

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XX

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1993

KLAUS LUIG

Dogmengeschichte des Privatrechts als rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung

Zwei Neuerscheinungen zur Geschichte der „*clausula rebus sic stantibus*“ *

Die „*clausula rebus sic stantibus*“, die Klausel des Bestehenbleibens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, erfreut sich bei Gerichten und Rechtswissenschaftlern ungebrochener Beliebtheit. Das liegt daran, daß die Dinge meist nicht in dem Zustand verharren, in dem sie sich „so“, nämlich bei Vertragsschluß, befanden. Die Gerichte müssen reagieren, wenn eine Partei sich darauf beruft. Und im Interesse der jeweils anderen Partei, die fordert „*pacta sunt servanda*“, fühlt sich die Wissenschaft verpflichtet, das Instrument der „*clausula*“, sprachlich streng genommen das Prinzip, wonach eine derartige „*clausula*“ allen Verträgen immanent ist, rechtstheoretisch zu präzisieren. Oft muß sich auch die Gesetzgebung darüber Gedanken machen, wie das Prinzip in Paragraphenform gebracht werden kann. Bei der Erfüllung dieser Wissenschaft und Gesetzgebung gestellten Aufgaben haben Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte immer wieder ihre Hilfe angeboten. Die beiden jüngsten Beiträge dazu sind hier vorzustellen.

Köbler geht, um das wahre Wesen der „*clausula*“ aufzudecken, von einem breiten historischen und theoretischen Ansatz aus, der Völkerrecht und Privatrecht umfaßt. Als Ergebnis der Arbeit stellt er befriedigt fest, als Gegenspieler des starren Formalprinzips „*pacta*

* Besprechung von:

RALF KÖBLER, *Die „clausula rebus sic stantibus“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1991. XII, 292 S., DM 128,-

MICHAEL RUMMEL, *Die „clausula rebus sic stantibus“. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der Zeit von der Rezeption im 14. Jahrhundert bis zum jüngeren Usus modernus in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts*. (Fundamenta Juridica. Hannoversche Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 13). Nomos: Baden-Baden 1991. 208 S., DM 66,-.

sunt servanda“ könne die „clausula“ einen Beitrag im Kampf gegen den alten Satz „summum ius, summa iniuria“ leisten (Klappentext und S. 1 sowie S. 196). Zu diesem Kampf besteht jedoch kein Grund; denn bei dem Satz „summum ius, summa iniuria“ handelt es sich um eine Einsicht und nicht um eine Vorschrift.

Wesentlich bescheidener ist die Zielsetzung von Rummel, einem Schüler von J. Rückert, der mit seiner Arbeit einen im strengen Sinne historischen Beitrag zu Theorie und Praxis des Satzes von der „clausula“ machen möchte. Dieser Versuch ist in allen wesentlichen Punkten gelungen. Zu loben ist insbesondere die Genauigkeit, mit der sich Rummel Autor für Autor vornimmt und analysiert, wobei er sich sorgfältig darum bemüht, jeden einzelnen Autor und seine Arbeitsweise an der richtigen Stelle in dem komplizierten System von Epochenbegriffen, verschiedenen Richtungen in der Rechtswissenschaft, wie *mos italicus* oder Humanismus, und auch verschiedenen Typen juristischer Literatur, wie Traktaten, Entscheidungssammlungen etc., zu plazieren. Lobenswert ist auch, daß Rummel seine Autoren ausführlich zitiert, so daß der Leser nicht nur Regeln präsentiert bekommt, sondern auch erfährt, welche konkreten Fälle damit entschieden worden sind. Sehr sorgfältig ist weiter die Auswertung der Sekundärliteratur sowohl zu der Sachfrage als auch zu den einzelnen Autoren und Epochen. Sodann ist die Einsicht, die das Buch auf der Grundlage des historischen Materials dem Leser nahelegen möchte, durchaus plausibel, nämlich die Empfehlung einer Kombination von gesetzgeberischer Zurückhaltung und richterlichem Spielraum. Allenfalls sollte die Rolle der Wissenschaft, deren Bedeutung doch gerade die Untersuchung von Rummel selbst erst richtig sichtbar macht, stärker hervorgehoben werden. Positiv zu bewerten ist weiter, daß Rummel sehr deutlich eine große Linie herausgearbeitet hat, die von einer zunehmenden Erweiterung des Anwendungsbereiches der „clausula“-Regel im Mittelalter über in der Praxis ergebnislose Eindämmungsversuche von humanistischer Seite zu schließlich mehr und mehr erfolgreichen dogmatischen Präzisierungen unter dem Einfluß naturrechtlich-rationalistischer Denkweise führt. Nicht unwichtig ist, daß sich Rummel stets mit Erfolg bemüht, die ganze europäische Breite des *ius commune* im Auge zu behalten. Das gelingt besonders gut für den Humanismus und das Naturrecht und seine spätscholastische Vorgeschichte. Alles das ergibt insgesamt eine gut geplante dogmengeschichtliche Untersuchung mit einem sinnvollen Ergebnis, das einen

wertvollen Beitrag leistet zur Erforschung des europäischen *ius commune*.

