

VI.

Recht und Religion in der europäischen Rechtstradition

II: Römisches Recht und Römische Kirche

Ein rechtshistorischer Streifzug

Von

Reinhard Zimmermann¹⁾

Roman Law and Roman Church. A Foray in the Field of Legal History. This is the slightly amended text of a public lecture delivered at the invitation of the organizers of the 42nd German Legal History Conference in September 2018 in Trier. After briefly sketching the enormous range of the discipline of legal history, the lecture focuses on the law of contract and the law of succession; and it seeks to demonstrate the importance of Rome on the development of European private law: both the Rome of pagan antiquity and of the Christian Church.

Keywords: Roman Law, Canon law, *pacta sunt servanda*, *clausula rebus sic stantibus*, wills, testamentary executors, Christ's share

Inhalt: I. Grundlagen, 1. Das Arbeitsfeld der Rechtsgeschichte, 2. Ein epochales Ereignis: Die Rezeption des römischen Rechts, 3. Romanistik, Germanistik, Kanonistik. – II. Vertragsrechtsgeschichten, 1. *Pacta sunt servanda*, 2. *Fidem frangenti fides frangitur*, 3. Veränderte Umstände, a) Das hinterlegte Schwert, b) *Clausula rebus sic stantibus*, c) Moderne Rechtsentwicklungen. – III. Erbrechtliche Dogmengeschichte, 1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede moderner Erbrechtsordnungen, 2. Testamente und der Sohnesteil Christi, 3. Testamentsvollstrecker, 4. Cy-près. – IV. Christliche Kirche und antike Kultur

I. Grundlagen

1. Das Arbeitsfeld der Rechtsgeschichte:

In diesen Tagen findet in Trier der 42. Deutsche Rechtshistorikertag statt. Deutsch ist der Rechtshistorikertag freilich nur insoweit, als er stets in einem

¹⁾ r.zimmermann@mpipriv.de. Geringfügig überarbeiteter und um die notwendigen Nachweise ergänzter Text des öffentlichen Abendvortrages auf dem 42. Deutschen Rechtshistorikertag in Trier, Konstantinbasilika, am 18. September 2018. Zur Einleitung von Thomas Rüfner siehe oben Aufsatz V., Seite 153–158.

der deutschsprachigen Länder veranstaltet wird. Im Übrigen trägt die Veranstaltung ein durchaus internationales Gepräge. Dieser Vortrag ist ein Novum, soll er doch dazu dienen, der Trierer Öffentlichkeit einen Eindruck davon zu vermitteln, was Rechtshistoriker beschäftigt²⁾. Das ist nun kein ganz einfaches Unterfangen, ist die Disziplin der Rechtsgeschichte doch von einer Spannweite wie sie zwar für die historischen Wissenschaften ganz allgemein charakteristisch ist, nicht aber für die Jurisprudenz; und der Jurisprudenz wird sie in der Tradition universitärer Forschung und Lehre ganz überwiegend zugeschlagen. Eine vergleichbare Spannweite haben allenfalls andere Grundlagendisziplinen wie insbesondere die Rechtsphilosophie und die Rechtsvergleichung. Gegenstand rechtshistorischer Forschung sind die altorientalischen Rechte, aus denen die ältesten Schriftquellen der Menschheit stammen³⁾, sind alle Rechte der Antike, des Mittelalters und der Neuzeit bis an die Schwelle der Gegenwart. So wurde schon 1994, nur fünf Jahre nach dem Mauerfall, eine Bilanz der Geschichte der Rechtswissenschaft der Bonner Republik versucht⁴⁾, und inzwischen liegt sogar eine Fortsetzung mit dem Titel „Rechtswissenschaft in der Berliner Republik“ vor⁵⁾. Die Literatur zur Perversion der Rechtsordnung im Nationalsozialismus, zu deren Vorgeschichte und Nachwirkungen, füllt Bibliotheken⁶⁾. Die Rechtsgeschichte ist geographisch umfassend, insofern als sie die Geschichte des deutschen, französischen und englischen Rechts ebenso wie die aller anderen Staaten innerhalb und außerhalb Europas zum Forschungsgegenstand macht; gleichzeitig wenden sich ihre Vertreter aber auch dezidiert gegen eine Beschränkung auf die nationalstaatliche Perspektive⁷⁾ und schreiben europäische⁸⁾, lateinamerikani-

²⁾ Einen sehr viel detaillierteren Eindruck davon vermitteln auch zwei Handbücher, die in jüngster Zeit fast gleichzeitig erschienen sind: Markus D. Dubber/Christopher Tomlins (Hgg.), *The Oxford Handbook of Legal History*, und Heikki Pihlajamäki/Markus D. Dubber/Mark Godfrey (Hgg.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, beide Oxford 2018.

³⁾ Vgl. z. B. Paul Koschaker, *Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht*, 1911; Reuven Yaron, *The Laws of Eshnunna*, 2. Aufl. Jerusalem 1988.

⁴⁾ Dieter Simon (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994.

⁵⁾ Thomas Duve/Stefan Ruppert (Hgg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018.

⁶⁾ Vgl. etwa den Überblick bei Michael Stolleis, s. v. Nationalsozialistisches Recht, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [HRG]*, 2. Aufl. Band III, 2016, Sp. 1806–1823; sowie zuletzt Joachim Rückert, *Unrecht durch Recht*, 2018.

⁷⁾ Zu dieser Joachim Rückert, *Die Erfindung nationaler Rechtsgeschichten in Europa*, *Rechtsgeschichte [Rg]* 26 (2018) 22–68.

⁸⁾ Vgl. etwa Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, 2 Bde., 1985, 1989; Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The*

sche⁹⁾ oder sogar globale Rechtsgeschichte¹⁰⁾. Es gibt Rechtsgeschichten aller juristischen Subdisziplinen: des Strafrechts ebenso wie des Verfassungsrechts, des Steuerrechts oder des Sozialrechts¹¹⁾. Eine zentrale Stellung nimmt – das ist seinerseits nur historisch erklärbar – die Privatrechtsgeschichte ein¹²⁾. Rechtshistoriker haben es mit vielen verschiedenen Quellengattungen zu tun: mit Keilschrifttexten ebenso wie mit Papyri, mit manuell angefertigten wie mit gedruckten Schriftquellen, mit mündlicher Überlieferung wie mit Archivalien, mit Gesetzen, Gerichtsentscheidungen und Geschäftsurkunden, oder auch mit symbolischen Gegenständen wie Stäben oder Grabsteinen.

Rechtshistoriker befassen sich mit der Geschichte juristischer Ideen, Doktrinen und Regeln, mit der Geschichte der Rechtswissenschaft als solcher¹³⁾, oder auch mit der Geschichte juristischer Professionen oder hervorragender Vertreter derselben. Sie können unterschiedliche Erkenntnisinteressen verfolgen; so kann es einerseits darum gehen, das Recht einer bestimmten Epoche zu untersuchen, um Näheres über diese Epoche zu erfahren und sie in ihrer Eigenartigkeit zu erfassen; andererseits kann Rechtsgeschichte auch geschrieben werden, um spätere Entwicklungen oder das gegenwärtige Recht besser zu verstehen¹⁴⁾. Man kann mithin Rechtsgeschichte um ihrer selbst willen betreiben, man kann sie aber auch als Hilfsmittel für weiterreichende Erkenntnisziele heranziehen. Rechtsgeschichte kann affirmativ oder kritisch sein, indem sie etablierte Vorstellungen bestätigt oder infrage stellt. Sie kann

Civilian Tradition Today, Oxford 2001; vgl. auch die Beiträge in dem oben (Fn. 2) genannten Oxford Handbook of European Legal History, das sich bemüht „[to capture] a revised conception of European legal history“.

⁹⁾ Vgl. etwa Jan Kleinheisterkamp, Development of Comparative Law in Latin America, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hgg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl. Oxford 2018.

¹⁰⁾ Vgl. z. B. die Reihe „Global Perspectives on Legal History“ des Frankfurter Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, seit 2014.

¹¹⁾ Vgl. z. B., für das letztgenannte Fach, Michael Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003.

¹²⁾ Dazu vor allem Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967.

