

(Rechts-)Geschichte ist nichts für den „Brotgelehrten“ ...  
sondern für den „philosophischen Kopf“ (Schiller\*)

# Die Rechtsgeschichte und ihre Bedeutung für die Privatrechtsdogmatik

HEINRICH HONSELL

## 1. Einleitung

Claus-Wilhelm Canaris und ich haben einmal festgestellt, dass wir im Gymnasium in Miesbach (Oberbayern) denselben Griechisch-Lehrer hatten, einen U-Bootkapitän aus dem 2. Weltkrieg. Ein patenter und gebildeter Mann, der uns in die humanistische Bildung eingeführt und die Begegnung mit der griechischen Antike, namentlich mit Platon und Aristoteles, vermittelt hat. Diese Bildung ist auf fruchtbaren Boden gefallen, und so haben wir uns auch später mit Aristoteles befasst, z.B. mit der berühmten Stelle im 5. Buch der Nikomachischen Ethik 1138 a und b über die zwei Arten der Gerechtigkeit und ihre Bedeutung für das Privatrecht.<sup>1</sup> Die Unterscheidung des Aristoteles zwischen *verteilender Gerechtigkeit* (iustitia distributiva – δίκαιον διανεμητικόν<sup>2</sup>) im öffentlichen Recht und *korrigierender Gerech-*

\* In seiner Antrittsvorlesung als Geschichtsprofessor in Jena 1789 über das Thema: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte?: „Anders ist der Studierplan, den sich der Brotgelehrte, anders derjenige, den der philosophische Kopf sich vorzeichnet. Jener, dem es bei seinem Fleiß einzig und allein darum zu tun ist, die Bedingungen zu erfüllen, unter denen er zu einem Amte fähig und der Vorteile desselben teilhaftig werden kann, wird beim Eintritt in seine akademische Laufbahn keine wichtigere Angelegenheit haben, als die Wissenschaften, die er Brotstudien nennt, von allen übrigen, die den Geist nur als Geist vergnügen, auf das Sorgfältigste abzusondern.“

<sup>1</sup> Eine unterschiedliche Meinung besteht in der Frage, ob die iustitia distributiva nur das öffentliche Recht betrifft oder ob sie auch im Privatrecht zu verorten ist; so Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht* (1997); ähnlich *St Arnold, Vertrag und Verteilung: Die Bedeutung, der iustitia distributiva im Vertragsrecht* (2014) 34; für die Beschränkung auf das öffentliche Recht *Honsell, Iustitia distributiva – commutativa*, 2. FS Mayer-Maly (2002) 387 ff.

<sup>2</sup> Dabei geht es um das Verteilen von Leistungen oder Belastungen durch den Staat. Von dem Verb νέμειν (verteilen) wurde in der antiken Etymologie sogar der Begriff νόμος (Gesetz) abgeleitet. Das ist etymologisch durchaus zweifelhaft, zeigt aber, dass das Gesetz schon damals geradezu das Synonym für das Nehmen und Geben des Staates war. So sagt etwa Cicero, *de legibus* 1, 19: ... Itaque arbitrantur prudentiam esse legem, cuius ea vis sit, ut recte facere iubeat, vetet delinquere; eamque rem illi Graeco putant nomine νόμου suum cuique tribuendo appellatam, ego nostro lex a legendo – Daher glauben sie, dass die

*tigkei*t bei den Austauschverhältnissen im Privatrecht (*iustitia correctiva* – δίκαιον διορθωτικόν ἐν τοῖς συναλλάγμασι<sup>3</sup>) beschäftigt die Juristen bis heute und zeigt, dass die Geschichte für das Recht von Bedeutung bleibt.

## II. Die Anfänge des Europäischen Rechts

Anfänge einer europäischen Rechtsgeschichte finden sich in Athen im 6./5. Jhd. v. Chr. mit dem Gegensatz von νόμος und φύσις – Gesetz und Natur und den damit eng verknüpften Menschenrechten. Während sich die Griechen früh mit Gesetzen und ihrer Auslegung befassten (z.B. die Gesetze des Solon und Drakon in Athen oder des Lykurg in Sparta), waren die Römer die Meister des Fallrechts und die römische Jurisprudenz hatte für das Privatrecht und seine Geschichte die weit größere Bedeutung. In der griechischen Antike stand neben dem Gesetz stets das sog. Naturrecht. Die berühmte Definition des Naturrechts in der Nikomachischen Ethik des *Aristoteles*<sup>4</sup> lautet:

Τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲν φυσικὸν ἐστὶ τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μὴ, νομικὸν δὲ ὃ ἐξ ἀρχῆς μὲν οὐθὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ὅταν δὲ θῶνται, διαφέρει, οἷον τὸ μνᾶς λυτροῦσθαι, ἢ τὸ αἶγα θύειν ἀλλὰ μὴ δύο πρόβατα, ἔτι ὅσα ἐπὶ τῶν καθ' ἕκαστα νομοθετοῦσιν, οἷον τὸ θύειν Βρασίδα, καὶ τὰ ψηφισματώδη. – Das Bürgerliche Recht ist einerseits das natürliche, andererseits das gesetzliche (positive). Das natürliche hat überall die gleiche Geltung, unabhängig davon, ob man es für richtig hält oder nicht; das gesetzliche kann so oder anders sein und wird erst durch positive Festsetzung so bestimmt, z.B. die Anordnung, dass das Lösegeld für einen Gefangenen eine Mine betragen, oder dass man eine Ziege, keine zwei Schafe, opfern soll, ferner gesetzliche Bestimmungen, die für einzelne Fälle getroffen werden, z.B. dass dem Brasidas geopfert werden soll, und endlich alles, was durch Plebiszite festgesetzt wird.

Aristoteles unterteilt das Bürgerliche Recht in das gesetzliche und das natürliche, das eine gilt immer und überall und ist bei allen Völkern dasselbe,

Vernunft das Gesetz ist, das die Macht hat, das Richtige zu gebieten und das Unerlaubte zu verbieten; und sie meinen, dass daher der griechische Begriff νόμος (Gesetz) kommt, von jedem das Seine zuteilen (νέμειν), wie ich glaube, dass *lex* (Gesetz) a legendo kommt, von dem, was man lesen muss.

<sup>3</sup> Also nicht Austauschgerechtigkeit oder ausgleichende Gerechtigkeit – *iustitia commutativa*; das ist eine Fehlinterpretation, die auf Thomas v. Aquin zurückgeht, vgl. *Honsell* (Fn 1).

<sup>4</sup> Nikomachische Ethik 1134 b.

weshalb es in Rom auch *ius gentium* hieß<sup>5</sup>. Das andere kann so oder anders sein, ist inhaltlich mehr oder weniger beliebiges Gesetzesrecht.

Auch wenn in der aristotelischen Definition das Spannungsverhältnis zwischen einem ungerechten und unmoralischen Gesetz und dem Naturrecht nicht thematisiert wird, stand gerade dieser Aspekt schon im vorsokratischen Griechenland im Vordergrund und wurde namentlich von den Sophisten diskutiert. Pythagoras hat gelehrt, dass die Gerechtigkeit nicht auf dem *Nomos* (Gesetz) beruht, sondern auf der *Physis* (Natur)<sup>6</sup>. Diese Aussage ist scheinbar paradox, denn die Gerechtigkeit entspringt nicht der Natur, sondern ist eine sozial-ethische Forderung an das zwischenmenschliche Zusammenleben. Naturrecht, das wäre eher das Recht des Stärkeren; so, wie Thrasymachos sagt (Platon Pol. 338c): Das Gerechte sei, was dem Stärkeren nützt. Weiter wird damit das Recht bezeichnet, das man bei allen Lebewesen findet, das die Natur alle Lebewesen gelehrt hat (*quod natura omnia animalia docuit*, Ulpian Dig. 1, 1, 3). Das ist quasi ein biologischer Naturrechtsbegriff, dessen Hauptbeispiel die Pflege und Aufzucht der Jungen ist, die auch Art. 6 GG als „natürliches Recht“ der Eltern bezeichnet; aber auch ein Gemeinschaftsleben, wie das der Fische und Vögel im Schwarm, der Ameisen oder Bienen im Bau oder Korb usw. Näher liegt uns die Bezeichnung als *ius gentium* (Ulpian: *quae omnes humanes gentes utuntur ...* das bei allen Völkern der Erde gilt). Der Begriff Naturrecht ist also nicht passend, weil es sich nicht um ein Naturphänomen handelt, sondern ein soziales, weil die Natur keine normativen Vorgaben macht und aus dem Sein im Grundsatz nichts für das Sollen folgt. Gleichwohl behalten wir ihn bei, weil er seit Jahrtausenden gebräuchlich ist und weil klar ist, was mit ihm gemeint ist. Die Naturrechtslehre bleibt trotz der von Positivisten immer wieder erneuerten Kritik der von der Erfahrung am besten ausgewiesene Weg zur Sicherung menschlicher Würde<sup>7</sup>.

Namentlich bei krassen Ungerechtigkeiten, um die es ja meist geht, lässt sich fast immer und überall ein Konsens feststellen, was gerecht ist. Es ist das Rechtsgefühl<sup>8</sup> des unverbildeten Laien und das Judiz des noch nicht von einer *déformation* professionelle verbogenen Juristen, das zu gerechten Entscheidungen führt. Moral und Ethik weisen den Weg. Das richtige Recht, das jedenfalls *ex negativo* jeder kennt. Für die Ordnung des menschlichen Zusammenlebens genügt beinahe der Kindervers: Was du nicht willst, dass

<sup>5</sup> Ulp. Dig. 1, 1, 2 u. öfter. Die Abgrenzung zum *ius naturale* ist unscharf; vgl. auch unten III.

<sup>6</sup> Näher dazu *Honsell*, *Nomos und Physis bei den Sophisten*, *Mél. Wubbe* (1993) 179 ff.; *ders*, *FS Koppensteiner* 593 ff.; *ders*, *Röm Recht*<sup>8</sup> 21 ff.; *Höffe*, *Gerechtigkeit*<sup>4</sup> (2010) 40 ff.; *Rüthers*, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*<sup>3</sup> (2009) 68 ff.

<sup>7</sup> Paradigmatisch *E. Bloch*, *Naturrecht und menschliche Würde* (1961).

<sup>8</sup> Dazu *Riezler*, *Das Rechtsgefühl*<sup>3</sup> (1921/1969); *Bibler*, *Rechtsgefühl, System und Wertung* (1979).

man dir tu, das füg auch keinem anderen zu.<sup>9</sup> Subjektiv ist die Gerechtigkeit auch eine Tugend. Nach Aristoteles die vollkommenste, staunenswerter als Abend- oder Morgenstern (Nik. Eth. 1130a). Dieses Bild taucht wieder auf, wenn *Kant*<sup>10</sup> sagt: „Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: *der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir.*“ Auch wenn man das Sittengesetz nicht einfach ins Recht implantieren kann, so muss doch stets ein ethisches Minimum beachtet werden.<sup>11</sup>

Vom Sophisten Antiphon ist ein Fragment aus einer Schrift „Über die Wahrheit“<sup>12</sup> auf einem Papyrus aus Oxyrhynchos (Ägypten) überliefert. Darin findet sich die erstaunliche Handlungsmaxime, man solle vor Zeugen die Gesetze der Menschen befolgen, ohne Zeugen hingegen die Gesetze der Natur. Das klingt nach dem ungeschriebenen, letzten Paragraphen des StGB („Du darfst dich nicht erwischen lassen“).

