

Citation style

Schwaibold, Matthias: Rezension über: Gunter Deppenkemper, *Negotiorum gestio – Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts*, Göttingen: V&R unipress, 2014, in: *Rechtsgeschichte*, 24 (2016), S. 433-436, DOI: 10.12946/rg24/433-436, heruntergeladen über Website



copyright

This article may be downloaded and/or used within the private copying exemption. Any further use without permission of the rights owner shall be subject to legal licences (§§ 44a-63a UrhG / German Copyright Act).

men. So erfährt man bei Möllers auch viel Vergnügliches etwa über gefälschte Regeln englischer Schuhmode (251), über die Frage, ob Gott am sechsten Tage besser nur die Frau geschaffen hätte (305), über die Länge von Modezyklen und die Notwendigkeit, die Mode dem Alter des Trägers anzupassen (327) oder schließlich über die heutige Funktion populärer Literatur- und Kunstanons

»à la ›hundert Klassiker der Weltliteratur« (256). In diesem Sinne: Man nehme Möllers' Buch, packe es zu den hundert Klassikern der Weltliteratur und begeben sich damit auf intellektuellen Abenteuerurlaub. Vielleicht ergibt sich dabei ja auch noch – ganz spontan und nichtnormativ – die Möglichkeit, ein Eis zu essen.



Matthias Schwaibold

GoA – Geschichte ohne Ansicht*

Die nachfolgenden Zeilen sind keine Rezension im eigentlichen Sinne: 1522 Textseiten mit 8063, teilweise seitenfüllenden Fussnoten zu lesen, können weder Autor noch Verlag ernsthaft von irgendwem erwarten, und selbst derjenige, der berufsmässig solche Lektüre betreiben kann oder soll, ist damit doch schnell einmal überfordert. Dass es einem in der Praxis tätigen Juristen – der Verfasser führt inzwischen den Professorentitel, war bzw. ist gemäss Buchumschlag Amtsrichter, Staatsanwalt bzw. Richter am Landgericht – gelungen ist, ein solches Werk überhaupt zu verfassen, nötigt zwar Respekt ab, aber ruft zugleich nach der Frage: Wäre weniger nicht mehr gewesen? Bedarf es dieses Umfangs, um das, was man zu sagen hätte, zu sagen? Der Unterzeichnete kann darauf nach dem eingangs Gesagten gerade keine Antwort geben, kommt aber nicht umhin, diese Frage durchaus bewusst zu stellen.

Versuchen wir trotzdem, uns dem Inhalt zu nähern: Zu diesem Zwecke wurden Vorwort und Einleitung (Bd. 1, 11–39) sowie der 5. Teil (»Schluss«, Bd. 2, 683–743) zwar genau, wenn auch ohne intensives Studium der dort ebenfalls

reichlich vorhandenen Fussnoten, gelesen, während alles dazwischen – mithin das allermeiste – lediglich angelesen, durchgeblättert oder schlicht überblättert wurde. Deshalb referieren wir zuhanden der Leser dieser Notiz, was das Inhaltsverzeichnis dem Leser der beiden – missverständlich ihrerseits als »Teile« 1 und 2 bezeichneten – Bände verspricht. Selbstredend lassen wir die weitere Feingliederung aller nachgenannten Unter-Teile beiseite. Der 1. Band enthält 3 Teile: Teil 1 steht unter dem Titel »Die Verrechtlichung der gesellschaftlich gebotenen Hilfe unter anderem im Rechtsinstitut der *negotiorum gestio*« und ist weiter eingeteilt in »Einleitung«, »Rahmenbedingungen« und »Entstehung der *negotiorum gestio*« (hier nachfolgend nur noch *n.g.*). Teil 2 enthält unter dem Titel »Grundtatbestand der *n.g.*« die sechs Unter-Teile »Faktizität der *n.g.*«, »Das »fremde Geschäft (*negotium alterius*)«, »Fremdgeschäftsführungswille (*animus negotia alterius gerendi*)«, »Subsidiarität der *actiones negotiorum gestorum*«, »Abgrenzung der *n.g.* zum konsensualen Auftrag« und »Die sog. echte, berechnete *n.g.*«. Hier werden römische und moderne Bestimmungen zum jeweiligen Untertitel-

