

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. 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)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)

Artikel vom 30. Juli 2005

© 2005 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0507geyer.htm>

ISSN 1860-5605

Stefan Geyer, Köln:

Code civil Allgemeiner Teil? Zur pandektenwissenschaftlichen Umdeutung des Code civil in Deutschland

I. Einleitung

II. Cromes „Allgemeiner Theil der modernen französischen Rechtswissenschaft“ als Ausdruck eines pandektenwissenschaftlichen Rechtsverständnisses

A. - Der „Allgemeine Theil“ als Nachbildung pandektenwissenschaftlicher Systematik

1. Zur Konstruktion des „Allgemeinen Theils“ von Carl Crome

2. Zur Funktion eines Allgemeinen Teils im Zusammenspiel mit dem Code civil

B. - Die Einhaltung grundsätzlicher Vorgaben des Code civil

1. Die Orientierung an der französischen Rechtsquellenlehre

2. Die Reichweite der Auslegung des Code civil

III. Cromes „Allgemeiner Theil der modernen französischen Rechtswissenschaft“ zwischen Anpassung und Erläuterung von Rechtsinstituten des Code civil

A. - Rechtsgeschäftslehre oder *théorie des obligations en général* ?

1. Die formale Konstruktion der Rechtsgeschäftslehre

2. Das Zusammenspiel pandektenwissenschaftlicher Systembegriffe mit dem Vertragsrecht des Code civil

B. - Das dingliche Rechtsgeschäft im Code civil?

1. Übertragbarkeit der Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäfts auf den Code civil

2. Die Übertragung des dinglichen Rechtsgeschäfts auf den Code civil

IV. Schlußbetrachtung

I. Einleitung

Wenn der Code civil als „Modell“ für die deutsche Rechtsentwicklung behandelt wird, so geschieht dies meist mit einem Blick auf die politischen und gesellschaftlichen Zusammenhänge, der nicht ganz unerwartet die Zeit der Einführung des bürgerlich-aufgeklärten Gesetzbuches und seine Auswirkungen auf die noch feudale Gesellschaft in den Mittelpunkt rückt.¹ Geht es aber in einem eher juristischen Sinne um den Code als Vorbild für die Ausgestaltung einer Privatrechtskodifikation, verliert die Idee des Modellhaften schnell an Raum.² Dies lag kaum an einem deutschen juristischen Nationalismus, der eine Auseinandersetzung mit dem Recht des französischen Nachbarn ausgeschlossen hätte. In der Diskussion standen vielmehr andere Materien im Vordergrund, so die großen Fragen der Justizorganisation³, der prozessualen Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit⁴, oder die Einrichtung des hoch umstrittenen

1

-
- 1 Karl Georg Faber, *Recht und Verfassung. Die politische Funktion des rheinischen Rechts im 19. Jahrhundert* (Festvortrag anlässlich des 250jährigen Bestehens des Oberlandesgerichts Köln), Köln 1970; Elisabeth Fehrenbach, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, Göttingen 1983; dies., *Der Einfluß des 'Code Napoléon' auf das Rechtsbewußtsein in den Ländern des rheinischen Rechts*, in: Joseph Jurt (Hg.), *Wandel von Recht und Rechtsbewußtsein in Deutschland und Frankreich*, Berlin 1999, S. 133 ff.; Werner Schubert, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln 1977; ders., *Der rheinische Provinziallandtag und der Kampf um die Beibehaltung des französisch-rheinischen Rechts (1826-1845)*, in: Reiner Schulze (Hg.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1994, S. 123 ff.; zu den Auswirkungen der Geltung französischen Rechts auf die wirtschaftlichen Verhältnisse im Rheinland z.B.: Pierre Auçoberry, *Köln zwischen Napoleon und Bismarck*, Köln 1996.
 - 2 Gustav Boehmer, *Der Einfluß des Code civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland*, AcP 150 (1950/51), 306; Hans Dölle, *Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, Karlsruhe 1960, S. 19 ff.; zuletzt: Dieter Strauch, *Der rheinische Beitrag zur Entstehung des BGB*, <http://www.forhistiur.de/zitat/0503strauch.htm>.
 - 3 Pirmin Spieß, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, JuS 1978, 869 [871]; Hans-Jürgen Becker, *Das rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland*, JuS 1985, 338 [343]; Hans Schulte-Nölke/Birgit Strack, *Rheinisches Recht - Forschungsgegenstand und Forschungsstand*, in: Reiner Schulze (Hg.), *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, Berlin 1998, S. 21 [S. 25ff.]; allgemein: Antonio Grilli, *Die französische Justizorganisation am linken Rheinufer 1797-1803*, Frankfurt a. M., 1997; für die Kassationsinstanz: Pierro Calamandrei, *Cassazione civile*, Bd. I: *Storia e legislazione*, Rom 1920; Laurence Montazel, *Entre fait et droit : histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle*, Frankfurt a. M. 1998; zu den Kassationsgerichtshöfen in Deutschland: Britta Fiedler, *Der rheinbayrische Kassationsgerichtshof von seiner Errichtung bis zur Verlegung an das Oberappellationsgericht zu München*, Frankfurt a. M. 2003; Gudrun Seynsche, *Der rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin (1819-1852)*, Berlin 2003.
 - 4 Werner Schubert, *Das Streben nach Prozeßbeschleunigung und Verfahrensgliederung im Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts*, ZSS (GA) 85 (1968), 127 ff. [151 ff.]; Gerhard J. Dahlmans, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen 1971, insbesondere S. 28 ff.; Knut Wolfgang Nörr, *Hauptthemen legislatorischer Zivilprozeßrechtsreformen im 19. Jahrhundert*, Zeitschrift für Zivilprozeß 87 (1974), 277 ff.; Elisabeth Koch, *Zum Einfluß des Code civil auf die deutsche Zivilprozeßrechtsreform*, in: Schulze (Hg.), *Zivilrecht (Anm. 1)*, S. 157; Barbara Dölemeyer, *Ministère public und Staatsanwaltschaft - Der Einfluß des „modèle judiciaire français“ im Rheinland*, in: Bernard Durand, u.a. (Hg.), *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Frankfurt a. M. 2005, S. 85 ff. [S.

Schwurgerichts, insbesondere auch für Delikte des Hoch- und Landesverrats.⁵ Selbst in Materien, die ausländischen Einflüssen eher unverdächtig waren, wie das Verwaltungsrecht, schien die Anlehnung an französische Vorbilder in Deutschland groß.⁶

Was eine mit diesen Materien vergleichbare Modellfunktion des Code civil in Deutschland aus der juristischen Perspektive hinderte, waren die offensichtlichen technischen, d. h. wissenschaftlichen Mängel, die bereits im Kodifikationsstreit zwischen Savigny und Thibaut thematisiert worden waren.⁷ Dieser Lage entsprach es, wenn der Code civil nur sehr begrenzt bei der Erarbeitung des BGB im Sinne eines Vorbildes berücksichtigt wurde.⁸ Das heißt nicht, dass der Code in den Gebieten, in denen er auch nach 1815 noch galt, unbeliebt gewesen wäre. Im Gegenteil, die rheinischen Juristen schätzten nach eigenem Bekunden die große Praxistauglichkeit der Kodifikation,⁹ was daran liegen mag, dass rechtliche Lösungen, wie Crome sich 1909 ausdrückte, auch dann als gerecht empfunden werden konnten, wenn sie, bezogen auf einen antiken Quellenbestand in der Lesart der deutschen juristischen Wissenschaftsgemeinde, als *falsch bezeichnet* angesehen werden mussten.¹⁰

2

97].