Der Konflikt zwischen Naturrecht und Gesetz ist auch das Thema in Sophokles' *Antigone*. Sie widersetzt sich dem Verbot des Kreon und bestattet den toten Bruder, weil das göttliche Gesetz und das Naturrecht es so verlangen.

Die Grenzen des Gesetzesgehorsams zeigt auch der Fall des Sokrates. Der zum Tode verurteilte Sokrates lehnte die schon vorbereitete Flucht ab, weil er der Jugend kein (schlechtes?) Beispiel geben wolle für Ungehorsam gegen das Gesetz (Platon, *Kriton* 53). Sokrates war im Prozess gerade vorgeworfen worden, er verführe die Jugend zum Ungehorsam gegenüber dem Gesetz. Da verlangte es das Narrativ, dass er seine Verfolger durch unbedingte Gesetzes-treue beschämt.

Das Spannungsverhältnis zwischen Naturrecht und Gesetz tritt bei ungerichten oder gar grausamen Gesetzen am deutlichsten hervor. Namentlich die römische Geschichte liefert Beispiele für rücksichtslose Härte und unmenschliche Brutalität, die sich auf ein Gesetz berufen kann und meist mit der Staatsräson, der *utilitas publica*, begründet wird. Man denke nur an die qualvolle Todesstrafe der Kreuzigung oder an das barbarische Anketten der Galeerensklaven, die ihren Tod bei einem Schiffsuntergang stets vor Augen hatten. Das *Senatus Consultum Silanianum* (Dig. 29, 5) ordnete die Tötung

<sup>9</sup> Vgl. dazu etwa *Hruschka*, JZ 1987, 941 ff., der auf die Verwandtschaft mit dem kategorischen Imperativ von Kant hinweist; ferner *Mayer-Maly*, Rechtsgeschichtliche Bibelkunde (2003) 26 ff.

<sup>10</sup> Akademieausgabe V 161.

<sup>11</sup> Der Begriff „ethisches Minimum“ stammt von *Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe<sup>2</sup> (1908) 45. Zum ethischen Minimum im Rahmen der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften (§ 138 BGB) s. *Wolf/Neuner* AT (11. Aufl. 2016) 553, 555.

<sup>12</sup> Fr. 44 A und B bei *Diels/Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker (1903) II 346 f.; näher *Honsell*, *Mél.* Wubbe 179.

aller Haussklaven an, wenn der Eigentümer in seinem Haus getötet worden war. Die Hinrichtung von vierhundert Sklaven des Stadtpräfekten Pedanius Secundus, auch der Frauen und Kinder, wird von Cassius Longinus, dem Schulhaupt der Rechtsschule der Sabinianer, mit dem sinistren Satz gerechtfertigt: *habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*<sup>13</sup>. – Jedes große Exempel, das im öffentlichen Interesse an Einzelnen statuiert wird, hat etwas Unbilliges. Das kann man nicht mehr mit dem Topos Rechtssicherheit gegen Gerechtigkeit abtun, vielmehr geht es um Verbrechen aus vorgeblicher Staatsräson. *Cicero*<sup>14</sup> sagt über die magistratische Gewalt, sie habe etwas Böses an sich, ohne das man aber das Gute nicht haben könne: *fateor in ipsa ista potestate inesse quiddam mali, sed bonorum quod est quaesitum in ea sine isto malo non habebimus*.

Von *Ulpian*, dem ein hervorragender Gerechtigkeitssinn bescheinigt wird<sup>15</sup>, stammt die Parömie: *quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*<sup>16</sup>. – Zwar ist das manchmal hart, aber so steht es im Gesetz.

Es ist ein ebenso paradoxes wie bedrückendes Phänomen der Anthropologiegeschichte, dass das „Volk des Rechts“ (*Fritz Schulz*) zugleich eine grausame „Sklavenhaltergesellschaft“ (*Karl Marx*) war.

Gleichzeitig wurden gerade im römischen Recht Ubiquität und Unveränderlichkeit des Naturrechts betont:

Justinian Inst. 1, 2, 11: *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*. – Die natürlichen Rechtsgrundsätze, die von allen Völkern gleich beachtet werden und gewissermaßen durch göttliche Vorsehung begründet sind, bleiben immer gültig und unabänderlich; diejenigen aber, die der Staat erlässt, pflegen oft geändert zu werden, sei es durch stillschweigenden Konsens des Volkes, sei es durch ein späteres Gesetz.

Ähnlich sagt Cicero *de re publica* 3, 33: ... *sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit* – aber auch für alle Völker und zu allen Zeiten gilt ein Gesetz, das ewig und unveränderlich bestehen wird.

Naturrecht und unveränderliche, ewige Rechte waren also alte Topoi, die im Mittelalter u.a. von Thomas von Aquin und im 16. Jhd. von der Naturrechtsschule in Salamanca (z.B. *Fr. Vitoria*, *Fr. Suárez*, *L. Molina*) tradiert worden sind und in der Aufklärung des 17. und 18. Jhdts nament-

<sup>13</sup> Tacitus *Annales* 14, 42–45. Zur Brutalität römischer Strafen s. *Liebs*, Symp. Wieacker (1985) 89 ff.

<sup>14</sup> *De legibus* 3, 23.

<sup>15</sup> *Scriptores Historiae Augustae*, Alexander Severus 31, 2.

<sup>16</sup> D 40, 9, 12, 1; dazu *Wieacker*, SZ 94, 1977, 9 Fn 32.

lich von *Hugo Grotius*, *Samuel Pufendorf*, *Jean Jacques Rousseau*, *Thomas Hobbes*, *John Locke*, und nicht zuletzt von *Thomas Paine* (*The Rights of Man* 1791/92) als *unveräußerliche* Menschenrechte wieder aufgegriffen wurden. Sie findet sich dann in der von *Thomas Jefferson* verfassten amerikanischen Declaration of Independence<sup>17</sup> vom 4. Juli 1776 und in der Bill of Rights von Virginia am 12. Juni 1776 (*George Mason*)<sup>18</sup> sowie in *Schillers* Wilhelm Tell II<sup>19</sup> (Stauffacher) und Goethes Faust.<sup>20</sup> Entgegen einer verbreiteten Meinung sind die *Menschenrechte* also keine US-amerikanische Erfindung, sondern entstammen der griechischen Philosophie, sind Jahrhunderte lang durch die römische Jurisprudenz in Europa verbreitet worden und haben eine europäische (abendländische) Wertegemeinschaft begründet. Das schließt Menschenrechte anderswo nicht aus, wie im China des Konfuzius im 6. Jhdt. v. Chr. oder im arabisch-hispanischen Mittelalter (vom 8.–15. Jhdt.)<sup>21</sup>.

Die Existenz von Naturrecht wurde immer wieder bestritten. 1936 hat *Rommen* ein Buch verfasst mit dem Titel „Die ewige Wiederkehr des Natur-

<sup>17</sup> We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with *certain unalienable Rights*, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. An der Sklaverei hat das zunächst nichts geändert. Sie wurde erst fast ein Jahrhundert später nach dem ihretwegen entbrannten Sezessionskrieg (1861–1865) abgeschafft. Dazu passt, dass schon Aristoteles eine krude Theorie über den „Sklaven von Natur“ (φύσει δοῦλος) entwickelt hatte; vgl. den plumpen Rechtfertigungsversuch in Politik V 1254a: „Von Natur aus ist der ein Sklave, der einem anderen gehören kann und auch gehört und der nur insofern an der Vernunft teilhat, als er sie von anderen annimmt, sie aber nicht von sich aus besitzt.“ Um die Gleichberechtigung der Frau stand es nicht viel besser (näher *Honsell*, FS Koppensteiner (2001)).

<sup>18</sup> Art. 1: That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.

<sup>19</sup> Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,  
Wenn unerträglich wird die Last,  
Greift er hinauf getrost den Mutes in den Himmel  
Und holt herunter seine ew'gen Rechte,  
die droben hangen unveräußerlich  
Und unzerbrechlich wie die Sterne selbst.

<sup>20</sup> Teil I Studierzimmer, Mephistopheles: Es erben sich Gesetz' und Rechte  
wie eine ew'ge Krankheit fort;  
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte  
Und rücken sanft von Ort zu Ort.  
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;  
Weh dir, dass du ein Enkel bist! ...  
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,  
Von dem ist, leider! nie die Frage.

<sup>21</sup> Dazu etwa *Leuprecht*, Vernunft, Gerechtigkeit, Würde – Eine Reise zu chinesischen, islamischen und westlichen Quellen der Menschenrechte (2015). Die herausragenden Vertreter im maurischen Spanien waren Avicenna (97–1037) und Averroes (1126–1198); s. *E. Bloch*, Avicenna und die aristotelische Linke (1963).

rechts“. Das war damals mutig und dazu fast prophetisch, denn es entstand nach dem Ende der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft erneut eine Naturrechtsdiskussion und es erschien 1947 eine 2. Auflage von *Rommens Werk*. Doch bald formierte sich wieder der Chor der Positivisten und es zeigte sich, dass es auch eine „verlässliche Rückkehr des Positivismus“ gibt.<sup>22</sup> Zuvor hatte der scharfsinnigste Kritiker des Naturrechts Hans *Kelsen* 1934 in seiner Reinen Rechtslehre<sup>23</sup> (vereinfacht und verkürzt) argumentiert, dass aus einem Sein kein Sollen folgen kann. Ungeachtet der prima facie einleuchtenden Trennung von Sollen und Sein besteht der fundamentale Irrtum *Kelsens* darin, dass er aus der richtigen Prämisse den falschen Schluss gezogen hat, es gebe keine vorpositiven, a priori verbindlichen Werte. Noch fataler war der weitere Schluss, Gesetze könnten, wenn sie nur formal korrekt erlassen seien, jeden beliebigen Inhalt haben<sup>24</sup>. Der Preis für dieses formale Rechtsmodell, das den Geist des Wissenschaftspositivismus des 19. Jahrhunderts atmete, war der Verzicht auf materiale Gerechtigkeit. Wir erinnern uns an den berühmten Ausspruch *Windscheids*:<sup>25</sup> „ethische, politische, oder volkswirtschaftliche Erwägungen... sind nicht Sache des Juristen als solchem“. Die Beschränkung auf den positivrechtlichen Aspekt<sup>26</sup> unter Ausklammerung des ethisch richtigen Rechts und Verzicht auf normative Kritik ist weder notwendig noch

<sup>22</sup> Vgl. *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft (2015) 183, 185 f., dort auch zum Missbrauch des Naturrechts zur Legitimierung bestehender Zustände.

<sup>23</sup> 2. Aufl (1960) 201 u. öfter.

<sup>24</sup> Vgl. Reine Rechtslehre<sup>2</sup> 42; ferner *Honsell*, FS Koppensteiner 593 ff.

<sup>25</sup> Rektoratsrede (1884), Gesammelte Reden und Abhandlungen (1904) 101.

