

Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik

Heinrich Honsell

I.

Die historische Argumentation hat im Bereich der klassischen Zivilrechtsdogmatik bislang keine Anerkennung gefunden. Der Rechtsgeschichte wird allenfalls ein gewisser Bildungswert beigemessen, weshalb man ihr im Studium einen bescheidenen Platz belässt. In wissenschaftlichen Arbeiten werden rechtshistorische Reminiszenzen, wenn überhaupt, nur colorandi causa eingestreut. Um des Anstrichs der Bildung willen zitiert man schon mal eine lateinische Rechtsregel. Ein applikatives Verständnis der Rechtsgeschichte, das ihren Gegenwartswert betont und Argumente bzw. Lösungsvarianten des klassischen römischen Rechts oder des römisch-gemeinen Rechts für die Rechtsanwendung nutzbar machen will, findet sich nur bei wenigen Zivilrechtlern, die meist zugleich Romanisten sind. **FN: Zu nennen sind ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Flume, Coing, Mayer-Maly, Jahr, Honsell, Krampe, Picker, Kupisch und Knüttel; für den Bereich der Germanistik und Kanonistik etwa Hattenhauer, Kroeschell und Wolter. – In methodischer Hinsicht haben sich mit dem historischen Argument in letzter Zeit namentlich Th. Honsell (Historische Argumente im Zivilrecht, 1982) und Klippel (Juristische Zeitgeschichte, 1985) befasst.** Diese Autoren messen der Berufung auf das alte Recht bei Auslegungszweifeln oder im Rahmen der Rechtsfortbildung mehr oder weniger grossen Begründungswert bei. Man verweist darauf, dass nur ein historisches Verständnis des Rechts vor einem unkritischen Dogmatismus bewahrt **FN: Vgl. statt aller Strakosch, ZNR 1980, 21; aus älterer Zeit Strohal, Jherings Jb 61 (1912) 67.** und dass der Subjektivismus und Dezisionismus in der Rechtsanwendung in den Epochen am ausgeprägtesten ist, in denen das Bewusstsein der Geschichtlichkeit des Rechts verlorengegangen ist. Dies muss für unsere heutige Rechtsordnung ohne Einschränkung bejaht werden.

Nicht wenige Rechtshistoriker stehen dagegen einer Indienstnahme der Rechtsgeschichte für das geltende Recht eher skeptisch oder ablehnend gegenüber. **FN: Vgl. namentlich Stolleis, Rechtshistor. Journal 4 (1985) 251 und D. Simon, ebenda 272; ebenso Luig,**

Rechtshistor. Journal 5 (1986) 290. Sie negieren den Wert einer applikativen, anwendungsbezogenen Rechtsgeschichte, befürchten eine unhistorische Betrachtungsweise, „welche ganz heterogene historische Strukturen zu einer Genealogie wissenschaftlicher Lehrmeinungen zusammenleimt“, FN: *Stolleis (FN 3) unter Hinweis auf D. Grimm, in Rechtswiss. Und Nachbarwissenschaften II (1976) 24 Anm. 25.* hegen „Zweifel an der Identität und Kontinuität einzelner Rechtssätze, sobald sie in den Zusammenhang einer neuen geschichtlichen Rechtsordnung getreten sind und betonen, dass erst die Befreiung der Geschichte aus der „Verhexung“ durch die Dogmatik eine wirkliche Erforschung der Rechtsgeschichte ermöglicht hat. FN: *Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967) 15 f.*

Bei der Auseinandersetzung um den Gegenwartswert der Rechtsgeschichte sind freilich die Rechtshistoriker ganz unter sich. FN: *Wieacker, Nachrichten der Ak. Der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-hist. Kl. (1963) 12 f., 19 ff.; Ders. FS Schwind (1978) 3654, weitere Nw bei Klippel (Fn. 1) 26 Anm. 123; vgl. dazu auch Landau ZNR 1980, 117, 326 ff. und Klippel a.a.O.* Die moderne Zivilrechtswissenschaft interessiert sich für dieses Thema nicht und verwendet historische Argumente so gut wie überhaupt nicht, wenn man von vereinzelten Hinweisen auf Motive und Protokolle zum BGB einmal absieht. Ein Rückgriff auf das römisch-gemeine Recht wird entweder für unzulässig gehalten oder unterbleibt doch mangels einschlägiger Kenntnis.