¹³⁾ Dazu z. B. Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band I, 1988, 2. Aufl. 2012, Band II, 1992, Band III, 1999, Band IV, 2012; neuerdings für die „deutsche Rechtsgeschichte“ Johannes Liebrecht, Die junge Rechtsgeschichte, 2018.

¹⁴⁾ Für das Studium des römischen Rechts vgl. etwa Reinhard Zimmermann, Roman and Comparative Law: The European Perspective, Journal of Legal History 16 (1995) 21–33; vgl. ferner die Beiträge in Pio Caroni/Gerhard Dilcher (Hgg.), Norm und Tradition: Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?, 1998.

Kontinuitäten wie Diskontinuitäten in der Entwicklung des Rechts aufweisen; sie kann auf die unterschiedlichen Funktionsbedingungen rechtlicher Regelungen zu unterschiedlichen Zeiten hinweisen, sie kann die Vergangenheit aber auch als einen fernen Spiegel von Problemen verstehen, die uns bis heute beschäftigen. Rechtshistoriker sind Historiker insoweit, als sie sich der Methoden der Geschichtswissenschaft bedienen, sich dabei aber mit dem Gegenstand einer Normwissenschaft befassen. Sie müssen interdisziplinär anschlussfähig sein, da sie die Entwicklung des Rechts in ihrem ökonomischen, sozialen und kulturellen Kontext zu verstehen suchen.

2. Ein epochales Ereignis: Die Rezeption des römischen Rechts:

Rechtshistoriker haben deshalb einen riesigen, ja unermesslichen Arbeitsbereich, und so ist es ganz unvermeidlich, dass sie sich spezialisieren. Die Rechtsgeschichte in Deutschland prägt nun eine ganz eigenartige Spezialisierung, die sich noch in der Gestalt der weltweit berühmtesten rechtshistorischen Fachzeitschrift, der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, widerspiegelt¹⁵⁾. Ein epochales Ereignis in der Rechtsentwicklung Mitteleuropas besteht nämlich in der Rezeption des antiken römischen Rechts, die sich seit dem hohen Mittelalter vollzog¹⁶⁾. Die Römer hatten in der Zeit der Republik und des Prinzipats eine enorm differenzierte Jurisprudenz entwickelt, die von Fachleuten getragen wurde und in deren Zentrum das Privatrecht stand¹⁷⁾. Das war für die antike Welt einmalig, und das „klassische“ römische Recht bildet damit bis heute einen faszinierenden Gegenstand rechtshistorischer Forschung¹⁸⁾. Seine wesentlichen Errungenschaften überlieferte im 6. Jahrhundert Justinian der Nachwelt. Es war dieses justinianische *Corpus Iuris Civilis*¹⁹⁾, das im Zuge der großen Bildungsrevolution seit

¹⁵⁾ Zur Entwicklung vgl. Reinhard Zimmermann, Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch „Auseinanderdenken“, in: Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens Peter Meincke (Hgg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, 1–39.

¹⁶⁾ Überblick bei Gebhard Rehm, s. v. Rezeption, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (Hgg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts [HWBEuP], 2009, 1299–1304.

¹⁷⁾ Überblick bei Reinhard Zimmermann, s. v. Römisches Recht, in: HWBEuP (Fn. 16), 1310–1314; ferner etwa die Beiträge in David Johnston (Hg.), *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge 2015.

¹⁸⁾ Aktueller Überblick bei Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl. 2017.

¹⁹⁾ Überblick bei Reinhard Zimmermann, s. v. *Corpus Iuris Civilis*, in: HWBEuP (Fn. 16), 286–290.

dem 12. Jahrhundert Gegenstand universitärer Forschung und Lehre wurde. Es prägte deshalb den geistigen Horizont der an den europäischen Universitäten von Bologna bis Montpellier und Salamanca, von Prag bis Köln und Oxford ausgebildeten Juristen und wurde Grundlage eines *ius commune*, das auch die praktische Rechtsanwendung maßgeblich beeinflusste²⁰). Teilweise verdrängte das gelehrte römische Recht die einheimischen, nicht durch universitären Unterricht stabilisierten Gewohnheitsrechte, teilweise absorbierte es sie aber auch²¹).

3. Romanistik, Germanistik, Kanonistik:

Aus dem antiken römischen Recht wurde somit im Laufe der Zeit ein verändertes Bedürfnis und Wertvorstellungen reagierendes *usus modernus* desselben²²). Diese veränderten Wertvorstellungen entstammten nicht selten der Bibel und der Bibelinterpretation durch die Kirchenväter. Die römische Kirche verstand sich als universal, und dieser Universalismus zeigte sich nicht allein darin, dass sie der Welt den Glauben an Jesus Christus vermittelte und zur Einhaltung der biblischen Gebote anhielt; vielmehr etablierte sie eine eigene, kirchliche Gerichtsbarkeit und eine eigene kirchliche Rechtsordnung²³). Dieses *Corpus* kirchlicher Rechtsquellen war einerseits stark von römischem Recht geprägt, wirkte andererseits aber auch auf dieses zurück. Vor allem aber wurde es seinerseits Gegenstand universitärer Forschung und Lehre mit der Folge, dass, wer eine komplette juristische Ausbildung durchlaufen wollte, zwei gelehrte Rechte zu studieren hatte. Daran erinnert der Titel eines *doctor iuris utriusque*, also eines Doktors beider Rechte. Die europäische Rechtstradition, vor allem die europäische Privatrechtstradition, war mithin ganz maßgeblich vom römischen Recht geprägt, daneben aber auch vom kanonischen (= kirchlichen) Recht und vom einheimischen Recht der Zeit vor der Rezeption; traditionell ist insoweit vom germanischen Recht die Rede. Die soeben erwähnte Savigny-Zeitschrift hat deshalb bis heute eine romanistische, eine germanistische und eine kanonistische Abteilung; und die rechtshistorischen Lehrstuhldenominationen in Deutschland pflegten

²⁰) Überblick bei Nils Jansen, s. v. *Ius commune*, *Gemeines Recht*, in: HWBEuP (Fn. 16), 916–920.

²¹) Zur Praxis der Rechtsanwendung im Alten Reich vgl. insbesondere Peter Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht*, 2002.

²²) Überblick bei Klaus Luig, s. v. *Usus modernus*, in: HWBEuP (Fn. 16), 1591–1594.

²³) Überblick bei Andreas Thier, s. v. *Corpus Iuris Canonici*, in: HRG (Fn. 6), 2. Aufl. Band I, 2008, Sp. 894–902; idem, s. v. *Kanonisches Recht*, in: HWBEuP (Fn. 16), 920–924.

bis in die jüngste Vergangenheit entweder römisches Recht, oder deutsche Rechtsgeschichte, oder kanonisches Recht zu umfassen. Diese Aufteilung ist wenig sinnvoll, da die drei Stränge nicht unverbunden nebeneinander herliefen. Vielmehr beruht die europäische Rechtstradition auf einer gewaltigen Integrationsleistung, indem sie Rechtsquellen ganz unterschiedlicher Provenienz speicherte, und im Grunde den Charakter einer in vielen Facetten schillernden Mischrechtsordnung annahm. Das sei im Folgenden an zwei Themenkomplexen veranschaulicht, die, dem *genius loci* entsprechend, Rom in den Vordergrund rücken: das Rom der Antike und dasjenige der allumfassenden Kirche.

II. Vertragsrechtsgeschichten

1. Pacta sunt servanda:

Wenn ein moderner Mensch ein lateinisches Rechtsprichwort kennt, dann ist es *pacta sunt servanda*: Einmal geschlossene Verträge sind zu halten, auch wenn sie nur formlos geschlossen worden sind. Dieses Sprichwort ist römisch und nicht-römisch zugleich. Denn die zugrundeliegende Idee geht in der Tat auf das römische Recht zurück. Dass eine formlose Einigung bindet, dass es also keines magischen Rituals, keiner Anrufung Gottes, keiner Selbstverfluchung, ja dass es keiner irgendwie gearteten Förmlichkeit bedarf, ist ein enorm weitreichender Grundsatz: geradezu ein rechtskultureller Quantensprung. Die römischen Juristen taten ihn, freilich nur für eine begrenzte Typenreihe von Verträgen (darunter praktisch so wichtige wie Kauf, Miete und Dienstvertrag)²⁴). Verallgemeinert wurde das zugrundeliegende Prinzip erst durch die mittelalterliche Kanonistik. Das geschah auf einem interessanten Umweg. Denn im Mittelalter war es üblich, Versprechen zu beeden. Diese Tradition stammte aus der paganen Welt der Germanenvölker, war dann aber unter der Herrschaft des Christentums in die religiöse Sphäre transferiert worden²⁵). Der Bruch eines beeedeten Versprechens konstituierte folglich die Sünde des Meineids, und damit war die Jurisdiktion der Kirche begründet. Nun heißt es aber in der Bibel (Matthäus 5,34 und 37), ein Christenmensch solle nicht schwören, sondern seine Rede sei ‚ja ja; nein, nein; und was darüber ist, das ist von Übel‘. Daraus folgerten mittelal-

²⁴) Zur Entwicklung Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, Kapitel 17; Eike Hosemann, in: Nils Jansen/Reinhard Zimmermann (Hgg.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, Art. 2:101 (2), [6]–[10].

