

Lebendiges Römisches Recht

Heinrich Honsell, Salzburg/Zürich

I. Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte¹

Das Römische Recht war jahrhundertlang die *viva vox iuris civilis*². Ihm verdanken wir zB das Prinzip von Treu und Glauben, die Institution des Eigentums, Vertrag, Testament und Vieles andere mehr. Seine Bedeutung für das moderne Privatrecht in Europa und der Beitrag der Rechtsgeschichte zur Geschichts- und Rechtswissenschaft wurden oft gerühmt³. Seit dem Mittelalter galt das Römische Recht als *ratio scripta* schlechthin. *Mitteis* sah den Lebenswert der Rechtsgeschichte vor allem darin, dass sie die Rechtswissenschaft „vor positivistischer Erstarrung bewahrt“⁴ und dass sie „vom Glauben an juristische Dogmen befreit“⁵. Die Bedeutung des römischen Rechts liegt in seinem dogmatikfernen Bildungswert. Die Kenntnis der historischen Dimensionen des Rechts bewahrt vor einem unkritischen und bildungsarmen Dogmatismus wie er uns leider allenthalben begegnet. Wegen der klaren Begrifflichkeit, der hohen Argumentationskunst und der großen Sachgerechtigkeit der römischen Zivilrechtsdogmatik dient das Studium des Römischen Rechts noch heute als ideales Propädeutikum des modernen Zivilrechts.

1 So der Titel der kleinen Schrift von *Mitteis* (1947).

2 S *Marcian* D 1, 1, 8 etikettiert so das Honorarrecht: *nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*.

3 ZB von *Mitteis*, 59 und *Koschaker*, Europa und das Römische Recht⁴ (1966); *Mayer-Maly*, Die heutige Wirksamkeit des römischen Rechts (1986); *Wesener*, Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den alt-österreichischen Ländern in der Neuzeit (1989); *Honsell*, Römisches Recht⁷ (2010), 1 ff.

4 129.

5 131.

II. Die Renaissance der griechisch-römischen Antike

Die Rezeption des Römischen Rechts in Europa war ein Teil des Phänomens der Renaissance antiker Kultur, die sich vom Mittelalter bis ins 19. Jahrhundert in mehreren Wellen wiederholt hat. Es gab zahlreiche Renaissancen besonders v 11.-13. Jhdt und v 16.-18. Jhdt Die Antike, namentlich die griechische und römische Kultur war vor allem im dunklen Mittelalter von unglaublicher Modernität und es ging ein faszinierender Glanz von ihr aus.

Auf die Renaissancen folgten Gegenbewegungen. So suchte sich das Naturrecht von den historischen Eierschalen des Römischen Rechts zu befreien. In methodischer Hinsicht war für das Naturrecht⁶ das Streben nach einem geschlossenen System, nach einer Begriffsbildung von mathematischer Exaktheit und einer juristischen Beweisführung von logischer Stringenz kennzeichnend. Alle Erkenntnis sollte nicht aus der Geschichte kommen, sondern dem eigenen Geist entspringen.

Die *demonstratio more geometrico*⁷, die wertungsfreie, rein logische Deduktion aus Obersätzen, war indes für eine Sozialwissenschaft nicht das geeignete Erkenntnisverfahren, und so schlug das Pendel alsbald zurück zu einer geschichtlichen Rechtswissenschaft wie sie in der historischen Rechtsschule von Savigny gepflegt wurde.

Goethe, der Zeitgenosse dieser Entwicklung war, hat das Römische Recht mit einer Ente verglichen, die zwar von Zeit zu Zeit untertaucht, aber immer wieder an die Oberfläche kommt. In den Gesprächen mit *Eckermann* v 6. April 1829 über die Vorlesung von *Guizot* heißt es:

„Auch das römische Recht, als ein fortlebendes, das, gleich einer untertauchenden Ente, die sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht, und immer einmal wieder lebendig hervortritt, sehen wir sehr gut behandelt, bei welcher Gelegenheit denn auch unserm trefflichen Savigny volle Anerkennung zuteil wird.“

Die Pandektenwissenschaft brachte erneut eine Gegenbewegung, deren Ziele Abstraktion, Systematisierung und Positivierung waren. Trotz ihres Wissenschaftspositivismus ist nicht zu verkennen, dass sie in Europa den grössten Beitrag zu einer gegenwartsnahen Weiterentwicklung der unübertroffenen römischen Privatrechtsdogmatik geleistet hat.

