

III. Lehrjahre in Breslau

1. »Exceptio praescriptionis«: römisches Recht und Privatrechtsgeschichte

Unter der Betreuung von Fischer wurde Ernst Heymann 1894 promoviert (summa cum laude) und zwei Jahre später habilitiert.²⁸ Ungewöhnlich für einen Gelehrten, der nach seinem Ableben als einer der großen Rechtshistoriker der germanistischen Richtung gefeiert wurde,²⁹ ist die fachliche Ausrichtung seiner Doktorarbeit. Sie betraf mit dem römischen Recht nämlich genau jenen anderen Traditionsstrang geschichtlicher Rechtswissenschaft, der sich im 19. Jahrhundert auf dem Boden der historischen Schule entwickelt hatte und

28 Venia: Deutsches Recht, Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Reichsstaatsrecht, »später erweitert auf Civilprozeß«. Diese Angaben folgen einem in Stichworten abgefassten Dokument mit der Überschrift »Lebenslauf von Ernst Heymann«. Heymann muss es nach dem 19. April 1945 abgefasst haben, denn der letzte Eintrag verzeichnet für diesen Tag »Besetzung Tübingens [wohin Heymann übersiedelt war] durch französische Truppen«. Dieser Lebenslauf war handschriftlich abgefasst; Heymanns Schwiegersohn Waldemar Grote (Rechtsanwalt und Notar) hat ihn dann abschreiben lassen. Diese maschinenschriftliche Abschrift befindet sich heute im Archiv der Max-Planck-Gesellschaft, Personalakte Ernst Heymann (AMPG, II. Abt., Rep. 67, Nr. 709) und wird im Folgenden als »Lebenslauf von Ernst Heymann« zitiert. In einem Brief vom 15. Juni 1964 an Konrad Zweigert schreibt Grote: »Wie Sie wissen, ist die Handschrift meines Schwiegervaters sehr schwer leserlich. Meine Frau [Heymanns älteste Tochter Dorothea] und ich haben deshalb einige Worte, insbes. Namen, nicht lesen können«. Von Grote stammt auch die oben (Fn. 2) erwähnte Abschrift des ersten Teils von Heft 2 der Tagebücher. Ich danke Dr. Thomas Notthoff vom Archiv der Max-Planck-Gesellschaft, dass er mir die Personalakte zugänglich gemacht hat; diese enthält eine Reihe von Dokumenten, die üblicherweise nicht in eine Personalakte gehören. Im Jahre 1928 hat Heymann einen knappen Überblick über seine Laufbahn und seine Grundüberzeugungen verfasst und seine Publikationen aufgelistet: ELEMÉR BALOGH (Hg.), *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Bd. I, 1928, Teil IV: *Notices sur la vie et les travaux des membres et correspondants*, 1116–1119. Zur Bedeutung des Begriffs »Deutsches Recht« (im Gegensatz zu »Bürgerliches Recht«) vgl. unten, Text nach Fn. 70.

29 HEINRICH MITTEIS, Ernst Heymann (Fn. 3), IX.

der die traditionellen, auf das *Corpus Iuris Civilis* gegründeten Gebiete des Privatrechts dominierte. Thema von Heymanns Arbeit war die seit jeher umstrittene Frage, ob die Verjährung im Prozess von Amts wegen oder nur dann zu berücksichtigen ist, wenn der von der Verjährung Begünstigte sich auf sie beruft. Es handelt sich um eine recht spezielle Frage, die Heymann aber auf knapp 60 Seiten unter gründlicher Auswertung des römischen Quellenmaterials behandelte.³⁰ Bemerkenswert ist dabei, dass dies nicht auf traditionell-pandektistische Weise geschieht, sondern in historischer Perspektive, indem Heymann zunächst das klassische römische Recht untersucht, um dann die nachklassischen Entwicklungen in den Blick zu nehmen. Heymann kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Aktionenverjährung als allgemeines Institut auf eine Konstitution von Kaiser Theodosius II. zurückgeht, die dann in den justinianischen Codex übernommen wurde,³¹ und dass sie stets von Amts wegen zu berücksichtigen war.³²

