

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte
<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr (Berlin)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Francesco Di Donato (Benevento)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Münster)
PD Dr. Hans-Georg Hermann (München)

Artikel vom 15. März 2005

© 2005 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0503strauch.htm>

Dieter Strauch:

Der rheinische Beitrag zur Entstehung des BGB

- I. Französisches Recht im Rheinland
 - 1. Die Neugestaltung des Rheinischen Rechts durch die cinq Codes
 - 2. Die weitere Entwicklung in preußischer Zeit
- II. Die erste Kommission und das Rheinische Recht
 - 1. Die Bildung der ersten Kommission
 - 2. Das Rheinische Recht bei der Arbeit der ersten Kommission
- III. Das Rheinische Recht in der Gesetzgebungsarbeit
 - 1. Allgemeine Überlegungen
 - 2. Personenstandsregister
 - 3. Im Allgemeinen Teil
 - 4. Im Schuldrecht
 - 5. Im Sachenrecht
 - 6. Im Familienrecht
 - 7. Im Erbrecht
- IV. Ergebnis

I. Französisches Recht im Rheinland^{*}

Die Umwälzungen in Frankreich seit Juli 1789 waren zwar zunächst nur politischer Art, ergriffen aber bald den Staatsaufbau und beseitigten in der Folge die ständische und kirchliche Herrschaft in Frankreich. Die drei Schlagworte „*Liberté – Égalité – Fraternité*“ wurden durch die Nationalversammlung und die Regierungen bald in Gesetzen und Verordnungen umgesetzt und führten in der Folge zu neuen – republikanischen – Verfassungen und zu einer völlig neuen Rechtsordnung. 1

Von Deutschland aus zunächst neugierig und teils mit Abscheu teils mit ausgesprochener Bewunderung betrachtet, konnten diese neuen und zündenden Ideen nicht auf Frankreich beschränkt bleiben, zumal die Revolutionskriege seit 1792 die neue französische Herrschaft nicht nur in das Rheinland, sondern bald nach ganz Mitteleuropa trugen und mit ihnen auch die revolutionären Ideen und die aus ihnen geborenen rechtlichen Veränderungen. 2

* Überarbeitete Fassung der 2001 im Kalkumer Verlag, Düsseldorf, erschienenen Studie.

1. Die Neugestaltung des Rheinischen Rechts durch die cinq Codes

Die neuen französischen Ideen trafen im Rheinland auf zwar ein wenig durch Aufklärung und Absolutismus modernisierte, im Kern aber doch noch mittelalterlich bestimmte Verhältnisse. So galt im Rheinland – gerechnet vom Bodensee bis zum Niederrhein – das Badische Landrecht von 1622/1654, das Kurpfälzische Landrecht von 1698, das Kurmainzische Landrecht von 1755, das erneuerte und vermehrte Kurtrierische Landrecht von 1713, die kurkölnische Rechtsordnung von 1663 und die (1556 und 1564 erneuerte) Rechtsordnung von Jülich-Berg aus dem Jahre 1555¹. Ihr Geltungsgebiet waren verhältnismäßig große Räume, doch war das Bild in Wahrheit noch buntscheckiger, weil zahlreiche kleinere Herrschaften und vor allem die Städte nach eigenem Rechte lebten. Insgesamt umfaßte das linksrheinische Land 112 Reichsstände und eine große Zahl landständischer und kirchlicher Herrschaften mit ihren komplizierten Rechtsverhältnissen. 3

Die französischen Angriffe auf das Rheinland hatten 1792 begonnen, sie führten 1794 zur Besetzung Kölns und bis 1795 auch des übrigen Rheinlandes, das die Franzosen seit 1795 nach und nach wie einen Teil ihres Staates zu behandeln begannen², obwohl es erst der Frieden von Lunéville im Jahre 1801 völker- und staatsrechtlich mit Frankreich vereinigte³. Im folgenden Jahr wurde das linksrheinische Rheinland der französischen Gesetzgebung unterstellt. Die Folge war nicht nur, daß die Herrschaften des alten Deutschen Reiches aufgehoben und die kirchlichen Besitzungen säkularisiert wurden, sondern daß das Land jetzt in die vier Départements Roer (*Dép. de la Roer* mit Aachen als Hauptort), Rhein-Mosel (*Dép. de Rhin et Moselle*, mit Koblenz als Hauptort), Saar (*Dép. de la Sarre* mit Trier als Hauptort) und Donnersberg (*Dép. du Mont-Tonnere*, mit Mainz als Hauptort) eingeteilt wurde. Zugleich wurden die bisherigen absolutistischen Verwaltungen durch das französische zentralistische Verwaltungssystem ersetzt. An der Spitze jedes Départements stand ein Präfekt, der die Spitze der Beamtenhierarchie bildete, die sich von den Unterpräfekten über die Leiter der Arrondissements und Kantone 4

1 Vgl.: Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Göttingen 1967, S. 189 ff; Heinrich Gehrke, in: Helmut Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band II, 2, Frankfurt/M 1976, S. 310 ff; Hans-Jürgen Becker, *Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland im 19. Jahrhundert*, in: *JuS* 1985, S. 338 – 345, hier: S. 339.

2 Vgl. Max Bär, *Die Behördenverfassung der Rheinprovinz seit 1815*, Bonn 1919 (Publikationen der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde 35), S. 40 – 57, hier: S. 41 ff. Das Herzogtum Berg und mit ihm Düsseldorf ist allerdings 1777 mit der Pfalz an Bayern gefallen, das es 1805/06 an Napoleon abtrat, vgl. Bär S. 63 – 68; Gerhard Köbler, *Historisches Lexikon der deutschen Länder. Die deutschen Territorien und reichsunmittelbaren Geschlechter vom Mittelalter bis zur Gegenwart*, 6. Aufl. Darmstadt 1999, S. 54.

3 Vgl. Art. VI des Friedens von Lunéville bei Karl Zeumer, *Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung*, 2. Auflage, Tübingen 1913, Nachdruck Aalen 1987, Nr. 211, S. 508.

bis zu den Bürgermeistern erstreckte⁴. Dabei war die Verwaltung von der gleich zu behandelnden Gerichtsbarkeit streng getrennt.

Unter der Regierung des Direktoriums machte sich das nachrevolutionäre Frankreich 5 daran, seine Rechtsordnung umzugestalten und durch Kodifikation der verschiedenen Rechtsgebiete grundsätzlich und systematisch neu zu ordnen. *Napoleon* setzte diese Arbeit als erster Konsul und auch seit 1804 als Kaiser energisch fort. So wurde 1804 der Code civil verabschiedet⁵ (der seit 1807 Code Napoléon hieß). Es folgte 1807 der Code de procédure civile (also die Zivilprozeßordnung), 1808 der Code de commerce (das Handelsgesetzbuch), 1809 der Code d’instruction criminelle (die Strafprozeßordnung) und schließlich 1811 der Code pénal. Damit galt für das gesamte Rheinland erstmals in seiner Geschichte im wesentlichen das gleiche Recht.

Die französischen Gesetze verankerten im Rheinland aber auch die bürgerlichen (nicht 6 die politischen) Freiheitsrechte, welche die französische Revolution erkämpft hatte. Allerdings darf nicht verschwiegen werden, daß der Code civil selbst janusköpfig war⁶: Einerseits galten seine drei Teile⁷ als gesetzliche Anerkennung der drei großen Freiheiten der Person, des Eigentums⁸ und des Rechtsverkehrs (*liberté, propriété, autonomie contractuelle*)⁹, andererseits war er bürgerlich-patriarchalisch ausgerichtet, indem er im Ehe- und Familienrecht das Prinzip der Autorität des Mannes beibehielt: Die Frau stand dauernd unter seiner Vormundschaft, in der gesetzlichen Gütergemeinschaft hatte er die Verfügungsgewalt auch über ihr Vermögen und er konnte sogar seine Kinder ohne

4 Vgl. Justus Hashagen, Die Rheinlande beim Abschlusse der französischen Fremdherrschaft, in: Joseph Hansen, Die Rheinprovinz 1815 – 1915. Hundert Jahre preußischer Herrschaft am Rhein, Band I, Bonn 1917, S. 2ff; Bär (wie Fn. 2), S. 41 ff.

5 Vgl. Elisabeth Fehrenbach, Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten, Göttingen 1974 (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 13), S. 14 ff; Werner Schubert, Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts, (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte 24), Köln etc. 1977 (zitiert: Schubert, Deutschland), S. 521 ff; Herman Lohausen, Die obersten Zivilgerichte im Großherzogtum und im Generalgouvernement Berg von 1812 – 1819 (Rechtsgeschichtliche Schriften 8), Köln 1995, S. 21 ff, wo der Code civil erst 1810 eingeführt wurde. Im Großherzogtum Baden wurde 1809 ein amtliche Übersetzung des Code civil angefertigt, die am 1. Jan. 1810 als „Badisches Landrecht“ in Kraft gesetzt wurde, vgl. Werner Schubert, Das französische Recht in Deutschland zu Beginn der Restaurationszeit, 181 – 1820, in: ZRG, GA 94, 1977 [zitiert: Schubert, Restaurationszeit], S. 129 – 185, hier: S. 154 – 169; Barbara Dölemeyer, Kodifikationen und Projekte, in: Coing (Hrsg.), Handbuch (wie Fn. 1), Band III, 2, Frankfurt/M 1982, S. 1440 ff.

6 Vgl. Gustav Boehmer, Der Einfluß des Code civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, in: AcP Band 151, 1950/51, S. 289 – 310, hier: S. 293 ff; Fehrenbach (wie Fn. 5), S. 23.

7 Livre I: Des Personnes; Livre II: Des Biens, et des différentes modifications de la propriété; Livre III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

8 Vgl. dazu Günther Birtsch, Freiheit und Eigentum. Zur Erörterung von Verfassungsfragen in der deutschen Publizistik im Zeichen der französischen Revolution, in: Rudolf Vierhaus (Hrsg.), Eigentum und Verfassung. Zur Eigentumsdiskussion im ausgehenden 18. Jahrhundert, (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 37), Göttingen 1972, S. 179 – 192.

9 Vgl. Boehmer (wie Fn. 6), S. 292.

staatliche Kontrolle sechs Monate lang einsperren lassen¹⁰. Ergänzt wurde dieses Autoritätsprinzip durch wohlfahrtsstaatliche und verkehrsfeindliche Züge, die sich vor allem im Grundstücksrecht zeigten. Der Eigentumsbegriff richtete sich am Grundeigentum aus, nicht aber am Kapitalbesitz, so daß die Verfasser des Cc ihr Ideal in einer Agrargesellschaft, nicht aber in einer liberalen Wirtschaftsgesellschaft sahen¹¹.

Aber nicht nur das materielle Recht wurde damals neu geregelt, sondern auch die Gerichtsverfassung¹²: In jedem Kanton wurde ein Friedensrichter (*juge de paix*) angestellt, der geringfügige Streitigkeiten in Zivil- und Strafsachen entschied. Seine Urteile überprüfte als Berufungsgericht das Tribunal erster Instanz (*Tribunal de première instance*), errichtet in den Hauptorten der Arrondissements und besetzt mit mindestens drei, meist aber fünf Richtern. Dieses Tribunal war im übrigen für alle Zivil- und Strafsachen zuständig, die nicht vor den Friedensrichter gehörten. Revisionsinstanz war der Appellationsgerichtshof („*cour d’appel*“) in Trier¹³. In Handelssachen richteten besondere Handelsgerichte (*Tribunaux de commerce*), die mit Laienrichtern aus der Kaufmannschaft besetzt waren und in Aachen, Köln, Krefeld und Trier amtierten. Als Vorläufer unserer Arbeitsgerichte sind die Gewerbegerichte (*conseil de Prud’hommes*) anzusehen. Auch sie waren mit Laien besetzt und amtierten in Aachen, Köln und Krefeld¹⁴.

10 Vgl. im einzelnen Livre I, Titre IX, Art. 374 ff („*De la puissance paternelle*“) hinsichtlich der Kinder, Livre I, Titre V, Art. 212 ff..

11 Vgl. B. Terrat, Du régime de la propriété dans le Code civil, in: Le Code civil 1804 – 1904, Livre du centenaire, publié par la Société D’études législatives, 2 Bände, Paris 1904, S. 339 ff; Fehrenbach (wie Fn. 5), S. 24f; Werner Schubert, Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896, in: Herbert Hofmeister, Kodifikation als Mittel der Politik.. Vorträge und Diskussionsbeiträge über die deutsche, schweizerische und österreichische Kodifikationsbewegung um 1900 (Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten 16), Wien etc. 1986, S. 11 – 28, hier: S. 11. Gleichwohl weist Jean Maillet, Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Tom. II, 1973, S. 111 – 145, hier: S. 116 ff nach, daß der Cc die Güterordnung in den Mittelpunkt des juristischen Systems rückte und mit seinen Grundprinzipien des Individualismus, des Liberalismus und der Rolle des Willens der kapitalistischen Gesellschaft in Frankreich den Weg bereitete.

12 Johann Paul Brewer, Geschichte der französischen Gerichtsverfassung vom Ursprung der fränkischen Monarchie bis zu unseren Zeiten, Band I, Düsseldorf 1835, S. 642 ff; Bär (wie Fn. 2), S. 52 – 57; Adolf Klein, Die Rheinische Justiz und der rechtsstaatliche Gedanke in Deutschland, in: Josef Wolffram/Adolf Klein (Hrsg.), Recht und Rechtspflege in den Rheinlanden. Festschrift zum 150jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Köln, Köln 1969, zitiert: Klein, Justiz, S. 11 – 264, hier: S. 116 ff; Schubert, Deutschland (wie Fn. 5), S. 521 ff.

