

die gegenwärtigen Forschungen in den Einzeldisziplinen zu würdigen. Dazu hat das Symposium in Bern nützliche und weiterführende Beiträge geleistet. Sie werden die künftigen Diskussionen bereichern und Anstöße für die Veranstaltungen zum 200. Geburtstag geben.

Kiel

Rudolf Meyer-Pritzl

Walter Boente, *Nebeneinander und Einheit im Bürgerlichen Recht (= Grundlagen der Rechtswissenschaft, 18)*. Mohr Siebeck, Tübingen 2013. XIX, 268 S. ISBN 978-3-16-152520-9

Spätestens dann, wenn man gezwungen ist, Juristen anderer Rechtsordnungen die eigenen Grundbegriffe und ihre systematische Anordnung zu erklären, stellt sich die Frage, woher diese Begriffe und Ordnung kommen, welche Zwecke sie erfüllen, wie sie sich legitimieren bzw. wie sie begründet sind. Etwa das ‚Eigentum‘ und die aus ihm folgenden Ansprüche. Wäre es nicht möglich, die sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte vollkommen anders zu gliedern, als wir das zu tun gewohnt sind? Beachtenswerte Ansätze hierzu finden sich im skandinavischen Rechtsrealismus, wo man das Eigentum als Kategorie negiert und in eine Vielzahl von Befugnissen aufspaltet¹⁾. In dieser peinigenden Situation erhöhter Erklärungsbedürftigkeit befinden sich die Europäer, seit sie über eine gemeinsame Zivilrechtsordnung nachdenken und so ihre eigenen nationalen Rechtsordnungen, ihr System, erklären, d. h. begründen, müssen – vor allem, wenn sie für ihre nationalen Lösungen Werbung machen wollen. Während man sich vielleicht über das Eigentum als solches noch einigen können wird, ist schon sehr viel schwieriger zu sagen, ob es einen allgemeinen Restitutionsanspruch aus dem Eigentum in dem Sinne ‚gibt‘ oder etwa die Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) – und zwar in einer solchen Art und Weise ‚gibt‘, dass man einem Vertreter des Common Law oder des skandinavischen Rechtsrealismus davon überzeugen kann, dass eine Kodifikation, die solche ‚Ansprüche‘ aus dem Eigentum gewährt, eine bessere Kodifikation als eine solche sei, die etwa versucht, vergleichbare Tatbestände über das Deliktsrecht in den Griff zu kriegen.

Woher kommen also die Grundbegriffe und ihre Ordnung, welche Zwecke erfüllen sie und wie legitimieren sie sich? Noch grundsätzlicher gefragt: Wie gelangt man von sozialen Tatbeständen – A bemächtigt sich einer Kuh aus der Machtsphäre des B – zu Rechtssätzen? Wie fasst man, mit den Worten Rabels, den „Urstoff“²⁾ unseres Privatrechts? Und wie gliedert man diese Begriffe zu einem System? Das ist das Thema der von E. A. Kramer betreuten Dissertation Walter Boentes. Mit dem Begriff der Einheit meint er alles, was unter einem subjektiven Recht oder einem Anspruch begriffen wird, also etwa alle sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Pflichten, mit dem Nebeneinander meint er vor allem, die (Viel-)Zahl eben der bestehenden subjektiven Rechte wie Ansprüche und damit zugleich das Problem der Anspruchs-

¹⁾ J. Bjarup, *Skandinavischer Realismus*, 1978, passim; Kritik hieran bei J. F. Stagl, *Eigentumsübertragung beim Kauf beweglicher Sachen im DCFR und CESL*, in: *RabelsZ* 79 (2015) 1, 4f.

²⁾ E. Rabel, *Gesammelte Aufsätze*, hrsg. v. H. G. Leser, Bd. 2, 1966, S. 193.

konkurrenz (vom Problem der Qualifikation im Internationalen Privatrecht handelt er freilich nicht ausführlich, s. S. 239 mit Fn. 34).