Ein Jahr später veröffentlichte Heymann seinen Text noch einmal, ergänzt nunmehr um zwei weitere, in der Einleitung der Dissertation bereits angekündigte Teile, die das »mittelalterliche italienische Recht« und das »moderne Recht« betreffen.³³ Hinter diesen Überschriften verbirgt sich ein Durchgang durch die europäische Privatrechtsgeschichte, von der langobardischen Verschweigung über die Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, die germanischen Volksrechte (d. h. die deutschrechtliche Tradition), die »ältere roma-

30 ERNST HEYMAN, Wird nach römischem Recht die Verjährung von Amtswegen berücksichtigt?, Inaugural-Dissertation Breslau, 1894. Übrigens war die Dissertation von Felix Dahn (zu ihm oben Fn. 17) einer ganz ähnlichen Frage gewidmet gewesen: Ueber die Wirkung der Klagverjährung bei Obligationen, 1855 (Dahn hatte sie als 21-jähriger verfasst). Wie Heymann hatte sich auch Dahn in seiner ersten Qualifikationsschrift mit römischem bzw. gemeinrechtlichem Quellenmaterial befasst, bevor er (in seinem Fall mit den Studien zur Geschichte der germanischen Gottes-Urtheile, 1857) zum Germanisten wurde.

31 Vgl. heute etwa REINHARD ZIMMERMANN, Intro before Art 4:101, [2], in: NILS JANSEN/REINHARD ZIMMERMANN (Hg.), Commentaries on European Contract Laws, 2018.

32 Vgl. heute etwa MAX KASER, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, 2. Aufl., 1975, 72.

33 ERNST HEYMAN, Das Vorschützen der Verjährung; Zugleich ein Betrag zur Lehre von Exceptio und Einrede, Breslau 1895 (165 S.). Diese Schrift ist in demselben Verlag (der Schletter'schen Buchhandlung) erschienen wie die Dissertation. Zu dem ersten Teil dieses Buches hieß es nunmehr, ihm liege eine »im Anschluß an das civilistische Seminar des Herrn Professor Otto Fischer zu Breslau im Sommersemester 1892 verfaßte Arbeit« zugrunde. In der Inaugural-Dissertation steht umgekehrt, die Abhandlung »als Ganzes« erscheine in dem zweiten Buch. Beide Bücher sind – neben den Eltern – Otto Fischer, dem »hochverehrten Lehrer«, »in ehrerbietigster Dankbarkeit« zugeeignet.

nistische Doktrin und Praxis« (also insbesondere den deutschen *Usus modernus*), bis hin zum zeitgenössischen gemeinen Recht, zu den drei großen Kodifikationen des Vernunftrechts und den anderen Partikularrechten. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist zum einen der integrative Ansatz.³⁴ Heymann geht zwar vom römischen Recht und der romanistischen Doktrin in den verschiedenen Phasen ihrer Entwicklung aus; er befasst sich aber eben auch mit dem Rechtszustand, den »das hereinflutende fremde Recht [...] auf deutschem Boden vorfand«³⁵ (keine ganz neutrale Formulierung des Phänomens der Rezeption des römischen Rechts); und er betont gerade im Hinblick auf das von ihm behandelte Thema die Bedeutung der kanonistischen Quellen: es sei der maßgeblich von ihnen geprägte Satz »*praescriptionis exceptionem iudex ex officio supplet, si modo ex actis manifeste apparet*«, der der herrschenden Doktrin und Praxis bis Ende des 18. Jahrhunderts entsprochen habe.³⁶ Der Umbruch hin zur modernen Auffassung, nach der die Verjährung nur auf Einrede des von ihr Begünstigten zu berücksichtigen ist, habe sich erst in der gemeinrechtlichen Doktrin des 19. Jahrhunderts vollzogen; sie prägte dann auch das BGB. Bemerkenswert ist weiterhin, dass ausdrücklich auch die zeitgenössischen ausländischen Rechte Westeuropas berücksichtigt werden. Und schließlich enthält der zweite Teil des Werkes auch eine Diskussion der Theorie der Exception (oder Einrede) allgemein, also nicht lediglich auf die *exceptio praescriptionis* bezogen.

