

Römisches Recht als allgemeine Zivilrechtstheorie

Der Romanist Günther Jahr¹

Von *Tiziana Chiusi*

Günther Jahr wurde am 10. Juli 1923 in Saarbrücken geboren und verstarb am 10. Februar 2007 im Alter von 83 Jahren. Seine Vorlesungen waren berühmt, seine romanistischen Seminare, die regelmäßig montags von 18 bis 20 Uhr stattfanden, hatten das, was man heute Kultstatus nennt, nicht nur wegen ihres wissenschaftlichen Gehalts, sondern auch wegen ihrer Atmosphäre. Sie stellten eine intellektuelle Herausforderung dar. Sie waren zwar als romanistische Seminare angekündigt und man kam dabei immer wieder auf das römische Recht zurück, in Wahrheit waren sie aber einfach nur Günther-Jahr-Seminare. Es ging immer letztendlich – meine Quelle ist ein treuer Seminarteilnehmer, Heike Jung – um allgemeine Rechtstheorie, um das Nachdenken über das Recht. Folgerichtig wurde er Direktor des Instituts für Rechts- und Sozialphilosophie und pflegte enge Kontakte mit Kollegen wie Maihofer oder Arthur Kaufmann. Dieser Ansatz seiner romanistischen Seminare war auch – wie wir sehen werden – der Ansatz seiner romanistischen Schriften.

Als Günther Jahr 1946 aus englischer Kriegsgefangenschaft zurückkehrte, stellte sich die Frage nach dem Studienort. Köln, wo er sein Abitur abgelegt hatte, war zerstört; Gießen geschlossen. So ging er nach Heidelberg, wo er Rechtswissenschaften und Alte Geschichte studierte. Dort nahm ihn sein Kamerad aus der Kriegsgefangenschaft, der Zivilprozeß- und Konkursrechtler Friedrich Weber, in sein Haus und seine Familie auf und ermöglichte ihm, dem, wie er selbst schreibt, seinerzeit als Saarländer noch Landfremden, dadurch das Studium und die Weiterarbeit danach. Die Studienzeit in jenen ersten Jahren nach dem Krieg war durch die vielfältigen Herausforderungen des alltäglichen Lebens, des Hungers und der Schwarzmarkt-Zeit geprägt; die Kleidung bestand vielfach aus gefärbten oder umgearbeiteten Uniformstücken. Wie er selbst erzählte, kreiste bei Seminaren eine einzige Pfeife unter den Rauchern, Professor und Studenten. Als unmittelbares Nachkriegssemester, der die Diktatur erlebt, durch Krieg und Gefangenschaft Zeit verloren und vielfältige Herausforderungen bestanden hatte, konzentrierte er sich mit besonderer Intensität auf Studium und Universität, um die vergangenen Jahre aufzuholen und sich möglichst rasch eine sichere Existenz aufzubauen. Die Atmosphäre jener Zeit spiegelte die in der Wohnung Wolfgang Kunkels, seines Lehrers, gehaltenen romanistischen Seminare wider, bei denen der Raum durch mitgebrachte Holzscheite geheizt wurde. Neben Kunkel präg-

¹ Gleichenamige Gedenkrede anlässlich der Gedenkfeier für Günther Jahr vom 10. Juli 2008; Erstveröffentlichung in: Universitätsreden 78 (2008), S. 7–21. Der Text wurde nur geringfügig ergänzt bzw. geändert.

ten ihn Eduard Wahl (Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht), Eugen Ulmer (Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz), der bereits genannte Friedrich Weber, der Strafrechtler und Rechtsphilosoph Gustav Radbruch sowie im öffentlichen Recht Walter Jellinek und Carl Forsthoff. Ferner sind zu erwähnen der Neutestamentler und Exeget Martin Dibelius sowie Karl Jaspers, der zwischen 1945 und 1947 bis zu seiner Ernennung in Basel das Profil der Heidelberger Universität außerordentlich bestimmte. Im kleinen Kreis, wie er selbst schildert, zu dem sich gelegentlich auch Marianne Weber, die Witwe Max Webers einfand, wandte man sich wissenschaftlichen Fragen wie auch Fragen der Tagespolitik zu. Nach dem ersten Staatsexamen 1949, neben und nach seinem Referendardienst und während seiner Assistentenzeit in Heidelberg arbeitete Jahr intensiv an seiner Dissertation, mit der er 1957 mit *summa cum laude* promoviert wurde. Sein Lehrer Kunkel bezeichnete in einem Brief an seinen eigenen Lehrer, den großen Heidelberger Romanisten Ernst Levy, der, vertrieben durch die Nationalsozialisten, in den USA lebte, Jahr kannte und sehr schätzte (4. 9. 1957) die Arbeit als ausgezeichnet und die Prüfung als glanzvoll². Jahr folgte Kunkel dann als Assistent nach München.³

