

Prof. dr. sc. Hannes Hinker, profesor  
Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Grazu

## JURISTISCHES DENKEN UND FALLLÖSUNGSKOMPETENZ BEWÄHRTE UND NEUE MÖGLICHKEITEN DES RÖMISCHEN RECHTS.

UDK: 34 (37)

Primljeno: 15. 12. 2006.

Izvorni znanstveni rad

Rastuća europskokontinentalna državna obitelj ima s rimskim pravom i njegovim vrelima dragocjenu zajedničku osnovu "pravničku kulturu koja je znatno utjecala na europske pravne sustave današnjice". Ta bi osnova mogla biti od velike koristi u mnogim područjima, posebice u nastojanjima oko pravničkog ujednačavanja u Europi. Svakako je od koristi iskoristiti "*de lege ferenda*" postojeća moguća rješenja tipičnih problema i pravnih instituta, mijenjanih i usavršavanih kroz povijest. Autor u radu zorno pokazuje na koji način rješenja rimskog prava mogu utjecati na daljnji europski pravni razvitak i rješenja suvremenih pravnih problema, naglašavajući iznimnu važnost izučavanja rimskog prava i sa aspekta ostvarenja ciljeva pravničkog obrazovanja.

**Ključne riječi:** *rimsko pravo, pravničko mišljenje, sposobnost rješavanja slučajeva, potvrđene i nove mogućnosti rimskog prava*

S.g. Auditorium, s.g. Damen und Herren. Gestatten Sie mir - bevor ich mich meinem Thema zuwende - einige Anmerkungen hinsichtlich des Tagungsthemas "Rechtsgeschichtliche Herausforderungen am Anfang des neuen Jahrhunderts" vorzunehmen. Wir leben in einer - exponentiell zunehmend - globalisierten, ökonomisierten rationalisierten Welt. Rationalisiert ist hier lediglich ökonomisch zu verstehen - d.h.- ganz im Sinne von Effizienzsteigerung. Mit gleichen Mitteln ein mehr an Produktion, ein plus im Verkauf zu erreichen ist das Ziel. Wert- und damit sinnvoll erscheint hier vielen nur mehr jene Kenntnis und jenes Wissen zu sein, das eine unmittelbare Nutzenanwendung in diesem Kontext nach sich zieht. Bei diesen Rahmenbedingungen besteht immer deutlicher die Gefahr, dass es zu einer zu engen - und zu kurz definierten - weil ausschließlich ökonomisch gesehenen-Auffassung von Wissenschaft und Universität kommt. Auf diese Gefahr hinzuweisen und ihr mit entsprechenden Sachargumenten entgegenzutreten wird sicherlich eine der vielen Herausforderungen des neuen Jahrhunderts für Rechtshistoriker sein. Die wachsende kontinentaleuropäische Staatenfamilie hat mit dem Römischen Privatrecht und seinen Quellen ein sehr wertvolles gemeinsames Fundament, "eine Rechtskultur, welche die europäischen

Rechtssysteme der Gegenwart maßgeblich beeinflusst hat.”<sup>1</sup> Dieses Fundament könnte in vielen Bereichen unter anderem auch bei den Bemühungen um Rechtsvereinheitlichung in Europa nutzbringende Dienste leisten.

