



---

# KONTINUITÄTEN VI WAHRE ZWECKE EINES RECHTSINSTITUTS

# Kontinuitätsargumente

- I. Gewohnheitsrecht
- II. Ständige Rechtsprechung
- III. Lateinische Prinzipien
- IV. Neues Recht im bewährten System
- V. Altes Recht in neuem (Gesetzes)Gewand
  - Setzt Kontinuität der Regeln seit der Antike voraus
  - Im Mittelpunkt der Debatte um die Aufgabe der Rechtsgeschichte
- VI. **Wahre Zwecke eines Rechtsinstituts**

Beim Wechsel handelt es sich um **ein altherwürdiges Rechtsinstitut**, das im **Hochmittelalter** aus Geldwechselgeschäften unter Kaufleuten entstanden ist(4). Die großen Gesetzgebungsarbeiten des 19. Jahrhunderts, allen voran der französische Code de commerce von 1807, **befreiten** den Wechsel aus diesen **ständischen Fesseln**(5), und er wurde zu dem Instrument schlechthin, das **Bürgern aller Schichten** den **Zugang** zum bargeldlosen Zahlungsverkehr eröffnete(6). Die Mehrheit der Mitgliedstaaten der Union sind Vertragsparteien des Genfer Abkommens über das Einheitliche Wechselgesetz von 1930, das auf die internationale Vereinheitlichung des Wechselrechts zielte.

---

4 Vgl. H. **Coing**, Europäisches Privatrecht I, München, 1985, S. 543.

5 H. **Coing**, Europäisches Privatrecht II, München, 1989, S. 570.

6 Ch. Bergfeld, „Preußen und das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch“, **Ius Commune** 14 (1987), 105 und 106.

(ohne Gericht, **Schlussanträge** des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 26.04.2018, C-176/17, Celex-Nr. 62017CC0176)

Nachtrag – lange Kontinuität, die nicht römisch ist?

Zweck hier: Lob, Anerkennung einer im Ergebnis als dem europäischen Recht widersprechenden Regelung

Beim Wechsel handelt es sich um das im **Hochmittelalter** aus dem Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich (Rayongericht Siemianowice Śląskie, Polen) wie folgt zu beantworten: Die Bestimmungen der **Klauselrichtlinie** sind dahin gehend auszulegen, dass sie einer nationalen **Regelung wie der im Ausgangsverfahren** fraglichen **entgegenstehen, soweit** diese vorsieht, dass ein Zahlungsbefehl auf der Grundlage eines formgültigen Eigenwechsels, der Ansprüche eines Gewerbetreibenden gegen einen Verbraucher aus einem Darlehensvertrag sichert, **ohne Prüfung der Missbräuchlichkeit** der Klauseln dieses Darlehensvertrags erlassen wird und es dem Verbraucher **übermäßig erschwert**, Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl einzulegen, **indem** sie dem Richter eine Prüfung der Missbräuchlichkeit **nur bei** einer entsprechenden **Rüge** des Verbrauchers erlaubt, vom Verbraucher verlangt, die **Tatsachen und Beweismittel**, die dem Richter diese Prüfung ermöglichen, innerhalb von **zwei Wochen** ab Zustellung des Zahlungsbefehls anzuführen, und den Verbraucher bei der Tragung von **Gerichtskosten** benachteiligt.

- 4 Vgl. H. **Coing**, Europäisches Verbraucherrecht, 10. Aufl., § 10, Rn. 10.
- 5 H. **Coing**, Europäisches Verbraucherrecht, 10. Aufl., § 10, Rn. 10.
- 6 Ch. Bergfeld, „Preußisches Handelsgesetzbuch“, **Ius Generalianwältin vom 26.04.2018, C-176/17, Colex N° 62017CC0176**

... hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt, dass das bürgerliche Recht für Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Verträgen im Allgemeinen nur **das in den §§ 194 ff. BGB im Einzelnen geregelte Rechtsinstitut der Verjährung** kennt, nicht dagegen besondere, von der Frage der Verjährung unabhängige Ausschlussfristen (BGHZ 148, 74, 82) und dass eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel auch anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Verjährungsregelungen, von denen abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).  
BGH NJW 2018, 1157-1159, 1157

## Rechtsinstitut

- was ist das?
- in wie weit hat dies etwas mit Geschichte zu tun?

