

DIE SCHWEIZ UND DAS RÖMISCHE RECHT*

EIN BILD IN GROBEN ZÜGEN

*Prof. Dr. Pascal PICHONNAZ***

Das römische Kaisertum des Westens ging im Jahre 476 n. Chr. unter, als der germanische König Odoaker den letzten weströmischen Kaiser Romulus Augustulus absetzte (Meder, 2008, S. 90 f.; Stein, 2003, S. 34 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 150 ff.). Das römische Kaisertum dauerte im Osten fort, mit Konstantinopel (heute Istanbul) als Hauptstadt, bis zu seinem Niedergang im Jahre 1453 n. Chr. Die Schweiz liegt im Westen, existiert aber erst seit 1291 n. Chr. Man könnte also denken, dass das Thema dieses Aufsatzes eigentlich kein Thema sei, da das römische Kaisertum im Westen Jahr-hunderte vor der Entstehung der Schweiz niederging. Sollte man sich also diese Zeit nicht ersparen?

Wenn man aber das Generalthema des Buches «Das Vermächtnis der Römer» in Betracht zieht, wird das Ganze viel klarer. Ich werde mir hier Gedanken über die Nach- oder sogar die Fortwirkung des Römischen Rechts machen, da das (Römische) Recht das wichtigste Vermächtnis der Römer für unsere Zeit darstellt. Man sagt oft, dass die europäische Identität, Kultur und somit auch die schweizerische Identität sich aus drei Merkmalen herauskristallisiert hat: die Christlichkeit, die Aufklärung und das Römische Recht (Cannata, S. 3 ff.). Ich werde mich aber nur um den letzten Punkt dieser Trias kümmern: das Römische Recht.

* Pascal **Pichonnaz**: “Die Schweiz und das Römische Recht, Ein Bild in groben Zügen”, Das Vermächtnis der Römer, Römisches Recht und Europa (Editör: **Fagnoli**, Iole/**Rebenich**, Stefan), Bern/Stuttgart/Wien 2012, s. 21-46.

** Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk ve Roma Hukuku Kürsüsü Profesörü

Ich werde zuerst einige allgemeine Gedanken über das Recht der Römer präsentieren (I.) und mich dann vor allem mit dem Weiterleben des Römischen Rechts in der Schweiz während des Mittelalters und der Neuzeit beschäftigen (II.). Schliesslich werde ich einige römischrechtliche Aspekte im gegenwärtigen schweizerischen Recht aufzeigen (III.).

I. Einige Gedanken über das Recht der Römer

Ubi societas, ibi ius, «Wo es eine Gesellschaft gibt, da ist auch Recht.» Und in der Tat glaubt man noch heute, dass es schon in der römischen Königszeit, d.h. von der Gründung Roms bis 509 v. Chr., einige Gesetze (*leges regiae*) gab (Pomp., D. 1, 2, 2, 2). Das Recht jener Zeit war vor allem durch zwei Merkmale geprägt: einerseits von religiösem Recht (*fas*), denn das Recht lag in den Händen der Priester, bei jeder Entscheidung war die Beziehung mit den Göttern mindestens so wichtig wie die Lösung zwischen den Privaten; andererseits war es die Zeit der Dominanz des Mündlichen, zentral waren vorwiegend die Aussagen der Priester und das Gewohnheitsrecht (Gaudemet, 1967, S. 224; Fögen, 2002, S. 33; Capogrossi Colognesi, 2004, S. 26).

Mit der Entstehung der römischen Republik ab 509 v. Chr. wandelte sich die Gesellschaft allmählich. Die Plebejer wurden unruhig und verlangten mehr Rechte gegenüber den Patriziern und vor allem das Recht, ihre Rechte zu kennen; dies gab Anlass zu einem ersten wichtigen Gesetz, nämlich zum Zwölftafelgesetz der Jahre 451-450 v. Chr. Die Plebejer hatten als Garantien ihrer Freiheit Rechtsklarheit und Rechtsicherheit verlangt (was heute noch von den Rechtsadressaten gewünscht wird): Alle Gesetze sollten öffentlich bekannt sowie zugänglich gemacht werden und zugleich für alle Bürger verbindlich sein. Das Zwölftafelgesetz ist uns nur indirekt überliefert; die Juristen haben sich aber oft daran orientiert, so dass es die Entwicklung des Römischen Rechts stark geprägt hat. Das Zwölftafelgesetz war auch der Beginn einer Befreiung von der religiösen Bindung des Rechts und somit der Anfang seiner Verweltlichung, wie sie heute noch unserem abendländischen Verständnis zugrunde liegt (Pichonnaz, 2008a, Rz. 79 f.).

Das so genannte klassische Römische Recht beginnt sich gegen Ende der römischen Republik zu entfalten (um 100 v. Chr.), erlebt seine Blütezeit

während des Kaisertums und dauert fort bis zum Ausbruch der grossen Zivilkriege in der Mitte des 3. Jh. n. Chr. Während dieser Zeit (die etwa 350 Jahre währt) vollbrachten Juristen eine bis dahin unübertroffene und unglaubliche Entwicklung und Verfeinerung des Rechts. Zentral war dabei die Sprache: auf dem Forum, vor dem römischen Prätor und vor dem Richter wurden die Streitfälle hauptsächlich mündlich abgewickelt, obwohl die Prozessformel (*formula*), die einem Zugang zum Richter verschaffte, schriftlich abgefasst war. Daneben aber haben berühmte Juristen auch (fiktive und reale) Fälle zusammengetragen (*Regulae, Digesta, Responsa*) und diese schriftlich festgehalten, und zwar so, dass sie eigentliche kasuistische Regeln formulierten (Cannata, 1989, S. 109 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 224 ff.). Heute haben wir Bestimmungen in Gesetzbüchern, damals hatten die Römer Fallregeln in Sammelbüchern.

Diese klassische Epoche war auch die Zeit der grossen Juristen, die wir heute noch kennen, Pomponius, Gaius, Papinianus, Ulpianus oder Paulus, um nur die wichtigsten zu erwähnen. Laut Cannata gab es aber insgesamt eine geringe Zahl von etwa 90 Juristen zwischen 200 v. Chr. und 250 n. Chr. (Cannata, 1989, S. 126).

Nach einer 50-jährigen Zeit der Unruhe folgte eine weitere Epoche des Römischen Rechts mit der so genannten nachklassischen Zeit, die von 284 n. Chr. bis 565 n. Chr. dauerte. Während dieser zweiten, kaiserlichen Zeit (von Domitian bis Justinian) hat sich das Recht verschriftlicht. Die hohe juristische Präzision und Fachlichkeit der Juristerei der klassischen Epoche entwickelte sich in pragmatischer Art weiter, was auch damit zusammenhing, dass die Kaiser dieser Zeit ihre Macht viel autoritärer ausübten. Da die damaligen Juristen die Feinheiten der Überlegungen ihrer klassischen Vorgänger nicht mehr verstehen konnten, kam es vor den Richtern zum Vorlesen von Meinungen der klassischen Juristen in einer sehr strukturierten, vielleicht gar starren Art und Weise (Cannata, 1989, S. 159; Pichonnaz, 2008a, Rz. 121 ff.). Im Mittelpunkt stand weniger die Überzeugungskraft der Argumente, sondern vielmehr die Anzahl wichtiger klassischer Juristen, die für eine Argumentation zitiert werden konnten. Deshalb brauchte man mehr Bücher aus der klassischen Zeit, welche aber schwierig zu beschaffen waren. Ausserdem benötigte man vor allem auch

solche Bücher, die Sondermeinungen vertraten, so dass immer auch Fälschungen auf dem Markt angeboten wurden (Pichonnaz, 2008a, Rz. 123).

