

Theo Mayer-Maly +

I. Im Morgengrauen des 6. Dezember 2007 ist Theo Mayer-Maly in seinem 77. Lebensjahr gestorben. Am Tag zuvor war er ins Krankenhaus gebracht worden, und als ich ihn besuchte, war er schwach, aber wie meist doch zu kleinen Scherzen aufgelegt. Auch der Arzt hatte ihm Hoffnung auf Besserung gemacht. Gegen Abend wünschte ich ihm eine gute Nacht und versprach, am anderen Tag wiederzukommen. Daraus wurde nichts mehr. Viel zu früh haben wir einen guten Freund und großen Gelehrten verloren.

Mayer-Maly war einer der bedeutendsten Rechtsgelehrten des 20. Jahrhundert. Wie nur wenige hat er die Rechtswissenschaft der Gegenwart geprägt und weit über die Grenzen Österreichs hinaus gewirkt. Er war einer der letzten großen Generalisten des Rechts, ein universeller Wissenschaftler, für die österreichische Rechtswissenschaft mit ihren traditionell schmalen Venien ganz untypisch. Wolfgang Zöllner¹ hat ihn einen Polyhistor genannt und Reinhard Richardi² den „vielseitigsten Juristen der Gegenwart.“ Der breite Fächer seines Werkes reichte von der Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie bis zum Bürgerlichen Recht, Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Diese Breite der Forschung ermöglichten ihm ein phänomenales Gedächtnis und eine enorme Schaffenskraft. Mich hat er einmal aufgefordert, wieder mehr im Römischen Recht zu arbeiten, es sei das Fach, das letztlich allein wichtig und von Dauer sei und außerdem am meisten Freude mache. Mayer-Maly war der einzige, der im geltenden Recht in seiner ganzen Breite gearbeitet hat und gleichmäßig auch in den drei Teildisziplinen der Rechtsgeschichte. Andreas Wacke hat dies auf den Punkt gebracht: „Im Unterschied zu anderen, von der Romanistik zum geltenden Recht abgewanderten Gelehrten ist sein Interesse für das Römische Recht nie erloschen. Die Spannweite seines wissenschaftlichen Œuvres ist unübertroffen. Es reicht von den Zwölftafeln bis zu Rechtsfragen der Atomwirtschaft oder der Präsenz von Kruzifixen in Schulklassen. Auf den Gebieten des Römischen Rechts einschließlich der Rechtsgeschichte, des Zivilrechts, des Arbeitsrechts und der Rechtsphilosophie schuf er persönlich jeweils so viel, wie ein Spezialist einer solchen Disziplin im Durchschnitt allein zu bewältigen vermag. Seine unzähligen Festschriftbeiträge veranschaulichen zudem, mit wie vielen zeitgenössischen Kollegen er sich persönlich verbunden fühlte.“ Man kann dem nur zustimmen. Mayer-Maly hat über die Kölner Gaffelverfassung von 1396 ebenso kenntnisreich geschrieben wie über Fragen der Raumordnung und der Bauwirtschaft, über Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung, über Fortpflanzungsmedizin und

¹ NJW 2008, 815 f. _Einen Nachruf in JZ 2008, 408 f. hat SCHERMAIER verfasst.

² NJW 2001, 2384.

Embryonenschutz, über Ausschreibung und Submission, Kartellrecht und Unlauterer Wettbewerb. Alle diese Themenbereiche gehörten freilich nicht zu seinen Hauptfächern. Seine zentralen Arbeitsgebiete waren: Römisches Recht und Privatrechtsgeschichte, Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht. Sucht man nach einem vergleichbaren juristischen Universalgenie so wird man am ehesten an Josef Kohler erinnert, der neben dem damals neuen Immaterialgüterrecht vor allem ethnische Rechtsstudien angestellt hat. Mayer-Maly hatte über ihn den Spottvers parat: Das Recht der Azteken und der Tiroler bleibt verschont vom Josef Kohler.

II. Theodor Wolfgang Joachim Mayer-Maly wurde am 16. August 1931 in Wien geboren. Sein Vater war damals Richter, seine Mutter eine bekannte österreichische Schwimmerin. Sein Vater war zur Hälfte jüdischer, zur Hälfte mährischer Abstammung, seine Mutter Oberösterreicherin. Nicht ohne Stolz hat er in seiner meisterhaften Autobiographie³ die teilweise jüdische Herkunft betont. In einer Fußnote dazu schreibt er, dass man mit dem Begriff Jude vorsichtig umgehen muss, und dass nach korrekter Auffassung Jude nur ist, wer von einer jüdischen Mutter geboren und mosaischen Glaubens ist. Beide Voraussetzungen trafen auf ihn nicht zu. Er hat jedoch angemerkt, dass er es für aussichtsreich halte, einen kulturellen Judenbegriff zu entwickeln und damit seiner Inklinaton zum Judentum zum Ausdruck gegeben.