Seine Grundthese ist: Wir, das heißt die moderne Zivilrechtswissenschaft, verwenden letztlich an ganz zentralen Punkten der Privatrechtsordnung dieselben Grundbegriffe und Ordnungen wie die Römer und das tun wir deshalb, weil wir sie von Savigny vermittelt bekommen haben. Savigny wiederum hat die Gliederung des Rechtsstoffs durch die Römer in seine und damit unsere Sprache vom subjektiven Recht übersetzt und hierfür die Begriffe „Rechtsverhältnis“, „subjektives Recht“ und „Rechtsinstitut“ nutzbar gemacht. Zu einem besseren Begreifen des Rechtsstoffs sah auch er sich (noch) nicht imstande. Wir bewegen uns also in den überkommen Kategorien und – da auch heute noch eine Begründung für ein solches Begreifen, eine solche Gliederung des Rechtsstoffs fehlt – tun wir das deshalb, weil wir es „immer schon so gemacht“ haben. Wenn wir also immer noch in den Kategorien der Römer „rechnen“, dann ist die entscheidende Frage die, wie die Römer zu diesen Kategorien kamen. Nur wenn wir das wissen – so der richtige Ausgangspunkt Boentes – wenn wir also eine Begründung ihrer Begriffe und Kategorien haben, können wir erklären, was wir tun und warum wir es tun, sind wir also in der Lage, unser eigenes Recht zu legitimieren und anderen mit überzeugenden Gründen anzudienen. Wenn wir diese Begründung nicht haben, wissen wir nicht wirklich, was wir tun und gleichen, bildlich gesprochen, jemandem, der ein Gesellschaftsspiel spielt, zu dem ihm die Anleitung verloren gegangen ist.

Bevor wir uns dieser – unseres Erachtens entscheidenden – Frage der Begründung zuwenden, müssen wir freilich den Gedankengang Boentes im Einzelnen näher betrachten. Boente nennt als Ziel seiner Untersuchung „aufzuzeigen, dass die Gliederung des Rechtsstoffes im Bürgerlichen Gesetzbuch [Deutschlands] auf Rechtsverhältnissen und subjektiven Rechten gründet“, welche sich die Zivilistik des 19. Jahrhunderts bei den Römern abgeschaut habe (S. 2). Es geht also darum, das kritische Potential der Geschichte des Bürgerlichen Rechts für seine Zukunft fruchtbar zu machen, wobei es der Autor offen lässt, ob er darauf zielt, die bestehende Ordnung zu zerstören und oder zu bewahren (S. 8): Beides setzt ja zunächst das Verstehen voraus.

Verfasser beginnt die Hinleitung zu dieser abstrakt formulierten Frage aus den Anfängen, das heißt dem Römischen Recht. Ausgangspunkt sind die durch die Lebensverhältnisse zugeschnittenen und zur Entscheidung gebrachten Fälle und damit das Fallrechtsdenken der Römer, also die Vorstellung, die Römer hätten Fälle aufgrund eines inneren Kompasses entschieden und diese peu à peu zu Rechtsinstituten und Rechtsregeln verdichtet. Allerdings sei darauf hingewiesen, dass die neuere Forschung, namentlich Babusiaux³⁾, Mantovani⁴⁾ und des Rezensenten⁵⁾ die Bedeutung des Gesetzesrechts für die römische Rechtsordnung betont, sich also davon

³⁾ U. Babusiaux, Celsus und Julian zum Edikt si certum petetur – Bemerkungen zu Prozess und Aktionendenken, in: C. Baldus/M. Miglietta/G. Santucci/E. Stolfi (Hgg.), Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen, Atti del Seminario internazionale Montepulciano 14.–17. Juni 2011, Trento 2012, S. 367ff.

⁴⁾ D. Mantovani, Legum multitudo e diritto privato, Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi, in: J.-L. Ferrary (Hg.), Leges publicae, La legge nell’esperienza giuridica romana, 2012, S. 707ff.

⁵⁾ J.F. Stagl, Favor dotis – Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts, 2009, S. 27ff.

löst, das römische Recht sei ein reines Fallrecht gewesen. Diese im Fach noch nicht hinlänglich etablierte Ansicht konnte der Verfasser seinen Ausführungen freilich noch nicht zugrunde legen.

