, bezüglich des Erwerbsgrundes jedoch verschiedener Meinung sind, sehe ich nicht ein, warum die Übergabe unwirksam sein sollte. .

Hiezu ist zu bedenken, dass die römischen Juristen nicht dazu neigen, aus einem regelhaft formulierten Rechtssatz konkrete Entscheidungen abzuleiten, sondern – nicht unähnlich dem angloamerikanischen *case law* – den konkreten Rechtsfall in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen.³⁷ Bevor also der Sinn der julianischen „Regel“ am Beginn von D. 41.1.36 ergründet werden kann, gilt es die beiden von ihm entschiedenen Fälle näher zu betrachten und zu untersuchen, ob Julians Lösungen jeweils nur unter der Annahme eines prinzipiellen Verzichts auf eine *iusta causa traditionis* erklärbar sind.

Dabei erweist sich, dass im zunächst behandelten Fall beide Parteien von der Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit ausgehen und insofern Einigung darüber besteht, dass die Leistung zu Solutionszwecken erfolgt.

...veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum debere.

... etwa wenn ich glaube, ich sei dir auf Grund eines Testaments verpflichtet, ein Grundstück zu übergeben, du jedoch meinst, es werde dir aus einer Stipulation geschuldet.

Hiezu hat etwa der später vor allem als Rechtsvergleicher weltberühmte Ernst Rabel³⁸ die These vertreten, dass bei dem im Text genannten Fall einer Verpflichtung aus Stipulation die *solutio* (Erfüllung) als eigener Rechtsgrund anerkannt gewesen sei. Ursprünglich sei es bei Stipulationsschulden (aber auch bei einem Damnationslegat) erforderlich gewesen, die Befreiung von der Verbindlichkeit mittels eines eigenen förmlichen Schuldbefreiungsgeschäftes (*acceptilatio*) zu erzielen, weshalb in der Klassik die Vorstellung weiterbestanden habe, dass hier die Schuld Erfüllung eine eigene *causa solvendi* bilde. Dementsprechend wird heute vielfach angenommen, dass die julianische Bejahung des Eigentumserwerbes in diesem speziellen Fall nicht mit dem Verzicht auf eine *causa*, sondern mit dem Vorliegen der *causa solvendi* zu erklären sei.³⁹

³⁶ So wird etwa in D. 41.1.31 ausdrücklich das Erfordernis der *iusta causa* für den Eigentumserwerb durch *traditio* betont, was mit der Annahme einer justinianischen Hinwendung zum Abstraktionsprinzip schwer vereinbar erscheint.

³⁷ Vgl. hierzu Paulus D. 50.17.1: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum* – nicht aus der Regel soll das Recht abgeleitet werden, sondern aus dem Recht, wie es ist, soll die Regel formuliert werden. Durch die Regel wird so eine Angelegenheit kurz wiedergegeben und wie Sabinus sagt, stellt sie gleichsam eine Zusammenfassung eines Falles dar, welche, sobald sie in einem Punkt mangelhaft ist, sogleich ihre Aufgabe verliert. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass sich gerade Julian skeptisch gegenüber einer lückenlosen Erfassung aller denkbaren Fälle durch Gesetzgebung zeigt und daher ausdrücklich die Rechtsfortbildung durch Analogie propagiert (D. 1.3.12).

³⁸ Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, 1915, S. 440.

³⁹ Nach wie vor ungeklärt erscheint aber, ob diese *causa solvendi* nur dann gegeben ist, wenn zumindest einer der beiden vorgestellten Verpflichtungsgründe vorliegt, also in der Sprache der mittelalterlichen Juristen eine *causa vera praecedens* gegeben war, oder aber auch dann Gültigkeit hat, wenn tat-

Wie sieht es aber mit der *causa* in dem uns besonders interessierenden zweiten Fall aus:

nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi causam, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Denn auch wenn ich dir abgezähltes Geld in Schenkungsabsicht übergebe, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst, steht fest, dass das Eigentum übergeht und kein Hindernis darin besteht, dass wir uns über den Grund des Gebens und Empfangens nicht geeinigt haben.