Die Volksschule besuchte Mayer-Maly in Krems und Wien, die Mittelschule in Wien. Während des Krieges erhielt er Privatunterricht und machte als Externist die Prüfungen an der Oberschule in der Schottenbastei. Einer seiner Privatlehrer war der von den Nazis suspendierte Zivilrechtslehrer Karl Wolff. Nach dem Krieg besuchte er das Realgymnasium in der Stubenbastei. Deutsch, Geschichte und Latein waren – wie konnte es anders sein – seine Lieblingsfächer.

Zunächst wollte er Journalist, Regisseur oder gar Schauspieler werden. Unter Zuziehung von Karl Wolff und Ernst Helbling brachte in sein Vater dazu, auch Jus in Erwägung zu ziehen. Zu diesem Zweck gab ihm Karl Wolff einige Standardwerke für den ersten Studienabschnitt, die Institutionen von Czychlarz, die Rechtsgeschichte von Brunner und das Kirchenrecht von Groß/Schüller. Diese Lektüre während der Sommerferien gab den Ausschlag für das Jura-Studium und bildete die Grundlage für das lebendige Interesse, das Mayer-Maly den rechtshistorischen Fächern ein Leben lang entgegen gebracht hat. Der Czychlarz war in Österreich nicht nur ein Institutionen-Lehrbuch, sondern eine Institution, welche die Funktion eines zivilrechtlichen Propädeutikums hervorragend erfüllte und Generationen von Jurastudenten den

³ In: Österreichische Rechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. hrsg. v. C. Jabloner und H. Mayer, Springer-Verlag, Wien 2003, 121-139.

Einstieg in die schwierige und zunächst fremde Welt des Zivilrechts erleichtert hat. Er war, wenn man so will, auch ein Stück österreichische Kultur. Mayer-Maly hat dann mit großem Elan und Erfolg den ersten Studienabschnitt bewältigt und bereits 1950 die rechtshistorische Staatprüfung mit Auszeichnung abgelegt, so wie später alle anderen Prüfungen auch. Schon als Student hat er nicht nur im Römischen Recht, sondern auch in der deutschen Rechtsgeschichte und in der Kanonistik geforscht. Eine Digestenexegese⁴ und ein Artikel über Kollusion im Zivilprozess, die beide in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung⁵ abgedruckt wurden, waren quasi die Vorboten einer kolossalen wissenschaftlichen Produktivität. In den Jahren 1954 und 1955 folgten bereits 20 weitere Publikationen. Als 20-jähriger Student hat er im Rahmen eines Preisausschreibens der Arbeiterkammer ein System des kollektiven Arbeitsrechts verfasst und auf Anhieb den ersten Preis gewonnen.⁶ Teile dieser Arbeit wurde 1952 und 1953 in der deutschen Zeitschrift RdA publiziert, sie haben noch etwas sperrige Titel wie „Das Günstigkeitsprinzip im Kollektivvertragskollisionsrecht“ und „Die Kollektivvertragsangehörigkeit.“⁷ Später entwarf Mayer-Maly im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales ein Arbeitsvertragsgesetz, das nicht Gesetz wurde, weil die Politik damals noch nicht bereit war, die herkömmliche Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten aufzugeben. Am Ende des Studiums hat Mayer-Maly als erster Jurist nach dem Krieg *sub auspiciis praesidentis rei publicae* promoviert. Seine in Anwesenheit von Präsident Körner und Kardinal Innitzer gehaltene Promotionsrede, hatte Freiheit und Recht in der Geschichte zum Thema. Man kann sie in der ZÖR⁸ nachlesen.

Seine Lehrer waren Hans Kreller, Hans Planitz und Willibald Plöchl. Im Hinblick auf seinen Lehrer Kreller hat er sich selbst als Enkelschüler von Mitteis bezeichnet. Aus der Mittelschule ist mit Ernst Rabel einer der bedeutendsten Romanisten und Zivilrechtler des 20. Jahrhunderts hervorgegangen.

Seiner enzyklopädischen Neigung folgend plante Mayer-Maly eine die Fächer die Römische und deutsche Rechtsgeschichte übergreifende Habilitationsschrift. Die Fakultät hat dies als zu schwierig und umfangreich abgelehnt. So habilitierte er sich in kürzester Zeit mit einer Arbeit über die *locatio conductio*, die Max Kaser angeregt hatte. Seine berufliche Karriere begann er bei der Arbeiterkammer, wo er zunächst der Bau- und Holzarbeitergewerkschaft als Sekretär zugeteilt wurde. Von seiner Zeit bei der Bau- und Holzarbeitergesellschaft erzähl-

⁴ Von Dig. 10,2,29.

⁵ SavZ Rom. Abt. 71 (1954) 242 ff.; 72 (1955) 347 ff.

⁶ MAYER-MALY, Autobiographie 121 ff.

⁷ DRdA 1952, 13 ff.; 1953 19 ff.