Aus der Dissertation ging seine Habilitationsschrift zur *litis contestatio* von 1961 hervor⁴, die einen Meilenstein in der zivilprozessualen römisch-rechtlichen Diskussion darstellt. Den Ausgangspunkt bildet die These von Wlassak, der römische Zivilprozeß sei aus privater Schiedsgerichtsbarkeit erwachsen und die *litis contestatio* sei ein Formalvertrag zwischen dem Kläger und dem Beklagten. Dem setzt Jahr, anknüpfend an die prozeßrechtlichen Studien von Gerardo Broggini, der seinerzeit ebenfalls in Heidelberg wirkte, die These gegenüber, die *litis contestatio* sei ein zweiseitiger Urkundsakt ohne Vertragscharakter. Die Prozeßformel stelle keinen Vertragstext dar, sondern den Inhalt eines Dekrets des Prätors als zuständigen Magistrats; die Entgegennahme der Prozeßformel ist nach Jahr nicht das Ergebnis einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien, wie Wlassak meint, sondern eine direkte Konsequenz des Endes der Prozeßphase vor dem Magistrat. Sie ist eine Folge des freiwilligen und privatistischen Charakters des Zivilprozesses, der die Mitarbeit beider Parteien voraussetzt. Diese Charakteristika seien nicht nur für den römischen Zivilprozeß typisch, sondern auch für den modernen. Man möge sich nur die denkmalartige Bedeutung von Wlassak für die Forschung zum römischen Zivilprozeß vor Augen führen, um die Brisanz der These Jahrs und ihre Resonanz in der damaligen Romanistik nachvollziehen zu können. Kunkel lobte in einem Brief an Levy vom 9. 8. 1958⁵ Jahrs Konstruktion mit den Worten:

„Sie gibt genau das Bild der *litis contestatio*, wie es mir seit langem vorgeschwettet hat: eine *testatio* (Bezeugung) des Prätors über die mündlich verkündete *datio iudicii* (Erteilung der Prozeßformel), kein Vertrag, wenn auch ein Ausdruck der beiderseitigen Bereitschaft, mit

² *Mussgenug*, Ernst Levy und Wolfgang Kunkel: Briefwechsel 1922–1968, S. 385.

³ Diese Informationen beziehe ich aus der Niederschrift eines Gesprächs, das Herr Archivoberrat Dr. Wolfgang Müller mit Günther Jahr seinerzeit für das Archiv der Universität des Saarlandes geführt hat. Für die Zurverfügungstellung bedanke ich mich.

⁴ Jahr, *Litis contestatio*, Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktion- und im Formularverfahren.

⁵ *Mussgenug*, (Fn. 2), S. 375.

der vom Prätor gegebenen Formel vor dem iudex (dem Richter) zu streiten [...] Jahr hat Wlassak zum guten Teil durch Wlassak selber widerlegt, auch die alten Einwände, besonders Lenels, kommen wieder zur Geltung. Das übrige tut eine peinlich genaue, über den speziellen Anwendungsbereich auf prozessualem Gebiet hinausgehende Untersuchung der Terminologie. Die Arbeit ist ihrer Qualität nach eine Habilitationsschrift, vielleicht entschließt sich die Heidelberger Fakultät angesichts der weitgehenden Änderungen gegenüber der Dissertation, Jahr auf diese Arbeit hin zu habilitieren. Er ist ja doch ein ungewöhnlich begabter Mann, alt genug und in vieler Hinsicht bewährt – da darf man nicht zu pedantisch sein.“

Jahrs Habilitation mit dieser Arbeit erfolgte dann ein Jahr später an der Münchener Universität. Wie schon angedeutet, rief die Arbeit eine große wissenschaftliche Diskussion hervor; die Betonung der *litis contestatio* als Urkundsakt vor dem Magistrat stellte eine bemerkenswerte Änderung der Perspektive dar, weil sie wieder den öffentlich-rechtlichen Aspekt in der zivilprozessualen Diskussion in den Vordergrund rückte. Auf der anderen Seite warf die Fragestellung von Jahr, die in einer Rezension pointiert auf die Frage konzentriert wurde: „Ist die Litiskontestation ein Vertrag oder nicht?“⁶, grundlegende methodologische Überlegungen auf. Es ging dabei sowohl um den Begriff des Vertrages als einen von der modernen Zivilistik erarbeiteten Zentralbegriff der allgemeinen Rechtslehre als auch um die Natur des Zivilprozesses. Unabhängig von dem Urteil über die Richtigkeit oder Glaubwürdigkeit der These von Jahr ist sein Versuch, Wlassak zu widerlegen und ein Gegenkonzept zu entwerfen, Ausdruck seiner geistigen Autonomie und seiner schöpferischen Originalität. Man kann dem Rezensenten nur zustimmen, wenn er betont, daß es Jahr gelungen ist, in die unglaublich komplizierte und anspruchsvolle Prozeßtheorie von Wlassak einzudringen, und daß die für ihn typische Klarheit der Gedankenführung und Präzision der Sprache selbst spekulative Argumentationen zu einer spannenden Darstellung werden lassen.

Interessanterweise hat gerade der prozessuale Ansatz den Lehrstuhl für Zivilrecht und Römisches Recht an der Universität des Saarlandes, auf den er zum 1. 3. 1961 als Nachfolger von Heinz Hübner berufen wurde, bis heute gekennzeichnet: sowohl sein unmittelbarer Nachfolger Alfons Bürge, als meine Wenigkeit, als auch der wissenschaftliche Nachwuchs am Lehrstuhl – ich denke an Ulrike Babusiaux – haben ihn in ihren Arbeiten als grundlegenden Ansatz praktiziert.

