

## IM WESTEN NICHTS NEUES

### Das Abstraktionsprinzip und das byzantinische Recht

Es gab im Jahre 152 in der *Colonia Claudia Ara Agrippinensium* für einen Statthalter nicht immer viel zu tun. In Köln, wie wir die Stadt besser kennen, gab es damals noch langen, kalten und schneereichen Wintermonaten und an der germanischen Front war es damals ruhig. Darum hatte der Statthalter nach seiner Provinz Germania Inferior, um mit ihm über dieses und jenes plaudern zu können, einen Philosophen mitgenommen. Wenn es soweit kommt, dann muß es doch besser sein, statt Rom zu verlassen, nach Rom zu fahren. Der Name des Philosophen, Quintus Aelius Egrilius Euaretus, ist uns heute nicht mehr bekannt, aber den Statthalter ist bis jetzt bekannt geblieben, nicht nur weil sein Name auf einem Militärdiplom aus diesem Jahr, das man in Köln noch bewundern kann, begegnet, aber vielmehr weil er Salvius Julianus hieß.<sup>1</sup> Vielleicht hat er eines Abends mit dem Philosophen, das wäre ja unwahrscheinlich, aber nicht ganz und gar unmöglich, über die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs geredet. Und wer weiß hat er dabei etwas dem Abstraktionsprinzip ähnliches erörtert.

Eine der bekannten Antinomien im Corpus Iuris Civilis nämlich betrifft D. 41,1,36 und D. 12,1,18. Im ersten Text sagt unser Statthalter Julian daß ein Dissens über den Verpflichtungsgrund, also ein Dissens über die *causa traditionis*, nicht dem Eigentumserwerb in Wege steht, wenn *tradens* und *accipiens* einig sind im Hinblick auf die Sache, die tradiert wird. Im zweiten Text weist Ulpian Julians Ansicht zurück.

Diese Antinomie hat schon viele Schreibgeräte in Bewegung gesetzt.<sup>2</sup> Die Kontroverse hat Savigny und die Pandektisten Munition gegeben die abstrakte Übereignung für das heutige römische Recht zu verteidigen. Dadurch hat sie die Übernahme des Abstraktionsprinzips in das BGB befördert. Das Prinzip hat man selbstverständlich gewürdigt als Ausdruck der fortschrittlichen Rechtsentwicklung.<sup>3</sup>

Einen wenig beachteten Beitrag zum Prinzip hat aber schon das byzantinische Recht geleistet. Es gibt nämlich ein Scholion von Konstantin Nikaios zur Text Julians in dem das Prinzip schon formuliert wird.<sup>4</sup> Aber erst Julian. Er sagt im 13. Buch seiner Digesten folgendes:

<sup>1</sup> Vgl. z.B. W. Eck, *Köln in römischer Zeit. Geschichte einer Stadt im Rahmen des Imperium Romanum*, Köln 2004, S. 246.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. neuerdings die Literatur genannt bei S.-F. Meissel, 'Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages', in: U. Falk/M. Luminati/M. Schmoeckel, *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, München 2008, S. 62ff., insbes. S. 76, und J.G.B. Pikkemaat, *Viglius van Aytta als hoogleraar te Ingolstadt*, Diss. Nimwegen 2009, S. 29ff., insbes. N. 11.

<sup>3</sup> Vgl. zur Sache z.B. M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, München 2008 (19. Aufl.), § 24, Rn. 12.

<sup>4</sup> BS 1539/26ff.

