



K. Zens

1  
Zens  
15

# Gewährleistung einst

ecolex 2005, 42

Mangelhaft seynd erstlich alle Dinge, welche dasjenige nicht an sich haben, was sie ihrer ordinari und natürlichen Eigenschaft nach an sich haben sollen. Aus dieser Ursach wird z. E. für mangelhaft geachtet krank- und unbeschaumäsziges Viehe. (...) Abgestandener Wein, brandiger Weitz, schimmlichtes Brod. Grund und Boden, welcher dem Ungeziefer oder schädlichen Kräutern stark unterworfen ist. Wie auch Häuser, welche mit Gespenstern und Poltergeistern beunruhiget seynd.

*Kreittmayr*, Anmerkung über den Codicem  
Maximilianeum Bavaricum Civilem, Band IV  
(1765) 3 Theil § 23 bis 25 nota 3

*Wigulaeus Xaverius Aloysius von Kreittmayr* (1705-1790) war Staatskanzler des Kurfürstentums Bayern und verfasste den *Codex Maximilianeus Iuris Bavarici*, der aus dem *Codex Iuris Criminalis* (1751) dem *Judiziarkodex* (1753) und dem *Codex Iuris Civilis* (1753) bestand. Wie später *Zeiller* in Österreich verfasste er gleich auch den dazugehörigen Kommentar, der zu den ersten rechtswissenschaftlichen Werken in deutscher Sprache zählt. Dass Gesetzesverfasser ihre eigenen Schöpfungen kommentieren, ist eine auch heute beliebte Gepflogenheit.

# Die erste Analogie

ecolox 2006, 487

Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

(Diese actio utilis steht dann zur Verfügung, wenn nicht ein Vierfüßer, sondern ein anderes Tier Schaden verursacht.)

D 9, 1, 4

Bei dem vorliegenden Zitat handelt es sich um das vermutlich älteste schriftlich überlieferte Beispiel eines Analogieschlusses. Das römische Zwölftafelgesetz sah die Haftung des Tierhalters für Schäden vor, die ein vierfüßiges Tier (*quadrupes*) durch seine Wildheit verursacht (*actio de pauperie*). Als die Römer nach den punischen Kriegen den Vogel Strauß nach Italien brachten, stellte sich die bange Frage nach der Haftpflicht für von Straußen verursachte Schäden; der zweibeinige Vogel ließ sich beim besten Willen nicht unter den Begriff des Vierbeiners subsumieren. Der Praetor entschloss sich zur Analogie und gewährte eine *actio utilis*. Mag die Authentizität der Anekdote auch nicht zweifelsfrei nachgewiesen sein, diese von *Kramer* in seiner Methodenlehre (2. Auflage S 175 f) gebrachte Geschichte ist in ihrer dem römischen Recht eigenen Plastizität wohl eines der schönsten Beispiele für einen Analogieschluss.

# Der findige Erblasser

RdW 2007, 654

Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.

(Gegen das Gesetz handelt, wer tut, was das Gesetz verbietet; das Gesetz umgeht dagegen, wer unter Wahrung des Wortes seinem Sinn zuwiderhandelt.)

D 1, 3, 29

Umgehungsgeschäfte sind – im Gegensatz zu den Scheingeschäften – von den Parteien wirklich gewollte Geschäfte, die den Zweck haben, unerwünschte Rechtsfolgen – meist die Nichtigkeit – zu unterlaufen. Wenn dadurch der Normzweck vereitelt würde, ist die umgangene Norm auch auf das Umgehungsgeschäft anzuwenden. Dazu wird die direkt anwendbare Norm einschränkend ausgelegt oder teleologisch reduziert und die umgangene Norm in erweiterter Auslegung oder analog herangezogen (siehe etwa *Kletečka in Koziol/Welser* I<sup>13</sup>, 178).

Nicht funktioniert diese Technik, wenn der Eintritt der Rechtsfolge verhindert wird. Dies zeigt eine von *Honsell* (in *Kramer-FS* 199) unter Berufung auf *Gaius* referierte Geschichte aus dem alten Rom: Das Gesetz erlaubte nur eine begrenzte Zahl von testamentarisch angeordneten Sklavenfreilassungen und bestimmte die Streichung der die zulässige Höchstzahl überschreitenden Namen. Ein schlauer Erblasser schrieb die Namen der Freizulassenden nun nicht nacheinander, sondern in einer kreisförmigen Anordnung. Da man nicht wusste, welche Namen man streichen sollte, mussten wegen des *favor libertatis* (*in dubio pro libertate*) alle im Testament genannten Sklaven freigelassen werden.