

JULIAN IM DIALOG ÜBER MUTUUM, TRADITIO UND CAUSA

Christoph Krampe*

1. Julianus in seinen *digesta* und in den *disputationes Ulpianas***

1.1 Julian D. 41,1,36

Julian sieht bei Konsens *in corpus*, aber Dissens *in causis* kein Hindernis für eine wirksame *traditio*. Das aus seinen *digesta* entnommene Fragment¹ lautet in der durch Justinians Digesten im Titel *de adquirendo rerum dominio* (D. 41,1) überlieferten Fassung:

D. 41,1,36 *Iulianus libro tertio decimo digestorum*. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti 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 gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendo dissenserimus. (*Julian im 13. Buch seiner Digesten*. Wenn wir zwar über den Gegenstand, der übergeben wird, einig sind, jedoch über die Erwerbsgründe uneinig, dann sehe ich nicht, warum die *traditio* unwirksam sein soll, zum Beispiel wenn ich glaube, dir aus einem Testament zur Übertragung eines Grundstücks verpflichtet zu sein, du aber glaubst, es werde dir aus einer Stipulation geschuldet. Denn auch wenn ich dir gezähltes Geld schenkungshalber übergebe, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst, steht fest, dass das Eigentum auf dich übergeht und

1 O. Lenel, Quellenforschungen in den Edictskommentaren, *SZ* (Rom. Abt.) 3 (1882), S. 177ff.; ders., *Palingenesis iuris civilis*, Leipzig 1889, Sp. 355, Julianus Nr. 222; dazu J.G. Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005 (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, N. F. 45), S. 101f. mit Anm. 46.

* Professor emeritus, Ruhr-Universität Bochum.

** Mit der folgenden Exegese wird ein Referat „*In corpus consentimus, in causis dissentimus*“ fortentwickelt, das ich am 22. Mai 2012 im Amsterdamer „Forum Romanum“ und auf der Jahrestagung der Société Internationale Fernand de Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité in Salzburg am 13. September 2013 zur Diskussion gestellt habe.

kein Hindernis darin liegt, dass wir hinsichtlich der *causa* des Gebens und Empfangens uneins gewesen sind.)

Die Übersetzung folgt zunächst weitgehend der neuesten Auflage des Studienbuchs von Rolf Knütel² und entspricht im Wesentlichen auch der neuen, von G. Macours und J.E. Spruit besorgten niederländischen Übersetzung³. Auf den ersten Blick beginnt der Text mit einer allgemeinen Problemstellung: Wirksamkeit einer *traditio* bei Konsens *in corpus*, aber Dissens *in causis* und einer die Unwirksamkeit verneinenden Antwort: *non animadverto, cur inefficax sit traditio*. Zur Begründung folgt zunächst ein *fundus*-Beispiel, in welchem die Beteiligten verschiedene Verpflichtungsgründe annehmen (*veluti – deberi*): Der Leistende will mit der Übertragung des Grundstücks einer vermeintlichen Verpflichtung aus einem Testament nachkommen, der Empfänger glaubt, es werde eine Stipulationsverpflichtung erfüllt. Der Dissens liegt daher in den der *traditio* vorangehenden Verpflichtungsgründen (*in causis*). Andererseits aber belegt das *fundus*-Beispiel eine Übergabe mit einem diesen Akt selbst begleitenden Erfüllungszweck⁴ und damit eine wirksame *traditio solutionis causa* trotz Dissenses *in causis*. Zur weiteren Begründung (*nam etsi – dissenserimus*) folgt ein Schenkungs-/Darlehens-Fall: Denn auch wenn ich dir Geld schenkungshalber gebe, du es aber als Darlehen annimmst, steht fest (*constat*), dass das Eigentum auf dich übergeht, ohne dass hinderlich ist, dass wir hinsichtlich der *causa* des Gebens und Empfangens uneins gewesen sind.

1.2 Ulpian D. 12,1,18 pr.

Diesen Schenkungs-/Darlehens-Fall hat Ulpian in seinen *disputationes* aufgegriffen und der Auffassung Julians seine eigene Problemlösung entgegengehalten⁵:

D. 12,1,18 pr. *Idem (Ulpianus) libro septimo disputationum. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederom, 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 condicione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.* (D. 12,1,18 pr. *Derselbe (Ulpian) im 7. Buch seiner Disputationen.* Wenn ich dir Geld schenkungshalber gebe, du es aber als Darlehen annimmst, dann liegt, so schreibt Julian, keine Schenkung vor. Man müsse aber sehen, ob ein Darlehen gegeben ist. Und ich glaube, dass auch kein Darlehen vorliegt und daher die Geldstücke eher nicht Eigentum des Empfängers werden, da er sie in anderer Meinung angenommen hat. Deshalb wird

2 M. Kaser / R. Knütel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014, S. 141, Rz.12.

3 Corpus Iuris Civilis V, onder redactie van J.E. Spruit, R. Feenstra, F.B.J. Wubbe, 's-Gravenhage 2000, S. 827.

4 W. Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken, Paderborn 1990, S. 53ff. (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, N. F., 56); D. Schanbacher, Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch *traditio* und beim Leistungsversprechen durch *stipulatio*, TR 60 (1992), S. 1ff.