Für diesen Fall hat Julian laut D. 12.1.18 pr das Vorliegen einer Schenkung verneint (*Julianus scribit donationem non esse*), zugleich aber gemeint, dass ein Darlehen zu prüfen sei (*sed an mutua sit, videndum*).⁴⁰ Könnte es sein, dass Julian in diesem Fall ein Darlehen bejaht und somit ein *mutuum* als *iusta causa traditionis* angenommen hat?⁴¹

Für diese Möglichkeit lässt sich ein Größenschluss⁴² ins Treffen führen: Das Schenken eines Geldbetrages stellt gegenüber der Gewährung eines (wenn auch zinslosen) Darlehens ein größeres Entgegenkommen dar. Kann man nun nicht annehmen, dass Ego, der bereit ist, das Geld dem Tu zu schenken *argumento a maiori ad minus* bereit sein wird, ihm dieses zu kreditieren? Kann man derart im Schenkungswillen des Ego auch eine Bereitschaft zur Darlehensgewährung (als weniger weitgehende Vermögensverschiebung) unterstellen? Bejaht man dies, dann erscheint es denkbar, dass Julian in unserem Ausgangsfall die Meinung vertreten hat, dass angesichts des Schenkungswillens des Ego und vor die Alternative gestellt, mangels Konsenses über die *causa* einen Eigentumserwerb überhaupt zu verneinen, das Vorliegen einer *causa* doch zu bejahen sei – sei es als ein Darlehen aufgrund unterstellter Darlehensgewährungsabsicht des Ego, sei es als ein einem Darlehen zumindest gleichwertig anzusehender Kreditierungstatbestand (*quasi creditam*). Dann aber hat Julian nicht wirklich auf die *iusta causa* für den Eigentumserwerb verzichtet, sondern diese in einem, in den jeweiligen Absichten der Parteien gleichsam mitenthaltenden „Minimalkonsens“ als kleinsten gemeinsamen Nenner festgemacht.

Was bleibt dann aber von Julians „Regel“ übrig? Man könnte sie als Aperçu dahingehend verstehen, dass es zwar viele Rechtstitel für die Eigentumsübertragung gibt, die einen Konsens der Parteien voraussetzen (insbes. der konsensuale Kaufvertrag), dass aber unter bestimmten Umständen auch ohne Konsens über die *causa* eine *traditio* zum Eigentumserwerb führen kann, dann nämlich, wenn dennoch eine *iusta causa* gegeben ist. Hiefür gibt Julian dann die beiden Beispielsfälle an: die *causa solvendi* sowie den Fall des zweifelhaften Darlehens bzw. Geschenks.

Auch in diesen Konstellationen ist nach Julian aber zumindest ein Konsens darüber erforderlich, dass die Sache dem anderen übereignet werden soll. Damit betont Julian aber letztlich nichts anderes, als das, was Savigny im 19. Jahrhundert als Entdeckung

sächlich gar keine Verpflichtung bestand und somit bloß eine *causa putativa praecedens* vorlag (so die heute herrschende Lehre, vgl. nur Kaser, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 64 (1961), S. 69ff.). Eindeutig belegt ist der Putativtitel lediglich als *iusta causa usucapionis*, also als Rechtsgrund für eine Erbschaft einer Sache.

⁴⁰ Ob das *videndum* noch auf Julian zu beziehen ist (oder bereits Teil der eigenen Überlegungen Ulpianus ist), ist nicht unumstritten; wie hier bereits Cuiacius, *Commentarii in libro XIII Digestorum* Salvii Juliani, in: *ders., Opera omnia*, Bd. 1, 1758.

⁴¹ In diesem Sinn etwa Pflüger, FS Zitelmann, 1923, S. 45; Lange, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, 1930, S. 68; Wolf, Error im römischen Vertragsrecht, 1961, S. 107.