- 5 Der politische Hintergrund und das Interesse bestimmter politischer Strömungen gerade in diesen Materien eine Laienjury zum Richter zu machen, die vom Souverän unabhängig war, liegt auf der Hand. In Frankreich hatte man diese Art von Gerichtsbarkeit eingerichtet, um den Souverän selbst, jedenfalls der Theorie nach, zum Richter zu machen. Vgl. zu diesem Themenkomplex: Becker, (Anm. 3), JuS 1985, 338 [341 f.] ; Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, HRG, Bd. 4, Berlin 1990, Stichwort Schwurgerichte (Sellert), auch: Peter Collin, Der Kampf gegen die Schwurgerichte in Preußen 1849-53/54, ZNR 2001, 195 ; Felix Ekardt, Der Kampf um die Schwurgerichte und reformiertes Strafverfahren im Vormärz, Jura 1998, 121 ; Günther Hadding, Schwurgerichte in Deutschland: Der Schwurgerichtsgedanke seit 1848, Kassel 1974 ; Erich Schwinge, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, Aalen 1990 (Neudruck der Ausgabe 1926). Zum französischen Strafrecht in Deutschland allgemein: Heinrich Mitteis/Heinz Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., München 1992, S. 471 ff. ; Christian Brandt, Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten am Beispiel Bayerns und Preußens, Frankfurt a. M. 2002.
- 6 Erk Volkmar Heyen, Das französische Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtswissenschaft, in: Erk Volkmar Heyen/Olivier Beaud (Hg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft: Erträge und Perspektiven eines unterentwickelten Kulturaustausches, Baden-Baden 1999, S. 279 ff. ; Mitteis/Lieberich, Rechtsgeschichte (Anm. 5), S. 436.
- 7 Hans Hattenhauer (Hg.), Thibaut und Savigny: ihre programmatischen Schriften, 2. Aufl., München 2002 ; André Cabanis, Le Code hors la France, in: Bernard Beignier (Hg.), La codification, Paris 1996, S. 33 ff. [S. 38] ; Joachim Rückert, Code civil, Code Napoléon und Savigny, in: Jean-François Kervégan/Heinz Mohnhaupt (Hg.), Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeption von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich, Frankfurt a. M. 2001, 143 ff.
- 8 Strauch, Beitrag (Anm. 2), <http://www.forhistiur.de/zitat/0503strauch.htm>.
- 9 Becker (Anm. 3), Jus 1985, 338 [342] ; Reiner Schulze, Rheinisches Recht im Wandel der Forschungsperspektive, ZNR 2002, 65 ff. [72] ; Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 345.
- 10 Carl Crome, Intensive und extensive Behandlung des französischen Privatrechts, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1 (1909), 6 ff., dort heißt es, die Mängel des Code könnten von jedem mittelmäßigen Pandektisten nachgewiesen werden.

Das etwas ambivalente Verhältnis der deutschen Juristen zum Code civil spiegelt sich auch in der wissenschaftlichen Bearbeitung der französischen Kodifikation in Deutschland wieder. Hier ist meist nicht von einem zivilrechtlichen Modell die Rede; die deutschen Juristen zog es eher dahin, der französischen Kodifikation ein anderes, vertrautes Modell überzustülpen, das in Deutschland aus naturrechtlichen Ideen und dem römischen Recht zur Anordnung und Darstellung des Privatrechts entwickelt worden war: das Pandektensystem.¹¹

3

In diesem Sinne wird für die Bearbeitung des Code civil in Deutschland vor allem deren Eigenständigkeit und Anschlußfähigkeit an das vorgebliche Gegenbild der französischen Rechtswissenschaft, die historische Schule und ihr folgend die Pandektistik, hervorgehoben.¹² Die deutschen Juristen, so meint man, hätten in ihren Abhandlungen zum Code vor allem systematische Aspekte in den Vordergrund gestellt und sich dabei im Gegensatz zu ihren französischen Kollegen von der Legalordnung des Code entfernt.¹³ Die vom gemeinen Recht „beseelte“¹⁴ rheinische Wissenschaft habe das französische Zivilrecht vollständig im Sinne der pandektistischen Methoden aufbereitet,¹⁵ wofür die Rückführung einzelner Rechtssätze auf allgemeine Prinzipien und die anschließende Herleitung von Einzelfallentscheidungen aus diesen als kennzeichnend angesehen wird.¹⁶ An die Stelle der vorgeblich beschreibenden und umgangssprachlichen Begriffsbildung der französischen Rechtswissenschaft sei damit die abstrakte Begrifflichkeit der Pandektenwissenschaft getreten.¹⁷ Als Archetyp dieser pandektenwissenschaftlichen Bearbeitung des Code civil wird weithin das Handbuch zum französischen Zivilrecht von Karl Salomo Zachariä¹⁸ angesehen,¹⁹ das zunächst in

4

11 Zu Herkunft und Entwicklung des Pandektensystems: Lars Björne, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, Ebelsbach 1984, insbesondere S. 129 ff. (II. Teil: Privatrechtssysteme).

12 In diesem Sinne bereits: Karl H. Neumayer, Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten Privatrechtsstoffes im Großherzogtum Baden und auf dem linken Rheinufer bis zum Beginn der Vorarbeiten zum BGB (1874), in: Helmut Coing/Karl Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 1, Frankfurt a. M. 1974, S. 197 ff. ; auch: Filippo Ranieri, Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute: Eine unwiderrufliche Entfremdung ?, in: Heyen/Beaud, Rechtswissenschaft (Anm. 6), S. 183 ff.

13 Ranieri, Rechtskultur (Anm. 12), S. 183 ff. [S. 189].

14 Neumayer, Wissenschaftliche Behandlung (Anm. 12), S. 197.

15 Ranieri, Rechtskultur (Anm. 12), S. 183 ff. [S. 190].

16 Neumayer, Wissenschaftliche Behandlung (Anm. 12), S. 197 ff. [S. 201].

17 Ranieri, Rechtskultur (Anm. 12), S. 183 ff. [S. 190].

18 Karl Salomo Zachariä von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, 1. Aufl., Heidelberg 1808, 2. Aufl., Heidelberg 1811/12, 3. Aufl., Heidelberg 1827, 4. Aufl., Heidelberg 1837, 5. Aufl. (August Anschütz), Heidelberg 1853, 6. Auflage (Sigismund Puchelt), Heidelberg 1875, 7. Aufl. (Heinrich Dreyer), Heidelberg 1886, 8. neubearbeitete Auflage (Carl Crome), Freiburg 1894/95.

19 Ranieri, Rechtskultur (Anm. 12), S. 183 ff. [S. 189], Neumayer, Wissenschaftliche Behandlung (Anm. 12), S. 197 ff. [S. 201].

einer Übersetzung und dann in der eigenständigen Fortführung durch *Aubry & Rau*²⁰ auch in Frankreich große Beachtung fand.²¹

Neben diesem systematischen Zugang zur Rechtsmaterie wird gerne auch eine besondere Berücksichtigung historischen Materials und insbesondere des römischen Rechts beim Umgang mit dem Code civil herangezogen, um die große Nähe zu gemeinrechtlichen Vorstellungen zu unterstreichen.²² Vor diesem Hintergrund -die Bezugnahme auf das durch den Code gerade abgeschaffte römische Recht und die Vernachlässigung der vom Gesetz vorgegebenen Systematik schienen die gesetzliche Regelung selbst in Frage zu stellen- ist man versucht, auch auf inhaltliche Veränderungen zu schließen, also von einer pandektenwissenschaftlichen Umdeutung des Regelungskomplexes Code civil auszugehen.

