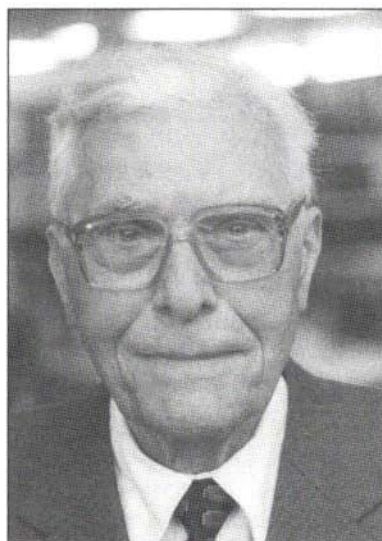




A stylized, handwritten signature of Werner Flume in black ink.

Werner Flume

12.9.1908–28.1.2009

I. Vita activa

Genius is energy: Wenn man für diesen Ausspruch von Matthew Arnold einen Beleg suchen wollte, in Werner Flume hätte man ihn gefunden. In welche Vielfalt von Richtungen hat Flume nicht eine bestimmende Wirksamkeit entfaltet: Er arbeitete als Syndikus-Anwalt; Generationen von Studenten begeisterte er als Rechtslehrer; er erneuerte die Privatrechtsidee für das 20. Jahrhundert; Entscheidendes trug er bei zur Aufwertung der Steuerlehre zu einer Wissenschaft vom Steuerrecht; über seine Fakultät wachte er als *ensor*; das Aktienrecht der Bundesrepublik Deutschland hat er maßgeblich mitgestaltet; zahlreiche Gutachten aus seiner Feder wiesen der Praxis vor allem des Gesellschaftsrechts den juristischen Weg; bedeutende Unternehmer der Nachkriegszeit wurden von ihm freundschaftlich beraten; als Kommentator der Wirtschaftspresse rief er den Gesetzgeber im Steuer- und Privatrecht zur Ordnung; last but not least war er einer großen Familie der *paterfamilias*. Es dürfte keinen Zeitgenossen geben, der aus eigener Anschauung Flumes Aktivität in allen ihren Dimensionen bezeugen könnte, dies auch deshalb, weil der Zeitraum seines öffentlichen Wirkens rund

sieben Jahrzehnte umspannt hat. Sicherlich wird einmal eine Biographie geschrieben werden, die dem Rätsel Flume auf den Grund zu gehen versucht. Dieser Nekrolog ist demgegenüber in mehrfacher Hinsicht beschränkt. Von vornherein geht es nur um das wissenschaftliche Werk und um diejenigen Eigenschaften der Person, denen sich dieses Werk verdankt. Dass Werner Flume eine überragende Gestalt der deutschen Privatrechtswissenschaft im zwanzigsten Jahrhundert war, ist den Lesern der Zeitschrift wahrscheinlich bekannt und muss hier nicht wiederholt oder vertieft werden. Im Folgenden soll es daher ausschließlich um die Frage gehen, ob Flume auch im Bereich der romanistischen Forschung von ebensolchem außerordentlichen Rang gewesen ist. Denn dies wird sich der Leser der Zeitschrift ja besorgt und zweifelnd fragen: ob in einem solchen Lebenswerk Platz war nicht bloß für den einen oder anderen romanistischen Aufsatz, ob vielmehr ein Mann, der sich dermaßen einer *vita activa* verschrieben hatte, auch als Gelehrter in unserem Fach groß gewesen sein kann.

II. Das romanistische opus

1. „Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen“

Anders als der bescheidene Titel der 1932 veröffentlichten Dissertation vermuten lässt, ging es um nichts weniger als darum, wie sich *sponsio*, *fidepromissio* und *fideiussio* im klassischen Recht voneinander unterschieden haben. Das Thema ist insofern das gleiche wie das der Dissertation Ernst Levys (*Sponsio, fidepromissio, fideiussio*: Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte, 1907), entstanden im Umkreis derselben Schule, nämlich derjenigen Emil Seckels. Insofern zeigt schon die Wahl des Themas den hohen Anspruch, mit dem Flume antrat, die Überzeugung nämlich, man könne es noch besser machen. Nach Flume war für die *sponsio* (und für die *fidepromissio*) die Hauptstipulation als Rechtsakt die Grundlage gewesen, und nicht die materielle Verpflichtung des Hauptschuldners. Dagegen sei die *fideiussio* auf die materielle Verpflichtung des Hauptschuldners ausgerichtet. Der *sponsor* verspreche eine eigene, aber durch die Hauptstipulation bestimmte Leistung, während der *fideiussor* die Hauptverpflichtung *fide sua iubet*. Für die *sponsio* stellt sich daher, so Flume, die Frage, ob die Hauptstipulation als Rechtsakt vorgenommen war – mochte sie eine materielle Verbindlichkeit erzeugt haben oder nicht –, während für die *fideiussio* die materielle Verbindlichkeit des Hauptschuldners das Entscheidende war. Im Jahre 1996 ist Flume auf das Thema im 113. Band dieser Zeitschrift mit einem Aufsatz zurückgekommen, der von einer großen Exegese von D. 12,6,47 seinen Ausgang nimmt. Flume antwortete damit auf einen Beitrag Kasers in der Festgabe für Herdliczka (1972), der seinerseits kritisch zu einer Untersuchung von Schulz Stellung genommen hatte (Iura 3; 1952). Der Streit wurde dadurch vertieft, dass nach Flume die justinianische Kodifikation in großem Stile klassischen Texten den originalen Bezug auf die verdrängten Bürgschaftsformen *sponsio* und *fidepromissio* geraubt und sie als Belege für die *fideiussio* verwendet hat, wogegen Kaser das justinianische Recht als weitgehend zutreffende Abbildung des klassischen Rechts begriff („neuere, massvollere Methoden“) und daher eine grundsätzliche Unterschiedlichkeit von *sponsio* und *fideiussio* nicht anerkannte. Nun wird an sich die Verdrängung von *sponsio* und *fideiussio* aus den für die justinianische Kompilation verwendeten Texten als solche von niemandem bestritten. Es geht jedoch darum, inwieweit man sich juristische Überlegungen zutraut, durch die verdeckte Unterschiede zwischen den einzelnen Bürgschaftsformen

aufgedeckt werden können. Entlehnt man einen Ausdruck von Hans Delbrück, könnte man für Flume von einer juristischen Sachkritik sprechen: Er stützte sich nicht in erster Linie auf philologische Argumente, sondern er erschloss das klassische Recht, auch in einer Differenz zum Text der justinianischen Digesten, hauptsächlich durch juristische Überlegungen. Die Vereinigung der Bürgschaftsformen im justinianischen Recht hat vor kurzem Hans Ankum als ein Beispiel für eine „Transfusion“ juristischer Institutionen behandelt (Studi in onore di Mario Talamanca, I, 127f.). Für den Fall der Zerstörung des Leistungsobjekts durch den Bürgen finden sich widerstreitende Lösungen, von denen Ankum sagt:

In Justinian's law these three divergent solutions, which cannot be harmonized, are all made to relate to the *fideiussio*. With Flume I am of the opinion that the first [D. 4,3,19: Bürgenverpflichtung erlischt, Bürge haftet mit der *actio de dolo*] and the third [D. 22,1,32,5: Bürge haftet mit einer *actio ex stipulatu utilis*] solutions were in classical Roman law related to the *fideiussor* and that this is explained by the fact that the *fideiussor*'s obligation was accessory to the obligation of the principal debtor and that the second solution [D. 45,1,88 und D. 46,3,95,1: Bürge haftet unverändert] was applied in classical law to the *sponsor* and the *fidepromissor*, who could be obliged even in cases in which the principal debtor was not. I accept his view that the *sponsio* was only accessory to the legal act of the *stipulatio* made by someone else, so that the *sponsor* could be responsible even if an obligation of that person did not or did no more exist, whereas the *fideiussio* was accessory to the obligation of someone else as a consequence of the *fideiussor*'s promise *id fide mea esse iubeo*, so that the *fideiussor* was not obliged, if an obligation of the person for whom the *fideiussor* made his promise, did not or no more exist.