Richtig ist, dass Kristallisationspunkt des römischen Rechtsdenkens die *actio* war (S. 15ff.), wie sie vom Prätor in seinem Edikt verheißt wurde, etwa in Form der Vindikationsklage. Von diesen Klagen und sonstigen Rechtsbehelfen kannte das Edikt gut 300, wie sich Otto Lenels Rekonstruktion des *edictum perpetuum* entnehmen lässt. Da das Edikt auch den einstweiligen Rechtsschutz, die Vollstreckung und andere allgemeine prozessrechtliche Institute regelt, wird ersichtlich, dass es nur relativ wenige Klagen gab. Diese Knappheit bewältigten die Römer damit, dass sie innerhalb bestimmter Klagen wie der *rei vindicatio* – aus unserer Sicht – sehr unterschiedliche Ansprüche fassten (*id quod venit in actionem*); so fiel etwa der Rechtsstoff unseres Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses im Wesentlichen unter die *rei vindicatio*. Und es ist weiter richtig, dass alle Rechtsverhältnisse, auf diese etwa 300 Klagen und Rechtsbehelfe hin ausgerichtet waren. Was das genau für die römische Jurisprudenz bedeutete, ob sie tatsächlich so „aktionenrechtlich“ dachte oder nicht vielmehr – auch – „institutionell“, ist, wie der Autor selbst bemerkt (S. 20), eine der grundlegenden Fragen des römischen Rechts, zu welcher die bestehende Literatur enttäuscht – was die Leistung des Verfassers, zu einer plausiblen Darstellung zu kommen, nur erhöht. Als Beispiel institutionellen Rechtsdenkens lassen sich die vom Autor angeführten *regulae* verstehen, vor allem aber die gaianischen Institutionen, die gerade nicht aktionenrechtlich aufgebaut, sondern von Rechtsinstituten (Vertrag, Testament, Legat etc.) her strukturiert sind, wie der Autor auch nicht verkennt (S. 25ff.). Im Rechtsunterricht, im ‚didaktischen System‘ des Römischen Rechts, war der Rechtsstoff praktisch so gegliedert wie heute: Allgemeiner Teil und Grundlagen, Obligationen, Prozess, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht⁶⁾. Ob also die *actio* tatsächlich der Trichter blieb, durch den die Masse des römischen Rechts zumindest gedanklich gezwängt wurde (S. 27), ist aus Sicht des Rezensenten sehr fraglich: Die genannte Gliederung des didaktischen Systems ergab sich aus Notwendigkeiten der Didaktik und mitnichten aus dem sog. ‚aktionenrechtlichen Denken‘. Hierauf kommt es aber nicht an, da es für Boente weniger um die historische Wahrheit geht als um die Interpretation des Römischen Rechts am Vorabend der Kodifikation. Es mag für den Nicht-Romanisten befremdlich klingen: Aber das Römische Recht gibt es nicht – dafür sind die Quellen viel zu ambivalent⁷⁾. Das Römische Recht ist wie ein Kunstwerk auf Rezeption und Interpretation existentiell angewiesen. So wie Noten nicht klingen, wenn sie nicht gespielt werden, so bleibt das römische Recht ohne Interpretation stumm, und so wie beim Spielen die Individualität des Interpreteten zum Tragen kommt, was ja den Reiz ausmacht, so auch bei der Interpretation des Römischen Rechts. Und einer der größten Spieler dieser unendlichen Urmusik unseres Rechts war Savigny, dem sich der Verfasser S. 36ff. als für das Bürgerliche Recht grundlegend zuwendet.

Spätestens mit Justinian hatte sich das römische Recht vom Aktionensystem entfernt und dachte in Ansprüchen, wenn dieser Begriff auch nicht verwendet wurde. Für Savigny tat es damit Not, das klassische Recht der Römer aus der *actio* zu lösen, wollte

⁶⁾ J.F. Stagl, Das didaktische System des Gaius, ZRG RA 131 (2014) 313ff.