<sup>26</sup> Statt vieler *W Ernst*, Gelehrtes Recht, Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007) 3 ff., 15 ff. („The strictly legal point of view“); dazu *Reimann* ebenda 87 ff.; Für einen „moralneutralen Rechtsbegriff“ vor allem *Hörster*, Was ist Recht? (2012) 79 ff. Zu *Hegel* und insbesondere zum Neuhegelianismus, der die Gerechtigkeit ebenfalls ausgeblendet hat s. den Sammelband von Wischke/Przylebski (Hrsg.), Recht ohne Gerechtigkeit? (2010). Die meisten gängigen Definitionen des Rechts beschränken sich auf das sog positive Recht. Zu vermitteln versucht *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit – Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht (2004). *Jan Schröder*, Verzichtet unser Rechtssystem auf Gerechtigkeit? (2005) 3 ff., 28 ff. meint, man könne auf eine übergesetzliche Gerechtigkeit verzichten, weil Menschenrechte, Freiheit, Gleichheit und Treu und Glauben schon im Grundgesetz stünden, bzw. im BGB. Die Positivierung dieser Grundrechte, die sich in vielen nationalen Rechtsordnungen findet sowie in der UN-Declaration of Human Rights (1948), der EMRK (1950) und der Europäischen Grundrechtscharta (2000/2009), macht jedoch die Gerechtigkeit in der Definition des Rechts nicht entbehrlich. Sie gilt unabhängig von jeder Positivierung. Wäre es anders, so müsste sie ein Staat, der auf gesetzliche Normierung verzichtet, nicht beachten. Ähnlich wie *Schröder* argumentiert zuletzt *C. Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat – Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes (2015), der aber die Gerechtigkeit in dieser Rsp. für ein Argument hält und sich (240 ff.) gegen eine Inklusion der Gerechtigkeit in den Rechtsstaatsbegriff durch das Bundesverfassungsgericht wendet (z.B. BVerfGE 7, 89, 92, 95, 96 ff., 135 f. – Mauerschützen). Das BVerfG solle das Grundgesetz hüten, nicht die Gerechtigkeit. Diese Kritik ist nicht überzeugend. Richtig ist allerdings, dass die Gerechtigkeit ein Ideal ist, eine vorpositive Idee; vgl. auch *Isensee*,

richtig. Vielmehr zeigt schon die Rechtswirklichkeit mit ihren häufig kontroversen juristischen Diskussionen und mit vielfältiger richterlicher Rechtsfortbildung gegenüber oft korrekturbedürftigen Gesetzen, dass auch die Praxis ohne normative Entscheidungen nicht auskommt.

### III. Europarecht heute

Im Gegensatz zu den tiefen rechtsphilosophischen Anfängen des Europäischen Rechts im antiken Griechenland und der ganz Europa prägenden Kultur des römischen *ius civile*, die Jahrhunderte im *usus modernus* und *ius commune* fortgewirkt hat und die noch heute den Kern einer modernen Zivilrechtsdogmatik ausmacht, geht das heutige Europarecht leider in die falsche Richtung und stellt sich überraschend schlicht und fehlerhaft dar: Die Europäische Union regelt, oft genug ohne Kompetenzgrundlage<sup>27</sup>, mehr oder weniger wichtige Aufgaben in Gesetzesform für die man weder geschichtliche noch rechtsvergleichende Kenntnisse benötigt, ja überhaupt keine Wissenschaft, allenfalls eine gewöhnliche Rechtsanwendungslehre. Viele Vorschriften haben ungefähr das Niveau des Beispiels bei Aristoteles, ob man eine Ziege oder zwei Schafe opfern soll.<sup>28</sup> Zur Beschreibung dieses Niveaus genügen ganz wenige Beispiele, etwa das zum Zwecke des Stromsparens eingeführte Glühbirnenverbot oder die Beschränkung der Leistung von Staubsaugern auf 900 Watt, wobei sich die Stromersparnis dadurch erledigt, dass man wegen der reduzierten Leistung jedenfalls länger saugen muss. Die Einführung der SEPA-Überweisung mit einer IBAN von bis zu 34 (!) Stellen; in Deutschland sind es 22, meist mit etlichen aufeinanderfolgenden, schwer zählbaren Nullen als Platzhalter für einen nicht existierenden künftigen Bedarf. Brüsseler Bürokraten denken sich, von Lobbyisten

Gerechtigkeit – Die vorrechtliche Idee des richtigen Rechts, FS Mertens (2007) 7 ff. = Recht als Grenze – Grenze des Rechts (2016) 280 ff.

<sup>27</sup> Die Kommission stützt die meisten Richtlinien floskelhaft auf Art. 114 Abs. 1 AEUV („... Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“, auch wenn die mit dem Binnenmarkt gar nichts zu tun haben und keine Wettbewerbsverfälschung und Marktverzerrung besteht (114/116 AEUV). Der EUGH segnet das inzwischen durchweg ab; anders noch die heute nicht mehr beachtete Entscheidung C 376/98. Kritik an der ständigen Kompetenzerweiterung und an der konstanten Nichtbeachtung des Subsidiaritätsprinzips etwa bei *D. Grimm*, Europa ja – aber welches? (2016) 23 f., 44 ff. u. öfter.

<sup>28</sup> Eine Ausnahme macht die tlw. an die Stelle der gescheiterten Verfassung getretene Grundrechtscharta, deren vage und programmatische Grundrechtstatbestände aber im Hinblick auf die uferlose Auslegung des EuGH noch größere Probleme hervorbringen könnten als die Grundrechtsinterpretation („Konkretisierung der Wertordnung“) des Bundesverfassungsgerichts; dazu etwa *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft § 5 VII und § 7 II mNw.



beraten, ständig solche Regeln aus und überschwemmen die Bürger nach US-amerikanischem Muster mit einem Labyrinth von Regelungen, Verboten und Strafen. Manches ist grotesk und völlig unnötig kompliziert, wie die Berechnung für die Klassifizierung von Schweinehälften<sup>29</sup>, die maximale Gurkenkrümmung<sup>30</sup> oder die Formel zur Errechnung des effektiven Jahreszinses, die niemand verwendet.<sup>31</sup> Der Verzugszins (§ 288 Abs. 2 BGB) beträgt 9% über dem Basiszins (RL 2011/7 EU Art. 2 Nr. 6 mindestens 8%), was krass zu der Nullzinspolitik der Europäischen Zentralbank kontrastiert. Die Höhe ist völlig überzogen und zur „Beschleunigung fälliger Zahlungen“ (so der Titel des Umsetzungsgesetzes) weder notwendig noch geeignet. Seit einem Reichsdeputationsabschied aus dem Jahre 1600 betrug der Verzugszins 4 bzw. 5%, wobei ein höherer Schadensersatz bei Nachweis höherer Refinanzierungskosten immer möglich war. Was Jahrhunderte lang richtig war, wurde mit dem unbedachten Federstrich eines uninformierten Gesetzgebers weggewischt, wobei man sich von einem privatrechtsfremden Abschreckungszweck leiten ließ<sup>32</sup>.

Ein Frontalangriff auf die Privatrechtsgesellschaft sind die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU und das darüber teilweise noch hinausgehende AGG. *Zöllner*<sup>33</sup> beobachtet treffend etwas „fundamentalistisch Eiferndes“, wenn der Vertragsschluss zwischen Privaten und die Wahl des Vertragspartners unter Begründungszwang gestellt wird. Im Privatrecht gab es mit gutem Grund kein Gleichbehandlungsgebot, denn dies ist der Anfang vom Ende der Freiheit und der Privatautonomie.<sup>34</sup> Eine der Grundforderungen an die (nach Aristoteles unter Privaten nicht geltende) verteilende Gerech-

<sup>29</sup> S die Anlagen 2 und 3 zur Schweineschlachtkörper-Handelsklassenverordnung (Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 922/72, (EWG) Nr. 234/79, (EG) Nr. 1037/2001 und (EG) Nr. 1234/2007 (ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 671) sowie die in Anlage 1 bezeichneten Handelsklassen).

<sup>30</sup> Eine Lachnummer, die von einer Deregulierungskommission unter dem früheren Bay. Ministerpräsidenten Stoiber aus dem Verkehr gezogen wurde.

<sup>31</sup> Gesetzlich vorgeschrieben ist dafür eine von der EU in einem langwierigen Kommissionsverfahren entwickelte, komplizierte Gleichung (vgl. Anlage zu § 6 Preisangabeverordnung), die von niemandem verwendet wird. Gebräuchlich ist allein die Berechnung nach der sog Uniform-Methode.

<sup>32</sup> Näher Staudinger/*Honsell*, Einl BGB Rn 113a.

<sup>33</sup> Privatrecht und Gesellschaft, in: Riesenhuber (Hrsg.) Privatrechtsgesellschaft (2007) 53 ff., 65.

<sup>34</sup> Vgl. den Artikel von *Picker*, JZ 2002, 880 f. Die letzte Stufe dieses verkehrten Olymps erklimmt *Grünberger*, Personale Gleichheit – Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht (2013) 749 ff., 702 ff., 902 ff., 906, der für jede Ungleichbehandlung eine Begründung verlangen will; krit. auch *Armbrüster*, ZVersWiss 2015, 311 ff.; *Pöschl*, Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung (RW) 2016, 51 ff.; *Bachmann*, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GRP) 2015, 10 ff.

tigkeit ist die Gleichbehandlung. Führt man sie dennoch auch unter Privaten ein, so sollte man sich wenigstens auf vernünftige Gleichbehandlungsgebote beschränken. Die Antidiskriminierungs-Richtlinien, die im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zusammengefasst sind, stellen indes Regeln auf, die mit Gleichbehandlung zum Teil nichts zu tun haben. So ist es unverständlich, wenn eine angebliche Diskriminierung bei der Stellenausschreibung (wegen Fehlens der femininen Form) nach § 15 AGG mit einer Schadensersatzpflicht in Höhe von drei Monatsgehältern belegt wird. Die bekommt man selbst dann, wenn man auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht angestellt worden wäre. Die Diskriminierung muss also nicht kausal gewesen sein. Eine Absage an jede reasonable discrimination ist es, wenn Versicherer trotz der unterschiedlichen statistischen Lebenserwartung von Männern und Frauen gleiche Tarife in der Lebens- oder in der Krankenversicherung anbieten müssen. Vernünftiger Weise wären die Prämien für Frauen im Hinblick auf ihre höhere Lebenserwartung in der Ablebensversicherung niedriger, in der Erlebensversicherung höher. Gänzlich undurchdacht ist das Verbot der Altersdiskriminierung, da es im Recht etliche vernünftige und notwendige Altersgrenzen gibt.

Eine andere europäische Lieblingsidee ist der Konsumentenschutz. Leitbild ist ein „unmündiges Großkind“, der Konsument, den man in der Rolle schützt durch übertriebene Regelungen, für welche die Kommission vertragswidrig schließlich eine Vollharmonisierung durchgesetzt hat (2011/83/EU). Eine wichtige Errungenschaft ist unter anderen<sup>35</sup> das Widerrufsrecht im Distanzhandel; eine Einschränkung des Prinzips *pacta sunt servanda*, die zum Missbrauch einlädt und inzwischen fast 30% Retouren verursacht, welche letztlich von den Verbrauchern bezahlt werden müssen. Andererseits muss der Verbraucher permanent erzogen werden, neben vielerlei Regeln und Strafen z.B. auch mit dem stupiden Hinweis auf „Arzt oder Apotheker“ in der Fernsehwerbung für Pharmazeutika, die kein Mensch mehr hören kann, mit Schock-Fotos auf Zigarettenschachteln usw. Die EU erzieht und bestraft aber nicht nur Menschen, sondern auch Unternehmen und sogar Staaten. So droht z.B. der Bundesrepublik eine „Strafe“ bis zu 0,1% des Bruttosozialproduktes<sup>36</sup>, wegen zu hoher Leistungsbilanz-Überschüsse. Ob es sinnvoll wäre, die zu verhindern, und wie man das gegebenenfalls anstellen könnte, fragt niemand. Man thematisiert auch den Einfluss kaum, den die Geldpolitik der EZB auf diese Entwicklung hat. Es ist verwunderlich, wie eine derart unsinnige Regelung den Rat passieren konnte.