Ankum hat so die „fundamental difference between the two types of personal surety“ bestätigt gefunden, die Flume als Kernthese seiner Dissertation behauptet hatte. Die von Flume angegebene Unterscheidung konnte formeltechnisch jüngst anhand von Gai. 4,137 durch Anja Steiner im 123. Band dieser Zeitschrift unterstützt werden.

2. Zur römischen Bedingungslehre

Den Aufschluss über die römischen Bürgschaftsstipulationen hatte die Behandlung der bedingten Stipulation gegeben, und zwar der bedingten Novationsstipulation durch Gaius. Nachdem Gaius die Novationsmöglichkeit im Wege der Stipulation im Grundsätzlichen bejaht hat, erörtert er Fälle, in denen die Novationswirkung wegen der Unwirksamkeit der Stipulation zweifelhaft sein kann; Gai. 3,176. Seinem Bericht zufolge hindert die Inutilität der Stipulation nicht notwendig die novatorische Aufhebung der *prior obligatio*. Vielmehr haben Novationswirkung auch: die *promissio post mortem* (*promissoris*) *dari* und die *sine tutoris auctoritate* erfolgte Stipulation eines *pupillus* oder einer *mulier in tutela* – allesamt inutile Stipulationen. Gegensätzlich behandelt Gaius die ebenfalls ungültige *stipulatio a servo* und die *sponsio peregrini*, diese haben keine Novationswirkung; Gai. 3,176 i.f. und 3,179 i.f. Rechtsgrund für diese Differenzierung ist nach Flume die Unterschiedlichkeit der jeweiligen Inutilitätsgründe. Wo die Unwirksamkeit der Stipulation deren Novationswirkung unberührt lässt, betreffe der Inutilitätsgrund nicht den Formalakt der Stipulation als solchen, sondern lediglich die Entstehung einer dem Leistungsversprechen korrespondierenden Obligation. So könnte durch eine *promissio post mortem* (*suam*) *dari* nur der Erbe des Promittenten verpflichtet werden; seinen Erben aber konnte der Promittent auch bei ansonsten formgültigem Vollzug der Stipulation nicht obligieren; Gai. 3,100 und 158. Ebenso können *pupillus* und *mulier in tutela* zwar formgültig promittieren, *sine tutoris auctoritate*

begründen sie damit jedoch keine eigene Verbindlichkeit, Gai. 3,107 bzw. 108. Ganz anderer Art seien dagegen die Gründe für die Inutilität von Sklavenstipulation und Peregrinensponson: Das einem Sklaven in Stipulationsform abgenommene Leistungsverprechen entbehre schon der förmlichen Qualität des Rechtsaktes Stipulation, da auf der Seite des Promittenten schlechthin niemand an der Stipulation beteiligt sei: *nullam autem in iure personam servus habet*, wie es bei Theophilus heißt (*ad* 3,29,3). Daher sei die Stipulation eines Sklaven rechtlich ganz unbeachtlich, es sei eben ganz *ac si a nullo stipulatus fuisset*. Ebenso habe es sich bei der Sponson des Peregrinen verhalten: Da dem Peregrinen die Sponsonsformel nicht zur Verfügung stand, diese vielmehr *propria civium romanorum* war (Gai. 3,93), sei die Sponson durch einen Peregrinen gar keine förmliche Stipulation gewesen und habe ebenso unbeachtlich bleiben müssen wie die „Stipulation“ eines Sklaven. Der Sache nach habe Gaius somit wie folgt unterschieden: die *stipulatio inutilis*, d.i. die als Rechtsakt formgültig vollzogene Stipulation, bei der aber keine dem Leistungsverprechen korrespondierende Obligation entstehen konnte, und die *stipulatio non existens*, d.i. ein mündliches Leistungsverprechen, das nicht mehr als Stipulation einzuordnen war, weil es bereits an den Erfordernissen des Formalaktes fehlte. Aus der antithetischen Behandlung der (von ihm sogenannten) *stipulatio inutilis* und der *stipulatio non existens* folgte Flume, der Novationseffekt gehe nicht aus von der durch die Stipulation begründeten materiellen Verpflichtung des Promittenten, sondern von der Stipulation als förmlichem Verpflichtungsgeschäft, von dem Formalakt als solchem. Auf dieser Grundlage sei es einzuordnen, dass nach Gai. 3,179 die bedingte Novationsstipulation nur im Falle des Bedingungseintritts novierende Wirkung hat. Da zur Novation ausreichend, aber auch erforderlich, allein der Rechtsakt der Stipulation gewesen sei, habe dieser offenbar nicht schon mit der Vornahme des Verbalaktes, sondern erst mit dem Eintritt der Bedingung als verwirklicht gegolten. (Servius Sulpicius vertrat eine abweichende Ansicht). Nicht nur die materielle Verpflichtung des Promittenten sei *in suspenso* gewesen (dann hätte der Novation ja nichts entgegengestanden, weil es auf die materielle Verpflichtung des Promittenten nach Gai. 3,176 gerade nicht angekommen sei), suspendiert gewesen sei vielmehr der Rechtsakt der Stipulation als solcher. *pendente condicione* sei der Rechtsakt nach römischer Vorstellung überhaupt noch nicht existent gewesen, verwirklicht worden sei er vielmehr erst (und nur), wenn die Bedingung eintrat. Damit war für die Rekonstruktion der römischen Bedingungslehre ein Neuanfang gemacht, den Flume entschlossen ausbaute. Es folgte die „Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligationen nach klassischem römischem Recht“, die 1936 im Hinblick auf die seinerzeit bereits nationalsozialistisch orientierte Herausgeberschaft dieser Zeitschrift in der Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (14. Bd.) erschien. Das Thema hatte Flume erstmals in einem Seminar bei Ernst Rabel im Winter 1928/29 in Berlin bearbeitet; nach dem Krieg sollte die Schrift von Wolfgang Kunkel als Grundlage für das Bonner Habilitationsverfahren gewählt werden. In späteren Arbeiten hat Flume seine Sicht auf die römische Lehre von der Bedingung weiter entfaltet. Wohl am schönsten ist die Darstellung in einem großen Aufsatz im 92. Band dieser Zeitschrift (1975). Weiteren Anwendungsfeldern der Bedingung galten der Beitrag zu den Nebenabreden beim Kauf in der 1. Festschrift für Kaser (1976) und der Beitrag zur *regula Catoniana* in der Festschrift Niederländer (1991). Eine derart umfassende wie geschlossene Lehre von der römischen Bedingung, wie sie mit diesen Werken ge-

geben ist, sucht in der übrigen romanistischen Literatur ihresgleichen. Obschon es nicht Sache eines Nekrologs ist, sich über Richtiges und Unrichtiges im Werk des Verstorbenen auszulassen, muss der Verfasser bekennen, dass ihm wenige Resultate romanistischer Forschung so unmittelbar eingeleuchtet haben wie Flumes Thesen zur Bedingung. Vielleicht wird sich Flumes Sichtweise, die zunächst von David und Bonifacio stark angegriffen wurde, noch durchsetzen, wofür es in der neueren Literatur doch Anzeichen gibt (z.B. E. Jakab, Risikomanagement b. Weinkauf, 2009, 190f.). Übrigens hat sich Flume in mehreren Untersuchungen zum geltenden deutschen Privatrecht grundlegender Fragen der modernen Bedingungslehre angenommen, wovon hier indes nicht zu handeln ist.