⁷⁾ Ein Beispiel bei Stagl, RabelsZ 79 (2015) 12.

er es als Mittel zur „Bildung“, wie er sich ausdrückte, künftiger Juristengenerationen für das geltende Recht bewahren und die Gliederung des Rechtsstoffs durch etwa Eigentum und Obligation wie auch die daran anknüpfenden Rechtsregeln und ihr weiteres Begreifen bzw. ihre Begriffe fortführen. Charakteristikum der Klage, der *actio* ist es, dass sie nur besteht, wenn eine rechtlich geschützte Position verletzt worden ist. Jede Emanzipation von der *actio* muss sich daher in die Lage versetzen, Rechte auch dann annehmen zu können, wenn eine Verletzung nicht stattgefunden hat. Hierzu dient Savigny der Begriff des Rechtsverhältnisses, z. B. des Vertrags, aus welchem sich für den Einzelnen ‚subjektive‘ Rechte ableiten lassen. Die Rechtsverhältnisse wiederum sind Aktualisierungen der Rechtsinstitute. Das Rechtsinstitut des Kaufs etwa erlaubt den Abschluss eines Kaufvertrages, aus dem sich wiederum für den Käufer und den Verkäufer subjektive Rechte ergeben.

Savigny schrieb, so könnte man sagen, den ihm durch seine Zeit vorgegebenen Begriff des subjektiven Rechts um und band ihn an ein Rechtsverhältnis zurück, das ähnlich der *actio* sich in der Zeit ändernde Rechtspositionen begründen konnte. Nur so gelang es ihm, die Rechtsregeln der Römer in ihrer Einheit (*id quod venit in actionem*) weiterzuführen. Mit einem „statischen“ subjektiven Recht bzw. einer subjektiven Rechtsposition wäre ihm dies nicht so ohne Weiteres möglich gewesen. Die fehlende Begründung dieser Einheit wird dann deutlich, wenn sich der Autor Windscheid zuwendet (S. 98ff.), der Recht und Rechtsverhältnis statisch versteht und damit die Einheit erst selbständig begründen muss bzw. dem Auseinanderbrechen in viele einzelne subjektive Rechte (auf Erfüllung, dann Schadensersatz etc.) den Boden bereitet.

Gleich Savigny sieht eine gute Generation später Windscheid das „Recht“ als die Quelle an, aus welcher sich eine Klage ergebe oder nicht. Recht und Klage führt er in dem Begriff des Anspruchs zusammen: Dieser ist vom Recht her in Beziehung auf eine andere Person hin gedacht, er vermeidet aber jegliche Belastung durch das Prozessrecht – diese Trennung war bereits im Römischen Recht angelegt⁸). Dieser konkretere, seinem Ursprung gemäß auf die hinter den *actiones* stehenden Lebensverhältnisse bezogene Begriff, sollte dann die Kodifikation in Deutschland bestimmen. Der Anspruch als Konzept ermöglichte es etwa, eigene Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu konstruieren (§§ 987ff. BGB) wie Boente S. 164ff. schildert; bei den Römern war all dies, wie gesagt, noch unter die *rei vindicatio* gefallen (*id quod venit in actionem*).

Auch die Zivilistik nach Inkrafttreten des BGB hat die so hervortretende begriffliche Gliederung des Rechtsstoffs nicht ernsthaft in Frage gestellt; wenn überhaupt könnte man die Reflexionen über das „innere System“ hier anführen – so die Erzählung des Verfassers (eine Zusammenfassung findet sich auf den S. 234ff.). Aber auch die Arbeit am inneren System vor allem durch Heck, Canaris und Bydliński ändert hier nach dem zutreffenden Urteil des Verfassers nichts. Nur teilweise wird mit einer, sogar stärker an das ursprüngliche Römische Recht gemahnenden Auffassung, die tradierte Gliederung des Rechtsstoffs aufgebrochen, wie z. B. bei der Auffassung des Eigentums als einem primären Recht, zu dessen Verwirklichung sekundäre Rechte wie die Ansprüche aus der Eingriffskondiktion oder dem Eigentümerbesitzerverhältnis

⁸) Und zwar im vierten Buch der gaianischen Institutionen. Hierzu Stagl, System des Gaius (o. Fn. 6) 320.