<sup>35</sup> Beispiele bei *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber (Hrsg.) Privatrechtsgesellschaft (2007) 207, 216 ff.

<sup>36</sup> Art. 3 Abs. 5 der VO 1174/2011; das wären in Deutschland ca. 2,5 Mrd.; bei Verstoß gegen die Defizitkriterien sind es sogar 0.2% des BIP, eine interessante Sanktion gegen einen Staat der insolvent ist. Ähnlich unsinnige Bemessungsgrundlagen finden wir im EU-Kartellrecht, wo auf den Unternehmensumsatz abgestellt wird anstatt auf den Gewinn.

Diese und unzählige andere, jedenfalls unnötige und nach Art. 5 EUV (Prinzipien der Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und begrenzten Einzelermächtigung) mangels Zuständigkeit der EU an sich unzulässige Regelungen erinnern den Bürger stets daran, dass er von einer orts- und sachfernen Bürokratie gegängelt wird. Das führt zu Politikverdrossenheit und Wahlmüdigkeit.

In der EU wurden auch mehrfach Versuche zu einer Vereinheitlichung des Zivilrechts gemacht, obwohl hierfür keine Kompetenzgrundlage besteht. Der vorläufig letzte ist der Entwurf einer *Verordnung über ein optionales Europäisches Kaufrecht (Common European Sales Law – CESL)*,<sup>37</sup> der überwiegend auf Kritik gestoßen ist<sup>38</sup>. Die Sprache ist schlecht, oft umständlich und redundant<sup>39</sup>. Der Text verwendet ungeklärte neue Begriffe und unbeholfene Definitionen. Der Entwurf enthält neben dem Kaufrecht den erwähnten Konsumentenschutz und einen (unvollständigen) Allgemeinen Teil. Das Europäische Kaufrecht soll nur gelten, wenn es vereinbart ist, dann aber allen anderen Vorschriften des nationalen Rechts (einschließlich des Wiener Kaufrechts) vorgehen. Ein solches optionales Recht hat so gut wie keine Chancen, gewählt zu werden und ist neben dem Wiener Kaufrecht, das noch immer auf wenig Akzeptanz trifft, ganz überflüssig. Dagegen wäre ein Europäisches Zivilgesetzbuch sinnvoll, denn es böte im Hinblick auf die gemeinsamen Wurzeln im *Usus modernus* des römischen Rechts die Chance einer echten Rechtsvereinheitlichung auf der Basis historisch gewachsener Rechte und der Erhaltung eines dogmatischen Niveaus, welches die heutige Rechtssetzung vermissen lässt. Indessen muss man unserer Zeit den „Beruf zur Gesetzgebung“<sup>40</sup> insoweit wohl absprechen, von der Kraft zu großen Kodifikationen ganz zu schweigen.<sup>41</sup> Voraussetzung für ein Europäisches

<sup>37</sup> v. 11.10.2011 KOM (2011) 635 endg; dt Fassg abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:DE:PDF>.

<sup>38</sup> S. etwa die Beiträge in Remien/Herrler/Limmer, Hrsg. *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012; zur fehlenden Kompetenz *Grigoleit*, ebda 75 ff.; krit auch *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 ff.; ferner die Beiträge auf der Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung, AcP 212 (2012) 467 ff.; s noch Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht (2012)* und Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), *Am Vorabend eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts (2011)*.

<sup>39</sup> Zwei beliebige Beispiele: Der einfache Satz *lex specialis derogat legi generali* lautet so (Art. 4 Nr. 3): Sind eine allgemeine Vorschrift und eine besondere Vorschrift auf eine bestimmte Situation im Anwendungsbereich der allgemeinen Vorschrift anwendbar, so geht die besondere Vorschrift im Konfliktfall vor. Die grundsätzliche Dispositivität wird in Art. 1 Nr. 2 so beschrieben: Die Parteien können die Anwendung von Bestimmungen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ausschließen, davon abweichen oder ihre Wirkungen abändern, sofern in diesen Bestimmungen nichts anderes bestimmt ist.

<sup>40</sup> *S. Savigny*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814).

<sup>41</sup> Zur Kodifikation s. etwa *K. Schmidt*, *Die Zukunft der Kodifikationsidee* (1985); *Caroni*, *Saggi sulla storia della codificazione* (1998); *ders*, *Gesetz und Gesetzbuch* (2003);

ZGB wäre ein *back to the roots*, eine Bestandsaufnahme der integrativen Gemeinsamkeiten des *droit privé Romain*. Diese Aufgabe ist allerdings kaum in Angriff genommen worden und ist von der derzeitigen Wissenschaft, die keine Synthese aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung leistet, auch nicht zu erwarten.

#### IV. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Privatrechtsdogmatik

Kommen wir nun nach diesen zu lang geratenen allgemeinen Betrachtungen über das Recht in Vergangenheit und Gegenwart zur besonderen Bedeutung der Rechtsgeschichte gerade für das Privatrecht.<sup>42</sup> Aus heutiger Sicht ist die Trennung der Rechtsdogmatik von der Rechtsgeschichte mit dem BGB erfolgt, ein Vorgang der von den Zeitgenossen überwiegend begrüßt worden ist.<sup>43</sup> Der Begriff der Rechtsdogmatik, der gerade aus dem Gegensatz zur geschichtlichen Rechtswissenschaft entstanden war, lebt mit einem geänderten Inhalt fort. Die heute vorherrschende Auffassung verwendet das historische Argument nur noch im Rahmen der Gesetzesauslegung und setzt es zumeist mit der subjektiven Auslegung gleich. Man fragt nach dem subjektiven Willen des Gesetzgebers<sup>44</sup>, nach der Bedeutung der Gesetzgebungsmaterialien und der unmittelbaren Entstehungsgeschichte des BGB.<sup>45</sup> Die

*Hirte*, Wege zu einem Europäischen Privatrecht (1995); *Kadner-Graziano*, Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa – Harmonisierung der alten Gesetzesbücher oder Schaffung eines neuen? ZEuP 13 (2005) 523 ff. Zur Dekodifikation *Irti*, L'età della decodificazione (4. Aufl 1999); zuletzt *E. Kramer*, Der Vollständigkeitsanspruch der Kodifikation und das Problem der Nebengesetze zum ABGB in: Fischer-Czerniak u.a. (Hrsg.) ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008); ders, Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts, ZSR 124 (2005) 421 ff.

<sup>42</sup> Dazu habe ich mich früher geäußert in: FS Hattenhauer (2003) 245: Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik; ferner in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (1987) 299, Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik; Lebendiges Römisches Recht, GS Mayer-Maly (2011) 225 ff.; ähnlich *Zimmermann*, Gemeines Recht heute: Das Kreuz des Südens, in: FS Hattenhauer (2003) 601 mwNw; ders, Europa und das römische Recht, AcP 202 (2002) 243.

<sup>43</sup> Nw bei *Th. Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht (1982) 64 f.

<sup>44</sup> Auf den überholten Theorienstreit zwischen objektiver und subjektiver Theorie gehe ich hier nicht ein. Das historische Argument ist nicht etwa identisch mit der subjektiven Theorie, sondern kann bei beiden eine Rolle spielen. Übersichten bei *Th. Honsell*, 19 ff. und *Hassold*, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes, ZZZ 94 (1981) 192 ff. Wie die anderen Gegensatzpaare in der Auslegungslehre kann auch dieses seine rhetorische Herkunft nicht verleugnen, vgl. *Honsell*, ZfPW 2016, 105 ff.

<sup>45</sup> Zu diesem historischen Argument aus neuerer Zeit etwa *Jansen* ZNR 2005, 202 ff.; *Haferkamp* ZNR 2008, 273 ff.; *Grigoleit*, Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik, ZNR 2008, 259; *Looschelders*, ZNR 2008, 282 ff.;

darüber weit hinausreichende Bedeutung der Rechtsgeschichte<sup>46</sup>, namentlich des römischen Rechts wird von der hL nicht anerkannt, ergibt sich aber für das Privatrecht in Deutschland (wie in anderen, insbesondere europäischen Staaten) allein schon aus der Tatsache, dass das BGB nach dem Willen seiner Verfasser, von politisch motivierten Neuerungen abgesehen, nichts anderes sein sollte, als eine Kodifikation des geltenden gemeinen Rechts. Den Zeitgenossen war diese Zielsetzung ganz geläufig und sie lässt sich in den Motiven zum BGB vielfältig belegen. Das gilt namentlich für die Privatrechtsdogmatik im Obligationen-, Sachen- und Erbrecht. Angestrebt war eine klare begriffliche Ordnung der alten Institute und Prinzipien, i.d.R. aber keine inhaltliche Änderung des neuen gegenüber dem alten Recht. Das ist nicht zu verwechseln, aber vereinbar damit, dass es das Ziel war, das Pandektenrecht und das Corpus Iuris endlich hinter sich zu lassen (dazu sogleich).

Die Übernahme gemeinrechtlicher Institutionen und Figuren ist in den Teilentwürfen der Vorkommission für das BGB noch besonders gut sichtbar. Teilweise identische Vorlagen waren die aus derselben Quelle stammenden Partikularrechte, wie das Sächsische oder Bay. BGB, das an den Code civil angelehnte Badische Landrecht, das Preuss. ALR, ABGB usw., die, was das Obligationenrecht anlangt, bei der Erstellung des Dresdener Entwurf eines Obligationenrechts berücksichtigt worden sind (das ebenso wie das ADHGB für den Norddeutschen Bund gelten sollte). Mitglied der Vorkommission und alleiniger Redaktor der Ersten Kommission für das Schuldrecht des BGB war der Stuttgarter Jurist *Franz von Kübel*, der schon am Dresdner Entwurf mitgewirkt hatte. Nach dessen Erkrankung wurde der Dresdener Entwurf weitgehend für das BGB übernommen. Dieser hat auch dem Berner Professor *Walter Munzinger* bei der Schaffung des Schweizer Obligationenrechts von 1881 als Vorlage gedient, was die enge Verwandtschaft von BGB und OR erklärt<sup>47</sup>, die man auch Pandektengesetzbücher genannt hat. Die Naturrechtskodifikationen, von denen heute das ABGB und der Code Civil noch in Geltung sind, unterscheiden sich deutlicher von jenen; denn zwischen beiden liegt das Jahrhundert der Pandektenjurisprudenz. Allerdings wurde das ABGB durch die sog. III. Teilnovelle 1916 dem BGB in vielen Punkten angeglichen<sup>48</sup>.

*Schwintowski*, ZNR 2008, 289 ff. *Baldus* in Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013) 1 ff.; zu den Meinungen in der Frühzeit des BGB ausführlich *Th. Honsell*, [Fn 43] 22 ff., 36 ff., 47 ff. u. passim; *Klippel*, Juristische Zeitgeschichte (1985).

<sup>46</sup> Das geltende Privatrecht hat vereinzelt auch Wurzeln im germanischen und kanonischen Recht, doch überwiegt für die Zivilrechtsdogmatik das Römische Recht bei weitem.