Verfehlt ist indessen das Verständnis, eine Mehrheitsklausel müsse stets die betroffenen Beschlussgegenstände minutiös auflisten. Das würde den **Bestimmtheitsgrundsatz**, der eine Verankerung der Mehrheitsmacht im Gesellschaftsvertrag nur als Eingangsvoraussetzung für die Gültigkeit einer Mehrheitsentscheidung verlangt, **zu einer Förmelei denaturieren** (vgl. auch MünchKommBGB/Ulmer 4. Aufl. § 709 Rdn. 87, 88 m.w.Nachw.).

(BGH, Urteil vom 15. Januar 2007 – II ZR 245/05 –, BGHZ

170, 283-299, Rn. 9)

Vorstellung eines  
eigentlichen  
Zwecks, "Natur"

Bewertungsmaßstab ist das Eigeninteresse der Antragstellerin. Es kommt allein darauf an, inwieweit sich der gerügte Gesetzesvorstoß gerade im Verhältnis der Parteien zueinander auswirkt (Senat, Urt. v. 15. Jan. 2008, I - 20 U 108/07, BeckRS 2010, 06399). Eine Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen ist dem Zivilrecht fremd. Die Streitwertbemessung ist weder ein vom Gesetz vorgesehenes noch ein geeignetes Mittel, ein staatliches Vollstreckungsdefizit auszugleichen (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2005, 71, 72 - Toile Monogram). Der Gebührenstreitwert darf nicht zu einem Mittel **denaturiert** werden, Zivilstreitigkeiten zwecks Abschreckung zu verteuern, zumal da ein Teil der Gebühren in Person der Rechtsanwälte Privaten zufließt. (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Dezember 2015 – I-20 W 66/15 –, Rn. 4, juris)

# Jansen, AcP 2016, 112-233 – Argumentationslinie zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Die *negotiorum gestio* bildet kein **notwendiges Element** einer **entwickelten Rechtsordnung**.<sup>321</sup> Ursprünglich vielmehr ein juristischer Spiegel einer spezifisch römischen Sozialmoral, wurde sie später zum Chamäleon unserer Dogmengeschichte. „A quite original genuinely Roman creation“<sup>322</sup>

Die neg. gest.: eine feste Einheit, ein Rechtsinstitut

Notwendige vs. nicht notwendige Elemente

Entwickelte vs. unterentwickelte Rechtsordnungen

## Jansen, AcP 2016, 112-233 – Argumentationslinie zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Allerdings lagen die **Fälle** ganz anders als heute; normalerweise handelte der Geschäftsführer nämlich aufgrund einer **Absprache**. ...

Mit dem Römischen Reich wurden auch die römische Sozialmoral und der damit verbundene Gedanke einer **vertraglosen Treuhand** Geschichte. Absprachen über eine Geschäftsführung konzipiert man seit dem Mittelalter als Vertrag; insoweit wurde die römische *negotiorum gestio* **funktionslos**. Gleichzeitig wurde die Abschöpfung ungerechtfertigter Bereicherungen zu einem fundamentalen Gerechtigkeitspostulat. Die gemeinrechtlichen Juristen rückten deshalb die **Ausgleichsfunktion** der *negotiorum gestio* ins Zentrum ihres Denkens und machten das Institut zu einem Mittel der Bereicherungsabschöpfung.

Welche Fälle werden mit diesen Klagen berührt?