⁸ ZÖR 1958/59 151 ff.

te Mayer-Maly in der lebendigsten Weise und hatte auch kleinste Details präsent. Hätte er nochmals die Chance, wäre das sein Beruf, sagte er einmal, und fügte hinzu: aber nur für Arbeiter, nicht für Angestellte. Es war ihm ja nicht gelungen, die Unterscheidung abzuschaffen. Sein Denken war der Tradition verpflichtet, sein Herz aber schlug links. Auch zum Kommunismus hatte er keine Berührungspunkte. So stand er in regem Briefkontakt und wissenschaftlichem Austausch mit Hermann Klenner, dem marxistischen Rechtstheoretiker. Seiner Position wird man mit dem Stichwort Linkskatholizismus allerdings kaum gerecht, weil er auch ein Liberaler im echten Sinn des Wortes war.

Das wichtigste Ereignis im privaten Bereich war die Heirat mit Frau Dr. Dorothea Schwarz im Jahre 1956. Dorli Mayer-Maly war damals an der Universität Wien Assistentin bei Verdross und Merkel. Sie hat ihre eigenen wissenschaftlichen Ambitionen weitgehend zurückgestellt und ihren Mann ein Leben lang auch im Beruf aufopfernd unterstützt. Aus der Ehe sind die Töchter Rita (1956) und Elisabeth (1963) hervorgegangen. Theo durfte auch noch das Glück erleben, vier prächtige Enkel heranwachsen zu sehen.

Im Jahr darauf erfüllte sich auch der wichtigste Wunsch im beruflichen Bereich. Mayer-Maly, gerade 26 Jahre alt, erhielt 1957 eine erste Professur an der Universität Graz. In Graz gewann er mit Franz Bydlinki und Gunther Wesener zwei Freunde fürs Leben. In seinen Erinnerungen schreibt Mayer-Maly zu der kurzen Grazer Zeit: „Die erste Professur, an die man gelangt, ist zumeist auch die schönste. Ich war nur wenig älter als meine Studenten.“ Das kameradschaftliche Verhältnis zu den Studenten hat sich Mayer-Maly das ganze Leben bis ins Alter bewahrt. Er hat sie nicht nur in brillanten Vorlesungen gefördert, die er, von einigen Stichpunkten und Zitaten abgesehen, ganz ohne Unterlagen zu halten pflegte, sondern sich auch sonst stets fürsorglich um sie gekümmert. Seine Vorlesungen waren nicht nur wegen seiner Witze und amüsanten Anekdoten gut besucht. Er war ein fairer Prüfer und gab, wo möglich, immer gute Noten.

Wie kaum ein anderer hat sich Mayer-Maly um die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses verdient gemacht. Das Seminar zum Römischen Recht, das er (zusammen mit Kaser, Waldstein, Hackl und mir und später mit Michael Rainer und Peter Mader) 30 Jahre lang abhielt, war eine Stätte der Begegnung und des wissenschaftlichen Austausches für Studenten und Nachwuchswissenschaftler aus dem In- und Ausland. Zu seinen Schülern im engeren Sinn zählen Herbert Hausmaninger, Fritz Raber, Erwin Migsch und Georg Graf. Bis zu einem gewissen Grade lässt sich auch Ernst Kramer dazu rechnen. Er hat zahllose Habilitationen betreut oder mitbetreut, darunter die von Rolf Ostheim, Zoltan Végh, Karl Hackl, Johannes

Pichler, Laurens Winkel, Martin Schermaier und Gabriela Eisenring sowie die der Schweizer Kollegen Peter Huwiler, Peter Nobel und Alfons Bürge. Oft ist er eingesprungen, wenn andere sich nicht um ihre Schüler kümmerten oder von ihnen distanzierten. Was er nicht konnte, war Arbeiten inhaltlich oder stilistisch verbessern. Er beschränkte sich, wie er etwas untertreibend meinte, auf das Korrigieren von Beistrichen. Einmal las ich in einer Arbeit, die er korrigiert hatte, neben einem holprigen Satz die Glosse „Goethe lesen!“. Bei ihm schrieb sich – wie er zu sagen pflegte – alles von selbst, deshalb wusste er nicht, wie man das lehrt oder lernt *gut schreiben*. Es schien ganz so, wie Jhering in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz von sich behauptet hat, dass er sich nach zwei Zügen an seiner Havanna nach dem Essen auf dem Kanapee auf das Forum Romanum begeben und mit dem römischen Prätor unterhalten konnte.

Sein weiterer Weg führte ihn über Wien (1959 -1962) nach Köln, (1962 - 1966), wo er sich unter den deutschen Kollegen sehr wohl gefühlt und mit Hans Carl Nipperdey, Ernst Seidl u.a. Freundschaften geschlossen hat. Das kollegiale und liberale Klima der Kölner Fakultät hat ihn inspiriert und er knüpfte zahlreiche Kontakte auch über die Fakultätsgrenzen hinaus. Die Arbeitsbedingungen waren gut und so schrieb er eine Reihe bedeutender Artikel und förderte insbesondere das deutsche Arbeitsrecht maßgeblich. In Köln hat er auch Skat gelernt, das er gern gespielt hat, neben dem anspruchsvolleren und geradezu mit Leidenschaft und professionell betriebenen Bridge, das er nicht als Spiel bezeichnete, sondern als Sport und wo er es bis in die österreichische Nationalmannschaft und einmal sogar bis zum Bayerischen Meister gebracht hat.

