

Gedanken aus Anlass des Erscheinens zweier Monumentalwerke zum Römischen Recht

Deutsche Übersetzung des Corpus Iuris and "The Law of Obligations"
von Reinhard Zimmermann*

Inhaltsübersicht:

- A. Übersetzung des Corpus Iuris
- B. ZIMMERMANN: The Law of Obligations

Die beiden diese Zeilen veranlassenden Publikationen dürfen angesichts ihres Umfangs, ihres Anspruchs und ihrer Bedeutung als monumental bezeichnet werden. Sie stellen Marksteine dar, und zwar nicht etwa bloss für den Historiker, sondern für jeden an Grundsätzlichem interessierten Juristen: Sie werden dessen Sicht verändern, ihm neue Perspektiven eröffnen und in Zukunft in verschiedensten Bereichen des geltenden Privatrechts bei tiefer bohrender Untersuchung Berücksichtigung fordern. Von den anzuzeigenden Werken kann jedes auf seine Weise als Ausdruck der juristischen "Zeitstimmung" unserer Jahre gesehen werden, beide liegen voll "im Trend", der ein weltweiter ist. Das ist zu begründen: Das Römische Recht, für viele bloss eine ungute Erinnerung an Examensvorbereitungen und bis vor kurzem von vielen "Modernen" am liebsten aus den Studienplänen ganz ausgeschaltet, erlebt in diesen Jahren ein bis gestern von niemandem vorausgesehenes *come back*: Die "Globalisierung" der Weltanschauung des Publikums infolge der modernen Informationsmittel und Reisemöglichkeiten, der Zusammenschluss der Europäischen Union und der seither erschallende Ruf nach einer "Europäisierung des Privatrechts" führen dazu, dass Landesgrenzen an Gewicht verlieren, mit ihnen zwangsläufig aber auch die an sie gebundenen nationalen Kodifikationen (diese Entwicklung erfasst auch die Schweiz, wo die Einflüsse des europäischen Zusammenschlusses fast ebenso spürbar sind wie in den Mitgliedstaaten). Auch wenn Rechtsvereinheitlichung noch lange auf sich warten lassen wird (und keineswegs in allen Bereichen Nutzen verspricht), verändern sich die Anschauungen; mindestens sucht man Verständnis fremder Rechtsordnungen. Das führt zwangsläufig zurück auf die gemeinsamen Ursprünge, und diese liegen, wenn wir von germanischen Einflüssen für einmal absehen, zu einem geringeren Teil in der Aufklärungszeit und deren Naturrechtsphilosophie, zum grösseren in den römischen Quellen¹. "Ohne Einbeziehung des römischen Rechts kann in Europa sinnvoll keine

* Zugleich Besprechung von:

A. Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung;

I. Institutionen. Gemeinschaftlich übersetzt von OTTO BEHRENDTS, ROLF KNÜTEL, BERTHOLD KUPISCH, HANS HERRMANN SEILER. XX, 301 Seiten, (Heidelberg 1990, seit Frühjahr 1997 2. Auflage, C. F. Müller); Institutionen – Taschenbuch-Ausgabe (1993; UTB Uni-Taschenbücher 1764; XX, 267 Seiten);

II. Digesten 1-10, DIESELBEN, 1995, XXVII, 862 Seiten;

B. The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition; von REINHARD ZIMMERMANN; Juta & Co., South Africa, 1992/C. H. Beck, München, 2. A., 1993, LVIV+1241 Seiten (3. Auflage in Vorbereitung).

¹ Vgl. dazu ROLF KNÜTEL (Bonn), Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, in ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 1994, 244–276; REINER SCHULZE, Le droit privé commun européen, in Revue Internationale de Droit Comparé, 1995, p. 7–32. Grundlegend im Zusammenhang vorliegenden Aufsatzes sodann vor allem JULIUS LAUTNER, Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur, mit einem Nachwort von MAX KASER (hgg. von Claudio Soliva und Bruno Huwiler, Zürich 1976).

Rechtsvergleichen betrieben werden²", welcher Regel ich selbstverständlich zustimme, wenn auch unter Beseitigung der Einschränkung "in Europa". Zum Beweis der behaupteten Veränderung der Sicht der Juristen und des Wiedererwachens historischen Interesses darf auf handgreiflich fassbare wirtschaftliche Vorgänge hingewiesen werden: Die wichtigsten Autoren der romanistischen Tradition zurückliegender Jahrhunderte werden in fotomechanischen Nachdrucken neu herausgebracht, was beim Umfang dieser Werke keine Kleinigkeit ist³, und es { 923/924 } erscheinen in verschiedensten Sprachen Neuübersetzungen römischer Quellen⁴, beides ein waches Interesse des Publikums findend.

Bei komparatistischer Betrachtung zeigt sich vorab im Obligationenrecht, dass die Unterschiede innerhalb der kontinentaleuropäischen Tradition (dem "Civil Law" – Rechtskreis, d. h. praktisch überall dort, wo man nicht englisch spricht, auch in Lateinamerika und weitgehend im nahen wie fernen Osten) insgesamt gering und auf weiten Strecken von bloss marginaler Bedeutung sind: Die Grundstrukturen stimmen weitgehend überein. Man möchte fast sagen: überall derselbe Kuchen, wechselnd allein Zuckerguss, Verzierungen, Sprüche des Zuckerbäckers. Während man früher (und besonders in der Schweiz) stolz war auf die "Eigenständigkeit" der nationalen Gesetzgebung und gerne die Bedeutung der

² KLAUS LUIG, in Savigny-Zeitschrift, Rom. Abt. 109/1992, p. 667.

³ Für die im deutschen Sprachbereich herausgebrachten Nachdrucke vgl. etwa die Verlagsprogramme von SCIENTIA, Aalen/D und heute vor allem von KEIP GmbH, Antiquariat und Verlag, welche Firma nicht bloss einen schwunghaften Handel mit Originalwerken betreibt, sondern in diesen Jahren neben manchen anderen Klassikern Gesamtausgaben von BARTOLUS und BALDUS, CUIACIUS (Cujas) und DONELLUS (Doneau) herausgebracht hat, die beiden letzteren Werke je 12 gewaltige Foliobände umfassend. Aus dem Hause erfahrener Geschäftsleute kommend, beweist bereits das Erscheinen derartiger opera maxima ein entsprechendes Publikumsinteresse. Die wissenschaftsgeschichtliche Bedeutung der sozio-ökonomischen Hintergründe des Erscheinens (oder Nichterscheinens) von juristischen Werken ist bis heute so gut wie unbeachtet geblieben. Hier zwei Beispiele möglicher Einsichten, die sich aus dem Publikationsgeschehen ziehen lassen: Von DONELLUS (1527–1591) wird in Deutschland beharrlich behauptet, dieser sei vergessen gewesen und erst durch SAVIGNY "zum allgemeinen Durchbruch" gelangt (so die Formel von HOLTHÖFER in "Juristen – Ein biographisches Lexikon" hgg. von Mich. Stolleis, München/Beck 1995). Dieser Annahme verweigert man die Gefolgschaft, wenn man etwa feststellen kann, dass in den Jahren 1828–1833 in Rom eine hervorragend ausgestattete Gesamtausgabe erschien, in dessen Vorwort zu Bd. 1 auf den gewaltigen Ruf des edierten Autors wie auf andere gleichzeitige wie frühere Ausgaben von dessen Werken Bezug genommen wird; von genannter Edition wird wiederum behauptet, sie stelle ein Konkurrenzunternehmen zu einer gleichzeitig in Frankreich erschienenen Ausgabe dar: Dass in verschiedenen Ecken Europas Investitionen von gewaltigem Umfang (sich in heutigem Geldwert gewiss in viele Dutzende von Millionen Franken auflaufend) veranstaltet werden, und dies ein Vierteljahrtausend nach dessen Tod, beweist besser als alles andere den Einfluss und die Reputation dieses Autors im ganzen Raum Europa, dem SAVIGNY (1779–1861) nichts beifügen konnte. Oder es lässt sich die Annahme, dass in England traditionell keine Rechtswissenschaft in unserem Sinn besteht und dass dementsprechend das römische Recht (abgesehen von bestimmten Spezialbereichen) keinen Einfluss auf den Gang der Dinge ausgeübt hat, gegenüber anderslautenden Behauptungen allein durch die Feststellung erweisen, dass die dort bis hinauf ins 19. Jahrhundert erschienenen juristischen Werke von wissenschaftlichem Anspruch in kontinentalem Sinn sich fast an einer Hand abzählen lassen und darunter keine Werke sind, welche i. e. S. das römische Recht zum Gegenstand haben, während im gleichen Zeitraum auf dem Kontinent rein quantitativ gesehen eine wohl tausendfach umfangreichere juristisch-literarische Produktion stattfand, die in den traditionellen Verlagsstädten einen wichtigen Industriezweig darstellte und die vielen Erfolgsautoren zu Wohlstand brachte.

⁴ Vgl. dazu ROBERT FEENSTRA in ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 1996, p. 185 ff., der zeigt, dass in den letzten zwei Jahrzehnten neue Übersetzungen der Digesten auf spanisch, englisch, italienisch und niederländisch erschienen sind, solche der Institutionen auf spanisch, niederländisch und, sogar zweimal, auf englisch (hier könnte der Hinweis auf Übersetzungen der Institutionen des GAIUS beigefügt werden, von denen der Schreibende neuere auf englisch und spanisch besitzt, während solche zweifellos in viele weitere Sprachen erfolgten). – Hier noch ein Hinweis auf die 1993 erschienene, von FOCKE TANNEN HINRICHS verfasste Übersetzung von ARTHUR DUCK (1580–1648) "de Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum, per Dominia Principum Christianorum". Dieses bis vor kurzem von niemandem mehr beachtete, für den historisch Interessierten jedoch hochbedeutsame Werk ist eines der ersten "rechtsvergleichenden": Der Verfasser, mit Selbstverständlichkeit von der Regel ausgehend, dass in Gegenden, wo christliche Herrscher das Sagen haben, vermutlich und dem Grundsatz nach römisches Recht gelte, gibt Erklärungen und Präzisierungen zum Vorgang und Stand der jeweiligen Romanisierung des Rechts und signalisiert auch die Abweichungen von dieser Prämisse, wobei er selbstredend seine Heimat als die einzige "Totalausnahme" von der Regel herausstellen muss (diese durch ihre Isolierung Englands durch die Meere erklärend und seinen Landsleuten die Vorteile des römischen Rechts vorhaltend). Es sind mir zwei fotomechanische Nachdrucke von DUCK bekannt: Ausgabe Leipzig 1668, hgg. von F. T. Hinrichs, Böhlau Verlag Köln / Wien 1990 (mit einer sehr hilfreichen Einleitung des Herausgebers zu Leben und Werk des Autors); sodann Ausgabe London 1678, erschienen 1971 bei Forni Editore Bologna (ohne Zusätze).

Besonderheiten (sc. des Schokolade-Décors) hervorhob, werden diese in globaler Sicht heute zu fragwürdigen Partikularismen ("Eigenartigkeiten" in vollem Doppelsinn des Wortes), bezüglich welcher, so ist zu hoffen, sich zum nationalen Stolz selbstüberprüfende Sachkritik gesellen wird. Die heute angesagte, über die Grenzen hinausgreifende Sicht wird sich vorab fokussieren auf den allgemeingültigen Kern des Rechts, die weltweit übereinstimmenden Grundstrukturen (in unserem Bild: die Substanz des Kuchens). Diese sind nun aber auf weiten Strecken aus der romanistischen Tradition bezogen. Dies und die neuerstandene Hinwendung zum Ausland wecken zwangsläufig Interesse für das römische Recht, da die Suche nach den Wurzeln der weltweiten Gemeinsamkeiten mit Regelmässigkeit immer wieder auf dieses zurückführt. – Von einem "Neuaufleben" des römischen Rechts kann aber, das muss hier betont werden, eigentlich nur in deutschsprachigen Gebieten⁵ gesprochen werden, weil andernorts das römische Recht nie jene Rangeinbusse erlebt hatte wie hier: Im romanischen Sprachbereich, d. h. dort, wo man italienisch, spanisch oder portugiesisch spricht⁶, { 924/925 } hat es immer eine, wenn auch infolge der Entstehung der nationalen Kodifikationen geminderte, trotzdem insgesamt gesicherte Position im Bewusstsein der Juristenschaft gehalten. In Osteuropa, d. h. dem früheren kommunistischen Bereich liegen die Dinge ähnlich: Wie im freien Westen kaum je vermutet⁷ hat eine starke romanistische Tradition alle politischen Veränderungen überlebt⁸, dies vorab natürlich im Obligationenrecht. Nach der Befreiung, die naturgemäss eine neue Hinwendung zum Rechtsstudium brachte, hat sich die romanistische Ausrichtung aber deutlich verstärkt: So berichten etwa ungarische Romanisten, dass das römische Recht unter den Studenten heute zu einem Modefach geworden ist. In beginnender Neuzeit war in Ungarn die Rezeption des Römischen Rechts weit fortgeschritten; Hinwendung zum römischen Recht heisst daher heute Rückbesinnung auf die nationale Überlieferung und Abgrenzung gegenüber ausländischen (sc. österreichischen) Einflüssen. Ähnlich werden aber die Verhältnisse auch in anderen Bereichen der früher sozialistischen Welt sein. Selbst im fernen Osten lassen sich verwandte Erscheinungen feststellen, so etwa wenn man hört, dass in Peking (Beijing, d. h. in Rotchina) internationale Tagungen durchgeführt werden, die dem römischen Recht gewidmet sind, oder dass von dort junge Forscher zur Aus- und Weiterbildung in dieser Disziplin nach Europa geschickt werden. Als Begründung von derartigem wird angeführt, dass man sich auf freie Marktwirtschaft vorbereite, deren vertragliche Spielregeln offenkundig auf der Grundlage des römischen Rechts beruhen würden – eine Einsicht, die hierzulande Juristen oft immer noch abgeht.