3. Rechtsakt und Rechtsverhältnis: Von der Methode der römischen Klassiker

Die Befassung mit der Bedingungslehre hatte für Flume die Bezogenheit des römischen Rechtsdenkens auf den Rechtsakt ergeben. In „Rechtsakt und Rechtsverhältnis“ (1990) suchte er durch Zusammenstellung zahlreicher Einzelstudien die These zu untermauern, dass es für die römischen Juristen darauf angekommen sei, den gültigen Abschluss eines Rechtsakts und die durch ihn ausgelösten Wirkungen zu bestimmen, und dass diese Orientierung am Rechtsakt zu unterscheiden sei vom modernrechtlichen Denken, das das gesamthafte Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten in den Blick nimmt und eine gültige Lösung für das Rechtsverhältnis als ganzes sucht. In diesem Band fanden sich neben älteren Studien neuere Untersuchungen etwa zur Unmöglichkeit, zur Stellvertretung, zu *commixtio* und *consumptio nummorum*. Der Übergang von Rechtsakt zu Rechtsverhältnis lässt sich vergleichen mit dem Schritt von der *actio* zum Anspruch, wie ihn Windscheid thematisiert hat: Auch die Wendung, das römische Recht nicht mehr nach Maßgabe des heutigen, am Rechtsverhältnis orientierten Rechtsdenkens darzustellen, sondern in seiner Bezogenheit auf den Rechtsakt (und die *actio*) zu rekonstruieren, ist ein regelrechter Paradigmenwechsel, und Flume war sich dessen bewusst. All diejenigen, die in jedem zugleich am geltenden Recht arbeitenden Romanisten einen Neopandektisten mit unterentwickeltem historischem Bewusstsein vermuten, sei diese Schrift zur Lektüre empfohlen: Eine radikalere Absage an die bis heute üblich gebliebene Art, das römische Recht durch eine nach modernen Systemgesichtspunkten geordnete Sammlung abstrakter Rechtssätze wiederzugeben, so dass es wie eine moderne Zivilrechtsordnung erscheint (wobei sich eben nur die eine oder andere Rechtsnorm inhaltlich anders ausnimmt als heute), kann man sich kaum denken.

In zwei Beiträgen hat Flume die Rechtsfindung durch die römischen Juristen als solche zum Gegenstand der Untersuchung gemacht: in dem Vortrag vor dem 13. Deutschen Rechtshistorikertag 1960 in Saarbrücken über „Die Bewertung der Institutionen des Gaius“, abgedruckt im 79. Band dieser Zeitschrift, und in der Akademieschrift über „Gewohnheitsrecht und römisches Recht“ (1975). Für die Bewertung der Gaius-Institutionen wählte Flume einige Stellen zur Sachlehre; Gai. 2,12ff. und Gai. 2,66ff., 73ff., Im Hinblick auf Gai. 2,68 wird die Methode der römischen Klassiker von der modernrechtlichen Argumentation anhand abstrakter Begriffe abgesetzt: „Wild‘ oder ‚zahn‘ sind für die Klassiker keine rechtlich bestimmten Allgemeinbegriffe, aus denen sie ihre Entscheidungen folgern. Das Thema der *fera animalia* wird von ihnen behandelt in der Gegenständlichkeit der Okkupationsfrage. Darüber, was *fera animalia* sind, stellen sie keine theoretischen Reflexionen an. Es sind die Tiere, die ‚man‘ – und nicht

die Juristen – halt als *fera animalia* ansieht. Die Tauben, etc., insbesondere auch die Hirsche, welche *ita quidam mansuetos habent, ut ...* sind, was das Sachproblem der Okkupation anbetrifft, anders zu werten als die *fera animalia* im Allgemeinen, aber auch anders als die zahmen Haustiere.“ Die römischen Juristen hätten gar nicht „mit einem abstrakten, begrifflichen allgemeinen Rechtsstatus von ‚wild‘ oder ‚zahn‘“ gearbeitet. „Vielmehr erfassen die Juristen mit der Regel die Besonderheit der Fälle der *columbae, apes* etc. unmittelbar und entscheiden wegen der Besonderheit anders, ohne diese Besonderheit begrifflich einzuordnen. Die Frage, ob die *fera natura* nicht durch den *animus* oder die *consuetudo revertendi* aufgehoben wird, wird nicht durch Raisonement ausgeräumt, sondern dadurch, dass man die Beispiele für sich sprechen lässt und die Evidenz des Beispiels an die Stelle des Raisonnements tritt.“ – Vortrag und Aufsatz hatten zugleich eine literargeschichtliche Seite, indem es um eine Konfrontation des Veroneser Gaius mit Parallelüberlieferungen in den justinianischen Institutionen und in den Digesten (*Res cottidianae*) ging und um den Rang des Gaius als Klassiker. Flume zeigte sich hier auf der Höhe der überlieferungsgeschichtlichen Diskussion, man meint aber auch zu bemerken, dass nicht dieser sein Hauptinteresse galt, sondern dem juristischen Denken der Klassiker, zu denen er Gaius rechnete.

Mit „Gewohnheitsrecht und römisches Recht“ ging Flume das Thema an, zu dem Fritz Schulz 1932 vor dem Rechtshistorikertag in Jena gesprochen hatte. Schon die Fragestellung, ob die Römer ein Gewohnheitsrecht gekannt hätten, wird von Flume als anachronistisch zurückgewiesen: Übersehen werde, dass sich das römische Recht vom modernen Recht durch seine fehlende Positivierung auszeichne, und bei der Rechtsfigur des Gewohnheitsrechts gehe es gerade darum, dass eine Gewohnheit positiviert und damit dem Gesetzesrecht gleichwertig werde. Diese Positivierung sei aber für das das römische Recht, das überwiegend *in sola prudentium interpretatione consistit*, gar kein Anliegen gewesen: „Das Juristenrecht bedarf für die römischen Juristen keiner Legitimation durch eine Rechtsquelle, und ganz zweifellos gilt es nach ihrem Verständnis nicht als Gewohnheitsrecht.“ Die quellengesättigte Schrift ist ein Stück kompromisslos historisch-kritischer Rechtsgeschichtsforschung, zugleich aber auch ein Plädoyer für das Juristenrecht, das „keine andere Legitimation [hat] als die ‚innere‘ Autorität. Es kann auch keine andere haben, aber es bedarf auch keiner anderen“. So findet der Leser hier das zentrale Anliegen, das mit dem „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ verfolgt worden war, eingeschlossen in einer streng quellenorientierten romanistischen Fachstudie.

4. Irrtum und Rechtsgeschäft

Ein zentrales Arbeitsfeld Flumes wird durch die Stichworte des Titels „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ abgesteckt. Dabei geht es nicht nur um das Buch dieses Titels, das im Wesentlichen 1932 entstanden war, aber erst 1948 veröffentlicht werden konnte. (Den Anstoß zur Befassung mit dem Thema hatte eine Examensaufgabe gegeben.) Vielmehr zieht sich die Auseinandersetzung mit dem Problemfeld, in dessen Zentrum der Eigenschaftsirrtum steht, von einem Beitrag „Zum römischen Kaufrecht“ im 54. Band dieser Zeitschrift (1934), über den großen Aufsatz in der Festschrift Schulz zu „Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht“ (1951) und die Rezensionen von J.G. Wolfs Werk über den Error im römischen Vertragsrecht (TR 30; 1962) und Zilettis *Dottrina dell'errore* (TR 33; 1965) bis hinein in die entsprechenden zen-