Obwohl es Mayer-Maly in Köln gut gefiel, zog es ihn doch in die Heimat zurück und so nahm er 1966 einen Ruf an die damals wiedererrichtete Juristische Fakultät in Salzburg an. Salzburg bot die Möglichkeit, ein Institut für juristische Dogmengeschichte und allgemeine Privatrechtsdogmatik aufzubauen, wie es seinen Interessen und seinen Arbeitsgebieten entsprach. Hierbei unterstützte ihn seine langjährige Assistentin Frau Dr. Grete Beck-Mannagetta. Mit dem Institut und den dort abgehaltenen Seminaren schuf er ein Zentrum für fortgeschrittene Studien zum Römischen Recht. In Salzburg blieb er bis zu seiner Emeritierung. In der Folge erhielt er noch Rufe nach Graz, München und Wien, die er nicht angenommen hat. Er war Gastprofessor in Fribourg und Rotterdam. Es wurden ihm Ehrendoktoren der Universitäten Bern, Fribourg und Graz verliehen. Seit 1979 war Mayer-Maly korrespondierendes, seit 1983 wirkliches Mitglied der Österreichischen Akademie der Wissenschaften in Wien. Er wurde in das Direktorium der Päpstlichen Akademie für das Leben in Rom berufen und war Träger des

österreichischen Ehrenzeichens für Wissenschaft und Kunst sowie des Ehrenringes der Görres-Gesellschaft, um nur das Wichtigste zu nennen.

In Salzburg verbrachte er den größten Teil seines Berufslebens. In der Fakultät war er der unangefochtene Doyen, verehrt und bewundert. Um so mehr hat es ihn betroffen gemacht, dass die Fakultät, dem Zeitgeist folgend, gleich zweimal Lehrstühle seiner geliebten Fächer, Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte, in Professuren für Europarecht umgewandelt hat. Er beklagte das abnehmende Interesse an Geschichte und Philosophie und den generellen Bildungsverlust, von dem, wie er sagte, auch die Hochschullehrer befallen seien. Nach seiner Emeritierung war er fünf Jahre Gastprofessor in Innsbruck, wo sich in seiner Vorlesung über Rechtsphilosophie alsbald eine Schar interessierter Studenten um ihn versammelte und wo er in Heinz Barta und Peter Goller neue Freunde fand.

III. Sein ungeheures Werk, bestehend aus 35 Monographien, Lehrbüchern und Kommentaren und zahllosen Artikeln, ist eine Leistung, die um so bewundernswerter ist, als sie einer nicht geringen Genuss- und Lebensfreude abgerungen wurde. In den legendären Skiseminaren in Hintermoos, Obergurgl und Sankt Christoph sind wir tagsüber Ski gefahren und diskutierten abends im Seminar; dann wurde gefeiert. Wenn die Truppe erschöpft ins Bett fiel, schrieb Mayer-Maly mal eben noch eine Rezension.

Es sind Meinungsverschiedenheiten darüber entstanden wie viele Monographien und Aufsätze es tatsächlich sind, die Mayer-Maly uns hinterlassen hat. Ein Artikel in Salzburgwiki, einer offenen Internetplattform für Informationen mit Salzburgbezug zählt 20 Bücher und 850 Aufsätze.⁹ Bydlinski¹⁰ ist aufgefallen, dass das nicht stimmen kann, denn Mayer-Maly selbst nennt in seiner Autobiographie 35 Bücher. Zum Glück existiert ein verlässliches Schriftenverzeichnis, das Dorli Mayer-Maly geführt hat. Es zählt 577 Aufsätze, 319 Rezensionen, 15 Nachrufe und eine Auswahl von 286 Entscheidungsrezensionen, überwiegend zum Arbeitsrecht. Zählt man alles zusammen sind das rund 1200 Artikel. Es liegt auf der Hand, dass es unmöglich ist, ein so gewaltiges Œuvre im Rahmen eines Nachrufs auch nur annähernd zu würdigen. Ich greife daher nur einiges Wenige heraus.

Mayer-Malys Rechtswissenschaft, die in fünf Auflagen erschienen ist, vermittelt die Grundbegriffe in luzider Klarheit und genialer Einfachheit und sie ist voll von Geschichten und Anekdoten aus dem reichen Fundus des Polyhistor. Eine davon handelt von der schönen Novella, der Tochter des Rechtsgelehrten Johannes Andreae, der im 14. Jahrhundert in Bologna

⁹ http://www.salzburg.com/wiki/index.php/Theo_Mayer-Maly zuletzt gesehen am 15. 11.2008.