‘Wenn wir zwar im Hinblick auf die Sache, die übergeben wird, einig sind, hinsichtlich der Erwerbsgründe aber nicht übereinstimmen, dann sehe ich nicht, warum die Übergabe unwirksam sein soll. Etwa wenn ich annehme, daß ich dir aus Testament verpflichtet bin, ein Grundstück zu übereignen, du aber meinst, es werde dir aus Stipulation geschuldet. Denn auch für den Fall, daß ich dir Bargeld gebe, um es zu schenken, du es aber als Darlehen entgegennimmst, steht fest, daß das Eigentum auf dich übergeht und daß nicht entgegensteht, daß wir uns über den Veräußerungs- und den Erwerbsgrund nicht einig sind’.<sup>5</sup>

Einigung über die *causa traditionis* ist also nicht erfordert, wenn man sich nur einig ist über die Sache die tradiert, daß heißt übereignet werden soll. Man könnte diesen Text so verstehen, daß hier eine abstrakte Übereignung formuliert wird. Einen gültigen Erwerbsgrund scheint es nicht zu geben, des Dissenses wegen, aber beide sind sich darüber einig daß das Eigentum übergehen soll. So verstanden, hat Julian schon das Abstraktionsprinzip formuliert. Es gibt aber auch eine andere Interpretation. Vielleicht setzt Julian voraus daß jedenfalls ein gültiger Grund vorliegt. Im ersten Fall könnte das der *titulus pro soluto* oder *causa solvendi* sein. Denn sowohl im Falle eines Damnationslegat – um das es sich hier handeln wird –, als im Falle einer Stipulation reicht die *solutio* als Erwerbsgrund. Im zweiten Fall könnte er meinen es gäbe mindestens ein Darlehen. (Daß er sowas gemeint haben kann, werden wir bei Ulpian sehen.) Jedenfalls ist die Frage im zweiten Fall am prägnantesten formuliert.

Zu diesem Text gibt es leider nur den Basilikentext und keine Scholien. Der Text, der wohl dem Anonymus entstammt, faßt Julian kurz zusammen.

‘Wenn wir über die Sache die übergeben wird, aber nicht über den Grund der Tradition einig sind, wird das Eigentum übertragen, zum Beispiel wenn ich dir Gold als Geschenk gebe, du es aber als geliehen annimmst’.<sup>6</sup>

Auffallend ist daß er nur den Schenkungs- oder Darlehensfall nennt, also den prägnantesten Fall.

Das Gegenteil behauptet dann aber Ulpian. Er sagt im siebenten Buch seiner Disputationen folgendes:

<sup>5</sup> D. 41,1,36: *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 accipiendi dissenserimus.* Übersetzung Kaser/Knüttel, *Römisches Privatrecht*, entlehnt.

<sup>6</sup> BT 2325/19-21 (B. 50,1,35 = D. 41,1,36): Εἰ περὶ τὸ παραδιδόμενον σῶμα, οὐ μὴν περὶ τὴν αἰτίαν τῆς παραδόσεως συναινοῦμεν, μεταφέρεται δεσποτεία, οἷον εἰ χρυσίον ἐγὼ μὲν ὡς δωροῦμενος δώσω σοι, σὺ δὲ ὡς δανειζόμενος λάβῃς.

## IM WESTEN NICHTS NEUES

‘Wenn ich dir Geld gebe, gleichsam um es dir zu schenken, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst, schreibt Julian, es liege keine Schenkung vor: Doch ob ein Darlehen zustande gekommen 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.)’.<sup>7</sup>

Ulpian verneint also, im Gegensatz zu Julian, die Eigentumsübertragung. Sein Argument ist daß es auch kein Darlehen gibt. Er wird also gemeint haben daß es zum Eigentumserwerb an einem Grund fehlt. Kausal könnte man diese Auffassung nennen.