Bezüglich dieser Deutung sind jedoch Zweifel geboten. So gingen bereits Zachariä selbst die Vorstöße der französischen Kollegen, insbesondere die *Toulliers*,²³ zur Fruchtbarmachung des römischen Rechts bei der Anwendung des Code civil zu weit,²⁴ sofern überhaupt aus der Berücksichtigung des römischen Rechts *an sich* auf ein Infragestellen des Code als gesetzliche Grundlage geschlossen werden kann.²⁵ Auch folgten eine Reihe von Lehrbüchern weiterhin der Legalordnung des Code, so die Institutionen von Bauerband²⁶ oder von Stabel.²⁷ Dass die Umformung des Code civil in ein Pandektensystem nicht zwingend auch inhaltlich bemerkenswerte Erkenntnisse brachte, lässt zudem die Tatsache vermuten, dass das Lehrbuch von *Massé & Vergé*, ebenfalls eine Übersetzung von Zachariä, nur eben unter Aufgabe der eigentümlichen Gliederung,²⁸ sehr viel weniger interessant und erfolgreich war.

Vorliegend soll der Versuch einer Annäherung daran unternommen werden, was eine „pandektenwissenschaftliche Durchdringung des Rechtsstoffes“²⁹ eigentlich für die Behandlung des Code civil bedeutete. Im gegebenen Rahmen muss von der Untersuchung umfassender Abhandlungen wie dem Lehrbuch des französischen

20 Charles Aubry und Charles Rau, *Cours de droit français d'après la méthode de Zachariä*, 8 Bde., 8. Aufl., Paris 1869-1878 (1. Auflage, Paris 1839).

21 Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit français privé depuis 1804*, Paris 1996, Nr. 34, S. 65 f. ; Eugène Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Basel/Paris 1935, S. 52 ff.

22 Neumayer, *Wissenschaftliche Behandlung* (Anm. 12), S. 197 ff. [S. 207 ff.].

23 Halpérin, *Histoire* (Anm. 21), Nr. 31, S. 59 f.

24 Neumayer, *Wissenschaftliche Behandlung* (Anm. 12), S. 197 ff. [S. 212].

25 Zweifelnd bereits Jean-Louis Halpérin, *Der Einfluß der deutschen Rechtsliteratur zum Code civil in Frankreich von Lassaulx bis Zachariä*, in: Schulze, *Rheinisches Recht* (Anm. 1), S. 215 ff. [S. 226 f.].

26 Johann J. Bauerband, *Institutionen des französischen Civilrechts*, Bonn 1873.

27 Anton Stabel, *Institutionen des französischen Zivilrechts*, 2. Aufl., Mannheim 1883.

28 Halpérin, *Histoire*, (Anm. 21), Nr. 34, S. 65 f.

29 Ranieri, *Rechtskultur*, (Anm. 12), S. 183 ff. [S. 190].

Civilrechts von Thibaut³⁰, dem bereits genannten Handbuch von Zachariä³¹ oder der am Pandektensystem Puchtas orientierten Abhandlung von Dreyer³² Abstand genommen werden. Viel versprechend erscheint demgegenüber, den 1892 erschienenen „Allgemeinen Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft“ von Carl Crome³³ zugrunde zu legen, weil sich hier die Möglichkeit bietet, unter Begrenzung auf einige zentrale Materien die Auswirkungen zu erfassen, die die Erstellung eines Allgemeinen Teils auf das Verständnis des Code civil gehabt hat. Dabei ist von Bedeutung, dass gerade die Abfassung eines allgemeinen Teils für die deutsche Privatrechtswissenschaft und ihre Systematik kennzeichnend ist³⁴ und dass sein Fehlen im Code civil und in der französischen Rechtswissenschaft, die im neunzehnten Jahrhundert keine Anstrengungen unternahm,³⁵ etwas „vor die Klammer zu ziehen“,³⁶ von den zeitgenössischen deutschen Juristen bedauert wurde.³⁷ Was bedeutete es also, wenn ein deutscher Jurist einen allgemeinen Teil zum Code civil schrieb?

Die Tatsache allein gibt keinen Aufschluss darüber, ob hier ein besonderes, von der französischen Lehre abweichendes Rechtsverständnis zugrunde gelegt oder entwickelt wurde, denn es ließen sich auch lediglich einige Materien ohne sachliche Veränderungen anders angeordnet vor die Klammer ziehen. Es gilt daher zunächst die Frage zu klären, ob sich bei der Abfassung des Allgemeinen Teils der Diskussionsrahmen der möglichen Auslegung des Code verschob. Diese erste Frage zielt darauf ab, ob möglicherweise abweichend von der französischen Rechtswissenschaft und dem Code Bestandteile der Rechtsquellen- oder Auslegungslehre der Pandektenwissenschaft, etwa im Sinne einer von einem Volksgeist getragenen Rechtsentwicklung, auf die französische Kodifikation Anwendung fanden. An zweiter Stelle wäre zu klären, welche Begriffe bei der

8

30 Anton Friedrich Justus Thibaut, Lehrbuch des französischen Civilrechts in steter Vergleichung mit dem römischen Civilrecht, Berlin 1841.

31 Vgl. Anm. 18 und die dort angeführten Angaben.

32 Heinrich Dreyer, Der Code Napoleon und das badische Landrecht nach dem Systeme von Puchtas Pandekten und in Vergleichung mit dem römischen Rechte, Mannheim 1860.

33 Carl Crome, Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, Mannheim 1892.

34 Mathias Schmoeckel (Red.), Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Tübingen 2003 (zitiert: HKK-Bearbeiter), Vor § 1: Mathias Schmoeckel, Der Allgemeine Teil in der Ordnung des BGB, Rdnr. 14.

35 Die heutige französische Rechtswissenschaft handelt bestimmte Materien und Grundbegriffe in den *Introductions générales* ab und orientiert sich im Aufbau an Unterscheidungen, die auch in der Pandektenwissenschaft üblich waren, geht aber zum Teil auch darüber hinaus. Vgl. hierzu z. B.: Jean Carbonnier, Droit civil. Introduction, 26. Aufl., Paris 1999, oder François Terré, Introduction générale au droit, Paris 1991.

36 Dieser Ausdruck wird häufig mit dem Allgemeinen Teil in Verbindung gebracht: Björne, Rechtssysteme (Anm. 11), S. 250 ; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 24. Aufl., München 1998, Rdnr. 14 ; Dieter Medicus, BGB Allgemeiner Teil, Heidelberg 1982, Rdnr. 18; Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., München 2004, Einleitung, Rdnr. 7 (Helmut Heinrichs).