Kaiser Konstantin erliess in den Jahren 321 und 327 n. Chr. zwei so genannte Zitiergesetze (kaiserliche Konstitutionen), die den Gebrauch der klassischen Schriften regelten (CTh. 1,4,1, eine Konstitution vom Kaiser Constantin aus dem Jahre 321 n. Chr.; CTh. 1,4,2, eine weitere Konstitution von Constantin aus dem Jahre 327 n. Chr. [Capogrossi Colognesi, 2009, S. 461 f.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 126]). Und Theodosian II. erliess ein ähnliches Zitiergesetz im Jahre 426 n. Chr, dessen Text wie folgt lautet (CTh. 1, 4, 3):

Imp. Theod. et Valentin. A A. ad Sen Urbis Rom. Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententias proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. et cetera. Dat. VII Id. Novemb. Ravenna DD.NN. THEOD (OSIO) XII ET VALENT(INIANO) II AA. CONSS.

Die Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III., die Erhabenen, an den Senat der Stadt Rom. Nach Anderem. Wir bekräftigen die gesarnten Schriften von Papinian, Paulus, Gaius, Ulpianus und Modestinus dergestalt, dass Gaius dieselbe Geltung wie Paulus, Ulpian und die übrigen besitzt und Stellen aus seinem gesarnten Werk vorgetragen werden können. Auch die Auffassungen derer, deren Abhandlungen und Meinungen alle soeben Genannten in ihren Werken anführen, erklären wir für gültig, wie diejenigen des Scaevola, des Sabinus, des

Iulianus und des Marcellus und aller, die jene zitieren, wenn nur ihre Bücher wegen der altersbedingten Unsicherheit durch einen Vergleich von Handschriften bestätigt werden. Wo aber verschiedene Meinungen vorgetragen werden, dort soll die Mehrheit der Autoren siegen, oder, wenn die Anzahl gleich ist, soll diejenige Seite vorgehen, auf der der scharfsinnige Papinian hervorragt, der, wie er Einzelne besiegt, so Zweien weichen muss. Auch ordnen wir an, dass die Anmerkungen von Paulus und Ulpian zu dem Gesamtwerk Papinians, wie es bereits früher festgesetzt wurde, ungültig sind. Wo sich aber gleichviel Meinungen solcher Juristen gegenüberstehen, deren Ansehen als gleich anzusehen ist, soll der Richter nach seinem Ermessen entscheiden, welcher er folgen will. Wir ordnen auch an, dass die «*Sententiae*» des Paulus stets gültig sein sollen. Und das Übrige.

Ein solches Zitiergesetz findet sich in der *Lex Romana Curiensis* wieder, auf die ich noch zurückkommen werde (Soliva 1986, S. 189 ff.; Meyer-Marthaler [1968]).

Um das geltende Recht festzulegen, kam es somit unter Kaiser Theodosian dem Zweiten (408-450 n. Chr.) etappenweise zu einer Kodifikation der kaiserlichen Erlasse, den so genannten *Constitutiones*. Der hieraus entstehende *Codex Theodosianus* wurde für beide Teile des römischen Reichs im Jahre 439 n. Chr. in Kraft gesetzt (Meder, 2008, S. 86; Pichonnaz, 2008a, Rz. 139; für eine neue Analyse, vgl. Sirks, [2007]). Wenige Jahre darauf ging das römische Reich im Westen aber unter.

Als der grosse Kaiser Justinian 527 n. Chr. kaiserliche Würden erlangte, wollte er zuerst die Gebiete der Barbaren im Westen zurückerobern und das römische Reich im Westen wiederaufleben lassen, was ihm für einige Jahre gelang (darum kann man heute noch die wunderbaren Mosaik in Ravenna in Italien besichtigen). Dafür brauchte er aber auch klares Recht. Wie Theodosius II. hat er also 529 n. Chr. eine erste Kodifikation in Kraft gesetzt, die alle noch gültigen kaiserlichen Erlasse umfasste. Hiermit war jedoch noch nicht das ganze geltende Recht gesammelt. Er entschloss sich darum 530 n. Chr., eine Kompilation aller wichtigen Fallsammlungen der klassischen Zeit zu erarbeiten. Eine Kommission von elf Mitgliedern wurde ernannt, die im Dezember 533 n. Chr. eine Sammlung dieser Fälle in 50

Büchern publizierte, die so genannten *Digesta*, Digesten, oder *Pandectae* (aus dem Griechischen). Gleichzeitig wurde auch ein kleines Lehrbuch erarbeitet (*Institutiones*), um den Umgang mit den Digesten zu erleichtern. Ein Jahr später publizierte Justinian zudem eine neue, umfassendere Auflage seiner Konstitutionenkompilation, den *Codex Iustiniani* (529 n. Chr.) (Capogrossi Colognesi, 2009, S. 464 f.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 157). Diese drei Teile, Institutionen (das Lehrbuch), Digesten (die Fällesammlungen) und *Codex* (die Konstitutionensammlungen) wurden dann später, im Mittelalter (1583), als *Codex iuris civilis* bezeichnet seit deren Gesamtausgabe des französischen Humanisten Dionysius Gothofredus von 1583 (siehe Hausmanninger/Selb, 2001, S. 56).

Neben dieser Kompilation durch die Römer fanden auch römische Entscheidungen und kaiserliche Erlasse ihren Weg in die Gesetze der Barbaren. Einerseits deshalb, um die Probleme zwischen Barbaren und Römern mit angepassten Bestimmungen zu regeln, andererseits aber auch, um gute Lösungen in das barbarische Recht aufzunehmen. Die *Lex Romana Visigothorum* (506 n. Chr.), die *Lex Romana Burgundionum* (Ende des 5. Jh.) und weitere Gesetze der verschiedenen Sippen haben auf diese Weise gewirkt. Man kennt z. B. eine *Lex Romana Curiensis*, die eine Bearbeitung und Vereinfachung der *Lex Romana Visigothorum* darstellte (Soliva, 1986, S. 194) und in Graubünden, in der Nähe von Chur, in der 1. Hälfte des 8. Jh. angewendet wurde (zu diesem Gesetz vgl. u.a. Meyer-Marthaler, 1968, S. 7 ff.; Soliva, 1986, S. 189-206 [mit Bibliographie]). Nach neueren Kenntnissen war dieses «Gesetz» wahrscheinlich nie geltendes Recht, sondern vielmehr ein künstliches Konstrukt, eine literarische Rezeption weströmischen Vulgarrechts (Soliva, 1986, S. 201 f.; *contra* noch Gaudemet, 1965, S. 50), welches den Vorrang des geltenden, ebenfalls römisch geprägten Gewohnheitsrechts nicht antastete, sondern durch Letzteres vielmehr verfremdet wurde (Arquint, 1998-2010; Soliva, 1986, S. 203 ff., besonders S. 205).

Nach dem sozusagen zweiten Niedergang des Römischen Rechts im Westen hätte man gedacht, dass das Römische Recht nur noch in einer geänderten Form, nämlich in den Gesetzen der so genannten Barbaren, weiterleben wird. Das war zum Teil so. Es kam aber bald darauf zu einer

Wiedergeburt, die ein echtes Fortleben und gleichzeitig eine Weiterentwicklung des Römischen Rechts bewirkte.