Als ein Beispiel aus breiter Auswahl sei dafür auf die von Knütel<sup>2</sup> behandelte Deckungsgleichheit bzw. Affinität der aus acht Artikeln bestehenden Kommissionsempfehlung zu Vertragsstrafen mit den von den römischen Juristen getroffenen Lösungen hingewiesen. Darüber hinaus weist der Autor mit Bezug auf die entsprechenden Quellen (D. 4,8,21,12 - 23pr.; D 4,8,52; u.a.<sup>3</sup>) auf eine sachlich durchaus gerechtfertigte Lösung zur Regelung eines von der Kommission nicht bedachten besonderen Sachverhaltes hin. Gemeint ist die Möglichkeit des Leistungsschuldners sich dann einer bereits verfallenen Vertragsstrafe entziehen zu können wenn er erstens die Leistung nur geringfügig verspätet erbringt, zweitens der Gläubiger die Vertragsstrafe noch nicht verlangt hat und drittens das Interesse des Gläubigers davon nicht berührt wird. So zeigt dieses Beispiel deutlich die Vorteile einer umfassenden Konzeption des Wissenschaftsbegriffes, hier eben einer Rechtswissenschaft, die das Recht umfassend in seinen Entstehungs- und Wirkungszusammenhängen zu erfassen, zu verstehen und zu erklären bemüht ist. Auch “de lege ferenda” ist es sicherlich von Vorteil den Katalog von vorhandenen Lösungsmöglichkeiten nach eingehender Reflexion zu nutzen bzw. auch zu verwerfen. Wer sich in den wichtigen Perioden der Rechtsgeschichte umsieht wird bald einen begrenzten Katalog – topoi - typische Probleme Lösungen, Denkfiguren, und Rechtsinstitute erkennen können. Diese topoi existieren selten rein linear durch Zeit und Perioden. Häufiger ist wohl das Phänomen ihres Verschwindens und ihres nicht völlig kongruenten Wiederauftauchens zu beobachten, weil sie zwischenzeitliche Erkenntnisse und Erfahrungen aufgenommen haben. Die Begrenztheit dieses Kataloges an Lösungen Denkfiguren und Rechtsinstituten - Mayer Maly<sup>4</sup> spricht von “Begrenzung des juristischen Inventariums”... oder “des Einfallsreichtums der Menschen und der Gesellschaften” und sieht in dieser Begrenzung einen der Gründe dass es oftmals zu einer “Renaissance von Rechtlichem” bzw. zu einer “Wiederkehr von Rechtsfiguren” kommt. Ferner sollte nicht außer Acht gelassen werden, dass alle Elemente dieses Kataloges sich unbestreitbar bewährt haben. Sei es durch die in vielfältigster Weise vorgenommene fachliche Reflexion, Intuition und Ausarbeitung, sei es durch die vielen erfolgreich bestandenen Bewährungsproben in den Gesellschaften der Menschen, in den verschiedenen relevanten Perioden im Lauf der Rechtsgeschichte. Das heißt mit anderen Worten, die Menschen werden immer wieder diesen Katalog für ihre juristische Arbeit nutzen, aber auch an diesem Katalog selbst arbeiten, insbesondere durch Auswahl und Adaption. Weil schlicht und einfach die fachliche Notwendigkeit vorgegeben ist, sich mit bewährten Methoden, Grundlagen und

---

<sup>1</sup> W. Kunkel/W. Selb Römisches Recht 4 1987, Klappentext.

<sup>2</sup> R. Knütel, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, ZeuP 2, 1994, 256.

<sup>3</sup> Knütel, a.a.O.25661.

<sup>4</sup> T.Mayer Maly, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ Nr. 1,1971, S. 3.