37 Josef Kohler, Technik der Gesetzgebung, AcP 96 (1905), 345 ff.

Konstruktion eines Allgemeinen Teils abweichend von der französischen Rechtswissenschaft aus dem Code entwickelt oder aus der Pandektenwissenschaft an den Code herangetragen worden sind und welche Auswirkungen dies auf die vom Code civil angeordneten Ergebnisse hatte. Eine bloß erklärende Anlehnung an gemeinrechtliche Begriffe hätte sicherlich einen Beitrag zur Annäherung an das gemeine Recht geleistet, indem sie den an diesem Recht vorgebildeten deutschen Juristen das französische Recht näher brachte; Auswirkung auf den Geltungsanspruch bestimmter gesetzlich angeordneter Rechtsfolgen, die für rechtliche Zusammenhänge maßgeblich sind, würden jedoch fehlen.

Zur Klärung dieser Fragen muss der Allgemeine Teil von Crome mit Werken der Pandektenwissenschaft und der französischen Rechtslehre vergleichend in Bezug gesetzt werden. Vorliegend soll zur Begrenzung des Stoffes stellvertretend für die Pandektenwissenschaft das „Lehrbuch des Pandektenrechts“ von Windscheid,³⁸ und für die französische Rechtswissenschaft -wegen seiner großen Verbreitung zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts- das „Précis de droit civil“ von *Baudry-Lacantinerie*³⁹ herangezogen werden. Soweit erforderlich, wird ein breiterer Querschnitt zu den in Frankreich vertretenen Ansichten durch die Heranziehung des Kommentars von *Sirey-Gilbert*⁴⁰, in dem die wesentlichen Stellungnahmen auf dem Stand von 1885 referiert sind, und gegebenenfalls einzelner anderer Autoren erreicht. Dabei können die einzelnen inhaltlichen Aspekte hier nur skizziert und beispielhaft behandelt werden, so dass eine endgültige Klärung der Frage nach den Ursachen und Auswirkungen einer „pandektenwissenschaftlichen Durchdringung“ einer detaillierteren Untersuchung vorbehalten bleibt.

9

II. Cromes „Allgemeiner Theil der modernen französischen Rechtswissenschaft“ als Ausdruck eines „pandektenwissenschaftlichen“ Rechtsverständnisses

Carl Crome,⁴¹ Jahrgang 1859 und damit Jurist der Spätzeit des französischen Rechts in Deutschland,⁴² veröffentlichte seinen Allgemeinen Teil des französischen Privatrechts 1892.⁴² Motiviert durch das Fehlen geeigneter Lehrmittel zum rheinisch-französischen

10

38 Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1887 ; Zu Windscheid: Ulrich Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid, Frankfurt a. M. 1989 ; Jürgen Ober, Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts, Köln 1989 ; Friedrich Klein, Das Streben um Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechts und Bernhard Windscheid, in: Adrian Schmidt-Recla, u.a. (Hg.), Sachsen im Spiegel des Rechts, Köln 2001, 205 ff.

39 Gabriel Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, 3 Bde., Paris 1882.

40 Jean Baptiste Sirey/Pierre Gilbert, Les Codes annotés. Code civil, 2 Bde., 3. Aufl., Paris 1882-1885.

41 Der einflussreiche Sigismund Puchelt, Herausgeber der Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Richter am Reichs-Oberhandelsgerichts und dann Gerichtsrat im zweiten, rheinischen, Zivilsenat des Reichsgerichts, starb beispielsweise 1888, also 2 Jahre nach dem Assessorexamen Cromes.

42 Crome, AT (Anm. 33).

Partikularrecht, dessen Hauptwerk von Zachariä seit 1870 als stark veraltet galt,⁴³ hatte er ihn nach eigenem Bekunden bereits 1886 vor und nach dem Assessorexamen geschrieben, jedoch zunächst keinen Verleger gefunden.⁴⁴ An der Notwendigkeit eines Allgemeinen Teils für die Lehre kann man angesichts der gerade in diesem Blickwinkel immer wieder geäußerten Kritik zweifeln.⁴⁵

Es gab aber noch einen anderen Aspekt, den der Autor bei der Selbstreflexion des Textes aufzeigte: Dem Allgemeinen Teil hätten im französischen Recht noch Stand oder Berechtigung gefehlt und seine Inhalte aus den verstreuten Regelungen des Code abgeleitet werden müssen. Daher könne man auch nicht sagen, „das Gefundene sei positives ‚Recht‘“, es handle sich vielmehr um ein „nur wissenschaftliches Ergebnis“.⁴⁶ Diese Äußerung weist darauf hin, dass hier neben einer lehrtechnischen Anordnung der Materie noch etwas anders gewollt war. Gesucht wurde offenbar nach *positivem Recht*, das, weil es ja keinen Standort im Code selbst hatte, seine Legitimation aus der wissenschaftlichen Systematik beziehen musste. Diese sehr deutsche Vorstellung von Recht wurde jedoch gleich zweifach von Crome selbst in Zweifel gezogen. Zum einen hielt er selbst seine Bemühungen, positives Recht zu finden, für gescheitert, zum anderen gab er auch an, die Inhalte aus dem Code entwickelt, also nichts anderes herangezogen zu haben als seine Vorlage.⁴⁷

11

A. - Der „Allgemeine Theil“ als Nachbildung pandektenwissenschaftlicher Systematik

Eine erste Annäherung an den „Allgemeinen Theil der modernen französischen Rechtswissenschaft“ bietet eine Zusammenstellung seiner Gliederung und der als allgemein begriffenen und dementsprechend vor die Klammer gezogenen Inhalte. Dabei kann festgestellt werden, dass die Materien insgesamt nach einem pandektenwissenschaftlichen Muster ausgewählt und angeordnet wurden, dies aber nicht eindeutig zu einer Entfernung von den im Code niedergelegten Regelungen führte. Dies wirft die Frage auf, welche Funktion einem Allgemeinen Teil zum Code civil im Vergleich zur Pandektenwissenschaft zukam, denn weder der Code noch die französische

12

43 Carl Crome, Selbstzeugnis, in: Hans Planitz (Hg.), Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Bd. 2, Leipzig 1925, S. 73 ff. [S. 76] ; vgl. auch: Sigismund Puchelt zur Gründung seiner Zeitschrift für französisches Zivilrecht in deren Band 1 (1870), I ff. Um 1886 lag die 7. von Heinrich Dreyer bearbeitete Auflage (Anm. 18) vor. Das besondere an den nach dem Ableben Zachariäs herausgegebenen Auflagen bestand darin, dass man aus Respekt vor dem Autor den Text unverändert ließ und nur in den Fußnoten Ergänzungen vornahm, vgl. hierzu die Rezension der 7. Aufl. des Lehrbuches in: Zeitschrift für französisches Zivilrecht, 16 (1886), 639.

44 Die Veröffentlichung konnte erst nach der Ernennung zum Richter erfolgen, Crome, Selbstzeugnis (Anm. 43), S. 73 ff. [S. 77].