tralen Abschnitte im „Rechtsgeschäft“, dem Klassiker, mit dem Flume sich 1965 auf Dauer in die Geschichte der deutschen Privatrechtswissenschaft einschrieb. (Mit diesem Werk war er auf Kunkels Anregung hin betraut worden.) Wie die Darstellung in diesem Lehrbuch dem gesamten modernen Irrtumsrecht gilt, so geht „Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht“ auf die Bedeutung des Irrtums im Ganzen des römischen Privatrechts ein. Die Irrtumslehre der römischen Juristen war nach Flume bezogen auf den Geschäftstatbestand. Die Juristen fragten, ob der *error* der gültigen Verwirklichung des betreffenden Rechtsakts entgegenstand oder nicht. Der Irrtum wirkte darum, weil seinetwegen der rechtliche Tatbestand, der zum gültigen Zustandekommen des Rechtsaktes erforderlich war, nicht verwirklicht wurde. Der Irrtum war also nur die Kehrseite eines Mangels am Geschäftstatbestand. Man könnte von einer negativen Irrtumslehre sprechen. Es handelte sich beim Irrtum nicht um einen außerhalb des Geschäftstatbestandes liegenden Umstand, der bei an sich verwirklichtem Vertrag ein Gegengrund wäre, der dem Vertrag seine Rechtswirkung entzogen hätte. Es ist ein unverlierbarer Erfolg der modernen Romanistik, dass diese Geschäftsbezogenheit der römischen Irrtumslehre durch Flume rekonstruiert werden konnte, war damit doch die Erkenntnis verbunden, wie grundlegend sich die römische Handhabung der Problematik von der gemeinrechtlichen und pandektistischen Irrtumslehre unterscheidet, die noch das heutige Recht bestimmt. Die Geschäftsbezogenheit der römischen Irrtumslehre konnte Flume zugleich als einen weiteren Beleg für das auf den Rechtsakt bezogene Denken der römischen Juristen ansehen.

Von Anfang an richtete sich Flumes besonderes Interesse auf den kritischen Fall des *error in materia*. In ihm verschlingt sich die Irrtumsproblematik mit dem Gebiet der Fehlerhaftung beim Kauf. Es ist das Verdienst Flumes, als den Angelpunkt, der in der geschichtlichen Entwicklung über die Lösung bestimmt hat, das Verhältnis der Kaufvereinbarung zu den realweltlichen Eigenschaften der Kaufsache zu identifizieren. Nach seiner Interpretation von D. 18,1,9,2 war jedenfalls für Ulpian die Kaufvereinbarung bereits auf die Beschaffenheit der Kaufsache gerichtet, wenngleich in der Beschränkung auf solche Eigenschaften, die das Wesen des Kaufgegenstands ausmachten. Damit war der Fall gleichsam auf eine eigene Schiene gelangt: Es ging nicht um eine Diskrepanz von Vorstellung und Vertragserklärung, sondern um eine Nichtübereinstimmung von Kaufvereinbarung und Wirklichkeit. Bei Ulpian stand diese Nichtübereinstimmung von Kaufvereinbarung und Wirklichkeit schon der Vertragsgültigkeit entgegen, so dass der Käufer an den Kauf der wesensmäßig vertragswidrigen Sache nicht gebunden war. Diesen Ansatz derart zu erweitern, dass die Kaufvereinbarung sich erstens auf alle Eigenschaften der Sache beziehen ließ und dass zweitens bei vertragswidriger Sachbeschaffenheit nicht die Vertragsunwirksamkeit, sondern vertragsgestützte Käuferrechte ausgelöst werden, dies hat in der geschichtlichen Entwicklung unendliche Mühe bereitet, und eigentlich wurde ein widerspruchsfreier Standpunkt in dieser Sache überhaupt erst mit „Eigenschaftsirrtrum und Kauf“ erreicht. Die Erkenntnis, dass es sich beim *error in materia* nicht um einen „Willensdefekt“ handelt, sondern darum, dass mit dem willensmangelfrei vereinbarten Kaufvertrag – so dieser denn die Bezugnahme auf die Sachbeschaffenheit zulässt – eine Leistung versprochen wird, die der Wirklichkeit nach nicht zu erbringen ist, und dass man dies als einen Vertragsbruch sanktionieren kann, diese Erkenntnis hat Flume in eindrucksvoller Weise für das geltende Recht verarbeitet. Sie ist zugleich der Ansatz-

punkt, von dem aus er ein ganzes Problemfeld, weit über den Fall des Sachmangels hinaus, erschlossen hat, das Problemfeld nämlich des Verhältnisses von Rechtsgeschäft und Wirklichkeit. Flumes Sichtweise auf den Fall des *error in materia* hat keinen ungeteilten Beifall gefunden. Noch heute aber kann eine Diskussion der Sachfrage an den Thesen Flumes nicht vorbeigehen. „Eigenschaftsirrtum und Kauf“, ein glänzender Vertreter der Literaturgattung monographisch traktierter Problemata, ist bereits zum Gegenstand einer Mehrzahl von jüngeren Untersuchungen geworden und wird in jeder künftigen Geschichte des deutschen Privatrechts im 20. Jahrhundert vorkommen müssen.

5. Der Haftungsumfang bei der *condictio indebiti*

1953 behandelte Flume in der Festschrift für Niedermeyer den „Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht“. Weil die *condictio* auf die Rückforderung des Gegenstandes gerichtet war, der zuvor der Gegenstand der *datio* gewesen war, habe für die *condictio indebiti* von vornherein keine spezifische Problematik eines Wegfalls der Bereicherung bestanden: Für die *condictio* war nicht zu fragen, ob das Vermögen des Empfängers in Höhe des Werts des Gegenstands der *datio* vermehrt worden war, und es war auch nicht zu fragen, ob etwaige bereicherungsmindernde Abzugsposten bestehen. Bei Wegfall des durch die *datio* erlangten Gegenstandes wurde der Schuldner der *condictio indebiti* auch nicht wegen Wegfalls der Bereicherung frei. Es griff vielmehr die allgemein für die Verpflichtungen zur Leistung bestimmter Gegenstände bestehende Regel, wonach eine Haftung des Schuldners über den Sachuntergang hinaus nur bei Verzug oder *dolus* bestand. Wenn das klassische römische Recht den Wegfall der Bereicherung in Ausnahmefällen für beachtlich gehalten hat, so habe dies nicht darauf beruht, dass für den Kondiktionschuldner ein anderer Haftungsmaßstab gegolten hätte. Es handelt sich bekanntlich um die Fälle, in denen der Empfänger der rechtsgrundlosen Leistung ein *pupillus* war, sowie um die Fälle der nichtigen Ehegattenschenkung: Hier sollte der Empfänger der Zuwendung aus der Nichtigkeit des Vertrages ersichtlich keinen Schaden erleiden. Es handelte sich um Sonderfälle, die für Flume gerade deutlich machten, dass es einen allgemeinen Grundsatz der Beschränkung der Haftung auf die verbliebene Bereicherung bei der römischen *condictio* nicht gegeben hat. Auch bei der *datio sine causa* von Geld und vertretbaren Sachen habe das römische Recht keine typisch „bereicherungsrechtliche“ Lösung gekannt, sondern es seien die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung gekommen, wie sie für diesen Leistungsgegenstand gegolten haben, und da Geld und vertretbaren Sachen nur *pondere, numero, mensura constant*, habe der Verlust individueller Stücke die Obligation nicht berühren können. Ein Wegfall oder eine Beschränkung der Haftung sei daher nicht in Frage gekommen. Die *condictio indebiti* sei – anders als die moderne Bereicherungsklage – keine am Vermögen des Empfängers orientierte Klage gewesen. Die römische *condictio* habe auf eine „Restitution“ gezielt, auf die Vornahme des Leistungsvorgangs in umgekehrter Richtung, nicht darauf, die möglicherweise sehr vielfältigen Folgen, die dieser Vorgang im Vermögen des Empfängers verursacht hat, durch Abschöpfung eines Geldbetrages zu neutralisieren. Der großangelegte Beitrag verfolgt die Entwicklung dieser Frage und zeichnet nach, wie die Verbindung der *condictio indebiti* mit dem Bereicherungsverbot schließlich im *usus modernus* zu der Vorstellung führt, dass der Konditionsanspruch nicht zu einer

Schädigung des Bereicherungsschuldners führen dürfe und daher bei Untergang des (bestimmten) Bereicherungsgegenstands zu beschränken sei. Die Untersuchung führt hin auf einen eindringlichen Neubau der modernen Be- und Entreicherungsproblematik beim gegenseitigen Vertrag.