Außer dem materiellen römischen Recht interessierten Günther Jahr vor allem drei Themenkreise, zu denen er grundlegende Forschungsergebnisse publizierte. Dabei handelt es sich zum einen um die Frage der Übereignungsmodalitäten, zum anderen um die Definition des Eigentumsbegriffs, insbesondere das Verhältnis von Eigentum und beschränktem dinglichem Recht, zum dritten um die Rechtsgeschäftslehre, insbesondere die Bedingung.

Zum ersten Themenkreis ist der grundlegende Aufsatz „Zur iusta causa traditionis“, veröffentlicht 1963⁷, zu erörtern. Er geht auf einen Vortrag zurück, den Jahr auf dem 14. Deutschen Rechtshistorikertag in Mainz gehalten hatte. Die Arbeit ist ein schönes Beispiel für seine Methode, anhand eines romanistischen Themas allgemeine Zivilrechtsdogmatik zu betreiben. Ausgangspunkt ist ihm die Parallelität zwi-

⁶ Mayer-Maly, SZ 78 (1961), S. 493 (500).

⁷ Jahr, SZ 80 (1963), S. 142–174.

schen den Ersitzungsgründen (*causae usucaptionis*) und den Übereignungsgründen (*causae traditionis*) im römischen Recht; Anlaß ist das Problem der sog. Solutions-causa. Dabei geht es, vereinfacht gesagt, um die Frage, ob die Zahlung zwecks Erfüllung einer Schuld auch dann dem Zahlungsempfänger Eigentum am Geld verschafft, wenn die Schuld nicht bestanden hat. In den Digesten findet sich hierzu ein Ulpian-Text, in dem folgendes Problem aufgeworfen wird: A will B einen Geldbetrag schenken. B nimmt das Geld als Darlehen an. Fraglich ist, ob B Eigentümer des Geldes geworden ist.

Diesen Fall nimmt Günther Jahr als Ausgangspunkt für die Frage der „Kausalität“ eines Geschäfts. „Kausalität“ könnte zum einen bedeuten, daß das Geschäft nur gültig sei, wenn die Parteien über den Zweck der gewollten Rechtsfolgen einig seien (149). Zum anderen könnte damit aber auch gemeint sein, daß die Gültigkeit eines Geschäfts von der Zweckerreichung abhängig ist – der Zivilist wird bei dieser Bemerkung vermutlich sofort an die *condictio ob rem* nach § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB denken. Doch geht Jahr über diese bereicherungsrechtliche Perspektive sogleich hinaus und kommt zur Frage der „inhaltlichen Kausalität der Verfügungsgeschäfte“. So entwickelt er eine Theorie der „äußerlichen Abstraktion bei inhaltlicher Kausalität“, mit der in der Sache die Unabhängigkeit der Leistungswirkung von der Zweckerreichung bei Erfüllungsgeschäften gemeint ist.⁸ Dieses sei im Grunde das römische Modell, mit dem man die verschiedenen *dationes* erfassen könnte: das kausale Element sei „nicht ein außerhalb der Zuwendung selbst liegendes Moment, ihre Motivation, das sie rechtfertigende und tragende Kausalverhältnis, sondern es ist Teil des Zuwendungsaktes selbst, der Teil des Zuwendungsgeschäfts, der seinen Typus und deshalb seinen Namen bestimmt“.⁹ Mit anderen Worten: der römische Kauf wird in dieser Sicht zwar auch als Verpflichtungsgeschäft betrachtet, bleibt aber in erster Linie Zuwendungsakt. So kommt Jahr zu dem Schluß, daß die *iusta causa traditionis* bei der *solutio* eben dieses kausale Element des Verfügungsgeschäfts sei, das seinen Typus bestimmt.

Soweit die kurze Zusammenfassung des Jahrschen Aufsatzes. Sie werden erkannt haben, daß hier gedrängte juristische Dogmatik auf einem äußerst hohen Abstraktionsgrad betrieben wird, wenn auch der Autor mit der Idee der „Zuwendung aus einem bestimmten Grund“ eigentlich auf ein sehr konkretes, geschäftsbezogenes Denkmödell abstellt. Sollte Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, dennoch manche Überlegung nicht unmittelbar eingeleuchtet haben, befinden Sie sich in bester Gesellschaft. Jahrs Lehrer Kunkel schrieb in einem Brief vom 14. 10. 1962 an Levy über den Vortrag (aus dem, wie gesagt, der Aufsatz hervorging): Er „litt darunter, daß er (Jahr) ihn so stark kürzen mußte, daß seine komplizierten dogmatischen Erwägungen über den *causa*-Begriff nicht überall verstanden wurden.“¹⁰ Als der Aufsatz dann in gedruckter Form erschien, schrieb Kunkel am 22. 12. 1963¹¹: „Jahrs Aufsatz ist, wie mir scheint, eine glänzende juristische Leistung, die das Wesen der *iusta causa traditionis* eigentlich erst ganz klar werden läßt.“

⁸ Jahr, (Fn. 7), S. 161.

⁹ Jahr, (Fn. 7), S. 162.