¹⁰ In seinem Nachruf im Bericht der Akademie der Wissenschaften Wien (2008) 559 ff.

lehrte. Sie vertrat ihren Vater in Vorlesungen.¹¹ Wegen ihrer auffallenden Schönheit musste sie versteckt hinter einem Vorhang vortragen, damit die Studenten nicht durch ihre Schönheit abgelenkt würden. Solche Geschichten gefielen ihm.

Mayer-Maly befasste sich eingehend mit Methodenfragen. Den Wiener Positivismus hat er alsbald abgelegt. Nicht so eindeutig war die Distanzierung von der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens und der von Adolf Julius Merkel weiter entwickelte Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung. Das bestechende an ihr war die klare Trennung von Sein und Sollen, von Recht und Politik. Das war gerade die schwierige Frage gegenüber naturrechtlichen Positionen, wie denn aus einem Sein ein Sollen folgen könne. Seine Definition des Rechts macht gleichwohl den Abstand zu Kelsen¹² deutlich: Danach ist Recht „eine im Großen und Ganzen wirksame, Richtigkeit anstrebende Ordnung menschlichen Verhaltens, die einem ethischen Minimum genügt“. Im Vorwort zu seiner Rechtsphilosophie¹³ schreibt er zur Kontroverse Naturrecht und Positivismus, das Buch halte sich von positivistischen Theoriebildungen ebenso frei wie von jedwedem naturrechtlichem Credo, obwohl der Verfasser eher den Naturrechtlern zuzuordnen sei. Mayer-Maly hat sich auch mit der Frage beschäftigt, ob die Jurisprudenz eine Wissenschaft ist. Er meinte im Scherz, man könne sich die Antwort leicht machen, weil alles Wissenschaft sei, was an einer der klassischen vier Fakultäten seit dem Mittelalter gelehrt wurde. Im Ernst war es ihm ein wichtiges Anliegen, den Wissenschaftscharakter der Rechtsdogmatik auch jenseits der Reinen Rechtslehre zu begründen. „Rechtsdogmatik hat vor allem die Aufgabe, die Sätze des geltenden Rechts als Teil einer Ordnung verständlich zu machen, also den Begründungszusammenhang von Rechtsgedanken aufzudecken, von denen eine Rechtsordnung getragen wird.“¹⁴ Weiter hat er sich für Wilburgs Bewegliches System interessiert: „Walter Wilburg öffnete mir neue Dimensionen des zivilistischen Denkens. Er trieb alle Restbestände meines Wiener Positivismus aus mir aus und führte mich in die Zaubervwelt des beweglichen Systemdenkens.“¹⁵ Mayer-Maly hat an Hand einer Typologie der Sittenwidrigkeit¹⁶ die Fruchtbarkeit dieses methodischen Systemansatzes gezeigt.

¹¹ S. MAYER-MALY, Einführung in die Rechtswissenschaft (1993) 102 f. Die Geschichte wird auch erzählt in Karl Ferdinand Hommels Studie *De foeminis iuris notitia imbutis* abgedruckt bei KNÜTEL/MALMENDIER, Frauenforschung im 18. Jahrhundert: Karl Ferdinand Hommels Studie *De foeminis iuris notitia imbutis* – Über juristisch gebildete Frauen, in: W. Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, (1997) 861ff., 871 ff.

¹² Der Hinweis auf das ethische Minimum und das Anstreben von Richtigkeit fehlen natürlich bei KELSEN, wo die Reine Rechtslehre entsprechend nur das formal richtige Zustandekommen und der Charakter der Zwangsordnung betont wird, vgl. Reine Rechtslehre (2. Aufl. 1960/1976) 55.

¹³ Rechtsphilosophie (2001) 2.

¹⁴ Rechtswissenschaft (2. Aufl. 1981) 8.

¹⁵ Autobiographie 129.

¹⁶ Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in: F. Bydlinski, H. Krejci, B. Schilcher, V. Steininger (Hsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 117 ff.