<sup>47</sup> Näher *Honsell*, 100 Jahre OR, ZSR 2011 II 5 ff.

<sup>48</sup> Näher z.B. *Kramer*, Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 199 (1999) 365 ff.; *Oberhammer*, Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214 (2014) 155 ff.

Eine der wichtigsten Errungenschaften des Römischen Rechts und von zeitloser Modernität waren die Privatautonomie, das Eigentum und die Vertrags-, Vereins- und Testierfreiheit sowie die Wirtschafts- und Gewerbe-freiheit. Die Vereinsfreiheit kannten schon die Zwölftafeln, um 450 v. Chr.<sup>49</sup> Etwa 300 Jahre später setzte sich die Gültigkeit aller mündlichen und formlos geschlossenen typischen Verkehrsgeschäfte durch. Die Pflicht zum Worthalten, die Ethik des gegebenen Wortes, bewirkte, dass das einfache Wort jetzt genauso viel galt wie ein förmliches Geschäft. Nach ihrem Entstehungsgrund nannte man diese formlosen Verträge *bonae fidei negotia* und ihr Inhalt bestimmte sich nach der Formel *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona*. Die *bona fides* wurde dann auch ins *ius civile* rezipiert und so hat schließlich der auf Vertrauen basierende Konsensualvertrag über die Formstrenge den Sieg davongetragen. Die *bona fides* lebt fort als *buona fede* oder *bonne foi* in den romanistischen Rechten (Art. 1134 f. Code civil; Art. 1337 Codice Civile) und in dem gleichbedeutenden Hendiadyoin Treu und Glauben (z.B. §§ 157, 242 BGB; Art. 2 ZGB; jedenfalls der Sache nach auch § 914 ABGB). Die Schweiz hat das Prinzip sogar in der Verfassung verankert (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Das Wort *fides* ist ein griechisches Lehnwort, kommt von griechisch *πίστις* (*pistis*) und bedeutet Vertrauen, wofür Treue und Glauben altertümliche Entsprechungen sind. Aus der *fides* entsprang die Pflicht, das gegebene Wort zu halten, eine Pflicht die „natürlich“ erscheint und jedermann einleuchtet. Sie ist zuerst im *ius gentium* des praetor peregrinus, der für Rechtsgeschäfte zwischen Römern und Fremden zuständig war, zur Rechtspflicht geworden<sup>50</sup>. Dieses *ius gentium*, das wir bereits kennen gelernt haben (vgl. oben II), ist das Recht, das bei allen Völkern unabhängig von nationalen Gesetzen gilt und auch als Naturrecht (*ius naturae*) bezeichnet wird. Das Vertrauensprinzip, ursprünglich Teil eines solchen Naturrechts, wurde ins Zivilrecht rezipiert. Als zentraler Aspekt des Vertragsrechts taucht es wieder auf in der grundlegenden Arbeit des Jubilars, „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“ (1971).

Die zweite in Art. 2 Abs. 2 ZGB, nicht aber in den anderen Kodifikationen genannte Funktion von Treu und Glauben ist die *exceptio doli* (Einrede der Arglist, unzulässige Rechtsausübung)<sup>51</sup>, die Jahrhunderte lang der Abwehr formell gültiger, jedoch dem materiellen Recht widersprechender Rechtspos-

<sup>49</sup> Vgl. Gai. Dig. 47, 22, 4: *his autem potestatem facit lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. sed haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse.* – Das Gesetz gibt ihnen (den Mitgliedern) die Macht, sich die Satzung zu geben, die sie wollen, solange sie dadurch nicht gegen ein öffentliches Gesetz verstoßen; man nimmt an, dass diese Vorschrift aus dem Gesetz des Solon übernommen worden ist.

<sup>50</sup> Hierzu zuletzt *Chiusi*, „Grave est fidem fallere“: Vertrauensschutz im Römischen Recht, *Fundamina* 20 (1) 2014, 150 ff.

<sup>51</sup> S. etwa *Honsell*, Teleologische Reduktion versus Rechtsmissbrauch, *FS Mayer-Maly* (1996) 369 ff.

sitionen und treuwidrigen Verhaltens diene, namentlich in Gestalt des Verbots eines *venire contra factum proprium*. Auch dabei ging es wieder um den Gegensatz zwischen Naturrecht und formalem Recht, billigem und strengem Recht, *ius strictum* und *ius aequum*, *law* und *equity*, der die ganze Rechtsgeschichte durchzieht.

Eine Figur von genialer Einfachheit für die Hinausschiebung der Wirkungen eines Rechtsgeschäfts war die Unterscheidung von Befristung und Bedingung – *dies* und *condicio*, *certus an* und *incertus an*. Beide konnten aber *certus* oder *incertus quando* sein. Eine *condicio certus an*, *incertus quando* ist der Tod (*mors certa, hora incerta*).<sup>52</sup> Solche Figuren strahlten einen logischen Glanz aus, der Savigny zu der Bemerkung verleitete, die Römer hätten quasi mit ihren Begriffen gerechnet.<sup>53</sup> Bei der Berechnung von Fristen oder Terminen gelten noch heute die römischen Regeln der Zivil- oder Naturalkomputation. Zivilkomputation (aus dem priesterlichen Recht) bedeutet, dass nicht nach Stunden, sondern nur nach vollen Tagen gerechnet und der Tag nicht mitgezählt wird, in dessen Lauf das für die Frist maßgebliche Ereignis fällt. Der hierauf folgende Tag ist der erste Tag der Frist. Das hat den Vorteil, dass bei einer Frist von einer Woche das Ende auf denselben Wochentag fällt, bei einer Frist von einem Monat oder Jahr auf dasselbe Datum. So ist das Fristende einfach zu berechnen. Die Naturalkomputation hingegen stellt auf den natürlichen, wirklichen Zeitlauf ab und rechnet von dem Ereignis weg.

Die Servituten („Dienstbarkeiten“) mit herrschenden und dienenden Grundstücken eigneten sich für Wegerechte oder Aquaedukte im alten Rom ebenso wie heute für Wasser- und Stromleitungen oder Skilifte.

Allerdings ist es nicht so, dass man ohne Kenntnis des römischen Rechts keine richtigen Entscheidungen treffen könnte. Dort, wo das alte Recht selbst klar war und richtig kodifiziert wurde – und das ist die große Mehrzahl der Fälle – kann man auf den Rückgriff auf das alte Recht durchaus verzichten. In nicht wenigen Fällen hat aber der Gesetzgeber (namentlich die II. Kommission und teilweise schon das Pandektenrecht) im Streben nach allgemeingültigen Sätzen, die erst aus einer bloßen Fallsammlung ein Gesetzbuch machen, vom Anschauungsmaterial des römischen Rechts zu weit abstrahiert und so die Gefahr falscher Verallgemeinerung heraufbeschworen. Die Liste der daraus resultierenden Fehlleistungen ist lang. Abstrakte Sätze, die über das ihnen zugrunde liegende Anschauungsmaterial hinausgehen, gewinnen ein Eigenleben, das *Wilburg*<sup>54</sup> treffend mit dem „Werkzeug im Märchen“ verglichen hat, das zu einer Art „Drehkrankheit des Rechtsempfindens“ führt.

<sup>52</sup> Zu diesen und weiteren Beispielen s. auch meine Beiträge in FS Hattenhauer (2003) 245; ferner in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (1987) 299 und in GS Mayer-Maly (2011) 225 ff.

<sup>53</sup> Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814) 29.

<sup>54</sup> Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürg. Recht (Rektoratsrede 1950) 11.

*Kantorowicz*<sup>55</sup> hat behauptet, noch niemand habe nachweisen können, dass ein erheblicher dogmatischer Fehler auf historischer Unkenntnis beruhe; der ganze historische Aspekt zum geltenden Recht sei überflüssig. Diese Behauptung lässt sich an Hand vieler Beispiele widerlegen, von denen hier nur einige wenige angeführt werden sollen.

Zu den Fehlern aus falscher Verallgemeinerung gehören Teile der Rechtsgeschäftslehre, in welcher der Grad der Abstraktion besonders hoch ist. Da steigende Abstraktionshöhe mit zunehmender Sinnentleerung einhergeht, entfernen sich die Vorschriften immer mehr von ihrem ursprünglichen Anschauungsmaterial, was die Gefahr von Fehlentscheidungen birgt. Die verallgemeinerten Regeln sind meist vom (gegenseitigen) Kauf abstrahiert, so dass sie namentlich für einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte oder Dauerschuldverhältnisse nicht passen. Man denke etwa an Nichtigkeit oder Anfechtung im Arbeits- oder Gesellschaftsrecht. Hier hat erst die Judikatur bzw. das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (z.B. § 313 Abs. 3 S. 2 BGB) die notwendigen Präzisierungen vorgenommen. Das aedilische Edikt, das nur für Sklaven und Zugvieh galt, wurde schon von Justinian auf *omnes res erstrect*<sup>56</sup>, weshalb dann etliche Regeln nicht mehr passten, zB die jetzt viel zu kurze sechsmomartige Verjährung. In diesen und anderen Fällen haben die Verallgemeinerungen, namentlich des BGB, in der Folgezeit zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung geführt. So beruht z.B. die Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 536a BGB auf der unzulässigen Verallgemeinerung einer einzigen Digestenstelle, welche den Kellermeister, der in den Boden eingelassene Fässer (*dolia*) zur Weinlagerung vermietet hatte, für den ausgelaufenen Wein auch dann haften ließ, wenn er die mangelnde Dichtigkeit nicht gekannt hatte<sup>57</sup>. Wenn das Fass im nächsten Frühling leer war, konnte er sich nicht darauf berufen, der Wein sei offenbar im Boden versickert. Nichts lag näher als die stillschweigende Garantie der Dichtigkeit. Schon im nächsten Fall (der Verpachtung einer Bergwiese, auf der giftige Pflanzen wuchsen, sodass die Tiere des Pächters verendeten)<sup>58</sup> weiß die Quelle nichts mehr von einer Garantiehaftung für Mangelfolgeschäden. In den Motiven zum BGB wird unter Hinweis auf die Digestenstelle generell eine stillschweigende Garantie des Vermieters für anfängliche Mängel angenommen.<sup>59</sup> Bei der Überlassung von Sachen im Rahmen von Kauf

<sup>55</sup> *Kantorowicz, (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) 31; ausführlich dazu mit weiterer zeitgenössischer Literatur Th. Honsell, [Fn 43] 60 f.*

<sup>56</sup> Die Ausdehnung des Edikts auf alle Sachen in Dig. 21, 1, 1 pr. ist interpoliert, Kunkel/ *Honsell*, 319 Fn 39 mwN.

<sup>57</sup> *Ulpian Dig. 19, 1, 19, 2; dazu Honsell, Jura 1979, 184 ff.; Krampe, Die Garantiehaftung des Vermieters für Sachmängel (1980) 21 ff., abweichend Luig, FS Hübner (1984) 121 ff.*

<sup>58</sup> Ähnlich liegt der Fall RGZ 66, 289, wo giftiges Pferdefutter zum Tod der Tiere des Käufers geführt hatte.