Die beiden hier betrachteten Werke fügen sich, jedes auf seine Weise, in die hier signalisierte Entwicklung ein. Einerseits liegt eine neue, von einem Autorenkollektiv geplante *deutsche Übersetzung*

⁵ Genauer gesagt vorab in Deutschland und der Schweiz. Österreich hat die "Wegorientierung" vom römischen Recht nie in gleichem Umfang mitgemacht.

⁶ Frankreich macht hier in gewissem Sinne eine Ausnahme: Das römische Recht begegnete schon vor Beginn des zweiten Jahrtausends einem offiziellen Widerstand seiner Anerkennung und Berücksichtigung, weil die deutschen Kaiser beanspruchten, das römische Reich fortzusetzen ("Heiliges Römisches Reich deutscher Nation"), was im benachbarten Frankreich (wenn auch nicht auf der iberischen Halbinsel oder dem Balkan) Abwehrreflexe auslöste. In keinem anderen Land Europas ist Latein als Sprache der Wissenschaft früher durch die moderne Nachfolgesprache abgelöst worden als in Frankreich. Auch hier allerdings war der Einfluss des römischen Rechts gewaltig, und der Code Civil (1804) ist, am meisten im Obligationenrecht, stark romanistisch geprägt. Der Erlass dieser Kodifikation wurde indessen, mehr als sonst irgendwo, als "revolutionärer Vorgang" verstanden, der die Rechtskontinuität unterbricht; der Code Civil, als wichtigstes der heute noch weiterwirkenden Elemente napoleonischer Grösse, beherrscht mit Ausschliesslichkeitsanspruch das Bewusstsein des Juristen. Heute ist jedenfalls in Frankreich, mehr als sonst irgendwo im Bereich kontinentaler Rechtstradition, die Einsicht in die historische Bedingtheit des geltenden Rechts verloren gegangen; das fehlende Interesse für die eigene Rechtsgeschichte geht, bezeichnenderweise, Hand in Hand mit dem Fehlen von Interesse für ausserhalb Frankreichs geltendes Recht. Da Recht und Sprache verknüpft sind, passt ins Bild die traditionell geringe Bereitschaft, fremde Sprachen zu lernen. Aber, wer weiss, vielleicht werden diesbezüglich die Uhren unseres Nachbarn künftig anders gestellt werden.

⁷ Der Schreibende selber hat in den Siebziger- und Achtzigerjahren in Zusammenarbeit mit östlichen Juristen in Schiedsgerichten die Überraschung erlebt, dass diese bei juristisch-dogmatischen Diskussionen mit grosser Vorliebe wie auch Sachkenntnis sich in romanistischen Formulierungen ergingen.

⁸ Dies war erstaunlicherweise in der DDR weniger der Fall als in anderen Bereichen des Sowjetimperiums; wie den Schreibenden unmittelbar nach dem Fall der Mauer ein Besuch an der Berliner Humboldt-Universität lehrte, war dort die Juristenausbildung primär auf Strafrecht (zur Ausbildung von Staatsanwälten und Strafrichtern, wenn ich mich recht erinnere aber nicht einmal pro forma zu jener von Strafverteidigern) und auf Verwaltungsrecht bzw. -technik ausgerichtet, während Schuldrecht (und schon gar römisches Recht) keine ernstzunehmende Position hatte. Andernorts in der DDR scheint dies nicht anders gewesen zu sein.

des gesamten *Corpus Iuris von Justinian* vor, dann eine *Monumentaldarstellung der Prinzipien des römischen Schuldrechts mit Skizzieren deren Auswirkungen in der Neuzeit* unter gleichzeitiger Aufzeigung aller möglichen Querverbindungen zwischen den nationalen Rechtsordnungen (dies selbst bis hinein in das englische Recht, das im übrigen eigenen Traditionen folgt). Das Entstehen dieser beiden unter sich grundverschiedenen Werke wie deren editorischer Erfolg, heisst das Publikumsinteresse, das in beiden Fällen nach kurzer Zeit zusätzliche Ausgaben notwendig machte (vom hier angezeigten Band der Institutionen erscheint soeben die 2. Auflage, von ZIMMERMANNs Buch ist dessen zweite Auflage längst vergriffen), beweisen die eingangs aufgestellte Behauptung.

A. Übersetzung des *Corpus Iuris*

1. Wie im Vorwort zu den Institutionen erklärt wird, haben die vier Autoren 1985 den Plan gefasst, eine neue deutsche Übersetzung des *gesamten Corpus Iuris Civilis* zu veranstalten; im Jahre 1990 legten sie als ersten Band die Institutionen vor, die seit 1993 auch als Taschenbuchausgabe vorliegen. Als zweiter Band folgte Ende 1995 die Übersetzung der ersten zehn Bücher der *Digesten*⁹. Gegenstand dieses ambitionierten Projektes ist das juristische Monumentalwerk, von der historischen Wirkung her gesehen der wichtigste aller aus der römischen Antike überlieferten Texte, das in der regelmässigen verwendeten, der Übersetzung zugrundegelegten Ausgabe von MOMMSEN, KRÜGER u. a. insgesamt über zweitausend engbedruckte zweiseitige Seiten füllt. Seine Entstehung verdanken wir Kaiser JUSTINIAN (483–565, Kaiser ab 527), der im Bestreben, in seinem Reich die Rechtseinheit zu sichern, gleich nach Amtsübernahme die Zusammenstellung des *Codex* (man könnte sagen eine "Bereinigte Sammlung" der in Geltung zu erhaltenden Kaiserkonstitutionen) anordnete und dann die Redaktion der *Digesten* (griechisch *Pandekten*), eine stichwortartige Zusammenfassung der gesamten damals verfügbaren, als wichtig erachteten und Rechtsquellen-Charakter aufweisenden juristischen Literatur veranlasste. Anschliessend an die Vollendung dieser in der Folgezeit die wichtigste Grundlage der romanistischen Überlieferung konstituierenden Werke werden (im Jahr 533) auf seine Anordnung hin (angeblich innerhalb weniger Wochen) die hier besprochenen *Institutionen* verfasst, deren Autoren (TRIBONIAN, THEOPHILUS und DOROTHEUS) bereits an der Redaktion der *Digesten* in Verantwortung gewesen waren. In der Folge treten dann noch die *Novellen* (Sammlung der neu erlassenen Kaiser-Konstitutionen) hinzu.

Die folgenden Bemerkungen sind vorab auf den ersten Band, die Institutionen ausgerichtet. Für die traditionelle Romanistik sind die *Digesten* unvergleichlich bedeutsamer. Aber im Vorliegenden geht es nicht um die Romanistik als Wissenschaft vom Recht der Antike, vielmehr um die { 925/926 } Bedeutung der "Justinianischen Gesetzgebung" für die Moderne, und in dieser Hinsicht haben die Institutionen eine besondere, von der antiquarisch-historischen Betrachtung bisher wenig gewürdigte Bedeutung: Dieser Text entfaltete seine Hauptwirkung als Vorbild und Wegbereiter der modernen Kodifikationen. Umgekehrt sind die *Digesten*, entgegen einer landläufigen Einordnung, keineswegs "Gesetzgebung" im modernen Sinne noch auch bloss Anregung zu solcher. In einem an Nichthistoriker gerichteten Aufsatz verbietet sich ein einlässliches Eingehen auf die *Digesten*, deren Grösse im Reichtum ihrer umfassenden Problem- und Lösungskasuistik liegt, die sich in Kürze auch nicht annähernd charakterisieren lässt; wohl aber lässt sich vielleicht die Funktion der Institutionen umreissen. Die folgenden Bemerkungen sind daher auf diese fokussiert, deren Inhalt in folgender Ziff. 2 kurz anzudeuten ist.

2. Die heute an den Anfang des *Corpus iuris* gestellten Institutionen sind eine Kurz- und Übersichtsdarstellung, die offenbar als allgemeine Einleitung und Einführung für Anfänger bzw. zur Orientierung des juristisch minder Ausgebildeten gedacht war. Als Vorbild diente das um 160 entstandene, anscheinend während Jahrhunderten als Einführungsschrift marktbeherrschende "Institutionenlehrbuch" des GAIUS, das, in Verschollenheit verfallen, erst anno 1816 wieder entdeckt

⁹ Davon ist, wie der Verlag mitteilt, leider vorerst keine Taschenbuch-Ausgabe geplant.

wird, daher ohne Einfluss auf die frühere romanistische Tradition und die frühen Kodifikationen bleibt und seine historische Wirksamkeit hauptsächlich über Justinians Institutionen entfaltet¹⁰.

Das *erste Buch*, dem Recht der Personen gewidmet, behandelt alle Aspekte des Status. Hier interessieren besonders die Bedingungen der Personen *alieni iuris*, d. h. gleichermassen Hauskinder und Sklaven. Beide besaßen immerhin im Rahmen eines Sondervermögens (*peculium*) eine beschränkte "Quasi-Rechtsfähigkeit" und im übrigen auch eine eigentümliche Vertretungsbefugnis für den Gewaltträger. Dargestellt werden sodann Statusänderungen und Adoption wie auch die Sonderbeziehungen zwischen dem Freilassenden und dem Freigelassenen. Dies alles sind Dinge, die in ihrer angestammten Thematik heute an sich ohne Interesse sind, deren immanente rechtliche Mechanismen jedoch beim Erfassen von Problemen der Rechtsfähigkeit und der Vertretung je länger je mehr herangezogen werden müssen.

Aktuell in anderem Sinne sind die einleitend vorangestellten Regeln *de iustitia et iure*, über Recht und Gerechtigkeit im allgemeinen¹¹. Neben den wohltonenden, noch heute gern berufenen Prinzipien interessieren vor allem die begrifflichen Einteilungen: der Gegensatz zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, jener zwischen dem *ius civile* als dem Recht des römischen Bürgers einerseits, dem *ius gentium* als einem vorgestellten übernationalen "Völkergemeinrecht" andererseits. Beiden wird gegenübergestellt das Recht, das von der Natur aus uns vorgegeben ist, *ius naturale*, das Naturrecht^{12,13}. Die im Zusammenleben der Völker entwickelten praktischen Regeln des Völkergemeinrechts sind erwachsen aus den Bedürfnissen von Handel und Verkehr. Es wird indessen ausdrücklich eingeräumt, dass dieses nicht notwendig allen Gerechtigkeitsansprüchen des *ius naturale* genügt, sondern fallweise diesem widersprechen kann (Inst. 1, 2, 2 in fine); in diesem Zusammenhang wird auf den Krieg als eine soziale Realität hingewiesen, in dessen Gefolge sich (entgegen der Naturrechtsregel, derzufolge alle *animalia* als freie geboren werden) auch die Sklaverei entwickelte (der Sklave, *servus*, als der nicht umgebrachte, sondern am Leben erhaltene, "conservierte", Kriegsgefangene). Derartige nachklassische { 926/927 } (bei GAIUS nicht vorgezeichnete) Konzepte müssten heute vorab bei den Anhängern naturrechtlicher Ideen und bei Theoretikern der "Grundrechte" Interesse finden!

Das *zweite und dritte Buch* betreffen die auf Sachen bezogenen Rechtsverhältnisse: zuerst in einfachsten Grundzügen das Sachenrecht im heutigen Sinne, dann aber, den grösseren Teil des zweiten Buches beanspruchend, auch das Erbrecht der letztwilligen Verfügungen. Das Intestaterbrecht folgt in der ersten Hälfte des dritten Buches, während dessen zweite Hälfte (Titel 13 ff.) dem Obligationenrecht vorbehalten bleibt. Ausgehend von der Einteilung in vier Gruppen der Obligationen nach dem Anlass

¹⁰ Wenn man von "Institutionen" schlechthin spricht, dann sind jene JUSTINIANS gemeint, obwohl derjenige, der wohl den Terminus geprägt bzw. zu einem Typusbegriff gemacht hat, GAIUS ist. Der Ausdruck ist mehrdeutig: Neben jedem der beiden genannten Texte ist er in der Folge bezeichnenderweise zu einem Synonymbegriff für das (antike) römische Recht geworden, so etwa in der Umschreibung eines akademischen Lehrgebiets (Institutionen-Lehrstuhl, oder Institutionen-Vorlesung, dies z. B. im Gegensatz zur Pandekten-Vorlesung, die jedenfalls zu meiner Studienzeit in Zürich bestand und auf die im 19. Jahrhundert entwickelten Lehren ausgerichtet war). Dies leitet über zur Bezeichnung einer eigenen literarischen Gattung, d. h. einer verhältnismässig kurzgefassten Gesamtdarstellung eines Wissensgebietes mit einführendem Charakter und Betonung der grundlegenden Elemente. In dieser Sinngattung ist der Begriff auch auf andere Wissenschaftsbereiche übertragen worden; es wäre sogar erlaubt, ein Buch "Institutionen der Kochkunst" zu nennen, falls auf die grundlegenden Techniken und Abläufe bei der Speisezubereitung und weniger auf die Wiedergabe einer Grosszahl von Rezepten ausgerichtet. Schliesslich schlägt die Bezeichnung der Darstellungsmethode wiederum zurück auf die Sache selbst, und es wird möglich, z. B. von den "verfassungsrechtlichen Institutionen" eines Landes zu sprechen, wenn man dessen Parlament etc. meint.

¹¹ Etwa: *Ius est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. – *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (Inst. 1.1 pr. und 1); *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit* (Inst. 1, 2, pr.).

¹² *Ius naturale* ist nicht notwendigerweise höhere Gerechtigkeit, sondern wird (mindestens auch) als Summe menschlicher und animalischer Natur eingegebener Verhaltensmuster verstanden.