Die Lehrbücher zum Arbeitsrecht, zum Privatrecht und zum Römischen Privatrecht sind Standardwerke geworden. Er hat an Kommentaren zum Bürgerlichen Recht in allen deutschsprachigen Ländern mitgewirkt: Im Klang kommentierte er zusammen mit Bydlinki das Kaufrecht, im Staudinger die Leistungsbestimmung durch Dritte und das Vorkaufsrecht, im Münchner Kommentar zum BGB die Sittenwidrigkeit, im Basler Kommentar zum ZGB die berühmten Einführungs- und Methodenartikel von Eugen Huber. Sein arbeitsrechtliches Oeuvre¹⁷ hat Wolfgang Zöllner¹⁸ aus Anlass seines 70. Geburtstags eingehend gewürdigt. Seine wissenschaftliche Passion galt, wie gesagt, dem Römischen Recht. In der Neuauflage von Jörs/Kunkels Römischen Recht, hat er das Sachenrecht bearbeitet. Seine Habilitationsschrift war der *locatio-conductio* (1956) gewidmet. Über diese Arbeit sagte er später: „Das Buch war leider nicht gut. Es enthielt zu viele gewagte Interpolationsvermutungen.“¹⁹ Richtig ist, dass damals die Interpolationenkritik noch Konjunktur hatte. Richtig bleibt aber auch, dass es sich um eine profunde Gesamtschau der drei Vertragstypen handelt, die bereits den Sinn für soziale Phänomene und das spätere Interesse am geltenden Arbeitsrecht zeigt. Ein anderes frühes Werk behandelt das Problem des Putativtitels bei der *usucapio* (1962). Dabei geht es um die aus den Quellen nicht klar zu beantwortende Frage, ob die Ersitzung stets einen gültigen Titel benötigt oder ob es genügt, wenn der Ersitzungsbesitzer bloß gutgläubig annimmt, er habe einen Titel. Die Antwort fiel differenziert aus: Einmal war die Frage unter den Klassikern kontrovers. Zum anderen wurde nach den verschiedenen Titeln unterschieden. Beim Kauf musste eine *vera causa* vorliegen. Auch hier gab es indes Ausnahmen, wie den gutgläubigen Erwerb vom *furiosus* oder *pupillus*.²⁰ Fälle, in denen wir heute den gutgläubigen Erwerb strikt ablehnen. Keine wirksame Obligation war hingegen bei dem abstrakten Ersitzungstitel *pro soluto* notwendig.

Mayer-Maly verfasste zahlreiche Artikel in romanistischen Zeitschriften, insbesondere in der Zeitschrift der Savigy-Stiftung, die er jahrzehntelang als Herausgeber des Aufsatzteils betreut hat. Er war auch in allen anderen europäischen Zeitschriften für Römisches Recht und Rechtsgeschichte stets präsent. Daneben hinterlässt er uns viele wichtige Artikel in Pauly's Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaften und anderen Lexika.

¹⁷ Zum Teil veröffentlicht in MAYER-MALY, *Ausgewählte Schriften zum Arbeitsrecht* (1991).

¹⁸ ZfA 2001, 283 ff.

¹⁹ Autobiographie 127.

²⁰ Paulus D 41,42,16; 41,42,15.

Ein Lieblingsthema von Mayer-Maly war schließlich der Schatzfund.²¹ Hadrian fälltte das salomonische Urteil, ihn je zur Hälfte dem Finder und dem Grundstückeigentümer zu geben, eine Lösung, die sich so oder ähnlich noch heute in den meisten europäischen Kodifikationen findet. Der Wanderprediger Apollonius nannte dies eine Entscheidung, die jedes alte Weib fällen könne. Mayer-Maly hat anhand des Gleichnisses des Matthäus Evangeliums vom Himmel und vom Schatz im Acker gezeigt, dass der Schatz im jüdischen Recht wohl allein dem Grundstückseigentümer gehört hatte. Die Stelle bei Matthäus (13, 44) lautet: „Mit dem Himmelreich ist es wie mit einem Schatz, der in einem Acker vergraben war. Ein Mann entdeckte ihn, grub ihn aber wieder ein. Und in seiner Freude verkaufte er alles was er besaß und kaufte den Acker“. Er tat dies wohl, um den Schatz für sich allein zu haben²². Der Sinn des Gleichnisses ist freilich ein anderer: Wir sollen auf Erden einen Platz im Himmel erwerben. Die Geschichte ist allerdings ethisch fragwürdig, weil der Eigentümer den Acker nicht verkauft hätte, wenn er von dem Schatz gewusst hätte. Noch heute ist ungeklärt, ob das Verschweigen in solchen Fällen arglistig ist.²³

Er war auch ein Meister der Digestenexegese. Eine wunderbare Skizze ist der in englischer Sprache verfasste Artikel Rutilias Lake²⁴. Rutilia Polla hatte eine Bucht am Sabatener See gekauft und dazu einen Uferstreifen von 10 Fuss. Der Vulkansee wird von unterirdischen Quellen gespeist, weshalb sich der Wasserspiegel immer wieder verändert hat. So verschwand auch vor 2000 Jahren der Uferstreifen der Rutilia im Wasser, und die Frage war, ob sie vom Verkäufer weiteres Land verlangen konnte, um ihre Fischerboote und Netze dort zu lagern. In den Digesten hat der See den Beinamen angularius und man nahm an, dass dies von angulus kommt und soviel heißt wie Bucht oder Seewinkel. Mayer-Maly hatte die Idee, es mit anguilla (Aal) in Verbindung zu bringen und fand eine Bestätigung dafür in der Glosse. Man findet den Ort noch heute: Es ist der Lago di Bracciano mit dem Städtchen Anguillara Sabazia und es gibt im See auch Aale.