5 Deutsche und niederländische Übersetzung: O. Behrends / R. Knütel / B. Kupisch / H.H. Seiler, Corpus Iuris Civilis III, Heidelberg 1999, S. 58; E. Slob / J.E. Spruit, in: J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar, Corpus Iuris Civilis III, 's Gravenhage 1996, S. 58.

er, wenn er sie verbraucht hat, auch wenn er mit der *condictio* haftet, dennoch sich der Arglisteinrede bedienen können, weil die Geldstücke gemäß dem Willen des Gebenden verbraucht worden sind.)

Ulpian beruft sich auf Julian für eine zu verneinende Schenkung: *Iulianus scribit donationem non esse*. Wenn es dann heißt, zu prüfen sei aber ein Darlehen (*sed an mutua sit videndum*), so dürfte diese Textpassage noch zum Julian-Zitat gehören. Nach *videndum* kommt zwar auch ein zu ergänzendes *est* in Betracht. Doch näher liegt das unmittelbar zuvor erwähnte und daher nicht notwendig zu wiederholende *esse*⁶. Nunmehr folgt Ulpians eigene Auffassung, dass auch ein Darlehen nicht vorliegt, mithin der Empfänger eher nicht Eigentümer des ihm übergebenen Geldes geworden ist (*puto – non fieri*). Indessen kann aus der Position Ulpians nicht schon gleichsam im Gegenschluss gefolgert werden, dass Julian die Darlehensfrage bejaht hat⁷. Ulpians Kritik scheint vielmehr vor allem darin zu bestehen, dass Julian das Darlehensproblem zwar aufgeworfen, dann aber doch offen gelassen hat.

Die reichhaltige Literatur zu beiden Stellen ist zu einem guten Teil dem Thema *causa traditionis* gewidmet⁸. Eigens hervorgehoben werden dogmatische Fragen des

6 So schon H.H. Pflüger, Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht, München und Leipzig 1937, S. 19f.; anders aber H. Lange, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930, S. 66; G. Beseler, *Miscellanea*, SZ 45 (1925), S. 221; J.G. Fuchs, *Iusta causa traditionis* in der Romanistischen Wissenschaft, Basel 1992, S. 131.

7 So aber H.H. Pflüger (s. oben Fn. 6), S. 20; A. Ehrhardt, *Justa causa traditionis*, Berlin u. Leipzig 1930, S. 138.

8 H. Dernburg, Beitrag zur Lehre von der *justa causa*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 40 (1857), 1ff.; zum Autor s. K. Luig, Heinrich Dernburg (1829-1907), Ein „Fürst“ der Spätpandektistik und des preußischen Privatrechts, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, S. 231ff.; sodann für die neuere Romanistik grundlegend die Münchener Dissertation von Philipp Lotmar, *Über causa im römischen Recht*, Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften, München 1875, S. 82, 176ff., 178; zum Autor s. J. Rückert, Philipp Lotmar (1850-1922), *Römisches Recht*, Rechtsphilosophie und Arbeitsrecht im Geiste von Freiheit und Sozialismus, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (s. oben), S. 331ff., 341; s. dazu die engagierte, gerade auch Philipp Lotmar hervorhebende Besprechung von Laurens Winkel, in: *TRG* 65, 1997, S. 192f. u. Th. Mayer-Maly, *SZ* (Germ. Abt.) 113, 1995, S. 669f.; zur *causa traditionis* insbesondere F. Eisele, *Civilistische Kleinigkeiten*, in: *Jherings Jahrbücher* 23, 1885, S. 1ff.; J.C. van Oven, *Praeadvies over Causa en Levering*, Den Haag 1924, S. 28ff.; R. Monier, *Le malentendu sur la causa traditionis*, in: *Studi Pietro Bonfante III*, Milano 1930, S. 218ff.; H. Lange (s. oben Fn. 6), S. 63ff.; A. Ehrhardt, (s. oben Fn. 7), S. 136ff.; H.H. Pflüger (s. oben Fn. 7), S. 18-22; J.C. van Oven, *Die Antinomie D. 41.1.36 – 12.1.18 Pr.*, *TRG* 20 (1952), S. 441ff.; P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, S. 144ff.; A. d'Ors, *Dos notas criticas*, *Iura* 6 (1955), S. 145ff.; M. Kaser, *BIDR* 64 (1961), S. 66ff.; ders., *Das Geld im römischen Sachenrecht*, *TRG* 29 (1961), S. 225ff.; G. Jahr, *SZ* 80 (1963), S. 141ff., 170; J.G. Fuchs (s. oben Fn. 6), S. 130ff.; R. Backhaus, *In maiore minus inest*, in: *SZ* 100 (1983), S. 136ff., 164ff.; R. Evans-Jones and G.D. MacCormack, *Iusta causa traditionis*, in: *New Perspectives in the Roman Law of Property*, Essays for Barry Nicholas, Oxford 1989, S. 99ff.; W.M. Gordon, *The importance of the iusta causa traditionis*, in: *Essays Barry Nicolas*, S. 123ff.; E.H. Pool, *Een kwestie van titels*, *Causa van bezit, verjaring en eigendom naar klassiek Romeins recht*, Amsterdam 1995, S. 95 Anm. 94; J.D. Harke, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana*, Entscheidungsgrundlagen bei Celsus und Julian, Berlin 2012, S. 124ff., 125 Anm. 102 (Schriften zur Rechtsgeschichte, H. 157).