¹⁰ Mussgnug, (Fn. 2), S. 452.

¹¹ Mussgnug, (Fn. 2), S. 482.

Wenden wir uns dem zweiten Problemkreis zu. 1984 ließ Günther Jahr in der Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel einen Aufsatz mit dem Titel: „Zum römischen (romanistischen) Begriff des Eigentums (des subjektiven Rechts)“¹² erscheinen. Das ihn interessierende Problem liegt in der Definition des Eigentums im römischen Recht und in Deutschland als einem romanistisch geprägten Land im Gegensatz zu dem Eigentumsbegriff in England als Beispiel des „common law“. Das römische Recht bzw. die romanistisch geprägten Rechtsordnungen wie die deutsche kennen neben dem Eigentümer als Inhaber des Werts der Sache auch den Inhaber der Handlungsmacht. In anderen Worten: Das Eigentum wird zwar von der Handlungsmacht her definiert, in bestimmten Fällen allerdings wird es dem Handlungsmächtigen abgesprochen und einem Nicht-Handlungsmächtigen zugesprochen. Man denke nur an den Erben unter verwaltender Testamentsvollstreckung, den Ehemann im Güterstand der Nutzverwaltung (dem ursprünglichen Güterstand des BGB) hinsichtlich des eingebrachten Geldes der Frau und den gesetzlichen Vertreter von Geschäftsunfähigen (Eltern, Vormund, Pfleger, heute wäre der Betreuer hinzuzufügen). „Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß die primären Befugnisse – die Sache in Besitz zu nehmen und auf sie tatsächlich einzuwirken – einem anderen als dem Eigentümer zukommen. Gemeinsam ist auch, daß der Eigentümer nicht über sein Recht verfügen kann“.¹³ Diese Konstellation, die dem deutschen wie allen anderen römisch-rechtlich geprägten kontinentalen Rechtsordnungen eigen ist, findet man in England nicht. Für das englische Recht ist derjenige, der hinsichtlich der Sache handlungsmächtig ist, „owner“ der Sache. Die Tatsache, daß der Handlungsmächtige in den genannten Fällen die Macht im fremden Interesse ausübt, macht ihn nicht zum bloßen Verwalter fremden Vermögens, sondern zum Treuhänder dessen, in dessen Interesse er seine Macht auszuüben hat. Dabei wird die Treugeberschaft als eine andere Art der Rechtsinhaberschaft aufgefaßt, der die „ownership in equity“ zuerkannt wird, die neben die „ownership in law“ des Treuhänders tritt. Diese Art eines *duplex dominium* im englischen Recht erinnere zwar an das Nebeneinander von quiritschem und bonitarischem Eigentum im römischen Recht, unterscheide sich aber von ihm wesentlich, weil der bonitarische Eigentümer seine Befugnisse in vollem Umfang ausüben kann und seine Stellung durch den quiritschen Eigentümer in keiner Weise berührt wird. Demgegenüber hat der „owner in law“ zwar Handlungsmacht, die dem „owner in equity“ abgeht, diese Macht hat er aber nur qua „trust“, was den Erwerb von ihm und durch ihn besonderen Regelungen unterwirft und ein Schuldverhältnis zwischen Treuhänder und Treuhandbegünstigtem bewirkt. Beide Systeme kennen also die Verteilung von Eigentümermacht und Eigentumswert auf verschiedene Personen, und in beiden Systemen wird die Frage gestellt, wer Eigentümer sei, wobei man zur Wahl entweder den Inhaber der Eigentümermacht hat oder den, dem der Eigentumswert zugewiesen ist. Durch geeignete Zusätze wird dann klargestellt, daß im ersten Fall dem Genannten nicht der Eigentumswert zukommt, während im zweiten Fall die Eigentümermacht fehlt. Gerade hier – sagt Jahr – unterscheiden sich die Systeme: Das englische Recht nennt den Inhaber der Eigentümermacht (Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter etc.) „owner in law“, aber nicht „in equity“, und stellt damit klar, daß Eigentümermacht und Eigentumswert zwei verschiedenen Personen zugeordnet sind.

¹² Jahr, in: Nörr/Simon (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel, S. 69–102.

¹³ Jahr, (Fn. 12), S. 70.