Die Relevanz historischer Argumente beschränkt sich – entgegen einer verbreiteten Meinung, ich nenne nur *Engisch, Larenz* und *Bydlinski* – nicht auf die Gesetzesauslegung und auch nicht auf die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens. Auf den überholten Streit zwischen subjektiver und objektiver Auslegung ist deshalb nicht einzugehen. FN: **Dazu zuletzt Hassold ZZP 1981, 198.** Bei der historischen Argumentation handelt es sich nicht primär um subjektive Auslegung, denn es geht vielfach gar nicht um den Willen des Gesetzgebers, vielmehr können auch innerhalb einer objektiv-teleologischen Interpretation bei der Ermittlung der *ratio legis* historische Argumente eine Rolle spielen. Es geht aber auch nicht nur um Auslegung und um die Bedeutung des historischen Arguments im Rahmen des Savigny’schen Auslegungskanons. Denn auch die Rechtsfortbildung kann die Lehren der Rechtsgeschichte nicht ignorieren, sofern sie nicht eine Verkürzung der Problemsicht in Kauf nehmen und auf eine gesättigte Materialkenntnis verzichten will.

Gegenstand dieses Referats ist nicht die allgemeine Frage nach dem Verhältnis von Rechtshistorie und Dogmatik, dessen sehr wechselvolle Geschichte jüngst *Maximilian Herberger FN: Dogmatik, Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz (1981)*. eindrucksvoll beschrieben hat. Es geht auch nicht um die Neubegründung einer geschichtlichen Rechtswissenschaft im Sinne der historischen Rechtsschule. Das Ziel dieses Referats ist ein viel bescheideneres. Es geht, wie *Gerhard Dilcher FN: AcP 184 (1984 247, 283)*. formuliert hat, nur um den Nachweis, dass auch nach der Fächertrennung von Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik „jenseits der Kodifikationsschwelle etwas zu holen ist.“

Dabei sind nach dem Grade der rechtshistorischen Kontinuität zwei Arten historischen Argumentierens zu unterscheiden:

Das eine rekurriert darauf, dass der Gesetzgeber des BGB überwiegend nur das gemeine Recht kodifiziert und kaum neues Recht geschaffen hat. Das andere bedient sich der in der Geschichte des römischen Rechts entwickelten Lösungsansätze, ohne die Frage nach der Kontinuität des BGB besonders zu stellen. Im zuletzt genannten Fall argumentiert man im Grunde nicht historisch, sondern bedient sich nur der Rechtsgeschichte als Fundgrube dogmatischer Argumente. Methode und Verbindlichkeit solchen Argumentierens sind jener der Rechtsvergleichung ähnlich.

Unstreitig hat sich der Gesetzgeber des BGB die Aufgabe gestellt, das geltende Gemeine Recht in möglichst präziser Fassung auf abstrakter und allgemein gültiger Ebene zu kodifizieren. Die zahllosen gemeinrechtlichen Streitfragen sollten bereinigt und das Zivilrecht auf eine neue Grundlage gestellt werden.

Mit dem Inkrafttreten des BGB, das man treffend als Pandektengesetzbuch bezeichnet hat, war die jahrhundertelange Herrschaft des Corpus iuris beendet. In der Aufbruchstimmung der Bell'Époque vertraute man mehr den eigenen Kräften als der Weisheit der Geschichte. Man hielt jetzt den Rückgriff auf die historischen Grundlagen selbst in Zweifelsfällen für entbehrlich, ja für unzulässig. Dies wird in zeitgenössischen Äusserungen stark betont; so hat etwa *Hermann Kantorowicz FN: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 4 (1907/8) 104 f.* die „Trennung der unglücklichen Ehe zwischen Rechtsgeschichte und Dogmatik“ begrüsst. Noch niemand habe nachweisen können, dass ein

erheblicher dogmatischer Fehler auf historischer Unkenntnis beruhe; der ganze historische Aspekt zum geltenden Recht sei überflüssig. *Schlossmann FN: Bürgerliches Gesetzbuch und akad. Rechtsunterricht (1896).* – Weitere Nachweise bei *Th. Honsell (FN. 1) 60 ff. und Klippel (Fn. 1) 16 ff.* hat befürchtet, es könne das Wirrsal der gemeinrechtlichen Streitigkeiten wie ein verderblicher Krankheitsstoff auf das heutige Recht übertragen werden. Doch hat es schon damals nicht an Gegenstimmen gefehlt; so schrieb etwa *Eugen Ehrlich, FN: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903) 32.* nur derjenige sei als Pfadfinder der Gerechtigkeit berufen, der die überlieferte Weisheit der Jahrhunderte beherrscht.