2. Die Parentelordnung als das »eigentlich deutsche Erbsystem«

Die Verbindung von geltendem Recht und Rechtsgeschichte prägt auch Heymanns Habilitation, selbst wenn diese nach ihrem Titel ganz auf die fast unmittelbar vor der Tür stehende Kodifikation des deutschen Privatrechts ausgerichtet zu sein scheint (die Habilitationsschrift erschien im Jahre 1896, dem Jahr, in dem das BGB im Reichstag verabschiedet wurde): »Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Reichstagsvorlage)«. ³⁷ Doch folgt Heymann auch hier dem

34 Einleitend betont Heymann in diesem Sinne, und im Anschluss an RODERICH STINTZING, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, dass nicht das justinianische Rechtsbuch, sondern »im Grunde die ‚mit germanistischen Anschauungen versetzte ‚halb-moderne‘ Doktrin der berühmten italienischen Romanisten und Kanonisten [...] von den deutschen Gerichten [...] in Anwendung gebracht« worden sei: HEYMANN, Vorschützen (Fn. 33), 9 f.

35 HEYMANN, Vorschützen (Fn. 33), 111.

36 Ebd., 123. Dabei ist es Heymann offenbar aber auch wichtig zu betonen, dass die von Romanisten und Kanonisten gelehrte Doktrin »auf germanischen Anschauungen« gegründet gewesen sei.

37 Die 68 Seiten starke Monographie erschien nicht als selbständiges Buch, sondern als Teil der von Heymanns akademischem Lehrer begründeten und herausgege-

schon die Dissertation leitenden Gedanken, die Erkenntnis des positiven Rechts erfordere »die vorherige Erforschung der geschichtlichen Entwicklung«. ³⁸ Einen Anknüpfungspunkt bot für ihn die etwas nonchalante Bemerkung in den Motiven der Ersten Kommission, für die Wahl der Erbfolgeordnung im BGB sei der Anschluss »an eine deutschnationale Grundlage« nicht bestimmend gewesen ³⁹ (sie hatte den germanistischen Chefkritiker des BGB, Otto von Gierke, zu der Erwiderung veranlasst, man hätte das auch ohne besondere Versicherung geglaubt ⁴⁰).

Im Wesentlichen geht es Heymann darum darzutun, dass die Regelung der gesetzlichen Verwandtenerbfolge, die er zu den gelungensten Teilen des Entwurfs des BGB zweiter Lesung rechnet, ⁴¹ »der nationalen Rechtsüberzeugung [entspricht], welche in jahrhundertelanger Entwicklung auf dieses Ziel hingedrängt hat«. ⁴² Die Darstellung konzentriert sich auf vier Gesichtspunkte: Parentelordnung oder Gradualsystem?; Eintrittsrecht oder Berufung nach absoluter Verwandtschaftsnähe?; gleichmäßige Aufteilung des Nachlasses auf die väterliche und mütterliche Verwandtschaft?; und unbegrenzte Verwandtenerbfolge oder Begrenzung auf einen bestimmten Verwandtenkreis? Der erste Teil seiner historischen Untersuchung führt Heymann zu dem Ergebnis, dass die dem BGB zugrunde liegende Parentelordnung als »das eigentlich deutsche Erbfolgesystem« zu betrachten sei; nur sie habe im mittelalterlichen deutschen Recht eine mehr als lokale Bedeutung gehabt. ⁴³ Auch die Begrenzung auf einen

benen »Abhandlungen zum Privatrecht und Civilproceß des Deutschen Reiches. In zwanglosen Heften«, 1896. Heymanns Arbeit bildet das erste »Heft«; dem Band sind noch vier weitere Monographien beigeheftet, alle zum Bürgerlichen Gesetzbuch, eine davon von Otto von Gierke. Bis 1914 erschienen insgesamt 28 Bände mit knapp 70 Abhandlungen.