13 Seit 1805 war das Roer-Département dem Appellationsgerichtshof in Lüttich zugewiesen, vgl. Becker (wie Fn. 1), S. 339.

14 Vgl. Günther Bernert, Die französischen Gewerbegerichte (Conseils de Prud’hommes) und ihre Einführung in den linksrheinischen Gebieten zwischen 1808 und 1813, in: Karl Otto Scherner/Dietmar Willoweit (Hrsg.), Vom Gewerbe zum Unternehmen. Studien zum Recht der gewerblichen Wirtschaft im 18. und 19. Jahrhundert, Darmstadt 1982, S. 112 – 151, hier: S. 112 ff; Werner Schubert, Die deutsche Gerichtsverfassung (1869 – 1877) – Entstehung und Quellen – Frankfurt/M 1981, S. 181 – 200.

Bei den Appellationsgerichtshöfen gab es außerdem Geschworenengerichte (*assises*), bestehend aus fünf Berufsrichtern und zwölf Geschworenen, die über Kapitalverbrechen richteten. Gegen die Urteile der Appellationsgerichtshöfe konnte um Kassation bei der *Cour de cassation* in Paris nachgesucht werden. 8

Bei allen Gerichten außer den Friedensgerichten gab es das Öffentliche Ministerium (*ministère public*), ein Vorläufer unserer Staatsanwaltschaft, welches das Interesse des Staates und der Öffentlichkeit wahrte, indem es Straftaten verfolgte, aber auch in Zivilsachen tätig wurde. 9

Wegen der in Frankreich üblichen Zentralisation von Verwaltung und Gerichtsbarkeit hatte dieser Gerichts Aufbau die Folge, daß nunmehr vom Bodensee bis zum Niederrhein die gleiche Gerichtsverfassung galt. Wichtiger aber noch als diese Einheitlichkeit waren die Verfahrensgrundsätze, welche die aus der Revolution stammenden bürgerlichen Freiheitsrechte gesetzlich garantierten. Sie äußerten sich in der Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, im Anklageprinzip, in der freien Verteidigung vor Gericht, wonach jeder Beschuldigte und jede Prozeßpartei Anspruch auf rechtliches Gehör hatte¹⁵. Niemand durfte seinem gesetzlichen Richter entzogen werden und Freiheitsentziehung durfte nur der Richter anordnen¹⁶. Wer wegen einer Missetat angeklagt war erhielt einen Pflichtverteidiger, wenn er sich nicht selbst einen Verteidiger wählte¹⁷. Die Mitwirkung von Laien in den Geschworenengerichten, bei der Handels- und Arbeitsgerichtsbarkeit machte deren Rechtsprechung volksnah. Der heute selbstverständliche und im Grundgesetz (Art. 103, II) niedergelegte Satz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ galt im Linksrheinischen bereits auf Grund des Art. 4 des Code pénal seit dem 1. Jan. 1811. 10

2. Die weitere Entwicklung in preußischer Zeit

a) Der Kampf um das Rheinische Recht

Jeder Staat, der ein neues Territorium gewinnt, versucht, dort seine Gesetze einzuführen, um ein einheitliches Recht zu haben. Infolgedessen hat auch Preußen, nachdem ihm der Wiener Kongreß die Rheinlande zugeteilt hatte, dort seine Verwaltungsorganisation eingeführt. Auf dem Gebiete des Zivilrechts ordnete ein königliches Patent vom 9. September 1814 für die altpreußischen Gebiete des rechten Niederrheins an, dort das ALR und die Allgemeine Gerichtsordnung zum 1. Januar 1815 wieder einzuführen¹⁸. 11

Der preußische Justizminister *Leopold v. Kircheisen* wollte dies auch für die linksrheinischen Gebiete tun, doch stieß er beim Generalgouverneur *Sack* und dem 12

15 Vgl. Adolf Klein, Justiz (wie Fn. 12), S. 118; heute in Art. 103, I GG grundgesetzlich garantiert.

16 Wobei nach Art. 127 des Code d'instruction criminelle der Untersuchungsrichter wöchentlich der Ratskammer des Tribunals über die anhängigen Untersuchungssachen berichten mußte.

17 Vgl. Art. 294 des Code d'instruction criminelle.

18 Einführung des preußischen Rechts zum 1. Januar 1815, vgl. GS 1814, S. 89.

Staatskanzler *Karl August v. Hardenberg* auf Widerstand¹⁹. Da sich der Streit nicht einfach erledigen ließ, zog der Staatskanzler die rheinische Sache an sich und empfahl dem König, unter der Leitung von *Christoph Wilhelm Heinrich Sethe* die sog. Rheinische Immediat-Justiz-Kommission einzusetzen, was dieser durch Kabinettsordre vom 20. Juni 1816 auch tat²⁰. Sie sollte u. a. das französische und das preußische Recht vergleichen und eine neue Gesetzgebung für die Rheinlande vorbereiten.

Es ist hier nicht der Ort, die Auseinandersetzungen um die Weitergeltung des Rheinischen Rechts, die Gutachten und Gegengutachten, die Stellungnahme der Öffentlichkeit und die Rolle von *Heinrich Gottfried Wilhelm Daniels* dabei näher zu beleuchten. Das Ergebnis ist bekannt: Die königliche Kabinettsordre vom 19. November 1818 ordnete zwar das Gerichtswesen im Rheinland auf der Grundlage der bestehenden französischen Gerichtsverfassung neu, ließ aber das französische Recht weitergelten und wandelte es zugleich in deutsches Recht um, indem man eine authentische Übersetzung der *cinq Codes* verfügte²¹. 13

So blieb das Rheinisch-französische Recht das ganze 19. Jahrhundert hindurch in Kraft, wurde durch die Rechtsprechung und die Wissenschaft weiterentwickelt und ist erst durch das Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900 im wesentlichen²² erloschen. 14

b) Die Entwicklung der Rechtsprechung

Die in aller Kürze geschilderte Rechtsentwicklung im Rheinland blieb auch nach der Kabinettsordre von 1818 nicht stehen: Die Gerichte mußten das französische Recht weiter anwenden, und ihre Urteile wurden häufig veröffentlicht²³. Obwohl es für das 15

19 Vgl. Klein, *Justiz* (wie Fn. 12), S. 129 und derselbe, *Hardenbergs letzte Reform. Die Gründungsgeschichte des Rheinischen Appellationsgerichtshofes*, in: *Rheinische Justiz. Geschichte und Gegenwart. 175 Jahre Oberlandesgericht Köln*, hrsg. v. Dieter Laum/Adolf Klein/Dieter Strauch, Köln 1994, zitiert: Klein, *Hardenberg*, S. 9 – 55, hier: S. 37 ff.

20 Vgl. dazu ausführlich: Ernst Landsberg, *Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die Rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung, 1814 – 1819*, Bonn 1914, *Instruktion und Personal-Besetzung der Immediat-Justiz-Kommission*, S. L – LVIII, ferner Karl Georg Faber, *Die Rheinlande zwischen Restauration und Revolution*, Wiesbaden 1966, S. 131f; Adolf Klein, *Hardenberg* (wie Fn. 19), S. 41 ff.

21 Vgl. Landsberg (wie Fn. 20), S. CX – CXVIII; Abdruck der Kabinettsordre bei Landsberg, Anhang Nr. XIII, S. 367 – 373; Klein, *Hardenberg* (wie Fn. 19), S. 50 ff.

22 Vgl. dazu Martin Scherer, *Das Rheinische Recht und die Reichs- und Landesgesetzgebung*, 2 Bände, 2. Auflage, Mannheim 1889 – 1890; Cornelius Cretschmar, *Das Rheinische Civilrecht in seiner heutigen Geltung*, 4. Auflage, Düsseldorf 1896; Carl Wilhelm Kockerols, *Das Rheinische Recht, seine zeitliche und räumliche Begrenzung*, Hannover 1902, Nachdruck Frankfurt/M 1968; Kurt Dronke, *Rheinisches Privatrecht. Sammlung der neben dem BGB geltenden Quellen des rheinpreußischen Privatrechts*, 2 Bände, Leipzig 1900 – 1901.

23 Eingehend: Detlef Schumacher, *das rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Auslegung rezipierter Rechtsnormen*, Stuttgart etc. 1969; Egon Schneider, *Aus der Spruchpraxis des Rheinischen Appellationsgerichtshofes in den ersten Jahren seines Bestehens – eine methodologische Untersuchung*, in: Wolffram/Klein (wie Fn. 12), S. 307 – 337. Die Rechtsprechung wurde im „Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Kgl. Preußischen

linksrheinische Geltungsgebiet des Code civil keinen obersten Gerichtshof gab, verfolgten die Gerichte die französische Judikatur, vor allem die Rechtsprechung der Cour de Cassation in Paris. Auch wenn sie ihr nicht immer folgten, hatte sie doch Vorbildfunktion, so daß die Urteile der linksrheinischen Appellationsgerichte kaum divergierten²⁴. Besondere Beachtung fand die Rechtsprechung des „Rheinischen Appellationsgerichtshofes zu Cöln“²⁵, die auch in Rheinhessen, in der Rheinpfalz und in Baden beachtet wurde. Schließlich darf nicht unerwähnt bleiben, daß die Gerichte in Zweifelsfällen sich nicht nur auf die Rechtsprechung der Cour de cassation in Paris, sondern auch auf das römische Recht beriefen, das hier als Auslegungshilfe diente²⁶. Nachdem das Reichsgericht am 1. Oktober 1879 seine Arbeit aufgenommen hatte, sorgte dessen zweiter Zivilsenat (der sog. Rheinische Senat) für die Rechtseinheit auf dem Gebiet des Rheinischen Rechts²⁷.

c) Die wissenschaftliche Bearbeitung des Rheinischen Rechts

Wissenschaftlich ist das Rheinische Recht in Deutschland nur zögernd bearbeitet worden, 16
weil es zunächst keine Lehrstühle dafür gab. Nach Auflösung der Universitäten Köln, Bonn, Mainz und Trier durch den Regierungskommissar *Rudler* im Jahre 1798²⁸ gab es

Rheinprovinz Bände 1 – 111, 1820 – 1915, veröffentlicht und war so für alle Gerichte leicht zugänglich; eine Datenbank der rheinischen Appellationsgerichte Trier, Düsseldorf und Köln auf CD-ROM bieten jetzt: Reiner Schulze und Hans Schulte-Nölke, in: Reiner Schulze (Hrsg.), *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte* (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 24), Berlin 1998 und eine Einführung dazu: Hans Schulte-Nölke, *Die CD-ROM-Datenbank zur rheinischen Judikatur im frühen 19. Jahrhundert*, ebenda S. 99 – 107.

24 Vgl. Schumacher (wie Fn. 23), S. 130 ff.

25 Gegründet am 21. Juni 1819, vgl. Dieter Laum, *Der hundertfünfundsechzigjährige Gerichtshof*, in: *Rheinische Justiz* (wie Fn. 19), S. 1 – 7.

26 Vgl. Schumacher (wie Fn. 23), S. 144; Lohausen (wie Fn. 5), S. 141; noch heute zieht der BGH das römische Recht heran, um den Code civil auszulegen, vgl. BGHZ 92, 326 = NJW 1985, 1289, Urt. v. 25. 10. 1984, III ZR 131/83 (Eigentumserwerb bei Flußanlandungen), der auf D. 41. 1. 56. pr. und D. 41. 1.65.3, RGZ 12, 340 (343 ff) und Karl Salomo Zachariae/Carl Crome, *Handbuch des französischen Zivilrechts*, Bd. I, 8. Aufl. Freiburg i. Br. 1894, § 188, Fn. 20, S. 575 verweist; vgl. auch Alfons Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/M 1991, S. 186 ff; derselbe, *Der Einfluß der Pandektenwissenschaft auf das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, in: Reiner Schulze, *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1994, S. 221 – 244.

27 In der amtlichen Sammlung sind die Urteile bis RGZ Band 60 unter „IV. Rheinisches Recht“ abgedruckt, vgl. Oskar Francken, *Die grundlegenden Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts auf dem Gebiete des rheinischen Zivilrechts*, Berlin 1893; Martin Scherer, *Die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Obersten Bayerischen Landesgerichts zum Code civil*, Leipzig 1892; Elmar Wadle, *Das Reichsgericht im Widerschein denkwürdiger Tage*, in: *JuS* 1979, S. 841 – 847, hier: S. 843; Becker (wie Fn. 1), S. 344, Fn. 44.