* GUNTER DEPPENKEMPER, *Negotiorum gestio* – Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts (Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung Band 36), Göttingen: V&R unipress 2014, 1526 S. (2 Bände), ISBN 978-3-8471-0293-9 (zusätzlich nur online zugänglich: 212 S. Literaturverzeichnis)

Thema behandelt, wobei offen bleiben muss, wie weit hier Wiederholungen gegenüber Teil 1 vorliegen. Teil 3 behandelt die »Systematische Stellung der *n.g.*« mit den sechs Unter-Teilen »Systembildung im römischen Recht?«, »Systematisierung bei Gaius«, »Konsenstheoretische Deutung/Quasivertragstheorie«, »*n.g.* als Verpflichtung »*ex lege*«, »Kritik (Überblick)/Alternative »Vertrauens- theorie« und schliesslich »Stellung der *n.g.* in den Gesetzen bzw. Entwürfen seit dem ALR.« Die Behauptungen über »systematisches« Denken der römischen Juristen (681 ff.) hält der Unterzeichner für unzutreffende Rückwärts-Überlegungen aus der modernen Rechtswissenschaft zurück: Wir haben keine belastbaren Belege dafür in dem, was uns als Quellen erhalten blieb. Es erschliesst sich auch nicht, warum es jetzt genau nötig erscheint, den Gaius als grossartigen Systematiker des römischen Rechts darzustellen. Ob man jetzt neben die drei Entstehungsquellen von Verbindlichkeiten (Gesetz, Vertrag und Delikt) auch noch das Quasi-Delikt oder den Quasi-Vertrag schiebt, ist zwar als Gegenstand rechtsgeschichtlicher Betrachtung interessant, aber ansonsten belanglos, weil vom jeweiligen Gesetzgeber längst entschieden. Band 1 endet mit der Darstellung des »Platzes«, welchen die *n.g.* in den Kodifikationen ab dem ALR fand. Band 2 enthält den langen, rund 670 Seiten umfassenden Teil 4 »Pflichtenprogramm bei der *n.g.*« mit den vier Unter-Teilen »Privilegierter Aufwendungsersatzanspruch des *gestor*«, »Ansprüche bei Genehmigung der Geschäftsführung durch den *dominus*«, »Sanktionierung: Haftung des *gestor*« und zuletzt »Rechenschaft und Bereicherungsausgleich«. Auch hier nimmt das römische Recht neben der Darstellung der »geltenden« Rechte einen derartigen Umfang ein, dass es schwer vorstellbar scheint, dass hier nicht Wiederholungen gegenüber dem 1. Band enthalten sind. Der 5. Teil trägt den schlichten Titel »Schluss« und fasst in seinen 8 Unter-Teilen die wesentlichen Erkenntnisse der über 1400 vorangehenden Seiten zusammen.

Ausgangspunkt der Betrachtungen ist der Entwurf einer »Study Group on a European Civil Code« zur *n.g.* von 2006 (Bd. 1, 15 f.). Während dieser Entwurf offensichtlich eine gründliche rechtsvergleichende Darstellung der geltenden Regelungen ist, geht es dem Autor insbesondere um deren historische Vertiefung; eine »neue Theorie der *n.g.*« war nicht beabsichtigt (Bd. 2, 727). Dar- gestellt wird das kontinentaleuropäische Recht,