Leider sind bei jedem einzelnen der als lobenswert hervorgehobenen Punkte jedoch auch Mängel zu konstatieren. Auf einige dieser Mängel muß hier kurz hingewiesen werden. Außerdem erscheint es lohnend, in drei für die Arbeit zentralen und damit auch für prinzipielle Einsichten über die „*clausula*“ wichtigen Punkten eine weiterführende Sachdiskussion mit dem Autor aufzunehmen.

Der Versuch, alle Behauptungen genau mit Texten zu belegen, hat zu etlichen Übersetzungsfehlern geführt, die durchaus gravierende Mißverständnisse zur Folge haben. Wenig durchdacht scheinen mir weiter die Kriterien zu sein, mit denen Rummel die methodische Vorgehensweise seiner Autoren beschreibt. Insbesondere bleibt unerläutert, was Rummel unter „Regelbildung mit allgemeingültigen Oberbegriffen“ (z. B. S. 31, 57, 81, 135, 138, 154, 164, 169) einerseits und „Fallbezogenheit“ (S. 143) andererseits versteht. Das zeigt folgendes Beispiel: Für die Konsilienliteratur des *mos italicus* kommt Rummel zu folgendem Ergebnis (S. 143): „In der Anwendung überwog dabei die Form der Regelbildung mit einem allgemeingültigen Oberbegriff, während die rein fallbezogene Heranziehung nur eine untergeordnete Rolle spielte.“ „Fallbezogen“ ist die Anwendung, wo der zitierte Jurist etwa sagt: „*Illā conventio [...] intelligenda videtur rebus sic stantibus*“. Regelbildung liegt demgegenüber vor, wenn gesagt wird: „*renuntiationes intelligi debere rebus sic stantibus*“. In Wirklichkeit steht aber doch hinter der ersten Feststellung „*omnis conventio*“, daher auch „*illa*“, und bei der zweiten fehlt doch sicher nicht der Schluß „also auch die vorliegende“. Für das Dreieck Humanismus, *Usus modernus* und Naturrecht entwickelt Rummel leider kein klares Konzept. Das führt dazu, daß sein Hauptzeuge Leyser unnötigerweise zerrissen und an zwei verschiedenen Stellen behandelt wird und deswegen Rummel selbst als „zwiespältig“ erscheint (S. 178). Die Gliederung nach Literatortypen erschwert im *Usus modernus* unnötig das Sichtbarwerden einer Entwicklungslinie. So wie Rummel vorgeht, bleibt letztlich unklar, wo denn nun die Belege für den „*maximus abusus*“ sind, den Leyser konstatiert, sich selbst aber nicht vorwerfen lassen will (S. 180, wo es übrigens „*praecedentibus*“ und „*quotquot*“ heißen muß). Wenn ich recht sehe, ist nur in einem von den von Rummel geschilderten Fällen die Klausel wirklich mißbraucht worden. Es handelt sich um den Fall, in dem Paul de Castro dem Schenker die Berufung auf den Wegfall seines „con-

sensus“ gestattet hat (S.44). Diesen Fall und eventuell beobachtete ähnliche Fälle hätte Rummel stärker hervorheben müssen.

Was Rummel zu den einzelnen Epochen sagt, ist nicht immer voll gedeckt von seinen eigenen Ausführungen. Von einer „historisch-philologischen Arbeitsweise“ (S. 132) des Humanismus lohnt es sich nur dann zu sprechen, wenn im speziellen Fall eine derartige Arbeitsweise zu beobachten ist. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Andererseits zeigt gerade die Untersuchung von Rummel selbst, daß die „Bildung von allgemeingültigen Oberbegriffen“ (S. 135) keineswegs besonders typisch für den Humanismus ist. Auch hätte man sich vielleicht generell fragen sollen, ob die im Falle der „clausula“ für bestimmte Epochen und Schulen gewonnenen Einsichten das bestätigen oder widerlegen, was man sonst generell als für diese Epochen typisch ansieht. In meinen Augen paßt eine stärkere Betonung des Prinzips „pacta sunt servanda“ durchaus zu den auf Verkehrsfreundlichkeit und Rechtssicherheit bedachten Tendenzen des Humanismus, deren Existenz allerdings umstritten ist.¹ Methodisch wäre den Humanisten diese Entscheidung nicht durch „historisch-philologische Arbeitsweise“ leicht gemacht worden, sondern einfach durch die Lage der Quellen. Daß „Statusänderung“ mißverständlich ist, wenn es um Änderung von Verhältnissen aller Art geht, und daß der Konjunktiv bei „Nach Meinung von Alciat sei“ verfehlt ist, soll nur am Rande erwähnt werden. All das mindert den Wert der Arbeit für ihr eigentliches Thema nicht.

Eine Inhaltsübersicht über das ganze Buch würde zu weit führen. Doch möchte ich gerne in drei Punkten, die für die bisherige Forschung – und damit auch für Rummel – und dann ebenso für das Buch von Köbler besondere Bedeutung haben, die Rolle des Berichterstatters verlassen und in die Sachdebatte mit dem Autor eintreten. Das betrifft Carpzov, Grotius und Leyser.