Vertragsschlusses: Auslegung, Dissens, Irrtum⁹. Es sind Grundprobleme des *ius civile*, denen sich Laurens Winkel seit Beginn seines produktiven Gelehrtenlebens widmet¹⁰.

2. Ein *responsum* Julians

Der Julian-Text beginnt mit der sprachlich auffälligen Meinungsäußerung: *non animadverto, cur inefficax sit traditio*. Wer zu einer Prämisse „Wenn wir über den Gegenstand, der übertragen wird, einig, über die Gründe aber uneinig sind“ schreibt „sehe ich nicht, warum die *traditio* unwirksam sein soll“ und bei der Veröffentlichung in seinen *digesta* nicht einfach die für richtig gehaltene Rechtsfolge angibt, dass die *traditio* wirksam ist, antwortet nicht im anfänglichen Stil einer Prämisse auf ein sich ihm stellendes Problem, sondern reagiert auf eine an ihn gestellte Frage, ob bei der gegebenen Fallkonstellation die *traditio* wirksam ist.

2.1 Sachverhalt, *quaestio, responsum*

Der Text kann daher eine gutachtliche Stellungnahme (*responsum*) Julians wiedergeben¹¹, sei es als Antwort auf eine ihm vorgelegte Problemstellung oder zu einer an ihn herangetragenen Anfrage im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits. Wer der Anfragende ist, muss offen bleiben. Indessen ist eine dialogische Erörterung von Grundfragen des *ius civile* Julian durchaus eigen. Von einem wissenschaftlichen Austausch mit seinem Schüler und Kollegen *Africanus* zeugen dessen *quaestiones*, in denen mit einem *respondit* auf ein

9 J.G. Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln, Graz 1961, S. 100ff. (Forschungen zum römischen Recht, 12); ders., *Causa stipulationis*, Köln 1970, S. 37 Anm. 12 (Forschungen zum römischen Recht, 27); U. Zilletti, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, S. 140ff. Anm. 116; F. Cancelli, *Dissenso*, in: *Enclopedia del diritto XIII*, Milano 1964, S. 241; M.J. Schermaier, Auslegung und Konsensbestimmung, in: *SZ* 115 (1998), S. 254ff.; J.D. Harke, *Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005, S. 104ff. (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen – *FRA* N. F. – 45), S. 48f.; M.J. Schermaier, *Anachronistische Begriffe oder „Nichtrömisches“ im Römischen Irrtumsrecht*, in: P. Pichonnaz (éd.), *Autour du droit des contrats, Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Genève 2009, S. 88 mit Anm. 168.

10 L.C. Winkel, *Error iuris nocet, Rechtsdwaling als Rechtsorde-Problem*, I *Rechtsdwaling in de Griekse filosofie en het Romeinse Recht*, Proefschrift Universiteit van Amsterdam 1982/83; deutsche Übersetzung, Zutphen 1985 (Studia Amstelodamensia, 259); dazu K. Hackl, *IURA* 36 (1985, Pubbl. 1988), S. 194ff.; L.C. Winkel, *Die Irrtumslehre*, in: R. Feenstra / R. Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin 1992, S. 225ff. (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 7); id., *Usucapio pro suo and the classification of the *causa usucaptionis* by the Roman jurists*, in: *New Perspectives* (s. oben Fn. 8), S. 215ff. Fest eingeprägt bleiben unsere Gemeinschaftsseminare mit Hans Ankum im Amsterdamer Forum Romanum und im Internationalen Begegnungszentrum der Ruhr-Universität Bochum mit Referaten von Laurens über ein für seine Dissertation zentrales Neraz-Fragment „D.22,6,2: Neraz ein Rechtsphilosoph?“ (1981), sodann „Einige Bemerkungen zur usucapio pro suo“ (Bochum 1985), „Der Bereich der *actio empti*“ (Amsterdam 1989), wie auch die Begegnungen im Rahmen der SIHDA-Kongresse, u. a. in Amsterdam und Utrecht 1992, Rotterdam 2001 und Bochum 2005.

11 H. Lange (s. oben Fn. 6), S. 70 Anm. 3.

responsum Julians Bezug genommen wird¹². In Julians *digesta*¹³ finden wir zum Beispiel eine Auseinandersetzung mit *Celsus* über die Haftung nach der *lex Aquilia* im Falle „überholender Kausalität“¹⁴. Hier wie dort ist der Text nach dem Responsen-Schema gegliedert, wie es auch für die *digesta* anderer Juristen kennzeichnend ist: Sachverhalt, *quaestio, responsum*¹⁵. In dem Julian-Fragment D. 41,1,36 fehlt ein solcher äußerer Aufbau. Doch er ist sprachlich und sachlich erkennbar. Der Julian-Text dürfte daher wie bei anderen *digesta*-Juristen mit der Aufnahme in Justinians Digesten unter Beseitigung des dreigliedrigen Responsen-Schemas auf die Kernaussage reduziert worden sein¹⁶. So erklärt sich wohl auch, dass sich das wörtliche Julian-Zitat Ulpianus *Iulianus scribit donationem non esse* im Julian-Text nicht verifizieren lässt.