¹³ Selbst der moderne Tierschutz hat in dessen Begriff *animal* in den Institutionen einen Ansatzpunkt (welcher allerdings die abendländische Rechtstradition nicht beeinflusste, sondern heute erst wiederentdeckt werden muss): Das beseelte Wesen. Nicht bloss der Menschen besitzt *anima*, sondern auch das Tier (aber nicht geradezu sämtliche "Lebewesen", mit welchem Terminus *animal* zwangsläufig übersetzt wird; die niedrigeren, "seelenlosen" Gattungen sind darin nicht eingeschlossen). Die heute wohl immer heikler werdende Frage, wo "nach unten" der Tierschutz begrenzt sei, findet hier wenigstens eine terminologisch-abstrakte Beantwortung: dort, wo das Beseeltsein endet. Beachtlich aber vor allem, dass höhere Tiere als an einer Ordnung teilhaftig gelten, hat doch auch sie die Natur Regeln gelehrt (Inst. 1, 2, pr.). Demnach dürfen sie auch einen minimalen Respekt seitens der Menschen erwarten.

von deren Entstehung (aus Kontrakt, aus Delikt, aus Quasi-Kontrakt, aus Quasi-Delikt) werden schwergewichtig die Verträge behandelt, d. h. die vier Kontraktstypen (Obligationen entstehend *re – verbis – litteris – consensu*). Im Rahmen der Verbalkontrakte steht die Stipulation (mit den Fragen der Beteiligung Mehrerer oder aber jener von Sklaven oder beschränkt Handlungsfähiger, der Solidarität, Unmöglichkeit der Leistung und vielen weiteren) im Vordergrund, bei den Konsensalkontrakten Kauf und *locatio-conductio*, die neben der Sachmiete bekanntlich auch "Dienstmiete" (*locatio conductio operarum*, Vertrag auf Leistung eines Arbeitsquantums) und "Werkmiete" (*locatio conductio operis*, Vertrag gerichtet auf Arbeitserfolg; unser Werkvertrag) mit erfasst.

Das Deliktsrecht, das bei GAIUS am Ende des Obligationenrechts (sc. im dritten Buch) behandelt wird, sieht sich bei JUSTINIAN in das *vierte Buch* verwiesen, das grundsätzlich den Aktionen, d. h. dem Verfahrensrecht gewidmet ist. Diese Neueinordnung ist bezeichnend, da wohl durch den Umstand veranlasst, dass angesichts des Fehlens deliktsrechtlicher Generalklauseln und der sich hier stark in den Vordergrund drängenden beweisrechtlichen Elemente die Deliktshaftung zu Zeiten JUSTINIANS schwergewichtig als Verfahrensproblem verstanden wird. So wird beim Diebstahl dem *furtum manifestum* (d. h. dem bei "handhafter Tat" entdeckten Diebstahl) das *furtum non manifestum* gegenübergestellt, bei welchem bloss doppelte, nicht vierfache Ersatz- bzw. Strafsanktion ausgelöst wird. Die Noxalklage verkörpert zwar ein materielles Haftungsprinzip (Haftung des Hausherrn für Schaden angerichtet durch Tiere oder Hauskinder bzw. Sklaven), hat indessen ihre prozessualen Sonderprobleme, ist die Haftung doch begrenzt auf den Wert des Schadensverursachers und (für den Haftpflichtigen) gemildert durch die Entlastungsmöglichkeit der Auslieferung des Schädlings, dessen *ob noxam dedere*. Das vierte Buch illustriert überhaupt, dass auch zu Zeiten JUSTINIANS ein wesentlicher Teil materiellrechtlicher Grundsätze in der Regelung der entsprechenden Aktionen verhaftet bleibt; was etwa über die dinglichen Klagen gesagt wird, ist im heutigen Verständnis auf weiten Strecken nichts anderes als materielles Sachenrecht¹⁴.

3. Die Ausgabe ist zweisprachig, d. h. gibt (je zweispaltig) auf der linken Seite den lateinischen, auf der rechten den deutschen Text wieder. Dies ist eine Erleichterung für den Leser, bei dem man heute nicht mehr mit Selbstverständlichkeit den Besitz des lateinischen Textes voraussetzen darf, andererseits aber auch das Eingeständnis, dass mit der Übersetzung allein nicht immer auszukommen ist; wenn es hart auf hart geht, ist das Zurückgehen auf das Original nicht zu entbehren. Die Publikation wird denn auch zu allererst Juristen mit Lateinkenntnissen ansprechen; abgesehen von den (heute selten gewordenen) perfekten Kennern des Juristenlateins werden auch diese gerne auf die Übersetzung zurückgreifen, sei es zur schnelleren Orientierung oder zur Kontrolle des eigenen Textverständnisses.

Im Anhang sind *Erläuterungen* beigefügt, mit denen die Autoren neben Bemerkungen zur Übersetzung wertvolle und konzise Hinweise zur Entstehung und ursprünglichen Funktion des Textes wie auch dessen Wirkungsgeschichte geben. Von höchstem Informationswert sind sodann die beiden in der zweiten Auflage beigefügten *Register* (von denen in der ersten erst das eine teilweise bestand): Diese dokumentieren den Einfluss der Institutionen auf die moderne Gesetzgebung in beiden möglichen Blickrichtungen: Im ersten Register werden auf 25 engbedruckten Seiten die Institutionen-Stellen aufgelistet, die in den wichtigsten Gesetzgebungswerken Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs, Italiens und Spaniens weiterleben, im zweiten wird ausgehend von Kodifikationen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz dargestellt, wie weit diese ihre Ursprünge in den Institutionen haben. Für die Schweiz werden nicht nur ZGB und OR durchleuchtet, sondern auch die Einflüsse der Institutionen auf StGB, SchKG, BZPO, OG, IPRG und sogar die BV (von der z. B. Art. 4 in Inst. 2, 13, 5 einen Vorläufer hat!) nachgewiesen¹⁵.

Die Übersetzung ist, wie deren Verfasser selber sagen, "zielsprachorientiert", d. h. es soll der deutsche Text "natürlich und unmittelbar verständlich" sein, nicht aber will er versuchen, den lateinischen Sprachduktus zu spiegeln und sich an dessen Fachterminologie anzulehnen. Damit passt man sich dem Laienverständnis an, macht aber dem Juristen die Sache nicht leichter. Diese Prioritätensetzung lässt sich bei den Institutionen mit dem Hinweis rechtfertigen, dass im Verständnis

¹⁴ In Inst. 4, 7 beginnt die eigentliche Behandlung der Klagen, in pr. mit der Bemerkung eingeleitet: *actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* (eine Klage aber ist nichts anderes als das Recht, vor Gericht durchzusetzen, was einem geschuldet wird; Vorbild ist CELSUS in Dig. 44, 7, 51).

¹⁵ Diese beiden Zugaben sind nicht in die Taschenbuch-Ausgabe übernommen worden.

deren Autoren ein Werk für Anfänger vorliegt. Bei den Digesten entfällt allerdings diese Rechtfertigung. Letztlich werden es doch geschulte Juristen (und unter ihnen vorab die "hochkarätigen", und solche, die es werden wollen) sein, die den Stamm der Benutzer der Übersetzung ausmachen. { 927/928 }

Ausnahmsweise gefällt die Übersetzung von SINTENIS¹⁶ dem Schreibenden, wie dieser gestehen muss, besser, nämlich dort, wo sie den juristischen Gehalt rascher erschliesst oder juristisch präziser ist¹⁷. Aber hier Kritik zu üben wäre unfair; dankbar muss man den Autoren sein, dass sie nach Formeln gesucht (und solche auch meist gefunden) haben, welche nicht bloss Übersetzung, sondern sinnerhellende Umschreibung eines nicht selten mehrdeutigen und interpretationsbedürftigen Textes geben, die der Nichthistoriker dankbar und ohne Besserwisserei zur Kenntnis nimmt.

4. Aber nun doch zur Frage: Wer wird und wer soll heute die Institutionen lesen? Was kann die Lektüre bringen? Die Antwort muss vorerst jene der antiken Urheber des Textes sein: Das Werk ist Einführung für Anfänger, für Anfänger im Römischen Recht (als Parallel-Lektüre neben einem der heutigen Kurzlehrbücher), aber, als Ergänzung, für juristische Studienanfänger überhaupt. Dass auch Nichtjuristen, nach Erweiterung ihrer klassischen Bildung strebend, zum vorliegenden Band greifen werden, dürfte, so ist zu fürchten, Ausnahme bleiben; die Juristen haben es bisher nie verstanden, ihr Fach im allgemeinen Bildungsbewusstsein gebührend zu verankern¹⁸.

Der erfahrene Leser wird beeindruckt sein, zahllose heute selbstverständliche Elemente vorgebildet zu finden. Die (praktisch wenig bedeutsamen) Regeln unseres ZGB über die Verhältnisse beim Fliegen eines Bienenvolkes (Art. 700/I, 719/III, 725/II) sind ohne das Vorbild der Institutionen (2,1,14) so wenig denkbar als die (nun allerdings wichtige und grundlegende) Regelung der Rechtslage des gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache oder jene der Verbindung und Vermischung bzw. der Verarbeitung fremden Materials. Auch wenn ZGB Art. 933 (Erwerb anvertrauter Sachen durch den Gutgläubigen) germanischen Ursprungs ist, geht bereits wieder Eigentumserwerb durch Besitzanweisung (ZGB Art. 924) auf die Institutionen (2,1,45) zurück; die *brevis manu traditio*, in heutiger Praxis mit Selbstverständlichkeit anerkannt, wird im ZGB nicht ausdrücklich genannt, findet dagegen in den Institutionen (2,1,44) eine Grundlage. Von Einzelanordnungen unseres Obligationenrechts sei etwa angeführt die im Fall der Leistung eines Reuegeldes statuierte Ausdehnung des Rücktrittsrechts auf den Empfänger, der sich durch Rückerstattung und Zahlung eines gleichen Betrages befreien kann (Inst. 2, 23 pr.; OR Art. 158/III, wobei allerdings der schweizerische Gesetzgeber, und ihm folgend BGB § 336 Abs. 2, entgegen dem Vorbild die Vermutung eines Parteiwillens gegen das Rücktrittsrecht aufstellt¹⁹). Die dingliche Wirkung des zur Herausgabe einer

¹⁶ *Sintenis, Carl Fried. F.* ("mit einem Vereine Rechtsgelehrter"), 1830 ff., zweite Auflage lediglich von Bd. 1 (Institutionen) 1839, die erste deutschsprachige Ausgabe des gesamten Corpus Iuris vor der hier besprochenen (Reprint 1984). Von den Institutionen wurden bezeichnenderweise sehr viel früher Übersetzungen veranstaltet, die erste in Deutsch anno 1518 in Basel, verfasst von THOMAS MURNER. Dieser folgen zahlreiche weitere (vgl. "Erläuterungen", 282).

¹⁷ Der Schreibende gesteht, dass er mit der Übersetzung von obligatio als "Schuldverhältnis" nicht ganz glücklich wird und z.B. den anderen, wohl ebenfalls im späten 18. Jahrhundert künstlich geschaffenen Terminus "Verbindlichkeit" vorziehen würde (so die SINTENIS-Übersetzung). Auch wenn wohl zuzugestehen ist, dass wie "Schuldverhältnis" auch *obligatio* mehrdeutig ist, liegen die Schwergewichte entgegengesetzt: *obligatio* meint weit überwiegend die isolierte Recht-Pflicht-Beziehung (so beim Kauf z. B. die resultierende Preis- oder Sachleistungsforderung), während "Schuldverhältnis" im Rahmen des BGB, das erstmals diesen früher bloss beiläufig-untechnisch verwendeten Begriff zu einer zentralen dogmatischen Figur macht und heute dessen Verständnis prägt, allermeist und (insbesondere im ganzen 7. Teil des Schuldrechts über die "einzelnen Schuldverhältnisse") die Gesamtheit der aus einem Vorgang resultierenden Rechtsbeziehungen der Parteien meint (beim Kauf eben die Käufer-Verkäufer-Beziehung schlechthin). Die Unstimmigkeit wird etwa sichtbar, wenn man liest "Bürgen können für alle Schuldverhältnisse bestimmt werden ..." (Inst. 3, 20, 1): Bürgschaft sichert niemals ein so verstandenes Schuldverhältnis, z. B. den Kaufvertrag als solchen, sondern allein einen aus ihm abzuleitenden einzelnen Anspruch.

¹⁸ So ist es bedauerlich, dass an den Gymnasien juristische Texte kaum je zu den Legenda gehören: CAESAR in Ehren, aber den Institutionen könnten ebenso viel Anregungen entnommen werden wie dem Gallischen Krieg, vorausgesetzt, der Unterrichtende hat seinerseits ein Interesse am Text.

¹⁹ Fraglich scheint dem Schreibenden, ob die Entscheidung von OR und BGB wirklich ein Fortschritt sei: Ob die Vermutung für oder gegen Vertragsbindung die bessere sei, kann nicht mit Gerechtigkeitsüberlegungen, sondern nur im Hinblick auf die jeweils herrschenden Verkehrsanschauungen des Publikums beantwortet werden. Solange darüber keine fundierten Untersuchungen bestehen, müsste eigentlich im Zweifel, wie in Rom, die Vermutung für Freiheit obsiegen, d. h. für Rücktrittsrecht und gegen Vertragsbindung entschieden werden.

Sache verpflichtenden Urteils (für Grundstücke ZGB Art. 656/II, 665/II) findet sich in den Institutionen vorgebildet (4,17,7), ebenso die Einrede des neuen Vermögens gemäss SchKG Art. 265/II, III (Inst. 4, 6, 40). Besonders der am Erbrecht Interessierte wird in der in diesem Bereich vergleichsweise einlässlichen Darstellung auf Schritt und Tritt unsere heutigen Regeln wiedererkennen; die Hinweise des Anhangs auf Nachfolgenormen in modernen Kodifikationen sind aber in allen Gebieten von höchst eindrucklichem Umfang.