45 Björne, Rechtssysteme (Anm. 11), S. 263.

46 Crome, Selbstzeugnis (Anm. 43), S. 73 ff. [S. 77].

47 Crome, Selbstzeugnis (Anm. 43), S. 73 ff. [S. 77].

1. Zur Konstruktion des „Allgemeinen Theils“ von Carl Crome

Bei Windscheid verteilte sich der Allgemeine Teil des Privatrechts im ersten Band auf die ersten beiden Bücher mit den Titeln „Von dem Rechte überhaupt“⁴⁹ und „Von den Rechten überhaupt“⁵⁰; ihm lag damit die grundsätzliche Unterscheidung von objektivem Recht und subjektiven Rechten zugrunde. Die Abhandlung über objektives Recht umfasste die Rechtsquellenlehre,⁵¹ in der nach einem kurzen Abschnitt über das Gesetz hauptsächlich das Gewohnheitsrecht abgehandelt wurde.⁵² Dann folgten die Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts,⁵³ in deren Rahmen die diesbezüglichen Besonderheiten des Pandektenrechts hervorgehoben wurden.⁵⁴ Die Einteilung der Rechtssätze⁵⁵ sowie das Gebiet des Rechts,⁵⁶ womit das intertemporale Recht sowie das internationale Privatrecht gemeint waren, bildeten den Abschluss dieses Buches. Das zweite Buch über die subjektiven Rechte teilte sich ein in vier Kapitel, das erste über den Begriff und die Arten der Rechte,⁵⁷ das zweite über das Rechtssubjekt,⁵⁸ eingeteilt in natürliche und juristische Personen, ein drittes über Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte,⁵⁹ das im wesentlichen die Rechtsgeschäftslehre enthielt und ein letztes über Ausübung, Verletzung und Schutz der Rechte⁶⁰ mit einem zentralen Abschnitt über den Zivilprozess und die Rechtskraft des Urteils. Ein besonders hervorgehobener Abschnitt über Rechtsobjekte und ihre Einteilung, insbesondere also Sachen, fehlte hier, wohl weil die anstehenden allgemeinen Fragen bei der Einteilung der

13

48 Daher war beispielsweise Jean-Louis Halpérin, *Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIXe siècle*, in: Jean-François Kervégan/Heinz Mohnhaupt, *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, Frankfurt a. M. 1999, S. 211 ff., gezwungen, für die Klärung der Frage nach dem Grund für die verpflichtende Wirkung von Verträgen in der exegetischen Schule die Ausführungen über Spiel und Wette heranzuziehen; allgemeine Äußerungen fehlten.

49 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 40 ff.

50 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 97 ff.

51 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 40 ff.

52 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 40-43 (Gesetz) gegen S. 43-54 (Gewohnheitsrecht).

53 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 55 ff.

54 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 67 ff.

55 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 71 ff., gemeint waren hier beispielsweise die Unterscheidungen in zwingendes, nachgiebiges oder in strenges und billiges Recht.

56 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 77 ff.

57 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 97 ff.

58 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 132 ff.

59 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 176 ff.

60 Windscheid, *Pandekten* (Anm. 38), S. 388 ff.

Rechte⁶¹ und dann ausführlich im Sachenrecht abgehandelt werden konnten.⁶²

Auch der Allgemeine Teil zum Code civil von Crome unterteilte nach einer kurzen Einleitung über die Geschichte des Code in zwei Bücher, eines über objektives⁶³, das andere über subjektives⁶⁴ Recht. Das erste Buch enthielt ebenso wie die Pandekten Windscheids eine Rechtsquellenlehre, allerdings mit umgekehrter Schwerpunktsetzung,⁶⁵ ein Kapitel über die Auslegung der *Gesetze*⁶⁶ und ein drittes über die Herrschaft der Rechtsvorschriften, das intertemporales und internationales Privatrecht miteinander verband.⁶⁷ Das zweite Buch enthielt ein Kapitel über die Rechtssubjekte,⁶⁸ über die Rechtsobjekte,⁶⁹ ein drittes über die Entstehung, Änderung und Endigung, sowie die Arten der Rechte.⁷⁰ Es folgten die Rechtsgeschäftslehre,⁷¹ ein besonderes Kapitel über den Zeitablauf,⁷² also die Verjährung und Ersitzung, und schließlich eines über Ausübung, Verletzung und Schutz der Rechte, dessen Schwerpunkt wiederum der Zivilprozess bildete.⁷³

14

Die französische Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts hat keine ähnlichen Werke hervorgebracht. Allerdings stellte sich heraus, dass die meisten Materien, die hier im Allgemeinen Teil hervorgehoben worden sind, auch nach der Legalordnung des Code civil dargestellt werden konnten, und zwar in ganz ähnlicher Reihenfolge: Die Fragen des objektiven Rechts, also Rechtsquellenlehre, Auslegung, zeitliche und örtliche Geltungsreichweite, sowie die Frage nach unabdingbaren Rechtsnormen, konnten mit den Art. 1-6 Code civil abgehandelt werden. Den Rechtssubjekten, worunter der Code die natürlichen Personen und die (familiären) Verhältnisse verstand (Art. 7-515 Code civil), war das erste Buch gewidmet, den Sachen das zweite (Art. 516-710 Code civil) und das, was die Pandektisten unter Rechtsgeschäftslehre fassten, fand sich im 3. Titel des 3. Buches „Des contrats ou des obligations conventionnelles en général“ (Art. 1101 ff. Code civil). Die Wirkungen des Zeitablaufs fanden am Ende des Code ihren Platz (Art. 2219 ff.

15

61 So insbesondere die Einteilung in dingliche und persönliche Rechte: Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 101.

62 Zum Sachenrecht das 3. Buch, Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 449 ff.

63 Crome, AT (Anm. 33), S. 29 ff.

64 Crome, AT (Anm. 33), S. 102 ff.

65 Crome, AT (Anm. 33), S. 29 ff., S. 29-35 (Gesetz) gegen S. 35-38 (Gewohnheitsrecht).

66 Crome, AT (Anm. 33), S. 39 ff.

67 Crome, AT (Anm. 33), S. 46 ff.

68 Crome, AT (Anm. 33), S. 107 ff.

69 Crome, AT (Anm. 33), S. 177 ff.

70 Crome, AT (Anm. 33), S. 207 ff.

71 Crome, AT (Anm. 33), S. 239 ff.

72 Crome, AT (Anm. 33), S. 355 ff.

73 Crome, AT (Anm. 33), S. 362 ff.

Code civil).

Der Allgemeine Teil, mit einer Gliederung, wie von Crome erstellt, setzte daher kaum voraus, dass etwas hinzugefügt wurde. Erforderlich erschienen in erster Linie Weglassungen aus den Bereichen des Familien-, Erb- oder besonderen Schuldrechts, die der Code zwischen den genannten Materien regelte. Diese Parallelität zwischen Code und Allgemeinem Teil der Pandektenwissenschaften kam nicht von ungefähr, waren doch beide an einer vernunftrechtlich überarbeiteten Gliederung des römischen Rechts orientiert,⁷⁴ nur dass sich in Frankreich nach *Pothier* niemand mehr die Mühe gemacht hatte, dieses Schema fortzuentwickeln. 16

Insgesamt verbanden sich in der Gliederung des Allgemeinen Teils von Crome pandektenwissenschaftliche Systematik und Legalordnung des Code civil. Diese Verbindung zeigte sich deutlich an der Aufnahme des vollständigen Sachenrechts in den Allgemeinen Teil, obwohl das zwingend zu Wiederholungen führen musste, wenn dieses Rechtsgebiet noch als eigener Abschnitt behandelt werden sollte. Auch über die Aussonderung eines allgemeinen Personenrechts vor die Klammer konnte gestritten werden, weil der Code civil das Personenrecht ohnehin an den Anfang stellte. Die daraus resultierende Mehrfachbehandlung von Sachgebieten fand sich bei Windscheid nicht: Das Sachenrecht fand vollständig Platz im dritten Buch, das Personenrecht hingegen nur im Allgemeinen Teil. 17