dienen – wie der Verfasser S. 230f. scharfsinnig beobachtet. So kann Boente resümieren: „Doch mag man sich jenseits des vollständigen Rechtssatzes auch von der überkommenen Gliederung des Rechtsstoffes emanzipiert haben, so füßen dennoch alle diese Überlegungen weitestgehend noch immer auf den von Klagegründen der römischen *actiones* geeinten, überkommenen Tatbeständen“ (S. 240). „The forms of action“, könnte man mit Maitland resümierend sagen, „we have buried, but they still rule us from their graves“⁹⁾. Dies hat seinen Grund in der Natur des Interessenbegriffs und der auf ihm aufbauenden Unterscheidung von äußerem und innerem System: Das äußere System ist im Verständnis Hecks die vorgegebene Ordnung des Stoffes, die keinen inneren Wert hat, also insbesondere nicht für Ableitungen heranzuziehen ist – wie dies aber die von ihm abgelehnte Begriffsjurisprudenz tut. Demgegenüber steht das innere System, welches aus „Interessenlagen, Interessenkonflikten, Werturteilen, Wertideen“ gebildet wird¹⁰⁾. Was es mit dem Interessen auf sich hat, zeigt Jhering (hierzu Boente S. 128ff.), der Vordenker dieser Schule. War bei Savigny der Wille als das „einzig Wichtige und Wirksame“¹¹⁾ das produktive Prinzip des Rechts, so tritt bei Jhering an die Stelle des Willens das Interesse: „Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses. Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“¹²⁾. Die Positionen Savignys und Jherings sind aber, das sollte man sich klarmachen, Holz vom selben Stamm, nur dass bei Jhering, der ganz dem 19. Jahrhundert angehört, etwas Neues dazu kommt: Zunächst haben der Wille und das Interesse gemeinsam, dass beide auf „Güterbegehren“, d. h. auf „Werte“ (Heck¹³⁾) gerichtet sind. Doch der Interessenbegriff modifiziert dies elementare Begehren, indem er das Element des „Schutzes“ (Jhering), der „Zubilligung“ (Heck¹⁴⁾) einführt und damit das schroff-radikale *stat pro ratione voluntas* Savignys sozial einhegt. Wie der Verfasser richtig sieht, gelangt man mit dem Interessenbegriff und seiner Rede von Werten nicht notwendig zu einer anderen Gliederung des Rechtsstoffes (S. 145), man gelangt aber – je nach Anschauung – zu einer sozialeren Formulierung des subjektiven Rechts oder gar zu einer intrinsischen sozialen Kontrolle desselben. Der Interessenbegriff ist, so könnte man sagen, nichts anderes als eine Konzession des liberalen Willensdogmas an den sozialen Gedanken und legitimiert damit letztlich egoistisches Begehren auf subtile Weise. Genau dies ist aber auch die Wurzel des römischen Systems, ist es doch aus Klagen entstanden. Insoweit die Arbeit am inneren System zur induktiven Gewinnung allgemeiner Prinzipien und Grundsätze gelangt, bei Canaris¹⁵⁾ und am eklatantesten in Bydlinskis „System und Prinzipien des Privatrechts“, und sich darüber sogar wieder stärker an die weit gefassten Klagen des klassischen Römischen Rechts annähert, wie der Verfasser trefflich bemerkt, liegt dies also in der Logik des Ausgangspunktes: Während das ‚äußere System‘ deduktiv aus dem römischen Material gewonnen wird,

⁹⁾ F. W. Maitland, *Equity, also the forms of action at common law, two courses of lectures*, ed by A. H. Chaytor/W. J. Whittaker, Cambridge 1910, 1.

¹⁰⁾ Ph. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 139ff., 142.

¹¹⁾ Formulierung von F. C. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, 258.

¹²⁾ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 9. Aufl. 1894, Bd. III/1, 316f.; Hervorhebungen im Original.

¹³⁾ Heck (Fn. 10) 50f.

¹⁴⁾ Heck (Fn. 10) 50f.