Mit dem Umfang der Bereicherungshaftung hatte Flume an das Thema angeschlossen, das von seinem Lehrer in dessen Dissertation behandelt worden war (Die actiones in id quod pervenit und in quantum locupletior factum est, 1905). Darin war bereits herausgearbeitet, dass die sogenannte gleitende Skala eine Rechtsfigur nur mit Geltung für ganz bestimmte Klagen war. Von hier aus war es nur ein – freilich entscheidender – Schritt zu der Erkenntnis, dass es sich bei der Bereicherungshaftung gegensätzlich verhalten hat. Es ist interessant zu sehen, wie Flume hier zu markanteren Ergebnissen vordringt, *ceteris paribus* allein wegen des entschlossenen Willens, auf den größtmöglichen wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn zu zielen. Am Rande sei noch erwähnt, dass der Beitrag in der Festschrift Niedermeyer den Auftakt bildete zu einer Kette von Untersuchungen zum geltenden Bereicherungsrecht, die 2003 gesammelt als „Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung“ in Buchform erschienen. Wer noch keine Gelegenheit gehabt hat, sich einen Eindruck zu verschaffen von Flumes Art, originäre Rechtswissenschaft zu betreiben, mag zu diesem Werk greifen.

6. Flume und die Methodik der romanistischen Forschung im 20. Jahrhundert

Versuchen wir nun anzugeben, ob und wodurch sich die romanistischen Arbeiten Flumes von denen der wissenschaftlichen Äquale unterscheiden. Lässt man seine Arbeiten Revue passieren, so sticht der Wille zur Findung prägnanter Ergebnisse hervor. Es war Flume nicht genug, die einschlägigen Quellen gelehrt zusammenzustellen und über dieselben in alle Richtungen zu räsonieren. Vielmehr ging es ihm um den Nachvollzug der originären Jurisprudenz der klassischen Juristen, deren Rechtsanschauungen er in ihrer Ursprünglichkeit ermitteln wollte. Aus den Quellen suchte er solche Rechtsanschauungen herauszupräparieren, die sich den Klassikern zurechnen lassen. Wie der Wille zu prägnanter Rechtserkenntnis das ganze Werk Flumes kennzeichnet (s. unten V.), so geht es in seinen romanistischen Arbeiten um die Rekonstruktion klar abgreifbarer Rechtsanschauungen. Dieses zuversichtliche „Erkenntnisinteresse“ hat bei Flume indes nie den methodenstrengen Umgang mit den Quellen kompromittiert. Reizvolle, aber quellenfremde Spekulationen waren nicht seine Sache. Um die methodische Kernfrage des 20. Jahrhunderts, die Frage nach der Verlässlichkeit der durch die justinianische Kodifikation vermittelten Juristentexte, hat er sich nicht besonders bekümmert. Die Affinität zur originären Jurisprudenz der römischen Juristen gab ihm aber einen Standpunkt und einen Maßstab, anhand dessen er mit Urteilskraft sagen konnte: So etwas wird ein Klassiker nicht gesagt haben. Von Rekonstruktionsversuchen hielt er sich fern. Über die Wachsamkeit, die durch die Fragwürdigkeit und Lückenhaftigkeit unserer Überlieferung geboten ist, war aus seiner Sicht nicht hinauszukommen. Er riet der Romanistik, „die Nerven [zu] haben, im Stand des Zweifels zu bleiben“.

III. Lebensstationen

Für den Werdegang Flumes, dessen Vielstimmigkeit in den Lebenswelten von Universität, Unternehmensrechtspraxis und Publizistik bereits angeklungen ist, sollen hier vorrangig diejenigen Stationen angegeben werden, die den Gelehrten des römischen

Rechts betreffen: Nach Besuch des Humanistischen Gymnasium Hammonense in Hamm begann Flume in Tübingen Geschichte und Altphilologie zu studieren. Der Besuch einer Vorlesung Philipp Hecks bestimmte ihn, Rechtswissenschaft zu studieren. Im zweiten Semester wechselte er an die Universität Bonn, wo er auf Fritz Schulz traf. Ihn wählte er sich als Lehrer, und diese Wahl begründete eine nie mehr unterbrochene Verbundenheit der beiden. Noch in Bonn wurde er 1931 aufgrund der Arbeit über die Akzessorietät der römischen Bürgerschaftsstipulationen promoviert, um dann mit Fritz Schulz an die Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin zu wechseln. Dort war er schon als Student einmal für ein Semester gewesen. In Berlin entstand in äußerst kurzer Zeit eine Habilitationsschrift (Eigenschaftsirrtum und Kauf), auf deren Grundlage im Sommersemester 1933 die Habilitation erfolgen sollte. Ein beherzter Protest Flumes gegen einen von nazistischer Seite ausgerufenen Boykott jüdischer Professoren führte zum Abbruch des Verfahrens. Während seine Anstellung an der Universität auslief, absolvierte Flume den praktischen Teil der Juristenausbildung und wurde dann in Berlin Rechtsanwalt und Unternehmensjurist. So war größtmöglicher Abstand zur Unrechtsherrschaft zu halten. Glücklicherweise überlebten er und seine Familie (er war seit 1933 verheiratet) den Krieg, den er ablehnte, in den er aber durch Einziehung im August 1944 doch noch verwickelt worden war. Er war schon einige Zeit für einen westdeutschen Betrieb der Montanindustrie tätig, als sich Wolfgang Kunkel, der gerade nach Heidelberg gewechselt war, 1946 bereit erklärte, für Flume die Habilitation noch in Bonn zu beantragen, wo der romanistische Lehrstuhl nach Kunkels Weggang verwaist war. Als Habilitationsschrift diente die bereits zehn Jahre zuvor in den Niederlanden veröffentlichte Arbeit über „Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht“. Die akademische Herkunft von einem verfolgten und vertriebenen Lehrer, dem Flume stets die Treue gehalten hatte, betrachteten in der akademischen Landschaft der Nachkriegszeit viele keineswegs als Empfehlung. In einem bewegenden Brief rechnete Fritz Schulz seinem Schüler vor, welche Fakultäten unverändert von Personen bestimmt wurden, die sich in der nationalsozialistischen Zeit zum Teil auf das Übelste kompromittiert hatten. In der Tat dauerte es bis 1949, bis ihn ein Ruf auf einen romanistischen Lehrstuhl erreichte, und zwar nach Göttingen, an eine Fakultät, die sich die Lehrstuhlbesetzung anders gedacht hatte. Dem Wiedereintritt in die akademische Welt – Flume war bereits ein lebenserfahrener Jurist von 41 Jahren – folgten sogleich wesentliche Veröffentlichungen, aufgrund deren er nun in der weiteren Fachwelt wahrgenommen wurde. 1953 richtete man in Bonn einen neuen Lehrstuhl für Steuerrecht (und Bürgerliches Recht) ein, auf den sich Flume – wiederum nicht ohne gewisse Schwierigkeiten – berufen ließ. 1957, buchstäblich in der Mitte des Lebens, konnte er – endlich – auch den Bonner Lehrstuhl für Römisches Recht übernehmen, den Lehrstuhl des Lehrers, den er stets als den ihm bestimmten Lehrstuhl angesehen hat. Neben dem Institut für Steuerrecht leitete er fortan auch das Bonner Institut für Römisches Recht. Einen Ruf auf den Heidelberger romanistischen Lehrstuhl lehnte er 1959 ab. In Bonn wurde er 1976 emeritiert; auf seinem römischrechtlichen Lehrstuhl folgte ihm Rolf Knütel nach.