II. Das Weiterleben des Römischen Rechts in der Schweiz, während des Mittelalters und in der Neuzeit

Die Wiederentdeckung eines Manuskripts der Justinianischen Digesten (dieser Fallsammlung aus dem 6. Jh.) in Italien gegen Ende des 11. Jh. hat das Schicksal des Rechts im Westen völlig verändert. Dieses Manuskript wurde in der Folge systematisch bearbeitet. Es war unter anderem Anlass für die Gründung von Universitäten und juristischen Fakultäten nicht nur in Italien, sondern später auch in ganz Europa. Von Bologna aus (1088 n. Chr.) erreichte die Welle der Fakultätsgründungen sogar den Norden von England und somit natürlich auch die Schweiz (Basel im Jahre 1460). Überall hat man an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten dasselbe studiert: die Digesten und den *Codex Justinians*. Das älteste uns bekannte Manuskript der Justinianischen Digesten (der *Codex Florentinus*), stammt aus dem 6. Jh. Es befindet sich in der Bibliothek Medicea Laurenziana in Florenz (*Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, vol. I, S. 11 ff.).

Eine ganze Reihe von Schweizer Juristen ging nach Bologna, um dort zu studieren. In ihrem 1960 erschienenen Buch «Les juristes suisses à Bologne» haben Susan und Sven Stelling-Michaud 225 Schweizer Studenten in Bologna zwischen 1265 und 1300 registrieren können und weitere 85 zwischen 1300 und 1330. Man weiss also heute von etwa 310 Schweizer Studenten in Bologna in diesen 65 Jahren. Aber vor allem seit Beginn des 14. Jh. gingen Schweizer Studenten häufiger nach Frankreich, an die rechtswissenschaftlichen Fakultäten von Orléans (gegründet 1230), Montpellier (gegründet 1260), Perpignan (gegründet 1349) oder Bourges (gegründet 1464), weil der Glanz von Bologna verblasste (Stelling-Michaud, 1960, S. 277 ff.). Obwohl sich die Denkweise zwischen den italienischen und den neuen französischen Universitäten unterschied (man spricht von *mos [docendi] italicus* und *mos [docendi] gallicus*), wurde immer mit denselben Büchern gearbeitet, d.h. mit den Justinianischen Digesten und dem *Codex*. Diese Texte wurden glossiert, d. h. mit Randanmerkungen bereichert, und später kommentiert, sprich in Bruchstücken erklärt. Man stritt über die Bedeutung, die Zusammenhänge oder Gegensätze von

speziellen Fällen. Das Ganze entwickelte die juristische Argumentation. Eines blieb aber immer identisch: Bis ins 16. Jh. hinein blieb der eigentliche Text der Digesten und des *Codex* unversehrt. Es war wie eine zweite Heilige Schrift nach der Bibel. Man betrachtete den Text als vollständig, widerspruchslös und unabänderbar; genau gleich wie die Bibel. Das erinnert an den Spruch des römischen Juristen Ulpian (3. Jh. n. Ch.), der meinte: «Mit Grund kann man uns Priester der Gerechtigkeit nennen. Denn wir dienen der Gerechtigkeit und lehren das Wissen vom Guten und Gerechten, indem wir Recht von Unrecht trennen, Erlaubtes von Unerlaubtem scheiden und danach streben, die Menschen nicht nur durch Furcht vor Strafe, sondern auch durch Verheissen von Belohnung zum Guten zu führen. [...]» (Ulp. D. 1.1.1 [1 inst.]: «*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*»).

Für die Schweiz bedeutete dies, dass die meisten Universitätsjuristen des 15. und 16. Jh. dasselbe gelernt hatten - dieselben Techniken, dieselbe Methodologie (Schröder, 2001, S. 23 ff.; Vogenauer, 2001, S. 430-662) und dasselbe (gelehrte) Recht. Das Recht der schweizerischen Täler unterschied sich tatsächlich stark, da das Gewohnheitsrecht und die Spiegel des Rechts («coutumiers») unterschiedlich waren (Huber, 1893, § 108, S. 18 ff., sowie § 112, S. 99 für die Landbücher und Thalrecht; auch Poudret, [1996-2006]). Bei der Anwendung aber, d.h. bei der Auslegung und vor allem bei der Lückenfüllung dieser mündlichen oder schriftlichen Gewohnheitsrechte, wendeten die gebildeten Juristen dasselbe Instrumentarium an. Die Erarbeitung der Quellen in einer wissenschaftlichen Art hat seit den Glossatoren den Juristen die Möglichkeit gegeben, die Reproduzierbarkeit des Rechts durch wissenschaftliche Methoden zu gewährleisten (Samuel, 1995, S. 109, S. 149 ff.; Caroni, 2011, S. 62). Es ist also zuerst eine Sache der Methode, der Wissenschaft, dann aber auch des Inhaltes (Samuel, 2007, S. 216 ff.; Caroni, 2011, S. 62). In der Tat gab es in den Landrechten auch Lücken, so dass das «gelehrte» Römische Recht allmählich diese verschiedenen Rechte beeinflussen konnte. Es bildete sich in diesen Zeiten ein so genanntes *ius commune*, ein Gemeines Recht, in ganz Europa und

somit auch in gewisser Weise in der Schweiz heraus. D.h. nicht, dass überall genau dasselbe Recht angewendet wurde, aber man verwendete dieselbe Denkweise, dieselbe Sekundärliteratur und dieselbe Art von Lückenfüllung. Recht wurde schon damals auf dem Kontinent als eine Wissenschaft betrachtet.

Wie Ferdinand Elsener (1975, S. 20 ff.) und andere Autoren (Caroni, 2011, S. 56 f.; Bühler, 2003, S. 1 ff., insbesondere auch S. 60: «Die Rechtsentwicklung in der Schweiz ist somit keine andere als in Süddeutschland, Italien und Frankreich»; zurückhaltend Pahud de Mortanges, 2007, S. 134 ff.; und im allgemeinen Zimmermann, 2002, S.13 ff., S. 98 ff.; Pichonnaz, 2011a, S. 58 ff.) gezeigt haben, meinen wir, dass E. Huber diesen Aspekt zu wenig gewichtet hat, wenn er in seinem «System und Geschichte des Schweizerischen Rechts» 1893 schreibt: «doch bedeutet das nur eine kleine Ingredienz, nicht viel bedeutsamer, als das besondere Recht, unter welchem die Juden und teilweise auch die italienischen Kaufleute, die sogenannten Laparten, lebten» (Huber, 1975, S. 115). Das bedeutet aber nicht, dass das Römische Recht eine starke formelle Rolle gespielt hat; vielmehr ist es nicht auszuschliessen, dass es in der Schweiz im 17.-18. Jh. keine eigentliche Rechtswissenschaft gab (Caroni, 2011, S. 76). Vielleicht kann man eine solche noch für Städte annehmen, wie man es zum Beispiel bei der Gründung einer rechtswissenschaftlichen Akademie im Jahre 1763 in Fribourg sehen kann: Römisches Recht und Naturrecht sind die beiden Fächer, die unterrichtet wurden und nicht die Gewohnheitsrechte (De Raemy/Corpataux, 1922, S. 13 ff.; Elsener, 1975, S. 346).