wenn auch ohne die skandinavischen Rechte (so dann Bd. 1, 23 Fn. 39); entsprechend bleibt das *common law* weitgehend ausser Acht (29 ff.). Gegenstand der Darstellung ist die *n.g.*, wie wir sie einerseits aus dem römischen Recht, andererseits aus der Entwicklung seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts kennen; mithin wird auf die vielen Jahrhunderte der Rezeption bzw. des gemeinen Rechts weitestgehend nicht eingegangen und es springt die Betrachtung aus der (Spät-)Antike in die fortgeschrittene Neuzeit (12, 38 f.). Das ist für einen »Sekundärromanisten«, wenn wir den Autor frech so kategorisieren dürfen, einerseits typisch, andererseits auch völlig unschädlich, wenn man sich sein »Ziel«, »Programm« oder seinen »Anspruch« vor Augen hält – nämlich die historischen und rechtsvergleichenden Grundlagen für einen rationalen Diskurs über eine zukünftige, gesamt-europäische Regelung zu schaffen (11). Ob es dazu allerdings der ausführlichen Betrachtung über die Bedeutung der »Freundschaft« in der römischen Gesellschaft und ihrer philosophischen Herleitung von den Griechen (23 ff. und v. a. 39–141) bedarf, darf man füglich bezweifeln: Freundschaft ist kein Rechtsbegriff, und wenn sich zwei über Aufwendungsersatz vor Gericht streiten, ist es nach aller Erfahrung mit der Freundschaft – so sie bestand – dahin. Dass zur *n.g.* des römischen Rechts eigentlich alles gesagt ist, bemerkt der Autor selbst (20), hält es aber – richtigerweise – für nützlich (wenn nicht sogar geboten), die geltenden und die römischen Regelungen dahingehend zu untersuchen, ob bzw. was sie für eine künftige Regelung in einem »europäischen« Zivilrecht beitragen können. Ob es dazu tatsächlich einer derart umfangreichen Darstellung des römischen Rechts bedarf, wie sie dann ein erstes Mal mit Seiten 141–240 erfolgt, aber auch in der Folge immer wieder aufgegriffen wird, bleibe dahingestellt. Deren einlässliche bzw. kritische Betrachtung wird hier nicht versucht. Im Mittelpunkt der Darstellung vor allem des 4. Teils (= Bd. 2) stehen die römisch-rechtlichen und die positiv-rechtlichen Regelungen in Kontinentaleuropa, soweit sie zur *n.g.* bestehen, und die Herausarbeitung ihrer (doch ganz überwiegenden) Gemeinsamkeiten, die wiederum relativ einfach zu erklären sind: Weil sich die Gesetzgeber der Kodifikationen am Wortlaut der römischen Quellen orientiert haben, schufen sie allein schon dadurch erhebliche Übereinstimmung der Normen, zudem scheint sich generationen- und nationenübergreifend kein ausgeprägter Wille zu

Originalität bzw. Eigenständigkeit entwickelt zu haben. Die n.g. regelt das bewusste Führen eines fremden Geschäfts und die daraus von Gesetzes wegen folgenden Aufwandsatz- bzw. Haftungsfolgen, und die sind ausser in Randbereichen deckungsgleich.

Der Schlussteil enthält zwar wohltonende und schwer theorielastige, aber ersichtlich unoriginelle Ausführungen über die sozialintegrativen Funktionen rechtlicher Verhaltenspflichten (Bd. 2, z. B. 687–690), die keinerlei spezifischen Bezug zum Thema haben, sondern vermutlich über jede (zivil-, straf-, verwaltungs- oder sonstige) rechtliche Regelung so gesagt werden können. Daneben fasst er die wesentlichen Erkenntnisse über das »Fremdgeschäftsführungsbewusstsein« – welchen Ausdruck wohl nur die deutsche Sprache zu schaffen in der Lage ist –, über den erfolgsunabhängigen Aufwandsersatz oder auch weniger überzeugende Ergebnisse zur »rechtsökonomischen Prüfung« zusammen, die zuvor an anderen Stellen entwickelt worden waren. Dass die n.g. eine »glatte Karriere« (728) von den römischen Klassikern bis in die Gesetze der Gegenwart gemacht hat, ist sicher vom Ergebnis her richtig beobachtet – aber den römischen Magistraten zu unterstellen, ihre Rechtsprechung hätte der Herstellung eines freien Marktes und eines funktionierenden Warenverkehrs gedient, ist sicher ganz abwegig (so aber 728); die – vollkommen – richtige Feststellung, dass in den Quellen zur n.g. nichts von »selbstlosem Altruismus« zu lesen ist (729), belegt, dass die langen und mit Fussnoten überfrachteten Ausführungen zur »amicitia« eben doch nichts zum Verständnis unserer römischen Quellen haben beitragen können. Und noch weniger kann ein »Primärromanist« den »Sekundärromanisten« verstehen, wenn der – wie schon auf Seite 728 angedeutet – auf Seite 730 davon schreibt, zentrale Prinzipien wie die Vertragsfreiheit, die Privatautonomie und die Verfügungsgewalt über Wirtschaftsgüter seien im Grundsatz im römischen Recht so bekannt gewesen wie im 19. Jahrhundert: Da dürfte eine mehrfach verschobene Optik den richtigen Blick auf die praktischen Folgen der Sklavenwirtschaft, der Hausgewalt und vor allem den Formzwang im Vertrags- und noch mehr im Prozesswesen verstellen und ein geschöntes Rest-Bild entstehen lassen, das dann auch noch bruchlos (der Autor ist konsequent) den »homo oeconomicus« in die Zeiten der Hochklassiker zurücktransponiert.