- 38 HEYMAN, Vorschützen (Fn. 33), 9. In den »Grundzügen des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts« (Fn. 37), 2 ist einleitend von dem Gebot die Rede, den Zusammenhang »der neuen Gestaltung mit dem geschichtlich gewordenen Recht« zu betonen.
- 39 Motive, in: BENNO MUGDAN (Hg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, 1899, 189.
- 40 OTTO GIERKE, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 529: »Indes sind wir zufrieden, daß die sonstigen Vorzüge der Parentelordnung den Makel ihrer deutschen Geburt überwunden haben«.
- 41 Das entsprach verbreiteter Anschauung: diese Regelung wurde als »eine[r] der Glanzpunkte des Entwurfs« gerühmt: HANS-GEORG MERTENS, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, 50.
- 42 HEYMAN, Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts (Fn. 37), 62.
- 43 Ebd., 16. Heute wird die Parentelordnung demgegenüber ganz überwiegend auf naturrechtliche Ideen zurückgeführt, wie sie insbesondere bei JOACHIM GEORG DARJES zum Ausdruck kamen: Institutiones Iurisprudentiae Universalis, 3. Aufl., Ienae, 1748, §§ 647 f.; HANS-GEORG MERTENS, Überlegungen zur Herkunft des Pa-

bestimmten Verwandtenkreis, wie sie aufgrund der Beratungen der Zweiten Kommission in der Reichstagsvorlage in der Tat noch vorgesehen war,⁴⁴ sei für das deutsche Erbrecht schon früh charakteristisch, dem römischen Recht hingegen prinzipiell fremd gewesen.⁴⁵ Der Gedanke der Gleichberücksichtigung von Vater- und Mutterverwandtschaft, umgesetzt in §§ 1925 f. BGB, sei im deutschen Recht ungleich bedeutsamer gewesen als in Rom (wo er nur im justinianischen Recht »in einer leisen Andeutung« praktisch wirksam geworden sei).⁴⁶ Das Eintrittsrecht, bzw. die Erbfolge unter Miterben nach Stämmen (»per stirpes«) und nicht lediglich nach Grad und Kopfbzahl (vgl. §§ 1924 III, 1925 III, 1926 III BGB),⁴⁷ stamme demgegenüber aus Rom; dem deutschen Recht sei sie fremd gewesen.⁴⁸

In einem gesonderten Abschnitt versucht Heymann zu zeigen, wie diese Traditionen in der weiteren Entwicklung des deutschen Rechts miteinander versöhnt wurden; wie also nicht ein »rein-römisches«,⁴⁹ sondern ein »nach modernen Bedürfnissen umgestaltetes«, oder auch – was für Heymann offenbar dasselbe war – ein »germanisierend« umgedeutetes römisches Recht rezipiert worden sei.⁵⁰ Das werde deutlich insbesondere in den seit der Rezeption erlassenen Stadt- und Landrechten bis hin zum preußischen Allgemeinen Landrecht, sowie im ABGB und Code civil. Heymann befasst sich dann mit dem System des BGB⁵¹ und endet mit einem »[k]ritische Bemerkung« über-

rentelsystems, in: ZRG (GA) 90 (1973), 149–164, 160–164; REINHARD ZIMMERMANN, Intestate Succession in Germany, in: KENNETH G. C. REID/MARIUS J. DE WAAL/REINHARD ZIMMERMANN (Hg.), Comparative Succession Law, Bd. II: Intestate Succession, 2015, 181–223, 188. Übersicht über die Diskussion im 19. Jahrhundert bei OTTO STOBBE, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. V, 1. und 2. Aufl., 1885, § 288.

44 Es handelte sich hier um eine von zwei Fragen des Erbrechts, die während der Beratungen des Reichstags (genauer: in dessen XII. Kommission) kontrovers diskutiert und anders entschieden wurden als noch im Zweiten Entwurf (die andere betraf die Einführung des eigenhändigen Testaments). Zur wechselvollen Gesetzgebungsgeschichte vgl. MERTENS, Entstehung (Fn. 41), 53–64; ZIMMERMANN, Intestate Succession (Fn. 43), 191–194.

45 HEYMANN, Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts (Fn. 37), 25 f.

46 Ebd., 21–25.

47 Dazu und zum damit verbundenen »Repräsentationsprinzip« näher REINHARD ZIMMERMANN, Das Verwandtenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, in: RabelsZ 79,4 (2015), 768–821, 787–794.