Rummel erkennt zwar richtig den für die weitere Diskussion der Lehren von Grotius entscheidenden Punkt, betont ihn aber meines Erachtens nicht genug. Grotius² beginnt damit, daß ein Versprechen verpflichtet, das zu tun, was die Auslegung der Worte des Versprechens ergibt. In zwei Fällen ist jedoch eine die Verpflichtung einschränkende Interpretation angebracht, erstens „ex defectu volunta-

¹ K. LUIG, Humanismus und Privatrecht, in: Festschrift für Gunter Wesener, hg. von G. KLINGENBERG u. a., Graz 1992, S. 285.

² HUGO GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Paris 1625. Rummel vergißt anzugeben, daß es sich um das 16. Kapitel von Buch 2 handelt (S. 102).

tis originaria“ und zweitens „ex casus emergentis repugnantia cum voluntate“.

Der erste Fall, der des ursprünglichen Willensmangels, wird in drei Fällen angenommen, nämlich zuerst, wenn sich sonst etwas Absurdes ergäbe und „ex materiae defectu“. Wichtig für die Klausel ist allein der dritte Fall (in der Aufzählung von Grotius der zweite): „ex cessatione rationis quae sola plene et efficaciter movit voluntatem“. Das heißt, ein die einschränkende Auslegung des Versprechens rechtfertigender Willensmangel liegt vor, wenn es an der Voraussetzung fehlt, „die allein vollständig und in bestimmender Weise den Willen des Versprechenden motiviert hat“. Bei Grotius heißt es weiter (§ 25): „Sed de ratione notandum est, sub ea comprehendi saepe quasdam res non secundum existentiam, sed secundum potentiam moraliter consideratam, quae ubi locum habet, restrictio facienda non est.“ Das heißt: „Zur ‚ratio‘ ist anzumerken, daß davon oft Dinge erfaßt werden, die nicht nur wegen ihrer wirklichen Existenz, sondern schon wegen der Möglichkeit ihrer Existenz in Betracht gezogen werden. Solange diese besteht, kann eine einschränkende Auslegung nicht erfolgen.“ Diesen Satz erläutert Grotius mit einem Beispiel: „Wenn vereinbart worden ist, daß das Heer oder die Flotte nicht an einen bestimmten Ort geführt werden dürfen, dürfen sie auch dann nicht an diesen Ort gebracht werden, wenn keine Angriffsabsicht besteht. Denn bei der Vereinbarung hatte man nicht einen konkreten Schaden, sondern Gefahren jeder Art im Blick.“ Die Sache ist klar: „Unica ratio“ der Vereinbarung war die Vermeidung eines Angriffs durch Verringerung der Angriffsmöglichkeit. Diese „ratio“ fällt aber nicht schon weg, wenn der Heerführer nicht angreifen will. Rummel übersetzt nun (S. 104 Fn. 394): „Zur ‚ratio‘ ist zu bemerken, daß darunter oft gewisse Dinge verstanden werden, die nicht nach ihrer tatsächlichen Existenz, sondern nach ihrer Möglichkeit, moralisch gesehen, betrachtet werden, die dort, wo dies der Fall ist, nicht als Einschränkung zu verwenden ist.“ Das ist schwer verständlich. Deswegen erläutert Rummel „daß die ‚ratio‘ dann nicht als Einschränkung des Wortlauts von ‚promissio‘ zu verwenden ist, wenn unter ‚ratio‘ Dinge verstanden werden, die, moralisch betrachtet, nur möglicherweise bestehen“ (S. 103). Eine weitere Erläuterung enthält die Fußnote 390: „‚ratio‘ hat bei Grotius die Bedeutung als vom Menschen herrührende Vernunft.“ Damit wird Rummel Grotius nicht gerecht.

Grotius fährt dann fort: „Man pflegt auch zu erörtern, ob Versprechen die stillschweigende Bedingung enthalten, daß die Umstände so

bleiben, wie sie sind. Das ist zu verneinen, wenn es nicht völlig klar ist, daß der gegenwärtige Stand der Dinge voll erfaßt wird von jener einzigen Voraussetzung, von der wir gesprochen haben.“³ Das heißt: nur das Fehlen der alleinigen „plene et efficaciter“ den Willen motivierenden Voraussetzung gibt Raum für die Anwendung der Klausel. Rummel deutet diesen Text gegen Feenstras⁴ Interpretation richtig dahingehend, daß Grotius die Berufung auf die „tacita conditio, si res ...“ auch im Falle des „defectus originarius“ nicht völlig ablehnen will. Diese Sicht wird dadurch bestätigt, daß Grotius ein Beispiel für die Anwendung hinzufügt. Was die Weiterwirkung von Grotius anbelangt, so scheint mir nach den Untersuchungen von Rummel und Köbler abweichend von Feenstra sogar der Fall der anfänglichen Fehleinschätzung noch wichtiger zu sein als die spätere Änderung. Das ergibt sich daraus, daß Coccejis später viel zitierte Lehre von *status accidentalis* und *substantia* (S. 111) gerade bei der *unica ratio* anknüpft und die rigide Beschränkung darauf durch Einbeziehung der gesamten Substanz des Geschäfts auflockern soll. Rummel meint nicht ganz richtig, daß Cocceji nur den Begriff „unica ratio“ durch „substantia“ ersetze (S. 111, insbes. Fn. 429). Vielmehr hält er aus sachlichen Gründen den weiteren Begriff „substantia“ für richtiger (*rectius*) als „unica ratio“.