6 Vgl dazu *Voppel*, Der Einfluss des Naturrechts auf den Usus modernus (1996).

7 Vgl zB C. Wolff, dessen Hauptwerk den Titel trägt: *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*. *Baruch Spinoza* hat sogar eine *Ethica more geometrico demonstrata* verfasst; Näheres bei *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte 319 f.

III. Das römisch-gemeine Recht als Basis der modernen Zivilrechtskodifikationen

Auf diesem Fundament wurde das BGB errichtet. Der Gesetzgeber hat auf weiten Strecken das gemeine Recht unverändert kodifiziert und es ist ihm dies im Wesentlichen auch gelungen. Freilich hat er – ebenso wie schon die Pandektenwissenschaft – im Streben nach möglichst allgemeingültigen Sätzen vom Anschauungsmaterial des gemeinen Rechts abstrahiert und dabei nicht selten die Gefahr einer falscher Verallgemeinerung heraufbeschworen⁸.

Zu den am deutlichsten erkennbaren römischen Elementen im BGB gehören, um nur einige Beispiele zu nennen, die Lehre von der Bedingung, von den Grunddienstbarkeiten, die bis hin zum Begriff ein getreues Abbild der römischen Servituten sind, der Nießbrauch, das Vermächtnis und vieles andere mehr. Die Bedingung ist eine juristische Erfindung von luzider Klarheit und großartiger Einfachheit. Sie ist auch heute noch Bestandteil des unentbehrlichen Inventars der Zivilrechtsdogmatik in allen Ländern des römischen Rechtskreises⁹. Es gibt in der Tat kein einfacheres Mittel, eine zukünftige Entwicklung im Rahmen eines Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen als die Bedingung. Alle Vorschriften der §§ 158 ff BGB und ihre Pendants in den anderen römisch geprägten Kodifikationen¹⁰ kannte schon das Römische Recht; zB die Unterscheidung zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung; die Fiktion des Bedingungseintritts bei treuwidriger Vereitelung; die Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen während der Schwebezeit bei späterem Bedingungseintritt. Römischen Ursprungs ist auch die Unterscheidung zwischen Bedingung und Befristung.

Das Recht der Dienstbarkeiten funktioniert immer noch mit dem alten Instrumentarium des römischen Rechts, denn für eine abstrakte Dogmatik ist es einerlei, ob es sich um Aquädukte handelt oder um Stromleitungen, Seilbahnen, Schiabfahrten usw. Hier zeigt sich die zeitlose Gültigkeit einer relativ abstrakten Zivilrechtsdogmatik, welche vom Wandel technischer und wirtschaftlicher Verhältnisse unberührt bleibt.

Die Beispiele falscher Verallgemeinerung auf dem Weg vom Römischen Fallrecht zur Privatrechtskodifikation sind verhältnismäßig zahlreich. Hierher gehört mehr oder weniger die ganze Rechtsgeschäftslehre, bei welcher der Grad

8 Weitere Details bei *Honsell*, Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik, FS Hattenhauer (2003), 245 ff.

9 Im Unterschied zu dem sog romanischen Rechtskreis gehören dazu neben den romanischen Ländern insbes die deutschsprachigen, in denen das römische Recht eine ebenso große Rolle gespielt hat. Die Rechtskreislehre der hL (vgl etwa *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung I [1985], 72 ff) ist fehlerhaft.

10 Vgl etwa §§ 695 ff ABGB; Art 151 ff OR; Art 1168 CC; Art 1353 ff CC it, dazu *Honsell*, Röm Recht⁷ (2010), 27 ff.

der Abstraktion besonders hoch ist und das Ausgangsmaterial meist konkrete Entscheidungen zum Kauf oder anderen Verträgen waren; ferner das Sachmängel- oder das Bereicherungsrecht. Auf diesen Gebieten haben die Verallgemeinerungen des BGB in der Folgezeit zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung geführt. So beruht zB die systemwidrige Garantiehafung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB auf der unzulässigen Verallgemeinerung einer einzigen Digestenstelle, welche den Kellermeister, der in den Boden eingelassene Fässer zur Weinlagerung vermietet hat, für den ausgelaufenen Wein auch dann haften lässt, wenn er die mangelnde Dichtheit nicht gekannt hat¹¹. In den Motiven findet sich hierzu der Satz, die Garantiehafung sei geltendes Recht; der Entwurf wolle hieran nichts ändern. Als Beleg wird nur die Digestenstelle zitiert. Schon bei der Verpachtung einer Wiese, auf der giftige Kräuter wachsen, wissen die Digesten nichts mehr von einer Garantiehafung.

