





## Gastvortrag - Zur *divisio obligationum* in den *res cottidianae*

Datum: 27.06.2018

Uhrzeit: 16:00 - 18:00

Vortragender: Prof. Dr. Adolfo Wegmann Stockebrand  
(Päpstliche Katholische Universität Chile)

Ort: MPleR

Raum: Z02

Die Gliederung der Obligationsentstehungsgründe (*divisio obligationum*) in den *res cottidianae* weicht von der äußeren Systematik der *gaianischen* Institutionen ab; trotzdem bleibt die Struktur der klassischen Realobligation (*obligatio re contracta*) unverändert. In den Institutionen bleibt der Ausdruck *re contrahitur obligatio* auf das Darlehen beschränkt. Die Erörterung der Leihe, der Verwahrung und der Verpfändung unmittelbar nach dem Darlehen in den *res cottidianae* (D. 44,7,1,2-6) bedeutet nicht, dass auch diese Schuldverhältnisse *obligationes re contractae* darstellen. Aus der aufmerksamen Analyse der Quelle resultiert, dass weder die Leihe noch die Verwahrung noch das Pfand „Realverträge“ sind.

Die Veranstaltung beginnt um 16 Uhr (s.t.) und findet in deutscher Sprache statt.

# Kontrastargumente

## I. Änderndes Gesetz

- Klassiker d. historischen Auslegung, Materialien
- Praktische Fragen (was berücksichtigen; Verhältnis Aufwand/Ertrag; Interpretation der Quellen)

## II. Veränderte Umstände

- Aufgabe von Richter oder Gesetzgeber?

## III. Veraltete Dogmatik

- Fortschritt in der Wissenschaft?

Zur Rechtsprechung zu § 14 TzBfG  
Die Gerichte dürfen sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen, sondern müssen die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren. Eine Interpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (vgl. BVerfGE 118, 212 <243>; 128, 193 <210>; 132, 99 <127 f. Rn. 75>; 134, 204 <238 Rn. 115>).

Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption im Gesetz zugrunde liegt, kommt neben Wortlaut und Systematik den Gesetzesmaterialien eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu  
BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 06. Juni 2018  
- 1 BvL 7/14 - Rn. (1-90),  
[http://www.bverfg.de/e/ls20180606\\_1bvl000714.html](http://www.bverfg.de/e/ls20180606_1bvl000714.html)

# Kontinuitätsargumente

- I. Gewohnheitsrecht
  - II. Ständige Rechtsprechung
  - III. Lateinische Prinzipien
  - IV. Neues Recht im bewährten System
  - V. Altes Recht in neuem (Gesetzes-)Gewand
  - VI. Wahre Zwecke eines Rechtsinstituts
    - Setzt die Idee konstanter, überpositivistischer Rechtsinstitute voraus
- Alter als Quelle der Autorität
  - häufig in Opposition zu enger Gesetzesbindung
  - Abstützung von systematischer u. teleologischer Argumentation (2. Ebene)

# Hausarbeit

- Organisatorisches
  - Ausgabe der Themen
    - Wie angekündigt: FamR, wenn SPB 5
  - Anmeldung innerhalb einer Woche **nach** Ausgabe der Themen beim Prüfungsamt (§ 54 PrüfO)
  - Abgabe in gedruckter Fassung bis zum 14. September 2018 am Lehrstuhl Pfeifer
  - Denken Sie an das rechtzeitige Hochladen beim Prüfungsamt!
- Kurzhausarbeit
  - Gegenposition vertreten oder in Erwägung ziehen
  - Historische Argumente verwenden und/oder problematisieren

1. BGHZ 57, 63 – Personenstand und Geschlechtsidentität
2. BGHZ 62, 282 – Defloration
3. BGHZ 191, 325 – *Actio funeraria* und Geschäftsführung ohne Auftrag
4. BGH Urteil vom 06.09.2017 (XII ZB 660/14) – Eintragung eines Frau-zu-Mann Transsexuellen als Mutter
5. BGH, Urteil vom 20.09.2017 (XII ZB 382/16) – Auskunftsanspruch (Gesetzesänderung)
- 6.
7. RGZ 53,161 – keine Abnahmepflicht aus § 433 Abs. 2 BGB
8. RGZ 59,232 – Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldübernahme, Begründung „als Analogie aus dem römischen Recht“
9. BGHZ 28,144 – regelmäßig wiederkehrenden Leistungen
10. BGHZ 59, 82 – Seeversicherungsvertrag bei Exportverbot
11. BGHZ 181,317 – Nutzungsausfallschaden; Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
12. BGHZ 196, 101 – Internetausfall als Schaden
13. BGH NJW 2015, 229 – Verwendungsersatz des Untermieters (Frankfurter Rennbahn)
14. BGH NJW 2016, 2407-2409 – Parken mit Parkscheibe/Abschleppen
15. BGHZ 209, 270 – Schadensersatzanspruch ggü. bösgläubigem Besitzer
16. LG Saarbrücken, Urteil vom 10. März 2017 – 1 S 4/16 – Vordrucke mit weiblicher Personenbezeichnung

# AUSBLICK: KONTRAST UND KONTINUITÄT – ENTWICKLUNGSPFADE

---

*Tamm*, Rechtsevolution - dargestellt am Beispiel des Verbraucherrechts, KJ 2013, 52

*Fabricius*, Kritischer Kommentar zu: Marc Amstutz, Evolutorisches Wirtschaftsrecht, Baden-Baden, 2001 [urn:nbn:de:hebis:30-78098](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hebis:30-78098)