²⁵) Gerhard Dilcher, s. v. Eid, 3. Versprechenseide, in: HRG (Fn. 6), 1. Aufl. Band I, 1971, Sp. 866–870; Coing (Fn. 8), 405.

terliche Juristen, dass das einfache Versprechen binde wie ein Eid. Denn für Gott bestehe zwischen einer Lüge und einem Meineid kein Unterschied²⁶). Den kanonistischen Billigkeitsvorstellungen entsprach damit, was dann in der Überlieferung der Dekretalen Papst Gregors IX. plakativ in die Worte gefasst wurde: *Pacta quantumcunque nuda servanda sunt*²⁷). In dem Verweis auf *pacta nuda* (also Verträge, die nackt, und das heißt, nicht von einer Förmlichkeit umhüllt oder getragen sind) liegt ein pointierter Bezug auf das römische Recht. Dieser kirchliche Rechtssatz ist die unmittelbare Wurzel des erwähnten Rechtsspruchwortes, das seit dem 17. Jahrhundert die Grundlage auch der weltlichen Vertragstheorie bildete.

2. Fidem frangenti fides frangitur:

Pacta sunt servanda ist Ausprägung des Gedankens der Treue, und die Treue war bereits für Cicero Grundlage der Gerechtigkeit²⁸). Das Leben des mittelalterlichen Menschen war, wie sich etwa am Lehnswesen zeigt, von Treuebindungen dominiert – immerhin hatte ja Gott selbst mit den Menschen einen Bund abgeschlossen und hatte sich ihnen gegenüber zur Treue verpflichtet. Wenn nun aber die Treue zum Angelpunkt vertraglicher Bindung

²⁶) Albericus de Rosciate (gest. 1360), s. v. *promissio*, in: *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, hier benutzt Ed. Venedig 1581, ohne Foliiierung: *Promissio simplex obligat sicut et iuramentum. Nec inter haec Deus facit differentiam, cum uterque contraveniendo peccet mortaliter*; s. a. Thomas von Aquin, *Summa Theologiae*, Secunda Secundae, qu. 110, art. 3,5: ... *mendacium est, si quis non impleat, quod promisit*, zu beiden Texten s. a. Christian Hattenhauer, *Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik*, 2011, 64 m. Anm. 45.

²⁷) So die Rubrik zu X 1.35.1, wo c. 12 eines karthagischen Konzils von 345/348 überliefert wird, vgl. Emil Friedberg (Hg.), *Corpus Iuris Canonici*, Bd. 2, Leipzig 1879, Nachdruck Graz 1959, hier Sp. 203f.; dazu Peter Landau, *Pacta sunt servanda: Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie*, in: *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, 457–474, wieder abgedruckt in: Peter Landau, *Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter*, 2013, 761–781, hier v. a. 762 m. Anm. 7; idem, s. v. *Pacta sunt servanda*, in: HRG (Fn. 6), 2. Aufl. Band IV, 26. Lieferung 2017, Sp. 302–304; Andreas Thier, in: Mathias Schmoeckel/Jochim Rückert/Reinhard Zimmermann, *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, Band II/2, 2007, § 311 I, Rdz. 11–16; Andreas Thier, *Von der gehaltenen und der gebrochenen fides: Zur fides in den Vertragsrechtskonzeptionen der klassischen Kanonistik*, in: *Das Mittelalter, Perspektiven mediävistischer Forschung* 20/2 (2015) 327–343; zu den Hintergründen zuletzt auch Gregor Albers, *Zum Versprechensgrund in der Spätantike: Urkundenpraxis, Kirchenlehrer und der westgotische Gaius*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte [ZRG] Rom*. Abt. 135 (2018) 334–363, 334–341.

²⁸) Cicero, *De officiis*, lib. I, 23: *Fundamentum autem est iustitiae fides*.

wurde, so musste sich auch die Frage stellen, wie mit den Treubröchigen zu verfahren war²⁹⁾. Hier entwickelten die Kanonisten den Grundsatz, dass demjenigen keine Treue geschuldet wird, der seinerseits die Treue bricht. Er findet sich in einer Dekretale Papst Innozenz III. und wurde auch in die *Regulae iuris* von Bonifaz VIII. aufgenommen³⁰⁾. Von besonderer Prägnanz ist die alliterierende Formulierung *fidem frangenti fides frangitur*. Praktisch bedeutete dies ein allgemeines Rücktrittsrecht bei Vertragsbruch, wie es sich im weltlichen Recht erst deutlich später durchsetzte und einen gesetzlichen Niederschlag etwa in Art. 1184 des französischen *Code civil* von 1804 fand³¹⁾. Im modernen deutschen Recht ist § 323 BGB eine Ausprägung dieses Gedankens. Dem römischen Recht war, ebenso wie der allgemeine Grundsatz *pacta sunt servanda*, auch ein derartiges allgemeines Rücktrittsrecht unbekannt gewesen. Doch gab es in den römischen Rechtsquellen wiederum eine Reihe von verallgemeinerungsfähigen Ansatzpunkten: Einzelfälle, in denen eine Partei sich tatsächlich von einem einmal eingegangenen Vertrag lösen konnte³²⁾, daneben auch Ansatzpunkte für den allgemeinen Grundsatz, dass eine Partei bei Nichterfüllung der anderen ihre Leistung zurückhalten kann³³⁾.

3. Veränderte Umstände:

a) Das hinterlegte Schwert:

Fidem frangenti fides frangitur lässt sich als Unterfall des allgemeineren Prinzips verstehen, dass eine vertragliche Bindung hinfällig ist, wenn sich die Umstände, angesichts derer die Bindung eingegangen wurde, gravierend geändert haben. Auch dieses allgemeinere Prinzip, dessen moderne Manifestation im deutschen Recht der im Jahre 2002 in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommene § 313 („Störung der Geschäftsgrundlage“) ist, hat eine römisch-kanonische Geschichte. Sie führt zurück nicht auf das römische *Recht*, sondern auf die römische *Moralphilosophie*. In seiner Schrift „*De officiis*“

²⁹⁾ Klassisch Friedrich Merzbacher, Die Regel ‚Fidem frangenti fides frangitur‘ und ihre Anwendung, ZRG Kan. Abt. 68 (1982) 339–362; s. aus neuerer Zeit Thier, Fides (Fn. 27), 337–342.

³⁰⁾ Vgl. VI. 5.12.75: *Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat*, ed. Friedberg, CIC 2 (Fn. 27), Sp. 1124.

³¹⁾ Vgl. Art. 1184 *Code civil* (1804): „La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l’une des deux parties ne satisfera point à son engagement“; zur Entwicklung Zimmermann, Obligations (Fn. 24), 800–806; Jens Kleinschmidt, in: Commentaries (Fn. 24), Intro before Art. 9:301, [5].

³²⁾ Zimmermann, Obligations (Fn. 24), 578f.