48 HEYMANN, Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts (Fn. 37), 16–21.

49 Ebd., 27. Denselben Ausdruck verwendet HEYMANN auch in: Vorschützen (Fn. 33), 9.

50 HEYMANN, Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts (Fn. 37), 27.

51 Ebd., 44–61. Auch hier (vgl. bereits oben Fn. 39) werden, wenn es um die Beweggründe der Gesetzesverfasser geht, lediglich die Motive der Ersten Kom-

schriebenen Abschnitt.⁵² Hier kritisiert er vier Details der Regelung des BGB, darunter die Tatsache, dass das BGB von der vierten Parentel an so gut wie alle bis dahin befolgten Prinzipien über Bord wirft.⁵³ Das nach eigener Angabe wichtigste Bedenken erhebe sich dort, »wo überhaupt der Schwerpunkt für das gesetzliche Erbfolgesystem« liege,⁵⁴ nämlich im Verhältnis von Aszendenten und Seitenverwandten. Hier könne es nämlich zu einer großen Härte kommen, wenn entferntere Aszendenten zugunsten der Seitenverwandten näherer Parentelen von der Erbfolge ausgeschlossen seien, sofern diese entfernteren Aszendenten mittellos sind und bisher vom Erblasser unterhalten werden mussten. Dieses Bedenken dürfe nun zwar nicht dazu führen, den Grundgedanken des Parentelsystems infrage zu stellen. Stattdessen sei aber zu überlegen, den Unterhaltsanspruch aufseiten des Unterhaltsschuldners vererblich zu stellen und somit die später als § 1615 BGB Gesetz gewordene Norm zu reformieren. Das ist ein ausgesprochen sinnvoller Vorschlag, der, konsequent weiterentwickelt, in ganz anderem Zusammenhang Anlass zu einer radikalen Reform des deutschen Erbrechts bieten sollte: der Abschaffung der Vorschriften über das Pflichtteilsrecht.⁵⁵

mission zitiert, nicht der Vorentwurf zum Erbrecht des zuständigen Redaktors, Gottfried von Schmitt, vermutlich weil dieser nicht greifbar war; publiziert worden ist er erst 1984 von Werner Schubert. Die Motive sind von »Hilfsarbeitern« der Ersten Kommission aus dem Vorentwurf und den Protokollen der Ersten Kommission zusammengestellt worden, ohne jedoch von der Kommission selbst hernach genehmigt worden zu sein. Als Quelle sind sie deshalb von zweifelhaftem Wert.

- 52 HEYMANN, Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts (Fn. 37), 62–68.
- 53 Ebd., 65 f. (»geradezu störend«). Die Frage war im Verlauf der Beratungen des BGB strittig gewesen. Gottfried von Schmitt hatte die Parentelordnung in ihrer reinen Form durchführen wollen. Die Erste Kommission hatte demgegenüber schon von der dritten Parentel an die Gradnähe entscheiden lassen wollen. Die Entscheidung der Zweiten Kommission (Gradnähe erst relevant ab der vierten Parentel) bedeutete insoweit einen Kompromiss. Dazu ZIMMERMANN, Intestate Succession (Fn. 43), 190 f.
- 54 HEYMANN, Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts (Fn. 37), 66.
- 55 Vgl. den Reformvorschlag von REINHARD ZIMMERMANN / FRANZ BAUER / MARTIN BIALLUCH / ANDREAS HUMM / LISA-KRISTIN KLAPDOR / BEN KÖHLER / JAN PETER SCHMIDT / PHILIPP SCHOLZ / DENISE WIEDEMANN, Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht, 2022. Die vom Gesetzgeber für die passive Unvererblichkeit von Unterhaltsansprüchen herangezogenen Gründe sind nicht überzeugend; vgl. REINHARD ZIMMERMANN, »So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, [...]«: Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung, in: AcP 222,1 (2022), 3–55, 21–55. Richtig demgegenüber bereits Heymann unter Hinweis darauf, dass man Unterhaltsverpflichtungen gerade wegen ihres besonderen sittlichen Werts eigentlich weit eher als reinen Geschäftsverbindlichkeiten über den Tod des Schuldners hinaus Geltung verleihen müsse.