28 Vgl. zu den Umständen der Schließung an den verschiedenen Standorten: Luitwin Mallmann, *Französische Juristenausbildung im Rheinland 1794 – 1814. Die Rechtsschule von Koblenz* (Studien zur Geschichte der Universität zu Köln 5), Köln 1987, S. 8 – 20; der Beschluß Rudlers vom 18. April 1798, der das Unterrichtswesen im Rheinland nach französischem Vorbild neu regelte, hob dann die alten Universitäten endgültig auf, vgl. Mallmann S. 21 ff.

zunächst nur an der Rechtsschule in Koblenz Lehrstühle für französisches Recht²⁹. Die Lage änderte sich erst nach der Gründung des Rheinbundes im Jahre 1806³⁰. Nunmehr drängte Napoleon die Rheinbundstaaten, die politisch nur seine Satelliten waren, den Code civil zu übernehmen. Die Folge war, daß an fast allen Universitäten der Rheinbundstaaten Vorlesungen über französisches Recht gehalten³¹ und Bücher über den Code civil geschrieben wurden³², den sie allerdings vornehmlich mit Hilfe des gemeinen Rechts auslegten. Eine Ausnahme machte nur *Karl Ludwig Wilhelm v. Grolmans* Handbuch, der Systematik und Kommentar vereint. Von diesem Werk sind jedoch nur drei Bände erschienen³³. Erst nach dem Ende der Franzosenzeit wurden an den Universi-

29 Vgl. dazu Mallmann (wie Fn. 28), S. 69 ff.

30 Vgl. den Text der Rheinbunds-Akte vom 12. Juli 1806 bei Zeumer (wie Fn. 3), Nr. 214, S. 532 – 536.

31 Vgl. Werner Schubert, Deutschland (wie Fn. 5), S. 68f; Gerhard Lingelbach, Der Code civil und seine Wirkungen auf Rechtsgelehrte an der Jenaer Juristenfakultät, in: Reiner Schulze (Hrsg.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts* (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 12), Berlin 1994, S. 107 – 122; Hans Schulte-Nölke/Birgit Strack, *Rheinisches Recht – Forschungsgegenstand und Forschungsstand*, in: Reiner Schulze (wie Fn. 23), S. 33f.

32 Vgl. B. W. Pfeiffer/Fr. Grg. Pfeiffer, *Napoleons Gesetzbuch nach seinen Abweichungen von Deutschlands gemeinem Rechte*, 2 Bände, Göttingen 1809 – 1810; Anton Bauer, *Lehrbuch des Napoleonischen Civilrechts*, 1. Auflage 1809, 2. Auflage, Marburg 1812; derselbe, *Abriß der Gerichtsverfassung des Königreichs Westphalen*, Marburg 1811; Karl Friedrich Ferdinand Bucher, *Systematische Darstellung des im Königreich Westphalen geltenden Napoleonischen Privatrechts*, 2 Bände, Halle 1809; Friedrich Chr. Bergmann, *Lehrbuch des Privatrechts des Code Napoleon*, Göttingen 1810; Christoph Christian Dabelow, *Ausführlicher theoretisch-practischer Commentar über den Code Napoleon*, 2 Theile, Leipzig 1810; Ernst Peter Johann Spangenberg, *Institutiones juris civilis Napoleonei*, Göttingen 1808; derselbe, *Commentar über den Code Napoleon*, Göttingen 1810; der Präsident der badischen Gesetzgebungskommission, J. N. Fr. Brauer, legte gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des badischen Landrechts vor: *Erläuterungen über den Code Napoléon und die großherzoglich Badische Bürgerliche Gesetzgebung*, 6 Bände, Karlsruhe 1809 – 1812, ein rein praktisches Werk, vgl. Schubert, Deutschland (wie Fn. 5), S. 61 – 69; vgl. Karl H. Neumayer, *Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten Privatrechtsstoffes im Großherzogtum Baden und auf dem linken Rheinufer bis zum Beginn der Vorarbeiten zu BGB (1874)*, in: Helmut Coing/Walter Wilhelm, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert I*, Frankfurt/M 1974, S. 197 – 216, hier: S. 209.

33 Karl Ludwig Wilhelm v. Grolman, *Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon*, 3 Bände, Gießen/Darmstadt 1810 – 1812 (enthält nur das Personenrecht), vgl. dazu Neumayer (wie Fn. 32), S. 208, 210.

täten Bonn³⁴, Freiburg/Br³⁵, Heidelberg³⁶ und Würzburg³⁷ Lehrstühle errichtet, deren Inhaber sich literarisch zum französischen Recht äußerten³⁸. Besonders erfolgreich war das Werk *Karl Salomo Zachariaes* in Heidelberg³⁹, der auf der Grundlage des gemeinen Rechts eine neue Systematik des französischen Zivilrechts entwickelte. Es wurde auch in Frankreich sehr beachtet, sein Werk übersetzten die Straßburger Professoren *Aubry* und *Rau* ins Französische⁴⁰ und stießen damit in Frankreich die systematisch-dogmatische Bearbeitung des Code civil an⁴¹.

-
- 34 Vgl. dazu ausführlich: Cordula Müller-Hogrebe, Die Errichtung des Lehrstuhls für rheinisches Recht an der Universität Bonn – 1844, in: Reiner Schulze (wie Fn. 23), S. 61 – 78. Der Lehrstuhl wurde durch Kabinettsordre vom 3. April 1844 errichtet und mit dem Kölner Advokatanwalt Johann Joseph Bauerband besetzt, vgl. Müller-Hogrebe S. 77, Fn. 77.
- 35 Neumayer (wie Fn. 32) nennt S. 205 für Freiburg: außer Mertens und Franz Ignaz Mußler (über ihn vgl. Dieter Strauch, *Deutsche Juristen im Vormärz. Briefe von Savigny, Hugo, Thibaut und anderen an Egid von Löhr* (Rechtsgeschichtliche Schriften 13), Köln etc. 1999, S. 199f), vor allem K. F. Baurittl, *Commentar zum Code Napoleon, zugleich als Landrecht für das Großherzogtum Baden nebst den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen*, 2 Bände, Karlsruhe 1839 – 1839; Wilhelm Jacob Behaghel, *Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon dargestellt mit besonderer Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis*, 3. Aufl. Tauberbischofsheim 1891 – 92; und Anton v. Stabel, *Institutionen des französischen Civilrechts (Code Napoléon)*, 3. Auflage, Mannheim 1893.
- 36 Vgl. Neumayer (wie Fn. 32), der S. 205 neben Fitting, Gambsjäger, Gueyt, Renaud, Roßhirt, Thibaut und Zachariä, auch Ludwig Frey, *Lehrbuch des französischen Civilrechts*, 3 Bände, Mannheim 1840; nennt.
- 37 Für die Studenten aus Rheinbayern und das benachbarte Baden. Hier nennt Neumayer (wie Fn. 32), S. 205, Fn. 30: Lauk, Ringelmann; Müller, Pökl, Weiss und Risch.
- 38 Johann Joseph Bauerband in Bonn schrieb „Institutionen des französischen, in den deutschen Landen des linken Rheinufer, insbesondere des im Bezirk des königl. rheinischen Appellations-Gerichtshofes zu Cöln geltenden Civilrechtes“, Bonn: Adolph Marcus, 1873 und Anton Friedrich Thibaut, der bereits auf Grund seiner Aufsätze als gründlicher Kenner des französischen Zivilrechts in der Rheinbundszeit galt (so: Schubert, *Deutschland* (wie Fn. 5), S. 62. Aus seinem juristischen Nachlaß wurde veröffentlicht: *Lehrbuch des französischen Zivilrechts*, Berlin 1841 in Heidelberg; Konrad Eugen Franz Roßhirt veröffentlichte *Das französische und badische Zivilrecht*, Heidelberg 1842 und *Grundriß zum französischen und badischen Civilrechte mit einzelnen Exkursen* Heidelberg 1850, vgl. Neumayer, (wie Fn. 32), S. 200; Becker (wie Fn. 1), S. 344, Fn. 46.
- 39 Karl Salomo Zachariae, *Handbuch des französischen Zivilrechts*, 1. Auflage, 2 Bde, Heidelberg 1808; 2. Aufl. in 4 Bänden, Heidelberg 1811 – 1812; 8. Aufl. von Carl Crome, Freiburg i. Br. 1894 – 1895.
- 40 Charles Aubry/Charles Rau, *Cours de Droit Civil Français d’après la Méthode de Zachariae*, 2 Bände, Straßburg 1838, zahlreiche weitere Auflagen, z. B. 4. Auflage, Paris 1869 – 1883.
- 41 Vgl. Andreas Bertalan Schwarz, *Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande*, in: *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel* Leipzig 1935, S. 425 ff, 442, wieder in: *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* (Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 13), hrsg. v. Hans Thieme und Franz Wieacker, Karlsruhe 1960, S.40; Schumacher (wie Fn. 23), S. 40 ff; Neumayer, (wie Fn. 32), S. 186 ff, 211 ff; vgl. dazu neuerdings: Jean-Louis Halpérin, *Der Einfluß der deutschen Rechtsliteratur zum Code civil in Frankreich von Lassaulx bis Zachariä*, in: *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte* (wie Fn. 23), S. 215 – 237.

Schon hier zeigt sich: Der Einfluß benachbarter Rechtsordnungen aufeinander ist keine Einbahnstraße in Richtung Deutschland, sondern eine Fahrbahn mit Gegenverkehr, ein gegenseitiges Geben und Nehmen, das sich bis in die Gegenwart fortsetzt⁴². 17

Da Rheinisches Recht in den verschiedenen Teilen der linksrheinischen Lande immer mehr in Gemengelage zu neu erlassenen Gesetzen der Staaten des Deutschen Bundes geriet, wuchs bald eine Literatur heran, welche die Verhältnisse klärte. Ich nenne hier nur die Werke von *Scherer*, *Cretschmar* und *Kockerols*⁴³. 18

Für das seit den Freiheitskriegen aufgekommene Bestreben, ein einheitliches Bürgerliches Recht für ganz Deutschland zu schaffen, war das Rheinische Recht von besonderer Bedeutung: Es galt im ganzen Westen Deutschlands und damit nicht nur in einem großen Bereich für etwa 8,4 Millionen Einwohner⁴⁴, sondern war vor allem von den Idealen des bürgerlichen Rechtsstaates geprägt, die seine Anhänger in die Auseinandersetzungen des Vormärz und in die Diskussionen der Frankfurter Nationalversammlung 1848/49 als für ganz Deutschland erstrebenswerte Ziele einbrachten. Sie konnten darauf verweisen, daß die Einwohner von Baden, der bayerischen Rheinpfalz, von Rheinhessen und Rheinpreußen bereits Freiheitsrechte genossen, welche die übrigen Deutschen erst allmählich erlangten, wenn ihre Bundesstaaten neue Verfassungen erließen⁴⁵. Für die Rheinländer war deshalb „*die französische Rechts- und Gerichtsordnung ein Verfassungersatz*“⁴⁶. Da die „*Rheinischen Institutionen*“ als vorbildlich und richtungweisend galten, brachten die Vertreter des Rheinlands sie in die Gesetzgebungsarbeiten des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches ein. Sie haben deshalb die geistigen Grundlagen der modernen 19

42 Birte Gast, *Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches im Urteil von Raymond Saleilles (1855 – 1912)*, (Rechtshistorische Reihe 212), Frankfurt/M etc. 2000, zugleich Diss. iur. Kiel 1999.

43 Scherer (wie Fn. 27); Cretschmar (wie Fn. 22); Kockerols (wie Fn. 22); Dronke (wie Fn. 22).

44 Vgl. dazu den Bericht von Perglas v. 2. 7. 1874 über die Sitzung des Bundesrates vom selben Tage bei: Werner Schubert (Hrsg.), *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB – Einführung, Biographien, Materialien – (Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, hrsg. v. Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert)*, Berlin 1978 (zitiert: Schubert, *Materialien*), wo S. 204 von 7 Millionen die Rede ist; Neumayer (wie Fn. 30), S. 198 spricht von 8,4 Millionen oder 17 % der Bevölkerung Deutschlands und beruft sich auf Benno Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bände I – V*, Berlin 1899, hier: Bd. I, S. 848; Schumacher (wie Fn. 23), S. 13 kommt auf 8,2 Millionen, der sich auf Caesar Barazetti, *Einführung in das französische Zivilrecht (Code Napoléon) und das badische Landrecht (sowie das rheinische Recht überhaupt)*, 2. Aufl. Heidelberg 1894, S. 29 beruft.

45 Vgl. Becker (wie Fn. 1), S. 344; vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts*, in: *JuS* 1971, S. 560 – 566.

46 Vgl. Faber (wie Fn. 20), S. 13.

deutschen Rechtsordnung entscheidend mitgeformt⁴⁷. Daneben ist eine Reihe von Rechtsnormen auch in das Zivilrecht übernommen worden⁴⁸.

II. Die erste Kommission und das Rheinische Recht

1. Die Bildung der ersten Kommission

So standen die Dinge, als nach der Gründung des Deutschen Reiches 1871⁴⁹ und dem Erlaß der sog. *Lex Miquel-Lasker* 1873⁵⁰ die Arbeiten für ein einheitliches Bürgerliches Gesetzbuch begannen. Von der Tätigkeit der Vorkommission soll hier nur berichtet werden, was das von *Levin Goldschmidt*⁵¹ entworfene Gutachten über die Berücksichtigung des französischen Rechts ausführte. Dort steht⁵²: 20

„Hiernach untersagt es sich, dem künftigen Gesetzbuch oder einem Haupttheile desselben eines der innerhalb des Deutschen Reiches bestehenden Civil-Gesetzbücher oder einen für einen deutschen Einzelstaat oder für den Bereich des ehemaligen Deutschen Bundes ausgearbeiteten Gesetzgebungsentwürfe unmittelbar zu Grund zu legen. Daß der Codex Maximilianeus bavaricus civilis und das Preußische Allgemeine Landrecht für diesen Zweck ungeeignet sind, bedarf keiner Ausführung. Der Code Napoléon beruht theilweise auf eigenthümlich französischer Grundlage wie auf den nivellierenden Gesetzen der Zwischenzeit und ist, bei unverkennbarer redaktioneller Geschicklichkeit, doch nach Form und Inhalt ungleichmäßig gearbeitet, fehlerhaft in seinem System, steht vielfach hinter dem Ergebniß der deutschen Wissenschaft und den Anforderungen des heutigen Verkehrsbedürfnisses, z. B. im Immobiliarsachenrecht, zurück und vermag insbesondere für die erforderliche Angleichung der innerhalb des 21

47 Vgl. Schubert, (wie Fn. 5), ZRG, GA 94, 1977, S. 184; Fehrenbach (wie Fn. 5), S. 146 ff; Becker (wie Fn. 1), JuS 1985, S. 345.