Die vom römischen Recht geprägten Rechtsordnungen dagegen nennen denjenigen, dem der Eigentumswert zugewiesen ist, Eigentümer und stellen nur durch Zusätze wie „aber ohne Verwaltungs-, Verfügungs- und Prozeßführungsbefugnis“ oder „aber ohne Geschäftsfähigkeit“ das oben genannte Auseinanderfallen von Eigentümermacht und Eigentumswert klar. Dieses schon für das klassische römische Recht geltende Prinzip, daß der Inhaber des Eigentumswerts der Eigentümer sei, hat das zivilistische Denken der kontinentaleuropäischen Juristen über die Jahrhunderte hinweg sehr [so] stark geprägt, daß historisch bedingt gegenteilige Konstellationen immer Schwierigkeiten bereitet haben. So hat etwa die von Justinian in C. 5.12.30 geäußerte Bemerkung, daß die Dotalgegenstände sowohl als Eigentum des Mannes *legum subtilitate* (wegen der Spitzentfindigkeit der Gesetzte) als auch der Frau nach der *veritas rei* (nach der tatsächlichen Wahrheit) und *ex naturali iure* (nach dem Naturrecht) zu betrachten seien, (jahrhundertelang Diskussionen verursacht.). Noch das Reichsgericht¹⁴ mußte 1895 klarstellen, daß nach gemeinem Recht (d. h. dem gelgenden römischen Recht des 19. Jh. in Deutschland) die Ehefrau im Konkurs des Ehemanns die Dotalgegenstände aussondern kann, weil diese zwar dem Mann gehören, seinen Gläubigern aber nicht haften.¹⁵ Der vom BGB in der ursprünglichen Fassung gewählte Güterstand – die Nutzverwaltung des Mannes über das Frauenvermögen – entspreche im Ergebnis dem klassischen (nicht dem justinianischen) römischen Recht. Ähnliches habe auch Rudolf v. Jhering im „Geist des römischen Rechts“ auf der Suche nach dem „substantiellen Moment des (subjektiven) Rechts“ erkannt. Jhering¹⁶ hat die Frage aufgeworfen, ob, wenn es um die Verfügung über Vermögen gehe, „alles Gewicht auf das ‚Durch‘“ (zu ergänzen: wen, gemeint ist der Inhaber der Eigentümermacht) gelegt werden dürfe oder ob es nicht auf „die Bedeutung des ‚Für‘“ ankomme (zu ergänzen: für wen, gemeint ist derjenige, dem der Eigentumswert zugewiesen ist). Daraus hat er die Folgerung gezogen: „Berechtigt ist nicht, wer das Wollen, sondern den Genuß beanspruchen kann [...] Subjekt des Rechts ist derjenige, dem der Nutzen desselben vom Gesetz zugedacht ist (der Destinatär).“ Zu diesem ebenso berühmten wie mißverständlichen Satz bemerkt Jahr, daß die Zuschreibung in dieser Form problematisch sei, weil sie von *einem* Recht handelt, obwohl es in Wahrheit um zwei Rechte bzw. „Aggregate“ – wie er schreibt – von Einzelbefugnissen oder Zuständigkeiten gehe. Darüber hinaus betont er, daß sie nicht – sozusagen – von Natur gegeben, sondern das Ergebnis einer Entscheidung sei, wie die gegenteilige Zuschreibung des „common law“ zeige. Diese Entscheidung passe zu dem Titel des Jheringschen Buchs: sie sei nämlich „Geist des römischen Rechts“.¹⁷ Daß das römische Recht und die von ihm geprägten Rechtsordnungen auf den Eigentumswert abstehen, wenn zwischen diesem und der Eigentümermacht differenziert werden muß, während das englische Recht und die von ihm geprägten Rechtsordnungen sich an die Eigentümermacht halten, erörtert Jahr schließlich am Beispiel des Nießbrauchs. Das klassische römische Recht kennt keine auflösend befristete Übereignung, d. h. kein Eigentum auf Zeit. Es regelt ein solches Bedürfnis durch die Begründung eines Nießbrauchs. Umgekehrt ist dem englischen Recht die Vorstellung

¹⁴ RGZ 35, 77 (79).

¹⁵ Jahr, (Fn. 12), S. 81.

¹⁶ von Jhering, Geist des römischen Rechts III, S. 336.

¹⁷ Jahr, (Fn. 12), S. 91 f.

eines persönlichen beschränkten dinglichen Nutzungsrechts an fremder Sache, das die ganze Sache ergreift, unbekannt. Was dieses Recht kennt, sind Aufteilungen der als ewig dauernd gedachten Befugnis, ein Grundstück zu nutzen, in zeitlich bestimmte Parzellen, die sog. „estates“. Dieser Gegensatz sei nach Jahr der Ausdruck eines unterschiedlichen Rechtsdenkens: das englische ist von der Vorstellung eines zeitlichen Nacheinanders der Berechtigungen hinsichtlich der Sache geprägt, das römische von der Vorstellung eines gleichzeitigen Nebeneinanders der Berechtigungen des Eigentümers und des Nießbrauchers. Die englische Vorstellung des zeitlichen Nacheinanders wiederum geht von der primären Handlungsberechtigung aus, die nur in der Zeitdimension aufgeteilt werden kann; die römische Vorstellung des zeitlichen Nebeneinanders geht von dem Eigentumswert aus, der bei der Bestellung eines Nießbrauchs heute wie schon im klassischen Recht zwischen Eigentümer und Nießbraucher aufgeteilt wird, wobei die Aufteilung des Eigentumswerts nicht als Zuweisung gleichgewichtiger Rechte begriffen wird: die Sache gehört immer noch dem Eigentümer. Das zeige, warum der Nießbrauch nicht durch ein Eigentum auf Zeit nach römischen (und romanistischen) Kategorien ersetzt werden kann. Dieses nämlich sei nur dann möglich, wenn entscheidend auf die Handlungsberechtigung abgestellt wird, die Vermögensberechtigung besteht eben nicht auf Zeit oder befristet.¹⁸ Die analytische Herausarbeitung des Unterschieds von Eigentümermacht und Eigentumswert als grundlegend für die Definition des römischen (und romanistischen) Eigentums ist das große Verdienst dieser Studie. Werden Eigentümermacht und Eigentumswert verschiedenen Personen zugeteilt, so wird der Inhaber der Eigentümermacht (der Eigentümer kraft Amtes) in unserem Rechtskreis als bloßer Verwalter fremden Vermögens angesehen, das Eigentum aber dem zugeschrieben, dem der Eigentumswert zugewiesen ist. Das lässt sich verallgemeinern: für den römischen (romanistischen) Begriff des subjektiven Rechts ist nicht die Inhaberschaft der Handlungsberechtigung entscheidend, sondern die Vermögensberechtigung. Werden Handlungsberechtigung und Vermögensberechtigung verschiedenen Personen zugeteilt, so wird der Inhaber der Handlungsberechtigung bloßer Verwalter fremden Vermögens, das Recht aber dem zugeschrieben, dem die Vermögensberechtigung zugewiesen ist.