Ist die durch *non animadverto cur non* eingeleitete Hauptaussage des ersten Satzes die Antwort auf eine hinzuzudenkende Quästio, ob die *traditio* wirksam ist, so vermisst man freilich noch einen dazu gehörenden Sachverhalt. Doch er ist ebenfalls in der scheinbar als allgemeines Problem formulierten Prämisse vorausgesetzt. Der Beginn des Textes (*cum – traditio*) lässt sich nämlich als Zusammenfassung eines streitigen Sachverhalts deuten: Es geht um eine *traditio* von *pecunia numerata*, bei welcher die Beteiligten über den Gegenstand (*in corpus*) einig sind, jedoch *in causis* sich im Dissens befinden.

Für eine solche Deutung als *responsum* zu einem Parteienstreit gibt es sprachliche Indizien. Zum einen kann die Konjunktion *cum* des Einleitungssatzes auf einen geltend gemachten, dem Juristen zur Begutachtung vorgelegten Sachverhalt hinweisen¹⁷. In den *digesta* des Alfenus und des Cervidius Scaevola gibt es Texte mit erhaltener Responsenstruktur, in denen mit einem konjunktivischen *cum*-Satz gegenüber einem im Indikativ formulierten feststehenden Sachverhalt das in tatsächlicher Hinsicht streitige Parteivorbringen angegeben wird. Ist es ein relevantes, gegebenenfalls also *apud iudicem* zu beweisendes Sachverhaltselement, dann ist ein vorprozessuales oder

12 Vgl. S.W. Zimmern, Geschichte des Römischen Privatrechts bis Justinian I, 1, Heidelberg 1826, S. 351; zum Autor vgl. Ch. Krampe, Sigmund Wilhelm Zimmern (1796-1830), Systematiker des römischen Rechts in der Frühzeit der Emanzipation, in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (s. oben Fn. 8), S. 27ff.; J.D. Harke, Das Vertragsrecht in Afrikans Quästionen, in: Africani quaestiones, Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Berlin 2011, S. 48f.

13 Dazu siehe E. Bund, *Salvius Julianus; Leben und Werk*, in: ANRW II, 15, Berlin 1976, S. 431ff.

14 K.-H. Schindler, Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum Problem der überholenden Kausalität, in: SZ (Rom. Abt.) 74 (1957), S. 201ff.; H. Ankum, Das Problem der „überholenden Kausalität“ bei der Anwendung der *lex Aquilia* im klassischen römischen Recht, in: De iustitia et iure, Festgabe Ulrich von Lübtow, Berlin 1980, S. 325; J. Rastätter, *Marcelli notae ad Iuliani digesta*, Diss. Freiburg i. Br., S. 116ff.; J.D. Harke (s. oben Fn. 8), S. 241ff.

15 Vgl. C. Zülch, *Der liber singularis responsorum des Ulpius Marcellus*, Berlin 2001, FRA 37, S. 18ff.; dazu H. Ankum, TRG 72 (2004), S. 377-380, 377; zu Alfenus vgl. H.-J. Roth, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin 1999, S. 60ff. (FRA, 32); zu Q. Cervidius Scaevola vgl. C. Sigel, *Rechtsgutachten des Quintus Cervidius Scaevola*, Aachen 2004, S. 17ff. (Bochumer Forschungen zur Rechtsgeschichte, 2).

16 J.C. van Oven (s. oben Fn. 8), TR 20 (1952), S. 444; Beispiel für Alfenus: *Paulus/Alfenus* D. 14,2,7 (Schiffsuntergangs-Fall); dazu Ch. Krampe, *Lex Rhodia de iactu: contributio nave salva*, in: *Festschrift Rolf Knütel*, Heidelberg 2009, S. 593ff.

17 Beispiel für Cervidius Scaevola: *cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset* in D. 45,1,122,1 (Seedarlehens-Fall).

schon für das Verfahren *in iure* erstelltes *responsum* des konsultierten Juristen bisweilen als Distinktio strukturiert: In zwei durch die Konjunktionen *cum* und *si* eingeleiteten Bedingungssätzen wird in tatsächlicher Hinsicht zunächst der Vortrag einer der beiden Streitparteien zugrunde gelegt und sodann die Version der Gegenseite¹⁸.