Herausragende Wissenschaft, wie Mayer-Maly sie betrieb, hat Leuchtturmcharakter, Etliche seiner Arbeiten waren bahnbrechend und für die spätere Forschung richtungsweisend, wie

²¹ MAYER-MALY, Der Schatzfund in Justinians Institutionen, in: Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas (1983) 109 ff.; Aus den rechtshistorischen Grundlagen der Regelung des Schatzfundes im österreichischen Privatrecht, in: FS N. Grass (1986) 317 ff.; Schatz, in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtswissenschaft (1988) 1360 ff.; Der Schatz im Neuen Testament und in Goethes Faust, FS U. v. Lübtow (1991) 129 ff.; Komponenten der Regelung des Schatzfundes im Schwabenspiegel, FS H. Lange (1992) 185 ff.; Die Definition des Schatzes, FS Bruno Huwiler (2007) 439 f.; zuletzt findet sich das Thema in seiner rechtsgeschichtlichen Bibelkunde 45 ff.

²² S. zu der Geschichte auch KNÜTEL, 'Der Schatz im Acker' und 'die bösen Weingärtner' - Bibelgleichnisse im Lichte zeitgenössischer Rechtsanschauungen, JuS 1986, 950 ff.

²³ Vgl. dazu HONSELL, Arglistiges Verschweigen in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, FS Gauch (2004) 101 ff.

²⁴ Israel Law Review 29 (1995) 151 ff.

etwa die viel beachteten Werke über Rechtskenntnis und Gesetzesflut (1969),²⁵ über den Rechtsirrtum,²⁶ über das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit (1971), über boni mores,²⁷ über die Wiederkehr von Rechtsfiguren²⁸, über die guten Sitten, über Evidenz, die Natur der Sache oder über Gewissen²⁹ und Gewissensfreiheit,³⁰ um nur einige wenige zu nennen. Er hat diese Themen in Geschichte und Moderne gleichermaßen behandelt und aus dem historischen Ansatz Erkenntnisse für das geltende Recht gezogen.

Der Satz *error iuris nocet* und seine Ausnahmen sowie die *Maxime ius civile vigilantibus scriptum*³¹ haben ihn mehrfach beschäftigt. In der kleinen aber grundlegenden Schrift „Rechtskenntnis und Gesetzesflut“ (1969) hat er die schon damals überbordende Gesetzgebung kritisiert, durch die der Satz *error iuris nocet ad absurdum* geführt wurde. Das Buch beginnt mit dem berühmten Satz aus der Utopia des Thomas Morus: *Leges habent perquam paucas ...* Der Idealstaat hat ganz wenige Gesetze. Unter den heutigen Bedingungen mit hunderttausenden Gesetzen ist die Forderung, die Bürger müssten die Gesetze kennen, eine reine Fiktion. Mayer-Maly's Kritik war immerhin im Strafrecht erfolgreich, wo der alte § 3 (Unkenntnis schützt vor Strafe nicht) durch eine differenzierte Regelung des Rechtsirrtums in § 9 StGB 1974 ersetzt wurde. Danach ist der Rechtsirrtum nur vorwerfbar, wenn das Unrecht *leicht erkennbar* ist. Damit hatte sich das von Mayer-Maly in die Diskussion eingebrachte Evidenzkriterium durchgesetzt.³² § 2 ABGB hingegen ist bis heute unverändert und verlangt Rechtskenntnis, sobald das Gesetz „gehörig kundgemacht“ ist. Bei der heutigen Gesetzesflut ist das ganz unrealistisch.

Den Aufsatz über die Wiederkehr von Rechtsfiguren nennt Mayer-Maly in seiner Autobiographie „eine meiner am häufigsten zitierten, aber auch mehrfach bekämpften Arbeiten.“ Sie geht auf seine Kölner Antrittsvorlesung zur Arbeitnehmerhaftung bei gefahrgeneigter Arbeit zurück, die im Archiv für die civilistische Praxis³³ unter dem Titel „Die Wiederkehr der culpa levissima“ publiziert ist. Die Rezeption des Römischen Rechts in Europa war ein Teil des

²⁵ S. auch Rechtsnormenflut und Rechtsbewußtsein, LJZ 1986, 1 ff.

²⁶ *Error iuris*, in: *Ius humanitatis*, FS Verdross (1980) 147 ff.; *Rechtsirrtum*, in: *Handwörterbuch z. Deutschen Rechtsgeschichte* (1986) 302.

²⁷ *Contra bonos mores*, FS M. Kaser (1986) 151 ff.; *The boni mores in historical perspective*, in: *Tydschrift vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg.* 50 (1987) 60 ff.; *Die laesio enormis und das kanonische Recht*, FS F. Pototschnig (1991) 19 ff.

²⁸ JZ 1971, 1 ff.

²⁹ *Conscientia*. Die Begegnung von Gewissen und Jurisprudenz, Scr. A. Guarino 7 (1985) 3619 ff.; *Gewissen und Gesellschaft*, in: *Jahres- und Tagungsbericht der Görres-Gesellschaft 1979* (1980) 5.; *Das Gewissen und das Arbeitsrecht*, in: *Arbeitsleben und Rechtspflege*. FS G. Müller 1981, 325 ff.; *Das Recht als Zeuge des Gewissens*, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*, FS H. Coing (1982) 597 ff.