Die Frage besass damals viel grössere praktische Relevanz, weil die Juristen das Gemeine Recht noch beherrschten. Festzuhalten ist jedenfalls, dass die Väter des BGB ausweislich der Materialien weithin nur das damals geltende Recht kodifizieren wollten.

Bei dieser Sachlage wäre es unangebracht, die historischen Grundlagen des BGB quasi auszublenden. *Gerhard Husserl FN: Recht und Zeit (1955) 10.* hat diesen Gedanken in seinem Buch „Recht und Zeit“ betont: „Die Rechtsnorm hat ihre Daseinswurzel immer in einer bestimmten geschichtlichen Situation. Die Geburtsstunde eines Rechtssatzes ist nicht ein ‚Heute‘, dessen Vorgeschichte sozusagen abgedunkelt ist: der Augenblick.“ So sehr der Wunsch nach einer Materialbereinigung und nach einem Abstreifen des alten Rechts verständlich gewesen sein mag, so wenig darf man sich heute aus grösserer historischer Distanz etwaigen Erkenntnisquellen aus der Zeit vor dem BGB verschliessen. Dies umso weniger, als die Normen des BGB nicht selten auf einer zu weitgehenden und ungewollten Verallgemeinerung des römisch-gemeinrechtlichen Anschauungsmaterials beruhen. Auch wer nicht so weit gehen will, das BGB nur als eine Episode in der noch nicht zum Abschluss gelangten Ära des Gemeinen Rechts zu betrachten, kann die historische Bedingtheit der heutigen Zivilrechtsdogmatik nicht ignorieren und vor den Erkenntnismöglichkeiten, die das römisch-gemeine Recht für das moderne Recht in Fülle bietet, die Augen nicht verschliessen.

Es soll hier nicht einer Rückkehr zum Historismus des 19. Jahrhunderts das Wort geredet werden, sondern einem empirischen Realismus, der die Problemkonstellationen und Lösungsmöglichkeiten, welche die Rechtsgeschichte bietet und deren Elemente in der modernen Zivilrechtsdogmatik vielfach noch präsent sind, auch im Rahmen der praktischen Rechtsanwendung nutzbar macht. Methodische Bedenken gegen eine applikative

Rechtsgeschichte ergeben sich nicht. Ein alter Einwand geht dahin, es bestehe ein unüberbrückbarer Gegensatz zwischen der nur mit Tatsachen befassten Geschichtswissenschaft und der normativen Jurisprudenz. Geschichte, schreibt *Klaus Luig*, **FN: (Fn. 3)**. lasse sich nicht leicht in Dogmatik umsetzen. Apodiktischer formuliert *Dieter Simon* **FN: (Fn. 3) 265**; (kritisch dazu *Picker*, *Rechtshistor. Journal* 5 [1986] 367); **ähnlich meinte bereits Brütt (Die Kunst der Rechtsanwendung 1907) 182, es sei ein populärer Denkfehler, das historisch Gegebene mit dem Normativen zu verwechseln.** das historische Argument sei der Grundaprie ausgesetzt, nicht erklären zu können, wie man von Explikation zur Deontik kommt. Diese Einwände überzeugen nicht. Es geht nicht darum, dem römisch-gemeinen Recht oder gar dem Corpus iuris neben dem BGB quasi normative Geltung zu verschaffen. Es geht auch nicht um einen übertriebenen konservativen Standpunkt, der das Alte für besser hält als das Neue. Alt oder neu sind, wie *Alfred Heuss* **FN: „Ideologiekritik“ (1975) 95.** gesagt hat, für sich betrachtet keine Werte. Sieht man von dem Koantinitätsargument einmal ab, dass die Väter des BGB weithin nur das damals geltende Recht kodifizieren wollten, so dass zur Auslegung des BGB legitimerweise auch auf das Gemeine Recht zurückgegriffen werden kann, besteht die historische Argumentation – wie dargelegt – allein in der Verwendung von Sach Gesichtspunkten, welche die Rechtsgeschichte der Dogmatik zur Verfügung stellt. Eine rationale Begründung im Rahmen des geltenden Rechts schliesst kein Argument aus, sofern es nur drei Bedingungen erfüllt, die *Alexy* **FN: Theorie der juristischen Argumentation (1978).** formuliert hat: Konsistenz, Zweckrationalität und Wahrheit der benutzten empirischen Sätze.