Zusammenfassung der Funktion im antiken römischen Recht

Beschreibung der Funktion im mittelalterlichen Recht (ohne sozialgeschichtlichen Kontext)



Eine **dritte Konzeption** der *negotiorum gestio* stammt schließlich aus dem Naturrechtsdiskurs. Hier galt von jeher *pacta sunt servanda*, und mit der **Restitution** war ein allgemeiner Bereicherungsanspruch in Sicht. **Brauchte** man in einem solchen System überhaupt noch ein Institut der *negotiorum gestio*? Die prominente Antwort von *Grotius* war ein klares „Nein“, [...] Sie beruhe, so insbesondere Christian Wolff, auf der **Absicht** des Geschäftsführers, vertraglich für den Geschäftsherrn tätig zu werden, sowie auf einem **vermuteten korrespondierenden Einverständnis** des Geschäftsherrn. Folgerichtig gerieten jetzt auch Vergütungsansprüche in den Blick; zugleich wurde der Anwendungsbereich der *negotiorum gestio* eng auf die Abwehr von Schäden beschränkt. Denn nur wo ein **Schaden** drohte, durfte man ein **Einverständnis** des Geschäftsherrn **vermuten**;

Hier jeweils Lückenfüllung der Konzeptionen

Vorstellung, dass es eine endliche Zahl notwendige Elemente eines Rechtssystem gibt  
Keine Redundanz im Rechtssystem

Herleitung: unvollständiger Vertrag

Daraus neue Fallgruppe: Notlagen

Eine solche Diskussion hat indes nicht ansatzweise stattgefunden; zu keinem Zeitpunkt verfügten die Väter des BGB über eine klare oder auch nur gemeinsame Vorstellung von der **Funktion** der Geschäftsführung ohne Auftrag. Es verwundert deshalb nicht, dass das moderne Recht all die einstigen **Anwendungsfälle** der *negotiorum gestio* **memoriert** und die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag so anwendet, wie das bereits zuvor der Fall war. Wo die **einstigen Regelungslücken** geschlossen sind, führt das freilich unweigerlich zu **Wertungswidersprüchen**. [...] man sollte Normanwendungsprobleme besser **dort** ansprechen, wo sie entstehen, **anstatt** sie mittels einer Anwendung der **Geschäftsführung ohne Auftrag** zu umgehen.

## Konsequenzen für das BGB

- Keine Klare Vorstellung von der Funktion in den Beratungen
- Kumulation den Funktionen
- (immer wieder: Regelungslücken füllen)
- Wertungswidersprüche
- Daher: GoA ausschließen, wo andere Regelung vorhanden

# Sinnvolles Argument?

## pro

- Schafft Ordnung
- Leitet mögliche Zwecke aus historischer Erfahrung ab, tw. unter Einbeziehung des sozialen Kontextes
- Funktionsbehauptung damit besser abgesichert als durch bloße Feststellung
- Verhindert dysfunktionale Eigenlogik der Begriffe

## contra

- Bringt für konkrete Frage wenig
- Unterstellt eine Einheit, die nur durch die Rückbindung auf das CIC gegeben war und schon begrifflich brüchig ist
- Redundanz ist zulässig
- Ungewöhnliche Anwendung von Regeln ermöglicht Fortschritt (vgl. „nachgeformte Rechtsgeschäfte“)
- Setzt überpositive Institute voraus

# v. Caemmerer, FS Rabel I, 333-401

“Ausbau oder Verwischung des Systems”, dem er [Ernst Rabel] 1919 schrieb, um die Rechtsprechung davon zurückzuhalten, sowohl die Geschäftsführung ohne Auftrag wie die ungerechtfertigte Bereicherung zu weit über ihren **eigentlichen Anwendungsbereich** auszudehnen und damit zu **denaturieren.**”, S. 333

v. Caemmerer selbst spricht nicht vom eigentlichen Anwendungsbereich

Ob der Gesetzgeber hier Einzeltatbestände aufstellt oder ein Generaldelikt oder eine allgemeine Bereicherungsvorschrift formulieren soll, das ist eine Frage der Gesetzgebungstechnik ... Das **historisch Ältere** sind auf beiden Gebieten natürlich die Einzeltatbestände. Aber auch wo der Gesetzgeber zu der allgemeinen Formel vorgedrungen ist, sieht sich die Rechtsanwendung vor der Aufgabe, ... einzelne Deliktstypen herauszuarbeiten, ... nur mit einer solchen **Typologie**, nicht mit einer Aufstellung allgemeiner Kriterien, läßt sich dem Bereicherungsrecht **Form und Grenze geben.**

Ziel: Begrenzung des Bereicherungsrechts

“Im Vordergrund steht die Leistungskondiktion. Sie ist in den meisten Rechten eine deutlich herausgehobene Gruppe. Das preußische ALR .... ABGB ... Code civil ...” (S. 340f.)