³⁰ *Zur Sinnggebung von Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, in: *Österr. Archiv f. Kirchenrecht* 5 (1954) 238 ff.; *Gedanken sind zollfrei*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris* (2007) 1241 f.

³¹ *Scaevola Dig.* 42, 8, 24.

³² S. dazu auch *Evidente Gesetze*, *Index, Quaderni camerti di studi romanistici*, 3 (1972) 362 ff.

³³ 164 (1964) 114 ff.

Phänomens der Renaissance antiker Kultur, die sich vom Mittelalter bis ins 19. Jahrhundert in mehreren Wellen wiederholt hat. Goethe hat das Römische Recht mit einer Tauchente verglichen, die von Zeit zu Zeit verschwindet, aber immer wieder an die Oberfläche kommt. Mayer-Maly hat darüber hinaus gezeigt, dass sich etliche Rechtsfiguren des römisch-gemeinen Rechts, die der Gesetzgeber bewusst nicht übernommen hat, später doch wieder durchgesetzt haben. Dies gilt neben der culpa levissima etwa für die Teilnichtigkeit und für die Einziehungsermächtigung.

Ein anderes Thema, das ihn in mehreren Aufsätzen immer wieder beschäftigt hat, ist die Evidenz;³⁴ ein Begriff, den schon die Römischen Juristen verwendet haben (zB *aequitas evidens*, *evidenter apparuit*). Es geht um das Verhältnis von Rationalität und Intuition. Freilich leuchtet es wohl ein, dass die Berufung auf Evidenz selbst kein Argument ist.

Die vielleicht wichtigste ethisch-moralische Maxime von naturrechtlicher Relevanz, ist der Kindervers, der auch als goldene Regel bezeichnet wird: „Was du nicht willst, dass man dir tu’, das füg’ auch keinem anderen zu“. Mit ihr hat sich Mayer-Maly mehrfach befasst³⁵, zuletzt in seiner Rechtsphilosophie³⁶ und in der Rechtsgeschichtlichen Bibelkunde.³⁷ Dort wird gezeigt, dass die Maxime nicht nur im Christentum, sondern auch in den anderen asiatischen Religionen überliefert ist. In der Bibel finden wir sie nur im apokryphen Buch Tobit.³⁸ Dagegen hat das Neue Testament³⁹ die positive Variante – Mayer-Maly nennt sie hortativ – Liebe deinen Nächsten wie dich selbst, Jesus nennt dies im Markus-Evangelium (12, 29 - 31) das wichtigste Gebot neben der Gottesliebe.

Als Mitglied der Päpstlichen Akademie für das Leben postulierte Mayer-Maly in seiner Rechtsphilosophie den absoluten Lebensschutz für den Embryo, eine Position, die man nicht teilen muss. Skeptisch hat er sich auch zum Hirntodbegriff der Transplantationsmedizin geäußert.⁴⁰ Wenn aber eine Organentnahme möglich sein soll, ist die vorübergehende Aufrechterhaltung des Herz-kreislaufsystems bis zur Explantation unerlässlich. Dann bleibt nur das Hirntod-Konzept (24 Stunden EEG Null-Linie, keine spontane Atmung nach Abstellen des Respirators). Würde man das aufgeben, wäre es das Ende der Transplantationsmedizin.

³⁴ Der Jurist und die Evidenz, FS A. Verdroß (1971) 259 ff.; Hermeneutik und Evidenz im Recht, in: Salzburger Studien zur Philosophie 9 (1971) 127 ff.; *Aequitas evidens*, FS U. v. Lübtow. (1970) 339 ff.; *Ratio evidens*, St. G. Donatuti II (1973) 721 ff.; Evidenz im Denken römischer Juristen, FS D. Daube (1974) 325.

³⁵ Reflexionen über *Ius II SavZ Rom. Abt. 119* (2002) 1, 23 ff.

³⁶ 2001, 37 ff.

³⁷ 2003, 26 ff.

³⁸ 4,16: *Quod ab alio oderis fieri tibi, vide ne alteri tu aliquando facias.*

³⁹ Markus-Evangelium (12, 29 - 31).

⁴⁰ Rechtsphilosophie (2001) 38.

IV. Ich komme zum Schluss: Mayer-Maly besaß einen überragenden Intellekt, ein phänomenales Gedächtnis, ein enzyklopädisches Wissen und eine profunde, aus Humanismus und Klassik fließende Bildung. Er war ein ebenso anregender wie liebenswürdiger Gesprächspartner, ein Erzähler amüsanter Anekdoten und interessanter Geschichten mit einem unerschöpflichen Reservoir. Er war eine Ausnahmeerscheinung, ein Solitär in der Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts, ein wahrhaft großer Gelehrter und ein liebenswürdiger, humorvoller und liberaler Geist. Wir werden ihn nicht vergessen.

Heinrich Honsell, Salzburg/Zürich