Zu diesem Text gibt es eine Menge Scholien in den selbstverständlich auch die Kontroverse ausführlich behandelt wird. Uns interessiert hier hauptsächlich ein Scholion von dem Nikaios. Konstantin Nikaios ist, bekanntlich, einer der wenigstens fünf Juristen des elften Jahrhunderts die sogenannte neue Scholien zum Text der Basiliken geschrieben haben.<sup>8</sup> Nikaios nun versucht beide Texte zu harmonisieren und dabei gibt er einiges sehr bemerkenswertes zur Kenntnis:

‘Von dem Nikaios. Nicht steht dir entgegen B. 50,1,36, [d.h. D. 41,1,36] wo es heißt daß in diesem Fall das Eigentum übertragen wird; denn der Text ist nicht widersprüchlich, aber aus jenem wie diesem Text wird abgeleitet, daß das Eigentum ohne Zweifel übertragen wird, weil auch beide über die übergebene Sache einig sind, und die Willen von beiden sich einigen auf die Übertragung des Eigentums. Denn der Geber hat ja das Augenmerk das Eigentum von ihm zu übertragen und der Leiher leiht deshalb, sodaß er Eigentümer der geliehenen Sachen wird, und deshalb wird, weil auch beide sich auf dasselbe einigen, das Eigentum durch die Tradition übertragen. Denn das ist die Natur der Tradition. Dieser Text jedoch [d.h. D. 12,1,18], weil er sich nicht befasst mit dem Ziel oder der Übertragung des Eigentums durch die Tradition, aber mit dem Beginn oder dem Schliessen des Kontraktes, weil er die Willen der Kontrahenten nicht übereinstimmend befindet, sagt daß die Münzen nicht des Nehmers werden, es sei denn daß sie verbraucht werden, und er sagt das fast, weil, obwohl das Eigentum gemäß dem fünfzigsten Text durch die Übereinstimmung der Parteien darüber übertragen wird, doch wegen des Irrtums über das Eingehen des Kontraktes sie nicht unentnehmbar beim Empfänger verbleiben, wenn die Münzen

<sup>7</sup> D. 12,1,18pr.: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuum esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. (quare si eos consumpserit, licet condictio teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.)* Übersetzung: H. Hausmaninger, *Casebook zum römischen Sachenrecht*, Wien 1999<sup>9</sup>, S. 106.

<sup>8</sup> Vgl. N. van der Wal/J.H.A. Lokin, *Historiae Iuris Graeco-Romani Delineatio*, Groningen 1985, S. 100.

nicht verbraucht worden sind. Oder, wenn man so will, verstehe man das Verbrauchen der Münzen dahin daß dadurch das Eigentum übertragen wird'.<sup>9</sup>

Nikaios erklärt also die scheinbare Widersprüchlichkeit der beiden Texte dadurch daß für den Eigentumserwerb nur die Einigung der Parteien über die Übertragung des Eigentums erforderlich ist, wie Julian lehrt, und daß Ulpian nur hat sagen wollen daß die Übertragung hier nicht endgültig ist, aber zurückgängig gemacht werden kann, solange die Münzen nicht verbraucht worden sind, weil es an einem Grund der Übertragung, des Dissenses über die Art des Kontraktes wegen, fehlt. Dies ist ein deutlicher Ausdruck des Abstraktionsprinzips.

So un widersprechlich hat man es bis Nikaios nicht gelesen. Indizien dieser Art der Auffassung der Eigentumsübertragung kann man schon bei Theophil lesen, aber sie lassen noch nicht eindeutig auf ein kausales oder ein abstraktes System der Eigentumsübertragung schliessen. Er betont daß die Tradition den Willen Eigentum zu übertragen und erwerben erfordert,<sup>10</sup> aber macht das zur Unterscheidung der Lieferung im Falle von zum Beispiel Kommodat und Depositum.<sup>11</sup> Daraus kann man nur schliessen daß die Tradition einen Grund braucht zur Eigentumsübertragung, aber nicht ob dieser Grund gültig sein muß oder nicht. Jedenfalls findet man hier ein erstes Anzeichen des dinglichen Vertrags.