“Die **Heraushebung** der Leistungskondiktion ist, wie insbesondere Wilburg nachgewiesen hat, nicht nur **historisch überkommen**, sondern auch inhaltlich gerechtfertigt.” (S. 342)

“Eine zweite wichtige Gruppe der Bereicherungsansprüche und zugleich die wichtigsten Fälle der Bereicherung in sonstiger Weise bilden die Fälle, in denen fremdes Gut gebraucht oder genutzt, verbraucht oder verwertet wird. Es sind dies vor allem die Fälle des Eingriffserwerbs .... Dem Eigentümer gebührt das **uti, frui, abuti**, ihm (...) steht es zu, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen, sie zu verbrauchen und sie zu Gelde zu machen, sie zu verwerten. ... Während die Leistungskondiktion dem Recht der Güterbewegung zugehört, **dienen** diese Bereicherungsansprüche dem Güterschutz **wie** die **actio negatoria** und die **vindication**, der Deliktsanspruch wegen schuldhafter Verletzung absoluter Rechte (§ 823 Abs. 1 BGB) oder der Anspruch auf Herausgabe bösslichen Eingriffserwerbs (§ 687 Abs. 2 BGB)” (S. 352f.)

Rechtsvergleichend?

Nur Gesetzesrecht  
(es geht ja um:  
Gesetzgebungs-  
technik

Gruppe wird nicht  
hergeleitet,  
sondern  
behauptet

Versteckte  
Anknüpfung an  
das römische  
Recht

Die dritte wichtige Gruppe der Bereicherungsansprüche umfaßt die Fälle des Rückgriffs wegen Zahlung einer fremden Schuld (§ 267 BGB) oder Inanspruchnahme aus der Mithaftung ... (S. 360)

“Die Rechtsprechung arbeitet hier gerne mit negotiorum gestio. Das ist, wie Rabel gezeigt hat, ganz unpassend. Fn.: Rabel RheinZ 10, 89ff ....: die gesunde Gestalt der normalen Geschäftsführung ohne Auftrag setze grundsätzlich altruistischen Willen voraus. ...” (S. 362)

4. Bereicherung kraft gesetzlicher Vorschrift
5. Impensen
6. Actio Pauliana
7. Unentgeltliche Bereicherung zum Schaden eines anderen
8. Versionsanspruch
9. Weitere Fälle

II Notwendigkeit differenzierender Behandlung der verschiedenen Fälle

III Verfügung über fremdes Gut

IV Bereicherung durch unerlaubte Handlung

# Kritik im Detail – wo ansetzen?

- Gibt es noch mehr Ansätze?
  - Historische Epoche übergangen?
  - zu sehr deutschlandzentriert?
  - Alternative Begriffe
- Werden die Einschätzungen auch von Autoren geteilt, die einer anderen Forschungsrichtung zuzuordnen sind?
- Woraus wird eine historische Funktion abgeleitet? Gibt es hier Quellen oder ist es eine Rückprojektion?

# Ausblick

- Nächste Woche: Kontrast und Kontinuität – Entwicklungspfade
- Lit:
  - *Tamm*, Rechtsevolution - dargestellt am Beispiel des Verbraucherrechts, KJ 2013, 52
  - *Fabricius*, Kritischer Kommentar zu: Marc Amstutz, Evolutorisches Wirtschaftsrecht, Baden-Baden, 2001 [urn:nbn:de:hebis:30-78098](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hebis:30-78098)
  - *Grotkamp*, Das Recht zum Besitz in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – der Grundsatz der Nichtausgleichung auf dem Prüfstand, AcP 216 (2016) 584-607