Für unser Thema sei festgehalten: Anfang 1933 stand Werner Flume als ein vielversprechender Romanist reinsten Wassers am Beginn einer Wirksamkeit als Lehrer vor allem des römischen, aber auch des geltenden Rechts, und er wird eine solche lebenslange Tätigkeit in der *academia* nach dem Vorbild seines Meisters sich ausgemalt und

mit der ihm eigenen Intensität gewollt haben. Es war eine Folge nur der Konfrontation mit denen, die antraten, die Universität dem Nationalsozialismus zu unterwerfen, dass sich Flumes Aktivität – mit lebenslang anhaltender Wirkung – zunächst in anderen Berufsrollen und auf weiter gesteckten Rechtsgebieten entfalten musste. Im Rückblick hat Flume bekannt, er könne für die dramatische Unterbrechung, die ihm die juristische Praxis zur zweiten Lehrmeisterin gemacht habe, nur dankbar sein. Was dabei herauskam, dass das Schicksal Flume neue Tätigkeitsfelder und Entwicklungsmöglichkeiten wies, liegt außerhalb dieses Beitrags; wohl aber muss hier davon die Rede sein, wie Flume nun gerade seine romanistisch-juristische Fähigkeit in diese Tätigkeitsfelder einbrachte:

IV. Römisches Recht und heutiges Recht

Es ist nichts Ungewöhnliches und wegen des unauflöslichen Zusammenhangs des geltenden Rechts mit seiner Entwicklungsgeschichte auch nichts Unpassendes, dass Vertreter der romanistischen Forschung zugleich im Bereich des geltenden Privatrechts arbeiten. Üblicherweise stellt sich dabei eine gewisse Anhänglichkeit an die Lösungen aus der romanistischen Tradition ein, für deren Behauptung im Streit um das heute richtige Recht der Römischemechter nicht ungern eintritt. So wird dann eine überzeitliche Rationalität (der „Ewigkeitswert“) des römischen Rechts beschworen, werden die römischen Rechtsfiguren als wiederkehrend dargestellt und so weiter. Ganz anders bei Flume. Wie Horst Heinrich Jakobs in der Bonner akademischen Gedankenkrede herausgestellt hat, war Flumes Ideal das der originären Jurisprudenz, die er bei den römischen Juristen ausgebildet fand: Es ist eine Jurisprudenz, die ihre Fähigkeit zur juristischen Entscheidung sachüberlegen spielen lässt, ohne durch das Korsett abstrakter, positiver Rechtsregeln gestützt und beschränkt zu werden. Weil für Flume die klassischen römischen Juristen mit ihrer originären Jurisprudenz das methodische Leitbild waren, ergab sich für ihn eine ganz außergewöhnliche Indifferenz gegenüber den in der Antike gefundenen Lösungen. Dem heutigen Juristen ist ja nach Flume aufgegeben, selbst originäre Jurisprudenz zu betreiben („sonst weiss ich wirklich nicht, was die Zivilisten eigentlich machen wollen“), und gerade weil er dabei zu originären Lösungen zu kommen sucht, kann er in keiner Weise auf die Lösung der Vergangenheit verpflichtet sein, mag diese auch für ihre Zeit durchaus das Richtige getroffen haben. Man könnte auch sagen, dass gerade für die originäre Jurisprudenz das historische Argument, verstanden im Sinne einer Verpflichtung auf die überkommene Lösung, am wenigsten zählt. In Flumes Werken stehen denn auch die von ihm für das Gegenwartsrecht vorgeschlagenen Lösungen in einem regelrechten Gegensatz zu den Lösungen des römischen Rechts: Die römische *condictio indebiti* war gerichtet auf die Rückleistung dessen, was zuvor Gegenstand der *datio* war – der moderne Bereicherungsanspruch wird in seinem Inhalt durch die im Empfänger vermögen ausgelöste und verbliebene Bereicherung bestimmt; was uns heute Akzessorität der Bürgschaft bedeutet, war in Rom bei keiner der Bürgschaftsformen verwirklicht; der römische Kaufkonsens enthielt an sich keinen Bezug auf beliebige Sachqualitäten des Kaufgegenstands – der moderne Kaufvertrag enthält integrale Bestimmungen zu beliebigen Sachqualitäten; das römische Rechtsdenken hatte den Rechtsakt und die *actio* als Bezugspunkte – das moderne Zivilrechtsdenken sucht das Rechtsverhältnis zu erfassen und zu bewerten. Die Liste der Beispiele ließe sich verlängern.

Aus Flumes Sicht muss der Jurist, wenn er seiner Profession gerecht werden will, nach demselben juristischen Umgang mit den Sachproblemen streben, wie man ihn bei den Klassikern beobachten kann. Insoweit war Flumes Verhältnis zur Jurisprudenz der römischen Antike entschieden anders als das derjenigen Fachkollegen, denen es um die Bewahrung oder Erneuerung des Bestandes römischrechtlicher Lösungen geht. Nicht in den konkreten juristischen Lösungen, sondern in ihrer souveränen Methode sollte man den Römern nachfolgen. Weil für Flume das Faszinosum des römischen Rechts in der originären Jurisprudenz der Klassiker bestand, war sein Interesse an der archaischen Jurisprudenz ganz gering, ebenso das an der Jurisprudenz der römischen Spätantike. Immer wieder einmal hat er auch Rechtsanschauungen der zwischen uns und der Antike liegenden Epochen – von den Glossatoren bis zur Pandektistik des 19. Jahrhunderts – konsultiert, aber als juristisch wirklich erhellend galt ihm doch nur der unmittelbare Umgang mit den Texten der römischen Klassiker; daneben ließ er eigentlich nur noch Savigny gelten. Wenn Flume sich für die Arbeit am geltenden Recht von den römischen Quellen inspirieren ließ, dann lag diese Indienststellung der antiken Rechtskultur jenseits des einfachen Imitatio-Ideals, das für ihn keine Geltung haben konnte. Der Umgang mit den römischen Klassikern, die zu deren Rechtsanschauungen sich ergebende Spannung, diente vielmehr der Aufladung der eigenen Kreativität.

Die *scientific community*, in der sich das wissenschaftliche Rechtsleben heute abspielt, steht grundsätzlichen Neuerungen wohl nicht sonderlich offen gegenüber. Es ist daher nur zu verständlich, dass die unerhörten Lösungen, die Flume in die Diskussion einbrachte, gerade weil sie Zeugnisse originärer Jurisprudenz waren, zunächst einmal als „Mindermeinung“ da standen; das „anderer Ansicht: Flume“ wurde legendär. Welcher Flumes Einfluss auf die Privatrechtsdogmatik dann tatsächlich gewesen ist, wie oft er schließlich doch glänzend bestätigt wurde, ist hier nicht zu untersuchen. An dieser Stelle sei aber dem Missverständnis entgegengetreten, die Einordnung als „Mindermeinung“ hänge damit zusammen, dass die juristischen Leistungen Flumes exzentrisch oder übersteigert gewesen seien. In Wirklichkeit zeichnen sich seine Theorien durch ein bewundernswert klassisches Maß aus. Er gab der theoretischen Rechtskenntnis das richtige Maß und die gültige Form. Julian, der Klassiker schlechthin, war sein erklärtes Vorbild, nicht etwa Celsus oder Papinian. Zum konsequenten Zuendedenken eines Problems gehörte für ihn, der *variae causarum figurae* gerecht zu werden und deutlich zu machen, wo eine Lösung ihre Grenzen findet. So nachdrücklich er seine Theorien vertrat: deren radikale Überspitzung hatte für ihn keinen Reiz, sie wurde vermieden – auch hierin spiegelt sich die Affinität zu den klassischen Juristen.