Instituten des Rechts auseinander zu setzen. Damit dies umso besser geschehen kann werden die heute von manchen als schwierig und sperrig empfundenen Quellen des Römischen Rechts durch Übersetzung und nötigenfalls durch Kommentierung den interessierten Benutzern bequemer zugänglich zu machen sein. (Zweite Herausforderung) In diesem Zusammenhang möchte ich auf den gerade erschienen dritten Band der Digestenübersetzung hinweisen. Wenn man daran denkt, dass die europäische Rechtskultur mit den in den Digesten enthaltenen 9142 Fragmenten einen Thesaurus von Rechtsfällen aufweist, die fast ausschließlich klassische Juristen mit der ihnen eigenen gedanklichen Schärfe und Präzision gelöst haben, wird die Bedeutung des obgenannten Übersetzungsprojekts deutlich. Das Wort klassisch ist hier natürlich sowohl periodisierend als auch qualifizierend zu verstehen. Nach Abschluss des zuvor erwähnten Übersetzungsprojektes wird dieser Schatz gelöster Rechtsfälle und Streitfragen einer breiteren Gruppe von interessierten Benutzern leicht zugänglich sein. Ad fontes! Dieser alten berechtigten Aufforderung, die unmittelbare Quelle der Information aufzusuchen und zu studieren wird die Jugend leichter entsprechen können, auch wenn sie sich manchmal gar nicht als *cupidae legum* erweist – wie es aufmunternd in der Vorrede zu den Justinianischen Institutionen gesagt wird. In diesem Kreis muss nicht lange erörtert werden, was all das für die Lehre unseres Faches bezüglich der Vermittlung von juristischem Denken und Falllösungskompetenz an die Studierenden bedeutet. Als Lehrender bin ich zur Auffassung gelangt, dass es den Studierenden als den Juristen von morgen mehr nützt, wenn als vorrangige Lehrziele Grundlagen, juristisches Denken und Falllösungskompetenz bestimmt und angestrebt werden. Die genannten Lehrziele erscheinen gerade im Hinblick der Aufgabe der Universität eine wissenschaftliche Berufsvorbildung - nicht Berufsausbildung – anzubieten als zweckmäßig. Dem Erwerb einer solchen “allround-qualification” kann danach sinnvoll und flexibel die berufsorientierte Spezialisierung folgen. Des weiteren machen die erwähnten Lehrziele gerade im Hinblick auf die heutige Informations- und Gesetzesflut Sinn. So kann die künftige Rechtsanwenderin, der künftige Rechtsanwender ein Verfügungswissen erwerben mit dem die Herausforderungen der Gesetzesflut und der in immer kürzeren Abständen erfolgenden und umfangreicher werdenden “Umbauten” der Rechtsordnung gemeistert werden können. Ein Verfügungswissen, das eben nicht durch diese in den Rechtsgemeinschaften zu beobachtenden “Trends” obsolet wird.

In Verfolgung dieser Lehrziele den erwähnten Katalog inhaltlich klar und konsistent zu bestimmen als auch unter den geänderten Rahmenbedingungen wirkungsvoll zu vermitteln, sei als dritte Herausforderung zusammengefasst.

Hinsichtlich des juristischen Denkens im Dienste der Falllösung soll einerseits das Denken in Rechtsinstituten, das sogenannte institutionelle Denken, andererseits das Denken in Prinzipien das sogenannte prinzipielle Denken behandelt werden. Am Beispiel der spezifisch römischrechtlichen Entwicklungsstufen auf dem Weg zu einer Forderungsabtretung, wie sie grundsätzlich dem modernen Recht entspricht, sollen die genannten Denkweisen erläutert werden. Die drei Entwicklungsstufen der Zession lassen sich anhand

von animierten Grafiken zum Obligationenrecht veranschaulichen. Die spezifischen Probleme und Lösungen auf dem langen historischen Weg zu einer echten Zession sind vom Prinzip der persönlichen Natur - eines ausschließlich auf die Personen Gläubiger und Schuldner gerichteten *vinculum iuris*<sup>5</sup> – entscheidend geprägt. Ein Prinzip, das eine Parömie des Gemeinen Rechts besonders einprägsam mit den Worten *nomina ossibus inhaerent* formuliert hat. Diese Konzeption bzw. dieses Prinzip des Obligationsbegriffes stand lange einer auch im Außenverhältnis gesicherten Rechtsnachfolge des Zessionars in das Forderungsrecht entgegen. In der römischen arbeitsteiligen Wirtschaft bestand selbstverständlich der Bedarf und die Notwendigkeit zur Forderungsabtretung, nicht zuletzt weil die Wirtschaftstreibenden in einer Forderung aus pragmatischen Gründen wohl eher ein disponibles Vermögensgut sehen wollten. Die Möglichkeit einen Gläubigerwechsel durch Novation herbeizuführen war wegen der bekannten Nachteile - der notwendigen Mitwirkung des Schuldners, und des Untergangs der Nebenrechte - offensichtlich auch kein Ausweg. Das erwähnte der Abtretung entgegenstehende Prinzip von der persönlichen Natur der Obligation und der Bedarfsdruck der Wirtschaft nach brauchbaren Möglichkeiten der Forderungsabtretung haben einen gewissen kreativen Aufwand juristischer Konstruktion evoziert, der zu den bekannten drei Abtretungsmodellen geführt hat. Die drei Abtretungskonstruktionen sind als Ergebnis institutionellen Denkens zu sehen, um das Ziel der Abtretung trotz des entgegenstehenden Prinzips (persönliche Natur der Obligation bzw. *nomina ossibus inhaerent*) dennoch zu erreichen. Herangezogen werden die Rechtsinstitute *mandatum* und *iussum*. Der Zedent überträgt seine Forderung an den Zessionar durch Erteilung eines Prozessmandats, des sog. *mandatum ad agendum*. Er macht damit den Zessionar zu seinem Prozessvertreter (*cognitor* oder *procurator*) und ermächtigt ihn durch *iussum* das Erstrittene zu behalten. Dadurch ist eine Mandatsausübung im eigenen Interesse gegeben, es liegt ein *mandatum in rem suam* vor. Der Zessionar klagt im eigenen Namen die Forderung ein. Der Hauptnachteil dieser Konstruktion besteht in der schwachen Stellung des Zessionars, der bis zu Streitbegründung ungesichert neben dem, das Forderungsrecht behaltenden, Altgläubiger steht. D.h. der Zedent konnte die Forderung selbst einziehen und dies sowohl mit als auch ohne Widerruf des Mandats. Erst ab Streitbegründung war der neue Gläubiger auf Grund der Prozessnovation gesichert. Daher wurden *cautiones* üblich, das heißt dass sich der Zessionar vom Zedenten sicherheitshalber all das versprechen ließ, was dieser aus seinem Forderungsrecht abrede- und zweckwidrig lukrieren sollte.