In unserer Julianstelle gibt es allerdings nach dem Einleitungssatz und einem *fundus*-Beispiel nur einen *nam et si*-Satz als Begründung für eine wirksame *traditio* von Bargeld (*pecunia numerata*) in einem Schenkungs-/Darlehens-Fall. Er ist die Prämisse für die gutachtliche Aussage des Juristen, dass hier eine eigentumsübertragende *traditio* der Münzen trotz Dissenses *in causis* feststeht (*constat*). Gemeint ist: Wenn der Gebende die Geldstücke schenken will und der Empfänger sie als Darlehen annimmt, steht fest, dass beide mit der *traditio* die Übereignung der Geldstücke gewollt haben, sei es *donandi causa*, sei es *credendi causa*. Auch wenn die Parteien *in causis* dissentieren, will doch der vermeintlich Schenkende ebenso einen Eigentumsübergang wie derjenige, der das Geld *quasi mutuam* annimmt¹⁹. Mit *constat* wird also nicht etwa auf eine zur Zeit Julians allgemein anerkannte juristische Problemlösung, auf ein *de iure receptum*, verwiesen²⁰, sondern auf einen insoweit als feststehend unterstellten Sachverhalt: Unter der genannten Voraussetzung, dass der Gebende das Geld schenken und der Empfänger es als Darlehen haben will, steht fest, dass die Parteien eine wirksame, eigentumsübertragende *traditio* der Münzen gewollt haben²¹.

2.2 Der Schenkungs-/Darlehens-Fall als Argument

Ein solches fallbezogenes Argument bezieht sich nicht auf das unmittelbar vorangehende *fundus*-Beispiel²², sondern auf die Problemstellung des Einleitungssatzes: *cum in corpus quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus*. Ist aber der Schenkungs-/Darlehens-Sachverhalt für Julian ein Argument für die Hauptaussage des Einleitungssatzes, so wählt der konsultierte Jurist zur Begründung einer wirksamen *traditio* trotz Dissenses *in causis* eine mögliche Sachverhaltskonstellation, um einen

18 Beispiele für Alfenus: D. 9,2,52,1: quoniam prior percussus esset, sed si ab eo non prior vapulasset (*tabernarius*-Fall), Paulus/Alfenus D. 18,1,40 pr.: si ita dictum esset ... , sed si ita pactum esset (doppeldeutige *lex dicta venditionis*), Paulus/Alfenus D. 18,6,13/15: si (lecti) traditi essent ... Quod si neque traditi essent ... (*periculum*-Fall: aedilis lectos emptos concidit); für C. Scaevola (Fn. 17): item quaero si.

19 M.J. Schermaier (s. oben Fn. 9) mit Hinweis auf den Parteiwillen als Beweisproblem, S. 254ff., 257.

20 So aber H. Dernburg (s. oben Fn. 8), S. 4; H.H. Pflüger (s. oben Fn. 6), S. 20; R. Monier (s. oben Fn. 8), S. 223; vgl. auch die Übersetzung von A. Watson, *The Digest of Justinian IV*, Philadelphia 1985: „it is settled law“ (S. 495).

21 So auch das *constat* bei Paulus 33 ed. D. 18,1,43: Si in fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intellegatur, quis es pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio vendor senserit, nihilo minus venditionem valere constat (anders noch meine Sicht in: SZ 100 (1983), S. 217). Vgl. P. Apathy, Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht, in: SZ 111 (1994), S. 105f.; M.J. Schermaier (s. oben Fn. 9), S. 274ff.

22 Kunkel / Mayer-Maly, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 159f.: „Argumentationshilfe“, S. 160; dazu W. Flume, (s. oben Fn. 4), S. 55 Anm. 7: „Die Entscheidung des ersten Falles bedarf ... einer solchen Hilfe nicht“; dazu wiederum Th. Mayer-Maly, TRG 59 (1991), S. 391.

wirksamen Eigentumserwerb, wie er im Einleitungssatz für richtig gehalten wird, zu untermauern. Der Aufbau der Julianstelle besteht daher nicht in einem unspezifischen allgemeinen Einleitungssatz, der durch zwei Beispieldfälle veranschaulicht wird, sondern in der zusammenfassenden Wiedergabe eines Parteienstreits über eine *traditio* von *pecunia numerata* und dem *responsum* Julians zur Frage, ob eine wirksame *traditio* vorliegt. Julian sieht dafür aufgrund des ihm vorgelegten Sachverhalts kein Hindernis. Es folgt das *fundus*-Beispiel und zur weiteren Begründung der Schenkungs-/Darlehens-Fall, von dem der Jurist sagt, in diesem Fall stehe der Eigentumsübergang fest.

Sind die Parteien bei einer *traditio* von Bargeld – in Betracht kämen auch andere Darlehensgegenstände wie Gold oder Silber – im Dissens *in causis* und kommt es zum Rechtsstreit, dann besteht die Auseinandersetzung natürlich nicht darin, dass der Gebende Schenkung geltend macht und der Empfänger sich auf Darlehen beruft, sondern umgekehrt: Der Gebende verlangt Rückerstattung des als *mutua pecunia* übergebenen Geldes, doch der Empfänger bestreitet das Darlehen und beruft sich auf Schenkung. Geklagt wird gegebenenfalls mit der *actio certae creditae pecuniae (condictio)*. Denkbar ist auch ein Sinneswandel der Parteien²³: Der Geldgeber wollte zwar im Zeitpunkt der Übergabe schenken, der Empfänger aber ein Darlehen. Deshalb macht sich der Gebende jetzt das Vorbringen des Beklagten zu eigen und klagt aus Darlehen mit der *condictio*. Nunmehr aber beruft sich der Empfänger exzptionsweise auf Schenkung. Hier wie dort ist es ein Dissens der Parteien *in causis*.