Davon, dass, wie und mit welchem Erfolg Flume im geltenden Recht als juristischer Virtuose gewirkt hat, war an dieser Stelle nicht zu handeln. Hier war nur festzuhalten, dass sich auch die juristischen Leistungen Flumes, soweit sie dem Gegenwartsrecht galten, den am Umgang mit der römischen Jurisprudenz erworbenen Überzeugungen verdanken: Noch Flumes Beiträge zum Konzern- oder Steuerrecht sind Muster dessen, was er selbst als originäre Jurisprudenz bezeichnete. Insofern ist das römische Recht in Flumes Werk nicht bloß in den eigentlichen Beiträgen zur romanistischen Forschung präsent; vielmehr hat die Art der römischen Klassiker, Jurisprudenz zu betreiben, auch für die Fülle seiner anderen Arbeiten das methodische Vorbild abgegeben. So erschien

Flume selbst als *iurisconsultus vetus redivivus*, wie er ja auch von seinem zupackenden Charakter her dem Typus des Römers näher stand als dem eines ewig wägenden, sich in einer immer weiter ziselierten Gedankenwelt verlierenden Grüblers. Damit erreichen wir die Aufgabe, versuchsweise anzugeben, was hinsichtlich seiner Person das Wesentliche war.

V. vir strenuus

Wenn man nur eine einzige Eigenschaft benennen dürfte, durch die sich Flume auszeichnete, müsste man auf seine außerordentlich gesteigerte Willenskraft verweisen: Mit zäher Selbstbeherrschung hat Flume seine hohe Begabung immer erneut strapaziert, um Bedeutendes zu leisten. In ernster, angestrenzter Bemühung schuf er ein Lebenswerk, machte er zugleich sich selbst zu einer Person aus einem Guss. *Et facere et pati fortia Romanum est*: Flume war stolz auf seine Anstrengungsfähigkeit, er suchte sie zu steigern und – als er in die Auseinandersetzung mit dem Alter eintrat – so weit als möglich zu erhalten. Es war vielleicht nur eine andere Seite seines optimistisch auf stete Wirksamkeit gerichteten Willens, dass Flume stets von der Zuversicht geleitet blieb, einem guten Schicksal zu folgen.

Alles was Flume tat, erschien als Gegenstand eines mit Überlegung gebildeten, sich in der Tat kraftvoll fortsetzenden Willens; viele seiner Eigenheiten dürften sich von diesem Befund aus verstehen lassen. Jedes einzelne Wort war daraufhin bedacht, ob es dem Gedanken den gewünschten Ausdruck gab (Flume hatte von Hause aus nicht die Gabe flüssiger Beredsamkeit); dies nicht nur in seinen wissenschaftlichen Veröffentlichungen, sondern auch in den Beiträgen für das Handelsblatt, in den üblichen Höflichkeitsbriefen und selbst auf Urlaubspostkarten. Nichts war hier bloße Konvention. Ebenso verhielt es sich im Gespräch: Noch im heftigen Disput war seine Rede prämeditiert. Was bei anderen als ungezwungene Spontanäußerung erscheinen mochte, hatte Flume auf die richtige Wirkung hin abgewogen. Nie waren seine Attacken beleidigend, aber sie konnten die Grenze zur Beleidigung mit großer Exaktheit ausreizen. Wenn ein Disput in einer Weise eskalierte, die aus seiner Sicht eine überlegte Erwiderung nicht mehr zuließ, verfiel er in Schweigen. Nichts wäre daher verkehrter als die Einschätzung, Flume sei ein unkontrollierter Desperado gewesen, eine „*loose cannon*“. Im Gegenteil: Eine so rigorose Selbstkontrolle, wie die, die Flume jederzeit über sich ausübte, habe ich kaum je erlebt. Flume war dabei kein Sauertopf; Zuversicht und guter Glauben an sich selbst erlaubten ihm, temperamentvoll „fröhliche Wissenschaft“ zu betreiben, und es war sicher so, dass Flume aus dem, was er tat und erreichte, echte Befriedigung zog. – Die Fähigkeit, sich mit aller Willenskraft entschlossen dem Kern eines bestimmten Problems zuzuwenden, dürfte auch erklären, warum keine seiner Arbeiten erkennen lässt, mit welcher Vielzahl anderweitiger Aktivitäten er in der Entstehungszeit zugleich noch befasst war. Flume hatte ein untrügliches Gespür für das Erreichbare. Auf überspannte Projekte, die man nicht verwirklichen konnte, auf Hypothesen, die anhand der Quellen nicht zu bestätigen waren, ließ er sich gar nicht erst ein. Das goethesche „Dass Du nicht enden kannst, das macht dich gross“ war nicht sein Motto. Was Flume anpackte, wollte er zu einem Ende bringen, und er brachte es zu Ende. Ob eine Sache oder eine Person Erfolg hatte, war ihm keineswegs einerlei. Auch den Erfolg anderer, soweit er auf beachtenswerter Leistung beruhte, anerkannte er mit einem sicheren Empfinden für echte Größe.

Dazu, dass er alles selbst von Grund auf durchdachte, gehörte eine gewisse Fremdheit gegenüber den Gedankengängen anderer, für die er in einer gewissen Weise geradezu unzugänglich blieb. Wohl waren ihm die wissenschaftlichen Arbeiten anderer Ausgangsmaterial, mit dem er sich auseinandersetzen konnte, um zu einer genuin flumeschen Lösung zu kommen, und er nahm sie auch gerne als den Hintergrund, vor dem sich seine eigenen Lösungen umso schärfer abheben ließen. Dabei galt für ihn durchaus „Viel Feind, viel Ehr“. Die Übernahme fremder Erkenntnisse oder der Anschluss an diese war nicht seine Stärke: Alles musste von ihm selbst durchdacht sein, damit er etwas damit anfangen konnte. Nun hat Flume seine Lösungen keineswegs *ex nihilo* geschöpft; oft kann man ähnliche Überlegungen schon im älteren Schrifttum ausmachen. So war etwa die eingangs (II. 1.) erwähnte Unterscheidung hinsichtlich der Vorstellung, was Nichtigkeit bedeutet, schon in Werken Gides, Ludwig Mitteis' oder Hägerströms angeklungen. Und eine ähnliche Vorstellung wie von dem auf den Rechtsakt bezogenen Denken hatte zuvor bereits Rudolf Gmür entwickelt (Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte, 1981). Wie anders aber nimmt sich die jeweilige Erkenntnis aus, nachdem Flume sich ihrer angenommen, sie von Grund auf entwickelt und in gültiger Form zur Darstellung gebracht hat!

Die völlige Unabhängigkeit Flumes, sein ganz eigenständiges, von jeder Konvention unbelastetes Herangehen an die Probleme, denen er sich gegenüber sah, schließt jede Einordnung Flumes in die üblichen politischen oder gesellschaftlichen Kategorien aus. Es wäre ihm nie in den Sinn gekommen, es könne zu seinen Aufgaben gehören, empfindsam die Stimmungen des Zeitgeistes oder die letzten Wissenschaftsmoden aufzufangen und maulfertig in geschliffenen Formulierungen zu verarbeiten. Flume war nicht „konservativ“, aber verantwortungslosen Brandstiftern begegnete er mit entschiedener Abscheu, und Anmaßungen und Würdelosigkeiten wusste er scharf entgegenzutreten. Die Aversion gegen den Nationalsozialismus war damit vorgegeben, noch bevor dieser seinen Lebensplan durchkreuzte; sie konnte durch die bitteren Erfahrungen mit der Unrechtsherrschaft nur noch gesteigert werden. Die nationalsozialistische Zeit blieb für ihn zeitlebens ein Gossenthema. Die aggressive Infragestellung der sogenannten Ordinarienuniversität gegen Ende der sechziger Jahre stellte ihn, der mit Fritz Schulz der Meinung war, eine Professor müsse sich an seine Studenten verschenken, vor eine buchstäblich existenzielle Herausforderung.