Sehr klar macht Rummel die Sache beim nachträglichen, dem Willen widerstrebenden *casus emergens*. Hier kommt es für die Anwendung der „clausula“-Regel nur darauf an, daß sich der Wille eindeutig ergibt, entweder aus der *ratio naturalis* oder aus einem anderen Anzeichen, wovon es wiederum zwei gibt, daß nämlich die Erfüllung verboten oder allzu schwierig und unzumutbar ist.

Was Pufendorf anbelangt, so hätte Rummel sagen müssen, daß er sich Grotius in der Auslegungslehre nicht nur „eng“ (so S. 108), sondern geradezu sklavisch anlehnt, was übrigens auch Diesselhorst vornehmerweise nicht getadelt hat.⁵ Bereits Rummels kurze Zitate auf den Seiten 104 und 110 zeigen, daß Pufendorf den Text von Grotius wörtlich übernommen und an einigen Stellen paraphrasiert

³ Rummel übersetzt m. E. weniger deutlich „daß der vorhandene ‚status rerum‘ vollständig in der oben aufgeführten ‚ratio‘ des Versprechens enthalten ist“ (S. 104 Note 394).

⁴ R. FEENSTRA, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, in: Daube noster, Edinburgh and London 1974, S. 88. Dazu auch R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town SA 1990, S. 579, 581.

⁵ M. DIESELHORST, *Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs*, Göttingen 1976, S. 40–41.

hat. In Anspielung auf den Titel eines Buches von F. Palladini könnte man fast sagen „Pufendorf discepolo di Hobbes e plagiatario di Grozio“. ⁶ Diesselhorst hat wohl Recht: „Eher Grotius als Hobbes“.

Leider wird Pufendorfs Anlehnung an Grotius von Rummel verwischt. Denn Rummel hatte schon den Text von Grotius ungenau interpretiert, dann kopiert er Pufendorfs Text mit Fehlern und übersetzt ihn deshalb auch sinnentstellend. Es handelt sich um Grotius' durch Rummel mißverständene Umstände, die „aus moralischer Sicht nur möglicherweise bestehen“. In diesem Punkte hat Pufendorf nach Rummel Grotius abgewandelt. Das stimmt aber nicht ganz. Pufendorfs Text lautet nach dem – offengelegten – Grotius-Zitat: „sensus est: conventio, in qua rationem aliquam respexerunt paciscentes, puta, ut periculum aut incommodum evitarent, non solum in iis casibus valet, quando istud revera erat secuturum; sed in illis quoque, ex quibus probabiliter, aut saltem non adeo difficulter existere posse creditur [...]“. ⁷ Rummel liest „sensua“ und „severa“ und übersetzt (S. 109 Fn. 420): „Der Sinn ist folgender: die Vereinbarung, innerhalb derer die ‚ratio‘ von den Parteien berücksichtigt wird, daß etwa Unannehmlichkeiten und auch Gefahr vermieden werden sollen, gilt nicht nur in den Fällen, in denen es schwer ist, das Versprechen zu halten, sondern auch dann, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit leicht zu sein scheint.“ Dabei übersieht Rummel, daß es um den Sinn der Unterscheidung von „existentia“ und „potentia“ und nicht um leichte oder schwierige Erfüllung geht. Ich würde folgende Übersetzung vorschlagen: „Der Sinn ist folgender: Eine Vereinbarung, bei der die Parteien einen bestimmten Zweck vor Augen hatten, beispielsweise daß eine Gefahr oder ein Schaden vermieden werde, gilt nicht nur in den Fällen, in denen Gefahr oder Schaden wirklich einträten [sc. wenn man die Vereinbarung nicht einhielte, K. L.], sondern auch für die Situation, in der man glaubt, Schäden würden wahrscheinlich oder jedenfalls ohne große Hindernisse eintreten.“ Nur wenn man so übersetzt, wird das anschließende Beispiel des Vertrages, daß Heer und Flotte einen bestimmten Ort meiden sollen, das Pufendorf ebenfalls von Grotius übernimmt, sinnvoll. Somit ändert Pufendorf gar nichts an Grotius' Lehre. Es bleibt auch bei der „unica ratio“, ⁸ woraus Rummel zu schwach „klar und deutlich“ macht (S. 109).

⁶ F. PALLADINI, Samuel Pufendorf – Discepolo di Hobbes, Bologna 1990.

⁷ S. PUFENDORF, De iure naturae et gentium, Londini Scanorum 1672, Buch 5, Kap. 12, § 20.

⁸ S. PUFENDORF (Anm. 7), 5. 12. 20 am Ende.