Ab Antoninus Pius entsteht als zweites Abtretungsmodell die Möglichkeit für den Zessionar unabhängig von einem Prozessmandat aus eigenem Recht zu klagen. Damit sind die Erben des Zessionars Rechtsnachfolger und die mit der Mandatskonstruktion verbundenen Nachteile des ersten Modells durch Tod bzw. möglichen Widerruf des Zedenten werden vermieden. Der *bonorum emptor* hat

---

<sup>5</sup> Vgl. G.Wesenberg/G., Wesener Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte 4 1985, 51.

erstmals eine *actio utilis* um eine zur Erbschaft gehörende Forderung einzuklagen; später kamen weitere Fälle hinzu: [Damnationslegatar, Ehemann/dos, Forderungskäufer,u.a.] Dennoch hatte auch hier der Altgläubiger weiter sein Forderungsrecht; der *debitor cessus* konnte immer noch mit schuldbefreiender Wirkung an ihn leisten. D.h. der Zessionar war auch hier nicht im Außenverhältnis gesichert. Von einer echten Abtretung kann auch bei diesem zweiten Modell nicht gesprochen werden.

Erst das dritte Abtretungsmodell in der Spätklassik gelangte zur Sicherung des Zessionars auch im Außenverhältnis (somit zu einer echten Abtretung), indem dieser den *debitor cessus* in der *denuntiatio* die erfolgte Abtretung anzeigte. Ab *denuntiatio* konnte der Schuldner nicht mehr mit schuldbefreiender Wirkung an den Zedenten leisten. Erst dieses Modell konnte dem Geltenden Recht als brauchbare Vorlage dienen.

So zeigt die skizzierte "dreistufige" Entwicklung der Forderungsabtretung m.E. deutlich, dass die römischen Juristen ein in ihrem prinzipiellen Denken vorhandenes Hindernis durch kreatives institutionelles Denken überwunden haben und so zu einer überzeitlich nutzbaren Lösung - trotz spezifisch ungünstiger Ausgangslage - gelangt sind.

## LEGACY MIND AND CASE RESOLVING CAPACITY: OLD AND NEW POSSIBILITIES OF ROMAN LAW

European legal family and roman law and its sources are closely interconnected in "legal culture which influenced enormously on legal systems today". Its common ground could be of importance in various fields especially in process of construction of new common law of europe. In paper author describes some roman law ways and methods of importance for new european legal development.

**Key words:** *roman law, legal mind, case resolving capacity, old and new opportunities of the roman law*