Das Vorgehen Cromes deutete darauf hin, dass nicht nur eine Anlehnung des Code an die Pandektenwissenschaft gewollt war. Für ein Einführungslehrbuch in das rheinisch-französische Partikularrecht, das auf die im Studium des gemeinen Rechts erworbenen Kenntnisse zurückgriff, hätte es genügt, die Struktur des Allgemeinen Teils zu übernehmen und unter den einzelnen Punkten die Besonderheiten der Kodifikation an das römische Recht anzuschließen; die Aufnahme anderer Abschnitte und Kategorien war aus diesem Blickwinkel eher kontraproduktiv. Es stellt sich damit die Frage, welche Funktion ein Allgemeiner Teil neben dem Code civil jenseits einer an das deutsche Rechtsstudium anschließenden Lehrordnung haben konnte. 18

2. Zur Funktion eines Allgemeinen Teils im Zusammenspiel mit dem Code civil

Die Idee des Allgemeinen Teils bestand darin, wesentliche Grundbegriffe und Rechtsinstitute, die für das gesamte Privatrecht Gültigkeit sollten beanspruchen können, vorab allgemein zu behandeln. Der Vorteil bestand darin, Systembegriffe bilden und diese dann bei den besonderen Materien einheitlich verwenden zu können, Wiederholungen zu vermeiden und so zu einer strukturierten Darstellung des Privatrechts zu gelangen. Dem standen zwei gewichtige Nachteile gegenüber: das Vorgehen vom allgemeinen zum besonderen hatte nur einen Sinn, wenn nicht all das, was an anderer 19

74 HKK-Schmoeckel, Vor § 1 (Anm. 34), Rdnr. 14 (Allgemeiner Teil) ; Wieacker, Privatrechtsgeschichte (Anm. 9), S. 342 f. (Code civil).

Stelle keinen Platz mehr fand, im Allgemeinen Teil aufgefangen wurde, und zum anderen war die Abhandlung dieser Materie für Anfänger, die sich dem Privatrecht annäherten, zu abstrakt, denn ihr Verständnis setzte eine „Durchdringung“ des Rechtsstoffes voraus, weswegen von Savigny die Bemerkung berichtet wird, er halte den Allgemeinen Teil in seinen Vorlesungen möglichst kurz.⁷⁵

Die Voranstellung von rechtlichen Grundbegriffen als Grundlage des Rechtssystems im Rahmen eines Allgemeinen Teils war zunächst im Naturrecht entwickelt worden, in dessen Rahmen die einzelnen Rechtsinstitute auf die Anfangsgründe von Recht zurückgeführt werden mussten.⁷⁶ In einem solchen System kam dem Allgemeinen Teil eine eigenständige legitimatorische Berechtigung zu, denn ohne Anfangsgründe fehlte dem Recht seine philosophische Grundlage. Als man das Naturrecht zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts in Deutschland endgültig als Quelle positiven Rechts verwarf, verschob sich das Legitimationsproblem, denn die römischen Rechtsquellen, die in Deutschland Geltung beanspruchten, waren weitgehend ungeordnet und in ihrer Legalordnung nur schwer zu handhaben.⁷⁷ Die Voranstellung allgemeiner Prinzipien und einzelner allgemeiner Rechtsinstitute ermöglichte es, den Stoff vorzusortieren, geordnet darzustellen und aus den einzelnen Vorschriften des *Corpus iuris* diejenigen auszuwählen, die noch eine Existenzberechtigung hatten. Auch in dieser Konzeption ging es darum, im Allgemeinen Teil einzelne Normen als a priori zu setzen und daraus dann ein Gesamtsystem des Privatrechts herzuleiten, denn die „Begriffsdefinition vorab bewies das wissenschaftliche Vorgehen des Autors und über die Kohärenz zugleich den Wahrheitsgehalt des Inhalts“.⁷⁸ Die vorrangige Funktion des Allgemeinen Teils in der Pandektenwissenschaft lag damit darin, die *Wissenschaftlichkeit* des Rechts und damit seine Legitimität nachzuweisen.

20

Dem Code civil war kein Allgemeiner Teil vorangestellt worden. Es gab allerdings einen *Titre préliminaire*, in dem einige Materien geregelt waren, die traditionell auch in einem Allgemeinen Teil der Pandektenwissenschaft Platz gefunden hätten.⁷⁹ Die übrigen Materien verteilten sich entsprechend ihrem Sachzusammenhang auf die einzelnen Regelungen. Das ursprünglich vorgesehene *Livre préliminaire*, das noch entsprechend naturrechtlicher Vorstellungen allgemeine Lehren über das Verhältnis zwischen (Natur-)

21

75 Björne, Rechtssysteme (Anm. 11), S. 263 ; HKK-Schmoeckel, Vor § 1 (Anm. 34), Rdnr. 25, mit Hinweis auf Savigny, nach dem das Recht nicht erkannt werden könne, wenn im allgemeinen Teil auch solche Begriffe enthalten seien, die dort nicht hingehörten.

76 HKK-Schmoeckel, Vor § 1 (Anm. 34), Rdnr. 17 ff.

77 HKK-Schmoeckel, Vor § 1 (Anm. 34), Rdnr. 16.

78 HKK-Schmoeckel, Vor § 1 (Anm. 34), Rdnr. 28 a.E.

79 Dies betrifft die Fragen intertemporaler Rechtsgeltung (Art. 2 Code civil), des internationalen Privatrechts (Art. 3), die systemschließenden Regelungen über die richterlichen Auslegungskompetenzen (Art. 4 und 5) sowie eine Generalklausel, die vertragliche Vereinbarungen gegen unnachgiebiges Recht und die guten Sitten verbot (Art. 6). Zum Vergleich: Windscheid, Pandekten, (Anm. 38), S. 77 ff. (Zeitliche und Räumliche Grenzen des Rechts, S. 64 f. (Systemschließung), S. 77 (unabdingbares Recht), S. 234 ff. (Sitten- und Gesetzwidrigkeit).

Recht und Gesetz, die Aufgaben des Richters, die Auslegung sowie die formalen Geltungsvoraussetzungen von gesetzlichen Vorschriften vor die Klammer gezogen hätte,⁸⁰ war im Ergebnis weggelassen worden, um Wissenschaft und Rechtsprechung freie Hand bei der Anpassung und Fortbildung des Gesetzes zu lassen.⁸¹

Die französische Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts war nicht gehindert, diese Lücke zu schließen und gleich den deutschen Kollegen im Rahmen eines *wissenschaftlichen* Allgemeinen Teils allgemeine Begriffe oder Rechtsinstitute vor die Klammer zu ziehen. Dies geschah jedoch nicht. Als Grund hierfür kann -wohl neben dem Fehlen eines entsprechenden Vorbildes in der von den Redakteuren des Code herangezogenen Literatur⁸² - angegeben werden, dass sich die französische Rechtswissenschaft mit dem Code und insbesondere seiner Systematik zufrieden gab und daher im Grundsatz kein Bedürfnis verspürte, bei der Behandlung der Rechtsmaterie von der Legalordnung abzuweichen.⁸³ Diese Zufriedenheit hatte einen eindeutigen rechtstheoretischen Hintergrund: War für die Pandektenwissenschaft der Allgemeine Teil Verbürgung der Wahrhaftigkeit des aus dem *Corpus iuris* ermittelten Rechtssystems und damit ein wesentlicher Legitimationsbestandteil, so hatte diese legitimierende Funktion für den Code civil der Gesetzgeber übernommen, der mit der Kodifikation die Regeln des Naturrechts in positives Recht übersetzt hatte.⁸⁴ Eines weiteren Nachweises der Legitimität des Regelungswerkes bedurfte es nicht, weswegen auch die Systematik des Code nicht noch zusätzlich aus einem a priori von Rechtsbegriffen entwickelt werden musste. Zugleich wurde geltend gemacht, es sei nicht sinnvoll, von der Legalordnung abzuweichen, weil die zukünftigen Juristen mit dem Code arbeiten müssten; der Zugang zum Gesetz solle ihnen nicht erschwert werden.⁸⁵