Der zweite Punkt, an dem die Diskussion mit Rummel insbesondere im Hinblick auf das Buch von Köbler aufgenommen werden soll, ist die an Grotius und Cocceji anknüpfende Lehre Leysers. Rummel übersetzt eine der Hauptstellen von Leyser nicht richtig (S. 121): „Antequam hinc recedo, unum adhuc ad Grotii doctrinam monendum est. Admittit ille tandem de iure belli ac pacis lib. 2 cap. 16 § 25 regulam nostram, quod promissa in se habeant tacitam conditionem, si res maneant, quo sunt loco: Sed aegerrime et non nisi cum hac limitatione; modo apertissime pateat, statum illum praesentem in unica illa ratione inclusum esse. Desiderat ergo Grotius conversionem rerum omnium, quae pristinum statum prorsus tollat. At enim vero contingere potest, ut aliqua circumstantia, praecipua quidem, sed non unica promissionis ratio, tollatur.“ Rummel liest „admitti“ statt „admittit“ und übersetzt wie folgt: „Bevor ich von hieraus entgegne, was als einziges noch an der Doktrin des Grotius auszusetzen ist, stimme ich seiner in seinem Buch ‚De iure belli ac pacis‘ aufgestellten Regel zu, daß Versprechen die stillschweigende Bedingung ›si res maneant, quo sunt loco‹ beinhalten. Allerdings tue ich das nur sehr ungern und nur unter folgender Einschränkung: nur wenn völlig deutlich ist, daß der gegenwärtige Status in der gesamten Ratio der Vereinbarung enthalten ist. Grotius wünscht dann die Aufhebung der Verbindlichkeit, wenn der ursprüngliche Status nicht mehr besteht. Das kann aber dazu führen, daß nicht ein Umstand der gesamten Ratio, sondern eines Teils davon, aufgehoben wird.“ Diese Übersetzung steht im Widerspruch zu Rummels eigenen Ausführungen über Grotius. Richtig müßte es heißen: „Bevor ich diesen Gegenstand verlasse, ist ein Punkt an der Lehre von Grotius auszusetzen. Jener läßt nämlich [admittit ille] in ‚De iure belli ac pacis‘ unsere Regel zu, daß Versprechen [. . .] allerdings tut er das nur sehr ungern und nur mit der Einschränkung, daß es völlig klar ist, daß das, was als gegenwärtiger Zustand angesehen wird, die alleinige ‚ratio‘ des Geschäfts bildet. Daher verlangt Grotius eine Veränderung aller Verhältnisse, die den alten Zustand völlig aufhebt. Aber es kann sich doch ereignen, daß nur ein bestimmter Umstand wegfällt, der zwar besonders wichtig, aber eben nicht der einzige Grund des Versprechens war.“ – Danach folgen die entscheidenden Worte von Leyser, die Rummel nicht übersetzt: „Dann [sc. wenn nicht der einzige Grund wegfiel, K. L.] ist Vorsicht am Platze, und das Versprechen kann nicht völlig erlassen werden, sondern es ist zu ermäßigen und an Zeit und Lage anzupassen.“

Rummel entstellt die Stelle, weil er nicht sieht, daß es Grotius und nicht Leyser ist, der die Regel nur mit der Beschränkung auf die „unica ratio“ zuläßt. Leyser verwirft die Limitation von Grotius und will in manchen Fällen, die Grotius der Regel ganz entzieht, vorsichtig vorgehen und wenigstens eine Anpassung vornehmen. Für alle „accidentalia“, wie Rummel falsch schreibt, will Leyser das aber nicht tun, sondern nur für eine „praecipua ratio“, wenn auch nicht „unica“. Im Grunde setzt Leyser damit die „praecipua causa“ an die Stelle von Coccejis „substantia“. Daß Leyser in einem anderen Specimen seiner „Meditationes“ unter Appell an die Klugheit des Richters die „praecipua ratio“ dahingehend präzisiert, daß sie gravierend sein muß, unvorhersehbar und erst recht unverschuldet, macht seine Stellung entgegen der Annahme Rummels keineswegs zwiespältig (S. 178, 181).

In einem zweiten Punkte geben die Ausführungen von Rummel zu Leyser Anlaß zu einer Bemerkung. Rummel bemüht sich stets, zu Vita und Bedeutung der zitierten Autoren einige Anmerkungen zu machen. Da man dergleichen in jeder Doktorarbeit mit dogmengeschichtlichem Thema findet, halte ich das nur für sinnvoll, wenn der Autor die Gelegenheit nützt, anhand seines konkreten Gegenstandes das herrschende Bild des Autors zu überprüfen. Mitteilenswert wäre es also, wenn sich der Kommentator NN in der Frage der „clausula“ als der glänzende Dogmatiker erweise, als der er allgemein gilt, oder wenn er diesem Ruf nicht gerecht wird. Derartige Gelegenheiten nützt Rummel jedoch selten. Das ist zwar bedauerlich, richtet aber keinen großen Schaden an. Ärgerlich ist nur, wenn Rummel etwas über Fabers textkritische Konjekturen sagt, die in der zitierten Stelle nicht die geringste Rolle spielen. Regelrecht falsch ist dann jedoch, daß Rummel unter Berufung auf Wieacker von der „eigenwilligen Billigkeitsjurisprudenz“ Leysers spricht, obwohl das, was Rummel über Leyser sagt, dieses Urteil geradezu widerlegt, und obwohl just am Beispiel der „clausula“ von anderer Seite der Rummel ausweislich der Fußnote bekannte Versuch unternommen worden ist, Wieackers Einschätzung von Leyser zu korrigieren.