<sup>59</sup> *Motive II (1888) 375 ff.*



oder Miete gab es, anders als heute, eine Schadensersatzhaftung nicht einmal bei Verschulden, sondern lediglich bei Kenntnis (Vorsatz); etwa, wenn ein mangelhafter Balken verkauft worden war, der zum Einsturz eines Hauses geführt oder ein krankes Tier, das die Tiere des Käufers angesteckt hatte. (Ulpian D. 19, 1, 13 pr.). Dieser Fall hat die Gerichte immer wieder beschäftigt, zuletzt das Schweizer Bundesgericht in dem berühmten Mülleramazonen-Fall, in dem ein kranker Papagei den ganzen Bestand einer Zoohandlung angesteckt hatte. In Folge einer falschen Einordnung des Falles unter Art. 208 Abs. 2 OR gelangte das Bundesgericht (BGE 133 III 257)<sup>60</sup> sogar zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers, die es sonst nur bei der Produkthaftung gibt und die nur Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers erfasst. Dies, obwohl dem Verkäufer keinerlei Vorwurf gemacht werden konnte. Nach römischem Recht haftete der Verkäufer nur dann auf Schadensersatz, wenn er den Mangel gekannt oder eine Zusicherung abgegeben hatte. Das stand bis zur Schuldrechtsreform so auch noch in § 463 BGB. Doch schon bald nach Inkrafttreten des BGB fand *Staub* eine vermeintliche, aber berühmt gewordene Lücke und erfand die positive Vertragsverletzung.<sup>61</sup> Problematisch an einer Verschuldenshaftung des nicht selbsterstellenden Verkäufers ist nach wie vor die Pflichtverletzung. Ein Verschulden kann nur annehmen, wer eine generelle Untersuchungspflicht bejaht. Indessen bestehen solche Pflichten im Allgemeinen gerade nicht<sup>62</sup>; sie können sich aber im Einzelfall aus der besonderen Sachkunde des Verkäufers, aus Verkehrssitte, Handelsusancen oder Treu und Glauben (usw.) ergeben. Darauf weist auch die Generalnorm von § 241 Abs. 2 BGB hin.

Eine falsche Verallgemeinerung verursachte auch die Regel „mortuus redhibetur“: War ein kranker Sklave verkauft worden und beim Käufer an der Krankheit gestorben, so blieb die Wandlung zulässig<sup>63</sup>. Auch der Tote konnte zurückgegeben werden. So entscheiden noch heute etliche moderne Rechte,

<sup>60</sup> Dazu *Honsell*, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – Der Papageienfall, recht 2007, 154 ff. und BSK OR-*Honsell*, Art 207 (6. A. 2015) mit zahlreichen Nw.

<sup>61</sup> *Staub*, Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen (1902); dazu *Honsell*, Culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und § 463 BGB, JR 1976, 361; *ders.*, Die positive Vertragsverletzung und ihr Verhältnis zur Sachmängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, Jura 1979, 184.

<sup>62</sup> Dies gilt auch für den Händler s. BGH NJW 1968, 2238: Dort hatte Dieselkraftstoff mit schädlichen Beimengungen die Motoren des Käufers zerstört. Der Verkäufer hatte den Kraftstoff jahrelang unbeanstandet von derselben Raffinerie bezogen; s. auch BGH 1981, 1269; den privaten Gebrauchtwagenverkäufer trifft ohnehin keine Untersuchungspflicht s. BGH NJW 1981, 928. – Nicht damit zu verwechseln ist die Untersuchungspflicht des Käufers nach § 377 HGB. Diese ist nur eine Obliegenheit. Trifft sie einen Verkäufer, der zuvor selbst Käufer war, so resultiert aus der Obliegenheitsverletzung keine Schadensersatzpflicht gegenüber den Abnehmern.

<sup>63</sup> Dazu *Honsell*, Mortuus Redhibetur, FS Schwertner (2003) 575 ff.; *ders.*, Gefährtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB, FS Picker (2010) 363 ff.; zum Röm. Recht *Honsell*, Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht, GS Kun-

dass der Vertrag gewandelt werden kann, wenn der Untergang auf dem Mangel beruht. (Art. 1647 Code Civil, Art. 1488 Código civil und Art. 1492 Codice civile). Art. 207 OR und § 350 BGB a.F. sowie § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB hingegen haben diesen Sonderfall zu der Norm verallgemeinert, dass der Rücktritt trotz Untergangs ungeachtet des fehlenden Kausalzusammenhangs immer zulässig ist. *vCaemmerer*<sup>64</sup> hat diese Regelung mit folgenden Worten kritisiert: „Die Vorschriften des BGB über die Durchführung des Rücktritts sind gesetzestechnisch so missglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten, dass ein für Theorie und Praxis kaum noch durchdringliches Dickicht von Streitfragen entstanden ist“. Mit diesem Zitat wird in der Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>65</sup> die Notwendigkeit einer Reform der Gefahrtragung beim Rücktritt begründet. Diese ist indes wiederum misslungen und es ist ein noch größeres Dickicht entstanden. § 346 Abs. 2 gewährt Wertersatz (gegen Rückzahlung des Kaufpreises) quasi nur zum Schein; denn wenn der Käufer bei eigenüblicher Sorgfalt (einfacher Fahrlässigkeit) nicht haftet, impliziert dies, dass er auch die Gefahr nicht trägt, weshalb der Wertersatz bei zufälligem Untergang entfällt. Erstaunlicher Weise wird die Regelung allgemein begrüßt und sogar ihre Erstreckung auf das Bereicherungsrecht gefordert<sup>66</sup>. Die falsche Lösung findet sich nur in den deutschsprachigen Rechten; denn Art. 207 OR und das vom deutschen Recht beeinflusste österreichische Recht haben die verkehrte Lösung des § 350 BGB a.F. übernommen. Gegen sie spricht vor allem, dass der Mangel nicht kausal war, d.h., die Sache durch das Ereignis in der Sphäre des Käufers in jedem Falle, also auch in mangelfreiem Zustand,

kel (1984) 53 ff.; tlw. abw. *Lederle*, *Mortuus redhibetur* (1983) 33 und *Mader*, *SavZ. Rom. Abt.* 101 (1984) 206 ff.

<sup>64</sup> FS Larenz (1973) 625.

<sup>65</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 186 = Canaris (Hrsg.) *Schuldrechtsmodernisierung* (2002) 773.

<sup>66</sup> *Singer*, Selbstbestimmung, Vertrauensschutz und faktisches Synallagma, FS Medicus (2009) 487 ff.; *Roth*, Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion, FS Canaris (2007) 1131 ff.; *Heinrichs*, Schadenersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gegen den nach § 346 BGB zur Rückgewähr verpflichteten Schuldner FS E. Schmidt (2005) 159 ff. 185; *ders.*, Palandt<sup>68</sup> § 346 Rn 13a; ebenso heute Palandt/*Grünberg*<sup>77</sup>; *Thier*, Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung, FS Heldrich (2005) 439 ff.; *Grunewald*, Saldotheorie und neues Rücktrittsrecht, FS Hadding (2004) 33 ff. *S. Lorenz*, in Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.) *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Bereicherungsrechts* (2001) 329 ff.; *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem (2004) 153 ff.; *Wagner*, FS Huber 591, 622; *Bockholdt*, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 206 (2006) 770 ff.; *Komossa*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unter Berücksichtigung des neuen Rücktrittsfolgenrechtes (2007) 396 ff. u. passim; *Fest*, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertung auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge (2006) 76 ff. u. passim; dagegen aber *Ernst*, Sachmängelhaftung und Gefahrtragung, FS Huber (2006) 165 ff.; 233 f.; *Müller-Teckhoff*, Gefahrtragung beim Vertrag (2009) 301 ff. Kritik der h.L. bei *Honsell*, FS Picker [Fn 63].

zu seinen Lasten untergegangen wäre. Möglich bleibt allerdings die Minderung des Kaufpreises, weil das Argument, dass der Preis wegen des Mangels zu hoch war, durch den Untergang nicht entfällt.<sup>67</sup> Die Nichtbeachtung der Kausalität durch die h.L. ist umso auffälliger, als die richtige Wertung in § 287 S. 2 BGB für den analogen Fall des Schuldnerverzuges klar vorgezeichnet ist. Es ist die Unfallhaftung des alten *casus mixtus* (Verschulden des Verzugs, nicht des Untergangs), bei welcher der Schuldner gleichwohl haftet (*perpetuatio obligationis*), weil ohne den Vzug die Sache nicht untergegangen wäre. Die Regel findet sich neben 287 BGB auch in § 920 ABGB und Art. 103 Abs. 2 OR. Wäre die Sache jedoch auch bei rechtzeitiger Lieferung, d.h. auch beim Käufer, untergegangen, so entfällt die Ersatzpflicht wiederum. Das gilt heute noch, vgl. die Ausnahme in § 287 S. 2 BGB („es sei denn, ...“) und Art. 103 Abs. 2 OR. Auch dafür findet sich das klassische Beispiel bereits in den *Digesten*: Das bei einem Erdbeben eingestürzte Haus,<sup>68</sup> das ja auch bei rechtzeitiger Übergabe zerstört worden wäre.

Eine Besonderheit des römischen Rechts war das Kontraktsystem das aus formfreien und formpflichtigen Vertragstypen und den *dationes ob rem* (Zweckleistung außerhalb eines Vertrages) sowie dem korrespondierenden Kondiktionssystem bestand.<sup>69</sup> Bei der *datio ob rem* wurde der Empfänger vertraglich nicht zu einer Leistung oder Handlung verpflichtet, musste das Empfangene aber immerhin zurückgeben, wenn der versprochene Erfolg nicht eingetreten, die „Gegenleistung“ nicht erbracht war. So entstand wenigstens ein mittelbarer Leistungszwang. Hierfür zuständig war die *condictio ob rem* (*causa data, causa non secuta*), die das Gegenstück zu der verschwundenen *datio ob rem* war und weitgehend überflüssig geworden ist. Sie hätte folgerichtig ebenso in der allgemeinen *condictio sine causa* aufgehen müssen, wie die *datio ob rem* zum Vertrag geworden ist. Gleichwohl ist sie in § 812 Abs. 1 S. 2 2. Variante BGB als Kondiktion wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges erhalten geblieben. Sie hing freilich jetzt quasi in der Luft. Sie wurde ihres ursprünglichen Anwendungsbereiches beraubt und führt heute ein Schattendasein.

Auf das alte Kontraktsystem geht auch die Vorstellung zurück, dass es für eine wirksame Verpflichtung stets einer (Gegen-)Leistung bedarf oder einer Form, die sich noch heute in europäischen Rechten findet (§ 518 BGB, Art. 242 f. OR, § 1432 ABGB) und auch im angelsächsischen Recht (*consideration* oder *deed*). Mangels Gegenleistung entsteht eine Verpflichtung nur durch die Form und die Formpflicht i.S.e. Übereilungsschutzes kann entfallen, wenn geleistet worden ist.

<sup>67</sup> Weitere Gegenargumente bei *Honsell*, FS Picker [Fn 63] 363 ff.

<sup>68</sup> *Ulpian-Labeo D. 30, 47, 6*, wo *quod – rell.* wohl interpoliert ist; vgl. *Schulz*, Einf. 108.

<sup>69</sup> Näher *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte (1974) 66 ff., 70 ff.