Erkennt man in der scheinbar allgemeinen Einleitung des Julianfragments eine solche Zusammenfassung der möglichen Fallkonstellationen des Parteienstreits, dann passt ein Schenkungs-/Darlehens-Fall mit feststehendem Eigentumsübergang als Argument für eine eigentumsübertragende *traditio* auch dann, wenn sich im Prozess herausstellen sollte, dass die Geldstücke entsprechend dem Klägervortrag nicht schenkweise, sondern als Darlehen übergeben worden sind. Das tatsächliche Geschehen, ob *pecunia quasi mutua* oder *donandi causa* tradiert worden ist, kann daher offen bleiben, wenn man die Einleitungspassage des Julian-Textes nicht als allgemeine rechtstheoretische Problemstellung interpretiert, sondern als fallbezogene gutachtliche Stellungnahme. In den beiden in Betracht kommenden Fallkonstellationen ist von einer wirksamen *traditio* auszugehen²⁴. Dass es für Julian auf den Zeitpunkt der Geldübergabe ankommt, zeigt das Tempus am Schluss *cum dissenserimus* im Unterschied zum Präsens des Einleitungssatzes, das sich auf die aktuelle sachverhaltsbezogene vorprozessuale oder schon prozessuale Fragestellung bezieht: *cum ... consentiamus, ... dissentiamus*. Deshalb sieht Julian im Dissens *in causis* hier kein Hindernis für eine wirksame *traditio*. Denn sowohl nach dem Tatsachenvortrag des Klägers ist eine *iusta causa traditionis* gegeben als auch nach dem Vorbringen des Beklagten. Julian bejaht also die Eigentumsfrage in einem Rechtsgutachten, äußert sich aber nicht zu der streitigen, aber für die Eigentumslage unerheblichen Sachverhaltsfrage, ob das Geld als Darlehen oder schenkungshalber übergeben worden ist. Eine solche Deutung des Julian-Textes als *responsum* bezieht

23 Ch. Krampe, *In corpus consentimus, in causis dissensimus*, in: *Liber amicorum Guido Tsuno*, Frankfurt am Main 2013, S. 190.

24 Vgl. F. Schwarz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster 1952, S. 112 (Forschungen zum Römischen Recht, 5).

sich zwar unmittelbar auf eine Auseinandersetzung der Vertragsschließenden über die Wirksamkeit einer *traditio* bei Dissens in *causis*. Damit kann es aber gegebenenfalls auch indirekt als gutachtliche Stellungnahme zu einem Eigentumsstreit mit einem Dritten dienen, der sich auf sein zivilrechtliches Eigentum beruft. Dies wird zwar durch den Digestentitel 41,1 *de adquirendo rerum dominio* nahe gelegt, ist aber für Julian fraglich²⁵.

Eine Interpretation der Julian-Stelle als verkürzt überliefertes *responsum* bedarf keiner Korrektur des überlieferten Textes, sondern erledigt die zu fast allen Passagen vertretenen Interpolationsvermutungen und führt zu folgender paraphrasierender Übersetzung²⁶:

Wenn (vorgetragen wird, dass) wir zwar über den Gegenstand, der übertragen wird, einig, doch über die Erwerbsgründe uneinig sind, sehe ich nicht, warum die *traditio* unwirksam sein soll, zum Beispiel wenn ich glaube, dir aus einem Testament zur Übertragung eines Grundstücks verpflichtet zu sein, du aber glaubst, es werde dir aus einer Stipulation geschuldet. Denn auch dann, wenn ich dir Geld schenkungshalber gebe, du es aber als Darlehen annimmst, steht fest, dass das Eigentum auf dich übergeht, ohne dass dem entgegensteht, dass wir hinsichtlich der *causa* des Gebens und Empfangens uneins gewesen sind.

2.3 Ulpian's Kritik

Ulpian's Julian-Kritik betrifft dessen als Argument angeführten Schenkungs-/Darlehens-Fall. Der Spätklassiker erwähnt die *condictio* für eine Klage nach Verbrauch des Geldes und eine *exceptio* des Geldempfängers, er habe die Münzen mit Willen des Gebenden verbraucht. So kann nur schreiben, wer davon ausgeht, dass der Geldgeber die Darlehensklage erhebt, der beklagte Empfänger aber geltend macht, er habe das Geld schenkweise erhalten, oder aber nach Aufdeckung des Missverständnisses habe sich der vermeintliche Darlehensgeber mit der Meinung des Empfängers, er habe das Geld schenkweise erhalten, einverstanden erklärt²⁷. Wenn der Geldgeber jetzt, nach Verbrauch des Geldes, dennoch mit der *condictio* klagt, dann sei dies, unabhängig vom Darlehens-Schenkungs-Streit, jedenfalls *dolus praesens*, weil er auch als Darlehensnehmer das Geld hat verbrauchen dürfen. Ihm als Empfänger der Münzen stehe daher die *exceptio doli* zu. Theoretisch denkbar ist ein Schenkungs-/Darlehens-Streit auch ohne Sinneswandel des Gebenden, also ein Fall mit der Behauptung des Gebenden, das Geld sei geschenkt, und der dissentierenden Position des Empfängers, es sei ein Darlehen gewesen. Dann aber gäbe es weder eine *condictio* für den Gebenden noch eine *exceptio doli* für den Empfänger, der das Geld ja als Darlehen angenommen haben will (*cum alia opinione acceperit*).