Vor dem Hintergrund einer wissenschaftlichen Legitimation von Recht fehlte einem Allgemeinen Teil zum Code civil die entscheidende Funktion und hatte insoweit in der Tat kaum „Stätte noch Berechtigung“.⁸⁶ Möglicherweise bedeutete aber gerade die

80 Pierre Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, Bd. 2, S. 3 ff. (Text) und die Begründung im *Discours préliminaire (Portalis)*, ebd., Bd. 1, S. 476.

81 Markus Alexander Plessner, Jean Etienne Marie Portalis und der Code civil, Berlin 1997, S. 58.

82 Man hatte sich an *Domat* und *Pothier* orientiert, dabei aber gerade das nach dem Vorbild von *Domat* entwickelte *livre préliminaire* verworfen, vgl. Halpérin, *Histoire* (Anm. 21), Nr. 6, S. 20.

83 Halpérin, *Histoire* (Anm. 21), Nrn. 29 ff., S. 56 ff., Nr. 44, S. 81.

84 Dies vertraten z. B.: Antoine Marie Demate, *Cours analytique du Code civil*, 2. Aufl. (Edmond Louis Armand Colmet de Santerre), Paris 1881, S. 4 ff. ; Jean Charles Florent Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, Bd. 1, 6. Aufl., Paris 1880, S. 4 ff. ; Alexandre Duranton, *Cours de droit français*, Bd 1, 3. Aufl., Paris 1834, S. 15 ff. ; Victor Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Bd. 1, 6. Aufl., Paris 1869, S. XXVIII ff.

85 Baudry-Lacantinerie, *Précis* (Anm. 39), Bd. 2, Nr. 783, S. 524. In gleicher Weise erklärt Medicus, *AT* (Anm. 36), Rdnr. 46, warum es sinnvoll ist, weiterhin Lehrbücher zum AT des BGB zu schreiben, obwohl dieser so offensichtlich misslungen sei.

86 Crome, *Selbstzeugnis* (Anm. 43), S. 73 ff. [S. 77].

Konstruktion des Allgemeinen Teils zum Code civil eine Abkehr von der beruhigenden gesetzlichen Autorität, die wissenschaftliche Bemühungen entbehrlich machte.

B. - Die Einhaltung grundsätzlicher Vorgaben des Code civil

Über die Frage, ob mit der Neuordnung bestimmter Materien des Code civil auch ein anderes Rechtsverständnis verbunden war, kann die zugrunde gelegte Rechtsquellen- und Auslegungslehre Auskunft geben, weil hier offen gelegt werden musste, nach welchen methodischen Postulaten mit der Vorlage Code civil umgegangen werden sollte.

24

1. Die Orientierung an der französischen Rechtsquellenlehre

Ähnlich wie das pandektenwissenschaftliche Vorbild unterteilte Crome die von seinem Allgemeinen Teil vorausgesetzte Rechtsquellenlehre in Gesetzesrecht im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht.

25

Dabei ging er von einem Begriff des objektiven Rechts aus, das er als Gesamtheit der Vorschriften definierte, „die das Verhalten des Menschen in Beziehung zur Außenwelt in der Weise bestimmen, daß sowohl er selbst als auch die Gesamtheit sich ihrem Wesen gemäß entsprechend gestalten können.“⁸⁷ Da die konkreten Anforderungen an diese Rechtsnormen von der jeweiligen Zeit und Gesellschaft abhängig seien, könnten sie nicht immer schlechthin der allgemeinen Idee von Recht, wie sie von der Wissenschaft des Naturrechts entwickelt werde, entsprechen. Der Staat müsse daher darüber entscheiden, was im einzelnen als positives Recht anzuerkennen sei.⁸⁸ Aus dieser Ansicht, die im übrigen der Ansicht der meisten französischen Autoren entsprach -der Gesetzgeber der Kodifikation als Übersetzer des Naturrechts- folgte Crome, dass das Gesetz die vorherrschende Rechtsquelle sein müsse.⁸⁹ Diesen Ausführungen folgte eine rudimentäre Übersicht über das verfassungsmäßige Zustandekommen von Gesetzen nach der Reichsverfassung, insbesondere über die formelle Verfassungsmäßigkeit, weil Teile der diesbezüglich in Art. 1 Code civil geregelten Voraussetzungen verdrängt worden waren.⁹⁰

Windscheid legte demgegenüber für die Gesetzgebung keine allgemeine Definition von Recht zugrunde, insbesondere unterblieb der für die französische Rechtswissenschaft typische Verweis auf ein Naturrecht. Es blieb aber der Sache nach bei derselben Bedeutung: Gesetz sei der Ausspruch des Staates, was Recht sei. Für das Privatrecht interessant war auch hier lediglich die formelle Voraussetzung der Gültigkeit von Gesetzen, denn nur ein ordnungsgemäß promulgiertes Gesetz müsse der Richter auch

26

87 Crome, AT (Anm. 33), S. 29.

88 Crome, AT (Anm. 33), S. 30.

89 Crome, AT (Anm. 33), S. 21 ff., über die Exklusivität des Code.

90 Crome, AT (Anm. 33), S. 30 ff.

beachten.⁹¹ Unter Gesetzen verstand Windscheid auch die Regelungen des *Corpus iuris*, aber nur insoweit sie durch Praxis und Wissenschaft in Deutschland rezipiert seien. Aus diesem Grund war bei der Beurteilung dieser Rechtsquelle stets eine Kritik vorzunehmen, deren Ziel die Feststellung der Quellengrundlage war.⁹²

Dementsprechend nahm auch das Gewohnheitsrecht bei Windscheid einen größeren Stellenwert ein, unter dem er ein Recht verstand, das ohne staatliche Setzung tatsächlich geübt werde.⁹³ Da es sich hier um eine unmittelbare Rechtsquelle handelte, erfolgte die Definition des Rechts als „Rechtsvernunft der Völker“ auch an dieser Stelle.⁹⁴ Historisch betrachtet sei dies die wichtigere Rechtsquelle; sie sei aber im Laufe der gesellschaftlichen Entwicklung durch das Gesetz verdrängt worden. Als Unterfall des Gewohnheitsrechts hob Windscheid insbesondere das „Juristenrecht“ hervor, denn Recht könne auch nur aus der Übung der Juristen, insbesondere dem Gerichtsgebrauch, entstehen.⁹⁵ Da sich bei den Juristen ein Rechtsbewußtsein wegen des täglichen Umgangs mit der Materie leichter ausbilde, seien sie gleichsam die natürlichen Vertreter der Gesamtheit.⁹⁶