Ein prominentes Beispiel einer verwirrenden Regelung, das wiederum eng mit dem alten Kontraktssystem und der *datio ob rem* zusammenhängt, ist das Kondiktionsverbot des § 817 S. 2 BGB und Art. 66 OR.<sup>70</sup> Die *condictio ob turpem causam*, das Vorbild von diesen und ähnlichen Vorschriften in den anderen europäischen Kodifikationen, war der Sonderfall der *condictio ob rem* bei einer *res turpis* und hatte ursprünglich zwei Anwendungsfälle: Die Geldzahlung zur Vermeidung oder zur Erreichung eines sittenwidrigen Erfolges:<sup>71</sup> Die Kondiktion, die (entgegen der Regel, dass die Leistung *re secuta* nicht zurückgegeben werden muss) trotz des Erfolgesintritts Platz griff, das sind die Erpresserfälle: Auch wenn der Erpresser das angedrohte Übel unterlassen hatte, der mit der Leistung bezweckte Erfolg also eingetreten war, konnte das gezahlte Geld ausnahmsweise zurückgefordert werden. Der zweite Fall war das Kondiktionsverbot, wenn die Zahlung die Herbeiführung eines sittenwidrigen Erfolges bezweckte. Hier galt umgekehrt, dass nicht kondiziert werden konnte, auch wenn der Erfolg nicht eingetreten war. Dies waren die Fälle der Deliktsanstiftung, der sog. Gaunerlohn. Im Vorentwurf von *vKübel* und bei *Munzinger* war das alles noch klar<sup>72</sup>. Wer Geld gezahlt hatte, damit eine strafbare Handlung begangen würde, konnte es nicht mit der *condictio causa data causa non secuta* (besser: *ob rem*) zurückfordern, wenn und obgleich die Handlung unterblieben war. Dies hielt man für zweckmäßig, da andernfalls ein mittelbarer Anreiz bestünde, die strafbare Handlung doch zu begehen. Später ging der Zusammenhang von *condictio ob rem* und *ob turpem causam* verloren. Ihre Herauslösung aus dem Kontext der Kondiktion wegen Nichteintritts des Erfolges sowie die abstrakte Formulierung haben bewirkt, dass vom Bordellkauf über Schwarzmarktgeschäfte, Telefonsex-Verträge oder Schwarzarbeit bis hin zu verbotenen Umsatz-, Dienstleistungs- oder Darlehensgeschäften, alle sitten- oder gesetzwidrigen Geschäfte unter das Kondiktionsverbot gestellt wurden. Das

<sup>70</sup> Dazu *Honsell*, vorige Fn.

<sup>71</sup> Vgl. Paulus Dig. 12, 5, 1 ... *Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. ... 12, 5, 3: Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus.* – Was zur Erreichung eines ehrenhaften Erfolges gegeben worden ist, kann zurückgefordert werden, wenn der Erfolg nicht eintritt. Liegt aber ein verwerfliches Verhalten des Empfängers vor, so kann auch zurückgefordert werden, wenn der Erfolg eingetreten ist. ... Wenn aber sowohl Geber wie Empfänger sittenwidrig handeln, kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Erfolg nicht eingetreten ist. Der Ausgangsfall ist die *condictio ob rem*, sie wird ergänzt durch die zwei Unterfälle der *condictio ob turpem causam*: *turpitudine accipientis und utriusque*. Die Sequenz ist: *condictio re non secuta, condictio etiamsi re secuta, keine condictio in beiden Fällen (re non secuta)*.

<sup>72</sup> Art. 114 E 1871: Hat jemand um eines künftigen Erfolges willen aus einer unehrenhaften der unsittlichen Ursache etwas empfangen, so hat der Geber ein Rückforderungsrecht, ohne Unterschied, ob der erwartete Erfolg eingetreten ist oder nicht. Und Art. 115: Fällt sowohl dem Geber als dem Empfänger eine Unehrenhaftigkeit oder Unsittlichkeit zur Last, so hat der Geber kein Rückforderungsrecht.

führt bei Vorleistung einer Seite notwendig zur „Prämierung des größeren Gauners“<sup>73</sup> und bei beiderseitiger Erfüllung zur kondiktionsrechtlichen Blockade der gebotenen Rückabwicklung, z.B. bei Verstößen gegen Vorschriften des Devisenverkehrs, der Kriegswaffenlieferung usw. Von dieser fehlerhaften Judikatur ist die Rsp. nie abgerückt. Sie sieht die *ratio legis* von § 817 S. 2 BGB in einer Strafe oder in einer Rechtsschutzverweigerung, die sie auf alle sittenwidrigen oder verbotenen Verträge anwendet<sup>74</sup>. Hingegen hat das Schweizer Bundesgericht seine Rsp. spät, aber doch korrigiert.<sup>75</sup> Heute wird Art. 66 OR zutreffend auf den Gaunerlohn beschränkt<sup>76</sup> (Geldzahlung zum Zwecke der Anstiftung zu einem Delikt usw.). Hier wie öfter hat also das Bundesgericht schließlich die richtige Lösung gefunden.

Eine weitere Gruppe bilden die Fälle, in denen der Gesetzgeber ungeachtet der grundlegenden Veränderungen der wirtschaftlich-technischen und soziokulturellen Verhältnisse sklavisch an einer nicht mehr zeitgemäßen Norm festgehalten hat. Ein Beispiel ist die Gastwirthaftung, die sich in allen europäischen Kodifikationen findet (§§ 706 ff. BGB; §§ 970 ff., ABGB; Art. 487 ff. OR). Die Gasthäuser der Antike waren meist zugleich Bordelle und hatten einen schlechten Ruf. Dies war der Grund für die Statuierung der Garanthaftung für eingebrachte Sachen des Gastes. Gegen ihre Übernahme ins BGB hat der Reichshotelverband vergeblich protestiert.<sup>77</sup> Die Gesetzgebungskommission begnügte sich mit dem Hinweis, es handle sich um geltendes Recht. Dabei hat man die Warnung des römischen Juristen Julian missachtet, dass sich nicht immer für das von den Alten überlieferte Recht ein vernünftiger Grund anführen lässt: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*<sup>78</sup>.

In diese Fallgruppe gehört auch die Regel „*periculum emptoris*“<sup>79</sup>, die dem Käufer beim Spezieskauf die Gefahr eines zufälligen Untergangs mit

<sup>73</sup> Dazu *Honsell*, [Fn 69] 80 ff.; *ders.*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Zimmermann u.a. (Hrsg.), FS Seiler, 1999, S. 473 ff.

<sup>74</sup> Näher *Honsell*, [Fn 69] 38 ff. mNw zur Jud. von RG und BGH; z.B. besteht nach BGH Urt. v. 11.06.2015 (VII ZR 216/14) bei Verstoß gegen das SchwarzarzbG (Ohne Rechnung-Abrede) wegen 817 S. 2 BGB kein Anspruch auf Sachmängelgewährleistung.

<sup>75</sup> BGE 134 III 438 – Praxisänderung. Ähnlich eng wird auch § 1174 Abs. 1 ABGB (Leistung zu unerlaubtem Zweck) interpretiert. Das Kondiktionsverbot findet sich dort im Werkvertragsrecht.

<sup>76</sup> So schon *von Tuhr*, AT OR I (1924) 381; AT BGB I (1910) 413; *Honsell*, [Fn 69].

<sup>77</sup> Motive II (1888) 584 ff.

<sup>78</sup> Dig. 1, 3, 20.

<sup>79</sup> Zum Folgenden *Honsell*, Hundert Jahre Schweizer OR, ZSR 2011 II 5 ff.; s noch *Pichonnaz*, Die Schweiz und das Römische Recht, in: Fagnoli/Rebenich, Römische Erbe und Europa (2012) 21 ff., der aber die Spuren Römischen Recht im OR eher für Spuk, für *hantés* im Sinne *Derridas* hält. In den Exegen jüngerer Romanisten begegnet man öfter der Attitüde (oder nur *captatio benevolentiae*?) es handle sich um *Deconstruction* iS *Derridas*. Das Interessante daran ist, dass niemand genau weiß, was es bedeutet. In den Diskussionen auf dem Rechtshistorikertag 2016 in Saarbrücken fiel der Begriff gleich zweimal; auch

Abschluss des Kaufvertrages, also schon vor Übergabe aufbürdet. Das ist verständlich, wenn man, wie im römischen Recht, vom Barkauf präsenter Waren ausging, bei dem es atypisch war, die Sache nicht gleich mitzunehmen. Das Prinzip blieb jedoch ein Unikum, das schon von *Cujaz* kritisiert wurde, weil es einer anderen römischen Regel widersprach, der Symmetrie von Nutzen und Gefahr: *Periculum eius esse debet, cuius est commodum*<sup>80</sup>, („deutsch-rechtlich“: guter Tropfen – böser Tropfen). Die Gefahr soll tragen, wer den Vorteil hat, d.h. die Sache nutzen kann. Obwohl das Prinzip also falsch ist, haben es Art. 185 OR, Art. 1465 Codice civile, Art. 1452, 1182 Código civil und Art. 639, 1496 des holländischen B. Wetboek übernommen, einfach, weil es römisches Recht war. Im französischen Recht ergibt es sich von selbst aus dem unpraktischen, das Publizitätserfordernis missachtenden Konsensprinzip, demzufolge das Eigentum beim Spezialeskauf schon mit Abschluss des Vertrages übergeht (Art. 714, 1583 Code Civil). Dann geht damit auch die Gefahr über: *casum sentit dominus*.<sup>81</sup> Hingegen knüpfen § 1064 ABGB und § 446 BGB den Gefahrübergang sachgerecht an die Übergabe. Dass die *periculum emptoris*-Regel verfehlt ist, sieht man am deutlichsten am Beispiel des Doppelverkaufs. Der Verkäufer, der die Sache zweimal verkauft hat, könnte nämlich nach deren Untergang den Kaufpreis von beiden Käufern fordern. Dass dieses theoretische Ergebnis praktisch nicht akzeptabel ist, hat R. v. Jhering<sup>82</sup> mit folgenden Worten umschrieben: „Es ist in der Tat ein ande-

*M. Auer* [Fn 89] verwendet ihn. Kritisch zu dem Begriff *Honsell*, Die rhetorischen Wurzeln der Auslegung, *ZfPW* 2016, 105 ff.

<sup>80</sup> Inst. 3, 23, 3 i. f.

<sup>81</sup> *Munzinger* schwankte zwischen Traditions- und Konsensprinzip und die Entstehungsgeschichte des Art. 185 OR war äußerst wechselvoll: Zunächst war er in seinem II. Entwurf (1869) dem Dresdner Entwurf gefolgt und hatte in Art. 266 und 267 bestimmt, dass die Gefahr erst übergeht, „sobald die Sache so zur Verfügung des Käufers steht, dass er sie beliebig zur Hand nehmen kann“. In Art. 212 des III. Entwurfs 1871 folgte *Munzinger* dann für Übereignung und Gefahrtragung dem französischen Konsensprinzip: „Ein Rechtsgeschäft, das auf die Übertragung von Eigentum an bestimmten beweglichen Sachen gerichtet ist, überträgt das Eigentum sofort, ohne dass die Übergabe der Sache erforderlich ist. Art. 215 erklärte dazu, dass mit dem Eigentum auch Nutzen und Gefahr auf den Erwerber übergehen. Im Entwurf 1879, der nicht mehr von *Munzinger* stammt, ist man wieder zum Traditionsprinzip zurückgekehrt (Art. 217 abgedruckt bei *Fasel*, Handels- und Obligationenrechtliche Materialien [2000] 1051 ff.) und hat die Gefahr an den Eigentumsübergang geknüpft (Art. 220). Das ist auch in der Botschaft noch so und wird zutreffend begründet. Erst die Kommission, die das OR 1881 nochmal überarbeitet hat, hat die Sache verdorben. Da man das Konsensprinzip ausdrücklich nicht übernommen hatte, sondern Übergabe verlangte (Art. 199 a OR = Art. 714 ZGB), hätte man auch den Gefahrübergang statt an den Kaufvertrag an die Übergabe knüpfen müssen. So entstand der heutige Art. 185 OR nicht als planvolle Übernahme des römischen Prinzips, sondern quasi per errorem. Tlw. abw. *E. Bucher*, *ZSR* 1970 II, S. 281 ff der darin eine Konzession an die Westschweiz sah, in der, ebenso wie in Baden, der Code civil gegolten hatte.