¹⁵⁾ Savigny, *System I* (Fn. 11) 47f.

gelangt man zum ‚inneren System‘ durch Induktion, d. h. im Wesentlichen durch einen Abstrahierungsprozess. Weder Induktion noch Deduktion erweitern oder verändern den Ausgangsstoff, sie bieten ihn nur anders dar.

Boente beendet seine Untersuchung mit dem Satz (S. 241f.): „Eine im wahrsten Sinne des Wortes (Neu)Begründung des Rechtsstoffs und seiner Gliederung scheint daher unumgänglich – für das deutsche wie für ein europäisches Privatrecht. Inwieweit man daher in der Lage ist, gerade heute das Römische Recht als ‚Bildungsmittel‘ durch ‚eigene Kraft‘ zu ersetzen, soll hier dahingestellt bleiben.“ Damit kommen wir zurück zu der Frage, wie die Römer auf ihr eigenes Aktionensystem gekommen waren, welche Gedanken ihm zugrunde liegen. Hierzu regt uns das Buch Boentes an, der freilich selbst in grimmer Bescheidenheit der Versuchung enträt eine Antwort hierauf zu versuchen – was in einer Dissertation auch vermessen wäre.

Das Recht besteht, nach dem großen Synthetiker des klassischen römischen Rechts, Ulpian, darin, etwas „zu erwerben, zu bewahren und zu vermindern“¹⁶⁾. Hiervon ausgehend, so unsere These, erklärt sich das gesamte Privatrecht: Das Vertragsrecht dient dem Erwerb oder zeitweisen Überlassung von Eigentum (ob die Römer tatsächlich einen dem unsrigen fast gleichen Eigentumsbegriff hatten, wie Kaser meinte¹⁷⁾, mag hier dahinstehen: Für unsere Zwecke genügt die etwas anachronistische Rede vom „Eigentum“ für die römischen Verhältnisse, insbesondere auch deshalb, weil sie die sprachliche Pedanterie des „rechtlich geschützten Interesses“ vermeidet). Die Deliktobligationen behandeln die Zerstörung oder Verminderung des Eigentums und kennen aus diesem Grunde z. B. ein Schmerzensgeld noch nicht. Desgleichen gehört hierher auch die Verantwortung für das Eigentum z. B. in der *actio de ejectis vel effusis*. Das Sachenrecht beschäftigt sich mit seinem Erwerb, einerseits konsensual und andererseits kraft der Umstände, seiner Verteidigung und Abspaltungen wie dem Pfand. Die Familie ist im ursprünglichen Sinn gleich dem Eigentum eine Herrschaft des *pater familias* über Sklaven, Freigelassene, Ehefrau, Kinder und Kindeskinde, welche mit dem Begriff der *manus* treffend bezeichnet ist. Desgleichen beschäftigen sich die beiden anderen Hauptthemen des Familienrechts gleichfalls mit dem Schutz des Eigentums: Kuratel und Tutel stellen sicher, dass das Vermögen nicht durch solche Personen verschwendet wird, die zu seiner Verwaltung nicht in der Lage sind. Das Recht der Mitgift beschäftigt sich mit Bestellung, Erhaltung und Rückgewähr der von der Frauenseite an die Mannesseite entrichteten Mitgift. Das Erbrecht dient gleichfalls der Übertragung von Eigentum, sei es universell in Gestalt der Erbschaft, sei es singular wie beim Legat. Weitere Untergliederung erklären sich einerseits aus dem Bedürfnis nach der Standardisierung des Eigentums¹⁸⁾ und aus Verfeinerungen des Systems: So bringt es das Römische Rechts mit sich, dass die Übertragungsgeschäfte vielfach den Erwerber nicht zum Eigentümer machen, sei es, dass die schwierige Form der Manzipation nicht eingehalten worden war, sei es, dass der Vormann nicht Eigentümer war¹⁹⁾. Es lag in der Logik, einen sol-

¹⁶⁾ D. 1,3,41 (Ulp. 2 inst.).

¹⁷⁾ M. Kaser, Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt, 2. Aufl. 1971, 400.