<sup>9</sup> BS 1539/26-1540/8 (sch. Pa 4 ad B. 23,1,18 = D. 12,1,18): Τοῦ Νικαέως. Μὴ ἐναντιωθῆ σοι τὸ λς'. κεφ. τοῦ α'. τιτ. τοῦ ν'. βιβ. λέγον μεταφέρεσθαι τὴν δεσποτείαν ἐπὶ τοῦ παρόντος θέματος· οὐ γὰρ ἐστὶν ἐναντίον, ἀλλ' ἐξ ἐκείνου καὶ τοῦ παρόντος συνάγεται, ὅτι ἡ δεσποτεία ἀμάχως μεταφέρεται, ἐπειδὴ καὶ ἄμφω περὶ τὸ παραδιδόμενον σῶμα συναινοῦσιν, καὶ ἐκατέρων αἱ θελήσεις συντρέχουσιν εἰς τὴν τῆς δεσποτείας μετάθεσιν. Ὁ τε γὰρ δωρούμενος σκοπὸν ἔχει τὴν δεσποτείαν ἄφ' ἑαυτοῦ μεταθεῖναι ὃ τε δανειζόμενος δανείζεται, ὡς ἂν δεσπότης γένηται τῶν δανειζόμενων, καὶ λοιπὸν εἰς τὸ αὐτὸ συνελθόντων καὶ ἄμφω μετατίθεται ἡ δεσποτεία διὰ τῆς παραδόσεως. Τοῦτο γὰρ ἐστὶ φύσις τῆ παραδόσεως. Τὸ δὲ παρὸν κεφάλαιον μὴ πολυπραγμονοῦν περὶ τοῦ τέλους ἦτοι <τῆς> διὰ τῆς παραδόσεως μετάθεσεως τῆς δεσποτείας, ἀλλὰ περὶ τῆς ἀρχῆς ἦτοι τῆς συστάσεως τοῦ συναλλάγματος, ἐπειδὴ μὴ εὗρίσκει τὰ τῶν συμβαλλόντων θελήματα συντρέχοντα, ψηφί μὴ γίνεσθαι τὰ νομίσματα τοῦ λαμβάνοντος, εἰ μὴ δαπανηθῶσιν, μονονουχί τοῦτο λέγον, ὅτι εἰ καὶ μεταφέρεται ἡ δεσποτεία κατὰ τὸ ν'. κεφ. διὰ τὴν περὶ αὐτῆς ὁμογνωμοσύνην τῶν μερῶν, ἀλλὰ γε διὰ τὴν περὶ τὴν σύστασιν πλάνην τοῦ συναλλάγματος οὐ μένουσιν ἀναφαίρετα τῶ παραλαβόντι, εἰ μὴ που δαπανηθῶσιν. Εἰ δὲ βούλει, προσυπάκουε κἀκείσε τὸ δαπανώμενον τῶν νομισμάτων μετατίθεσθαι τὴν δεσποτείαν.

<sup>10</sup> Theoph. Par. 2,1,40: (...) καὶ ψυχῇ τοῦ βούλεσθαι μεταθεῖναι τὴν δεσποτείαν (...) ψυχῇ τοῦ βούλεσθαι ποιῆσαι δεσπότην τὸν λαμβάνοντα (...).

<sup>11</sup> Theoph. Par., *ibid.*

## IM WESTEN NICHTS NEUES

So weit nichts Neues. Hier und da hat man schon auf diesen Text hingewiesen,<sup>12</sup> aber in der Debatte zum Abstraktionsprinzip hat er keine Rolle gespielt. Diese Debatte hat im Westen ihre Ursprung in der Zeit der Glossatoren. Die Glossatoren haben selbstverständlich die Antinomie auch bemerkt und versucht ihre Lösung zu geben. Weil die Glossatoren ihre Tätigkeit meistens kurz nach der Zeit in der Nikaios gearbeitet hat angefangen haben, schien es mir angemessen die beiden Versuche mit einander zu vergleichen.

Bevor wir die Glossa auf diesen Punkt verstehen werden, wird es eine Weile dauern und das sagt schon etwas. Nirgendwo findet man etwas wie das Abstraktionsprinzip formuliert. Die Lösungen sind situationsbedingt, wie sich herausstellen wird.