48 Vgl. Boehmer (wie Fn. 6), AcP 151, 1950, S. 289 – 310; Becker (wie Fn. 1), S. 345, Fn. 52.

49 Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871, Reichsgesetzblatt 1871, S. 63 ff, Druck in: Ernst Rudolf Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Band II: Deutsche Verfassungsdokumente 1851 – 1900, 3. Auflage Stuttgart etc. 1986, Nr. 261, S. 384 – 402; auch in: Günter Dürig/Walter Rudolf, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 3. Auflage, München 1996, Nr. 8, S. 153 – 175.

50 Auf Veranlassung der nationalliberalen Abgeordneten Johannes Miquel und Eduard Lasker am 20. Dezember 1873 beschlossenes Gesetz (RGBl 1873, 379), das den Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung änderte und das Reich für „die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren“ zuständig machte.

51 Levin Goldschmidt wurde am 30. Mai 1829 in Danzig geboren. Er starb am 16. Juli 1897 in Kassel-Wilhelmshöhe. Nach vielfältigen Behinderungen in Studium und Ausbildung wegen seiner jüdischen Konfession habilitierte er sich 1855 in Heidelberg, wurde 1860 ao. und 1866 o. Professor dort. Seit 1870 war er Rat am Bundes- (seit 1871 Reichs-) oberhandelsgericht. 1874 wurde er auf Anregung Badens in die Vorkommission berufen, wurde aber bei der Bildung der ersten Kommission nicht berücksichtigt. 1875 wurde er o. Professor für Handelsrecht in Berlin; vgl. über ihn: Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 69f.

52 Das Gutachten der Vorkommission vom 15. April 1874 ist abgedruckt, bei Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 170 – 185.

Deutschen Reiches bestehenden Rechtsverschiedenheit eine geeignete Grundlage nicht zu bieten.“

Die Zusammensetzung der ersten Kommission, welche zunächst die Hauptlast der Gesetzungsarbeiten trug, wurde nicht allein nach sachlichen Gesichtspunkten bestimmt, man mußte auch politische Rücksichten nehmen. Aus dem Gebiet des Rheinischen Rechts gehörten der ersten Kommission zwei Juristen an: *Gustav Derscheid*, damals in Kolmar⁵³ und *Albert Gebhard*, damals in Karlsruhe⁵⁴. Dazu muß bemerkt werden, daß *Gebhard* vor allem romanistisch ausgebildet war, und sich auch vornehmlich auf diesem Rechtsgebiet betätigte⁵⁵. Da außer *Gebhard* auch *Planck* und vor allem *Windscheid*⁵⁶ starke Romanisten waren, erhielt das gemeine Recht in der Kommission ein Übergewicht, das noch dadurch verstärkt wurde, daß 1884 – nach dem Tode v. *Kübels*⁵⁷ – *Gustav v. Mandry*⁵⁸ in die erste Kommission eintrat, der ebenfalls Romanist war. Demgegenüber war *Derscheid* ein reiner Praktiker, der keinerlei Veröffentlichungen

53 Gustav Theodor Friedrich Derscheid (geb. 18. 8. 1827 in Trier, gest. nach 1890 war seit 1871 Rat am Appellationsgericht in Kolmar, seit dem 1. Nov. 1874 Präsident des Landgerichts Kolmar; am 1. Okt. 1897 wurde er zum Reichsgerichtsrat ernannt, vgl. über ihn Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 72f, 200 ff.

54 Vgl. dazu den Bericht von Perglas v. 2. 7. 1874 über die Sitzung des Bundesrates vom selben Tage bei: Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 204; Albert Gebhard wurde am 3. Jan. 1832 in Lahr/Schwarzwald geboren, er starb am 23. Okt. 1907 in Heidelberg. Seit dem 12. Dez. 1868 war er Ministerialrat im badischen Justizministerium in Karlsruhe, er wurde am 4. Juni 1890 o. Professor in Freiburg/Br., vgl. über ihn Gottlieb Planck, Geheimer Rat Prof. Dr. Albert Gebhard (Nachruf) in: DJZ 14. Jg. 1908, S. 119f; Werner Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB (Münstersche Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft 10), Berlin 1966, zugleich Diss. iur. Münster 1965, [zitiert: Schubert, Entstehung], S. 18f; und der Lebensabriß bei Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 73f.

55 Vgl. zur Kritik an Gebhard auch die Äußerung des preußischen Justizministers Leonhardt bei Perglas (wie Fn. 44), S. 204.

56 Bernhard Windscheid wurde am 26. Juni 1817 in Düsseldorf geboren, er starb am 26. Oktober 1892 in Leipzig. Er wurde 1847 Professor in Bonn, ging noch im selben Jahre nach Basel, 1852 nach Greifswald, 1857 nach München und 1871 als Nachfolger Vangerows nach Heidelberg. 1874 wurde er nach Leipzig berufen und im selben Jahr Mitglied der ersten Kommission, der er bis zum 30. Sept. 1889 angehörte. Vgl. den Nachruf Plancks in der DJZ 1909, Sp. 951 – 954; Erik Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Auflage, Tübingen 1963, S. 591 – 621; Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 86f.

57 Franz Philipp Friedrich von Kübel wurde am 19. Aug. 1819 in Tübingen geboren, er starb am 4. Jan. 1884 in Berlin. Er machte zunächst Karriere in der Justiz, war von 1862 – 1866 Mitglied der „Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines Obligationenrechts“, wurde 1871 Obertribunalsdirektor, 1877 Vizepräsident des Obertribunals und trat auf Vorschlag Württembergs 1874 in die erste Kommission ein; vgl. über ihn und seine zahlreichen juristischen Werke Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 75f.

58 Johann Gustav Karl von Mandry wurde am 31. Jan. 1832 in Waldsee/Württ. geboren, er starb am 30. Mai 1902 in Tübingen. Am 20. Juli 1861 wurde er auf Grund seiner guten Examina (ohne promoviert zu haben) zum o. Professor in Tübingen ernannt. 1884 wurde er Nachfolger Kübels in der ersten Kommission; in der zweiten Kommission war er Referent des Familienrechts. Vgl. Gottlieb Planck, Gustav von Mandry (Nachruf) in: DJZ 7. Jg. 1902, S. 287; Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 78f.

aufzuweisen hatte. Der Braunschweigische Gesandte v. *Liebe*⁵⁹ hatte außerdem Bedenken gegen *Derscheids* Qualifikation⁶⁰. Aber bevor sich das auswirken konnte, verließ *Derscheid* bereits 1879 (also vor Beginn der Beratungen über die Referentenentwürfe der ersten Kommission im Jahre 1881) die Kommission und wurde Reichsgerichtsrat.

Da der Kommissionsvorsitzende *Pape*⁶¹ die Redaktion des Sachenrechts bereits an den preußischen Juristen *Reinhold Johow*⁶² vergeben hatte und er keinen zweiten preußischen Juristen (also auch *Derscheid* nicht) zum Redaktor ernennen konnte, mußte *Gebhard* als Vertreter des französischen Rechts den Allgemeinen Teil übernehmen, obwohl der Code civil gar keinen Allgemeinen Teil kennt. 23

2. Das Rheinische Recht bei der Arbeit der ersten Kommission

Den Beratungen über die Teilentwürfe des BGB, die im Jahre 1881 begannen, ging eine umfangreiche Stoffsammlung voraus⁶³. Sie fußte auf dem Gedanken, daß das französische Recht – wie es das Rheinland in zwanzig Jahren (1794 – 1814) kennen gelernt hatte – dem deutschen Recht Rechtsgedanken, Rechtseinrichtungen und Rechtsmethoden vermittelt hatte, die hier unbekannt waren und zu neuen Gestaltungen des einheimischen Rechts anregten⁶⁴. Die am 28. September 1874 beschlossene „Instruktion für die Redaktoren“ sah zwar für sie regelmäßige Sitzungen vor und Beratungen über grundsätzliche Fragen der Systematik des Gesetzbuchs, seine 24

59 Friedrich August Gottlob v. Liebe (1809 – 1885) war 1848 Bundestagsgesandter Braunschweigs in der Frankfurter Nationalversammlung, später Bundesbevollmächtigter. Sein Sohn Viktor Friedrich August v. Liebe (1838 – 1906) war in der ersten Kommission Hilfsarbeiter Johows und Schmitts. Nach Abschluß der Kommissionsarbeiten wurde er 1889 Reichsgerichtsrat.

60 Vgl. Schubert, Materialien (wie Fn. 44), Einleitung S. 37f.

61 Heinrich Eduard Pape wurde am 13. Sept. 1819 in Brilon/Westf. geboren, er starb am 11. Sept. 1888 in Berlin. Seit dem 20. Sept. 1856 war er Appellationsgerichtsrat in Königsberg, danach an der Ausarbeitung des ADHGB beteiligt, wurde er 1859 zum Geheimen Justizrat ernannt. Seit dem 2. Jan. 1870 war er Präsident des 1869 errichteten Bundesoberhandelsgerichts. Vgl. über ihn Wilhelm Konrad Neubauer in ADB Bd. 52, 1906 (Neudruck Berlin 1971) S. 750 – 754; Planck, Nachruf in DJZ 1909, Sp. 954; Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 79f.

62 Reinhold Heinrich Sigismund Johow wurde am 30. Mai 1823 in Berlin geboren, er starb am 12. Jan. 1904 in Berlin. Seit dem 9. Juli 1860 wirkte er als Appellationsgerichtsrat in Posen, seit 1868 am Kammergericht in Berlin, 1869 wurde er zum Obertribunalsrat ernannt. Nach dem Tode Papes im September 1888 führte er den Vorsitz der ersten Kommission. Vgl. über ihn Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 74.

63 Dazu waren sie auf Grund der Instruktion der Gesamtkommission verpflichtet, vgl. Schubert, Materialien (wie Fn. 44), Teil D I, S. 206 ff.

64 Vgl. Josef Kohler, Einführung, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, Bd. I, 1908, S. 1 – 5 (3); ähnlich Carl Crome, Intensive und extensive Bedeutung des französischen Privatrechts, in: ebenda, S. 6 – 12 (6f); vgl. Elmar Wadle, Französisches Recht und deutsche Gesetzgebung im 19. Jahrhundert, in: Reiner Schultze (Hg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 3), Berlin 1991, S. 201 – 220 (S. 220).

sprachliche Fassung und die grundlegenden Sachfragen⁶⁵, doch waren die Redaktoren so stark mit ihrem Stoff beschäftigt, daß sie es ablehnten, sich in die anderen Rechtsgebiete einzuarbeiten⁶⁶. Die Kommission traf sich deshalb nur noch alle zwei bis drei Wochen, tauschte sich nur über terminologische Fragen aus und beschränkte sich auf geschäftliche Mitteilungen⁶⁷. Deshalb und wegen seines frühen Ausscheidens aus der Kommission hat *Derscheid* auf die Fassung des ersten Entwurfs wenig Einfluß gehabt⁶⁸. Hinzu kam, daß das französische Recht – trotz seiner unbestreitbaren Fortschrittlichkeit – in der Kommission auch sonst keine starke Stellung hatte, weil es als ausländisch und wissenschaftlich wenig durchgearbeitet und deshalb als Grundlage für die neue Kodifikation als nicht geeignet galt⁶⁹. So war die Ausgangslage für die Berücksichtigung von Instituten des Rheinischen Rechts gleich zu Beginn der Arbeiten der ersten Kommission wenig glücklich.

III. Das Rheinische Recht in der Gesetzgebungsarbeit

1. Allgemeine Überlegungen

Zur Frage des Einflusses des Code civil auf die Gesetzgebungsarbeiten am BGB gilt es, 25
sich zu erinnern, welchen Auftrag die erste Kommission erhalten hatte. Das Gutachten
des Handelsrechtlers *Levin Goldschmidt* hatte die Vorkommission mit geringen
Änderungen beschlossen und der Bundesrat billigte es in seiner Sitzung vom 22. Juni
1874. Einige Kernsätze dieses Gutachtens lauteten⁷⁰:

„So stellt sich die zu lösende Aufgabe im Wesentlichen als eine dreifache: 26

- *Es ist der Gesamtbestand der innerhalb des Deutschen Reiches geltenden Privatrechtsnormen mit Rücksicht auf deren Zweckmäßigkeit, innere Wahrheit und folgerichtige Durchführung zu untersuchen.*
- *Es ist sorgsam zu prüfen, wieweit die von der gemeinsamen Grundlage des sogenannten gemeinen Rechts (gemeinen Civilrechts und deutschen Privatrechts) abweichenden Bestimmungen der neueren großen Civilgesetzgebungen, der Landesgesetze und der etwaigen Reichsgesetze beizubehalten seien, oder ob und welche Ausgleichung zu versuchen sei.*

65 Vgl. den Wortlaut bei Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 221, Ziff. 2 und 3.

66 Vgl. Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 41f.

67 Vgl. Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 41f; und Teil D II, S. 237 ff.

68 So ausdrücklich Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 41.

69 So in den Grundsätzen für die Arbeit der 1. Kommission, Drucksache des Bundesrates 1874, Nr. 53 vom 9. Juni 1874, Druck bei Henning Rassow, Die Verhandlungen der Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland, in: Gruchot 21. Jg., Berlin 1877, S. 167 – 245, hier: S. 177; Schubert, Entstehung (wie Fn. 54), S. 23.