Dass der Autor grundsätzlich die bestehenden Regelungen für zukunftstauglich hält, ist nicht erstaunlich. Allerdings ist die Unbestimmtheit, mit der er auch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der n.g. auf die »echte« bzw. »echte und berechnete« Geschäftsführung für vertretbar hält, ja sogar den gänzlichen Verzicht auf eine besondere Regelung, dann doch wieder eher verwunderlich: Was soll nun gelten, wenn doch alles geht (734–737)? Wenig überzeugend ist schliesslich der Optimismus, der aus den Seiten 738–743 bezüglich der dogmatischen Gestaltungskraft historischer Argumente bei der Anwendung neuer, paneuropäischer »Begrifflichkeit« spricht: Dass man englische Ausdrücke wie »fair« oder »reasonable« länderübergreifend bzw. europaweit auf diesem Wege wieder juristisch »bändigen« könne, um es einmal so auszudrücken, hält der Unterzeichnete für schlichtes Wunschdenken, worüber die wortreichen, aber substanzarmen Satzungen dazu nicht hinwegtäuschen können, und schon gar nicht kann das Schlusszitat aus Kants »Metaphysik« das Erhoffte bewirken.

Der »Primärromanist«, als welchen sich der Unterzeichnete keck bezeichnen würde, hat seine Mühe mit der Zitierung der römischen Quellen, nicht nur den Novellen und dem Codex, sondern vor allen der Digesten: Die werden in umständlicher Weise nicht in der modernen Form (Buch, Titel, Lex, Paragraph) angeführt, sondern es werden auch noch der jeweilige »Autor« und das »Werk« (also z. B. Ulpian, Ediktskommentar) genannt, wofür nun wirklich kein Grund ersichtlich ist. Schon gar nicht können die zwei vereinzelt Digestenstellen D. 3,5,5,8 und D. 3,5,5,35 etwas Positives zur rechtlichen Bedeutung der Freundschaft belegen (missverständlich insoweit die Fn. 190 auf Seite 57; besonders befremdlich dann dort, wie eine Novellenstelle zitiert wird). Es mag beckmesserisch erscheinen, angesichts des gewaltigen Umfangs des Buches noch einzelne Missgeschicke hervorzuheben – aber das dient vor allem dazu, den Lesern dieser Zeilen zu zeigen, dass auch beim Überblättern auf Details geachtet wurde. So müsste es in Bd. 1 auf Seite 40 maleficium (und nicht »malificium«) heissen; abschreckend ist nicht nur die Zahl der Fussnoten, sondern häufig auch deren Umfang: So erstreckt sich z. B. die Fn. 340 über die Seite 81 unten, die ganze Seite 82, die ganze Seite 83 bis auf Seite 84 – und deren Thema ist die Frage, wo man Cicero philosophisch einordnet; viele weitere Fussnoten sind mit langen (lateinischen)