Die *condictio ob turpem causam*, das Vorbild des § 817 BGB galt nur für die Fälle der Deliktsanstiftung und der Erpressung. Wer Geld gezahlt hatte für eine unerlaubte Handlung, konnte es auch dann nicht zurückfordern, wenn die Handlung unterblieben war. Das ist der heutige § 817 Satz 2 BGB. Wer aufgrund einer Erpressung gezahlt hatte, konnte umgekehrt immer zurückfordern, auch dann, wenn sich der Erpresser vereinbarungsgemäß verhalten, das heißt die angedrohte Handlung unterlassen hatte; das ist der heutige § 817 Satz 1 BGB. Aus den Materialien ergibt sich eindeutig, dass alle Entwürfe nur diese Fälle vor Augen hatten; und doch hat die abstrakte Formulierung bewirkt, dass heute vom Bordellkauf über das Wucherdarlehen und die Schwarzarbeit bis hin zum Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, alles unter § 817 BGB subsumiert wird. Dies hat zu einer Fülle von Widersprüchen und ungereimten Ergebnissen geführt¹². Die notwendige Begrenzung findet man indes zur analogen Vorschrift von Art 66 OR, die richtig auf den sog *Gaunerlohn* (Geldzahlung zum Zwecke der Anstiftung zu einem Verbrechen usw) beschränkt wird¹³.

Ein anderes, weniger krasses Beispiel einer Fehlentwicklung infolge falscher Verallgemeinerung ist der Entreicherungsseinwand von § 818 Abs 3 BGB¹⁴. Das Privileg der Haftungsbeschränkung auf die noch vorhandene Be-

11 Ulp D 19, 2, 19, 1; dazu *Honsell*, Jura (1979), 184 ff; *Krampe*, Die Garantiehafung des Vermieters für Sachmängel (1980), 21 ff, vgl dagegen *Luig*, FS Hübner (1984), 121 ff.

12 Dazu *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte (1974), 80 f; *ders*, in Zimmermann ua (Hrsg), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, FS Seiler (1999), 473 ff; so meint die zurzeit letzte Stimme, die sich zum Thema geäußert hat (*Klöhn*, AcP 210, 2010, 802 ff, 808), die Vorschrift wolle den größtmöglichen Anreiz zur Brechung der Absprache geben und begünstige deshalb den „bestpositionierten Leistungsanreiz zu setzen (vgl *Honsell* aaO).

13 *Honsell* aaO, ebenso jetzt BGE 134 III 438.

14 Parallelvorschriften in Art 65 OR und § 1437, 329 ABGB.

reicherung (*in id quod locupletior factus est*) galt bei den prätorischen Bereicherungsklagen des Römischen Rechts nur für Minderjährige, für die Schenkung und in einigen verwandten Fällen, in denen ein besonderer Schutzgrund für den Empfänger bestand¹⁵. Die Verallgemeinerung in § 818 Abs 3 BGB hat namentlich bei der Rückabwicklung von Verträgen zu störenden Ergebnissen und unbefriedigenden dogmatischen Konstruktionen geführt. Man denke nur an die Irrungen und Wirrungen der sog Saldotheorie und ihrer Ausnahmen.