<sup>82</sup> *Jahrbücher für Dogmatik* 3, 449 ff. = *Gesammelte Aufsätze* 1 (1891) 291, 295 f. Der (abgewandelte) Fall lag so: Der Reeder R besaß eine kleine Handelsflotte von 3 Schiffen,

res Ding, unbekümmert um die Folgen und das Unheil, das ein Rechtssatz, den man in den Quellen zu lesen oder aus der Consequenz zu entnehmen glaubt, im Leben anstiftet, sich rein theoretisch mit ihm abzufinden oder ihn zur Anwendung zu bringen. Eine ungesunde Ansicht, wenn sonst nur das Subjekt selbst noch gesund ist, hält eine solche Probe nicht aus“.

Mit dem Inkrafttreten des BGB, das man treffend als Pandektengesetzbuch bezeichnet hat, war die Jahrhunderte lange Herrschaft des *Corpus Iuris* beendet. In dieser Aufbruchsstimmung vertraute man allein den eigenen Kräften. Man hielt jetzt den Rückgriff auf die historischen Grundlagen für entbehrlich, ja für unzulässig. Dies wird in zeitgenössischen Äußerungen stark betont; so hat man die „Trennung der unglücklichen Ehe zwischen Rechtsgeschichte und Dogmatik“ begrüßt.<sup>83</sup> *Schlossmann*<sup>84</sup> hat befürchtet, es könne das Wirrsal der gemeinrechtlichen Streitigkeiten wie ein verderblicher Krankheitsstoff auf das heutige Recht übertragen werden.

So sehr der Wunsch nach einer Materialbereinigung und nach einem Abstreifen des alten Rechts nach Inkrafttreten des BGB verständlich gewesen sein mag, so wenig kann man sich heute aus größerer historischer Distanz etwaigen Erkenntnisquellen aus der Zeit vor dem BGB verschließen.

Die Zeiten des Gegensatzes zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik sind vorbei. Die Dogmatik muss weder eine Rückkehr des Pandektenrechts fürchten noch gar die eines lateinischen Gesetzbuchs wie das *Corpus Iuris*. Was aber möglich bleiben sollte, ist eine Rechtswissenschaft, die sich keinem Argument künstlich verschließt und der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung und Fortbildung des BGB den ihr zukommenden Stellenwert einräumt. Dieser geht wegen des genetischen Zusammenhangs über den der Rechtsvergleichung hinaus. *Picker*<sup>85</sup> hat treffend gesagt, das historische Argument habe höhere Dignität als ein Spruch des Richters Johnson in Oklahoma. Es geht hier aber nicht um einen beauty contest mit der Rechtsvergleichung. Im romanistisch geprägten kontinental-europäischen Rechtskreis lassen sich Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung ohnedies nicht trennen, denn letztere ist nur die Fortsetzung der genetischen Betrachtung

von denen jedes 10 Mio. wert war. Er verkaufte das Schiff *Providentia*, das gerade die Karibik durchquerte, an X für 10 Mio. Wenig später bot Y für alle 3 Schiffe 40 Mio. Y bestand aber auf dem Erwerb aller drei Schiffe. R verkaufte ihm daraufhin alle drei und übergab ihm die Schiffspapiere. In einem Brief erklärte er X den Sachverhalt und bat ihn um Entbindung von seiner Verpflichtung. Am Tage der Absendung des Briefes erfuhr R, dass die *Providentia* bei den Bermudas in einem Sturm gesunken war. Er widerrief daraufhin die Bitte um Entbindung vom Vertrag telegraphisch. Das Telegramm kam vor dem Brief bei X an. R hoffte zu Unrecht, nach dem Untergang den Preis auch noch von X fordern zu können.

<sup>83</sup> Nachweise bei *Th. Honsell*, Historische Argumente [Fn 43] 64 f.

<sup>84</sup> *Schlossmann*, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB (1912) 28. ff.; kritisch auch *Fuchs*, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz (1908) 151 ff.

<sup>85</sup> Das antike Rom in Europa, Schriftenreihe der Univ. Regensburg 12 (1986) 289, 306.

tion der romanistischen Tochterrechte.<sup>86</sup> Allerdings stößt dies alles bei den meisten Privatrechtlern auf Desinteresse und nicht wenige Rechtshistoriker stehen einer „Indienstnahme“ der Rechtsgeschichte für das geltende Recht skeptisch oder ablehnend gegenüber<sup>87</sup> und negieren Identität und Kontinuität einzelner Rechtssätze, sobald sie in den Kontext einer anderen Zeit oder einer neuen Rechtsordnung getreten sind. Dagegen steht *Gerhard Husserls*<sup>88</sup> Beobachtung, dass eine „Rechtsnorm ihre *Daseinswurzel* [Hervorhebung hinzugefügt] immer in einer bestimmten geschichtlichen Situation hat. Die Geburtsstunde eines Rechtssatzes ist nicht ein ‚Heute‘, dessen Vorgeschichte sozusagen abgedunkelt ist: der Augenblick“. Historisch betrachtet gilt das Kontinuitätsargument, dass das BGB weithin nur das damals geltende Recht kodifiziert hat, weshalb dieses auch für die Auslegung des BGB herangezogen werden kann. Kontinuität ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, dass man die lange Geschichte des Römischen Rechts von der Antike über Mittelalter und Neuzeit, Aufklärung und Pandektistik erforschen müsste, um seine heutige Bedeutung zu verstehen. Auch wenn man, wie *Wieacker* einmal gesagt hat „mit Siebenmeilenstiefeln durch die Geschichte eilen“ darf, ist das für den hier verfolgten Zweck nicht erforderlich. Es geht ja nicht um eine Geschichte des Privatrechts oder gar um einen „privatrechtlichen Diskurs der Moderne“<sup>89</sup>. In unserem Kontext geht es, viel bescheidener, allein um die Relevanz einzelner Sachgesichtspunkte der Dogmatik des Römischen Rechts, die dieses mit seiner „Leuchtkraft“<sup>90</sup> auch für die heutige Jurisprudenz bereit hält.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> Wie viel gerade hier Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zu einer Rechtsvereinheitlichung beitragen können, zeigt *Ernst Rabels* „Recht des Warenkaufs“ (1936), welches das UN-Kaufrecht maßgeblich geprägt hat.

<sup>87</sup> Vgl. namentlich *Stolleis*, *Rechtshistor.* Journal 4 (1985) 251 und 12 (1993) 322 ff.; und *D. Simon*, *Rechtshist.* Journal 4 (1985) 272 und 12 (1993) 315 ff.; ebenso *Kübler*, *Rechtshist.* Journal 12 (1993) 307 ff.; *Giario*, *Rechtshist.* Journal 12 (1993) 326 ff.; vermittelnd *Luig*, *Rechtshist.* Journal 5 (1986) 290; s. aber auch *dens.*, *ZEuP* 1997, 405 ff.; näher *Honsell*, [Fn 42].

<sup>88</sup> *Recht und Zeit* (1955) 10.

<sup>89</sup> So der Titel der Habilitationsschrift (2014) von *Marietta Auer*, einer Schülerin des Jubilars. Eine Zusammenfassung ihrer Thesen bietet *dies.*, *Privatrechtsentwicklung der Moderne: Ein Tryptichon in: Rechtswege, Grimm/Kemmerer/Möllers* (Hrsg.) 2015, 14 ff. A lässt die Moderne zwischen 1680 und 1800 beginnen, „dekonstruiert“ das Rechtssubjekt, das subjektive Recht sowie die Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht und widerlegt das Narrativ („Meistererzählung“) von der liberalen Freiheitsethik des 19. Jhdts. die erst im 20. Jhd. durch eine soziale Verantwortungsethik ersetzt worden sei.

<sup>90</sup> *G. Husserl*, [Fn 88] 11.

<sup>91</sup> Man findet das römisch-gemeine Recht nebst Hinweisen zum BGB einfach zugänglich z.B. in dem Lehrbuch des Pandektenrechts von *Windscheid/Kipp* (9. Aufl. 1906).



Das Privatrecht kann sich zwar – anders als anscheinend das Verfassungsrecht – keines „Quellcodes“<sup>92</sup> berühmen, aber es hat eine Dogmatik,<sup>93</sup> die durch schlechte Ausbildung und Legistik Schaden nimmt.

Die Anforderungen, die dies an Kritikfähigkeit und Bildung des Juristen stellt, hat *Karsten Schmidt*<sup>94</sup> benannt:

- rechtsethische Kontrolle,
- rechtshistorische und interdisziplinäre Vergewisserung und
- teleologische Systemsicht.

Von diesen über die Beherrschung rechtstechnischer Künste weit hinausgehenden Tugenden hänge es ab, wie unsere Juristen mit dem Zeitgeist und mit den intellektuellen Moden auch der Zukunft umgehen werden.

Die Zeichen des Zeitgeists deuten im Moment nicht auf eine Renaissance des Humanismus oder gar auf eine Rückbesinnung auf das Römische Recht. Goethe hat in den Gesprächen mit Eckermann das römische Recht mit einer Ente verglichen, die von Zeit zu Zeit verschwindet, aber immer wieder auftaucht.<sup>95</sup> Vielleicht passiert das ja noch einmal.

<sup>92</sup> Den kennt und pflegt exklusiv das Bundesverfassungsgericht; so jedenfalls *Voßkuhle*, Stabilität, Zukunftsorientiertheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das Bundesverfassungsgericht, in: Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung (2010) 97 ff.

<sup>93</sup> Zur Frage der modernen Privatrechtsdogmatik zuletzt *Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 2016, 28 ff., 79 f. Ausführlich zu einer wertorientierten Dogmatik *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl. 1995) 36 ff., 45 ff., 50. Die Wertneutralität wird noch zu stark betont bei *Esser*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im Zivilrecht, AcP 172 (1972); 97 ff. Es geht aber eher darum, dass in Jahrhunderten gefestigte Wertungen in Begriffe und Prinzipien eingeflossen sind, die quasi axiomatische Geltung besitzen. Eine solche Wertorientierung vorausgesetzt, kann man Dogmatik definieren als eine begrifflich-systematische Erfassung des Rechts in einer konsistenten und kohärenten Ordnung übergeordneter Begriffe und Prinzipien, vgl. *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft (2015) § 5 I.; aus der Lit. etwa *Ernst*, Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: C. Engel/W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007) 3 ff.; *Jansen*, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, ZEuP 2005, 750 ff.; s. auch oben Fn 26.

<sup>94</sup> *K Schmidt*, Intellektuelle Moden und Zeitgeistabhängigkeit in Recht und Rechtswissenschaft, GS Mayer-Maly (2011) 423 ff., 438.

<sup>95</sup> Dazu *Honsell*, Lebendiges Römisches Recht, GS Mayer-Maly (2011) 225, 226.