Auch der 1991 in der Festschrift für Hubert Niederländer erschienen Aufsatz über „Auflösende Bedingungen und Befristungen im klassischen römischen Recht“¹⁹ – und damit komme ich zum dritten Problemkreis – ist weniger eine quellenexegetische Analyse (die Quellen sind im besten pandektistischen Stil wenn überhaupt nur in den Fußnoten behandelt), sondern vielmehr eine allgemeine zivilrechtsdogmatische, differenzierte Betrachtung des Phänomens: bei *stipulatio*, Damnationslegat und Kauf gebe es diese Figur nicht, vielmehr handele es sich um „unbefristete oder unbedingte Schuldgrund, verbunden mit einer aufschiebend befristeten oder bedingten Aufhebungsabrede“²⁰. Auflösende Bedingungen im modernen Sinne begegneten bei der Begründung von Dauerschuldverhältnissen und beim Nießbrauch; bei Solda-

¹⁸ Jahr, (Fn. 12), S. 101.

¹⁹ Jahr, in: Jayme/Laufs/Misera/Reinhart/Serick (Hrsg.), FS Hubert Niederländer, S. 27–40.

²⁰ Jahr, (Fn. 19), S. 39.

tentestamenten sei ferner die auflösend bedingte oder befristete Erbeinsetzung überliefert. Somit untermauert Jahr die Meinung seines Lehrers Kunkel, was die Rücktrittsvorbehalte und parallelen Gestaltungen bei Stipulation und Legate anbelangt, gleichzeitig aber zeigt er durch stringente dogmatische Argumentation, daß die Verallgemeinerung dieses Prinzips, das auf die Idee hinausläuft, daß die Römer keine auflösende Bedingung kannten, zu Unrecht geschieht, weil es für andere Fälle nicht gilt.

Bereits 1968 hatte Günther Jahr im „Archiv für civilistische Praxis“ einen Aufsatz mit dem Titel „Romanistische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft“²¹ veröffentlicht. Heute, 40 Jahre später, kann dieser Beitrag als „Programmschrift“ im besten Sinne betrachtet werden. In ihm reflektiert Jahr nicht nur in sehr klarer und eindrücklicher Weise über seinen methodologischen Ansatz, vielmehr umfaßt die Studie inhaltlich auch all die Themen, die ihn als Romanisten wissenschaftlich besonders interessiert haben. Den einleitenden äußeren Ansatz des Aufsatzes bildet der seinerzeitige zivilistische Streit über die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung.²² Regelmäßig werde dabei nicht bedacht, so Jahr, daß das Inkassomandat, das römische *mandatum ad agendum*, viel älter sei als die – erst im 19. Jh. dogmatisch verfestigte – Lehre von der Forderungsabtretung. Damit kommt Jahr zu der grundlegenden Frage, ob in dem Fall, in dem eine neue Rechtsfigur eine ältere ablöst, die bisher wenigstens teilweise die Funktionen der neueren erfüllte, der – so wörtlich – „Rückgriff auf überholt geglaubte Rechtsfiguren möglich“ sei.²³ Jahrs Argument läuft darauf hinaus, daß die Abtretung entwickelt worden sei, weil die Einziehungsermächtigung unvollkommen war, nicht weil sie schuldnerschädlich war; man habe die Einziehungsermächtigung folglich nicht abgeschafft, sondern „als überholt fallengelassen“. Deswegen sei der Rückgriff auf diese überholt geglaubte Rechtsfigur unbedenklich.²⁴ Die Aufmerksamkeit auf das Verhältnis von „alt“ zu „neu“ als einen Schlüssel für das Verständnis der Rechtsfiguren gerichtet zu haben, soll hier eigens betont werden. Denn drei Jahre später hat sich der kürzlich verstorbene Theo Mayer-Maly, einer der bedeutendsten unter den Romanisten des 20. Jh., gleichzeitig Zivilrechtsvordenker und Arbeitsrechtler (und damals in Köln tätig), hiervon zu seinem berühmten Aufsatz „Die Wiederkehr von Rechtsfiguren“ inspirieren lassen, in welchem er Jahrs Gedanken zur Einzugsermächtigung als ausgezeichnet lobt²⁵. Jahrs Überzeugungskraft bewegte auch Karl Larenz dazu, seit der 10. Auflage seines Schuldrechtslehrbuchs von 1970, die zuvor abgelehnte Einzugsermächtigung anzuerkennen. Die Dialektik von „alt und neu“ im Recht könnte – mit der gebotenen Vorsicht – als ein von der Schule Kunkels inspiriertes Motiv betrachtet werden. So hat etwa mein Lehrer Dieter Nörr diesen Gedanken fruchtbar gemacht im Hinblick auf ein Labeo-Zitat zu „ungewöhnlichen Worten“ im Zwölftafelgesetz: „Als Neues soll aber auch das angesehen werden, was ungebräuchlich und vergangen ist, obwohl

²¹ Jahr, AcP 168 (1968), S. 9–26.