Die Liste der Fehlleistungen, die aus falscher Verallgemeinerung resultieren, ist lang. Abstrakte Sätze, die über das ihnen zugrunde liegende Anschauungsmaterial hinausgehen, gewinnen ein Eigenleben, das *Wilburg*¹⁶ treffend mit dem „Werkzeug im Märchen“ verglichen hat und das zu einer Art „Drehkrankheit des Rechtsempfindens“ führt. Hierher gehört auch der alte Satz „mortuus redhibetur“: War ein kranker Sklave verkauft worden und beim Käufer an der Krankheit gestorben, so blieb die Wandlung zulässig¹⁷. Auch der Tote konnte zurückgegeben werden. § 350 BGB aF und § 346 Abs 3 S 1 Nr 3 BGB haben dies zu dem Satz verallgemeinert, dass der Rücktritt trotz Untergangs ungeachtet des fehlenden Kausalzusammenhangs stets zulässig ist, nach dem neuen § 346 Abs 3 S 1 Nr 3 BGB sogar bei fahrlässiger Sachzerstörung durch den Käufer¹⁸. Die falsche Lösung findet sich nur in den deutschsprachigen Rechten; denn Art 207 OR¹⁹ und das stark vom deutschen Recht beeinflusste österreichische Recht²⁰ haben die verfehlte Lösung des § 350 BGB aF übernommen. Die einfache und überzeugende Regelung, dass der Rücktritt bei Zufall und bei Verschulden des Rücktrittsberechtigten ausgeschlossen ist, findet sich im romanischen Rechtskreis, im italienischen, französischen und spanischen Recht. Nach Art 1647 Code civil, Art 1488 Código und Art 1492 Codice civile trifft die Gefahr des zufälligen Untergangs den Käufer. Der Käufer kann nur wandeln, wenn der Untergang eine Folge des Mangels war. Die Unidroit Principles und der Entwurf der Lando-Kommis-

15 S etwa *Flume*, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, FS Niedermeyer (1953), 103, 116 ff, 124 ff; *Honsell*, Drei Fragen des Bereicherungsrechts, Liber Amicorum Schulin (2003), 25 ff.

16 *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürg Recht (1950), 11.

17 Paul Dig 21, 1, 47, 1; Ulp D 21, 1, 38, 3; dazu *Honsell*, Gedächtnisschrift Kunkel (1984), 65 f; *Lederle*, Mortuus redhibetur (1983), 33; *Mader*, SavZRomAbt 101, 1984, 206 ff (beide teilweise abweichend).

18 Näher *Honsell*, MDR 1970, 717 ff; Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, *ders*, Bereicherungsanspruch Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, NJW 1973, 350 ff; *ders*, Der defekte Mähdrescher – BGHZ 78, 216, JuS 1982, 810 ff; *ders*, Die EU-RL über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278 ff; *ders*, Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland, FS Druey (2002), 177 ff; *ders*, Mortuus redhibetur, FS Schwerdtner (2003), 575 ff.

19 Dazu etwa *Honsell*, OR BT¹⁰, 106 f.

20 S etwa *Reischauer*, in Rummel, Komm ABGB³ (2000) § 932 Rn 4 mNw.

sion verfolgen ebenfalls einen richtigen Ansatz, indem sie Wertersatz normieren, wenn dies „vernünftig“ oder „angemessen“ ist²¹. Das ist immer der Fall, wenn die Ursache der Rückgabeunmöglichkeit nicht in der Sphäre des Verkäufers liegt.

Regeln variieren oft wie einem Spiel mit verschiedenen Möglichkeiten folgend.

Ein Beispiel, das hier noch ausgeführt werden soll, ist die römische Ersitzung, die im gutgläubigen Erwerb fortgeführt und erweitert wurde. Der Grundgedanke des röm. Recht der bei Gaius formuliert wird, blieb dabei immer erhalten²².

Grundsätzlich galt auch in Rom der Satz, dass niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat²³. Diese Regel wurde im Interesse des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch das Institut der Ersitzung eingeschränkt.

Die römische Ersitzung bestand darin, dass der Besitzer einer Sache, der die faktische Stellung eines Eigentümers innehatte, ohne dies zu sein, nach Ablauf einer gewissen Zeit auch rechtlich zum Eigentümer wurde. Die Ersitzung diente also dem Ausgleich zwischen scheinbarer und wirklicher Rechtslage. Ihr lag die Vorstellung einer heilenden Wirkung der Zeit zugrunde. Die Ersitzung war im römischen Recht schon seit frühester Zeit bekannt. Bereits die Zwölftafeln²⁴ enthielten die Vorschrift, dass Grundstücke nach zweijährigem, Mobilien nach einjährigem ununterbrochenem Eigenbesitz (*usus*) aufgrund des Besitztatbestandes dem Besitzer gehören sollten, so dass es nach Ablauf dieser Frist auch keiner Gewährleistung durch den Vorbesitzer mehr bedurfte. Ausgenommen waren jedoch entwendete Sachen (*res furtivae*), die nicht ersessen werden konnten.