70 Abgedruckt bei Schubert, Materialien (wie Fn. 44), S. 170f.

- *Es ist endlich auf richtige Formgebung und Anordnung die höchstmögliche Sorgfalt zu verwenden.*“

Hiernach war die Kommission keineswegs gehalten, sich möglichst dem Vorbild des Code civil anzuschließen, wiewohl er infolge seiner Grundgedanken – auch noch 70 Jahre nach seinem Inkrafttreten – das modernste Gesetzbuch seiner Zeit war. Die Vorbehalte, welche die Vorkommission gegen den Code civil geltend gemacht hatte⁷¹ verhinderten zusätzlich, daß die erste Kommission sich vornehmlich auf ihn berief. Hinzu kamen die persönlichen Eigenschaften und die Ausbildung der Mitglieder, wovon schon die Rede war⁷². Bei den Redaktoren handelte es sich um erfahrene Praktiker, die für ihre Aufgabe besonders geeignet erschienen, weil das neue BGB nur das bestehende Recht wiedergeben, aber keine kühnen Neuerungen bringen sollte. Sie wurden weder erwartet noch waren sie erwünscht. Von einer rückhaltlosen Bewunderung und Nachahmung der französischen Kodifikation war man also weit entfernt. Stattdessen wog man die Lösungen nach praktischen Gesichtspunkten. Dabei herrschte auf Grund von Ausbildung und praktischer Erfahrung der Kommissionsmitglieder eine gewisse Vorliebe für gemeinrechtliche Lösungen vor. Mustert man danach die Arbeit der ersten Kommission und ihrer Nachfolger, so verwundert es nicht, wenn die Regelungen, die in den Text der Entwürfe übergegangen sind, nur relativ selten der Lösung des Code civil folgen, ja, daß sie manchmal in ausgesprochenem Gegensatz zu ihr stehen. Daß sich im übrigen auch parallele Regelungen finden, die nicht voneinander abhängen, sondern der Sachlogik oder dem allgemeinen Zeitgeist vom Ende des 19. Jahrhunderts folgen, verwundert nicht⁷³.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Mitglieder der ersten Kommission nicht nur (fortschrittliche) Rechtsgedanken aus Frankreich übernommen, sondern daß auch umgekehrt ihre Lösungen den Weg nach Frankreich gefunden haben. Da sich die wirtschaftlichen Verhältnisse in Mitteleuropa im wesentlichen glichen, waren auch die Rechtsprobleme ähnlich, so daß die Neigung bestand, Regelungen, die damals als fortschrittlich galten, zu übernehmen⁷⁴.

71 Vgl. oben S. 4 mit Fn. 11 und S. 14 mit Fn. 68.

72 Vgl. oben S. 12 mit Fnn. 53– 62.

73 Justus Wilhelm Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz, 3 Teile, Berlin 1910 – 1935, Neudruck Frankfurt/M 1968, hier: Teil I: Die Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin 1910, S. 79f; vgl. auch R. Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1897; Rudolf Leonhard, Französische Stimmen über das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch als Vorbild für Civilrechtsreformen, Vortrag (Stimmen des Auslands) 1905; und jetzt: Werner Schubert, Das Bürgerliche Gesetzbuch im Urteil französischer Juristen bis zum ersten Weltkrieg [zitiert: Schubert, franz. Juristen], in: ZRG, GA Bd. 114, 1997, S. 128 – 181.

74 Hedemann (wie Fn. 73), S. 79f vermerkt aber auch eine Wanderung von allgemeinen Ideen, wie der eines sozialen Rechts, aber auch von einzelnen Regelungen, wie etwa der Herabsetzung einer Vertragsstrafe oder der Versagung von Ehemäklerlohn.

Mustert man danach einzelne Stellen der Entwürfe, die sich mit dem Code civil 29 vergleichen lassen, so ergibt sich folgendes:

2. Personenstandsregister

Die Säkularisierung im Gefolge der großen französischen Revolution hatte in Frankreich 30 nicht nur zur strikten Trennung von Kirche und Staat geführt, sondern ging sogar so weit, daß man den christlichen Kalender über Bord warf und eine neue Zeitrechnung einführte⁷⁵. Daß der säkulare Staat unter diesen Umständen die Führung der Personenstandsbücher nicht mehr der Kirche überlassen wollte, ist einsichtig. Er nahm diese Aufgabe folglich im Jahre 1792 selbst in die Hand und schuf staatlich geführte Zivilregister. Der Code civil regelt dieses Registerwesen in den Artt. 34 ff ausführlich⁷⁶. Im Zuge des Kulturkampfes hat das Deutsche Reich dieses System durch das Personenstandsgesetz von 1875 übernommen⁷⁷. Dabei handelt es sich zwar nicht um französischen Einfluß auf das BGB, doch gehört das Gesetz mit dem Personenrecht des BGB eng zusammen.

3. Im Allgemeinen Teil

a) Persönlichkeitsrechte und Namensrecht

Die Freiheitsidee der französischen Revolution macht sich in der Behandlung der 31 Persönlichkeitsrechte, insbesondere des Namensrechtes bemerkbar: Art. 1382 Code civil enthält eine deliktsrechtliche Generalklausel⁷⁸. Die Cour de cassation hat in ihrer Entscheidung vom 15. Juni 1833⁷⁹ anerkannt, daß Schadensersatz in Geld auch für eine *dommage moral* verlangt werden könne. Andere Gerichte sind dem gefolgt⁸⁰. In Deutschland ging das Reichsgericht den umgekehrten Weg: Es hat den Ersatz einer

75 Am 14. Juli 1790 führte der Konvent eine neue Zeitrechnung ein, die – mehrfach geändert – am 5. Oktober 1793 (= Jahr 2 der Revolution) den Jahresanfang auf den 22. September legte, das Jahr in 12 Monate zu 30 Tagen teilte (Vendémiaire, Brumaire, Frimaire, Nivôse, Pluviôse, Ventôse, Germinal, Floréal, Prairial, Messidor, Thermidor, Fructidor) und fünf bzw. in Schaltjahren sechs zusätzliche Tage hinzufügte (die Fêtes de la vertu, du génie, du travail, de l'opinion, de récompenses, de la Revolution). Aber bereits das Dekret Napoleons vom 9. Jan. 1805 führte ab 1. Januar 1806 den Gregorianischen Kalender wieder ein.

76 Vgl. Charles Aubry/Charles-Henri Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 4. Auflage Bände I – VIII, Paris 1869 – 1878, hier: Bd. I, §§ 55 – 65; Marcel Planiol/Georges Ripert, Traité élémentaire de droit civil, 11. Auflage, Bände I – III, Paris 1928, hier: Band I, Nr. 454 – 476; Helmut Coing, Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914, Band II: 19. Jahrhundert, München 1989 [zitiert: Coing, Privatrecht], § 47, V, S. 292f.

77 Vgl. Werner Schubert, Zur Vorgeschichte und Entstehung der Personenstandsgesetze Preußens und des Deutschen Reichs (1869 – 1875), in: ZRG, GA Bd. 97, 1980, S. 43 – 93.

78 Art. 1382 Cc lautet: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer“.

79 Cour de cassation, Urteil vom 15. Juni 1833, in: Sirey 1833.1. 468.

80 Vgl. Hedemann (wie Fn. 73), S. 53 ff; Coing, Privatrecht (wie Fn. 76), II, § 48, II, S. 294 f.

dommage moral aus Art. 1382 verweigert⁸¹. Bekanntlich haben die Verfasser des BGB davon abgesehen, ihm eine deliktische Generalklausel einzufügen und auch die Verletzung des Persönlichkeitsrechtes nicht mit einer Schadensersatzdrohung belegt⁸². Die gegenteilige Auffassung hat der BGH nach dem zweiten Weltkrieg erst langsam erarbeitet⁸³.

Anders ist die Entwicklung beim Namensrecht verlaufen: Im Code civil findet sich keine besondere Regelung dafür. Dennoch hat die französische Rechtsprechung aus dem Art. 1382 Cc auch einen Schutz des Namens abgeleitet⁸⁴. In Deutschland hat die Diskussion um das Namensrecht im 19. Jahrhundert eingesetzt. Doch verwarf u. a. *Joseph Kohler* – anders als in Frankreich – den Gedanken an ein Eigentum am Namen und entwickelte eine Theorie des Namensrechtes als Individualrecht (Persönlichkeitsrecht)⁸⁵. Seine Auffassung hat sich in Deutschland durchgesetzt⁸⁶. Während aber im E I der Namensschutz noch fehlte⁸⁷, ist er in den E II als § 22 eingefügt und als § 12 BGB Gesetz geworden. 32

81 RGZ 7, 295; diese Entscheidung hat Joseph Kohler, *Das Individualrecht als Namensrecht*, in: *Archiv für bürgerliches Recht* 5, 1891, S. 77 – 100 kritisiert; vgl. Diethelm Klippel, *Der zivilrechtliche Schutz des Namens. Eine historische und dogmatische Untersuchung*, Paderborn 1985, S. 85 ff, 145 ff, 268 ff; derselbe, *Die Bedeutung des rheinischen Rechts für die Entwicklung des Namens- und Firmenschutzes in Deutschland*, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft*, Frankfurt/M 1988, S. 123 – 156, hier: S. 139 ff, 148 ff.

82 Vgl. dazu Coing, *Privatrecht* (wie Fn. 76), II, § 48, III, S. 296 ff.

83 Der BGH hat den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zunächst auf eine Analogie zu § 847, später auf Art. 1 u. 2 GG und die „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (Europäische Menschenrechtskonvention, MRK) vom 4. Nov. 1950, BGBI II 1952, 686 gegründet; vgl. z. B.: BGHZ 13, 334 (Leserbrief), 26, 349 (Herrenreiter), 35, 363 (Gingsengwurzel); vgl. Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, 9. Aufl. Berlin 1997, Rn. 1225 ff; Dieter Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Aufl. München 2004, Rn. 815 ff; Hartwig Sprau, in: Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch [Beck'sche Kurz-Kommentare 7]*, 64. Auflage 2005, § 823, Rn. 83 – 125.

84 Art. 537 Cc, der nur über Güter von (unbenannten) juristischen Personen handelt, lautet: „Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens, qui n'appartiennent pas à des particuliers, sont administré et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières“; vgl. Planiol/Ripert (wie Fn. 76), I, Nr. 397; Kohler (wie Fn. 65), stützt sich in seiner Argumentation auf die französische Rechtsprechung.

85 Joseph Kohler, *Das Individualrecht als Namensrecht* (wie Fn. 81); vgl. Coing, *Privatrecht* (wie Fn. 76), II, § 48, IV, S. 300 ff.

86 Vgl. über seine Anwendung in der Praxis: Otto v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Band I, Leipzig etc. 1895, § 83, S. 721f.

87 Er war als Schutz der Firma jedoch bereits in Art. 27 des ADHGB und in anderen Gesetzen geregelt, vgl. Hedemann (wie Fn. 73), I, S. 59f, Fn. 8.

b) Vereinsbildung

Zeigten die bisherigen Beispiele die Übernahme französischer Rechtsregelungen und Rechtsgedanken in Deutschland, so verhielt es sich mit der Vereinigungsfreiheit umgekehrt: Obgleich die konstituierende Versammlung 1790 der freien Körperschaftsbildung zuneigte, war Art. 537 Cc so unbestimmt formuliert, daß die französische Theorie und Praxis daraus ein Konzessionssystem ableitete⁸⁸. Die Diskussion in Deutschland war zu Zeiten der ersten Kommission noch in vollem Gange, so daß die Verfasser des E I „sich ängstlich an einer reichsrechtlichen Regelung vorbeigedrückt“ haben⁸⁹. Während *Gierke* und *Schultze-Delitsch* eine freie Körperschaftsbildung forderten, lief dann die parlamentarische Diskussion⁹⁰ über die Regelung des BGB auf unser heutiges System der Normativbestimmungen hinaus. In den 1860er Jahren schwenkte die französische Rechtsprechung um und durch das „*Loi relative au contrat d'association*“⁹¹ wurde unser System dort praktisch übernommen.

c) Die Fassung des § 138 I BGB

§ 106 des E I hatte ursprünglich folgenden Wortlaut: „*Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig.*“ Dabei hatte man sich auf Art. 6 und auf Art. 1131 Cc berufen⁹², dem die Vorschrift nachgebildet war⁹³. Während der Sittenverstoß eine Tatsachenfeststellung erforderte, erfaßte der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung auch die Ansichten über Sittlichkeit in der Politik und den Grundsatz der Wahlfreiheit. Bereits die zweite Kommission hatte auf Anregung *Zitelmanns*⁹⁴ den Begriff der öffentlichen Ordnung gestrichen, weil er zu unbestimmt sei und dem Richter zu große Freiheit gebe. § 106 des E II wurde bei der Beratung im Reichstag zu einem Zankapfel mit den Sozialdemokraten, die durch ihren Abgeordneten

88 Vgl. Hedemann (wie Fn. 73), I. S. 41 ff, mit weit. Nachweisen.

89 Formulierung Hedemanns (wie Fn. 73), I, S. 44 mit Fn. 4; die Meinung der ersten Kommission findet sich in §§ 42 und 62 E I und in den Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I: Allgemeiner Theil, (Amtliche Ausgabe), 2. unveränderte Auflage Berlin 1896, S. 89 ff.

90 Nachweis über die verschiedenen Redner bei Hedemann (wie Fn. 73), I, S. 44f, mit Fn. 4.

91 *Loi relative au contrat d'association* vom 1. Juli 1901, in: Lois Nouvelles, Année 1901, 3. partie, S. 155, vgl. Hedemann (wie Fn. 73) I, S. 42f mit Fn. 3, der die Entwicklung in Frankreich darstellt.