³³⁾ Wolfgang Ernst, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, 2000; Kristin Boosfeld, in: Commentaries (Fn. 24), Art. 9:201, [2f.].

befasst sich Cicero mit dem zuerst, soweit ersichtlich, von Plato erörterten Fall, dass jemand gesunden Geistes bei einem Freund ein Schwert hinterlegt. Als er zurückkommt, ist er dem Wahnsinn verfallen. Wenn er nun das Schwert zurückfordert, muss der Freund es ihm zurückgeben³⁴⁾? Nach der vertraglichen Abrede, dem Verwahrungsvertrag, wäre das eigentlich zu bejahen. Angesichts der veränderten Umstände, so Cicero, braucht er das Schwert aber nicht zurückzugeben, er darf es nicht einmal: mit der Rückgabe würde er sich nicht pflichtgemäß verhalten. Die moralisch gebotene Handlung, das *officium*, ist die Nichtrückgabe des Schwertes.

b) *Clausula rebus sic stantibus*:

Dieses Beispiel wird im fünften nachchristlichen Jahrhundert aufgenommen vom Kirchenvater Augustinus in seiner Auslegung der Psalmen („Enarrationes in Psalmos“)³⁵⁾. Für Augustinus ist die von Plato und Cicero vertretene Ansicht auf der Hand liegend (*manifestum*): Es muss verhindert werden, dass der in Wahnsinn Verfallene entweder sich selbst oder andere tötet. Eingebettet ist diese Rezeption antiker Moralphilosophie in Erörterungen, wann ein *mendacium* (die Sünde der Lüge, des Wortbruchs, oder der Täuschung) vorliegt. Das sei nur dann der Fall, wenn der Versprechende ein *duplex cor*, ein doppeltes – oder falsches – Herz hat; wir würden heute vermutlich sagen: Wenn er doppelzüngig ist. (Die englische Sprache kennt das Wort ‚duplicity‘.) Der Freund war aber bei Abschluss des Verwahrungsvertrags nicht doppelzüngig, weil er an die Möglichkeit, dass der Hinterleger in Wahnsinn verfällt, nicht gedacht hat.

³⁴⁾ Vgl. Cicero, De officiis, lib. III, 95: *Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere*; zuvor bereits Plato, Politeia [331 C]; in gleichem Sinne, aber mit anderen Beispielen, dann auch Seneca, De beneficiis, lib. IV, 35.

³⁵⁾ Augustinus, Enarrationes in Psalmos V, 7: *Illud vero, quod non habet duplex cor, nec mendacium quidem dicendum est, verbi gratia, tamquam, si cui gladius commendetur, et promittat se redditurum, cum ille, qui commendavit, poposcerit; si forte gladium suum repetat furens, manifestum est, non esse reddendum, ne vel se occidat, vel alios, donec ei sanitas restituatur. Hic ideo non habet duplex cor, quia ille, cui commendatus est gladius, cum promittebat, se redditurum poscenti, non cogitabat furentem posse repetere*. Dieser Text wurde in das Decretum Gratiani C.22 q.2 c.14 § 2 aufgenommen; hierzu und zur Entwicklung der *clausula*-Lehre allgemein Zimmermann, Obligations (Fn. 24), 579–582; Andreas Thier, Legal History, in: Ewoud Hondius/Hans Christoph Grigoleit (Hgg.), Unexpected Circumstances in European Contract Law, Cambridge 2011, 15–32; Tilman Repgen, Ein Schwert in Verwahrung, in: Nils Jansen/Peter Oestmann (Hgg.), Rechtsgeschichte heute, 2014, 95–118; Thomas Rüfner, in: Commentaries (Fn. 24), Art. 6:111, [3]–[10].

Der Text des Augustinus wurde im 12. Jahrhundert in die erste große Sammlung des Rechts der Römischen Kirche, das *Decretum Gratiani*, aufgenommen, die später den ersten Teil des *Corpus Juris Canonici* bilden sollte. Das *Decretum Gratiani* seinerseits wurde von im römischen und kanonischen Recht geschulden Juristen kommentiert. Die einflussreichste Kommentierung stammte von Johannes Teutonicus, einem aus dem deutschen Sprachraum, vielleicht aus Halberstadt, stammenden Professor in Bologna, der zum Begriff *furens* (wahnsinnig) anmerkte, es werde (*sc.*: bei vertraglichen Versprechen) immer die Bedingung mitgedacht, dass die Angelegenheit sich in demselben Zustand befindet (*conditio, si res in eodem statu manserit*, eine Formulierung, die ganz deutlich von einem Text aus den römischen Rechtsquellen – Africanus D. 46,3,38: ... *si in eodem statu maneat* – inspiriert ist)³⁶). Diese Glosse wurde Ausgangspunkt der *clausula rebus sic stantibus*: einer Doktrin, die auch Thomas von Aquin bestätigte (der Bruch eines Versprechens ist dann keine Sünde, wenn die Umstände sich geändert haben)³⁷), für die sich im *Corpus Juris Canonici* weitere Anwendungsfälle fanden (so in einem Brief des Papstes Innozenz III. an den Erzbischof von Genua, der in die Decretalen Papst Gregors IX., aufgenommen wurde, und in dem es um ein Eheversprechen ging)³⁸), und die dann auch in das weltliche Recht übernommen wurde, wo sie im turbulenten 17. Jahrhundert eine Blütezeit erlebte.

c) *Moderne Rechtsentwicklungen:*

Die *clausula* wurde qua Gewohnheitsrecht Bestandteil des Völkervertragsrechts, bis sie 1969 im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge kodifiziert wurde³⁹). Bernhard Windscheid bemühte sich Mitte des

³⁶) Johannes Teutonicus (gest. 1245), Glossa Ordinaria zum Decretum Gratiani, gl. *Furens* ad C.22 q.2 c.14: ... *semper subintellegitur haec conditio, si res in eodem statu manserit*, hier zitiert nach der Ed. Venedig 1525, Sp. 394; s. im Übrigen Africanus D. 46,3,38 ... *tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat*.

³⁷) Thomas von Aquin, Summa Theologiae, Secunda Secundae, qu. 110 art. 3,5 ... *si sint mutatae conditiones personarum et negotiorum*.

³⁸) X 2.24.25: *Quemadmodum, si vir mulieri iurasset, quando contraxit cum illa, quod eam semper pro legitima uxore teneret, pro fornicatione, quam mulier antea commisisset, non posset eam dimittere, sed pro fornicatione, quam postea perpetraret eam dimittere posset non obstante huiusmodi iuramento, quoniam in eo talis erat subintelligenda conditio, si videlicet in legem coniugii illa non peccaret*, ed. Friedberg, CIC 2 (Fn. 27), 368f.

³⁹) Art. 62 (1) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969: „Eine grundlegende Änderung der beim Vertragsabschluss gegebenen Umstände, die von den Vertragsparteien nicht vorausgesehen wurde, kann nicht als Grund für die Beendigung des Vertrags oder den Rücktritt von ihm geltend gemacht

19. Jahrhunderts, die dem antiken römischen Privatrecht ja eigentlich fremde *clausula*-Doktrin in das System des zeitgenössischen römischen Rechts zu integrieren und entwickelte zu diesem Zweck seine Lehre von der Voraussetzung als einer „Willensbeschränkung“: die an sich gewollte rechtliche Wirkung sei danach als von „einem gewissen Zustand der Verhältnisse“ abhängig zu betrachten⁴⁰). In das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch wurde die *clausula*-Lehre freilich weder in ihrer ursprünglichen Form noch in dem willentheoretischen Gewand, das ihr Windscheid gegeben hatte, aufgenommen. Das erwies sich als keine weise Entscheidung. Denn schon bald bemühte sich das Reichsgericht darum, auf verschiedenen Schleichwegen Ausnahmen anzuerkennen, bis dann in einer Entscheidung vom 21. September 1920 in Anbetracht der ungeahnten Umwälzung aller wirtschaftlichen Verhältnisse infolge des Ersten Weltkrieges die *clausula*-Lehre unverhüllt wieder zutage trat, indem die Anpassung eines Dampflieferungsvertrages ganz offen vom Standpunkt dieser Lehre aus gerechtfertigt wurde⁴¹). Etwas später ver-

werden, es sei denn, a) das Vorhandensein jener Umstände bildete eine wesentliche Grundlage für die Zustimmung der Vertragsparteien, durch den Vertrag gebunden zu sein, und b) die Änderung der Umstände würde das Ausmaß der aufgrund des Vertrags noch zu erfüllenden Verpflichtungen tiefgreifend umgestalten“; dazu Cornelia Rabl Blaser, Die *clausula rebus sic stantibus* im Völkerrecht, 2012.