²² Jahr, (Fn. 21), S. 9.

²³ Jahr, (Fn. 21), S. 10.

²⁴ Jahr, (Fn. 21), S. 13.

²⁵ Mayer-Maly, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, in: JZ 1971, S. 1 (2).

es uralt ist.“²⁶ Und auch meine Betrachtungen zum angeblich „neuen“ Kaufrecht der Schuldrechtsreform sowie zu den trotz Abschaffung immer wiederkehrenden Fallkonstellationen der gemeinrechtlichen *actio de in rem verso* bewegen sich in dieselbe Richtung.²⁷

Die Diskussion über überholt geglaubte Rechtsfiguren führt Jahr zu einer grundlegenden Reflexion über die „Aufgabe des Rechtshistorikers“. ²⁸ Diese Frage wird unter Rückgriff auf die bereits erwähnte Studie zur „*iusta causa traditionis*“ mit der dort entwickelten Idee der „äußersten Abstraktion bei inhaltlicher Kausalität“ dahingehend beantwortet, daß es genügen müsse, „wenn die Möglichkeit sichtbar geworden ist, daß eine ihrer spezifisch rechtswissenschaftlichen und d. h. in erster Linie ihrer dogmatischen Verantwortung bewußte Romanistik zur modernen zivilrechtswissenschaftlichen Diskussion dieser Fragen Beiträge zu leisten vermag, die sich nicht in der Kenntnis des geschichtlichen Ablaufs, im Wissen darum, wie das Moderne geworden ist, erschöpfen“.²⁹ Programmatisch gesprochen bedeutet das sowohl eine Absage an die Idee der Rechtsgeschichte als historische Dienerin des modernen Rechts (etwa nach dem Motto: „Pfandrecht? Kannten die Römer auch schon“), aber auch, wie Jahr sogleich betont,³⁰ eine Absage an die Wissenschaftsrichtung, die die „zeitgenössischen Ursachen (der Entstehung der Rechtsinstitute) psychologisch und soziologisch zu erhellen (versucht)“: diese historisch-kritische Methode werde nicht weit gelangen. Man müsse, so Jahr, rechtstheoretisch fragen, „also nicht die aktuelle Motivation der römischen Juristen, sondern einen möglichen Sinn solchen Denkens zu verstehen versuchen, einen Sinn, der bestehen kann, ohne dem Denkenden (d. h. dem römischen Juristen) bewußt zu werden“. Damit stellt sich Jahr mit modernen und präzisen Argumenten im Grunde genau in die jahrhundertlange Tradition des römischen Rechts als *ratio scripta*, als Fundament der Zivilrechtsdogmatik. Diese bewege sich allerdings nicht in einem quasi luftleeren Raum, weil sie gerade den Beitrag anderer rechtswissenschaftlichen Disziplinen wie vor allem der Rechtsphilosophie, der allgemeinen Rechtstheorie und der Rechtssoziologie vonnöten hat, um über die spezifische Dogmatik hinaus zu einer allgemeinen Zivilrechtstheorie zu werden. Es handelt sich dabei mit den Worten Jahrs um das „Denken in einer anderen Dimension“, das eine solche „allgemeine Zivilrechtstheorie“ ermöglicht und andererseits eine Idee der Betrachtung des Rechts als einheitliches Kulturphänomen voraussetzt – auch letzterer Gedanke geht auf die Schule Kunkels zurück. Letztlich geht es Günther Jahr also um die Frage des „richtigen“ zivilistischen Begriffs. Und dies zeigt, daß seine wissenschaftliche Grundhaltung von der Idee der Universalität der Zivilrechtsdogmatik und folglich auch der Zivilrechtswissenschaft geprägt ist: wenn sich eine Rechtsfigur einmal – gleich unter welchen historischen Bedingungen – entwickelt

²⁶ Nörr, Innovare, in: Index 22 (1994), S. 61–86 (65) = in: Chiusi/Kaiser/Spengler (Hrsg.), Dieter Nörr: Historiae iuris antiqui III, S. 1965 (1969).

²⁷ Chiusi, Modern, alt und neu: Zum Kauf nach BGB und römischen Recht, Jura 2003, S. 217 (224); *dies.*, Die *actio de in rem verso* im römischen Recht, S. 208 ff.

²⁸ Jahr, (Fn. 21), S. 13 ff.

²⁹ Jahr, (Fn. 21), S. 20.