Anders als das moderne Recht (§ 932 BGB, Art 933 ZGB, § 367 ABGB) kannte das Römische Recht keinen sofortigen gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer und keine Ersitzung abhanden gekommener Sachen. Notwendig war stets die Ersitzung während einer bestimmten Frist, welche jedoch mit einem bzw zwei Jahren wesentlich kürzer bemessen war als die heutigen Ersitzungsfristen. Der innere Grund der Ersitzung war in diesen Fällen der Schutz des redlichen Geschäftsverkehrs, der es rechtfertigte, das Eigentum

21 S dazu *Boels*, Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit (2009), 157 ff; ferner *Herold*, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis (2001), 221 ff; Auch Art 82 geht von dem Grundsatz aus, dass der Käufer seine Rechte verliert, wenn er die Sache nicht zurückgeben kann. Die Ausnahme in Abs 2 lit a CISG („wenn die Rückgabeunmöglichkeit nicht auf einer Handlung oder Unterlassung des Käufers beruht“) ist weniger glücklich formuliert.

22 Näher *Honsell*, RR⁷, 67 f.

23 Ulp D 50, 17, 54: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

24 *Cicero*, *topica* 4, 23: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annuus est usus*; zur Bedeutung dieses Satzes *Kunkel/Mayer-Maly*, 171 ff mNw.

des wahren Berechtigten zugunsten des gutgläubigen Erwerbers erlöschen zu lassen.

Gai 2, 44: quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.

Was deshalb eingeführt worden ist, damit das Eigentum an den Sachen nicht zu lange im Unsicheren sei, zumal ein Zeitraum von einem bzw zwei Jahren – die Zeit, die dem Besitzer zur Ersitzung zugeteilt ist – dem Eigentümer zur Nachforschung nach seiner Sache genügen muss.

Das Ersitzungsmodell, das dem Eigentümer noch eine gewisse Zeit zur Verfolgung seines Eigentums lässt, ist sachgerechter als der sofortige gutgläubige Erwerb mit zusätzlicher Ersitzungsmöglichkeit bei gestohlenen Sachen (usw). Auch ist trotz des Vertrauensgedankens die unterschiedliche Behandlung von gestohlenen und unterschlagenen Sachen nicht sonderlich überzeugend. Man kann also sagen, dass das System des Interessenausgleichs zwischen Eigentums- und Verkehrsschutz²⁵ in Rom geschlossener und stringenter war als später im gemeinen Recht und in den Europäischen Privatrechtsgesetzbüchern, wo – der homo ludens lässt grüßen – aus dem vorhanden Ansatz die verschiedensten Spielarten gemacht wurden: Sofortiger gutgläubiger Erwerb von anvertrauten Sachen neben der Ersitzung. Letztere aber mit längeren Fristen. Vindikation mit oder ohne Lösungsrecht, Ersitzung auch von gestohlenen Sachen usw. Das angeblich deutschrechtliche „Hand wahre Hand“ Prinzip und der Grundsatz, dass „man seinen Glauben dort suchen soll, wo man ihn verloren hat“, haben bei den neuen Mischformen eine Rolle gespielt.

Die Ersitzung des Römischen Rechts hatte indes noch einen ganz anderen Anwendungsfall: Sie heilte in kurzer Frist den Formmangel bei bloßer traditio von res mancipi, die ja eigentlich der mancipatio bedurften, die indes obsolet geworden war. Hatte der Erwerber vom Eigentümer erworben, aber ohne Einhaltung der Form, so wurde er erst durch Ersitzung Eigentümer. Bis dahin schützte ihn der Prätor mit der exceptio rei venditae ac traditae, einer Ausprägung der exceptio doli, auch gegen den formalen Noch-Eigentümer. Obwohl formalistische Standpunkte heute weithin als überholt gelten können, gibt es die Einrede des Rechtsmissbrauchs, bzw der unzulässigen Rechtsausübung noch heute (vgl insbesondere Art 2 Abs 2 ZGB²⁶. Das Schweizer Bundesgericht entscheidet in stRsp dass die Berufung auf die Nichtigkeit eines Grundstückkaufvertrags nach Art 2 Abs 2 ZGB nichtig ist, wenn beide Parteien den Vertrag freiwillig erfüllt haben. Ein bekanntes Beispiel ist der Schwarzkauf, bei dem die Parteien zum Zwecke der Steuerersparnis einen niedrigeren Kaufpreis verbriefen, als sie in Wahrheit vereinbart haben. Der Differenzbetrag