Die dritte Bemerkung betrifft die Rechtsfolge der elastischen Anpassung der geschuldeten Leistung an die veränderten Umstände an Stelle der starren Alternative Festhalten am Vertrag nach der Maxime „pacta sunt servanda“ oder völlige Aufhebung des Vertrages. Das ist zweifellos eine Lösung, die den rationalen Umgang mit der „clausula“ erleichtert. In den Augen von Köbler, dessen Arbeit so-

gleich näher zu besprechen ist, stellt die „subtile und flexible“ Anpassungsrechtsfolge sogar den wichtigsten Schritt in der Entwicklung der „clausula“ überhaupt dar. Wenn man diese inhaltliche Bewertung der Anpassung akzeptiert, kommen aber sowohl Rummel als auch Köbler mit der von ihnen geschilderten Geschichte in Konflikt. Denn mit Rummels Annahme, daß es gerade Humanismus und Naturrecht gewesen sein sollen, die Rationalität in die Handhabung der „clausula“ gebracht haben, läßt es sich nicht ganz vereinbaren, daß Carpzov, einer der großen Juristen des in dieser Frage nach der Ansicht beider Autoren nicht sehr fruchtbaren *Usus modernus*, die Anpassung in die Diskussion eingeführt hat (S. 170). So gesehen unterschätzt Rummel zumindest am Beispiel von Carpzov entweder den *Usus modernus* oder die Bedeutung der Rechtsfolge der Anpassung für die weitere Entwicklung. Für letzteres spricht, daß Rummel selbst schon bei Ancharanus den ersten Fall von Anpassung beobachtet, diese Entdeckung aber offensichtlich später wieder aus den Augen verloren hat (S. 39).

Gravierender ist das Mißverständnis von Köbler: Er ignoriert, daß schon Ancharanus und Carpzov Anpassung statt Auflösung als mildere Rechtsfolge empfohlen hatten und sieht diese Lösung erst als eine Erfindung von Leyser an. Damit wird die Anpassung für Köbler zu einem die ganze weitere Entwicklung determinierenden Triumph der „Systematisierung im Vernunftrecht“, obwohl sie in Wirklichkeit auf dem Vorschlag eines Juristen beruht, in dessen Epoche Köbler nur „weite, aber konturenlose und uneinheitliche Geltung“ und „unreflektierte und kritiklose“ Anwendung vermutet. Die Sache wird noch ungereimter dadurch, daß Leyser selbst in dieser Frage keineswegs als Naturrechtler schreibt. Es handelt sich hier vielmehr um ein Beispiel dafür, daß der *Usus modernus* naturrechtlichen Vorschlägen folgte, wenn und soweit das mit den Texten des *Corpus iuris* vereinbar war. In diesem Sinne beobachtet Köbler sehr gut, daß die bayerische Kodifikation wiederum dem Vorschlag von Leyser folgte.

Alle Schwierigkeiten der Deutung des historischen Befundes, die die Arbeit von Rummel offenbart, warnen vor einem allzu leichtfertigen Umgang mit dem historischen Argument. Rummel hält sich deswegen sinnvollerweise zurück, obwohl er sich um größte Akkuratessse bei der Bestandsaufnahme bemüht. Das Gegenteil gilt für die Arbeit von Köbler. An dieser Arbeit stört die Kombination von oberflächlicher historischer Datensammlung mit weitreichen-

den systematischen Schlußfolgerungen zumindest den Rechtshistoriker.

Der Ausgangspunkt von Köbler ist, daß trotz einiger Nennungen durch Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof jedenfalls nach Auffassung der Rechtslehre eine „*clausula rebus sic stantibus*“ nicht Teil der Rechtsordnung ist. Ihre Funktionen werden teilweise von der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage wahrgenommen. Das hält Köbler für verfehlt und plädiert für eine „*clausula*“-Lehre, die ihrerseits die Berufung auf Wegfall der Geschäftsgrundlage überflüssig machen soll.