Mit dem Humanismus des 16. Jh. und seinem neuen Wissenschaftsprogramm (Hattenhauer, 2004, Rz. 1173; Stein, 2003, S. 90 ff.; Coing, 1985, S. 67 ff.; Senn, 2003, S. 172 ff., S. 179 ff.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 833 ff.) und dann vor allem mit der Zeit des Naturrechts im 17./18. Jh. (Hattenhauer, 2004, Rz. 1225 ff.; Stein, 2003, S. 117 ff.; Pichonnaz, 2008a, Rz. 292 ff.; Meder, 2008, S. 240 ff.; Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 1099 ff.; Coing, 1985, S. 72 ff.; Wieacker, 1967, S. 249 ff., S. 599 ff.) begann das *Corpus iuris civilis* eine andere Rolle zu spielen. Es wurde nicht mehr als das Kompendium des einzigen unantastbaren Rechts betrachtet, sondern eher als eine *ratio scripta*, eine schriftliche Vernunft, eine mögliche Konkretisierung des Naturrechts. Das

Werk *De iure belli ac pacis* von Hugo Grotius aus dem Jahre 1625 war u. a. das Buch, das diese Wende herbeiführte.

Das Römische Recht blieb weiterhin zentral, um die juristischen Prinzipien, die man in der Natur lesen und finden konnte, zu veranschaulichen; es war aber nicht mehr die einzige Quelle, Im Jahre 1689 schrieb z. B. der französische Jurist Jean Domat (1625-1696) ein Kompendium von Texten und Fällen unter dem Titel: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Das Buch enthielt in hohem Grade Römisches Recht, was die Einführung bestätigt:

«Il paroît bien étrange que les Loix Civiles, dont l'usage est si necessaire, soient si peu connuës, & que n'étant presque toutes que des regles de l'équité, dont la connoissance nous est naturelle, l'étude qui devoit en être également facile & agreable, soit si difficile et si épineuse. Cependant il faut reconnoître que de la manière dont ces Loix sont recueillies dans les Livres du Droit Romain, qui en sont l'unique dépôt, il n'est pas aisé de les bien apprendre. Et c'est ce qui fait que parmi ceux que leur profession oblige à les sçavoir, plusieurs les ignorent, et que personne n'y devient habile que par une longue et penible étude. [...]» (Domat, 1723, «préface»).

Etwa hundert Jahre später entschloss sich der Franzose Robert-Joseph Pothier (1699-1772), die Texte der Digesten und des *Codex Iustinians* zu reorganisieren, um gleichartige Themen, die in beiden Sammlungen abgehandelt wurden, zusammenzustellen. Das dreibändige Werk *Pandectae* wurde dann 1748-1752 publiziert (siehe Pothier, [1818]).

Auf der Basis dieses Werks, das von der fast schon unheimlichen Beherrschung des Römischen Rechts zeugt, schrieb Pothier daraufhin einen *«Traité des Obligations»* (Traktat der Obligationen) (1. Aufl. 1761; siehe Pothier, [1824]). Dieses Buch wurde, was den obligationenrechtlichen Teil angeht, vom französischen Gesetzgeber gegen Ende des 18. Jh. fast wörtlich übernommen. Der *Code civil français* von 1804 hält sich somit in vielen Teilen sehr nahe an die Ausführungen Pothiers (und zum Teil Domats; siehe Halpérin, 1992, S. 21, S. 121), die sich beide auf das Römische Recht des Mittelalters und die Digesten stützten. Nachstehend die Ausführungen von Halpérin:

«A proprement parler, le droit décrit par Pothier ne s'appliquait nulle part en France, mais il avait vocation à inspirer et à convaincre, par sa clarté, les juristes de toute la France.» (Halperin, 1992, S. 21, S. 121).

Der Einfluss von Pothier war aber schon im ersten Entwurf Cambacérés (9. August 1793) spürbar, da fast alle Bestimmungen über die allgemeine Theorie der Obligationen und der besonderen Verträge aus dem Traktat von Pothier stammten (Halperin, 1992, S. 21, S. 121).

Ein ähnliches Phänomen fand in Preussen statt. Friedrich der Zweite wünschte eine neue Gesetzgebung im Stil des Jahrhunderts der Aufklärung («*siècle des Lumières*»). Die Kompilation stützte sich auch wieder sehr stark auf die römischen Fälle, ihre langjährige Bearbeitung durch die Juristen des Mittelalters und auch auf die Idee, dass das Römische Recht als *ratio scripta* des Naturrechts gelte. Somit ist das 1794 in Kraft getretene Allgemeine Landrecht der Preussischen Staaten (ALR) voll von römischrechtlichen Lösungen und Denkweisen.

In Österreich fand etwas Ähnliches statt. Carl Anton von Martini war auch vom Naturrecht beeinflusst, insbesondere von Wolffs Rechtsdenken (Senn, 2003, S. 268). Der zweite Redaktor, Franz von Zeiller, stand noch unter naturrechtlichem Einfluss, aber eher von Seiten Kants (Senn, 2003, S. 268). Beide lehnten den Gesetzestext des österreichischen ABGB ebenfalls stark an das Römische Recht an. Man könnte Hunderte von Beispielen nennen; ich werde nur ein einziges Beispiel geben, die juristische Definition der Sache im ABGB:

«§ 285. Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.

§ 291. Die Sachen werden nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit eingeteilt: in körperliche und unkörperliche; in bewegliche und unbewegliche; in verbrauchbare und unverbrauchbare; in schätzbare und unschätzbare.»

Diese Definition stimmt überein mit derjenigen von Gaius, einem Rechtsprofessor des 2. Jh. n. Chr., der im Jahre 160 n. Chr. ein berühmtes Lehrbuch (*Institutiones*) verfasst hat.

Gai. 1,8: «Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones» und dann Gai. 2,12: «Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales».

Bevor ich spezifischer über den damaligen Einfluss des Römischen Rechts auf die Schweiz sprechen kann, muss ich noch einiges über die Situation in Deutschland zu jener Zeit erklären. Auf die Naturrechtswelle folgte ein neues Rechtsverständnis, die so genannte Historische Rechtsschule, die von Gustav Hugo (1764-1844) und Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) gegründet wurde. Ihre Ideen können folgendermassen zusammengefasst werden: Um eine Gesetzgebung für Deutschland auszuarbeiten, muss man zuerst den Volksgeist historisch erörtern. Diesen Volksgeist sah Savigny (im Gegensatz z. B. zu Otto von Gierke) nicht im germanischen Recht, sondern im Römischen Recht. *«Back to the origins»* könnte das Motto geheissen haben. Savigny erblickte die Ursprünge im klassischen Römischen Recht, also in der Fallsammlung der Digesten. Die Bearbeitung der Materie war aber besonders. Die (kelsianische) Idee, dass das Recht ein System darstelle, brachte Savigny dazu, das Römische Recht so aufzuarbeiten, dass das System an sich im Vordergrund stand. Er versuchte prinzipiell, diese Idee des hochabstrakten und systematischen Rechts auf die römischen Quellen zu stützen. So kam es zu seinem weltberühmten achtbändigen Werk von 1840, «Das System des heutigen Römischen Rechts». Dieses Buch, wie auch weitere Bücher, etwa das Pandektenrecht von Bernhard Windscheid und weitere Werke der Historischen Rechtsschule, wirkten auf die deutsche Gesetzgebung ein. Eine Detailschilderung dieser Einflüsse ist hier in aller Kürze nicht möglich und auch nicht nötig.