Neben Einzelanordnungen im Sinne der oben genannten Beispiele findet sich auch ganz Grundsätzliches, selbst über das Privatrecht Hinausgreifendes. Besonders eindrucklich der Ausschluss von Privateigentum an fließenden Gewässern und Meer (Inst. 2, 1, 1), was nicht bloss ZGB Art. 664/I als Vorbild diente, sondern auch den Grundsatzes der allgemeinen Zugänglichkeit der Küsten (und des Ausschlusses von Privateigentum an solchen) veranlasste, "so weit, wie die höchste Winterflut aufläuft" (Inst. 2, 1, 3). Hier haben wir vor allem aber auch die Wurzel des völkerrechtlichen Fundamentalgrundsatzes der Freiheit der Meere vor uns, der heute wie eh und je konfliktträchtig ist. Aber mehr als das: Das moderne Völkerrecht ist insgesamt nicht denkbar { 928/929 } ohne das römische Recht und insbesondere ohne dessen (in den Institutionen zukunfts wirksam präsentierten) Modell des *ius gentium*, selbst wenn dieses keineswegs in heutigem Sinn Völkerrecht darstellt.

5. Auch wenn es gewiss eine wichtige Erfahrung ist, beim Studium der Institutionen den Ursprüngen seines Faches zu begegnen, kann darin nicht der Hauptzweck liegen. Wer einen Einblick in die Kasuistik der römischen Überlieferung sucht, muss ohnehin die Digesten zur Hand nehmen; diese beschränken sich nicht auf allgemeine Grundsätze, sondern geben bis in feinste Verästelungen hinein Darstellungen von Rechtsproblemen aller damals denkbaren Bereiche und Sammlungen der sich hierzu anbietenden Lösungsmöglichkeiten, ein juristisches Werk, dem bis heute kein vergleichbares an die Seite getreten ist. Hier wollen die Institutionen nicht konkurrieren; sie verweisen denn auch immer wieder auf die vollständigeren Sachdarstellungen der Digesten.

Die Einmaligkeit der Institutionen liegt an anderen Orten. Vorab sind sie erste Referenz für denjenigen, der sich für die Einflüsse des Frühchristentums und der damit einhergehenden (vorab hellenistischen) Philosophie interessiert. Die ostentative Betonung der Bedeutung des *ius naturale* (*quod natura omnia animalia docuit*, Inst. 1, 2 pr.), die Referenz an die *naturalis ratio* oder *naturalis aequitas* ist nicht Schöntuerei; die Texte reflektieren die Haltung JUSTINIANS wie den damaligen Zeitgeist überhaupt.

Noch mehr sind die Institutionen heute von Bedeutung, weil sie die weitere Entwicklung in methodischer Hinsicht neu bestimmt und die Entwicklung unseres Faches von Grund auf verändert haben: Es geht hier um den *Einfluss der Institutionen auf die Entstehung der modernen Kodifikationen*. Beginnen wir mit dem Äusseren, der *Stoffanordnung*, die am Anfang jedes Kodifikationsvorhabens steht. Alle bis jetzt bekannten Systeme gehen auf die eine oder andere Weise auf die (wörtlich von GAIUS übernommene) Formel der Institutionen zurück: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones* (Inst. 1, 2, 12). Nach der Aussonderung des Aktionenrechts aus dem materiellen Recht bleibt der Gegensatz zwischen dem auf Personen und dem auf Sachen bezogenen Recht. Er lässt sich in der Literatur der gesamten Rezeption verfolgen und führt dann im französischen Code Civil²⁰ dazu, dass in dessen erstem Buch *des personnes* gehandelt wird, während das *ius ad res pertinens* eine Aufspaltung in das zweite und dritte Buch erfährt; im zweiten gewissermassen das statische Sachenrecht (thematisch dem Sachenrecht des ZGB oder BGB entsprechend), im dritten dagegen dessen dynamischen Aspekte (neben dem gesamten Vertragsrecht, das als hauptsächlich auf Eigentumserwerb ausgerichteter Regelungskomplex verstanden wird, auch das gesamte Ehegüterrecht und Erbrecht). Dieses Modell hat im romanischen Sprachbereich und darüber hinaus Einfluss genommen; auch das BGB, dem sog. "Pandektensystem" folgend, lässt noch den Gegensatz zwischen Personenrecht (teilweise untergebracht im dort neu erfundenen "Allgemeinen Teil", der etwas die Tradition des ersten Buches von GAIUS bzw. der Institutionen aufnimmt) und Sachenrecht erkennen. Das Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch BLUNTSCHLIS (PGB, 1854/6) bringt in seinen

²⁰ Das ALR (Allg. Preussische Landrecht), das dem CC zeitlich vorangeht, lässt nicht im Gesamtaufbau, wohl aber in der Sachanordnung von Teilbereichen das GAIUS- bzw. Institutionensystem erkennen, so vorab in den ersten drei Titeln des ersten Teiles: "1. Von den Personen und deren Rechten überhaupt – 2. Von Sachen und deren Rechten überhaupt – 3. Von Handlungen und den daraus entstehenden Rechten".

fünf Teilen wohl die überzeugendste Ausprägung des GAUS-Systems: *ad personas* die Teile Personenrecht und Familienrecht, *ad res* das Sachenrecht und das Obligationenrecht, während das Erbrecht, weder dem einen noch dem anderen Bereich exklusiv zuzuordnen, als fünfter Teil angefügt wird. Nicht anders im Kern nun aber auch der Aufbau von ZGB und OR: Auch hier System des PGB mit der einzigen Modifikation, dass das Erbrecht von fünfter auf dritte Stelle vorgezogen wird, um das OR an das Ende zu bringen und damit diesem bereits vor Erlass des ZGB bestehenden Teil der Kodifikation eine gewisse formale Selbständigkeit zu erhalten.

6. Die Spiegelung des sog. Institutionensystems in der Systematik fast aller modernen Kodifikationen kontinentaleuropäischer Tradition (der die Kodifikationen Lateinamerikas wie jene des nahen und fernen Ostens folgen) ist sichtbarer Beweis des unentrinnbaren Einflusses der Institutionen, keineswegs aber der Kern der Sache: Dieser liegt in der "Kodifikationsidee" selber, deren Entstehung ohne den Einfluss der Institutionen nicht denkbar ist. Die seit Beginn der Aufklärungszeit an Kraft gewinnende Idee, das Recht in einem umfassenden Gesetzgebungswerk neu zu schaffen, hat vielerlei Wurzeln. So hat, wie zu wenig beachtet wird, das durch die Kirche übermittelte alttestamentliche Gesetzesdenken und das seinerseits in diesem wurzelnde Kanonische Recht gewiss das Aufkommen der Forderung begünstigt, das weltliche Recht in generell-abstrakte Regel-Komplexe zu fassen. Innerhalb der juristischen Überlieferung ist jedoch die Neigung, das Recht als eine Summe allgemeiner abstrakter Prinzipien zu verstehen und dieses Normgefüge aus der Masse der Einzelanordnungen zu abstrahieren und logisch-systematisch darzustellen, mehr als durch alles andere durch die Institutionen vorbereitet: Diese Publikation, den Digesten nachgeschoben, die in heutiger Sicht sich als wenig geordnete und gelegentlich verwirrende Anhäufung von Kasuistik darstellen, ist nichts anderes als die lehrhafte Darstellung der allgemeinen Prinzipien, wie sie als der Digesten-Kasuistik zugrundeliegend gedacht werden können. Die Schaffung der Institutionen demonstriert damit bereits jene intellektuelle Operation, die jedem Schöpfer einer Kodifikation aufgegeben ist, nämlich aus einer Summe von überlieferten Einzelentscheidungen ein konsistentes allgemeines Regelgebäude zu gewinnen. In heutiger Sicht sind die Institutionen innerhalb der abendländischen Rechtstradition der erste grosse Versuch der Schaffung eines alle Rechtsbereiche abdeckenden Systems generell-abstrakter Normen. { 929/930 }

7. Die Institutionen JUSTINIANS haben zunehmend die juristische Literatur, vorab jene des 17. und 18. Jahrhunderts beschäftigt; die Institutionenkommentare, zu einer eigenen Literaturgattung herangewachsen, haben mehr und mehr Einfluss gewonnen. Die Bemerkung von FEENSTRA²¹, dass im ausgehenden Mittelalter die Jurisprudenz auf die Digesten fokussiert gewesen seien und die Institutionen erst vom 6. Jahrhundert an, d. h. unter den humanistischen Juristen Einfluss gewannen, dürfte zutreffen. Einer der ersten wohl SCHNEIDEWIN (auch OINOTOMUS; 1519-1569), ihm folgend STRUVIUS (1619-1692), HEINECCIUS (1681-1741), EVERARD OTTO (1685-1756) und andere einflussreiche Autoren bis hin zu HOEPFNER (1743-1797). Weitere Hinweise geben die "Erläuterungen" des besprochenen Institutionenbandes (p. 280 f.), darunter jenen auf VINNIUS (1588-1657), dessen Institutionenlehrbuch 1642 erschienen sei und über die folgenden drei Jahrhunderte nicht weniger als 43 Ausgaben erlebt habe.²² Nicht erwähnt werden dort die französischen Autoren, auch sie symptomatisch und einflussreich, wie FRANÇOIS DE BOUTARIC, der in seinen 1740 in Toulouse erschienenen *Institutes de l'Empereur Justinien, conférées avec le droit François* es sich zur Aufgabe macht, das (als einheitliches Recht gar nicht existierende, soweit überhaupt geschrieben, in unzählige lokale Coutumes zersplitterte) französische Recht darzustellen und dabei dessen Übereinstimmungen mit den Institutionen aufzuzeigen, und ähnlich CLAUDE SERRE, *Les Institutions du Droit français suivant l'ordre de celles de Justinien, accommodées à la Jurisprudence moderne et aux nouvelles Ordonnances* (1. Aufl. Paris 1753). In den Materialien zum Code Civil werden bezeichnenderweise die Institutionen von allen Teilen des Corpus Iuris am häufigsten zitiert (aber in allen Ländern haben sich wohl die Gesetzgeber am liebsten an das Einfache, die Institutionen, gehalten!). Derartige Schriften

²¹ Siehe die FN 4 genannte Besprechung der Institutionenübersetzung in ZEuP.

²² Aber VINNIUS wird noch bei weitem übertroffen von dem genannten HEINECCIUS, der in allen Bereichen (ein Elementarlehrbuch zu den Pandekten, *Elementa iuris naturalis et gentium*, ja sogar eine Einführung in das Germanische Recht!) publiziert hat, dessen Institutionenlehrbuch jedoch "in über 150 Auflagen, Bearbeitungen und Übersetzungen" verbreitet wurde (LUIG, in "Juristen", hgg. von Stolleis, zit. vorne FN 3).

gehören, zusammen mit anderen wie vor allem den 1689 erstmals erschienenen *Loix Civiles dans leur ordre naturel* (etwa: "Römisches Recht – loix civiles – in ein naturrechtlich-rationales System gebracht") von JEAN DOMAT (1625-1696)²³ oder der gesamthaften systematischen Darstellung des Rechts der französischen Coutumes ("Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes", Paris 1747) von BOURJON zu den Vorbereitern des Systems des 1804 in Kraft tretenden französischen Code Civil. Dieser hat aber seinerseits wiederum sämtliche seitherigen Kodifikationen (BGB und OR/ZGB nicht ausgenommen!) von Grund auf beeinflusst und damit das moderne, auf Kodifikationen fokussierte Rechtsverständnis der gesamten Rechtsfamilie kontinentaler Tradition bestimmt. Es waren die Institutionen, welche in Mitteleuropa zu einem der wichtigsten Auslöser der "Kodifikationsära" wurden und die damit den historischen Hintergrund der heute (immer noch) herrschenden Ausrichtung des Rechtsverständnisses auf die Kodifikationen abgeben.

So gesehen sind die in Konzept wie Durchführung bescheiden und anspruchslos angelegten Institutionen zu einem Angelpunkt des heutigen Rechts der kontinentalen Rechtstradition geworden, die auf anderer Ebene als die Digesten einen nicht weniger entscheidenden Einfluss auf unser heutiges Recht ausgeübt haben als diese.

8. Den Initianten der Corpus iuris-Übersetzung gebührt Dank für ihre Initiative, ebenso aber Wünsche für die weitere glückliche Realisierung des grossen Vorhabens. An das juristische Publikum ergeht die Herausforderung, sich mit den unsere rechtliche Gegenwart bestimmenden historischen Monumenten, die jetzt jedermann leicht zugänglich gemacht werden, auseinanderzusetzen.

B. Zimmermann: The Law of Obligations

1. Zuerst zur *Person des Autors*. Geburt und Studien in Hamburg, gegenwärtig Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg, Mitbegründer der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP). Hervorzuheben ist eine gleich auf die Studien folgende Professur an der Universität Kapstadt (1981-1988). Der akademische Unterricht in dieser einzigen Weltgegend, in der das "Gemeine Recht" noch geltendes Recht ist²⁴, wurde offenkundig zu einer entscheidenden Erfahrung, die im vorliegenden Werk eindrucklichen Niederschlag gefunden hat.

In Südafrika ist das antike römische Recht nicht historischer Hintergrund, sondern Bestand des aktuell geltenden Rechts. Auch wenn das Gemeine Recht nicht mit dem antiken Vorbild identisch ist, sondern streckenweise anderen Gesetzen folgt und durch andere Quellen beeinflusst ist, kann man in jedem offenbleibendem Bereich oder Zweifelsfall, so nimmt der Schreibende an, auf die antiken Quellen als erstrangige Autorität zurückgreifen. Diese Besonderheit des Rechts, das ZIMMERMANN zu lehren hatte, spiegelt sich in der Methode des vorliegenden Werkes, das in dessen Geltungsbereich verfasst wurde. Beizufügen bleibt, dass Einblick in diese Anlage der Rechtsordnung von besonderem Interesse deshalb ist, weil der Zustand in der Schweiz vor Erlass der kantonalen Kodifikationen bzw. vor OR und ZGB dem südafrikanischen vergleichbar war, dies nicht anders als im übrigen Europa vor der jeweiligen Durchkodifizierung des Rechts. { 930/931 }

2. Titel juristischer Werke zu finden ist für deren Autoren oft eine schwierige Sache. "Law of Obligations" umschreibt mit grosser Geste präzise den Inhalt, gibt diesen aber nur der Reflexion des Lesers preis. Die Primäraussage verspricht eine Darstellung des Obligationenrechts, wobei "Law" im Singular steht: Nur ein einziges Obligationenrecht steht zur Debatte. Welches? Keine Antwort ist auch eine Antwort: Offenbar das Obligationenrecht schlechthin, und, mangels anderer Angaben, offenbar jenes der Gegenwart. Der Untertitel eröffnet nun aber weitere Dimensionen: In der Sache geht es in erster Linie um das Römische Recht, und in Rom sind die Grundlagen des Darzustellenden zu suchen.