¹⁸⁾ Vgl. C. Amunátegui Perelló, Market Economy in the Middle Republic, ZRG RA 132 (2015) 452ff.

¹⁹⁾ J. F. Stagl, Der römische Eigentumsvorbehalt als Vorbehalt des Besitzes, ZRG RA 132 (2015) 181ff.

chen Ersitzungsbesitzer der Sache nach in gewisser Hinsicht als Eigentümer zu behandeln, obwohl er es nicht war, woraus sich das Entstehen einer eigenen der Vindikation nachgebildeten Klage in Gestalt der *actio Publiciana* erklärt. Gleichfalls lässt sich das Bereicherungsrecht aus diesen Voraussetzungen ableiten und so weiter und so fort. Unser Rechtssystem ist also alles andere als zufällig, sondern eine logische, größtenteils zwingend logische, Ableitung aus dem Eigentum. Und wenn bestimmte Nationen zu bestimmten Rechtsinstituten und Begriffen nicht gekommen sind, dann ändert das hieran nichts.

Eine echte Neukonzeption des Rechts müsste daher beim Eigentum ansetzen, erst wenn diese Wurzel gezogen wäre, ließe sich etwas ganz anderes und Neues errichten, andernfalls wächst das Recht nach dem geschilderten Schema weiter wie bisher. Allein, auch das Eigentum als Rechtstitut ist in seiner konkreten Gestalt nicht so leicht zu beseitigen. Trotz aller Einhegungen besteht das Eigentum in seinem Kern in der absoluten Herrschaft einer Person über eine Sache, alles andere sind Aufweichungen an den Rändern. Und diese absolute Herrschaft beruht letztlich wiederum auf Instinkten des Menschen, welcher der Dinge bedarf um leben zu können. Bekanntlich ist die urtümliche Wirtschaftsform des Menschen das Jagen und Sammeln, welche es notwendig macht, die Beute für späteren Gebrauch zu sichern. Und diese Kategorie des „Bei-Sich-Behaltens“ (Schelsky) in ihrer elementarsten Form des Essens wiederum ist das Bindeglied dieser ursprünglichen Lebensform zum Eigentum²⁰). Man kann dies auch einfacher in den Worten von Alexandre Dumas (père) sagen: „Le sentiment de possession est inné chez l’homme“²¹). Aus diesem Grunde wird das Eigentum und sein Schutz auch von der Morallehre der Kirche anerkannt, obwohl es immer – „Eigentum ist Diebstahl“, heißt es beim hl. Basilius im 4. Jh. n. Chr.²²) – schärfstens angegriffen wurde, pflegt unser „Herz“ doch „dort“ zu sein, „wo unser Schatz ist“ (Mt. 6, 21²³) – also mehr bei unseren Geldtruhen als bei Gott. Das Eigentum lässt sich als eine anthropologische Konstante nicht so leicht ausschalten, es ist mit ihm zu rechnen. Damit aus dem Eigentum das uns bekannte System wird, müssen freilich noch weitere Faktoren hinzutreten wie eine freie Wirtschaftsordnung und natürlich ein funktionierendes Gerichtswesen, das es erlaubt, Rechte und Pflichten aus dem Eigentum wirksam geltend zu machen. Eine ganz wesentliche Voraussetzung für Überwindung und Vermeidung des Faustrechts ist neben der Existenz eines Staats die Rhetorik als Garant rationaler Rechtsfindung, wie sie seit den Tagen Aristoteles’, Quintilians und der französischen Klassiker fester Bestandteil unserer westlichen Kultur ist²⁴).

²⁰) Justin Stagl, Homo collector – Zur Anthropologie und Soziologie des Sammelns, in: Sammler – Bibliophile – Exzentriker, hrsg. v. A. Assmann *et al.*, 1998, 37, 39.

²¹) La Reine Margot, cap. XXIV.

²²) Constitutiones monasticae c. 34,1 (ed. Migne, Patrologia Graeca 31, 1426).

²³) „Denn wo euer Schatz ist, da ist auch euer Herz“ (Übers. Martin Luther).