Die Schweiz wurde mehrfach von diesen Entwicklungen erfasst, und ich spreche hier vor allem über das Privatrecht, wo sich diese am anschaulichsten darbietet. Wie Caroni mit überzeugenden Argumenten kürzlich gezeigt hat, war die Praxis in einigen Kantonen stark vom deutschen Gewohnheitsrecht geprägt (Caroni, 2011, S. 74 ff., und die Zitate aus Briefen von Keller und Bluntschli, S. 76, S. 78). Die Geschichte verläuft aber nichtlinear, so dass das Römische Recht nicht nur an der Universität unterrichtet wurde, sondern auch in Akademien auf dem Land, wie man es in Freiburg beispielsweise sieht (De Raemy/Corpataux, 1922, S. 1 ff.). Dazu

kamen auch Einflüsse auf die schweizerische Kodifikation, welche wiederum aus Gesetzbüchern anderer Länder stammten, die selbst aus dem Römischen Recht beeinflusst wurden.

Nach dem Scheitern eines gemeinsamen Zivilgesetzbuches (*Code civil unique*), welches von Napoléon für die Schweiz in Anlehnung an den französischen *Code civil* vorangetrieben wurde, mussten die Schweizer Kantone ihren eigenen Weg finden (siehe Pahud de Mortanges, 2007, S. 197 ff., S. 208 ff.). Die meisten haben sich für ein Gesetzbuch, also für eine Kodifikation entschlossen. Praktisch alle kantonalen Gesetzbücher der Westschweiz und der Südschweiz stellen mehr oder weniger Bearbeitungen bzw. Übersetzungen des französischen *Code civil von 1804* dar (so in Genf, Waadt [1803/1819], Wallis [1853/1855], Neuenburg und z. T. in Freiburg [1849] oder sogar im Tessin [1837]) (Pichonnaz, 2011b, S. 126). Wir haben gesehen, wie sehr der französische *Code civil* römischrechtlich geprägt war (und immer noch ist). Es handelt sich dabei aber nicht um das klassische Römische Recht, sondern um das Römische Recht, wie es sich durch die tiefgreifende Arbeit des Mittelalters entwickelt hatte. Zum Beispiel hatten die Überlegungen des niederländischen Juristen Hugo Grotius im 17. Jh. einen Einfluss auf Domat (man weiss z. B., dass er ihn gelesen hat; siehe Gazzaniga, 1992, S. 144 und Arnaud, [1964], der Ähnlichkeit in der Disposition findet) und auch auf Pothier (mindestens durch Barbeyrac [1674-1744]; zu Jean Barbeyrac siehe u.a. Meylan, [1937]) und Pufendorf (zum Einfluss von Pufendorf auf Pothier siehe Gazzaniga, 1992, S. 172 und Arnaud, 1964, S. 208). Grotius entnahm den römischen Quellen z. B. die Möglichkeit der Eigentumsübertragung durch reinen Konsens, in Anlehnung an die Besitz- und somit Eigentumsübertragung *animo solo* (Schmidlin, 2011, S. 68 f.).

Einige Kodifikationen wurden vom österreichischen ABGB von 1811 stark beeinflusst. Das war in Bern und daraufhin in Luzern, Solothurn und Aargau der Fall (Pichonnaz, 2011b, S. 126). Die Verwurzelung in der naturrechtlichen Kodifikation, und somit in einer gewissen Weise im Römischen Recht, war deshalb sehr präsent.

Dazu kommt noch Johann Caspar Bluntschli (siehe Meili, 1908, S. 1 ff.), ein Zürcher Jurist, der um 1827 ein Schüler von Savigny in Berlin war (Bluntschli, 1884, S. 62 f., über seine Korrespondenz mit ihm siehe auch S.

248). Als er beauftragt wurde, ein Gesetzesbuch für den Kanton Zürich zu verfassen, versuchte er das pandektistische Verständnis darin umzusetzen. Das Zürcher PGB stellt eine Synthese zwischen überliefertem Zürcher Recht, gelehrtem pandektistischem Recht und modernem Handelsrecht dar. Man halte sich nur das Beispiel der Eigentumsübertragung kurz vor Augen. In § 646 PGB heisst es: «Das Eigenthum an einer beweglichen Sache wird von dem Eigenthümer auf seinen Nachfolger übertragen durch die Uebergabe des Besitzes in Folge eines auf Übergang des Eigenthums gerichteten Rechtsgeschäftes, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung» (siehe Bluntschli, 1855, S. 167). Diese Besitzübertragung (auf Lateinisch *traditio*) und ein dazu berechtigender Grund (*iusta causa traditionis*) waren die eigentlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung im Römischen Recht, wie man es z. B. bei Paulus lesen kann (D. 41, 1, 31 pr): «*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*» («Niemand überträgt die blosser Übergabe das Eigentum, sondern nur, wenn ein Verkauf oder ein anderer rechtfertigender Grund vorangegangen ist, aufgrund dessen die Übergabe erfolgt ist»); Übersetzung bei Rainer/Filip-Fröschl, 1998, S. 46).

Das zürcherische Zivilgesetzbuch übte dann einen erheblichen Einfluss auf die Kodifikationstätigkeiten der Ost- und Zentralschweiz aus (Schaffhausen, Zug, Thurgau, Nidwalden, Glarus und z. T. Graubünden).

Man sieht somit, dass, auch wenn die Praxis im Mittelalter in der Ostschweiz vor allem germanisches Recht angewandt hatte, die Gesetzbücher des 19. Jh. vom Römischen Recht stark geprägt wurden und somit insgesamt auch die Schweiz beeinflusst haben.

III. Die schweizerische Kodifikation und das Römische Recht

Grundlage der ersten Arbeiten für ein schweizerisches Obligationenrechtsgesetzbuch war selbstverständlich nicht die Idee einer Kodifikation des Römischen Rechts als solche. Die anderen europäischen Kodifikationen waren aber wichtig im Entwurf von Munzinger (1869-1873; zu Munzinger siehe Fasel, [2003a]; Fasel, 2003b, S. 345-352; Pichonnaz, 2011b, S. 126 f.; Honsell, 2011, S. 9 f.). Die Schwierigkeit und Eigenart des schweizerischen Rechts lag aber darin, den verschiedenen juristischen

Traditionen irgendwie Rechnung zu tragen und trotzdem ein verständliches und sinnvolles Gesetz auszuarbeiten. Wie Meili in seiner Abhandlung von 1901 es auch betont hat, «was das Privatrecht anbetrifft, so muss in der Schweiz namentlich darnach gestrebt werden, eine Versöhnung der romanischen und deutsch-schweizerischen Anschauungen herbeizuführen.» (Meili, 1901, S. 12).

Alle diese gesetzgeberischen Traditionen waren vom Römischen Recht beeinflusst; man könnte also denken, dass dieses Vorhaben letztlich einfach war. Dies war aber nicht der Fall, weil die Grandphilosophie der verschiedenen Traditionen sehr unterschiedlich war. In seinem Referat vor der Versammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Chur, betont Carrard 1873 mit Nachdruck, dass es nicht möglich sei, das Zürcher Privatgesetzbuch für die ganze Schweiz anzunehmen, weil man darin die Eigenschaften des Zürcher Gewohnheitsrechts noch zu stark findet, was nicht unbedingt für die ganze Schweiz passen würde (Carrard, 1873, S. 15: «[Le code zurichois] a conservé avec soin les particularités du droit zurichois. Ce qui fait son mérite pour le canton de Zurich, et peut-être pour le territoire occupé par l'ancien Gau alémanique de la Thur serait un défaut capital dès qu'il s'agirait de l'imposer à la Suisse entière.»).

Dies kann man durch zwei Beispiele veranschaulichen. Es gäbe aber noch weitere!