92 Art. 6 Cc lautet: „On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs“; Art. 1131 Cc lautet: „L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet“.

93 Vgl. Motive, amtl. Ausgabe (wie Fn. 89), Bd. I, S. 211.

94 Vgl. Ernst Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Teil II, Berlin 1890, S. 58 ff; dazu jetzt: Tilman Repgen, Die Kritik Zitelmanns an der Rechtsgeschäftslehre des ersten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, in: ZRG, GA 114, 1997, S. 73 – 127, hier: S. 116f, 124; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles/Gebhard/Spahn., 6 Bände, 1 Registerband, Berlin 1897 – 1899, hier: Bd. I, S. 124;.

Stadthagen meinten, die Vorschrift solle dem Richter mit dem Begriff der öffentlichen Ordnung ein Mittel an die Hand geben, unabhängig von den geläufigen Sitten die Anwendung der großen sozialen Grundsätze zu sichern⁹⁵. Die Reichstagsmehrheit lehnte den sozialdemokratischen Vorschlag jedoch ab. Dies billigte auch der Franzose *Raymond Saleilles*, der sich ausführlich mit den Entwürfen zum BGB auseinandergesetzt hatte⁹⁶.

4. Im Schuldrecht

a) Lebenslange Dienstverträge

Zustimmung zu den Lösungen des Code civil und Ablehnung ihrer Regeln halten sich im Schuldrecht des BGB ungefähr die Waage. Als Ausfluß des revolutionären Freiheitsgrundsatzes⁹⁷ findet sich bereits in der Erklärung der Menschenrechte der Satz, daß sich niemand für seine gesamte Lebenszeit an ein Arbeitsverhältnis binden dürfe, weil das der menschlichen Freiheit zuwiderlaufe⁹⁸. Die in Art. 1780 Code civil gefundene Formulierung ist als Ausschluß lebenslänglich geltender Dienstverträge interpretiert worden. Aus diesem Gedanken ist dann unser § 624 BGB erwachsen, der es ermöglicht, lebenslange oder langfristige Dienstverträge nach fünf Jahren zu kündigen⁹⁹. 35

b) Schuldübernahme

Hinsichtlich der Schuldübernahme hatte die französische Praxis das in Art. 1271 vorgesehene Verfahren abgeändert: An seine Stelle trat ein Vertrag zu Gunsten Dritter, den der Altschuldner mit dem Übernehmer zugunsten des Gläubigers schloß. Allerdings 36

95 Vgl. *Stadthagen*, in: Die erste, zweite und dritte Berathung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage, Berlin 1897f, hier: 2. Berathung, S. 249 ff.

96 Vgl. *Raymond Saleilles*, Observations sur une communication de M. G. Blondel à la Société de législation comparée, touchant le Code civil allemand et les ouvriers, in: Bulletin de la Société de législation comparée, Band 30, 1900/01, S. 228 – 241, hier: S. 230 ff; zu *Saleilles* vgl. *Schubert*, franz. Juristen (wie Fn. 73), S. 148 ff, 158 ff und jetzt: *Birte Gast*, (wie Fn. 42), S. 70 ff.

97 Vgl. Déclaration des droits d l’homme et du citoyen von 1789, Art. 14: Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d’en suivre l’emploi, et d’en déterminer la quotité, l’assiette, le recouvrement et la durée.“; vgl. *Jürgen Sandweg*, Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis: Untersuchungen zur „Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte“ v. 1789, Berlin 1972, S. 157 ff; Abdruck der Erklärung S. 302 ff [dort allerdings falsch auf 1798, (richtig: 1789!) datiert].

98 „Il serait étrange qu’un domestique, un ouvrier, pussent engager leurs services pour toute la vie. La condition d’homme libre abhorre toute espèce d’esclavage“ sagen die Motive bei *Jean Guillaume Locré*, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Bände I – XXXI, Paris 1827 – 1832, Nachdruck 1990, hier: Band XIV, S. 416.

99 Vgl. die Entwicklung des Gedankens bei *Hedemann* (wie Fn. 73), I, S. 29 ff; die Begründung des § 624 bei *Mugdan* (wie Fn. 44), Band II, S. 911; vgl. *Coing*, Privatrecht (wie Fn. 76) II, § 96, III, S. 483f; vgl. *Mugdan*, Motive Bd. II, S. 259f; vgl. *Hans Dölle*, Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, hg. v. Ernst v. Caemmerer et al., Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 19 – 47, hier S. 27.

mußte der Gläubiger diesen Vertrag genehmigen¹⁰⁰. Das BGB hat diese neue französische Lösung in den §§ 414 ff übernommen¹⁰¹.

c) Kauf bricht nicht Miete

Ob der Mieter von Wohnraum bei Verkauf der Mietsache geschützt werden oder das Interesse des Eigentümers vorgehen sollte, war im 19. Jh. durchaus streitig. Nach römischem und gemeinem Recht galt der Grundsatz „*emptio tollit locatum*“ (Kauf, d. h. die Übereignung der Mietsache bricht Miete, vgl. Gai. Dig. 19. 2. 25. 1; Ulp. Dig. 30. 120. 2). Der Mieter mußte also dem dritten Erwerber weichen und hatte nur einen Ersatzanspruch gegen seinen Vermieter¹⁰². Der BGB-Gesetzgeber entschloß sich jedoch, dem sozialen Schutz des Mieters den Vorrang zu geben, indem er in § 571 BGB (heute: § 566 BGB) den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ einführte. Den Grundsatz entnahm er dem Cc Artt. 1743 ff¹⁰³. 37

d) Die sittenwidrige Schädigung

Der Gesetzgeber des BGB hat nicht nur vom Code civil, sondern auch von der französischen Rechtsprechung gelernt: Bereits die Motive¹⁰⁴ zu § 705 des E I klagten darüber, daß das geltende Recht keine ausreichenden Bestimmungen über Schadensersatz aufweise – anders dagegen das französische Recht! Wenn auch § 705 des E I einen gewissen Fortschritt bedeutete, kam es vielen Juristen darauf an, hinsichtlich der sittenwidrigen Schädigung einen allgemeinen Grundsatz zu haben, etwa des Inhalts: „*Wer einen anderen absichtlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädigt, muß diesen Schaden ersetzen*“. Diesem Gedanken hat die französische Rechtsprechung zum Durchbruch verholfen. Die Kritiker des E I begrüßten die Neuerung und wiesen auf die wichtige Vorarbeit der französischen Praxis hin, und die Motive waren sich bewußt, mit dem späteren § 826 BGB „*ein Hauptprinzip*“ zu schaffen, das „*die Anforderungen des Lebens befriedigt*“¹⁰⁵. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand, der den Kreis der unerlaubten Handlungen erweitert und abrundet. Das ist sicher gelungen, allerdings 38

100 Zur französischen Praxis vgl. Planiol/Ripert (wie Fn. 76), Bd. II, Nr. 558f.

101 Vgl. die Motive bei Mugdan (wie Fn. 44), Bd. II, S. 78; Coing, Privatrecht (wie Fn. 76), II, § 94, II, S. 471.

102 Vgl. Kaser, Max / Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht, 17. Auflage 2003, § 42, Rn. 13, 14.

103 Vgl. Mugdan, Bd. II, Motive, (wie Fn. 44) S. 212f; Bd. II, Protokolle, S. 815f; vgl. auch v. Maibom / Fischer, Otto, Gutachten über den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“, in: Verhandlungen des 19. Dt. Juristentags, Bd. II, Berlin (1888), S. 3 – 34; 312 – 449; Dölle (wie Fn. 99), S. 27.

104 Motive, aml. Sammlung (wie Fn. 89), II, S. 726 = Mugdan (wie Fn. 44), Bd. II, S. 1080.

105 Vgl. die Äußerung der Kölner Handelskammer, in: die Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines (deutschen) BGB, gefertigt im Reichsjustizamt, 6 Bände, Berlin 1890f, hier: Band II, S. 401 und die Stellungnahme von Rießer ebenda, Band VI, S. 514; vgl. Hedemann (wie Fn. 73) S. 137.

begrenzte die zweite Kommission die Haftung auf vorsätzlich zugefügten Schaden¹⁰⁶. Saleilles, der französische Kritiker der Entwürfe zum BGB, wollte – ebenso wie einige Mitglieder der verschiedenen Kommissionen – dagegen die Vorschrift auch auf fahrlässig begangene illoyale Handlungen ausgedehnt wissen oder dachte sogar an eine verschuldensunabhängige Haftung¹⁰⁷.

Daß die sittenwidrige Schädigung zu einem Schadensersatzanspruch des Geschädigten führt, wurde besonders wichtig beim Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb, der „*concurrency déloyale*“ des französischen Rechts. Der Anspruch wird dort einer einzigen Vorschrift entnommen, nämlich der Generalklausel des Schadensersatzes Art. 1382 Cc. Sie bot der französischen Jurisprudenz die Möglichkeit, alle Fälle des unlauteren Wettbewerbs in Griff zu bekommen¹⁰⁸. In Deutschland finden sich im Geltungsgebiet des französischen Rechts zwar einige Urteile, die der französischen Auffassung folgten¹⁰⁹, doch hat das Reichsgericht lange Zeit eine solche Entwicklung blockiert. Es war nämlich

106 Vgl. Protokolle, amtliche Ausgabe (wie Fn. 94), Bd. II, S. 570, 575 ff; die Denkschrift zum Entwurf eines BGB, Berlin 1896, meinte S. 149, es solle kein unbestimmter Haftungsgrundsatz nach dem Vorbild des Cc aufgestellt werden; Gottlieb Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Band, 1. und 2. Auflage, Berlin 1900, zu § 826, S. 617; vgl. Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652 – 853; §§ 823, 826, S. 872 – 906, hier: S. 896f; Hans-Peter Benöhr, Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB, in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 2000, S. 499 – 547, hier: S. 515 ff, 523, 529f; 547.

107 Vgl. Raymond Saleilles, Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire d'Allemagne, 2. Auflage, Paris 1901, S. 370f, wo er auch auf das ungeklärte Verhältnis von § 226 zu § 826 hinwies, vgl. die Besprechung von Konrad Cosack in: Zeitschrift f.d. gesamte Handelsrecht, Bd. 37, 1890, S. 574f und von Meissels, in: Zeitschrift f. d. Privat- und Öffentliche Recht, Bd. 18, 1891, S. 215 – 218; Birte Gast (wie Fn. 42), S. 235f. Ludwig v. Cuny, geb. 1833 in Düsseldorf, Professor der Rechte in Berlin, seit 1874 nationalliberales Mitglied des Reichstages, gest. 1898 in Berlin, verteidigte als nichtständiges Mitglied der zweiten Kommission den Antrag, bei Gesetzesverstößen Billigkeitshaftung eintreten zu lassen, indem er sich auf französisches Recht berief, vgl. Jakobs/Schubert (wie Fn. 106), Bd. III, §§ 652 – 853, Berlin 1983, S. 929, fand damit aber kein Gehör, vgl. Benöhr (wie Fn. 104), S. 543f.

108 Vgl. Hans Allart, Traité théoretique et pratique de la concurrence déloyale, 1892; in Deutschland waren es die Schriften Joseph Kohlers, z. B. Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts, Berlin 1914, die den Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb in Deutschland vorangebracht haben; vgl. Hedemann, (wie Fn. 73), S. 138. Der Rheinische Senat des Reichsgerichts hat sich allerdings seit RGZ 1, 26 geweigert, den Art. 1382 Cc auf Markenschutzfragen anzuwenden, da das Markenschutzgesetz eine abschließende Regelung enthalte; vgl. ausführlich zu dieser Rechtsprechung: Schumacher (wie Fn. 21), bes. S. 92 ff; Rudolf Krasser, Die Entwicklung der Ordnung des Wettbewerbsrechts in der französischen und deutschen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts, in: Helmut Coing (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band IV, Frankfurt/M 1979, S. 145 – 162; Elmar Wadle, Das rheinisch-französische Deliktsrecht und die Judikatur des Reichsgerichts zum unlauteren Wettbewerb [zitiert: Wadle, Deliktsrecht], in: Schulze (wie Fn. 21), S. 79 – 98, hier S. 82, der auf Kohler (s.o.) S. 57 hinweist.

109 Vgl. die Beispiele bei Joseph Kohler, Der unlautere Wettbewerb, Berlin u. Leipzig 1914, S. 37f, 45f anders: Oberhofgericht Mannheim bei Kohler, S. 37f; Krasser (wie Fn. 108), S. 160 f.

der Meinung, daß alles erlaubt sei, was das Markenschutzgesetz [Warenzeichengesetz]¹¹⁰ nicht verbiete. Es hat damit dem Mißbrauch Tür und Tor geöffnet und dem Markenschutz und dem Schutz gegen unlauteren Wettbewerb einen Bärendienst erwiesen¹¹¹. Erst 1901 änderte das Reichsgericht seine Meinung und ergänzte die Generalklausel des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb durch § 826 BGB, um alle Fälle zu erfassen¹¹².

e) Die Haftung für Hilfspersonen

Infolge der wachsenden arbeitsteiligen Wirtschaft war die Frage zu entscheiden, ob der Schuldner für das Verschulden eines Gehilfen haften sollte, den er zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen beigezogen hatte. Obwohl die gemeinrechtlichen Juristen Deutschlands damals eine solche Haftung mehrheitlich ablehnten¹¹³, haben die Väter des BGB sich entschlossen, die bisherige Meinung aufzugeben und das französische Modell zu übernehmen¹¹⁴, das sich auch in Art. 101 (Art. 115) des schweizerischen Obligationenrechts fand. 40

Auch hinsichtlich der Deliktshaftung für Verrichtungsgehilfen hat die erste Kommission in den §§ 710 – 712 des E I (d. h. den späteren §§ 831, 832 BGB) die Grundsätze des römischen Rechts verlassen und eine Verschuldensvermutung mit Entlastungsmöglichkeit eingeführt. Damit hatte sie sich – ohne darauf hinzuweisen – der Lösung des Art. 1384 Cc 41

110 Gemeint ist das deutsche Warenzeichengesetz vom 30. November 1874, novelliert am 12. Mai 1894; vgl. ausführlich: Joseph Kohler, Das Recht des Markenschutzes mit Berücksichtigung ausländischer Gesetzgebungen und mit bes. Rücksicht auf die englische, anglo-amerikanische, französische, belgische und italienische Jurisprudenz, Würzburg 1884, hier: S. 88 ff; Elmar Wadle, Der Weg zum Schutz des geistigen und gewerblichen Schaffens. Die deutsche Entwicklung im 19. Jahrhundert, in: Friedrich-Karl Beier/Alfons Kraft/Gerhard Schrikker/Elmar Wadle, (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, Festschrift, 2 Bände, Weinheim 1991, hier: Bd. I, S. 93 – 183.