Die Glosse *Dissentiamus* zum Text Julians, die den Namen des Accursius trägt, erklärt den Unterschied folgendermaßen.<sup>13</sup> Ich paraphrasiere. Nachdem die Glosse den Eigentumserwerb den Julian befürwortet erklärt hat mit dem Satz 'weil wir übereinstimmen in der Übertragung des Eigentums', wird der Text des Ulpian als scheinbar widersprüchlich angeführt. Die Lösung sieht man darin daß es im Texte Julians geht um eine zuvor bestehende Verpflichtung aus Kredit – das muß dann wohl aus Stipulation sein –, weil der Geber und Empfänger im Moment der Tradition sich nicht einig sind über diesen Grund. Der Geber denkt zu schenken, der Empfänger Kredit zu bekommen. Es gibt hier also jedenfalls einen gültigen Grund, aber keine Einigung. Der Grund reicht aber zur Eigentumsübergang aus. In dem Text Ulpian dagegen gibt es, laut diese Glosse, keine zuvor bestehende Verpflichtung. Der Geber will von Hand zu Hand schenken und der Empfänger denkt ein Darlehen, also *mutuum*, zu bekommen. Es gibt hier also keinen gültigen Grund, aber es gibt eine Einigung. Das reicht aber nicht zur Eigentumsübergang aus. Das klingt alles aber sehr kausal gedacht.

Die Glosse *Non fieri* auf den Text des Ulpian, die ebenfalls den Namen des Accursius trägt, fängt an mit einer etwas anderen Lösung.<sup>14</sup> Erst wird nämlich betont daß

<sup>12</sup> Vgl. z.B. J. Miquel, 'La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos', in: *Anuario de historia del derecho español* 31 (1961), S. 515ff.; E. Betti, 'Il dogma bizantino della φύσις τῆς παροχδόσεως e la irrilevanza del dissenso nella causa della tradizione', in: *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Mailand 1930, S. 305ff.; J.G. Fuchs, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel 1952, S. 22; J.H.A. Lokin, 'Traditio; de verschaffing van bezit', in: *Flores legum H.J. Scheltema antecessori Groningano oblata*, Groningen 1971, S. 132; H. Lange, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig 1930, S. 98f.

<sup>13</sup> (...) *quia nos consensimus in dominio transferendo. Sed videtur non transferri: ut [D. 12,1,18pr.] Solu. hic debebam tibi x. ex causa mutui: sed non recolens, decem tibi tradidi ex causa donationis: tu tamen ut debitum recepisti: et sic putabas tibi numeratam. sed in l. contraria non eram debitor (...). Alii dicunt quod hic primo ex causa donationis tibi x. promiseram, et postea ex ea causa solvo: sed tu quasi mutua accipis (...). Sed in l. contra non promiseram, sed a donatione volebam incipere donationem. [et secundum hoc quod supra dixit donandi gratia, expone, id est ex causa donationis implendae. donaveram enim, sed non tradideram.]*

<sup>14</sup> *Imo videtur fieri, quia in corpore consentimus, et in domini translatione: licet in causa dissentiamus: ut [D. 41,1,36] quae est contra. Solutio: hic erat certa causa, ex qua sola volebat dominium*

im Texte Ulpian's der Geber aus einem bestimmten Grund Eigentum übertragen will. Er will bloß schenken und nicht aus einem anderen Grund übertragen. Im Texte Julians aber würde es dem Geber egal sein aus welchem Grund der Empfänger Eigentümer werde. Ja, so kann ich es auch. Danach aber wird auch wieder die Lösung der Glosse *Dissentiamus* angetragen.<sup>15</sup> Hier bestand kein Verpflichtungsgrund vorher und ist kein Kontrakt zustande gekommen.