25 Zum österr Recht s zuletzt *Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb* (2006).

26 Eingehend dazu *Honsell, FS Mayer-Maly* (1996), 369 ff.

wird „schwarz“ bezahlt. Nach Rechtsprechung und Doktrin ist das beurkundete Geschäft, weil nicht gewollt, wegen Simulation nichtig (Art 18 OR), das vereinbarte (dissimulierte) Geschäft dagegen ist wegen Formmangels nach Art 216 I OR ungültig²⁷. Diese sog Theorie vom Doppelmangel wird aber durch die Heranziehung von Art 2 ZGB wieder aufgehoben. An sich ist also der Vertrag nichtig; ist er jedoch beiderseits erfüllt, so ist die Berufung auf die Nichtigkeit rechtsmissbräuchlich²⁸. Der häufigste Fall ist auch hier die treuwidrige prozessuale Geltendmachung eines Anspruchs in Widerspruch zu früherem Verhalten, das *venire contra factum proprium*²⁹. Dieselbe Figur finden wir als *exceptio non numeratae pecuniae*, wenn aus einer Stipulation geklagt wird, obwohl das Darlehen gar nicht ausbezahlt worden war. Genau dieselbe Konstruktion existiert noch heute als Bereicherungseinrede beim nichtvaluierten Wechsel oder bei Fehlen der zugrunde liegenden Forderung.

IV. Die Wiederkehr von Rechtsfiguren

In der Dogmengeschichte lässt es sich nicht selten beobachten, dass die Rechtsentwicklung nach Umwegen wieder zum Ausgangspunkt und den ursprünglichen Rechtsfiguren und Lösungen zurückkehrt. Oft sind das Fälle, in denen der Gesetzgeber bewusst oder unbewusst vom gemeinen Recht abgewichen ist. Mit seinem untrüglichen Gespür für treffende Begriffe hat *Mayer-Maly*³⁰ dieses Phänomen die „Wiederkehr von Rechtsfiguren“ genannt. Dogmatische Figuren, die im Laufe der Geschichte des römischen Rechts verschwunden sind, tauchen scheinbar zufällig wieder auf. Man greift nicht auf das alte Inventar zurück, sondern entwickelt es neu, ohne Kenntnis seiner früheren Existenz. Den Aufsatz über die Wiederkehr von Rechtsfiguren³¹ nennt *Mayer-Maly* in seiner Autobiographie³² „eine meiner am häufigsten zitierten, aber auch mehrfach bekämpften Arbeiten.“ Sie geht auf seine Kölner Antrittsvorlesung zur Arbeitnehmerhaftung bei gefahrgeneigter Arbeit zurück, die im Archiv für die civilistische Praxis³³ unter dem Titel „Die Wiederkehr der culpa levissima“ publiziert ist.

27 Vgl BGE 78 II 22; 86 II 398; 88 II 158; 90 II 154; 104 II 98.

28 Vgl BGE 92 II 323.

29 Dazu *Riezler*, *Venire contra factum proprium* (1981); *Detle*, *Venire contra factum proprium nulli conceditur* (1985); und zuletzt umfassend *Singer*, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens* (1993), 49 ff und *Mader*, *Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung* (1994), 104 ff.

30 JZ 1971, 1 ff.

31 JZ 1971, 1 ff.

32 *C. Jabloner/H. Mayer* (Hrsg), *Österreichische Rechtswissenschaft in Selbstdarstellungen* (2003), 121 ff.

33 164 (1964), 114 ff.

Die Renaissance alter Lösungsmodelle zeigt zweierlei: zum einen, dass die Zahl möglicher Lösungen begrenzt und vorgegeben ist, zum anderen, dass im Auf und Ab konkurrierender Wertungen mal die eine und mal die andere die Oberhand gewinnt.