⁴⁰) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. bearbeitet von Theodor Kipp, 1906, § 97: „Die Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung, eine Willensbeschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt ist. Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls, wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, dass die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle. ... [D]eswegen ist das Bestehen der rechtlichen Wirkung, obgleich formell gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund. Infolge davon kann der durch die Willenserklärung Beeinträchtigte sich sowohl durch Einrede gegen die aus derselben hergeleiteten Ansprüche schützen, als auch seinerseits einen Anspruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung gegen denjenigen, zugunsten dessen sie eingetreten ist, erheben“; dazu Ulrich Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid, 1989, 193–214.

⁴¹) Reichsgericht, Urteil des III. Zivilsenats vom 21. September 1920, RGZ 100, 129, 131: „Dagegen hat das Reichsgericht in den letzten Jahren in einer Reihe von Entscheidungen ... dem durch den ungeahnten Verlauf und Ausgang des Krieges herbeigeführten Umsturz und Umschwung aller wirtschaftlichen Verhältnisse ausnahmsweise eine derartige Einwirkung auf bestehende Verträge eingeräumt, dass es das Begehren einer Vertragspartei auf Lösung des Vertragsverhältnisses dann als berechtigt erachtet hat, wenn ihr das Aushalten des Vertrags unter den neuen, völlig veränderten Zuständen wirtschaftlich nicht mehr zugemutet werden konnte. Die Anknüpfung an das positive Gesetzesrecht boten und bieten die §§ 242, 157 und 325 BGB. ... [D]amit [tritt] im Gesetz die *clausula rebus sic stantibus* ... unverhüllt

schmolz das Reichsgericht dann die *clausula* mit dem von Paul Oertmann entwickelten Begriff der Geschäftsgrundlage⁴²⁾, und dieses Amalgam wurde seither richterrechtlich entwickelter Bestandteil der deutschen Privatrechtsordnung, dogmatisch notdürftig verankert in der Treu-und-Glaubens-Klausel des § 242 BGB. Die heutige Norm des § 313 BGB bildet eine kodifikatorische Bestätigung dieser richterlichen Rechtsfortbildung. Andere europäische Rechtsordnungen verfügen über ähnliche Vorschriften: so etwa Italien im Codice civile Art. 1467: „avvenimenti straordinari e imprevedibili“; die Niederlande im Burgerlijk Wetboek Art. 6:258: „onvoorziene omstandigheden“; und seit 2016 auch Frankreich im Code civil Art. 1195: „changement de circonstances imprévisibles“⁴³⁾. Auch die modernen Modellregeln für eine europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung enthalten entsprechende Klauseln, zumeist unter der Überschrift „change of circumstances“⁴⁴⁾.

III. Erbrechtliche Dogmengeschichte

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede moderner Erbrechtsordnungen:

Deutschland, Italien, die Niederlande und Frankreich verfügen heute über ihre je eigenen Privatrechtsordnungen. Dasselbe gilt für die anderen Nationalstaaten in Europa, mitunter auch für einzelne Regionen in den Nationalstaaten (Schottland, Katalonien)⁴⁵⁾. All diese Privatrechtsordnungen, mit denen wir heute in Europa konfrontiert sind, weisen untereinander unzählige Unterschiede auf. Gleichzeitig gibt es aber grundlegende Gemeinsamkeiten. Das Privatrecht in Europa spiegelt damit eine historische Entwicklung, die überall von römischem, kanonischem und einheimischem Recht, sowie später auch von anderen Impulsen, etwa dem autonomen Recht des internationalen Handels und der Naturrechtstheorie geprägt war, die seit dem 18. Jahr-

zutage“; dazu Klaus Luig, Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der *clausula rebus sic stantibus*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (Fn. 15), 171–186.

⁴²⁾ RGZ 103, 328, 331–334; dazu Bernd Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl. 2012, 36–63; zum Hintergrund auch Jan Thiessen, The German Hyperinflation of the 1920s, in: David Fox/Wolfgang Ernst (Hgg.), Money in the Western Legal Tradition, Oxford 2016, 735–769.

⁴³⁾ Commentaries/Rüfner (Fn. 35), Art. 6:111, [12]–[16].

⁴⁴⁾ Rüfner *ibid.* Art. 6:111, [17].

⁴⁵⁾ Reinhard Zimmermann/John McLeod, s. v. Schottisches Privatrecht, in: HWBEuP (Fn. 16), 1373–1377; und die Beiträge in: Hector L. MacQueen/Antoni Vaquer/Santiago Espiau Espiau (Hgg.), Regional Private Laws and Codification in Europe, Cambridge 2003.

hundert in zunehmendem Maße aber mehr oder weniger isoliert voneinander verlief. Das zeigt sich nicht nur im Vertragsrecht, sondern auch in anderen Kernbereichen des Privatrechts. Nehmen wir deshalb als zweites Beispiel mit dem Erbrecht eine historisch zentral wichtige Materie, die heute – ganz zu Unrecht – im rechtsvergleichenden Diskurs zu einem randständigen Bereich geworden ist.

Überall in Europa kennen wir zwei Regime: die gewillkürte und die gesetzliche Erbfolge. Die gesetzliche Erbfolgeregelung ist subsidiär, das heißt, sie greift nur ein, soweit der Verstorbene nicht letztwillig – also zumeist durch Testament – über sein Vermögen verfügt hat. Die gesetzliche Erbfolge wird auch als Intestaterbfolge bezeichnet. In dieser Bezeichnung spiegelt sich die hohe Wertschätzung, die die Römer der testamentarischen Erbfolge entgegenbrachten: ein Erblasser, der intestat verstirbt, hat nicht das getan, was der sittlichen Pflicht eines *bonus pater familias* entspricht⁴⁶⁾. Die Regeln des Intestaterbrechts beruhen überall auf dem Grundsatz der Familienerbfolge, wobei ebenfalls allgemein anerkannt ist, dass der Nachlass in erster Linie an die Abkömmlinge des Erblassers zu gehen hat. Das entspricht der in der justinianischen Novellengesetzgebung niedergelegten Regelung⁴⁷⁾, entsprach aber auch der frühmittelalterlichen Idee einer ‚Verkettung‘ von Gut und Blut. Im Übrigen berief sich schon die *Glossa Ordinaria* des Accursius in diesem Zusammenhang auf den Galaterbrief des Apostels Paulus (4,7): ‚Also ist nun hier kein Knecht mehr, sondern eitel Kinder; sind’s aber Kinder, so sind’s auch Erben Gottes durch Christum⁴⁸⁾‘.

Sind keine Abkömmlinge vorhanden, so beurteilen die Rechtsordnungen in Europa unterschiedlich, an wen das Vermögen des Erblassers zu fallen hat; bei vielen Varianten im Einzelnen folgen manche Rechtsordnungen dem Dreiliniensystem, andere dem in Frankreich weitergebildeten justinianischen System und wieder andere der sogenannten Parentelordnung. Die Parentelordnung setzt die dem justinianischen Recht zugrundeliegenden Gedanken in einer naturrechtlichen Neukonzeptualisierung besonders konsequent um;

⁴⁶⁾ Vgl. etwa Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, Nachdruck 1992, 205; anders David Daube, *The Preponderance of Intestacy at Rome*, *Tulane LR* 39 (1964–65) 253–262.

⁴⁷⁾ Nov. 115 und 127,1; dazu Thomas Rüfner, *Intestate Succession in Roman Law*, in: Kenneth G.C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann (Hgg.), *Intestate Succession*, Oxford 2015, 1–32, 26–29.

⁴⁸⁾ Dazu Reinhard Zimmermann, „Sind wir aber Kinder, so sind wir auch Erben, nämlich Gottes Erben und Miterben Christi“: Zur Bedeutung der Rede von Erbe und Erbschaft in der Bibel, in: *Festschrift für Jens Peter Meincke*, 2015, 435–450.

von maßgeblicher Bedeutung war insoweit die Ausrichtung am mutmaßlichen Erblasserwillen. Durch den Gesetzgeber umgesetzt wurde die Parentelordnung zunächst in Österreich, von wo sie in das deutsche BGB übernommen wurde⁴⁹⁾.