111 Vgl. Krasser, (wie Fn. 108), S. 161f; Wadle, Deliktsrecht (wie Fn. 108), S. 93 ff; auch Helmut Köhler in: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. München 2004, bearb. v. Helmut Köhler/ Joachim Bornkamm, Einl. UWG 1. 38 verurteilt diese Rechtsprechung.

112 Wichtig für diese Praxis war vor allem das Urteil des Reichsgerichts vom 11. April 1901, in RGZ 48, 119, das den § 826 als geeignet erklärte, dort einzugreifen, wo die Einzelnormen des UWG Lücken ließen, vgl. Hedemann (wie Fn. 73), S. 139, mit Fn. 21.

113 Im römischen Recht (Ulp. Dig. 39. 1. 5. 5) gab es keine allgemeine Haftung für das Verschulden Dritter, doch entzündete sich Streit an Gai. Dig. 19. 2. 25. 7: Die h. M. übersetzte „*eorumque*“ als „und“, verlangte also Verschulden des Schuldners und seines Gehilfen, doch setzte sich im 19. Jh. die Ansicht durch, dort „oder“ gemeint sei, vgl. Kaser/Knütel, (wie Fn. 102), § 36. 25. Die gemeinrechtliche Ansicht findet sich bei Levin Goldschmidt, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen, in: Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 16, Erlangen 1871, S. 287 – 382 und bei Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. II, Frankfurt/M 1906, Neudruck Aalen 1963, § 401, Fn. 5, S. 746 ff; § 406, Fn. 6, S. 781 und § 410, Fn. 6, S. 801.

114 Vgl. Cc Art. 1384; Mugdan, Bd. II, Motive (wie Fn. 44), S. 15f., die diese Frage zu „einer der meistbestrittenen“ des ausgehenden 19. Jhs. rechnen; Dölle (wie Fn. 99), S. 26.

genähert¹¹⁵. *Saleilles* sah in dieser Annäherung ein Beispiel gegenseitiger Befruchtung beider Rechtskreise¹¹⁶.

f) Andere Entwicklungen

Als Parallelentwicklung ist es anzusehen, daß der Gefahrübergang beim Werkvertrag nach den neueren Kodifikationen mit der Abnahme eintritt. vgl. Art. 1790 Cc und § 644 BGB¹¹⁷. 42

Die Erweiterung des Vertrages auf drei Personen, wie sie sich beim echten Vertrag zu Gunsten Dritter in § 328 – 335 BGB findet, der dem Dritten ein eigenes Forderungsrecht zubilligt, war zwar im Code civil nicht geregelt, doch wurde das Fehlen entsprechender Normen in Frankreich als Lücke empfunden, die zunächst die Gerichte in Einzelfällen durch die Gewährung einer *action directe* zu schließen suchten. Darauf aufbauend hat die Literatur dann mit mehreren Theorien versucht, die Lücke grundsätzlich zu schließen. Diese Schriften haben auch in Deutschland Beachtung gefunden¹¹⁸. 43

Es fehlt aber auch nicht an Beispielen, wo die Verfasser des BGB sich nicht an französischem Vorbild ausgerichtet, sondern einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen haben. So haben sie die in den Art. 1674 – 1685 Cc geregelte *laesio enormis*, die dort ein Rücktrittsrecht gewährt, nicht ins BGB übernommen¹¹⁹, weil sie die Vertragsfreiheit allzu sehr beeinträchtigte. 44

Auch der Ersatz immaterieller Schäden ist in § 253 BGB im schroffen Gegensatz zum Cc geregelt¹²⁰, obwohl es bei den Beratungen über das BGB Bestrebungen gab, einen 45

115 Darauf hatte bereits Raymond Saleilles in seinem *Essai d'une théorie générale* (wie Fn. 107), 2. Aufl. 1901, S. 416 hingewiesen, wenn ihm auch die deutsche Lösung nicht weit genug ging, vgl. Birte Gast (wie Fn. 42), S. 246f, im übrigen Coing, *Privatrecht* (wie Fn. 76) II, § 107, II, S. 521. Dölle (wie Fn. 114, S. 26 meint zu Recht, das deutsche Recht habe sich bewußt von der strengen französischen Lösung abgesetzt und die des Art. 55 (62) des schweizerischen Obligationenrechts übernommen, das den Entlastungsbeweis zuläßt vgl. Mugdan, *Motive*, Bd. II, (wie Fn. 44), S. 411; Bd. II, *Protokolle*, S. 1090 ff.

116 Vgl. Birte Gast (wie Fn. 42), S. 247, mit weiteren Nachweisen; Schubert, *franz. Juristen* (wie Fn. 73), S. 154f.

117 Vgl. Coing, *Privatrecht* (wie Fn. 76) II, § 97, IV, S. 487.

118 Vgl. Eduard Wahl, *Vertragsansprüche Dritter im französischen Recht und Vergleichung mit dem deutschen Recht*, dargestellt an Hand der Fälle der *action directe* (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, hg. von Ernst Rabel, H. 9), Berlin 1935, S. 115 ff.

119 Vgl. *Motive*, aml. Ausgabe (wie Fn. 88), II, S. 321, welche die *laesio enormis* als gefährlich für die Rechts- und Verkehrssicherheit ansehen; Hedemann (wie Fn. 72), I, S. 14 mit Fn. 12.

120 Vgl. Art. 1382 Cc und Joseph Kohler, in: *ArchBürgR* (wie Fn. 80), S. 161 – 265, der sich S. 259 ff gegen die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 7, 295 (296) wendet, unter *dommage* in Art. 1382 f Cc nur Vermögensschäden zu verstehen, nicht dagegen die *dommage moral* (Nichtvermögensschäden); Hedemann (wie Fn. 72), S. 54 ff. der S. 55, Fn. 3 die französische Judikatur nachweist. Das Reichsgericht hatte der französischen Auslegung des Art. 1382 Cc widersprochen (RGZ 7, 295 (296) und immateriellen Schaden nicht darunter gefaßt. Vgl. Boehmer (wie Fn. 6), S. 307; Dölle (wie Fn. 99), S. 27.

Schadensersatz in Geld zuzulassen. Die zweite Kommission wollte jedoch dem Richter nicht so viel Ermessen gewähren, wie hier nötig gewesen wäre¹²¹.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß Rechtsregeln nicht nur von Frankreich nach Deutschland geflossen sind, sondern, daß auch der umgekehrte Weg zu beobachten ist. So war der Grundsatz von Treu und Glauben in Frankreich nicht sehr ausgebildet. Der Begriff findet sich zwar in Art. 1134, III, 1135 Cc: „*Les conventions doivent être exécutées de bonne foi*“, doch ist der Grundsatz in Frankreich kaum beachtet worden¹²². Das BGB geht weit darüber hinaus, denn es stellt den Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur an die Spitze des Schuldrechts, sondern Motive¹²³ und Protokolle¹²⁴ wollten nicht nur die Leistung, sondern das ganze Schuldverhältnis von Treu und Glauben durchwirkt sehen. Das Reichsgericht hat bereits vor 1914 und vor allem nach dem ersten Weltkrieg die Anwendung des Grundsatzes wesentlich erweitert¹²⁵, und der Bundesgerichtshof dann nach dem zweiten Weltkrieg den § 242 BGB als Generalklausel für das gesamte Privatrecht angesehen und sie dazu benutzt, die Wertentscheidungen des Grundgesetzes in das bürgerliche Recht einzubinden¹²⁶. Diese breite Anwendung des Gedankens von Treu und Glauben, hat auch nach Frankreich zurückgewirkt¹²⁷.

Das Schikaneverbot des § 226 BGB hat die französische Reformbewegung nach 1900 ebenfalls beeinflußt, obwohl § 226 heute weitgehend leerläuft, weil die Berufung auf §§ 242 und 826 BGB bessere Ergebnisse bringt¹²⁸.

121 Vgl. die Protokolle bei Mugdan (wie Fn. 44), II, S. 12, 515; dort heißt es S. 12: “Durch allgemeine Anwendung eines Entschädigungsanspruchs wegen Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnis beigelegt, welche erst bei der Berathung der CPO nach reiflicher Prüfung als bedenklich empfunden und deshalb verworfen wurde“; vgl. Horst-Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des BGB in systematischer Zusammenstellung, hier: Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 214 – 432, Berlin, 1978, S. 110 – 114, Coing, Privatrecht II (wie Fn. 76), S. 520.

122 Vgl. Hedemann, (wie Fn. 73), S. 122 mit Fn. 7.

123 Vgl. E I § 359; Motive, amtliche Sammlung (wie Fn. 89), II, S. 198.

124 Protokolle (amtl. Ausgabe) (wie Fn. 94), hier: Band I, S. 303.

125 Vgl. RGZ 85, 108 (117) vom 26. 5. 1914 (Aufrechnung); nach der ersten Weltkrieg hat das Reichsgericht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben die Inflation bewältigt, vgl. z.B. RGZ 107, 78 (87 ff) und den Wegfall der Geschäftsgrundlage begründet, vgl. z.B. RGZ 100, 129 (131 ff); Dieter Medicus, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 15. Aufl. München 2004, Rn. 125f.

126 Beispiele sind die Rechtsprechung des BGH zum Persönlichkeitsrecht (vgl. oben Fn. 83), zum Recht auf freie Meinungsäußerung (vgl. BGHZ 31, 308 (313); 45, 296 (308) und zum Verhältnis von Glaubensfreiheit und ehelichen Pflichten (vgl. BGHZ 33, 145 (149), 38, 317 (319)).

127 Vgl. die Nachweise bei Hedemann (wie Fn. 73), S. 124f, mit Fn. 9.

128 Auf das unausgeglichene Verhältnis zwischen § 226 und § 826 hat bereits Saleilles hingewiesen, vgl. den Nachweis oben Fn. 96 und im übrigen Hedemann (wie Fn. 73), S. 127 ff, mit Fn. 14; Hedemann zitiert RGZ 72, 251 (Sohn verlangt Zutritt zum Grabe der Mutter), die heute als falsch

5. Im Sachenrecht

Es ist daran zu erinnern, daß der Code civil zwar die revolutionäre Idee der Freiheit und Sicherheit des Eigentums als Hauptidee verfolgte, doch hat Napoleon sie weniger liberal-bürgerlich als staatsinterventionistisch gehandhabt, denn die in Art. 544 Cc genannten *règlements* und die in Art. 545 Cc genannte *utilité publique* waren so unbestimmt formuliert, daß sie dem Staat mancherlei Eingriffsmöglichkeiten boten¹²⁹. So hat denn auch die erste Kommission im Sachenrecht den Code civil seltener berücksichtigt als in den anderen Büchern des BGB, weil sich dessen Institute nur schwer mit dem in Deutschland geltenden Recht verbinden ließen¹³⁰. Der Teilentwurf zum Sachenrecht enthielt zwar in §§ 199 und 200 Eigentumsvermutungen, doch kannte er keine Besitzschutzklagen¹³¹. Diese dem französischen Recht entsprechende Regelung verwarf jedoch die erste Kommission¹³², die auf den bewährten Besitzschutz nicht verzichten wollte.

Auch die Eigentumsübertragung allein durch einen obligatorischen Veräußerungsvertrag ohne Übergabe der Sache, wie sie sich in den Artt. 711, 938, 1138 und 1583 Cc findet, hat die erste Kommission nicht übernommen, weil ihr das Traditionsprinzip des gemeinen Rechts näher lag¹³³.

Eine Parallelentwicklung lag vor bei Art. 2279 Cc, wonach ein gutgläubiger Erwerb an abhanden gekommenen Sachen ausgeschlossen war. Denn bereits Art. 306, IV ADHGB hatte eine vergleichbare Regelung enthalten. Auch die erste Kommission nahm sie in den § 879, S. 2 des E I auf; sie behielt auch in § 939 des E I den Lösungsanspruch bei, der sich in Art. 2280 Cc findet¹³⁴. Im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten wurde zwar der Ausschluß des Gutgläubenserwerbs beibehalten, doch strich die zweite Kommission aus praktischen Erwägungen den Lösungsanspruch des § 937 E I¹³⁵, weil der

gilt, weil man den Fall unter Berufung auf §§ 242 und 826 besser lösen kann, vgl. Palandt/Heinrichs, 64. Auflage, München 2005, § 226, Rn. 1.

129 Vgl. Fehrenbach (wie Fn. 5), S. 24 f und die dort Genannten; vgl. Werner Schubert, Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 (wie Fn. 11), S. 11.