²³ Von diesem Werk sollen insgesamt 69 Ausgaben und Übersetzung in viele Sprachen erfolgt sein; vgl. dazu HOLTHÖFER, in "Juristen", hgg. von Stolleis, zit. vorne FN 3.

²⁴ Auch dazu ein Werk unseres Autors: REINHARD ZIMMERMANN, Das römisch-holländische Recht Südafrikas; Darmstadt 1983.

Auch der zeitliche Rahmen der Darstellung wird bestimmt durch Verweigerung jeder zeitlichen Einschränkung, was den Rahmen der Betrachtung von Altertum bis zur Jetztzeit spannt. Damit wird ein Programm verkündet: Die Betrachtung des Obligationenrechts soll gelöst werden aus der Beschränkung der Sicht auf den Rechtszustand, wie er in einer zeitlich limitierten Epoche und in einem räumlich begrenzten Bereich vorliegt; für das hier vorgestellte Werk ist massgeblich die "Tradition" des Rechts, dessen Entwicklung in der Dimension der Zeit weder nach hinten noch nach vorn begrenzt ist, aber auch vor Landesgrenzen nicht Halt macht. Recht ist etwas Lebendiges und befindet sich daher in ununterbrochener Evolution: nur die Betrachtung dieser Evolution in der Vergangenheit erfasst das Wesentliche und erklärt, wo wir heute stehen und wohin unsere Reise in die Zukunft geht.

3. Wie wird nun dieser im wahren Sinne des Wortes grenzenlose Stoff dem Leser vorgestellt? Am Anfang steht immer die Schilderung des Römischen Rechts, das insgesamt den grössten Raum einnimmt. Aber: Es ist nicht die Darstellung in überliefertem Stil wie von einem Romanisten eigentlich zu erwarten. Es ist ein Werk – so empfindet der Modernrechtler – nicht in erster Linie für den Historiker, sondern für den Modernrechtler geschrieben. Damit wird nicht gesagt, dass nicht auch der Historiker angesprochen wäre und Nutzen ziehen könnte²⁵. Der Habitus ist nicht leicht zu beschreiben. Wenn das Werk auf die Tradition ausgerichtet ist und diese zeigen will, bedeutet dies zweierlei. Ausgangspunkt der Betrachtung ist unser heutiges Rechtsverständnis; die Gegenwart wird in die Darstellung der Vergangenheit integriert. Als Gegenstück hierzu ist das römische Recht Bestandteil der heutigen Rechtsbetrachtung und wird in diesem Sinne zum geltenden Recht. Wenn zu einer Frage verschiedene Entwicklungsstufen oder divergierende (antike oder heutige) Lehrmeinungen geschildert werden, ist dies nicht historisierende Abschweifung, sondern wird hier verstanden als das Aufzeigen der sachlogisch überhaupt möglichen verschiedenen Lösungsvarianten, das heisst aber von jederzeit, und insbesondere heute gültigen Einsichten.

Traditionellem Stil würde eine Darstellung in der Abfolge der Zeitperioden entsprechen; hier haben wir vor uns eine Gliederung ausgerichtet auf die behandelten Institute und innerhalb dieser auf die einzelnen Sachprobleme; erst diese werden hinsichtlich ihrer Evolution in der zeitlichen Abfolge untersucht. Wie bereits LUIG in seiner klarsichtigen Besprechung²⁶ andeutet, liegt ein selten anzutreffender Vorzug des Buches darin, dass es nicht nach vorgegebener Systematik oder Quellenmaterial ausgerichtet ist, sondern sich an rechtlichen Sachproblemen orientiert. Dem wäre manches beizufügen. Heute herrscht, am deutlichsten in Deutschland, aber auch in der Schweiz und anderswo, teilweise eine gegenteilige Ausrichtung vor: Ausgangspunkt der Betrachtung ist das vorgefundene Material, d. h. das Gesetz, dessen Inhalt man auszudeuten versucht, noch bevor man die Rechtsprobleme erkannt hat, für welche das Gesetz Lösungen geben soll, und ohne dass die unter sachlogischen Gesichtspunkten möglichen Lösungsvarianten erkannt wären. Die eigentliche Aufgabe des Juristen ist nun aber keineswegs die Auslegung der Gesetze, vielmehr Rechtsfindung, d. h. das Ermitteln von Lösungen zu tatsächlich aufkommenden Rechtsfragen. Was die dem Juristen überbundene Schuldigkeit der Rechtsfindung tatsächlich bedeutet, wird nicht von den Gesetzen, sondern vom Leben bestimmt; das weiss jeder Anwalt, jeder Richter. Die Doktrin verfehlt nun dieses Ziel nur allzu leicht, wenn sie mit dem Antworten beginnt, ohne die gestellten Fragen zu sehen: Daher die nicht seltene gesetzesklärende Literatur, die Lösungen von Problemen anbietet, die zwar im Gesetzestext ihren Niederschlag gefunden haben, in der Lebenswirklichkeit jedoch kaum je auftauchen, dafür aber den vom Leben aufgegebenen Problemen nicht immer die gebührende Aufmerksamkeit widmet, weil das Gesetz dazu stumm bleibt²⁷.

²⁵ Die sehr reichhaltige Dokumentation auch neuester historischer Literatur zu den behandelten Frage ist dabei nicht das Wichtigste; die auf Schritt und Tritt zu gewinnenden Anregungen zum Aufbau eines gelegentlich bei Historikern etwas vermissten Verständnisses für Querverbindungen (in Raum und Zeit, d. h. bis in die Gegenwart und auch hin zu wirtschaftlichen Zwangsläufigkeiten) sind gewiss wichtiger.

²⁶ KLAUS LUIG, zit. oben FN 2.

²⁷ Die aufgegebenen Zielsetzung: Lösung von Sachproblemen, nicht Ausdeutung der Kodifikationen, stuft nicht nur die Bedeutung literarischer Bemühungen herunter, welche zwar die im Gesetzestext gespiegelten Probleme bearbeiten, diese aber keine real vorkommenden sind. Sie ist auch wegleitend zum Verständnis der Aufgabe der Literaturgattung der grossen Gesetzeskommentare: Diese können und sollen sich nicht ausrichten auf die (meist wenig ertragreiche) Auslegung des Gesetzestextes oder sich beschränken auf die Auswertung der Gesetzesmaterialien oder die Darstellung

4. Es sei der Versuch unternommen, die Weite des Inhalts des Werkes anzudeuten. Der Autor richtet seine Darstellung vorab auf den Begriff der *obligatio* aus. Im allgemeinen Leistungsrecht beginnend werden mögliche Vertrags-(Leistungs-)inhalte (*dare-facere-praestare*) und die Naturalobligationen { 931/932 } behandelt (p. 6 s.), dann die Frage der Einteilung der Obligationen, hier zuoberst jene heute vieldiskutierte Unterscheidung nach der Entstehung aus Vertrag und aus Delikt (p. 10 ss.). Diese Klassierung geht auf GAIUS zurück (Inst. 3, 88: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*) und bestimmt heute noch das Denken der Juristen, wenn auch (etwa im Bereich der Haftung für Produkte oder Dienstleistungsfehler) zunehmend schwer zuzuordnende Beispiele aufkommen (Verfasser weist p. 11 darauf hin, dass in England die Produktheftung im *law of torts* eingeordnet wird, während in Frankreich die Ansprüche des Konsumenten als vertragliche verstanden werden). Dass diese Grobeinteilung nicht alle Sachverhalte erfassen kann, war zu allen Zeiten jedermann klar. Es wird (p. 14) in Erinnerung gebracht, dass zwar GAIUS (bezeichnenderweise nicht in seinen Institutionen, sondern einem anderen Werk; zit. Dig. 44, 7, 1) neben die Obligationen aus Vertrag und aus Delikt diejenigen *ex variarum causarum figuris* stellt, dieser differentierungslose Sammelposten aber zu Zeiten JUSTINIANS nicht mehr zu gefallen vermochte, so dass in dessen Institutionen (Inst. 3, 13, 2) eine Vierteilung der Entstehungsgründe vertreten wird: zu den Obligationen *ex contractu* und, wie es bei ihm heisst, *ex maleficio*, tritt der Typus des Quasi-Vertrags (mit dem Beispielen der Ansprüche aus ungerechtfertigten Bereicherung, aus Geschäftsführung, aus Vormundschaft, aus Eigentümer-Gemeinschaft und schliesslich aus Damnationslegat) und des Quasi-Delikts (hier die Anwendungsbeispiele weniger klar; an vorderster Stelle wohl das, was wir heute Kausalhaftungstatbestände nennen). Diese einleitenden und insgesamt bloss beiläufigen Hinweise sollten beim Schweizer Juristen Nachdenklichkeit veranlassen. Der für Kondiktionsansprüche eine einjährige Sonderverjährung statuierende Art. 67 OR, anlässlich der Revision des Jahres 1911 eingeführt²⁸, hat nicht nur keine sachlogische Rechtfertigung, sondern verkennt auch eine recht verstandene Systembildung: Bereicherungsansprüche (höchstens mit Ausnahme der praktisch kaum eine Rolle spielenden Eingriffskondiktion) können nicht als Quasi-Deliktsansprüche verstanden werden, wie dies die Systematik des OR nahelegt und welche Annahme offensichtlich die Einfügung des Art. 67 (als Reim auf Art. 60) veranlasste. Die begriffsjuristische Panne der Revision wäre nicht eingetreten, wenn die Institutionen JUSTINIANS nicht die Untereinteilung in Quasi-Verträge und Quasi-Delikte eingeführt hätten (oder wenn die Fragwürdigkeit dieser nachklassischen Unterschied erkannt worden wäre).

Im Anschluss an diese Einleitung erklärt der Verfasser (p. 32 s.), seine Darstellung auf Vertragsrecht, Geschäftsführung und Deliktsrecht zu konzentrieren. Vom Vertragsrecht sollen die wichtigsten Typen der *verbis*, *re* und *consensu* entstehenden Verträge behandelt werden; die von GAIUS und JUSTINIANS Institutionen (Inst. 3, 13, 2; dazu aber 3, 21!) weiterhin genannten (und heute noch in der Beschreibung des Contract-Systems regelmässig aufgeführten) Literalkontrakte werden nicht einbezogen, da sie selbst in der klassischen Periode keine Bedeutung mehr hatten.

Die Darstellung der Verträge wird eröffnet mit den *Verbalkontrakten* (p. 34-152), deren Hauptbeispiel die *stipulatio* ist. Auch wenn diese in ursprünglicher Form als wesensmässig von der einen der Parteien abgegebenen und bloss diese verpflichtenden Formalerklärung sich nicht erhalten hat, sind heute analoge Erscheinungen (etwa im Wertpapier- und Bankrecht) von grösster aktueller Bedeutung. Darüber hinaus werden gerade im Zusammenhang der Stipulation Probleme aufgerollt, die heute Bestandteil des Vertragsrechts schlechthin sind. In diesem Sinn wird einlässlich gezeichnet die Entwicklung der Möglichkeit der Stellvertretung bzw. des Vertrages zugunsten Dritter, die im klassischen Recht dem Grundsatz nach (*alteri stipulari nemo potest*) ausgeschlossen bzw. auf die Vertretung des Hausvaters durch Sohn oder Sklaven reduziert war; spannend hier das Sichtbarwerden der so verschiedenartigen Versuche der Neuzeit, über diesen nicht mehr zeitgerechten Ausschluss der Stellvertretung hinwegzukommen. Radikales Aufgeben der Überlieferung hat erstmals HUGO GROTIUS

der Gerichtspraxis zu den bearbeiteten Legaltexen; sie sind berechtigt, ja verpflichtet, gerade dort auszuholen, wo das Gesetz schweigt zu einer Frage, die im gegebenen Sachzusammenhang hätte normiert werden können: *ubi leges tacent, commentatores imprimis loqui debent!*

²⁸ Art. 67 OR wird Gesetz ohne irgend eine in den Materialien sichtbarwerdende Ursache; anscheinend beruht dessen Einführung allein auf einer Anregung von EUGEN HUBER. In den Materialien sind Anhaltspunkte zu finden weder hinsichtlich einer damals vorgetragenen Begründung noch einer über die Neuerung geführten Sachdiskussion.

zu fordern gewagt²⁹; vorbehaltlos verwirklicht haben dieses Postulat letztlich nur die modernen Kodifikationen, d. h. das zürcherische PGB (§§ 949-954), dem sich das aOR und sodann das deutsche BGB anschliessen. Die "naturrechtlichen" Kodifikationen, d. h. das Preussische Allgemeine Landrecht (ALR) und der französische Code Civil³⁰ hatten noch die Linie verfolgt, durch gewaltsame Uminterpretation des römischen Mandatsrechts einen die Vertretungsmöglichkeit enthaltenden "Rechtshandlungsauftrag" zu konstruieren; bis heute wird in Frankreich und vielen in dieser Frage dem Vorbild des CC folgenden anderen Ländern die Stellvertretung als Bestandteil des Auftragsrechts verstanden. Der Ausgangspunkt des österreichischen ABGB (§§ 1021 ff.) war ähnlich, wenn auch in dessen heutigem Verständnis die Verhältnisse denjenigen des BGB und OR angenähert sind. Abschliessend kann festgehalten werden, dass die ausserhalb des deutschen Sprachbereichs in der kontinentalen Rechtstradition weite Strecken beherrschende Konzeption des mandatsrechtlichen Verständnisses in doppelter Hinsicht die Macht des römischen Rechts demonstriert: Als den Gesetzgebern der Neuzeit klar war, dass eine Institution der rechtsgeschäftlichen Vertretung der Sache nach nicht länger zu entbehren war, die Scheu, sich über die aus den Quellen überlieferten Regel des *alteri stipulari nemo potest hinwegzusetzen*³¹, { 932/933 } sodann der gewählte Ausweg, der sich wiederum, wenn auch diesmal quellenwidrig, den Anschein zu erwecken versucht, die römische Überlieferung zu respektieren³².