Flumes Wille richtete sich darauf, als Jurist der geschichtlichen Schule zu wirken, nicht mehr und nicht weniger, dies dann freilich als maßgebliche Stimme, mit der Autorität, mit der auch die römischen Juristen gewirkt haben. Er wollte nicht *philosophus potius quam iurisconsultus* sein. Er war ein Rationalist und jedem Mystizismus abhold. In demselben stolzen Sinne, in dem Mozart von sich sagte, er sei ein Musicius (und nichts sonst), ging Flume in dem von ihm gewählten Beruf auf. Wiederholt wurde ihm ein sicherer Sitz im Deutschen Bundestag angeboten; jedes Mal lehnte er ab. In erster Linie wird Werner Flume heute als Verteidiger der Privatautonomie gesehen, sozusagen als Vertreter des liberalen Standpunkts der Privatrechtswissenschaft. Das war er auch. Die vorstehenden Betrachtungen legen sogar nahe, dass hier eine tief liegende Disposition mitgespielt hat, weil eben die willentliche Gestaltung von Selbst und Umwelt einen seiner wesentlichen Charakterzüge ausmachte (wie ja

vielleicht auch in der Vorstellung von der Gestaltung der Privatrechtslage durch den „wirkenden“ Rechtsakt etwas von Flumes tatkräftigem Wesen mitschwingt). Gleichwohl wäre es ganz verfehlt, Flume auf einen „Erzliberalen“ zu reduzieren. Vor allem anderen war Flume der *virtus* verpflichtet. Beseelt von einem hohen Anspruch und geleitet von einem sicheren moralischen Kompass war es unablässig sein Anliegen, das Richtige zu tun. So wurde sein intensives Wollen von der festen Überzeugung befeuert, es sei das Richtige, wofür er Anstrengung und Streit auf sich nahm. Flume war ein unerschütterter Gerechter. Die *virtus* war ihm ein *absolutum*, das durch Zugeständnisse an pragmatischen Wirklichkeitssinn nicht zu relativieren war. *There is nothing so dangerous as the virtuos man.*

Ein Zusammentreffen von Ausnahmequalitäten, wie es in der Person Flumes zu beobachten war, kann nicht weitergegeben oder nachgeahmt werden. Flume erwartete nicht, dass seine Schüler seinem eigenen Werk etwas hinzufügen, für dessen Weiterentwicklung oder Fortleben sorgen würden. Eine Schule zu bilden, in der das *iurare in verba magistri* geboten gewesen wäre, war ihm kein Anliegen, wie er selbst zu den Werken des Lehrers, für den er eine tiefe Verehrung pflegte, kritische Distanz bewahrte. Aufs Schönste erlebte Flume – von beiden Seiten – das besondere Schüler-Lehrer-Verhältnis, dem er 1997 in der Gedächtnisschrift für seine verstorbene Schülerin Brigitte (Knobbe-)Keuk ein zeitlos gültiges Denkmal gesetzt hat. Er handelt dort von dem besonderen Lehrer-Schüler-Verhältnis, „bei dem es darum geht, wer in der Folge zu Lehre und Forschung berufen wird. So wichtig die Aufgabe der allgemeinen Ausbildung der Juristen ist und so ernst ich diese Aufgabe immer genommen habe, der eigentliche Zauber der akademischen Lehre gilt dem besonderen akademischen Lehrer-Schüler-Verhältnis, der Verbindung des Lehrers mit denen, welche die Fackel weiter zu tragen haben. Es ist ein Glück für den Schüler, auf den richtigen Lehrer zu treffen, aber ebenso ist es ein Glück für den Lehrer, die richtigen Schüler zu bekommen.“ Außer Brigitte (Knobbe-)Keuk bekam er zu Schülern Horst Heinrich Jakobs, Eduard Picker und Jan Wilhelm. Das Verhältnis zu ihnen, so sagte er am selben Ort, war geprägt „durch das ständige gemeinsame Gespräch über juristische Probleme, und mit dieser Gemeinsamkeit ging einher, dass ein jeder – Lehrer wie Schüler – mit seiner eigenen Arbeit ‚in Einsamkeit und Freiheit‘ beschäftigt war.“

Was Leo über Lachmann gesagt hat, lässt sich ebenso gut auf Flume beziehen: Ihn „denken sich viele als einen Mann mit steinernem Herzen. Wer ihn nur aus seinen Schriften kennt, mag wohl zu einem solchen Eindruck gelangen; denn sie sind wie aus Eisen geschmiedet und lassen, wenn einmal der Mensch aus ihnen spricht, keinen anderen Ton als den der höchsten Anforderung an sich und andere, der schroffen Verwerfung sittlicher Schwachheit vernehmen“. Groß und echt und Ausdruck seiner *virtus* war indes Flumes Teilnahme an den Lebensschicksalen, die sich um ihn herum abspielten. Mit der ihm eigenen Tatkraft konnte er eingreifen, um im Leben anderer die Dinge zum Besseren zu wenden. Er, der so angestrengt an sich und seinem Werk arbeitete, war wirklicher *amicitia* fähig: Mit der Unterschiedenheit, die ihn ausmachte, war er auch Freund. Seiner Ehefrau hielt er unverbrüchlich die Treue, und als sie, *consors vitae ac laboris*, durch pausenlose Pflege noch erhalten, aber nicht mehr geistig erreicht werden konnte, leistete und besorgte er – selbst schon betagt – während vieler langer Jahre das Nötige, um sie bis zuletzt bei sich zu haben. In der Tat zeigte er, was *fides* bedeutet.

VI. Flume fuit

„Nur aus der Verbindung eines Charakters mit einem Talente geht das hervor, was man Genie nennt“ (Grillparzer): Aufgrund einer seltenen Verbindung von schier unfassbarer Lebensenergie, hoher Begabung und charaktervoller Willensstärke machte sich Flume zu einer Persönlichkeit von außerordentlichem Rang. Er selbst war sich dieses Ranges bewusst, ja es war ihm dieser Rang durchaus Gegenstand eigenen Bemühens. Bei allem was er tat, prüfte er, ob es mit seinem Rang vereinbar war. Auf ihn kann man übertragen, was Dionysius den frühen Römern attestiert hat: „Er dachte gross von sich und durfte daher nichts den Vorgängern Unwürdiges tun.“ Der Gedanke, die Bedeutung, die ein Einzelner in der Geschichte des Fachs hat, könne an den äußeren Ehrungen abgelesen werden, kam für Flume nicht in Frage, doch waren ihm äußere Ehrungen keineswegs gleichgültig, zeigten sie doch, dass andere seinen Rang anerkannten. So seien auch hier die wesentlichen Ehrungen registriert, die ihm zuteil geworden sind: Mitgliedschaft in den Akademien zu Göttingen und Düsseldorf; korrespondierendes Mitglied der Bayerischen Akademie der Wissenschaften; Fellow der British Academy; Dr. iur. h.c. (Regensburg); Festschriften erschienen zum 70. und 90. Geburtstag, zum 80. Geburtstag wurden „Gesammelte Schriften“ in zwei Bänden herausgegeben, zum 100. Geburtstag ehrte ihn die Bonner Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät mit einem Symposium (s. AcP 209, 2009, 141–211).

Magister cecidit, de quo si quicquam dicere dignum moliar, hoc potero dicere: „Flume fuit“.

Zürich

Wolfgang Ernst