2. Testamente und der Sohnesteil Christi:

Das Testament und, damit verbunden, die Idee der Testierfreiheit, ist eine der großen Errungenschaften des römischen Rechts. Die Germanen kannten keine gewillkürte Erbfolge, wie bereits Publius Cornelius Tacitus feststellte⁵⁰⁾. Bei den Franken und Langobarden war es demjenigen, der keine Nachkommen hatte, gestattet, einen Erben in die Familie aufzunehmen (Affatomie bzw. Gairethinx)⁵¹⁾. Das war ein erster Schritt weg von der natürlichen Erbfolgeordnung. Einen Einbruch in die prinzipielle Familiengebundenheit des Vermögens brachte aber erst die Anerkennung der Möglichkeit, einen Teil des Vermögens (den sogenannten Freiteil) für fromme Zwecke zu bestimmen. Solche Vergabungen konnten im Wege einer *donatio post obitum* oder einer *donatio reservato usufructu* erfolgen, also erbrechtlich motivierten Verfügungen unter Lebenden⁵²⁾. Sie wurden von der Kirche gefördert und geschützt, denn zum einen kamen sie ihr zugute und zum anderen dienten sie dem Seelenheil des Verstorbenen. Noch besser eignete sich hierfür allerdings das Testament, das seine Renaissance im Hochmittelalter denn auch der Kirche verdankt. Es verdrängte im Laufe der Zeit die deutschrechtlichen Vergabungen und wurde dabei zu einem ganz wesentlich spirituellen Instrument, durch das der Erblasser sich, wie im Evangelium nach Matthäus empfohlen, zur Rettung seiner Seele einen Schatz im Himmel (ein „Seelgerät“) bereitete⁵³⁾.

⁴⁹⁾ Näher dazu Reinhard Zimmermann, Das Verwandtenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 79 (2015) 768–821, 784–787; idem, Intestate Succession in Germany, in: Reid/ de Waal/Zimmermann (Fn. 47), 181–223, 184–191.

⁵⁰⁾ Tacitus, *Germania*, Kap. XX: *Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum*; dazu Hans-Rudolf Hagemann, s. v. Erbrecht, in: HRG (Fn. 6), 2. Aufl. Band I, 2008, Sp. 1370–1383, 1376.

⁵¹⁾ Vgl. die Nachweise bei Reinhard Zimmermann, Heres Fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor, in: Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann (Hgg.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin 1998, 267–304, 277f.

⁵²⁾ Hierzu und zum Folgenden Werner Ogris, s. v. Testament, in: HRG (Fn. 6), 1. Aufl. Band V, 1998, Sp. 151–165, 154f.; Hagemann (Fn. 50), Sp. 1376f.; Coing (Fn. 8), 564f.

⁵³⁾ Matthäus 6,19 und 20, in der Übersetzung nach Martin Luther, Lutherbibel

Darin lag auch der Grund, dass das römische Testamentsrecht nicht einfach übernommen wurde, wie es im *Corpus Iuris Civilis* überliefert war. So wurden etwa dessen Formerfordernisse gelockert. Es bedurfte nun nicht mehr der Anwesenheit von sieben Zeugen, sondern ein Testament wurde als wirksam anerkannt, wenn es vor dem Gemeindepriester und zwei Zeugen errichtet worden war; das wurde auf Matthäus 18,16 gestützt⁵⁴): *Caput et fundamentum testamenti*⁵⁵) war nun nicht mehr, wie im römischen Recht, die Einsetzung eines Erben, sondern die Verfügung *pro animae remedio* zu frommen Zwecken, *ad pias causas*⁵⁶). Diese Verfügung war – im Interesse des Verstorbenen! – um fast jeden Preis vor der Unwirksamkeit zu bewahren. Daher sollte es insoweit sogar ausreichen, wenn nur zwei Zeugen den Willen des Erblassers bestätigen konnten⁵⁷). Auch einer Erbeinsetzung bedurfte es zur Wirksamkeit des Testaments nicht. Und schließlich rezipierte die Kirche auch nicht die römische Regel, wonach niemand nur über einen Teil seines Vermögens letztwillig verfügen konnte: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*⁵⁸).

Wesentliches Charakteristikum der Zuwendung zu frommen Zwecken war ihre Freiwilligkeit: ein Gesichtspunkt, den Kaiser Justinian, inspiriert durch den Apostel Paulus⁵⁹), zum Dreh- und Angelpunkt des Schenkungsrechts gemacht hatte⁶⁰). Justinian war es auch, nach dessen Ansicht Unmäßigkeit das

2017: „Ihr sollt euch nicht Schätze sammeln auf Erden, wo Motten und Rost sie fressen und wo Diebe einbrechen und stehlen. Sammelt euch aber Schätze im Himmel, wo weder Motten noch Rost sie fressen und wo die Diebe nicht einbrechen und stehlen.“

⁵⁴) Vgl. die Rubrik zu X 3.26.10, ed. Friedberg, CIC 2 (Fn. 27), Sp. 541: *Valet testamentum, quod parochianus facit coram presbytero parochiali et duobus testibus, nec valet contraria consuetudo*. Allgemein zu den Formprivilegien im Recht der frühen Neuzeit Nils Jansen, *Testamentary Formalities in Early Modern Europe*, in: Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann, *Testamentary Formalities*, Oxford 2011, 27–50, 35–42.

⁵⁵) Gaius, *Institutiones* II, 229.

⁵⁶) Vgl. etwa Philippe Ariès, *Geschichte des Todes*, 1980, 233–235, 242–248; Eberhard Friedrich Bruck, *Kirchenväter und soziales Erbrecht*, 1956, 257–261.

⁵⁷) Vgl. die Rubrik zu X 3.26.11: *Valet ultima voluntas ad pias causas coram duobus testibus, et est casus singularis*.

⁵⁸) Zum Vorstehenden Coing (Fn. 8), 571–573, 593–597.

⁵⁹) Paulus, 2. Brief an die Korinther (9,7), Lutherbibel 2017: „... denn einen fröhlichen Geber hat Gott lieb“; dazu Eberhard Friedrich Bruck, *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, 1954, 101–121.

⁶⁰) Iulianus im 17. Buch seiner *Digesten*, D. 39,5,1pr. (wahrscheinlich von *et propter bis exerceat* interpoliert): *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec*

beste Maß für Schenkungen an die heiligen Kirchen sei⁶¹). Eine feste Quote legte er demgemäß nicht fest. In der Tat soll etwa Bischof Bernward von Hildesheim Christus zu seinem Alleinerben eingesetzt haben⁶²). Die lateinischen Kirchenväter empfahlen demgegenüber, als Kompromiss zwischen dem Ideal absoluter Vermögenslosigkeit und der Realität des Güterbesitzes bei einem minder vollkommenen Leben in der Welt, einen Sohnesteil für Christus. So steht es beispielsweise in einem Predigttext des Augustinus, und dieser Text fand Eingang in das *Decretum Gratiani*⁶³). Gratian selbst sah darin ein Verbot, den Sohnesteil zu Lasten der Familie des Erblassers zu überschreiten. Daran entzündete sich ein Streit unter den nachfolgenden Kanonisten, der dazu führte, dass die *Glossa Ordinaria* des Johannes Teutonicus auf ein am römischen Recht orientiertes Kriterium zurückgriff: Der Erblasser kann der Kirche sein gesamtes Vermögen hinterlassen, soweit er dabei nicht die *portio legitima* beeinträchtigt, also den Pflichtteil, der den nächsten Angehörigen zusteht⁶⁴).

ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur; dazu Bruck, Römisches Recht (Fn. 59), 126–130; Zimmermann, Obligations (Fn. 24), 496f.

⁶¹) Justinian, Novelle 7, cap. II: ... *et maxime in sanctissimis ecclesiis, in quibus optima mensura est donatarum eis rerum immensitas*; zur Praxis in Justinians Zeit Justinians Codex 1,2,25.