Was ist ein Vertrag? Die Definition des Vertragskonzepts («*contractus*») war bereits dem Römischen Recht bekannt. Als er über die «*conventio*» sprach, sagte z. B. Ulpian, dass es, gemäss den eleganten Worten von Pedius, keinen Vertrag gäbe, keine Verpflichtung, die nicht eine *conventio* in sich habe (Ulp. D. 2,14,1,3: «*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*»).

Diesem Verständnis folgend, setzt ein Vertrag voraus, dass man eine Vereinbarung trifft, in welcher die Parteiwillen zusammenkommen («*cum-venire*»). Der Vertrag betont also die Wichtigkeit der Übereinkunft der Vertragsparteien. Dies steht sehr nahe beim pandektistischen Verständnis des Vertrags, wo der Wille das zentrale Element des Rechtsgeschäfts bildet.

Die übliche Definition des Rechtsgeschäfts zeigt es deutlich: «Rechtsgeschäft ist eine private (nicht hoheitliche) Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, - allein oder mit anderen Tatbestandselementen - eine dem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen.» (Gauch/Schlupe/ Schmid/Emmenegger, 2008, Rz. 119).

Eine weitere Definition des Vertrages (*contractus*; siehe Nelson/Manthe, 1999, S. 446 ff.) findet man bei Labeo (gestorben 10/11 n. Chr.). Für ihn ist ein Vertrag eine «*obligatio ulro citroque*», d.h. eine gegenseitige Verpflichtung; ein Synallagma, wie es die Griechen nennen («[...] *contractum autem ulro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant [...]*»; Ulp. D. 50,16,19). Diese Definition hat vor allem Grotius benutzt, um die Idee zu verwirklichen, dass ein Vertrag ein Austausch von Versprechen sei. Er schreibt in seinem *De iure belli ac pacis* (lib. II, cap. XII, § VII [1993, S. 344]): «*Omnes autem actus aliis utiles extra mere beneficos contractuum nomine appellantur*» («In der Tat, alle Geschäfte die an anderen ein Nutzen erteilen, ausser die nur aus <*bienfaisance*> sind, sollen <Vertrag> benannt werden»; siehe u.a. Schmidlin, 1999, S. 187 ff., vor allem S. 190 f.).

Deswegen versteht sich der Vertrag vor allem als gegenseitige Verpflichtung Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XII, § V siehe [1993, S. 343 f.]). Die Idee eines Vertrages nicht als «*conventio*», als Zusammenkunft von Willen, sondern als Austausch von Versprechen, findet man im französischen *Code civil*, in dem Sinne, dass der Vertrag nur gültig erzwungen werden kann, wenn es eine *causa* gibt, d.h. wenn ein Versprechen seinen Grund im Gegenversprechen hat. In dieser Hinsicht übernimmt das französische Recht die römischen Vorstellungen (Ulp./Lab, D. 17, 1, 8 pr): «*Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.*» («Wenn ich einen Prozessvertreter bestelle und dieser mir die für den Rechtsstreit überlassenen Urkunden nicht zurückgibt - mit welcher Klage haftet er mir dann? Labeo meint, er hafte mit der Auftragsklage und die Ansicht derjenigen sei nicht billigenwert, die annehmen, wegen dieses Rechtsverhältnisses könne mit der Klage aus Verwahrung geklagt werden.

Es sei nämlich bei jedem Vertrag auf den Anfang und den rechtlichen Grund abzustellen.» Übersetzung von R. Knütel, in: *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, III, Dig. 11-20, 1999, S. 360).

Sollte man also den Vertrag «nur» auf den Willen der Vertragsparteien abstützen, wie im Zürcher Gesetzbuch (Bluntschli, 1855, III, § 903, S. 1), oder sollte man ihn als Ergebnis gegenseitigen Versprechens mit einer gültigen *causa* bezeichnen, wie in den welschen Gesetzbüchern? Bluntschli und dann der Text des Art. 1 des Obligationenrechtsgesetzbuch von 1881 haben sich für die modernere Fassung entschieden, also für eine Übereinstimmung des Willens: «Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich». Das steht im Einklang mit dem berühmten Text von Ulpian (D. 2,14,7), wonach es eben keine besondere *causa* braucht, wenn es sich um einen Nominalvertrag handelt.

Die Losung ist immer dieselbe, auch im heutigen Obligationenrecht. Beide Traditionen haben ihre Grundlage im Römischen Recht, aber der Entscheid, eher die eine Lösung auszuwählen als die andere, hat immer tiefgreifende Konsequenzen.

Nun widme ich mich der Eigentumsübertragung und dem Gefahrübergang beim Kauf: Im französischen Recht gilt die Grundidee, die aus den vernunftrechtlichen Überlegungen stammt, dass der Vertragsabschluss das Eigentum überträgt (CCfr. 711 i.V.m. CCfr. 1583). Der Ursprung der Idee kann hier auch wieder auf einige Quellen des Römischen Rechts, vor allem aber wiederum auf Grotius zurückgeführt werden, der sagt: «*quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii*» («Jedes perfekte Versprechen hat eine ähnliche Wirkung wie die Übertragung des Eigentums») [Grotius, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, § IV, 1993, S. 329]; siehe auch Schmidlin, 2011, S. 62).

Diese Lösung war auch diejenige der französisch-sprechenden Westkantone. Die vom Zürcher Gesetzbuch beeinflussten Kantone kannten hingegen die Eigentumsübertragung, die auf der Besitzübergabe beruhte. Nachdem in Vorentwürfen verschiedene Lösungen vorgeschlagen worden waren, entschied sich der eidgenössische Gesetzgeber von 1881 schliesslich

für die Option der Eigentumsübertragung durch Besitzübergabe, wobei allerdings die Besitzübergabe durch Besitzkonstitut und *brevi manu traditio* sehr stark erleichtert wurde (Egli, 1926, S. 67). Art. 199 aOR wurde also wie folgt verabschiedet: «Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich.» Die welschen Kantone hatten also «verloren». Die Debatte wurde aber immer noch intensiv im Parlament geführt.

Da die Widerstände in den parlamentarischen Kommissionen weiter bestanden, wurde bei der Schlussberatung des Gesetzesentwurfs im Parlament ein Kompromiss vorgeschlagen, nämlich die Einführung eines Art. 204 aOR (siehe vor allem Egli, 1926, S. 65-70; darauf aufbauend Cortesi, 1996, S. 11 ff.; Bucher, 1970, S. 288 f.; Cavin, 1977, S. 29; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Sein Inhalt war ein Nachgeben gegenüber der französisch-sprechenden Minderheit des schweizerischen Parlaments von 1881 (Bucher, 1970, S. 288 f.; Egli, 1926, S. 65 ff.; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Diese hatte sich zum Anwalt des Gefahrübergangs beim Kauf schon bei Vertragsabschluss gemacht, weil sie damit den praktisch wichtigsten Punkt der ihr vertrauten Regelung beim Kauf noch retten wollte. Mit anderen Worten, bei Vertragsabschluss sollte der Käufer die finanziellen Folgen des zufälligen Untergangs der Kaufsache tragen, indem er trotz Untergangs der Sache den Preis weiterhin bezahlen musste. Dies gilt auch, wenn sich die Sache immer noch beim Verkäufer befindet und deshalb das Eigentum noch nicht auf den Käufer übergegangen ist. Dieser «glückliche» Kompromiss ist das auffälligste Beispiel des Kollidierens von zwei juristischen Traditionen (Egli, 1926, S. 68; Pichonnaz, 2008b, S. 190). Es ist aber bemerkenswert, dass diese «*periculum emptoris*»-Kompromiss-Lösung und die Eigentumsübertragung durch Besitzübergabe die Lösung des klassischen Römischen Rechts widerspiegelt. Diese findet man aber auch noch in Chile (Chile Zivilgesetzbuch, Art. 1820; für Südafrika siehe Bauer, 1998, S. 182 ff. und Zimmermann, 1996, S. 292)! Dieser salomonische Entscheid wurde 1907 bei der Revision des alten Obligationenrechts abermals in Zweifel gezogen, aber letztlich nicht mehr geändert (Pichonnaz, 2011b, S. 133). Die Angst, den Streit wieder von vorne zu beginnen, führte dazu, dass sämtliche Änderungsvorschläge zurückgewiesen wurden. Art.