³⁰ Jahr, (Fn. 21), S. 20 f.

habe, existiere sie, mathematischen Gesetzen gleich, allgemeingültig³¹; es stelle sich dann letztlich nur die Frage, welche juristische Denkfigur im Hinblick auf das Problem sachgerechter oder systematisch besser sei. Jahr expliziert diesen Gedanken im folgenden dann an der Frage der aufschiebenden bzw. auflösenden Bedingung und der Frage des Eigentums auf Zeit und des subjektiven Rechts. Immer wieder betont er die „Gemeinsamkeit“ der konkreten zivilrechtlichen Regelungen und Denkformen trotz all der Verschiedenheiten ihrer Behandlung in unterschiedlichen Rechtsordnungen. Von einem „funktionalen Rechtsverständnis her werden die verschiedenen Möglichkeiten der Lösung und Bewältigung des gleichen Problems in Geschichte und Gegenwart vergleichbar“,³² freilich zeige sich auch, daß die Zahl der möglichen Problemlösungen in Regelungsinhalt und Denkform beschränkt sei.

Somit sind wir beim eigentlichen Anliegen Günther Jahrs als Zivilrechtler und Romanist angekommen: Ihm geht es um die Idee, etwas über „Zivilrecht überhaupt“³³ aussagen zu können. Die Frage einer „allgemeinen Zivilrechtslehre“ oder „Zivilrechtstheorie“ stellt den zentralen Gegenstand seiner Reflexionen dar, auch und vor allem, wenn er sich mit römischen Rechtskategorien beschäftigt. Folgerichtig war seine Hoffnung, daß „die Romanistik diese Aufgabe (der allgemeinen Zivilrechtstheorie) ergreift und damit wieder einen Ort in der Mitte der Zivilrechtswissenschaft findet“. Ob diese Hoffnung, mit welcher er geistig unmittelbar an die Tradition und Methode der Hochblüte der deutschen Rechtswissenschaft anknüpft, nämlich an die Pandekistik, in Erfüllung geht, hängt nicht nur davon ab, ob man als Romanist mit diesem Ansatz einverstanden ist. Vielmehr hängt es von der Fähigkeit ab, mit gleicher Souveränität das Instrumentarium der römischen Quellen wie das der abstrakten Dogmatik zu beherrschen, beide Bereiche als einheitliches Wissenschaftsgebiet wahrnehmen und erforschen zu können. Wir versuchen es, Günther Jahr hat es meisterhaft gekonnt.

Literaturverzeichnis

Chiusi, Tiziana: Die *actio de in rem verso* im römischen Recht, München 2001.

Chiusi, Tiziana: Modern, alt und neu: Zum Kauf nach BGB und römischen Recht, Jura 2003, S. 217–224.

Jahr, Günther: Auflösende Bedingungen und Befristungen im klassischen römischen Recht, in: Erik Jayme/Adolf Laufs/Karlheinz Misera/Gert Reinhart/Rolf Serick (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1991, S. 27–40.

³¹ An dieser Stelle könnte darauf hingewiesen werden, daß auch die (antike) Mathematik als allgemeingültige Theorie durchaus praktische Bezüge hatte: So läßt sich mit Hilfe einer Schnur, auf der 12 gleichlange Strecken abgeteilt werden, und 3 in den Boden zu steckenden Hölzern – entsprechend dem Satz des Pythagoras – ein rechter Winkel konstruieren, der die Grundlage für eine Parzellierung eines „neuen“ Grundstücks (etwa im Nilschlamm Ägyptens) bildet: Der rechte Winkel ist dann erreicht, wenn die eine Seite („Kathete“) 4 Einheiten, die zweite 3 und die dritte („Hypotenuse“) exakt 5 Einheiten der Schnur lang ist.

³² *Jahr*, (Fn. 21), S. 25 f.

³³ *Jahr*, (Fn. 21), S. 26.

- Jahr*, Günther: *Litis contestatio, Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktion- und im Formularverfahren*, Köln/Graz 1960.
- Jahr*, Günther: Romanistische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft, in: *AcP* 168 (1968), S. 9–26.
- Jahr*, Günther: Zum römischen (romanistischen) Begriff des Eigentums (des subjektiven Rechts), in: Dieter Nörr/Dieter Simon (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt a. M. 1984, S. 69–102.
- Jahr*, Günther: Zur iusta causa traditionis, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 80 (1963), S. 142–174.
- Jhering*, Rudolf von: *Geist des römischen Rechts III*, Neudr. der 5. Aufl. Leipzig 1906.
- Mayer-Maly*, Theo: Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, in: *JZ* 1971, S. 1–3.
- Mayer-Maly*, Theo: Rezension zu G. Jahr, *Litis contestatio, Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktion- und im Formularverfahren*, 11. Abhandlung, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 78 (1961), S. 493–504.
- Mussgnung*, Dorothee; Ernst Levy und Wolfgang Kunkel: *Briefwechsel 1922–1968*, Heidelberg 2005.
- Nörr*, Dieter: Innovare, in: *Index* 22 (1994), S. 61–86 (65) = in: Tiziana Chiusi/Wolfgang Kaiser/Hans-Dieter Spengler (Hrsg.), *Dieter Nörr: Historiae iuris antiqui III*, Goldbach 2003, S. 1965–1990.