⁴² Der Gedanke wurde soweit ersichtlich als erstes von Eisele, *JherJb* 23 (1885), S. 1ff., näher ausgeführt; vgl. auch Backhaus, ZRG RA 100 (1983), S. 164ff.; Schermaier, ZRG RA 115 (1998), S. 254ff.

des dinglichen Vertrages zugeschrieben wird: dass die *traditio* kein bloßer Realakt ist, sondern ein Rechtsgeschäft darstellt, welches von einer entsprechenden „dinglichen Einigung“ der Parteien getragen sein muss.

Abstrakt ist der so verstandene Rechtserwerb bei Julian aber nicht, sondern er be ruht sehr wohl auf einer *iusta causa*. Allerdings war Julian bereit, bei der Identifikation der *causa* großzügiger zu sein als nach ihm Ulpian.

Wie oben bereits ausgeführt, liegt der Reiz der Lösung Ulpians dagegen im subtilen Spiel mit den prozessualen Feinheiten: Die Verneinung des derivativen Eigentumserwerbs des Tu wird durch die Möglichkeit des originären Erwerbs relativiert, vor allem aber mit der Gewährung der *exceptio doli* die Rückforderung des Geldes durch Ego definitiv ausgeschlossen.

Von unserer ganz am Anfang aus den Grundsätzen des römischen Rechts abgeleiteten „Standardlösung“ sind letztlich also sowohl Julian als auch Ulpian deutlich entfernt. Über die Subsumtion hinaus *noch einen Schritt weiter denken* – darin finden sich die beiden Klassiker vereint.

Weiterführende Literatur

Zusätzlich zu den im Text (ohne jeglichen Anspruch auf Vollständigkeit) zitierten Werken wären zum Themenkreis abstrakte/kausale Tradition in historischer und rechtsvergleichender Perspektive aus neuerer Zeit anzuführen: Dieter Haag Molkenteller, Die These vom dinglichen Vertrag – zur formalen Struktur der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB, 1990; J. H. Dondorp/E. J. H. Schrage, Levering krachtens geldige titel – Einige grepen uit de geschiedenis van de vereisten voor eigendomsverdracht, Amsterdam 1991; Letizia Vacca (Hrsg.), Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica I und II, 1991; Franco Ferrari, Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip – Zu den Möglichkeiten der Rechtsangleichung im Mobiliarsachenrecht, in: ZEuP 1993, S. 52 ff.; Claude Witz, Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand, FS Günther Jahr, 1993, S. 534 ff.; Nikolaus Benke, Zur „traditio“ als zentralem Modell privatrechtlicher Vermögensübertragung, GS Herbert Hofmeister, 1996, S. 31 ff.; Astrid Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion 1996; Karl-Heinz Schindler, Kausale oder abstrakte Übereignung, FS Karl Kroeschell, 1997, S. 1033 ff.; René-Marie Rampelberg, La vente est-elle translatrice de propriété? Variations franco-germaniques sur un thème romain, Revue d'histoire des Facultés de droit (1998), S. 49 ff.; Andreas Wacke, Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozess und ihre mögliche Überwindung, ZEuP 2000, S. 254 ff.; Ralf Michaels, Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, 2002; Horst Heinrich Jakobs, Gibt es den dinglichen Vertrag? Ein Epitheton zu ‚Wissenschaft und Gesetzgebung‘ (1983), in: ZRG RA 119 (2002), S. 269; Michael Kaspar, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, 2003; Martina Haberer, Kausalprinzip-Konsensprinzip-Abstraktionsprinzip. Die Entwicklung und Ausgestaltung des derivativen Eigentumserwerbs im ABGB, im Code Civil und im BGB sowie rechtspolitische Vorschläge für eine einheitliche Lösung in einem europäischen Zivilgesetzbuch, Diss. iur. Universität Graz 2004; Heinrich Honsell, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, FS Wolfgang Wiegand, 2005, S. 349 ff.