185 OR über die Gefahrtragung beim Kauf ist somit seinem Vorgänger sehr ähnlich.

Obwohl diese Lösung nicht direkt aus dem Römischen Recht stammt, hat ihre Ähnlichkeit mit diesem das Bundesgericht veranlasst, in einem Entscheid von 2002 über die Auslegung des Art. 185 OR eine historische Analyse vorzunehmen. Damit wollte es die Grenzen des Prinzips des *periculum emptoris* erörtern (BGE 128/2002 III 370 [12.3.2002, 4C.336/2000]; siehe auch Pichonnaz, 2008b, S. 183 ff.; Pfeiffer, 2003, S. 884 ff.). Das war ein Zeichen, dass das Römische Recht irgendwie noch unter uns weilt, wenn auch manchmal inkognito. Das Bundesgericht zitiert im Entscheid selbst nicht nur Justinian (den Kaiser aus dem 6. Jh.), sondern auch mittelalterliche Juristen wie Cuiacius (16. Jh.) oder Pothier. Dies ist doch sehr eigenartig für ein oberstes Gericht auf dem Kontinent. Das Römische Recht wurde somit als historische Argumentation benutzt, nicht um die römischrechtliche Lösung auf die gegenwärtigen Probleme zu übertragen, aber um die Hintergründe, die Struktur der Lösung besser zu erklären.

IV. Schluss: Die dritte Geburt des Römischen Rechts

Die Kodifikationen haben den Eindruck erweckt, Lösungen seien versteinert. Dies ist aber bekanntlich nicht der Fall, da die richterliche «Anwendung des Gesetzes» jeden Tag neue Probleme aufzeigt. Die Lösungen stehen nicht einfach «im» Gesetz, sie müssen vielmehr neu gefunden werden. Das Römische Recht «spukt» noch im Obligationenrecht und zum Teil im Zivilgesetzbuch -diese sind «*hantés*», wie Derrida sagen könnte. Diese Erkenntnis ist umso wichtiger, als man damit die Herkunft unseres Rechts besser verstehen und dieses zugleich zukunftsgerichtet (weiter) entwickeln kann.

Das Römische Recht spielt also - manchmal direkt, oftmals aber indirekt - eine wichtige Rolle für den Schweizer Juristen, selbstverständlich nicht unbedingt in Alltagsgeschäften eines Richters oder eines Anwalts, aber sicher bei «schwierigen» Fällen. Das Bundesgericht hat es zum Beispiel im vorher erwähnten Fall gezeigt, aber auch in weiteren Entscheidungen, z. B. im berühmten Papageienfall, BGE 133/2006 III 257 (besprochen u. a. von

Pichonnaz, 2011a, S. 63 ff.; Pichonnaz, 2011c, S. 407 ff.; Werro, 2009, S. 5 ff.; Honsell, 2007, S. 154 ff.; Keller, 2007, S. 780 ff.; Zellweger-Gutknecht, 2007, S. 769; Coendet, 2008, S. 15 ff.; Tercier, 2008, S. 295 f.; Brunner/Vischer, 2008, Rz. 13 ff.; Koller, 2008, S. 9 ft; Vischer, 2009, S. 129; Schmid, 2010, S. 600).

Es ist also eine Chance, dass dieses Fach heute in der Schweiz von Lehrstuhlinhabern vertreten wird, die sowohl Römisches Recht wie geltendes Recht unterrichten und erforschen. Es ermöglicht nämlich, historische Forschung zu betreiben anhand von aktuellen Fragen. Diese dynamische Entwicklung zeigt sich in einigen bemerkenswerten Dissertationen der letzten Jahrzehnte.

Die so genannte «dritte Geburt» des Römischen Rechts sollte aber im Hinblick auf die Entwicklung eines Vertragsrechts auf europäischer Ebene stattfinden (siehe Caroni, 2011, S. 74, der von «Wiederbelebung» spricht). Es ist nicht im Sinn historischer Untersuchungen, römischrechtliche Lösungen im geltenden Recht anzuwenden; die sozio-ökonomischen Verhältnisse haben sich zu stark geändert. Die Untersuchung des Römischen Rechts soll uns aber dabei helfen, die richtigen Fragen zu stellen, die verschiedenen europäischen Lösungen zu dekonstruieren, um dann die dahinter stehenden Werte zu identifizieren, damit die neuen Regelungen nicht nur das Ergebnis eines Verhandels zwischen nationalen Systemen sind, sondern eine durchdachte Lösung anbieten. Das wird aber das Thema der nächsten Veranstaltung sein.

«Die Schweiz und das Römische Recht». Ein auf den ersten Blick überraschendes Paar. Ich hoffe aber, gezeigt zu haben, dass das Römische Recht immer noch die Wurzel des geltenden Rechts darstellt. Ein Baum wächst dank seiner Wurzeln, wie sich das geltende Recht aus dem Römischen Recht entwickelt; die Wurzeln des Rechts erklären seine Funktion, können diese aber nicht ersetzen. Im dogmatisch-historischen Hinblick auf das geltende Recht erfüllt das Römische Recht eine wichtige Rolle, nicht nur für eine sinnvolle Entwicklung der Juristen, sondern auch als Überlegungsinstrument. Die Lösungen müssen aber nach den sozialen und ökonomischen Gegebenheiten neu erfunden werden; es geht also immer noch über das Römische Recht hinaus, aber dank dem Römischen Recht.

Literaturverzeichnis

- Arquint**, Jon-Peider (1998-2010). *Lex romana Curiensis, Historisches Lexikon der Schweiz* [Online im Internet]. Verfügbar im Internet: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8943.php?PHPSESSID=6706f18e6677b72323bc0f97fbe7ee6a> [2011-19-10].
- Arnaud**, André-Jean (1964). *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris.
- Basedow**, Jürgen/**Hopt**, Klaus J./**Zimrnermann**, Reinhard (Hg.) (2009). *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (2 Bände). Tübingen.
- Bauer**, Martin (1998). *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*. Berlin.
- Bluntschli**, Johann Caspar (1884). *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Vol. I, Nördlingen.
- Bluntschli**, Johann Caspar (1855). *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton, Zürich*.
- Brunner**, Christoph/**Vischer**, Markus (2008). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2007. *Jusletter*, 13. Oktober 2008. Verfügbar im Internet: http://jusletter.weblaw.ch/article/de/6802?lang=fr#titel_2_32 [2011-19-10].
- Bucher**, Eugen (1970). Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer), *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, n. F. 891, S. 281-294.
- Bühler**, Theodor (2003). Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in die Erbrechte der Schweiz, *SZ-RA*, 120, S. 1 ff.
- Capogrossi Colognesi**, Luigi (2004). *Lezioni di storia del diritto romano*. Neapel.
- Caroni**, Pio (2011). Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo? In Paola Guglielmotti, Isabella Lazzarini und Gian Maria Varanini (Hg.),

- Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini* (S. 55-79). Florenz.
- Cavin**, Pierre (1977). Kauf, Tausch, Schenkung. In Frank Vischer (Hg.), *Schweizerisches Privatrecht* (Bd. VII/1), *Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse*. Basel/Stuttgart.
- Coendet**, Thomas (2008). Schadenszurechnung im Kaufrecht. *Recht*, S. 15-26.
- Going**, Helmut (1985). *Europäisches Privatrecht* (Bd I.), *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München.
- Corbino**, Alessandro/**Santalucia**, Bernardo (Hg.) (1988). *Justiniani augusti pandectarum codex florentinus*, Vol. I. Florenz.
- Cortesi**, Oreste (1996). *Die Kaufpreisgefahr*. Zürich.
- Domat**, Jean (1723). *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. Nouvelle édition, Tome I. Paris.
- Egli**, Walter (1926). *Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag*. Affoltern.
- Fasel**, Urs (2003a). *Bahnbrecher Munzinger*. Bern.
- Fasel**, Urs (2003b). Walther Munzinger. Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 345-352.
- Fögen**, Marie-Theres (2002). *Römische Rechtsgeschichten*. Göttingen.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan (2008). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (2 Bände) (9. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Gaudemet**, Jean (1967). *Institutions de l'Antiquité*. Paris.
- Gaudemet**, Jean (1965). Le bréviaire d'Alaric et les épitomes. *Ius Romanum Medii Aevi* (Pars I, 2 b, aa, b) (S. 1-57). Mailand.
- Gazzaniga**, Jean-Louis (1992). *Introduction historique au droit des obligations*. Paris.
- Halpérin**, Jean-Louis (1992). *L'impossible Code civil*. Paris.

- Hattenhauer**, Hans (2004). *Europäische Rechtsgeschichte* (4. Aufl.). Heidelberg.
- Hausmanninger**, Herbert/**Selb**, Walter (2001). *Romisches Privatrecht* (9. Aufl.). Wien.
- Honsell**, Heinrich (2007). Der Mangelfolgeschaden beim Kauf-Papageienfall des Bundesgerichts. *Recht*, S. 154-158.
- Honsell**, Heinrich (2011). 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 5-115.
- Huber**, Eugen (1893). *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (Bd IV). Basel.
- Keller**, Roland (2007). Bemerkungen zum 4C. 180/2005 (BGE 133 III 257). *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, S. 780-783.
- Koller**, Alfred (2008). *Leistungsstörungen: Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen*. St. Gallen.
- Meder**, Stephan (2008). *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Köln/Weimar/Wien.
- Meili**, Friedrich (1901). *Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts*. Zürich.
- Meili**, Friedrich (1908). *Johann Caspar Bluntschli und seine Bedeutung für die moderne Rechtswissenschaft. Erinnerungsblatt zum Hundertsten Geburtstag (7. März 1908)*. Zürich.
- Meyer-Marthaler**, Elisabeth (1968). *Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter*. Zürich.
- Meylan**, Philippe (1937). *Jean Barbeyracc (1674-1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne académie de Lausanne, contribution à l'histoire du droit naturel*. Lausanne.
- Nelson**, Hein L. W./**Manthe**, Ulrich (1999). *Gai Institutiones III 88-181*. Berlin.
- Pahud de Mortanges, René (2007). *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*, Zürich/St. Gallen.
- Pfeiffer**, Guido (2003). «Periculum est emptoris» - Gefahrtragung bei Sukzessivlieferung von Aktien, Entscheidung der Schweizerischen Ire

Cour Civile vom 12. März 2002. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 884-894.

- Pichonnaz**, Pascal (2008a). *Les fondements romains du droit privé*. Genf/Zürich/Basel.
- Pichonnaz**, Pascal (2008b). Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf Römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht, In Wolfgang Ernst/Eva Jakab (Hg.), *Kaufen nach Romischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen* (S. 183-201). Berlin/Heidelberg.
- Pichonnaz**, Pascal (2011a). Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge. *Index*, 39, S. 58 ff.
- Pichonnaz**, Pascal (2011b). Le Centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II, S. 117-227.
- Pichonnaz**, Pascal (2011c). L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO. In Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey (Hg.), *L'homme et son droit, Mélanges Marco Borghi* (S. 399-414). Genf/Basel/Zürich.
- Pothier**, Robert-Joseph (1818). *Pandectae Justinianae in novum ordinem redactae* (4. Aufl.). Paris.
- Pothier**, Robert-Joseph (1824). *Traité des obligations*. In André Dupin/Jacques Marie-Jean (Hg.), *Œuvres de Pothier* (Band I). Paris.
- Poudret**, Jean-François (1998-2006). *Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIIIe à la fin du XVIe siècle* (6 Bände). Bern.
- De Raemy**, Tobie/**Corpataux**, Georges (1922). Les origines de L'école de droit de Fribourg [Neudruck aus: *Annales fribourgeoises* (1922) 10, S. 193-207; (1923) 11, S. 248-257; (1925) 13, S. 53-66 und S. 104-123, S.1-56]. Fribourg.
- Rainer**, Michael/**Filip-Fröschl**, Johanna (1998). *Texte zum Römischen Recht*. Wien/New York.

- Samuel, Geoffrey** (2007). Taking Methods Seriously (Part Two). *Journal of Comparative Law*, S. 210-237.
- Samuel, Geoffrey** (2005). *Epistemology and Method in Law*. Aldershot.
- Schmid, Jörg** (2010). Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007, Obligationenrecht. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 146, S. 554-631.
- Schmidlin, Bruno** (1999). Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung Die Schweiz und das Römische Recht und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärung. In Reinhard Zimmerman (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (S. 187-205). Heidelberg.
- Schmidlin, Bruno** (2011). *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht/Le contrat en droit civil européen*. Genf/Zürich/Basel.
- Schröder, Jan** (2001). *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*. München.
- Senn, Marcel** (2003). *Rechtsgeschichte* (3. Aufl.). Zürich/Basel/Genf.
- Sirks, Adriaan Johan Boudewijn** (2007). *The Theodosian Code. A Study*. Friedrichsdorf.
- Soliva, Claudio** (1986). Römisches Recht in Churrätien. *Jahrbuch der Historisch-antiquarischen Gesellschaft von Graubünden*, 116, S. 189-206.
- Stein, Peter** (2003). *Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique*. Genf/Basel/München.
- Stelling-Michaud, Sven** (1960). *Les juristes suisses à Bologne (1255-1330). Notices biographiques et Regestes des actes bolonais*. Genf.
- Tercier, Pierre** (2008). Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations/ Entwicklung im Obligationenrecht, Besonderer Teil. *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ), 104, S. 294-298.
- Vischer, Markus** (2009). Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf. *Schweizerische*

Juristen-Zeitung (SIZ), 105, S. 129-140. Vogenauer, Stefan (2001). *Die Auskung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Bd I). Tübingen,

Werro, Franz (2009). La vente dans la jurisprudence récente. In Pascal Pichonnaz/Franz Werro (Hg.), *La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Symposium en droit des contrats* (S. 1-9), Genf/Zürich/Basel.

Wieacker, Franz (1967). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl.). Göttingen. Zellweger-Gutknecht, Corinne (2007). Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (ZBJV), 143, S. 763-784.

Zimmermann, Reinhard (1996). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford,

Zimmermann, Reinhard (2002). *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today*. Oxford.