Ausserhalb des sehr schmalen Bereichs einer axiomatisch-deduktiven Beweisführung gibt es keine sicheren Ergebnisse, keine Gewissheit. Wir haben kein effektives Verfahren zur Lösung juristischer Probleme, sondern nur Wertungen, die auf mehr oder minder grosse Zustimmung hoffen dürfen. **FN: Treffend hierzu Horak, in: Sprung, Entscheidungsbegründungen 1 ff., 15.** Es geht nur um Plausibilität und Persuasion, und da gibt es keine Argumente, die unzulässig sind, sofern sie nur die drei genannten Voraussetzungen erfüllen.

Die These von der Unzulässigkeit eines Rückgriffs auf gemeinrechtliche Argumente ist also nicht haltbar. Die Sachgesichtspunkte, welche die Rechtsgeschichte zur Verfügung stellt, haben keine geringere Dignität als andere Argumente, ja man wird sogar sagen dürfen, dass einer Beweisführung mit empirischen Tatsachen mehr Überzeugungskraft innewohnt als dem schlichten Hinweis auf eigene Wertüberzeugungen. Angesichts ihres genetischen

Zusammenhangs mit dem geltenden Recht haben historische Argumente meist auch grössere Bedeutung als rechtsvergleichende. Treffend sagt *Picker*, FN: **In: Das antike Rom in Europa, Schriftenreihe der Univ. Regensburg 12 (1986) 289, 306.** sie hätten höhere Dignität als ein Spruch des Richters Johnson in Oklahoma. Damit soll freilich der Beitrag der Rechtsvergleichung nicht diskreditiert werden. Namentlich im romanistisch geprägten europäischen Rechtskreis ist Rechtsvergleichung nur die Fortsetzung der genetischen Betrachtung der romanistischen Tochterrechte. Wieviel gerade hier Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zu einer Rechtsvereinheitlichung beitragen können, zeigt *Ernst Rabels* „Recht des Warenkaufs“, FN: **I (1936).** das nicht nur das Einheitliche Kaufgesetz massgeblich beeinflusst hat, sondern auch das geplante Kaufrecht der Vereinten Nationen. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sind in ihrer ancillarischen Funktion für die Zivilrechtsdogmatik gleichsam Zwillingschwestern.

Gegen eine historisch-dogmatische Argumentation kann auch nicht eingewandt werden, sie ignoriere die Bindung an das Gesetz. Auf die Diskussion, wie sich die heute sehr grosszügig betriebene Rechtsfortbildung mit dem Geltungsanspruch des Gesetzes vereinbaren lässt, kann hier nicht eingegangen werden. In der Rechtsgeschichte wechseln sich Phasen grösserer Freiheit mit Phasen stärkerer Bindung ab. FN: *Mayer-Maly*, **JZ 1986, 557 ff.** Je lockerer diese Bindung ist und je grösser der Spielraum des Richterrechts, umso mehr gewinnen auch historische Argumente an Bedeutung.

Die Zahl der Lösungsmuster und Regelungsmodelle für die einzelnen Sachprobleme ist begrenzt und in der Geschichte des Rechts sind die meisten von ihnen schon einmal entwickelt worden. FN: **S. dazu Mayer-Maly, in: Schuler (Hrsg.) Antike in der Moderne (1986) 183.** Die juristische Erfindertätigkeit ist insoweit sehr begrenzt und mit wirklichen Neuentdeckungen ist kaum zu rechnen. Vergleicht man z.B. die im römischen Recht entwickelten Vertragstypen und Verkehrsgeschäfte mit dem modernen Recht, so sieht man, dass alle wesentlichen Vertragstypen bereits vor dem BGB vorhanden waren. FN: **Vgl. dazu schon Siber, Jherings Jb 70, 223.** Was seither hinzugekommen ist, Leasing, Factoring oder Franchising, wie immer es neudeutsch heissen mag, stellt nur Mischformen und Varianten alter Elemente dar.