⁶²) Vita Bernwardi, Kap. 46, ed. G. H. Pertz, MGH Scriptorum 4, Hannover 1841, 778: *Interea venerabilis praesul Bernwardus, ampliare studens divinae servitutis obsequium in parochia sui praesulatus, ob recompensationem futuram Christum haereditatem elegit, et quod praecipuum habuit, se ipsum cum omnibus acquisitis seu acquirendis rebus patri omnipotenti, sicut iam dudum in secreto mentis statuerat, in sacrificium obtulit.*

⁶³) Vgl. Augustinus, Sermones duo de moribus et vita clericorum, Sermo 355 c. 4, im *Decretum Gratiani* C.12 q.2 c.8, ed. Friedberg, Corpus Iuris Canonici (Fn. 27), Bd. 1 Leipzig 1879, Nachdruck Graz 1959, Sp. 723: *Pro numero filiorum pars hereditatis Deo offeratur. ... Unum filium habet: putet Christum alterum; duos habet: putet Christum tertium; decem habet: faciat Christum undecimum*; dazu nunmehr Orazio Condorelli, The Ius Decretalium and the Development of the Law of Succession in Medieval Europe: Some Examples from Denmark and Sweden, XII–XIII cent., in: Mario di Renzo Villata (Hg.), Succession Law, Practice and Society in Europe across the Centuries, Berlin 2018, 105–147, 120–122. – Zu den griechischen Kirchenvätern, die ebenfalls einen Kompromiss zwischen Askese und Besitz befürworteten, vgl. Bruck, Kirchenväter (Fn. 56), 1–29, 41–69.

⁶⁴) Johannes Teutonicus, gl. *Prohibetur* ad C.13 q.2 c.8, in: *Glossa Ordinaria* (Fn. 36), fol. 323^{vb}: *Falsum dicit [sc.: Gratianus]: quod etiam totum dare potest ecclesiae ... dum tamen legitimam relinquat filiis*; zum Vorstehenden allgemein Jan Hallebeek, Dispositions ad pias causas in Gratian's Decretum: Should the Portio

3. Testamentsvollstrecker:

Da ein mittelalterliches Testament nicht mehr notwendigerweise die Einsetzung eines Erben erforderte, stellte sich die Frage, wer für die Abwicklung des Nachlasses, darunter insbesondere die Ausführung der Verfügung *ad pias causas*, zuständig war. Es bürgerte sich deshalb ein, im Testament einen *executor ultimae voluntatis*, also einen Testamentsvollstrecker, einzusetzen. Auch die Institution des Testamentsvollstreckers war eine Schöpfung des mittelalterlichen kanonischen Rechts, das an die Tradition des römischen Rechts und an germanische Rechtsvorstellungen anknüpfen konnte⁶⁵). Zwar hatte das klassische römische Recht ein Amt des Testamentsvollstreckers nicht gekannt, doch finden sich Spuren dieses Konzepts bei Justinian⁶⁶). Ihm ging es darum, dass Verfügungen zugunsten der Kirche, der Armen oder zugunsten von Christus *pro animae remedio* ordnungsgemäß durchgeführt wurden; und wer eignete sich dafür besser als die Kirche? So bestimmte Justinian in seiner Novellengesetzgebung, dass die Ortsbischöfe für eine Nachlassabwicklung gemäß dem Willen des Verstorbenen zu sorgen hatten⁶⁷). Dieser Text und andere ließen sich mit der in der Welt der germanischen Völker verbreiteten Vorstellung eines Salmanns oder Treuhänders verbinden⁶⁸), um ein Rechtsinstitut auszubilden, das wir heute in der einen oder anderen Form in allen europäischen Rechtsordnungen finden. Dass der Testamentsvollstrecker im österreichischen, französischen, deutschen oder auch im englischen Recht in so unterschiedlicher Form erscheint⁶⁹), liegt daran, dass es den mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Autoren schwer fiel, diese an der Schnittstelle von römischem, germanischem und kanonischem Recht entstandene Neuschöpfung bruchlos zu konzeptualisieren und mit der im Laufe der Zeit unter römischrechtlichem Einfluss wieder erstarkten Position des Erben zu koordinieren. Den Gipfel seiner Karriere erreichte der Testamentsvollstrecker in England, wo er zu einem treuhänderischen Erben, einem *heres fiduciarius*, geworden ist⁷⁰).

Christi be Restricted to a Child's Share?, in: Reinhard Zimmermann (Hg.), *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, 2012, 79–102.

⁶⁵) Coing (Fn. 8), 597–601; Zimmermann, *Heres Fiduciarius?* (Fn. 51), 280–286.

⁶⁶) Zimmermann *ibid.* 268–273.

⁶⁷) Justinian, Novelle 131, cap. XI,2: *In omnibus enim talibus piis voluntatibus sanctissimos locorum episcopos volumus providere, ut secundum defuncti voluntatem universa procedant.*

⁶⁸) Ogris (Fn. 52), Sp. 163f.; Zimmermann, *Heres Fiduciarius?* (Fn. 51), 275–277.

⁶⁹) Zimmermann *ibid.* 286–304.

⁷⁰) *Ibid.* 301–304.

4. Cy-près:

Seit dem 16. Jahrhundert wurde der Begriff der *pia causa* nicht nur allgemein auf die Zweckbestimmung einer Verfügung bezogen, sondern in einem engeren Sinne auch auf die durch die Verfügung begünstigte oder errichtete Institution⁷¹⁾. Derartige Institutionen gab es schon in der Spätantike: Fremdenhäuser (*xenodochia*), Armenhäuser (*ptochotrophia*), Krankenhäuser (*nosotrophia*), Waisenhäuser (*orphanotrophia*) und Greisenasyle (*gerontocomia*)⁷²⁾. Zuwendungen an sie wurden, wie mildtätige Verfügungen allgemein, in vielfältiger Weise privilegiert: Andreas Tiraquellus, in seinem bis ins 19. Jahrhundert hinein vielzitierten und zentralen „Tractatus de Privilegiis pie causae“ (1561), listet mit wahrhaft scholastischer Pedanterie insgesamt 167 derartige Privilegien auf⁷³⁾. Anerkannt wurde zudem, dass eine Anordnung des Erblassers, die *in concreto* undurchführbar oder fehlgeschlagen war, mit veränderter Zweckbestimmung aufrechtzuerhalten war: Sie konnte auf *alios usus pios analogicos* bezogen werden⁷⁴⁾. Das war deshalb gerechtfertigt, weil die Anordnung der Verfügung letztlich Mittel zum Zweck der Erlangung des Seelenheiles war; dieser Zweck wäre jedoch gefährdet gewesen, wäre das der *pia causa* gewidmete Vermögen nunmehr den Erben zugutegekommen. Man handelte insoweit also ganz im Sinne des Testators. Dieser Grundsatz, dass nämlich die Achtung des Erblasserwillens an oberster Stelle stand, konnte dem römischen Testamentsrecht entnommen werden. Hinzu kam, dass sich in den römischen Rechtsquellen auch ein ganz konkreter Anknüpfungspunkt für die Verwendung eines Zweckvermögens für möglichst ähnliche Zwecke fand: Dies war das Fragment D. 33,2,16⁷⁵⁾.

⁷¹⁾ Zur Entwicklung Reinhard Zimmermann, „Cy-près“, in: Festgabe für Max Kaser, 1986, 395–414, 402–408; vgl. auch Coing (Fn. 8), 593–597.

⁷²⁾ Zimmermann, Cy-près (Fn. 71), 403. Diesen Anstalten haftete, in den plastischen Worten von Eberhard Friedrich Bruck, Römisches Recht (Fn. 59), 72, „das Parfüm von Chianti und Salami“ an; will sagen: Es handelte sich um Schöpfungen des ‚Vulgarrechts‘.

⁷³⁾ Vgl. Zimmermann, Cy-près (Fn. 71), 404; Coing (Fn. 8), 595f.

⁷⁴⁾ Utrechtsche Consultation, 2. Teil, Utrecht 1695, I, 12 und 14: „... dat volgens alle so Goddelijcke als Wereltlijcke rechten buyten alle controversie is dat legata, donationes, fundationes ad pios usus, vel piam causam, cessante vel abrogata illa causa, neuitquam revocentur, ... sed converti debeant ad pios usus pariles et analogicos“; dazu Zimmermann, Cy-près (Fn. 71), 408f.