Das Plädoyer beginnt mit einer Darstellung der Geschichte, die offensichtlich nicht nur Grundlage einer sinnvollen Würdigung des geltenden Rechts ist (S. 19), sondern auch Basis von Reformvorschlägen. Köbler schildert in den großen Zügen zutreffend die gut erforschte Geschichte der Klausel. In den Einzelheiten unterlaufen ihm jedoch Fehler, die die historische Einleitung weitgehend wertlos machen: So wird etwa Ciceros „*De officiis*“ ins Jahr 44 n. Chr. verlegt, und zwar nicht per Druckfehler (S. 23 und S. 24 Fn. 2). In welchem Teil der „*Summa theologica*“ des Thomas von Aquin sich die *Quaestio* 110 befindet, wird nicht mitgeteilt (S. 24 Fn. 1). Das *Corpus iuris* zitiert Köbler auf eine Weise, die zeigt, daß er nicht weiß, was er da zitiert. Ein Beispiel: „1.3 C. de locato et conductio (4, 65)“ statt C. 4.65.3 (S. 24). In „*conductio*“ hat sich dabei ein „i“ eingeschlichen. Die vorangestellte „1“ müßte allenfalls ein „l“ sein. Dieser Fehler wiederholt sich etliche Male. Offensichtlich hat Köbler einfach nach einer Arbeit aus dem 19. Jahrhundert zitiert. Das zeigt sich auch daran, daß er dem germanischen Recht eine vom römischen Recht abweichende „Grundkonzeption“ zuweist, obwohl „die germanischen Sitten es mit einer so gepflegten Rechtsregel wie dem römischen ‚*pacta sunt servanda*‘ wohl so ernst nicht nahmen“. Das soll Heusler gesagt haben, was er jedoch nicht tat. Bei Heusler geht es an der zitierten Stelle um den Abschluß von Verträgen und nicht ums Halten. Tacitus war bekanntlich auch der gegenteiligen Meinung.⁹ Die Entwicklung der „*clausula*“ vom Beginn unseres Jahrtausends bis zum 15. Jahrhundert kann von Köbler nur „in der Sekundärliteratur nachvollzogen werden“ (S. 26). Dabei hat er große Schwierigkeiten, „die Entwicklung einer Rechtsfigur zu verfolgen, bevor sie als solche herausgebildet worden ist“ (S. 26). Ich wüßte

⁹ TACITUS, *Germania*, Cap. 24.

auch nicht, wie man das macht. Einige sinnlose Bemerkungen über das römische Recht und die Rezeption überliest man schnell (S. 27 und Fußnoten). Wirklich ärgerlich ist aber, daß es Köbler nicht einmal gelingt, die für die „Herausbildung als solche“ maßgebende Digestenstelle richtig zu zitieren und korrekt zu interpretieren. Es handelt sich um D. 12.4.8.; Köbler schreibt „1. Quod Servius 8, D. de cond. c. d. n. sec. (12, 4)“. Gelten lassen könnte man: „1. Quod Servius 8. D. de cond. c. d. c. n. sec. (12, 4)“. Diese Stelle behandelt nach Köbler den Fall, „daß eine unmündige Person die Ehe geschlossen hat und eine Mitgift erhalten hat“. Die Entscheidung soll lauten (S. 28): „Solange die Eingehung der Ehe nicht völlig ausgeschlossen ist, kann die Mitgift nicht ohne weiteres zurückgefordert werden – im Umkehrschluß, daß der Eintritt unerwarteter Umstände die Eheschließung verhindern kann und dann die Rückforderung zulässig ist [...]“. Es drohen aber keine unerwarteten Umstände. Der problematische Umstand ist die bekannte Minderjährigkeit.

Köbler macht weiter nicht klar, ob er Fälle sammeln will, die man heute mit der „clausula“ entscheiden würde oder könnte, oder ob er sich auf die Suche nach den Anfängen einer Formulierung der Klausel begibt. Deswegen mißversteht und kritisiert er Feenstra, der zu Recht feststellt, daß Bartolus die Klausel als *ratio decidendi* von D. 12.40.8 formuliert hat. Daß Bartolus „beim Spezialfall verharrt“ und sich nicht ausdrücklich bereit erklärt, auch andere Fälle der „clausula“ zu unterwerfen, stimmt nach den Forschungen von Rummel (dort S. 27) nicht. Baldus generalisierte dann in der Tat. Köbler meint, damit sei „die ‚clausula‘-Idee von der einzelfallorientierten Rechtsregel zum umfassenden Grundsatz“ geworden. Eine „einzelfallorientierte Rechtsregel“ ist aber fast ein Widerspruch in sich. Auch kann man den Satz „Alle Verträge, Eide, Testamente und Privilegien stehen unter dem Prinzip der clausula“ schlecht als Produkt einer kasuistischen Technik bezeichnen. Weiter bleibt es das Geheimnis des Verfassers, wie die Ausweitung von „alle Verträge“ auf „alle Rechtsakte“ dem „juristisch verbrämten Vertragsbruch“ Vorschub leisten soll, wie Köbler es unter anderem den „selektiven wissenschaftlichen Betrachtungen des Rechtsgelehrten Wernher“ entnimmt, womit vermutlich Wernhers „*Selectae observationes forenses*“ gemeint sind (S. 31). Ein Beleg für diese Behauptung fehlt. Für das Naturrecht beobachtet Köbler richtig eine restriktive Tendenz. Er sieht aber nicht, daß seine wichtigsten Naturrechtler Cocceji, Leyser, Kopp und Weber in erster Linie im Hinblick auf das positive Recht argumentieren. Daß Leyser nicht der Entdecker der Anpassung ist, hat Rummel bereits klargestellt.