Die Rechtsgeschichte, namentlich diejenige des römischen Rechts, ist eine Fundgrube von Argumenten. Dabei ist das historische Argument nicht auf die Pandektistik beschränkt,

sondern kann auch auf den *Usus modernus* oder das alte römische Recht zurückgreifen. Eine applikative Rechtsgeschichte darf, um einen Ausdruck *Franz Wieackers* zu verwenden, mit Siebenmeilenstiefeln durch die Jahrtausende eilen, denn es geht nicht um die Erscheinungsform einer dogmatischen Figur in einer bestimmten Epoche, sondern um ihre zeitlose Struktur. Nur wo, wie dargelegt, Kontinuitätsargumente im Rahmen der subjektiven Auslegung des BGB eine Rolle spielen, rückt die Pandektistik in den Vordergrund.

II.

Für das Verhältnis des BGB zum römischen Recht und zum Pandektenrecht lassen sich im wesentlichen vier Fallgruppen unterscheiden.

In den meisten Fällen hat der Gesetzgeber das Gemeine Recht unverändert kodifiziert und es ist ihm dies im wesentlichen auch gelungen.

Für die zweite Fallgruppe ist typisch, dass der Gesetzgeber im Streben nach möglichst allgemeingültigen Sätzen die Gefahr falscher Verallgemeinerung heraufbeschworen hat.

Eine dritte Fallgruppe zeichnet sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die grosse Autorität des römischen Rechts an römisch-gemeinrechtlichen Sätzen beinahe sklavisch festgehalten und der Veränderung der wirtschaftlich-technischen und sozial-kulturellen Verhältnisse nicht ausreichend Rechnung getragen hat.

Schliesslich gibt es als vierte Gruppe die Fälle, in denen der Gesetzgeber bewusst oder unbewusst vom gemeinen Recht abgewichen ist. Hier lässt sich nicht selten eine Renaissance des alten Rechts beobachten. *Mayer-Maly FN: JZ 1971, 1 ff.* hat hierfür das Stichwort von der Wiederkehr der Rechtsfiguren geprägt.

Wenig Probleme bietet die erste Fallgruppe. Hierher 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 gehört auch heute noch zum unentbehrlichen Inventar jeder Zivilrechtsdogmatik. 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 Pendanten in den anderen romanistisch geprägten Kodifikationen kannte schon das römische Recht; z.B. 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 den Wandel der Verhältnisse unverändert überdauert.

Die zweite Gruppe bilden diejenigen Fälle, in denen schon die Pandektistik und mehr noch das BGB gegenüber dem römischen Fallrecht eine höhere Abstraktionsstufe angestrebt haben, wobei meist an eine inhaltliche Änderung der dogmatischen Sätze gar nicht gedacht war. Hierher gehörten z.B. die Rechtsgeschäftslehre, wo der Grad der Abstraktion besonders hoch ist, das Sachmängel- und das Bereicherungsrecht. Auf diesen Gebieten haben die Verallgemeinerungen des BGB in der Folgezeit zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung geführt. So beruht z.B. die Garantiehafung des Vermieters für anfängliche Mängel 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 Dichtigkeit nicht gekannt hat. **FN: Dazu Honsell, Jura 1979, 184 ff.; Krampe, Die Garantiehafung des Vermieters für Sachmängel (1980) 21 ff., vgl. dagegen Luigi Fs Hübner (1984) 121 ff.** 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 von einer Garantiehafung.

Die *condictio ob turpem causam* – 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. Wer aufgrund einer Erpressung gezahlt hatte, konnte umgekehrt immer

zurückfordern, auch dann, wenn sich der Erpresser vereinbarungsgemäss verhalten 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 bis hin zum Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, alles unter § 817 subsumiert wird. Dies hat zu einer Fülle von Widersprüchen und ungereimten Ergebnissen geführt. **FN: Dazu Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte (1974) 80 ff.**

Ein anderes, weniger krasses Beispiel einer Fehlentwicklung infolge falscher Verallgemeinerung ist § 818 Abs. 3. Das Privileg einer Haftungsbeschränkung auf die noch vorhandene Bereicherung galt im römischen Recht nur für Minderjährige, für die Schenkung und in einigen verwandten Fällen, in denen ein besonderer Schutzgrund für den Empfänger besteht. Die Verallgemeinerung in § 818 Abs. 3 BGB hat zu unbedriedigenden dogmatischen Konstruktionen und wenig sachgerechten Ergebnissen geführt.