Die vertragsrechtlichen Allgemeinprobleme abschliessend wird die Entwicklung der Zession, die Evolution der vertraglichen Formvorschriften und die *stipulatio poenae* (Konventionalstrafe) angesprochen.

Ein eigenes Kapitel wird den obligatorischen Sicherungsgeschäften gewidmet (*sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*); mit *sponsio* wurden nur durch Stipulation begründete Obligationen gesichert. Die zuletzt entwickelte Form, die in der Folge auch den modernen Bürgschaftsrechten als Modell diente, war die *fideiussio*. Die heute noch überall, wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen, im Sicherungsrecht im Vordergrund stehende Akzessorietät (der Sicherheitsleistende soll zwar die Einbringlichkeit der Forderung sichern, nicht aber die Forderung als solche verbessern), hat bereits in den römischen Quellen ihr Vorbild, die auch schon zu dem Problem des Verhältnisses der Leistungspflicht mehrerer Bürgen einen Problem- und Lösungskatalog anbieten.

Die Reihe der behandelten *Realverträge* wird mit dem Darlehen (*mutuum*) eröffnet. Realvertrag liegt bei diesem vor, weil die einzige Pflicht bzw. *actio*, die aus diesem Geschäft sich ergeben konnte, diejenige der Darlehensrückerstattung, erst mit der Ausrichtung des Darlehens entstand, während (ohne dahingehende Stipulation) weder ein Anspruch auf Ausrichtung des Darlehens noch ein solcher auf Bezahlung von Zinsen gegeben war. Die Unverzinslichkeit vermochte sich allerdings auch im alten Rom nicht zu halten; dargestellt wird die wechselvolle Entwicklung in diesem Bereich sowohl in der Antike wie unter dem im Mittelalter statuierten kanonischen Zinsverbot (p. 166 ss.). Keine Erörterung findet (der nicht in romanistischer Tradition stehende) Umgehungsmechanismus des Rentenkaufs, der beispielsweise in Frankreich eine bis in unsere Tage reichende Tradition hat und auch die Grundlage der seinerzeit erhebliche Bedeutung erlangenden schweizerischen Gült abgab. Die Realkontrakte abschliessend werden Leihe, Depositum und Pfandbestellung behandelt (p. 188 ss.).

²⁹ HUGO GROTIUS (1583-1645), *De iure belli ac pacis*, II, XI, § 18 f., der diese Regel allerdings nicht im Zusammenhang der Verträge, sondern des einseitigen Versprechens (*promissio*) aufstellt. Vgl. dazu auch H. KÖTZ, *Vertragsrecht I* (Tübingen 1996), p. 331 ff.

³⁰ ALR I, 13 §§ 5-227 ("Von Vollmächtaufträgen"); franz. CC Art. 1984 ff., 1998.

³¹ Nicht beachtet wurde, dass das "Verbot, für einen Dritten zu stipulieren" (womit Stellvertretung wie gleichzeitig auch der Vertrag zugunsten Dritter ausgeschlossen wird), in fortschreitender Entwicklung bereits in der römischen Antike überwunden worden war (so insbesondere eine "Quasi-Vertretungsmacht" der Gewaltunterworfenen [Hauskinder, Sklaven; in diesem Zusammenhang auch die "adjektivischen" Klagen und die *actio de in rem verso*], der *procurator*, die Vertretungsmacht im Rahmen des [See- wie Land-]Transportgewerbe.) Vgl. dazu auch oben lit A/2, oder MAX KASER, *Römisches Privatrecht* (Kurzlehrbuch, div. Auflagen), § 11; BRUNO SCHMIDLIN / CARLO A. CANNATA, *Droit Privé Romain II*, 2. A., Lausanne 1991, ch. VIII, p. 185 ss.

³² In der Sache kann die genannte Umdeutung nur bedauert werden: Vollmachterteilung wird danach zu einem Vertragssachverhalt und damit zwangsläufig mehr oder weniger mit dem "Grundverhältnis" zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem verquickt, was für den Dritten, mit dem aufgrund der Vollmacht kontrahiert wird, nur nachteilig sein kann. Der Vorteil der OR- und BGB-Lösung ist die "Abstraktheit" (heisst Unabhängigkeit) der Vertretungsmacht von den Interna von Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem (auch dies durch das PGB induziert!).

Unter den *Konsensualverträgen* ist gebührend umfangreicher Raum der Behandlung des Kaufs gewidmet (p. 230-337), dessen Grundstruktur in der Tat von sämtlichen modernen Kodifikationen aus der romanistischen Tradition bezogen wurde; erst das (von ZIMMERMANN nicht einbezogene) "Wiener Kaufrecht" geht davon ab. Im Ausgangspunkt steht die klare Feststellung, dass die römische *emptio-venditio* Stückkauf ist, Gattungskäufe nicht in diesen Vertragstypus einbezogen sind (p. 236). Dies wird vom Autor einleuchtend auf das Marktkauf-Modell zurückgeführt, wo selbst die einer Gattung zugehörigen vertretbare Dinge (Öl, Wein usw.) bezogen auf die den Parteien vorliegenden Quantitäten (ein Korb oder eine Amphore voll der Sache) und damit als *species* gehandelt wurden^{33, 34}. Die Beschränkung auf den Stückkauf einerseits, der im Altertum wohlbegründete "technische Fatalismus", d. h. die in den meisten Fällen fehlende Möglichkeit, die Qualität einer vorgegebenen Sache zu verbessern, führen dazu, die Sachqualität nicht zur vertraglichen Leistungspflicht zu erheben und daher nicht nach dem Muster der Nicht- oder Schlechterfüllung zu sanktionieren, sondern den legitimen Schutzanliegen der Käufer mit den Sonderbehelfen der Wandelungs- { 933/934 } und Minderungsklage Rechnung zu tragen. Aber ZIMMERMANN beschränkt sich nicht auf die Darstellung der einfachen, durch die Rechtsbehelfe der Aedile als der Herren der Marktpolizei geschaffenen Rechtslage der Beschränkung auf Wandelung und Minderung, welches Modell im wesentlichen zu jenem nicht bloss des schweizerischen OR, sondern der meisten Kodifikationen überhaupt wurde; er zeigt, dass im alten Rom in wechselndem Gewande verborgene Mängel auch nach praetorischem Vertragsrecht geltend gemacht werden konnten; neben der uns heute noch fast unverändert bekannten ädilischen *actio quanti minoris* und *actio redhibitoria* (Minderung und Wandelung) tritt als ordentlicher Rechtsbehelf die *actio empti*. Unser Bundesgericht, das seit langem auch bei Sachmängeln die Berufung auf Art. 97 ff. OR zulässt und sich nicht scheut, von "mangelhafter Erfüllung" zu sprechen (was voraussetzt, dass Sachqualität Bestandteil der Verkäuferpflicht bildet), steht zwar in Widerspruch zu den Anschauungen des historischen schweizerischen Gesetzgebers, kann aber für sich in Anspruch nehmen, dafür dem (spät-)antiken römischen Recht näher zu kommen. Offen lassend, ob dies die Absicht des hohen Gerichts war, können wir hier von ZIMMERMANN lernen, dass die das OR wie das BGB bestimmende Pandektenliteratur der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in dieser Frage (wie auch anderswo) eine primitivisierende Schau der Dinge vermitteln: die differenziertere Sicht in der römischen Antike einerseits und der "vorpandektistischen" römischrechtlichen Literatur andererseits wird oft heutigen Ansprüchen besser gerecht³⁵.

³³ Beigefügt werden könnte der Hinweis, dass vertretbare Sachen, welche überhaupt bloss Gegenstand des Gattungskaufs sein können, vergleichsweise selten waren: Im Altertum nicht bloss keine Kartoffeln, Kohle oder Erdöl, sondern insbes. keine industriell gefertigten Produkte, welche heute die Konsumlandschaft dominieren. Dazu auch BUCHER, in "Wiener Kaufrecht", Berner Tage für die juristische Praxis (hgg. von Bucher; Bern 1991), Überblick über die Neuerungen ..., bes. p. 18-21: Angesichts des Vorherrschens industriell gefertigter Objekte, die von Einzelanfertigung bis hin zu millionenfach hergestellten Produkten reichen, die alle denselben Regeln unterstellt werden können, ist gegenüber der Vorstellung des Gattungskaufs vorzuziehen das *sale by description*, denn massgeblich ist allein die Bestimmung des Vertragsinhalts durch (technischen oder wie auch immer gearteten) Beschrieb; das Bestehen einer von Natur aus vorgegebenen Gattung, auf die zu diesem Ende Bezug genommen werden könnte, ist nicht wesentlich). Bestimmung der Sachqualität ohne Bezugnahme auf eine von der Natur vorgegebene Gattung (sondern durch autonomen Beschrieb der geschuldeten Eigenschaften) ist die dem Wiener Kaufrecht zugrunde liegende Konzeption. Diese ist es auch, welche indiziert, den Kaufvertrag dem Werkvertrag anzunähern, weil wie beim Werkvertrag die über technische Spezifikation bestimmte Sacheigenschaften zur Leistungspflicht des Lieferpflichtigen gehören.

³⁴ Erst in der Neuzeit werden, wenigstens im kommerziellen Bereich, die Gattungskäufe (oder besser *sales by description*) zur Regel. In diesem Rahmen ist natürlich die Erhebung der Sachqualität zur Vertragspflicht nicht nur möglich sondern folgerichtig, insbesondere im Hinblick darauf, dass "Gattungen" oft genug industrielle Produkte sind.

³⁵ Immerhin als Fussnote sei darauf hingewiesen, dass jegliche (heute je länger desto weniger zu entbehrende) gesetzeskritische Betrachtung sich dem Faktum gegenüber sieht, dass die im Gesetz vorgegebene Lösung nicht etwa deshalb heute Probleme aufgibt, weil die vom Gesetzgeber verfolgten Wertvorstellungen von den heutigen abweichen würden oder die inzwischen eingetretenen Veränderungen die bisherige Lösung inpraktikabel werden liessen: Die heute empfundene Unzulänglichkeit ist oft nichts anderes als die punktuelle Realisierung des Risikos, das der Abstraktion und der mir ihr verbundenen Simplifizierung inhärent ist. Das Gesetz befriedigt in einem bestimmten Fall nicht mehr, weil eine sachlogisch gebotene Differenzierung fehlt (welcher Sachverhalt ja auch den Hintergrund für die sog. "Lücke im Gesetz" abgibt), die im Vorgang der Abstraktion verloren ging. Wenn man einen derartigen Fall doktrinell (und in der Folge allenfalls sogar gesetzgeberisch) "aufarbeiten" will, empfiehlt sich vor allen anderen der Weg zurück, d. h. der Blick auf die Rechtslage, wie sie vor der doktrinell/legislatorischen Operation des Vereinfachens bestand.

Dem darf an dieser Stelle beigefügt werden, dass man im Zusammenhang aktueller Probleme des Obligationenrechts Hilfe und Inspiration vielleicht eher als in der Literatur der Pandektistik und des 20. Jahrhunderts finden kann bei ZASIUS (1461-1535), CUJAZ (1522-1590), DONNELLUS (1527-1591), WESENBECK (1531-1586), ALTHUSIUS (1557/63-1638), ZOESIUS (1571-1627), CARPZOV (1595-1666), BRUNNEMANN (1608-1672), PUFENDORF (1632-1694), STRYK (1640-1710), VOET (1647-1713), THOMASIIUS (1655-1728) sowie bei allen als Bearbeiter der Institutionen hervorgetretenen und oben lit. A/7 aufgeführten wie auch unzähligen weiteren Autoren. Dies erklärt sich einmal damit, dass diese die Rechtslage ihrer Zeit auf einem insgesamt bis heute nicht wieder erreichten Niveau der Differenzierung und Präzision der Problemerkennung darstellen, womit sie nicht allzu selten heutige Probleme vorweg nehmen und uns damit weiterhelfen können. Andererseits haben viele von ihnen die zeitgenössische Rechtsfortbildung beeinflusst und oft gerade jene Regeln entwickelten, die in die Kodifikationen Eingang fanden. Die durch die Pandektenliteratur vermittelte Betrachtungsweise, welche die Gesetzgeber des OR und des BGB bestimmte und vom heutigen Juristen insofern mit gutem Grund als autoritativ verstanden wird, vermittelt nicht selten eine allzu vereinfachte Sicht der Dinge und bedarf der Ergänzung und Korrektur durch den Blick weiter zurück³⁶.

Zu den übrigen Konsenskontrakten (*locatio conductio, mandatum, societas*) nur zwei Bemerkungen. Beim Auftrag interessieren besonders die Hinweise, welche einerseits die soziologischen Gründe der in Rom geltenden Unentgeltlichkeit offenlegen, andererseits aber deren mehr theoretischen Charakter ("somewhat hypocritical") aufzeigen: üblich war bei den liberalen Berufen ein *honorarium* ("Ehrensold") oder, etwa beim Vermögensverwalter { 934/935 } (*procurator omnium bonorum*), ein *salarium* (von *sal*, Salz, damals besonders teuer und damit Symbol der vom *dominus* grundsätzlich zu tragenden Lebenskosten seines *procurator*); letzteres wird später auch klagbar. Derartige Hinweise (p. 415 ss.) zeigen uns, dass der schweizerische Gesetzgeber, der die Unentgeltlichkeit des Auftrags preisgab, nicht nur in der Sache gut beraten war, sondern im Rahmen einer bereits im Rom begründeten Tradition blieb, während in Deutschland die entgegengesetzte legislatorische Entscheidung, die dem Auftrag beinahe jeden Anwendungsbereich nimmt und umgekehrt die freien Berufe ohne angemessene Vertragsgrundlage ihrer Tätigkeit lässt, allgemein bedauert wird: Die Unterschiedlichkeit der Entscheidung dürfte vom Mass der Gebundenheit an die Pandektenliteratur liegen, die, einmal mehr das romanistische Erbe verkürzt darstellend die Unentgeltlichkeit hochstilisiert hat, weil in der Tat in den Digesten neben vielem anderem auch zu lesen ist *mandatum nisi gratuitum nullum*.