²⁴) Ch. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, La nouvelle rhétorique – Traité de l’argumentation, 4. Aufl. 1983, passim und jetzt J.F. Stagl, Glanz der Rhetorik und Finsternis der Logik in einer Entscheidung Marc Aurels (Marcell. D. 28,4,3 pr.–1), in: R. van den Bergh/G. van Niekerk/P. Pichonnaz/Ph. Thomas/D. Kleyn/F. Lucrezi/J. Mutton (Hgg.), Meditations de iure et historia – Essays in honour of Laurens Winkel = Fundamina 20 (2014) 871ff.

Wenn man also wie Boente fragt, was die „Begründung“ unseres Rechtssystems ist, warum die Dinge so sind, wie sie sind, wird man sagen müssen: Weil wir in Europa so sind, wie wir sind, weil wir Menschen sind, die einen Begriff vom Staat und damit vom Gerichtswesen haben, und weil wir die Rhetorik als Minimalgarantie rationaler Rechtsfindung haben.

Boente hat, das mögen gerade die abschließenden Reflektionen zeigen, eine hervorragende, auf scharfsinniger Analyse beruhende und damit zu Gedanken anregende Arbeit geschrieben. Darüber hinaus hat er kenntnisreiche und geistvolle rechthistorische Grundlagenarbeit geleistet: Er hat gezeigt, wie sich die römischen Aktionen in den modernen Ansprüchen fortsetzen, wie also das Denken der Römer immer noch die Grenzen unserer juristischen Welt markiert. Damit hat er kein Problem gelöst – das könnte niemand von ihm erwarten und das war auch nicht sein Ehrgeiz –, er hat uns aber gezeigt, dass wir ohne Besinnung auf die Herkunft von ‚Einheit und Nebeneinander‘ der Spielanleitung für unsere Rechtsordnung gebrechen. Hierfür schulden ihm die Romanistik wie die Zivilistik Dank und Anerkennung.

Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago de Chile Jakob Fortunat Stagl

Anzeigen

Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti della Giornata di Studi in onore del Professor Lelio Lantella (Torino, 22 marzo 2013), a cura di Saverio Masuelli/Lucia Zandrino. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014. XII, 290 S., ISBN 9788849528879

Der Titel der Sammlung von zehn Beiträgen, die aus einer Turiner Tagung zu Ehren von Lelio Lantella aus Anlass von dessen Emeritierung im Jahr 2013 hervorgegangen sind, liefert ein lockeres Band. Vorangestellt sind eine „Bibliografia Professor Lelio Lantella“ und ebenso ein kurzes Vorwort von Filippo Gallo, dem akademischen Lehrer des Geehrten.

Für Antonio Palma, Note in tema di cittadinanza romana e sovranità (1–27) gehören die Entstehung eines römischen Weltbürgerrechts („cittadinanza globale a valenza identitaria“, 24) aufgrund der Constitutio Antoniniana und „uno Stato sempre più assolutista, dove il potere era interamente concentrato nelle mani del Sovrano e del suo ceto burocratico“ (26) zusammen. Daraus bezieht er eine „chiave comparativa“ zur (offenbar recht negativen) Beurteilung des aktuellen Phänomens einer „identità europea con relativa cittadinanza cosmopolita a tensione universale“. Andrea Triscioglio, Percorsi semantici antichi e dogmatica giuspubblicistica moderna. Da ‚officium‘ a ‚ufficio‘ (29–53) verfolgt *officium* in seiner Bedeutung von den Quellen des römischen und kanonischen Rechts bis zum *ufficio* der heutigen italienischen Verwaltungslehre, untersucht das Verhältnis von *officium* und *munus*, gelangt zu einer zeitlosen Klassifizierung (51): „il *munus publicum* (= la funzione pubblica) si divide in *officium* (= la funzione pubblica svolta dall’agente pubblico) o [e?] in *munus publicum* in senso stretto (= la funzione pubblica svolta dal privato)“, und erhebt für die Romanistik den Anspruch, nicht nur ein vertieftes Verständnis des geltenden Verwaltungsrechts zu ermöglichen, sondern darüber hinaus „partecipare attivamente alla costruzio-