Die Liste der Fehlleistungen, die aus falscher Verallgemeinerung resultieren, liesse sich beliebig verlängern. Abstrakte Sätze, die über das ihnen zugrunde liegende Anschauungsmaterial hinausgehen, gewinnen ein Eigenleben, das *Wilburg* **FN: Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürg. Recht (1950) 11.** 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 zulässig. **FN: Dazu zuletzt Honsell, Gedächtnisschrift Kunkel (1984) 65 f.; Lederle, Mortuus redhibetur (1983) 33; Mader, SaZ.Rom.Abt. 101 (1984) 206 ff. (beide teilweise abweichend).** Auch der Tote konnte zurückgegeben werden. Zuzufolge der Verallgemeinerung dieses Satzes in § 350 BGB kann heute der Käufer eines mangelhaften Wagens auch dann noch wandeln, wenn ihm das Fahrzeug gestohlen worden ist. Die Gesetzestreue geht in diesem Fall sogar so weit, dass man dieses ungereimte Ergebnis auch auf das Bereicherungsrecht überträgt. Ein weiteres Beispiel für die Schwierigkeiten, die sich aus unbedachter Verallgemeinerung ergeben können, ist das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Im römischen Recht richtete sich die Vindikation nur gegen den Eigenbesitzer. Die Privilegierung des gutgläubigen Eigenbesitzers im Hinblick auf die Nutzungen und eine etwaige Beschädigung der Sache war ein Ausgleich für die Herausgabepflicht in denjenigen

Fällen, in denen eine Ersitzung nicht in Betracht kam. Die Opfergrenze war für den gutgläubigen Eigenbesitzer so gezogen, dass er zwar die Sache herausgeben musste, aber keiner weiteren Haftung ausgesetzt sein sollte. Alle Schwierigkeiten der Interpretation der §§ 987 ff. BGB beruhen auf der unzutreffenden Ausweitung auf den unberechtigten Fremdbesitzer, auf den diese Erwägungen nicht zutreffen. Es bedurfte der ad-hoc-Erfindung des Fremdbesitzerexzesses und der methodisch bedenklichen Gleichsetzung von Unentgeltlichkeit und Rechtsgrundlosigkeit, um wenigstens die ärgerlichsten Konsequenzen dieses Fehlers wieder zu beseitigen. Es ist für den Zustand der modernen Zivilistik symptomatisch, dass von den zahlreichen Arbeiten zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bislang keine einzige diesen einfachen Aspekt herausgefunden hat.

Ein letztes Beispiel ist die Ausgestaltung des Darlehens als Realkontrakt, die zu Recht als „romanistischer Zopf“ bezeichnet wird. Nur: im Gegensatz zu heute gab es im römischen Recht für die Realkontraktsnatur des Darlehens einen guten Grund. Das mutuum war notwendig zinslos, also unentgeltlich. Der Darlehensgeber bedurfte also eines Schutzes vor Übereilung: dieser war so ausgestaltet, dass das Darlehensversprechen formpflichtig, die formlose Auszahlung der Darlehensvaluta jedoch als Rechtsgrund anerkannt war. Es ist derselbe Gedanke, den wir heute noch in § 516 BGB haben, dass ein Schutz vor unüberlegten freigebigen Versprechungen nicht mehr nötig ist, wenn die Sache tatsächlich übergeben wird. Beim verzinslichen Darlehen passt dieser Gedanke nicht. **FN: Vgl. dazu Honsell (Fn. 26) 70 ff.**