Also, eine Lösung hat man sich ausgedacht, aber wie steht das im Verhältnis zu der berühmten oder berichtigten Glosse *Iusta causa*, die, wie bekannt, die *causa putativa* für die Eigentumsübertragung als ausreichend erklärt?<sup>16</sup> Wenn das aber ein allgemeingültiges Prinzip der Glossa wäre dann würde man erwarten daß es bei unseren beiden Texten in Betracht genommen wurde. Das ist nicht der Fall. Nirgendwo wird allgemein angenommen daß die Einigung über die Eigentumsübertragung ausreicht. Also muß man wohl drei Fälle unterscheiden. Im Falle Julians gibt es, der Glosse nach, einen gültigen Grund und verhindert der Dissens über diesen Grund zur Zeit der Tradition die Eigentumsübertragung nicht. Das ist kausal zu erklären. Im Fall einer *causa putativa* gibt es keine Schuld, aber es wird bezahlt in der Meinung daß es eine Schuld gab. Dann reicht die Zahlung oder *solutio* als Grund aus. Es gibt einen *titulus pro soluto*, also eine *causa*. Auch das ist also kausal zu erklären. Und im Falle Ulpian's gab es keinen Grund und auch keinen vermeinten Grund vorher und ist des Dissenses wegen am Moment der Tradition keiner Kontrakt und auch keine Eigentumsübertragung zustande gekommen.<sup>17</sup> Dissens über einen Grund schadet also nicht wenn es schon einen gültigen Grund gibt. Er schadet aber wenn es noch gar keinen Grund gibt. Konsens über einen vermeinten Grund reicht jedoch aus. Man könnte also sagen daß nur die Realkontrakte einen besonderen Platz einnehmen, weil es dort keinen vorher bestehenden Grund, keine *causa praecedens*, sei es wirklich oder vermeint, gibt. Dann muß man sich über den Grund einigen.

All dieses ist sehr spitz, aber man kann schon einwenden daß Ulpian scheinbar den gleichen Fall wie Julian behandelt und das heißt daß Julian nicht von einer *causa praecedens* spricht.

Wie dem auch sei, das ist alles weit weg von der Formulierung eines Abstraktionsprinzips. Stintzing hat zu der Methode der Glosse Folgendes gesagt: 'Die gefundenen Widersprüche sucht man nicht in eine höhere Einheit prinzipiell aufzulösen, sondern durch Distinktionen in der Weise zu versöhnen, daß jeder Satz und jede Meinung

*transferre, scilicet donatio: nec ex alia causa volebat rem ad alium pertinere. Ibi etiam aliter volebat fieri rem accipientis.*

<sup>15</sup> *Vel dic, quod ibi de donando promissio vel debitum praecesserat traditionem: unde licet uno modo ut donum tradatur, tu vero ut creditam accipias: tamen tua fit (...) hic autem de donatione futura intelligitur. et potes hic dicere quot sunt errores qui vitient contractus.*

<sup>16</sup> *Vera vel putativa: alioquin si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de conditione indebiti obstat; qui titulus habet locum, quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa (...).*

<sup>17</sup> Die Erklärung von Fuchs, *Iusta causa traditionis*, S. 42, ist mir nicht ganz klar.

## IM WESTEN NICHTS NEUES

auf einen begrenzten Gebiete sich neben der anderen behaupten kann'.<sup>18</sup> Wenn man das in diesem Fall mit der Leistung von Nikaïos vergleicht dann kann man mit einiger Übertreibung sagen daß man im Westen noch einige Zeit warten mußte um etwas Vergleichbares zu lesen.

Wenn man an Fortschritt glaubt, und wenn man das Abstraktionsprinzip als wissenschaftlichen Fortschritt verstehen will, dann macht die byzantinische Rechtswissenschaft des elften Jahrhunderts also keine sehr schlechte Figur. Seit dem Winter von 152 gab es im Westen jedenfalls nichts Neues.

Universität Groningen

F. Brandsma

<sup>18</sup> *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München und Leipzig 1880ff., Bd 1, Abt. 1, S. 106.