130 Vgl. Werner Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Ein Betrag zur Entstehungsgeschichte des BGB (Münstersche Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, 10) [zitiert: Schubert, Besitz], Berlin 1966, S. 29

131 Vgl. Schubert, Besitz (wie Fn. 130), S. 69 mit Fn. 373 verweist insoweit auf das französische Recht, nämlich Zachariae, Französisches Civilrecht I, S. 467f.

132 Vgl. Protokolle der ersten Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB für das Deutsche Reich, I, S. 3513f; zitiert nach Schubert, Besitz (wie Fn. 130), S. 70 mit Fn. 375.

133 Vgl. Protokoll der 1. Kommission (wie Fn. 132), v. 18. 10. 1875, S. 2, zitiert nach Schubert, Besitz (wie Fn. 130), S.144.

134 Vgl. Schubert, Besitz (wie Fn. 130), S. 153f mit Fn. 790; Becker (wie Fn. 1), S. 345

135 Vgl. Protokolle der zweiten Kommission (wie Fn. 94), Band III, S. 367 ff; Schubert, Besitz (wie Fn. 130), S. 167f mit Fn. 859.

Eigentümer dadurch benachteiligt, die Hehlerei begünstigt und einem unredlichen Besitzer ungerechtfertigte Vorteile verschafft würden. So ist der Lösungsanspruch des Code civil nicht ins BGB eingegangen.

6. Im Familienrecht

Wir hatten früher gesehen, daß das Familienrecht des Code civil patriarchalisch ausgerichtet war. Davon haben die liberalen Verfasser des BGB nichts übernommen, wenn man vom gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung absieht, der aber bei weitem nicht so weit ging wie die Rechte des französischen Ehemannes am Frauenvermögen. 51

Immerhin ist festzuhalten, daß im Gefolge der Säkularisierung des Staates nicht nur – wie gezeigt – die staatlichen Personenstandsregister neu eingeführt wurden, sondern auch die obligatorische Zivilehe¹³⁶. Sie ist in Art. 146, 75f, 194 Cc geregelt und ist auch – anders als das Ehescheidungsrecht – in der auf Napoleon folgenden Restaurationszeit beibehalten worden¹³⁷. Umgekehrt hat jedoch die rechtliche Stellung der deutschen Frau auf die französische Rechtsentwicklung anregend gewirkt¹³⁸ 52

Der Gesetzgeber hatte in den § 1858 – 1881 BGB den Familienrat eingeführt¹³⁹. Vorbild war neben dem preußischen Vormundschaftsrecht der *Conseil de famille* des Cc, Artt. 405 – 419¹⁴⁰. Allerdings hat er in Deutschland niemals praktische Bedeutung erlangt, so daß die Vorschriften 1979 aufgehoben worden sind. 53

Der Code civil war hinsichtlich des Ehegüterrechts modern: Er ließ Eheverträge zu, verlangte allerdings, daß bereits die Brautleute den Vertrag schlossen; einen 54

136 Sie ist bereits durch das Gesetz vom 25. Sept. 1792 eingeführt worden, vgl. Coing, Privatrecht II (wie Fn. 76), S. 307, Fn. 8; vgl. Hermann Conrad, Zur Einführung der Zwangszivilehe in Preußen und im Reich (1874/75, in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, hg. von Hans Carl Nipperdey, Berlin etc. 1956; Bd. I, S. 113 – 130; derselbe, Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französische Revolution, in: ZRG, GA 67 (1950), S. 336 – 372; Werner Schubert, Zur Vorgeschichte und Entstehung der Personenstandsgesetze Preußens und des Deutschen Reiches (1869 – 1875), in: ZRG, GA 97 (1980), S. 43 – 93. Stephan Buchholz, Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jhs., in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 50, Tübingen 1986, S. 77 – 110; Wadle, Französisches Recht (wie Fn. 64), S. 201 – 220.

137 Vgl. Coing, Privatrecht II (wie Fn. 76), S. 307f.

138 Léon Lyon-Caen, La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pecuniaires, 1903, der die Unmündigkeit der Frau abschaffen, § 1357 übernehmen und weitere Verbesserungen in Frankreich eingeführt wissen wollte, vgl. dazu Schubert, franz. Juristen (wie Fn. 73), S. 166f.

139 Diese Vorschriften sind inzwischen durch das Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979 aufgehoben worden.

140 Vgl. Gutachten von Aull, über das Vormundschaftswesen, insbes. über den Familienrat, in: Verhandlungen des 5. Deutschen Juristentages, Bd. I Berlin (1864), S. 14 – 28 (Familienrat S. 23 ff) und von Heyssler, ebenda S. 43 – 53 (Familienrat S. 50 ff); Mugdan, Motive (wie Fn. 44), Bd. IV, S. 638 ff; Böhmer (wie Fn. 6), S. 307f; Dölle (wie Fn. 99), S. 28.

Vertragsschluß nach der Trauung oder auch nur eine Änderung ließ er nicht zu¹⁴¹. Das BGB ist dem Code civil darin gefolgt, daß es Eheverträge ebenfalls vorsah; es hat ihn aber darin hinter sich gelassen, daß § 1432 BGB jederzeitigen Abschluß und jederzeitige Änderung ermöglichte¹⁴².

Dagegen haben die Verfasser des BGB sich nicht dazu entschließen können, die durch 55
Gesetz vom 30. Juni 1838 in Frankreich eingeführte Amtsvormundschaft zu übernehmen; man entschloß sich vielmehr, die gemeinrechtliche Lösung beizubehalten¹⁴³, obwohl die preußische Vormundschaftsordnung dem französischen Vorbild gefolgt war.

7. Im Erbrecht

Die bereits skizzierte Auffassung des Code civil über das Eigentum machte sich unter 56
anderem auch im Erbrecht bemerkbar¹⁴⁴. Napoleon schaltete sich selbst in die Diskussion ein und setzte durch, daß sich die Pflichtteile (in Frankreich umgekehrt ausgedrückt: die „*portion disponible*“) nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Erben vererbten, und daß bei Großgrundbesitz die Testierfreiheit und die *portion disponible* eingeschränkt wurde. Ziel war, den Großgrundbesitz durch Erbteilungen zu zersplittern¹⁴⁵. Das Prinzip wurde noch dadurch verschärft, daß jeder Erbe jederzeit Teilung des Grundbesitzes verlangen konnte¹⁴⁶.

Andererseits sollte eine neue Adelsgefolgschaft aufgebaut werden, die Napoleons 57
Herrschaft und die neue Monarchie stützen sollte. Das geschah durch Errichtung von neuen Fideicommissen oder Majoraten, die er auch seinen Satelliten, den

141 Vgl. Cc., Art. 1395 – 1397; Hedemann, (wie Fn. 73), I, S. 18 mit Fn. 17.

142 Vgl. Hedemann, (wie Fn. 73), I, S. 18f mit Fn. 19; heute steht die genannte Regelung in § 1408, I BGB.

143 Vgl. Motive bei Mugdan (wie Fn. 44), IV, S. 534, 550; Coing, Privatrecht II (wie Fn. 76), S. 333f, mit Fn. 22; vgl. heute das Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. Juli 1922.

144 Art. 723 Cc bestimmt: „La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes et les héritiers naturels. A leur défaut, les biens passent à l'époux survivant, et, s'il n'y en a pas; à l'Etat, dem widersprach jedoch das Lyoner Tribunal: „Ce n'est pas la loi qui défère les successions, c'est la nature“, vgl. Hedemann, (wie Fn. 73), hier: Teil II, 1, Berlin 1930, Nachdruck Frankfurt/M 1968, S. 75 ff, 82 ff.

145 Es ging um das *morcellement* (die Zerstückelung des Großgrundbesitzes), vgl. Hedemann, (wie Fn. 73), Teil II, 1, S. 82; Fehrenbach (wie Fn. 5), S. 25 mit Noten 55 – 58; Jörn Eckert, Der Kampf um die Familienfideikommiss in Deutschland. Studien zum Absterben eines Rechtsinstituts [Rechtshistorische Reihe 104], Frankfurt/M etc. 1992, S. 195 – 209; Als Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 896 Cc gestattete Art. 897 mit Artt. 1048, 1049 Cc fideikommissarische Substitutionen der Eltern zugunsten ihrer Enkel Vgl. Eckert S. 203f..

146 Vgl. Art. 815 Cc: „Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision.; et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires“. Das entspricht zwar dem Grundsatz von der individuellen Freiheit des einzelnen und hob die Verkehrsfähigkeit des Bodens, war aber für Wirtschaftseinheiten wie Bauernhöfe und Landgüter tödlich, vgl. Hedemann (wie Fn. 73), Teil II, 1, S. 63f; 82 ff.

Rheinbundstaaten, empfahl¹⁴⁷, während die bereits bestehenden Familienfideikommiss des Adels überall in seinem Herrschaftsgebiet aufgelöst werden sollten¹⁴⁸.

Diese Politik der Herrschaftssicherung haben die Verfasser des BGB nichtübernommen. 58
Selbst die Regelung des eigenhändigen Testaments in Art. 970 Code civil findet sich in keinem Entwurf. Selbst *Otto v. Gierke* wünschte kein eigenhändiges Testament¹⁴⁹. Schließlich siegten im Reichstag die rheinischen Juristen, die es in den deutschen Gebieten französischen Rechts nicht nur als sinnvoll kennengelernt hatten, sondern die auch wußten, daß die dortige Bevölkerung es schätzte. Dahinter stand der Gedanke, daß man die Freiheit des Individuums auch hierbei anerkennen und es von der Mitwirkung des Staates bei letztwilligen Verfügungen befreien solle¹⁵⁰. Über die Verwandtschaft der §§ 2231, 2247 BGB mit Art. 970 Code civil hat sich bereits *Saleilles* näher geäußert¹⁵¹. Auch das Reichsgericht hat gelegentlich bei der Auslegung eigenhändiger Testamente auf die französische Lehre und Rechtsprechung zurückgegriffen, weil dieses Institut aus dem französischen Recht übernommen sei¹⁵².

IV. Ergebnis

Blicken wir zurück, so ergibt sich kein einheitliches Bild: Einerseits haben die Verfasser 59
des BGB die durch die französische Revolution errungenen drei großen Freiheiten zu schätzen gewußt. Sie haben sich aber vornehmlich im Strafrecht und im Verfahrensrecht ausgewirkt und hier große Fortschritte bewirkt. Der liberale Sinn der Verfasser des BGB hat sich ihrer auch bei der Gestaltung einiger Normen des BGB bedient. So haben wir vor allem im Schuldrecht einige wichtige Fragen nach französischem Vorbild geregelt. Auch das holographische Testament hat sich letztlich – wie in Frankreich – durchgesetzt. Aber insgesamt ist der Code civil nicht das bestimmende Vorbild des BGB geworden. Das lag

147 Vgl. Fehrenbach (wie Fn. 5), S. 25f mit Noten 59 – 62; über Napoleons Majoratsgesetzgebung vgl. Eckert (wie Fn. 145), S. 209 – 218.

148 Vgl. dazu ausführlich: Eckert (wie Fn. 145), S. 242 ff.

149 Im Gegensatz zu Anton Menger, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4. Auflage 1908, S. 234f, der es lebhaft begrüßte. Auch die Regierungen der linksrheinischen Reichsteile wollten es beibehalten.

150 Erst das Plenum des Reichstages übernahm es mit großer Mehrheit, vgl. *Motive*, amtl. Ausgabe, Bd. V, S. 257; *Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB*, gefertigt im Reichsjustizamt, Band V, S. 49 und Band VI, S. 669; *Mugdan* (wie Fn. 44), Bd. V, *Motive*, S. 136; Bd. V, *Protokolle*, S. 696f; *Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes*, Berlin 1896, S. 318 ff; *Erste, zweite und dritte Berathung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage. Stenographische Berichte*, Berlin 1896, S. 726 – 741; *Hedemann, Fortschritte I* (wie Fn. 73), S. 24f mit Fn. 27; *Becker* (wie Fn. 1), S. 345; *Dölle* (wie Fn. 99), S. 28.

151 Vgl. *Raymond Saleilles, Des formes du testament olographe. L'article 970 du Code civil français et le § 2231 du code civil allemand*, in: *Revue trimestrielle de droit civil*, Bd. II, 1903, S. 587 – 614 und Band III, 1904, S. 89 – 152.

152 Vgl. *RGZ* 51, 166 (168f); vgl. *Dölle* (wie Fn. 99), S. 35.

einmal an der personalen Besetzung der ersten Kommission: Ihre im französischen Recht versierten Juristen waren gegenüber den Jüngern des gemeinen Rechts in der Minderheit. Zudem waren alle Kommissionsmitglieder – auch die Kenner des rheinischen Rechts – gemeinrechtlich gebildet und die Ausbildung gab – häufig unbewußt – den Ausschlag bei der Entscheidung von Sachfragen. Drittens aber muß man zur Ehre der ersten und der weiteren Kommissionen sagen, daß sie den Liberalismus ihrer Zeit zum großen Teil auch in ihren Entwürfen verwirklicht haben. Wo der Code civil veraltet war oder als unzureichend empfunden wurde, hat man seine Lösungen nicht übernommen¹⁵³.

153 Über die Entwicklung des Code civil im 19. und 20. Jahrhundert und sein Verhältnis zu benachbarten Rechtsordnungen – auch zum deutschen Recht – informieren zuletzt Claude Witz/Annette Kull, Der französische Code civil – Bestandsaufnahme nach 200 Jahren, in: NJW 2004, S. 3757 – 3761.