Die dritte Fallgruppe ist die des sklavischen Festhaltens am römisch-gemeinen Recht. Dafür einige Beispiele: Seit Inkrafttreten des BGB klagt man darüber, dass die sechsmonatige Verjährungsfrist des Sachmängelrechts zu kurz ist. Alle kontinentaleuropäischen Rechte haben die Regeln des adilizischen Sachmängelrechts ziemlich getreu übernommen, obwohl dieses nur für den Sklaven- und Tierkauf galt. Hier war die kurze Frist im Hinblick auf das grössere Veränderungsrisiko und die damit verknüpften Beweisschwierigkeiten für den Verkäufer verständlich. Im Viehmängelgewährleistungsrecht beträgt die Frist sogar nur sechs Wochen. Da jedoch Justinian das adilizische Sachmängelrecht auf alle Sachen erstreckt hatte, war die generelle Geltung sowohl im Usus modernus als auch in der Pandektistik ganz unbestritten. Die kurze Frist, deren Verlängerung ein dringendes desideratum an den Gesetzgeber ist, das sich jüngst auch das Gutachten zur Reform des Schuldrechts zu eigen gemacht hat, hat zur Folge, dass der Mangel häufig erst nach Ablauf der Frist offenbar wird;

namentlich Mangelfolgeschäden sind oft bereits vor ihrer Entstehung verjährt. Man hat deshalb gefordert, den Beginn der Frist nicht an die Übergabe zu knüpfen, sondern an die Entdeckung des Mangels. Die Rechtsprechung lehnt dies angesichts des klaren Wortlauts des § 477 BGB ab. Eine überlegene Lösung, die freilich von den Redaktoren des BGB verworfen worden ist, bot schon das römisch-gemeine Recht: dort begann der Fristenlauf mit der ersten Möglichkeit der Entdeckung des Mangels (*prima potestas experiundi*). **FN: Näheres bei Honsell (Fn. 8) 61 ff.**

Ein anderes Beispiel für sklavisches Festhalten am römischen Recht ohne Berücksichtigung der veränderten Verhältnisse ist die Gastwirthaftung, die sich in allen kontinentaleuropäischen Kodifikationen findet. Die Gasthäuser der Antike waren meist zugleich Bordelle und hatten einen schlechten Ruf. Dies war der Grund für die Statuierung der Garantiefhaftung. Gegen ihre Übernahme ins BGB hat der Reichshotelverband vergeblich protestiert. Die gesetzgebungskommission begnügte sich mit dem Hinweis, es handle sich um geltendes Recht und hat dabei die alte Warnung des römischen Juristen Julian missachtet, dass sich für altes Recht nicht immer ein vernünftiger Grund anführen lässt: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*. **FN: Dig. 1, 3, 20.**

Und schliesslich ein letztes Beispiel: die Regel „*periculum emptoris*“, die auf einer Nachwirkung des Barkaufgedankens beruht und die dem Käufer die Gefahr zufälligen Untergangs schon vor Übergabe aufbürdet, ist ein römisches Unikum, das schon von *Cujaz* kritisiert wurde. Der französische Code Civil und das schweizerische Obligationenrecht haben diese Regel gleichwohl übernommen. Lehre und Rechtsprechung bemühen sich um eine restriktive Anwendung.

Schliesslich ist noch kurz auf das von *Mayer-Maly* **FN: (Fn. 24)**. beobachtete Phänomen der „Wiederkehr von Rechtsfiguren“ einzugehen. 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. Beispiele dafür 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. Die Judikatur entscheidet heute meist im Sinne der Restgültigkeit und kehrt damit zu der gemeinrechtlichen

Regel „utile per inutile non vitiatur“ zurück. Ein anderes Beispiel ist die Wiedereinführung der culpa levissima bei der Arbeitnehmerhaftung. 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.

III.

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 Erkenntnis gewissermassen an partieller Blindheit. Treffend bemerkt *Klaus Luig*, **FN: (Fn. 3) 322**. Gesetzgeber und Rechtswissenschaft könnten nach Aufklärung über die Genese einer Rechtsregel von der Tradition abweichen. Wenn sie sich von der Geschichte haben informieren lassen, wüssten sie aber wenigstens, was sie tun.

Was bleibt, ist die Frage, weshalb die historisch-dogmatische Argumentation auf so geringe Akzeptanz stösst. Solange das römische Recht das Schattendasein eines von wenigen beherrschten Arkanwissens führt, ist eine Renaissance einer auch geschichtlich argumentierenden 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. Auf lange Sicht ist jedoch eine Neuorientierung der Rechtswissenschaft nicht ausgeschlossen. Goethe hat das römische Recht mit einer Ente verglichen, die zwar von Zeit zu Zeit untertaucht, aber immer wieder an die Oberfläche kommt. Vielleicht bewahrheitet sich diese Metapher auch für die moderne Zivilrechtsdogmatik.