Zitaten aus Cicero angefüllt – da erscheint doch Gelehrsamkeit am falschen Ort ausgebreitet. Auch eine sich über drei Seiten (511–514) erstreckende Fn. 2580 zu einem hochspannenden dogmatischen Problem (verkürzt: Auftragsverhältnis in einer Dreiparteienkonstellation) ist keine Freude für einen Leser. Sodann ist die Behauptung auf Seite 774, das Schweizerische ZGB/OR folge dem »Pandektensystem«, schlicht und ergreifend falsch. Auf Seite 730–731 übersieht der Autor, dass Accursius 100 Jahre vor Baldus lebte und deshalb kein Beleg dafür sein kann, dass eine Idee des Baldus keine »größere Gefolgschaft bei den Legisten« gefunden hat – das setzt nämlich umgekehrte Lebensdaten voraus.

Der bedeutende Andreas von Tuhr wird offenbar in den Fussnoten durchgehend als »V. Thur«

geschrieben (vgl. z. B. Bd. 1, 595 Fn. 3005, 775 Fn. 3991, ebenso Bd. 2, 16 Fn. 4045 – er steht aber richtig auf Seite 933 des Literaturverzeichnisses).

Insgesamt lässt einen das Buch, nachdem man doch sehr viele Stunden damit verbracht hat, ziemlich ratlos zurück. Man hat das Gefühl, dass zwar unglaublich viel kompiliert und systematisiert und traktiert wurde, wovon letztlich auch der überreiche Fussnotenapparat zeugt – aber die eigentliche Botschaft, der »rote Faden« oder was man auch immer erwartet, ist in der Masse des Ausgebreiteten nicht erkennbar. Ein gutes wissenschaftliches Werk zeichnet sich jedenfalls nicht dadurch aus, dass es dem zwar gewiss oberflächlichen, indessen nicht ganz unkundigen Rezensenten die Schlüsselinformationen vorenthält. ■

Matthias Schwaibold

Der Richter und sein Rechner*

Der »Regius Professor of Civil Law« (sprich insb. für römisches Recht) in Oxford, der zuvor als Ordinarius in Bonn, Tübingen und Zürich wirkte (welcher Universität er weiterhin mit einem Teilpensum und »ad personam« erhalten geblieben ist), hat sich in letzter Zeit mit Themen befasst, die eher am Rande der typischen Themen von Zivilrechtslehrern liegen: Geldrecht, Leitfaden für Versammlungen oder Fristberechnung in der ZPO, und in mehreren Aufsätzen hat er Teile dessen behandelt, was Gegenstand des vorliegenden Buches ist. Vermutlich ist das die Erklärung dafür, dass die Inhalte der sieben Teile nicht immer ganz koordiniert erscheinen und insbesondere keine chronologische, wohl aber eine inhaltliche Konsistenz besteht: Es geht um die »kollektive Entscheidungsfindung«, genauer die Frage, wie ein Urteil zustande kommt, wenn mehr als ein Richter berufen ist, eines zu fällen. Der Einzelrichter ist

naturgemäss aller einschlägigen Probleme entoben, von allfälligen »Beratungskompetenzen« mitwirkender juristischer Sekretäre (Gerichtsschreiber, Auditoren oder ähnlich) einmal abgesehen. Hingegen stellt sich im Kollegialgericht (Spruchkammern in diversesten zahlenmässigen Zusammensetzungen wie drei, fünf oder sieben, gelegentlich auch mehr oder gar in gerader Zahl entscheidend) das Problem der »Vergemeinschaftung einer intellektuellen Leistung« (1) sehr wohl, und der Autor führt eine erstaunliche Anzahl von Konstellationen vor, die belegen, dass der so »einfach« erscheinende Vorgang alles andere denn banal ist. Nehmen wir an, in einer Fünferkammer liegen verschiedene, unter sich unvereinbare Richtermeinungen vor – wie lautet dann das Urteil, und mehr noch die dazu gelieferte Begründung? Könnte am Ende eine Klage durchdringen, bloss weil die divergierenden, sie ablehnenden Argumente

* WOLFGANG ERNST, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten. »group choice« in europäischen Justiztraditionen, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, XX und 362 S., ISBN 978-3-16-154361-6