Beispiele die *Mayer-Maly* dafür anführt, sind die fiducia oder das Inkassomandat. Noch auffälliger ist eine solche Wiederkehr, wo sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine gemeinrechtliche Lösung entschieden hat. Ein prominentes Beispiel dafür ist die Totalnichtigkeit des § 139 BGB, die der Gesetzgeber unter Hinweis auf die Privatautonomie normiert hat, entgegen dem römischen Satz *utile per inutile non vitiatur*³⁴, das Wirksame wird durch das Unwirksame nicht fehlerhaft gemacht; d. h. im Zweifel soll nicht Totalnichtigkeit, sondern Restgültigkeit eintreten. Dieser Satz findet sich noch heute in § 878 ABGB und in Art 20 Abs 2 OR. Hingegen hat sich der Gesetzgeber des § 139 BGB aus doktrinären Gründen (wenn die Parteien privatautonom keinen gültigen Vertrag zu Stande bringen, soll er eben ungültig sein, *sic et non, tertium non datur*) für eine Auslegungsregel zugunsten der Totalnichtigkeit entschieden. Diese Regel hat sich als wenig praktikabel erwiesen. Häufig ist es nämlich so, dass sich eine Partei hinterher auf die Nichtigkeit beruft, weil sie das Geschäft reut. In einem solchen Fall wird sie dazu neigen, zu behaupten, sie hätte das Geschäft ohne die nichtige Klausel nicht geschlossen. Daher ist es richtiger, die Frage nach dem hypothetischen Parteiwillen dem Richter zu überlassen. Dieser hat festzustellen, was vernünftige und redliche Parteien getan hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit einer einzelnen Klausel bekannt gewesen wäre. Trotz der des im Zweifel Totalnichtigkeit anordnenden § 139 BGB nimmt die deutsche Rechtsprechung meist Restgültigkeit an³⁵.

Aber auch negative Beispiele einer Wiederkehr lassen sich finden, wo die alte Warnung Julians³⁶ nicht beachtet wurde: *non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi posset*. Hierher gehören die punitive damages des US-amerikanischen Rechts mit ihren *double, treble etc. damages*. Die Vermengung von Schadensersatz und Strafe wurde im römisch-gemeinen Recht zugunsten eines objektiv am Schaden orientierten Schadensersatzrecht überwunden. Ein anderes Beispiel ist die Rückkehr der Vermutung³⁷, die nicht selten zu einer Haftung ohne Kausalität oder Pflichtwidrigkeit führt.

34 Ulp D 45, 1, 1, 5; dazu *Mayer-Maly*, GS Gschnitzer (1969), 265 ff; *Seiler*, 1. FS Kaser (1976), 127, 132 ff; *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? (1979).

35 Vgl *Mayer-Maly*, GS Gschnitzer; *ders*, MünchKomm BGB § 139; für Totalnichtigkeit hingegen *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? (1979), 40, 83 u öfter.

36 Dig 1, 3, 20.

37 S *Wiegand/Hurni*, Die Vermutung kehrt zurück, recht 2005, 205 ff.

V. Europa und das römische Recht

Zum Schluss ist kurz auf die Bedeutung des römisch-gemeinen Rechts für die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches einzugehen. Das römisch-rechtliche Fundament der Europäischen Zivilrechtsordnungen wäre der ideale Ausgangspunkt für die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs. Diese Feststellung ist nur im Konjunktiv möglich, denn die moderne Zivilrechtswissenschaft und die Rechtsvergleichung interessieren sich für die römischen Grundlagen der Europäischen Privatrechts kaum. Ein Rückgriff auf das römisch-gemeine Recht wird für unzulässig gehalten oder unterbleibt jedenfalls mangels einschlägiger Kenntnis³⁸. Man verkennt den Wert des röm. Rechts und seiner unerreichten Dogmatik, die als common core des Europäischen Rechts überall fortlebt. Eine Besinnung auf die gemeinsamen römischrechtlichen Wurzeln findet nicht statt. Das Europäische Recht besteht nach Meinung der meisten nicht in dem tradierten *Ius Romanum Europeum*, sondern in dem Richtlinienwirrwarr aus Brüssel.