25 O. Lenel (s. oben Fn. 1), S. 1, und J.G. Wolf (s. oben Fn. 1), S. 101f. Anm. 46.

26 R. Knütel, Interpretierendes Übersetzen, in: Liber amicorum C.K., Berlin 2013, S. 215ff. (FRA 68).

27 Anders T. Honoré, Ulpian, Oxford 1982, S. 246: „[I]n principle I can sue you by *condictio*. But this would not be just, since you spent the money, as I intended you to. Hence it is dishonest of me to reclaim the money, and you should have the defence of dishonesty (*exceptio doli*)“; R. Evans-Jones and G.D. MacCormack (s. oben Fn. 8) S. 106 Anm. 20.

Ulpian macht daher aus der Schenkungs-/Darlehens-Argumentation Julians eine Schenkungs-/Darlehens-Auseinandersetzung für den Fall, dass die Darlehensklage Erfolg hat, weil und soweit der Verbrauch des Geldes dem Darlehensvertrag entspricht. Denkbar ist auch ein Sinneswandel der Parteien, dass vor Verbrauch des Geldes der Tradierende seine bisherige Position, er habe ein Darlehen gewollt, ebenso aufgegeben habe wie der Empfänger seine Auffassung, es handele sich um eine Schenkung. Doch Ulpian hat die gutachtliche Stellungnahme Julians durchaus richtig verstanden. Verräterisch ist der Satz: *cum alia opinione acceperit*. Das Perfekt zeigt, dass auch Ulpian für den Dissens *in causis* – ebenso wie Julians *dissenserimus* – auf den Zeitpunkt der Geldübergabe abstellt, wenn der Beklagte geltend macht, er habe das Geld nicht als Darlehen, sondern als Schenkung angenommen, und zwar zu dem maßgeblichen Zeitpunkt, von dem Julian sagt, die Parteien seien im Dissens *in causis* gewesen. Die *exceptio* passt also nur dann, wenn aus Darlehen mit der *condictio* geklagt wird, der Beklagte aber behauptet, nach Aufdeckung des Dissenses habe sich der Kläger mit dem endgültigen Verbrauch des Geldes trotz Dissenses *in causis* einverstanden erklärt. Für Julian ist ein Schenkungs-/Darlehens-Fall ohne Sinneswandel der Parteien denkbar und erklärbar²⁸. Beruft sich aber der Gebende für den Zeitpunkt der Geldübergabe auf Schenkung, der Empfänger jedoch auf Darlehen, dann gibt es weder eine *actio* für den Gebenden noch eine *exceptio* für den Empfänger²⁹. Die *exceptio doli* Ulpians passt nur zur Abwehr einer Darlehens-Klage (*condictio*). Julian muss sie nicht eigens hervorgehoben haben. Denn wenn der Beklagte sich auf Schenkung beruft, so liegt darin zugleich eine *exceptio doli praesentis* für den Fall, dass es doch nur ein Darlehen gewesen ist.

3. Eine „Antinomie“ in Justinians Digesten

Der Einleitungssatz der Julian-Stelle D. 41,1,36 und Ulpians Kritik in D. 12,1,18 haben als „Antinomie“ in Justinians Digesten im Rahmen der europäischen Zivilrechtswissenschaft eine besonders nachhaltige Wirkungsgeschichte³⁰. Mittelalterliche Erläuterungen in den Basilikenscholien und in glossierten und kommentierten Digestenausgaben³¹ haben die neuzeitliche Lehre vorbereitet, ein Eigentumserwerb sei auch ohne *iusta causa traditionis* wirksam. In Deutschland ist sie bis heute unter dem Namen „Abstraktionsprinzip“ vorherrschend. Friedrich Carl von Savigny hat in seinem „System des heutigen Römischen Rechts“ auf das Julian-Fragment seine Lehre vom abstrakten

28 R. Backhaus (s. oben Fn. 8), S. 165f.: *In maiore minus inest*; J.D. Harke (s. oben Fn. 8), S. 125 Anm. 102f. „Minimalkonsens“.

29 Anders J.D. Harke (s. oben Fn. 9): Die *condictio* versage, weil der Veräußerer „mit seiner früheren Absicht zur Schenkung im Widerspruch“ stehe.

30 K.-H. Schindler, Kausale oder abstrakte Übereignung, in: Wirkungen europäischer Rechtskultur, Festschrift Karl Kroeschell, München 1997, S. 1033ff.