Für die von Rummel nicht bearbeiteten Abschnitte (Kodifikationen, Pandektenwissenschaft, Entstehung des BGB) liefert Köbler dankenswerterweise die nötigen Informationen. Doch die Renaissance der „*clausula rebus sic stantibus*“ im Gewand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach Inkrafttreten des BGB als Ausdruck der liberal-individualistischen Konzeption des neueren Privatrechts zu deuten, geht nicht an. Das BGB war einer Einzelfallgerechtigkeit keineswegs günstig. Und auch für die Zeit nach dem Ersten Weltkrieg geht es um die Wiederentdeckung der Vertragsgerechtigkeit und nicht um individualistische Einzelfallgerechtigkeit (S. 92 f.). Vollends unverständlich ist, wenn Köbler die erneute Tendenz zur Generalklausel wie folgt deutet (S. 95): „Die Einzelfallgerechtigkeit basiert auf der Entscheidung des Richters, der den autonomen Parteien als Schiedsrichter zur Verfügung steht.“ Beim Codex Maximilianus war es noch die Regelung durch Spezialnormen gewesen, die dem Richter die Schiedsrichterrolle zuwies und die „*clausula*“ der Disposition der Bürger entzog“ (S. 44).

Dieser innere Widerspruch ist ein Beispiel für die oft recht heiklen generellen Wertungen von Köbler. Weitere finden sich auf den Seiten 47, 95, 109, 122, 124, 128, 186, 191, 196, 199. Dabei geht es immer wieder um den Richter als Schiedsrichter (S. 186, 191). Köbler sieht das etwa so, daß der Richter beim wichtigen Grund „im Wege der Wertung über die Ausfüllung des Tatbestandes und damit über die daran zu knüpfende Rechtsfolge, ob nämlich das Rechtsverhältnis beendet werden soll“, entscheide. Das bedeutet für Köbler (S. 186): „Der Richter wird auf dem Gebiet der ‚*clausula*‘-Fälle zum Schiedsrichter zwischen den Parteien.“ Mit dieser Einsicht ist nicht viel gewonnen.

Im abschließenden dritten Teil präzisiert Köbler seine allgemeine gebietsübergreifende „*clausula*“-Theorie, deren Formel lautet: „Macht die Veränderung objektiver Umstände, die selbst nicht Vertragsgegenstand sind (Vertragsumwelt), die unveränderte Erfüllung vertraglicher Pflichten bei umfassender Abwägung der gegenseitigen Interessen für eine Partei unzumutbar, so paßt der (Schieds-)Richter das Vertragsverhältnis an. Die Gewährung eines Rücktrittsrechtes ist *ultima ratio*.“ Für das Völkerrecht, wo es keinen Richter gibt, spricht Köbler statt von Anpassung, angeregt durch Horns Neuverhandlungslehre, vage von „Revisionsbestrebungen“.¹⁰

¹⁰ N. HORN, Neuverhandlungspflicht, in: Archiv für die civilistische Praxis 181 (1981), S. 256.

Die Geschichte, um die es in dieser Rezension geht, liefert dem Verfasser wohl im wesentlichen die Einsichten, daß es ohne Reaktion der Rechtsordnung auf Veränderung von Umständen nicht geht, damit nicht *ius* zu *iniuria* werde (S. 196), daß weiter von allen Mitteln der Reaktion – wie wichtiger Grund, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Treu und Glauben – die „*clausula*“, d. h. der Rechtssatz, daß alle Rechtsverhältnisse von vornherein unter der Bedingung „*rebus sic stantibus*“ stehen, das geeignetste ist, daß man jedoch die Voraussetzungen für die Anwendung der Klausel tatbestandsmäßig möglichst genau definieren muß und daß schließlich der Richter als Schiedsrichter zunächst die mildere Rechtsfolge der Anpassung aussprechen muß.

Die historische Beweisführung für diese Erkenntnis ist nicht in vollem Umfange geglückt. Das beruht einmal auf den zahlreichen Fehlern und Mißverständnissen, die hier moniert worden sind. Entscheidend ist aber, daß Köblers Hauptzeuge nicht das hält, was sich Köbler von ihm versprach. Es handelt sich, wie bereits erwähnt, um Leyser. Bei genauem Hinsehen versagt dieser Zeuge sogar in doppeltem Sinne. Er versuchte keine „Systematisierung im Naturrecht“, sondern meditierte, wie er selbst sagte, über in der Praxis entschiedene Fälle. Und zweitens war er gar nicht der Entdecker der Anpassungsmöglichkeit. Das war vielmehr, wie Rummel gezeigt hat, Ancharanus oder spätestens Carpzov, ein Jurist des gemeinen Rechts des 17. Jahrhunderts, dem Köbler nur Mißbrauch zutraute. Damit soll über Köblers Theorie selbst nichts Negatives gesagt sein. Auch ohne Geschichte mag die Einsicht richtig sein, daß die „*clausula*“ Teil einer Rechtsordnung ist, „die wesentlich stärker als eine durch den Apparat der Staatsgewalt gesicherte Ordnung auf der Anerkennung der Regeln fußt“. Das ist so zu verstehen: „Wird bereits das ‚*pacta sunt servanda*‘ mißachtet, so bedarf es zur Lösung von Vertragsbindungen nicht der ‚*clausula*‘.“ Und weiter: „Gerade wenn eine Ordnung nicht als solche akzeptiert wird, erhöht das Bereitstellen von Korrekturmechanismen die Chance der Anerkennung.“ Über die Richtigkeit dieser Feststellungen muß die Rechtstheorie urteilen.