Die Europäische Gemeinschaft hat mehrfach Beschlüsse über eine Europäische Zivilrechtskodifikation gefasst. Heute favorisiert sie das scheinbar bescheidenere Projekt eines Common Frame of Reference³⁹ zu dem die sog Acquis- und die Study-Group einen gemeinsamen Entwurf⁴⁰ vorgelegt haben. Dieser ist in Wahrheit keine „toolbox“, sondern eine Kodifikation des Vertrags- Deliktsrechts und Sachenrechts, deren Text gelegentlich zu stark den angelsächsischen Vertrags- bzw Gesetzesstil annimmt (zB mit allgemeinen Definitionen oder kasuistischen Kautelen) und in deren Zentrum der Konsumentenschutz steht (mit Informationspflichten, Widerrufsrechten, Diskriminierungsverboten usw). Die Integration dieses privatrechtlichen Acquis communautaire, ebenso wie die Lokalisierung des Projekts bei der Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucher zeigen eine frappante Fehleinschätzung der Bedeutung und Tragweite eines Europäischen Zivilgesetzbuchs. Außerdem wird damit das Pferd vom Schwanz aufgezäumt. Denn es liegt auf der Hand, dass die Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt beim Obligationen- und Handelsrecht beginnen müsste und nicht bei einer Verallgemeinerung des Verbraucherrechts oder anderen Erfindungen der sog EG-Politiken. Auch die Rechtsvereinheitlichung im Deutschland des 19. Jahrhunderts begann mit dem Handels- und Obligationenrecht.

Allerdings böte ein Europäisches Zivilgesetzbuch im Hinblick auf die gemeinsamen Wurzeln im Europäischen *ius commune* die Chance für die Erhal-

38 Näher *Honsell*, FS Hattenhauer (2003), 245 ff.

39 S dazu die Kritik von *W. Ernst*, Symp Honsell (2009), 109 ff.

40 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) 2008; darauf kann hier nicht näher eingegangen werden; krit etwa *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529.

tung des dogmatischen Niveaus der Europäischen Zivilrechtsordnungen, welches die pointillistischen und legistisch unzulänglichen EG-Richtlinien zum Privatrecht⁴¹ leider völlig vermissen lassen. Sie verzettelt sich in kleinteiligen bürokratischen Regelungen, die bei den Betroffenen Frustration auslösen und weit davon entfernt sind, die Anfänge eines europäischen Rechtsbewusstseins zu markieren. Man muss unserer Zeit den Beruf⁴² zur Gesetzgebung leider absprechen, von der Kraft zu großen Kodifikationen ganz zu schweigen⁴³.

Eine Zivilrechtsdogmatik, die auf historisch-dogmatische Argumente verzichtet und sich der rechtshistorischen Empirie verschließt, nimmt nicht nur eine Verarmung des Argumentationshaushaltes in Kauf, sondern leidet infolge des künstlichen Ausblendens historischer Erkenntnisse gewissermaßen an partieller Blindheit. Treffend bemerkt *Klaus Luig*⁴⁴, Gesetzgeber und Rechtswissenschaft könnten nach Aufklärung über die Genese einer Rechtsregel von der Tradition abweichen. Wenn sie sich aber von der Geschichte informieren ließen, wüssten sie wenigstens, was sie tun.

Was bleibt, ist die Frage, weshalb die historisch-dogmatische Argumentation kaum Akzeptanz findet. Solange das römische Recht das Schattendasein eines von wenigen beherrschten Arkanwissens führt, ist eine Renaissance einer auch an den geschichtlichen Grundlagen orientierten Rechtswissenschaft nicht zu erwarten. Gründe, die man nicht versteht, vermögen nicht zu überzeugen. Dies gilt nicht nur für die Praxis, sondern auch für die Doktrin. Gegenwärtig sieht es nicht danach aus, dass sich daran in naher Zukunft etwas ändern könnte. Wenn die Entwicklung weiterhin zyklisch verläuft, ist indes auf lange Sicht eine Neuorientierung der Rechtswissenschaft und eine Wiederkehr des Römischen Rechts nicht ausgeschlossen. Vielleicht taucht also Goethes Ente doch noch einmal auf.

41 *W. Ernst* 115 nennet sie einen „Flickenteppich inselhafter Einzelregelungen, die einer systematischen Abstimmung weitgehend entbehren.“

42 *S Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814).

43 Zur Kodifikation s etwa *K. Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee (1985); *Caroni*, Saggi sulla storia della codificazione (1998); *ders*, Gesetz und Gesetzbuch (2003); *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 decodificazione⁴ (1999); zuletzt *E. Kramer*, Der Vollständigkeitsanspruch der Kodifikation und das Problem der Nebengesetze zum ABGB, in Fischer-Czermak ua (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.

44 *Rechtshistor Journal* 5, 1986, 290 ff, 322.