31 J.G. Fuchs (s. oben Fn. 8), S. 143; J.H. Dondorp / E.J.H. Schrage, Levering krachtens geldige Titel, Enige grepen uit de geschiedenis van de vereisten voor eigendomsoverdracht, Amsterdam 1991, S. 20ff.; E.J.H. Schrage, Traditionibus et usucaptionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur, Die Wahl zwischen dem Konsens- und dem Traditionsprinzip in der Geschichte, in: Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert, Festschrift Knut Wolfgang Nörr, Köln 2003, S. 926f.; S. Hähnchen, Rechtsgeschichte, Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 4. Aufl., Heidelberg 2012, S. 177f.

dinglichen Vertrag gestützt³². Es war die maßgebliche pandektistische Doktrin³³, als nach der Gründung des Deutschen Reichs die Vorarbeiten zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) begannen. Der Redaktor für das Sachenrecht, der preußische Obertribunalrat Johow, folgt Julian und verwirft Ulpian's Gegenposition³⁴, weil die Ansicht Julians „die Rechtskonsequenz“ für sich habe.

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist von einer rechtspolitischen Polemik gegen das angeblich lebensfremde römische Recht bisweilen auch die Lehre von der abstrakten Eigentumsübertragung ins Feld geführt worden. Dazu hat Julius Christiaan van Oven im Jahre 1952 in der Festschrift zu Ehren des 70jährigen Fritz Pringsheim³⁵ eine wohlwollend mahnende sachliche Antwort gegeben³⁶:

Übrigens ... auch für das moderne Recht soll man die Wichtigkeit der Frage der abstrakten bzw. kausalen Eigentumsübertragung nicht übertreiben ... Trug und Wahn! Es ist ein rein technisches juristisches Problem, das der Gesetzgeber fast ebenso gut in dem einen wie in dem anderen Sinn lösen kann. Ja, als der niederländische Gesetzgeber dies unterließ, in dem Burgerlijk Wetboek von 1838 die Frage offen ließ, da hat es noch bis ins zwanzigste Jahrhundert gewährt, bis die Juristen das Problem entdeckten, und erst 1950 hat der Hooge Raad es endgültig entschieden ...

Dem bleibt nur hinzuzufügen, dass im neuen niederländischen Burgerlijk Wetboek von 1992 wie in den meisten anderen europäischen Zivilgesetzbüchern die kausale *traditio* als *levering krachtens geldige titel* festgeschrieben worden ist (Art. 3, 84 B.W.). Das widerstreitende Abstraktionsprinzip ist, wie auch Werner Flume in seinem Lehrbuch festgehalten hat, weder apriorisch „richtig“ noch „unrichtig“³⁷. Es ist allerdings, auch wenn es die Diskussion *de lege ferenda* in China mitbestimmt³⁸, weltweit so gut wie isoliert. In den *Draft Common Frame of Reference* von 2009 für ein künftiges europäisches Sachenrecht ist es nicht aufgenommen worden³⁹.

32 F.C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts IV, Berlin 1861, S. 158ff.; dazu W. Felgenträger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927; U. Huber, Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip, in: Festschrift Claus-Wilhelm Canaris, München 2007, S. 471ff.

33 R. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III, 1, 2. Aufl., Leipzig 1871, S. 205ff.; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891, § 172, S. 515f. mit Anm. 15.

34 W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Berlin 1982, S. 636 Anm. 2.

35 R. Feenstra, In memoriam Fritz Pringsheim, 1882 – 1967, S. 627f.; E. Bund, Fritz Pringsheim (1882 – 1967), Ein Großer der Romanistik, in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (s. oben Fn. 8), S. 733ff.

36 J.C. van Oven, Die Antinomie D. 41.1.36 – 12.1.18 Pr., TR 20 (1952), S. 455.

37 W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979, S. 176.

38 Tian Shiyong, Die Rezeption der Theorie des dinglichen Rechtsgeschäfts in China, in: Festschrift Rolf Knütel (s. oben Fn. 16), S. 1281-1299.

39 A. Stadler, Die Vorschläge des Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Sachenrecht – Grundprinzipien und Eigentumserwerb, JZ 2010, S. 380ff.; F. Klinck, Eigentum, in: Staudinger

Abstract

Book 41, Title 1 of the Digest of Justinian, is entitled “The Acquisition of Ownership of Things”. In it (D. 41,1,36) Julian discusses the problem of acquisition (Digest, book 13) when there is agreement on the thing delivered but a dispute over the grounds for delivery. The answer of the classical jurist is “I see no reason why the delivery should not be effective”. The modern German theory of effective delivery – even where there is such a misunderstanding – as prepared by Savigny in the nineteenth century, is based on Julian’s text. The very peculiar “why not” phrase *non animadverto cur inefficax sit traditio* could be explained as an expert reply (*responsum*) to a question in a practical case. In particular, the final example given of misunderstanding – for when I give you coined money and you receive it as a loan – shows *e contrario* what the real dispute between the parties was, namely an action (*conductio*) based on a loan where one party denies that it is a loan and claims it is a gift. Julian is cited and criticised by Ulpian in his *Disputationes* (book 7), referring to the same case of gift/loan (D. 12,1,18: I give you money as a gift but you receive it as a loan for consumption). The extract from Ulpian records an exchange of views in the light of threatened litigation. While Julian denies that there was a gift, but does not express his opinion on a loan, Ulpian also denies that there was a loan and proposes an *exceptio doli* after consumption.