5. Diese Hinweise auf den Inhalt im allgemeinen sei ergänzt durch sachliches Eingehen auf wenigstens zwei Punkte, d. h. auf zwei Grundfragen des (im übrigen einlässlich und anschaulich behandelten) Kaufrechts, die etwas beiseite bleiben. Zu den wichtigsten Grabenbrüchen, die quer durch den regional so kompliziert strukturierten "Kontinent" des Civil Law verlaufen, gehört die Frage, ob es zur Übertragung des Eigentums an Fahrnis der Sachübergabe bedürfe, oder ob diese bereits mit dem auf

³⁶ Der Schreibende darf hier zwei Beispiele anführen, in denen er, ungewollt und zu seiner eigenen Überraschung, in aktuellen praktischen Problemen nicht zu befriedigenden Antworten gelangen konnte ohne Zurückgreifen auf die geschichtlichen Hintergründe der heutigen Auffassungen und gesetzgeberischen Lösungen: Wenn man die elementare bankenrechtliche Frage nach der "dogmatische Konstruktion" der Berichtigung der Anerkennung eines sich nachträglich als falsch erweisenden Kontokorrent-Saldos untersucht, erkennt man die Unbegründetheit der bis heute vorherrschenden (und bis dahin auch vom Schreibenden vertretenen) Konzeption eines Kondiktionsanspruchs auf den Differenzbetrag des im fehlerhaften Saldo verkürzten nur, wenn man den historischen Hintergründen dieser Auffassung nachgeht und feststellt, dass sie auf einer Verfälschung eines ULPIAN-Zitats (Dig. 12, 7, 1 pr.) beruht (dazu der Schreibende, aus Anlass eines BGE vom 23.12.1993, veröffentlicht in *Semaine Judiciaire* 1994, p. 269-274, in "recht" 1994, 171-180, bes. p. 175). Oder: Wenn man bei der Untersuchung der Verrechnung erkennt, dass dieses Institut aus dem römischen Prozess stammt und vor allem den Missbrauch des Überklagens (die *plus petitio*) verhindern wollte, aber bereits dort die Modelle des Eintritts der Verrechnungswirkungen entweder einredeweise (wie heute in Deutschland und der Schweiz) oder *ipso iure* (wie in Frankreich und vielen ihm nachfolgenden Rechtsordnungen) neben einander bestanden, wird plötzlich klar, dass sowohl das schweizerisch/deutsche wie das französische Modell übertriebene legislatorische Simplifizierungen darstellen und sich keines der beiden rein durchführen lässt; dies führt dann bei der Beantwortung praktischer Fragen wie der Bestimmung des für die Verrechnung anwendbaren Rechts oder der Tragweite von Gerichtsstands- oder Schiedsklauseln (etwa die fragwürdige Regel *le juge de l'action est le juge de l'exception*) zu einer neuen Betrachtungsweise (dazu der Schreibende in *Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Freiburg/Schweiz, 1990).

Eigentumsübertragung gerichteten schuldrechtlichen Vertrag (mit dem Kauf als häufigstem Beispiel) eintrete. Romanistischer (und in diesem Punkt im Ergebnis nicht anders germanischer) Überlieferung zufolge musste zum (Kauf)-Vertrag Sachübergabe hinzutreten ("Traditionsprinzip"). Der französische Code Civil (Art. 711, 1138 und 1583), den in diesem Punkt allzu viele spätere Kodifikationen nachahmen³⁷, lässt jedoch Eigentum bereits mit dem zu dessen Übertragung verpflichtenden Vertrag übergehen ("Konsensualprinzip"). ZIMMERMANN (p. 271 s.) bleibt knapp, zeigt aber weitgehendes Verständnis für diese antiromanistische Lösung (die er durch das Bestreben der Sicherung der Stellung des Käufers gerechtfertigt sieht, dem im Konkurs des Verkäufers bei bereits erfolgter Preiszahlung wie auch im Fall des Zweitverkaufs an einen Dritten geholfen werden soll). Der Schreibende kann diese Schutzanliegen nicht ernst nehmen: Gläubiger eines Konkursiten sind alle gleich arm, und eine Rechtfertigung der Privilegierung der (ohnehin nicht zahlreichen) Pränumerando-Käufer gegenüber den übrigen ist nicht zu erkennen, sowenig wie beim Mehrfachverkauf diejenige des Erstkäufers gegenüber den (vielfach gutgläubigen) nachfolgenden Käufern. Als Argumente gegen diese Regel fallen aber schwerer ins Gewicht deren unvermeidliche Folgeprobleme und die bei deren Anwendung resultierenden Ungewissheiten: *quid iuris* beim Verkauf im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht existierender oder in Dritteigentum stehender (beim Eigentümer oder – aus gutem Grund oder aber infolge Diebstahls – beim Verkäufer befindlicher) Sachen, Fragen, denen Antworten gegeben werden müssen und auch gegeben werden, die indessen nicht einfach ausfallen können³⁸. Gerne hätte man die Meinung des Verfassers zu dieser Fundamentalfrage der Privatrechtsvergleiche nach den Gründen des Bruchs innerhalb der Zivilrechtstradition gehört, d. h. eine Erklärung, wie es in Frankreich zu dieser Lösung kommen konnte, die selbst in der französischen Tradition und der massgeblichen CC-Vorbildliteratur³⁹ in keiner Weise vorbereitet war. Der Schreibende kennt keine schlüssige Erklärung der Historiker; er kann heute sich selber diesen "legislatorischen Einfall der letzten Minute" nicht anders zurecht legen als mit der Hypothese, dass man auf diese Weise den (gleich im nächsten Punkt aufzugreifenden) römischen Grundsatz der Gefahrtragung des Käufers mit juristischer Logik versöhnen wollte, der in damaliger Sicht ganz "wider die Natur" einen Nichteigentümer die Gefahr tragen liess⁴⁰. Im Hintergrund stand, so scheint mir, die Auffassung, dass die Tragung der Sachgefahr in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Sachübergabe eh die wichtigste Konsequenz des Eigentumsübergangs sei, man daher mit der Verlagerung des Eigentumsübergangs kaum etwas anderes tue als die *periculum emptoris*-Regel in neuem Gewand zu präsentieren. Damit wäre das "Konsensualprinzip" (sc. Übergang des Eigentums bereits durch blossen Konsens bzw. durch den schuldrechtlichen, auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrag) die Folge des Zusammenpralls der Gestaltungskraft rationalistisch-naturrechtlichen Denkens einerseits, des Verhaftetseins in romanistischer Tradition andererseits (dass der französische CC – im Gegensatz zum "romanistischen" BGB – eine "germanistisch" geprägte Kodifikation sei, ist ein Stereotyp, das jedenfalls im Obligationenrecht wenig Grundlage findet).

Wie dem auch sei, die romanistische Gefahrtragungsregel *periculum est emptoris* hat auf jeden Fall während Jahrhunderten die Gemüter bewegt, und dabei ist nur gerade sicher, dass JUSTINIANS Institutionen (3, 23, 3) diesen Grundsatz aufstellen, während die Rechtslage zur klassischen Zeit lange Zeit umstritten war und teilweise heute noch ist. Die Kontroverse der Romanisten (unter denen der Lausanner PHILIPP MEYLAN eine seinerzeit vielbeachtete Position entwickelte; vgl. die Hinweise p. 282 und Anm. 66) wird einlässlich dargestellt (p. 281 ss.), aber auch der naturrechtliche Standpunkt (dieser repräsentiert durch PUFENDORF, der die Regel als gegen die natürliche Vernunft, heisst: gegen die Regel *res perit domino* ["Untergang trifft den Eigentümer"]) verstossend erklärt) erwähnt. ZIMMERMANN liebt die Käufer-Gefahrtragung ebenfalls nicht und { 935/936 } zeigt Genugtuung, dass sie insbesondere im BGB nicht übernommen wurde und gerade nur noch in der gemeinrechtlichen Tradition Südafrikas und in der Schweiz (OR Art. 185/I) weiterlebt (p. 291).

³⁷ Dem französischen CC folgen auch noch neuere Kodifikationen wie der italienische CC (1942) oder der portugiesische CC (1966).

³⁸ Einige Hinweise dazu im Aufsatz des Schreibenden, zit. hinten FN 42.

³⁹ Die oben bereits genannten Autoren DOMAT, BOUTARIC, BOURJON, POTHIER und wer auch immer; selbst dem Entwurf eines Code Civil (1796) von CAMBACÉRÈS, der seinerseits an vorderster Front auch an der Redaktion des Gesetzes gewordenen Textes beteiligt war, ist diese Lösung noch fremd.

⁴⁰ Hinweis dazu hinten FN 42.

Steht diese Position nicht in Widerspruch zu der in der zum Konsensualprinzip gemäss französischem CC eingenommenen? Die sachlichen Ungereimtheiten und Anwendungsschwierigkeiten, die sich bei der Anwendung der *periculum emptoris*-Regel ergeben, bestehen sämtliche auch bei dieser, und zwar verstärkt insofern, als die in Rom (jedenfalls zur klassischen Zeit, wenn auch nicht sichtbar in den Institutionen) geltende Beschränkung der Verkäufer-Haftung auf eine solche für *custodia* und *diligentia quam in suis* natürlich nicht in die Eigentümer-Gefahrtragung herübergenommen werden kann.

Unser Art. 185/I OR, von ZIMMERMANN als ein einsames Relikt der *periculum emptoris*-Regel vorgestellt, ist dies zwar im Ergebnis, nicht aber in seiner kodifikationsgeschichtlichen Ursache: Es galt, nachdem man unseren welschen Miteidgenossen nicht den Gefallen tun wollte, das ihnen vertraute und aus dem *code civil* bezogene Konsensualprinzip in das OR herüberzunehmen, ihnen auf anderer Ebene entgegenzukommen: Die Statuierung einer Käufer-Gefahrtragung verwirklicht zwar nicht die Optik der Eigentumsübertragung durch Vertragsschluss, wohl aber deren wichtigste praktische Konsequenz⁴¹.

Nach der oben vorgestellten Hypothese hat das französische Eigentumsübertragungs-Modell seinen Ursprung im rationalistisch-naturrechtlichen Bestreben, die romanistische *periculum emptoris*-Regel zwar im Ergebnis zu verwirklichen, jedoch in eine Form zu bringen, die mit rationalistisch-naturrechtlichen Prinzipien harmoniert. Dieser Vorgang wäre nichts weiteres als die Umkehrung des Kausalablaufs dessen, was sich nachweislich in der helvetischen Gesetzgebung abgespielt hat: Im Code Civil wird die römische Gefahrtragungsregel unter aufklärerischem Einfluss in das Konsensualprinzip verwandelt, während in der Schweiz das (von der deutschen Schweiz abgelehnte) Konsensualprinzip in die Gefahrtragung des Käufers rückverwandelt wird. Immer aber erweist sich die Verwurzelung der kontinentalen Rechtsordnungen in der römischen Überlieferung: Sie setzt sich im *code civil* selbst unter dem rationalistischen Gewand dieser "Naturrechtskodifikation" durch und sie verwirklicht sich letztlich auch im schweizerischen Recht in OR 185, mit welcher Bestimmung sich der schweizerische Gesetzgeber zwar keineswegs romanistische Überlieferung hochhalten wollte, dies aber noch in der vermeindlichen Annäherung an das französische Modell trotzdem tut⁴².

Wie dem auch sei, die obigen Überlegungen illustrieren auch ein Merkmal des Werkes von ZIMMERMANN: Dieses ist ausgerichtet einerseits auf eine einlässliche Darstellung der Ausgangslage der kontinentalen Rechtsentwicklung, d. h. des römische Rechts, und sodann auf eine Schilderung des heute sichtbaren Resultates: das auf dieser Grundlage gewachsene geltende Recht. Die Zwischenstufen werden meist übersprungen; ZIMMERMANN versteht es nicht als seine Aufgabe, die Entwicklung in ihrer Kontinuität und unter Einbezug der Kausalitäten für das Fortleben von Grundsätzen – oder auch deren Untergehen, dem Verschwinden in der Geröllhalde der Rechtsfortentwicklung – zu zeichnen. Dies ist kein Vorwurf, denn ein Autor, der so viel bringt, muss sich nicht anlasten lassen, dass er nicht noch mehr geleistet hat. Wohl aber dürfen wir hier festhalten, dass die ZIMMERMANN'sche Darstellung in einem gewissen Sinne Thesencharakter aufweist, damit aber nicht nur belehrt, sondern gleichzeitig auch Anregung und Herausforderung darstellt, in künftigen Untersuchungen die aus der Darstellung ausgeblendeten Entwicklungsstufen zu untersuchen. Und es darf beigefügt werden, dass die vom Schreibenden hier aufgestellte Hypothese, dass das französische "Translativprinzip" ihre Wurzel in der *periculum emptoris*-Regel habe, die von ZIMMERMANN vorgenommene Ansiedlung der helvetischen Käufer-Gefahrtragung im römischen Recht im Ergebnis rechtfertigt, ist doch, auf dem Umweg über die französische Kodifikation, dieses tatsächlich Anlass von Art. 185/I OR.