⁷⁵⁾ Modestinus im neunten Buch seiner Rechtsgutachten, D. 33,2,16: *Legatum civitati relictum est, ut ex redditibus quotannis in ea civitate memoriae conservandae defuncti gratia spectaculum celebretur, quod illic celebrari non licet: quaero, quid de legato existimes. Respondit, cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum esse hanc quatitatem, quam in spec-*

Einer Stadt war ein Vermächtnis hinterlassen worden, aus dessen Einkünften alljährlich zur Bewahrung des Andenkens an den Verstorbenen ein Schauspiel aufgeführt werden sollte. Die Aufführung dieses Schauspiels war dort jedoch verboten. Angesichts dessen fragte sich, ob nunmehr die Erben von einer möglichen Unwirksamkeit des Vermächtnisses profitieren sollten, indem, was für das Schauspiel bestimmt war, nunmehr ihnen zufiele. Nach Ansicht des Modestinus ist die letztwillige Verfügung jedoch so zu ändern, dass das Andenken des Testators auf andere und erlaubte Weise gefeiert werden könne. Damit richtet sich Modestinus danach, was der Erblasser letztlich mit seiner Verfügung bezweckt hat. Die im römisch-kanonischen Recht anerkannte Befugnis einer Aufrechterhaltung fehlgeschlagener letztwilliger Zuwendungen *ad pias causas* mit analoger Zweckbestimmung wurde in England zur Grundlage der *cy-près*-Doktrin im Recht der *charitable trusts* (*cy-près* stammt aus dem französischen Recht und bedeutet so viel wie *aussi près que possible*)⁷⁶), und auch im deutschen Stiftungsrecht hat dieser Gedanke seine Spuren hinterlassen⁷⁷).

IV. Christliche Kirche und antike Kultur

Lassen Sie mich diesen Vortrag zum Thema „Römisches Recht und Römische Kirche“ mit zwei Bemerkungen schließen. Zum einen: Mir ist natürlich bewusst, dass wir uns hier in einem Gebäude befinden [Konstantinbasili-

taculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere: igitur adhibitis heredibus et primoribus civitatis dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur; dazu Zimmermann, *Cy-près* (Fn. 71), 395–398.

⁷⁶) Attorney-General v. Lady Downing, 1 Wilmot 1, 32f. (1767) = English Reports 97, 1: „The donation was considered as proceeding from a general principle of piety in the testator. Charity was an expiation of sin, and to be rewarded in another state; and therefore, if political reasons negated the particular charity given, this Court thought the merits of the charity ought not to be lost to the testator, nor to the public, and that they were carrying on his general pious intention; and they proceeded upon a presumption that the principle which produced one charity, would have been equally active in producing another in case the testator had been told the particular charity he meditated could not take place. The Court thought that one kind of charity would embalm his memory as well as another, and, being equally meritorious, would entitle him to the same reward.“ Im Anschluss wird Modestinus D. 33,2,16 zitiert; dazu Zimmermann, *Cy-près* (Fn. 71), 409–412.

⁷⁷) § 87 Abs. 1 BGB: „Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben ...“; dazu Zimmermann, *Cy-près* (Fn. 71), 412–415.

ka, Trier; A.d.R.], das im vierten nachchristlichen Jahrhundert als römische Palastaula errichtet worden ist und heute von der evangelischen, nicht der römisch-katholischen, Kirche genutzt wird. Doch hat Martin Luther, dessen Wittenberger Thesenanschlags wir im vergangenen Jahr gedacht haben, ja keine neue Kirche begründen, sondern die bestehende Kirche reformieren wollen. Die Geschichte des mittelalterlichen kanonischen Rechts ist also Teil der Geschichte auch der reformierten Kirchen.

Und zum anderen: Das römische und das kanonische Recht gehören zu den konstitutiven Elementen europäischer Rechtskultur. Beide waren eng miteinander verbunden; wir sprechen deshalb vom römisch-kanonischen *ius commune*⁷⁸⁾. Diese Verbindung von christlicher Kirche und griechisch-römischer Antike ist für die europäische Kultur allgemein charakteristisch, nicht lediglich für die Rechtskultur. So sind etwa Origenes und Augustinus nur zwei, allerdings besonders wirkungsmächtige der Theologen, die den „weltgeschichtliche[n] Bund zwischen kirchlichem Christentum und griechischer Philosophie“ besiegelten⁷⁹⁾ und deren Werk damit zeigt, dass sich der Prozess der gegenseitigen Einwirkung von Antike und Christentum nicht lediglich als Auseinandersetzung, sondern zugleich als „Ineinandersetzung“, als Integration und Neuschöpfung, vollzog⁸⁰⁾. „The scene was thus set for the creative interaction of Christian theology, liturgy, and spirituality with the cultural tradition of the ancient world – unquestionably one of the most ... fertile examples of cultural cross-fertilization in human intellectual history“⁸¹⁾. Auch die Künstler nahmen die Heiden in die Kirche auf. Das wird besonders augenfällig im ikonographischen Programm der „Stanza della Segnatura“ im Vatikan, der von Raphael ausgemalten Privatbibliothek von Papst Julius II. Hier befinden sich auf den beiden Längsseiten des Raumes einander gegenüber mit der „Schule von Athen“ und „La Disputa“ zwei Meisterwerke der italienischen Renaissance⁸²⁾. Dabei scheinen sich die in der Schule von Athen dargestellten Philosophen aus der Tiefe des Raumes

⁷⁸⁾ Vgl. z. B. Reinhard Zimmermann, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992, 8–20.

⁷⁹⁾ Adolf von Harnack, Lehrbuch der Dogmengeschichte, Band I, 4. Aufl. 1909, Nachdruck 1990, 498; zu Origenes (ca. 185–ca. 254), der „am meisten dazu beigetragen hat, die alte Welt für die Kirche zu gewinnen“, ebendort 650–697.

⁸⁰⁾ Hans-Dieter Betz, Antike und Christentum, in: Religion in Geschichte und Gegenwart, 4. Aufl., Band I, 1998, Sp. 542–546, 542.

⁸¹⁾ Alister McGrath, Christian Theology, 3. Aufl. Oxford 2001, 19.

⁸²⁾ Das Folgende nach Timothy Verdon, Pagans in the Church: The School of Athens in Religious Context, in: Marcia Hall (Hg.), Raphael's School of Athens, Cambridge 1997, 114–130.

nach vorn zu bewegen. Plato weist nach oben zu einer höheren Wahrheit, die freilich noch unsichtbar ist. Sichtbar wird sie erst auf der gegenüberliegenden Wand, auf die die Philosophen sich zubewegen. Der gewölbte Raum, aus dem die antiken Philosophen nach vorn schreiten, in Verbindung mit dem gegenüberliegenden Altar der „Disputa“, der in einem durch zwei seitliche Schranken abgetrennten halbkreisförmigen Raum steht, vermitteln dem Betrachter das Gefühl, sich in einer Kirche zu befinden⁸³). Die Kirche bietet somit den Rahmen für den Fortschritt der Geistes- und Kulturgeschichte; und in ihr haben gerade auch die antiken Philosophen ihren legitimen Platz⁸⁴). In ihrer Liebe zur Weisheit und in ihrem Bemühen um Wahrheit sind sie, wie es im Epheserbrief 1,9 und 10 heißt, Teil von Gottes verborgenem Plan, „um die Fülle der Zeiten heraufzuführen, auf dass alles zusammengefasst würde in Christus, was im Himmel und auf Erden ist“⁸⁵). Das ist ein wahrhaft katholisches Programm, das auch für evangelische Christen maßgeblich ist.

⁸³) Verdon (Fn. 82), 121f.

⁸⁴) Vgl. auch etwa Jaroslav Pelikan, *The Christian Tradition*, Band I: *The Emergence of the Catholic Tradition, 100–600* [1971], paperback-Ausgabe Chicago und London 1975, 31, der den Kirchenvater Justin († 165) mit den Worten zitiert, dass Christus teilweise auch bereits Sokrates bekannt gewesen sei, *ibid.* 62f.: „Whatever things were rightly said among all men“, wrote Justin, „are the property of us Christians.“ Christianity laid claim to all that was good and noble in classical thought, for this had been inspired by the seminal Logos, who became flesh in Jesus Christ. This meant that not only Moses but Socrates had been both fulfilled and superseded by the coming of Christ“; vgl. dazu auch Harnack (Fn. 79), 503: „Diese Umsetzung der Religion in Philosophie wäre nicht möglich gewesen, wenn die griechische Philosophie sich nicht selbst in der Entwicklung zu einer Religion befunden hätte.“

⁸⁵) Auch dies nach Verdon (Fn. 82), 127.