*Grotkamp*, Das Recht zum Besitz in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – der Grundsatz der Nichtausgleichung auf dem Prüfstand, AcP 216 (2016) 584-607

# Argumentationslinie – Tamm, KJ 2013, 52

## „I Möglichkeit und Notwendigkeit rechtstheoretischer Entwicklungsanalyse“

- Kritische Masse vorhanden
- Mechanismen für allgemein Phänomene
  - Recht u. Veränderung des Rechts verstehen
- Entwicklungsfortschritte u. –rückschritte aufzeigen
  - Vermutlich rechtspolitisches Anliegen, Fortschritt = positiv

## „II Charakterisierung der Entwicklung des Verbraucherrechts“

- Neues Rechtsgebiet
- Konsumgesellschaft als Auslöser
  - Wirtschaft als zentraler Erklärungsfaktor
  - Vergleich zu Arbeits- und Mietrecht
- Debatte um Reichweite und Mittel



# Argumentationslinie – Tamm, KJ 2013, 52

„I Möglichkeit und Notwendigkeit rechtstheoretischer  
Entwicklungsanalyse“

„II Charakterisierung der Entwicklung des  
Verbraucherrechts“

- ...
- Debatte um Reichweite und Mittel
  - Marktkomplementäre vs. marktkompensatorische Elemente
  - Vollharmonisierungsansatz;
    - Abgespreckte VerbraucherrechteRL
    - GEKR als Versuch einer zweiten Spur
- Verbraucherschutz vs. Binnenmarktharmonisierung
  - Kompetenztitel Art. 114 AEUV
  - Subsidiaritätsgrundsatz/ Grundsatz der Unionstreue

# Argumentationslinie – Tamm, KJ 2013, 52

„I Möglichkeit und Notwendigkeit rechtstheoretischer  
Entwicklungsanalyse“

„II Charakterisierung der Entwicklung des  
Verbraucherrechts“

„III Rechtstheoretische und –soziologische Betrachtung“

- Beschleunigungskrise, daher schwierig, „in richtigem Ausmaß und mit genügend reflektierten Entscheidungen steuernd einzugreifen“
  - Ideal der guten Gesetzgebung
- „Systemgefährdung durch neues Recht?“
  - Systemerhaltungsstrategie der Abwehr
  - Nachvollzug der Akteure: „Keine Verhinderung der Rechtsentwicklung, sondern reflektierte Steuerung des Prozesses!“ (S. 60)
  - Co-Evolution

# Argumentationslinie – Tamm, KJ 2013, 52

„I Möglichkeit und Notwendigkeit rechtstheoretischer  
Entwicklungsanalyse“

„II Charakterisierung der Entwicklung des Verbraucherrechts“

„III Rechtstheoretische und –soziologische Betrachtung“

• ...

- Co-Evolution

- Bifurkation – Abzweigungen, die Gesetzgeber u. Rechtsprechung bewusst erzeugen, Kaskaden
- Störpotential, neues Gleichgewicht
  - Braucht Rückkoppelungsschleifen
  - Primär Aufgabe des Gesetzgebers
  - Durch Integration in das BGB
  - Ausgliederung des Verbraucherrechts wurde Rückkoppelungsschleifen ausschalten
- Fortentwicklung durch mehr Sozialresonanz

- Zusammenfassung (IV u. V)

# Historisches Argument?

- Beispiel für Verwendung der Rechtsgeschichte in der Rechtstheorie, **Beobachterperspektive**
  - Systemtheorie
  - Marktlogik/ Ökonomische Analyse des Rechts
  - Lit: Abegg in Buckel u.a., Neue Theorien des Rechts, 401 ff
- Beispiel für **rechtspolitische** Argumentation mit Blick auf die Geschichte

# Evolutionanalysen des Rechts

- Systemtheoretisch geprägt
  - Luhmann
  - Fögen
  - Teubner
- Marktlogik
  - Amstutz
  - Tamm
  - Podszun

Lit: Abegg in Buckel u.a., Neue Theorien des Rechts, 401 ff

# Rechtsmodell zwischen Statik u. Dynamik

System mit  
gleichbleibenden  
Regeln

Punktuelle  
Rechtsänderung  
durch  
Gesetzgeber

Pfadabhängige,  
aber kontingente  
permanente  
kleine Variation

# Argumente als Ergebnis der Betrachtung?

- Aufdecken, wo zB eine ständige Rechtsprechung davor steht, die Tragfähigkeit der sie stützenden Begründung zu verlieren
- Beispiel: Grundsatz der Nichtausgleichung nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
  - Basiert darauf, dass **keine** rechtsverbindliche Vereinbarung getroffen wurde
  - Einordnung in den rechtsfreien, gesellschaftlichen Raum (vgl: Gefälligkeiten)
  - Daher auch keine gesetzlichen Ausgleichsansprüche
  - Wird widersprüchlich, wenn keine Vorstufe zur Ehe mehr
  - Vorschlag: Ausschluss besser vertraglich begründen

# Rechtsevolution befördern und lenken

- Argumentationsbasis verbreitern
- Lösungsansätze verbreitern
- Jegliche rechtliche Kommunikation trägt zu Stabilisierung und Variation bei
  - Argumentation vor Gericht
  - Argumentation in Publikationen
  - Strategisches Prozessieren



# VIEL ERFOLG

---

... und gute Erholung