6. Das Material zum antiken Römischen Recht wird umfassend und mit einlässlicher Dokumentation vermittelt; reichhaltig sind auch die Verweisungen zur romanistischen Literatur des ausgehenden Mittelalters und der Neuzeit, d. h. Dinge, die dem Modernrechtler nicht leicht zugänglich sind. Während

⁴¹ Das *periculum emptoris* macht Sinn im Marktkaufmodell der römischen Antike, nicht jedoch unter den heute gänzlich anderen Grundlagen. Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage! Nachdem heute, wenn ich recht sehe, auch in der West- und Südschweiz begeisterte Anhänger von OR Art. 185/I selten geworden sind, wäre es an der Zeit, eine bereits bei deren Erlass sinnlose Regel sang- und klanglos aus der Welt zu schaffen, etwa im Rahmen einer gesetzgeberischen Konsumentenschutz-Massnahme, wie durch BV Art. 3^{sexies} (seit 1981) verfassungsrechtlich geboten.

⁴² Dazu ein Beitrag des Schreibenden erschienen in ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, München), 1998, p. 615-667.

die romanistische Tradition bis weit in die Neuzeit hinein in allen Breiten- und Längengraden einen hohen Grad an Homogenität bewahrt und damit weitgehend eine "eingleisige" Darstellung zulässt, wird das Bild mit dem Entstehen der nationalen Kodifikationen vielfältig und weniger leicht zu fassen. Hier kann dann selbstredend der Anspruch auf Vollständigkeit nicht aufrecht bleiben, sondern muss einer punktuellen Betrachtung weichen, welche die Beispiele aufgreift, wie sie am nächsten liegen, in Kauf nehmend, dass damit zwangsläufig eine gewisse Zufälligkeit das Szepter ergreift. Indessen ist Ziel des *opus* nicht Vollständigkeit der Dokumentation des heutigen weit und breit geltenden Obligationenrechts, sondern vielmehr Vermittlung von Anregungen, Aufzeigen von Querverbindungen und Demonstration von Vergleichs- oder Kontrastmodellen. Die aufgegriffenen Beispiele stammen etwa aus Frankreich, Südafrika, den Niederlanden oder Italien, am häufigsten aber aus Deutschland. Da kann { 936/937 } es ausnahmsweise vorkommen, dass das deutsche Recht zu sehr stellvertretend für modernes Recht schlechthin präsentiert wird. So entsteht p. 303 s. der Anschein, beim Kauf sei die römische Regel, wonach die Pflicht des Verkäufers nur gerade das Verschaffen einer *vacua possessio*, nicht aber von Eigentum selber zum Inhalt hat und im übrigen durch eine Eviktionshaftung ergänzt wird, heute meistens aufgegeben und nach dem Modell des BGB modifiziert. In Wirklichkeit steht das BGB mit seinen "Garantieprinzip", d. h. der Erhebung der Eigentumsverschaffung zu einer echten (wenn auch in vieler Hinsicht relativierten) Leistungspflicht des Verkäufers (vgl. bes. §§ 433 Abs. 1; 434, 440 Abs. 1) auf weiter Flur allein; auch in zeitlicher Nachfolge zum BGB stehende Kodifikationen⁴³ und insbesondere das Wiener Kaufrecht wollen nichts von der BGB-Konzeption wissen und verharren im praktischen Ergebnis auf der von den römischen Quellen gewiesenen Linie reiner Eviktionshaftung. Dass heute vielerorts die freiwillige Herausgabe an den besser Berechtigten der Eviktion gleichgestellt wird, macht eine Regelung noch nicht vergleichbar mit der Lösung des BGB; dessen Eigentumsverschaffungspflicht hat u. a. die m. E. bloss schwer zu rechtfertigende Folge, dass ein Käufer trotz ungestörten Sachbesitzes Preiszahlung permanent verweigern kann, wenn er nur nachzuweisen vermag, dass er nicht Eigentum erworben hat (BGB § 320/I Satz 1 aufgrund der Verweisung von § 440/I)⁴⁴.

7. Im Bisherigen war von den durch das Buch vermittelten Gedankenverbindungen juristischer Art die Rede. Es hat indessen darüber hinaus eine Dimension, die, obwohl diesem untergeordnet, über das rein Juristische hinausgeht und in der sonstigen juristischer Literatur gar nicht oder dann doch in sehr verdünnter Dosierung angetroffen wird: das Aufzeigen der sozialen und wirtschaftlichen Hintergründe der angetroffenen Institutionen. Erst Einsicht in die sozio-ökonomischen Zeitumstände macht die aus ihnen erwachsenen Regelungen verständlich, befreit sie vom Anschein des Absonderlichen und gibt ihnen den gebührenden Status von zu ihrer Zeit gerechtfertigten, notwendigen und sich sachlich aufdrängenden Regelung; erst sie verhindert aber auch kritiklose Übertragung heutiger Vorstellungen auf historische Sachverhalte. Die Zunft der Rechtshistoriker zeigt im allgemeinen wenig Verständnis für derartige Anliegen, betrachtet vielmehr allein das Erkennen der in der Vergangenheit gegebenen Regelungen als ihre Aufgabe, nicht aber deren inhaltliche Rechtfertigung, vielleicht weil dies Einbezug ausserjuristischer, wenn nicht gar rechtspolitischer Gesichtspunkte nötig machen und damit die Wissenschaftlichkeit in Frage stellen könnte; sie nimmt damit in Kauf, den Nichthistorikern unter den Juristen die Möglichkeit vorzuenthalten, aus der Geschichte zu lernen, dass in weiten Bereichen des Rechts allgemeingültige und schlechthin gerechte Lösungen nicht bestehen, sondern deren Zweckmäßigkeit und Angemessenheit nur bezogen auf die jeweiligen Zeitumstände zu ermitteln sind. Aber selbst auf seiner Ebene selbstgewählter Beschränkung kann der Historiker in die Irre gehen, wenn er nicht ein Minimum an Bereitschaft aufbringt, die Zeitumstände zu berücksichtigen, was etwa bei der so viel diskutierten Käufer-Gefahrtragung deutlich genug wird: Auch wenn die *periculum emptoris*-Regel, wie schon PUFENDORF festgestellt hat, unter heutigen Umständen eine schlechte Sache ist, bleibt es ein verfehlter, das eigene Nichtverstehen antiker Verhältnisse entlarvender Scherz, diese in Rom und für Rom entwickelte Lösung als einen "Fleck auf dem Ehrenschild des römischen Rechts" zu bezeichnen (p. 282 die Hinweise auf den namhaften Autor, der diese Formel prägt): Sie war, wie jeder Romanist weiss und, wie bereits vermerkt, von ZIMMERMANN mit gutem Grund bei der Beschränkung des Kaufs

⁴³ So z. B. CC von Mexico, art. 2248, 2283; Italien CC art. 1476; Portugal CC art. 892 ss.; Quebec CC art. 1491, 1506, 1508 ss.; dem BGB folgt immerhin das Zivilgesetzbuch Griechenlands, Art. 516 und 517.

⁴⁴ Vgl. dazu meinen Aufsatz in "recht" 1996, 182 ff., bzw. in Festgabe für Karl Heinz Neumayer, Basel 1997, p. 171–193.

auf den Stückkauf hervorgehoben wird, vom Modell des Marktkaufs bestimmt. Auf dem Markt ist die Käufer-Gefahrtragung aber auch sehr wohl gerechtfertigt: Dort ist der Verkäufer immer erfüllungsbereit, und der Aufschub der Abwicklung (welcher der Regel überhaupt erst den Anwendungsfall verschafft), geht allein auf den Käufer zurück, und zwar selbstverständlich meist, weil dieser den Kaufpreis nicht in der Tasche trägt, sondern sich denselben erst beschaffen muss. Wenn nun der Verkäufer, statt die Ware sofort loszuwerden, sich auf das ganz undankbare und risikoreiche Geschäft des Aufschubs der Abwicklung einlässt⁴⁵, macht es Sinn, den Käufer als Veranlasser der üblen Situation auch deren Risiken tragen zu lassen⁴⁶. Die Gefahrtragungsregel mag auch beabsichtigt haben, die praktischen Wirkungen des später zu erfüllenden Kaufs möglichst dem Normalfall anzunähern, unter dem der Käufer natürlich sofort mit Vertragsschluss (der auch Entgegennahme der Ware bedeutet) alle Sachrisiken trägt.

ZIMMERMANN äussert sich zwar nicht gerade zu diesem Problem, gibt aber in verschiedensten anderen Zusammenhängen einlässliche Hinweise, die ausserordentlich aufschlussreich sind; hier sei, neben der bereits genannten Beleuchtung der Unentgeltlichkeit des Mandats (p. 413 ss.) nur erwähnt die Darstellung der wechselnden rechtlichen Behandlung der Darlehenszinse und des Zinswuchers (p. 166 ss.) und die das ganze Kapitel über die Schenkung (p. 477-507) durchziehende Ausleuchtung der Hintergründe, welche Schenkungen veranlassen können (zu denen selbst der Fall sozialen Drucks auf Freigelassene und Klienten zu Schenkungen an ihren Patronus gehört; p. 482 ss. zu der *lex Cincia*) und Hinweis auf entsprechende { 937/938 } Bestrebungen, dieses Institut rechtlich unter Kontrolle zu halten bzw. zurückzudrängen (p. 477 ss., p. 483 ss.). Demgegenüber werden unter den christlichen Kaisern die Dinge wiederum anders betrachtet: Als im Vordergrund stehender Donatar gilt in jener Zeit die Kirche.

8. An den Leser werden Ansprüche gestellt. Schon der Umfang ist gewichtig, mit mehr als 1200 Seiten fast übergewichtig für einen einzigen Band. Aber dessen Auswertung setzt ja nicht Lesen "cover to cover" voraus, sondern erlaubt problembezogene Partiallektüre. ZIMMERMANNs Mitteilung ist auf englisch präsentiert. Aber: Englisch wird heute zur Weltsprache, die, genau wie das Latein noch vor weniger als zwei Jahrhunderten, die *lingua franca* der Gebildeten fast der ganzen Welt ist und wenigstens passiv beherrscht wird; das sollte in der Schweiz, die auch in diesem Punkt etwas hintenherhinkt, bei allem Respekt vor den Landessprachen nicht vergessen werden. Die auf Schritt und Tritt als Belege angebotenen Zitate (weitaus am häufigsten Latein, immer wieder Niederländisch – die wichtigen Zitate von GROTIUS – und Africaans, selten Französisch oder Deutsch) werden nur ausnahmsweise übersetzt, wenn auch der Inhalt aus dem Kontext im Umrissen immer erkennbar bleibt. Nebenbei eine Bemerkung zum Latein: Diejenigen, die es nicht in der Schule gelernt haben, entwickeln gerne Abwehrreflexe und reden sich dessen Entbehrlichkeit ein; nützlicher wäre es, sie würden, falls sie fundierte Kenntnisse einer modernen romanischen Sprache haben, sich bewusst werden, dass sie damit zwangsläufig "Mini-Lateiner" sind und mit Hilfe eines Wörterbuches und einer Elementargrammatik sich ohne grosse Mühe in einfache Texte einlesen können⁴⁷.

Aus dem Gesagten ergibt sich der Adressatenkreis dieses Werkes: Angesprochen ist jeder ernsthaft an Privatrecht und dessen Grundlagen Interessierte – je grösser die Ernsthaftigkeit, um so weniger wird er verzichten dürfen. Als Student wird er zur Vertiefung besonders interessierender Gebiete zum Buch greifen, als Verfasser grösserer Arbeiten, wenn diese auf Grundsatzfragen überlieferter Vertragstypen, des Kondiktions- oder auch Deliktsrechts zurückführen. Aber auch der Praktiker, sei er Anwalt oder Richter, sollte um die Existenz des Buches wissen und es in nicht allzu ferner Reichweite haben, um bei sich bietender Gelegenheit ein paar Seiten zu lesen, dies wenigstens, wenn er zu jenen gehört, die im Drang der Alltagsgeschäfte nicht ganz aufgehen wollen und mit den herkömmlichen juristischen Allerweltsargumenten allein nicht immer glücklich werden.

⁴⁵ Der Verkäufer darf, selbst wenn ein anderer Kaufinteressent auf dem Markt eine Stunde später einen sofort zu erlegenden höheren Preis offeriert, an ihn nicht verkaufen, muss vielmehr die Sache, auf räuberbedrohtem Weg, abends nach Hause und vielleicht ein weiteres mal zurück auf den Marktplatz schaffen, ohne die Gewissheit zu haben, dort den Käufer vereinbarungsgemäss und erfüllungsbereit vorzufinden.

⁴⁶ Auf diese banalen Dinge hat der Schreibende schon vor langer Zeit hingewiesen; ZSR 89/1970, p. 281 ff. (ohne das Interesse der Historiker für diese Zusammenhänge zu wecken).

⁴⁷ Hier erfolge der Hinweis auf das frisch aus der Presse kommende Büchlein von KLAUS ADOMEIT, *Latein für Juristen, Civis Romanus*, Berlin, 1997 (91 Seiten).

9. Die vorstehenden Bemerkungen können nicht beanspruchen, alle wesentlichen Punkte berücksichtigt zu haben. Rückblickend und die Würdigung zusammenfassend darf aber festgehalten werden, dass im Bereich des Schuldrechts das Werk von ZIMMERMANN eine Zäsur markiert; Schriftstellerei und Dozieren über Obligationenrecht können nach dessen Erscheinen nicht mehr dasselbe sein wie vorher. Der Schreibende gesteht, dass sich seine Sicht der Dinge gelegentlich verändert, in jeder Hinsicht jedoch ausgeweitet und differenziert hat; wenn er endlich Gelegenheit finden wird, die seit langem anstehende Neubearbeitung seines Besonderen Teils an die Hand zu nehmen, werden sich wohl etliche der vielen vorgesehenen Änderungen auf die von ZIMMERMANN angebotenen Anregungen zurückführen lassen. Künftige Darstellungen des OR (und vor allem dessen besonderem Teils) wie auch solche des ersten und zweiten Buches des deutschen BGB werden sinnvollerweise nicht mehr möglich sein, ohne das besprochene *magnum opus* in der einen oder anderen Form mitzubersichtigen.