Eine solch hervorgehobene Stellung nahm das Gewohnheitsrecht bei Crome nicht ein. Zwar fühlte er sich genötigt, übereinstimmend mit der französischen Rechtswissenschaft hierzu Stellung zu beziehen,⁹⁷ eine mit den Pandektenwissenschaften vergleichbare Bedeutung erlangte es dadurch nicht. Grundlage für die Zurückweisung des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle war Art. 7 des Einführungsgesetzes zum Code civil vom 30. *ventôse An 12*, der Gewohnheitsrechte im Regelungsbereich der Kodifikation abgeschafft hatte. Da mit diesem Gesetz auch die Theorien zur Bindungswirkung des Gewohnheitsrechts im *ancien droit*, die auf der stillschweigenden staatlichen Hinnahme beruhten, verworfen worden seien, könne sich auch kein neues Gewohnheitsrecht bilden.⁹⁸ Dem Gerichtsgebrauch legte Crome anders als Windscheid und konform mit der französischen Rechtslehre keine Rechtsquellenqualität bei und bezog sich insoweit auf Art. 5 Code civil,⁹⁹ der den Gerichten Eingriffe in die Gesetzgebung verbot.

Crome stellte also -insoweit eigentlich kaum überraschend- den Code civil in den Mittelpunkt seiner Lehre. Die theoretische Grundlegung von Recht als Naturrecht entsprach eher französischen Auffassungen, die aber insgesamt mit ihrer Vorstellung von

91 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 40 ff.

92 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 2 ff. [insbesondere: S. 8 ff., 11 ff.], auch: S. 57, Fn. 1.

93 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 43 ff.

94 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 44

95 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 46 ff.

96 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 49.

97 Sehr knapp: Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 43, S. 25 f.

98 Crome, AT (Anm. 33), S. 36.

99 Crome, AT (Anm. 33), S. 38 f. ; Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nrn. 93 f., S. 46 ff.

Recht als sittlicher Weltordnung nicht weit von der „Rechtsvernunft der Völker“¹⁰⁰ entfernt war. Allerdings erschien bei Crome, und auch das rückt ihn in die Nähe der französischen Rechtswissenschaft, die Gesetzgebung als Hauptquelle von Recht, wohingegen Windscheid diese als eine nur mittelbare, wenn auch die für seine Zeit wichtigste Rechtsquelle ansah.¹⁰¹

2. Die Reichweite der Auslegung des Code civil

War also die Rechtsquellenlehre trotz der Umordnung der Materie nach den Vorbildern der Pandektenwissenschaft die des französischen Rechts geblieben, so stellt sich die Frage, ob sich Veränderungen im Rahmen der Rechtsanwendungsmethoden ergaben. Welches waren die Postulate und Anleitungen zur Auslegung des Code im Verhältnis zu dem, was Windscheid vertrat und dem, was in der französischen Rechtswissenschaft herrschte? In Anlehnung an die Rechtsquellenlehre zeigten sich hier große Gemeinsamkeiten, soweit es um gesetztes, also Gesetzesrecht ging, Abweichungen jedoch da, wo die spezifische Rechtsquellenlehre der Pandektenwissenschaft zugrunde gelegt wurde. Da Crome die spezifischen Rechtsquellen der Pandektenwissenschaft neben dem Code civil verworfen hatte, überrascht nicht, dass auch die zugehörigen Methoden in seinem Allgemeinen Teil keine Rolle spielten.

30

Nach übereinstimmender -wohl kontinentaleuropäischer- Auffassung ging es bei der Auslegung von Gesetzen darum, den Sinn der Regelung vor dem Hintergrund eines in aller Regel subjektiv verstandenen gesetzgeberischen Willens zu erfassen. Die hierfür verwandten Formulierungen waren unterschiedlich. Windscheid meinte, man müsse sich „unter Beachtung aller erreichbaren Umstände möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers“¹⁰² hineindenken. Bei Crome hieß es insoweit trockener, es gehe darum, den „Sinn des Gesetzes klarzustellen“¹⁰³ und *Baudry-Lacantinerie* gab an: „Interpréter la loi, c'est en fixer le sens et la portée“.¹⁰⁴ Man unterschied weithin die grammatische Auslegung, die nach dem sprachlich mögliche Sinn fragte, von einer logischen, die zum Ziel hatte, auch nicht unmittelbar sprachlich zum Ausdruck gekommene Absichten des Gesetzgebers zu ermitteln.¹⁰⁵ Als Instrumente dieser Auslegung wurden angesehen: Rückschlüsse von sonstigen Regelungen des Gesetzeswerkes auf ein konkretes Problem

31

100 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 44.

101 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 44: „Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar begründet sie Recht durch Vermittlung der Gesetzgebung. Unmittelbar begründet sie Recht im Wege der Übung...“, vgl. auch: ebd., S. 46.

102 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 58.

103 Crome, AT (Anm. 33), S. 40.

104 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 97, S. 49.

105 Crome, AT (Anm. 33), S. 40 f., Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 56 ff., Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 101, S. 50 f.

(systematische Auslegung, Analogie),¹⁰⁶ die Heranziehung der Materialien als verbürgte Absichtserklärung,¹⁰⁷ sowie die Berücksichtigung des historischen Hintergrundes der Gesetzgebung mit Blick auf die Feststellung von Kontinuitäts- bzw. Diskontinuitätslinien.¹⁰⁸ Die Auslegung konnte soweit gehen, den Wortlaut einer Norm zu korrigieren, jedenfalls dann, wenn man davon ausgehen konnte, der gesetzgeberische Wille sei im Text nur unzureichend oder falsch zum Ausdruck gekommen.¹⁰⁹ Insgesamt gingen die Autoren von der Geschlossenheit des Rechtssystems aus, so dass im Grundsatz alle Rechtsfragen beantwortet werden konnten. Hier lagen zugleich die Grenzen der Auslegung, denn die Schließung von Lücken ohne ermittelbaren systemkonformen gesetzgeberischen Willen hätte eine unzulässige Inanspruchnahme von Gesetzgebungskompetenzen bedeutet.¹¹⁰ Entgegen der von Crome im Einklang mit der Pandektenwissenschaft vertretenen Systemgeschlossenheit schlug *Baudry-Lacantinerie* in solchen Fällen einen Rückgriff auf das Naturrecht vor - ein Vorgehen, das in der französischen Rechtswissenschaft jedoch umstritten blieb.¹¹¹

Neben der allgemeinen Auslegungslehre fand sich bei Windscheid noch ein Abschnitt über besondere Auslegungsfragen des Pandektenrechts.¹¹² Dabei ging es um Schwierigkeiten, die sich aus der zugrunde gelegten Rechtsquelle ergab: Das *Corpus iuris* hatte als Kompilation selbst im wesentlichen älteres Recht aufgezeichnet und geordnet, so dass nach Windscheid sowohl der ursprüngliche Zweck der Regelung als auch der Grund zur Übernahme in das *Corpus iuris* beachtet werden müsse. Die einzelnen Regelungskomplexe stünden außerdem zueinander in einer bestimmten Hierarchie; so gehe das canonische Recht dem römischen vor, sofern nicht ein anders lautender Gerichtsgebrauch entgegenstehe. In Anlehnung hieran hatte Crome zwar darauf hingewiesen, dass der Code civil nach Regelungskomplexen zeitlich versetzt erlassen worden war, aber eine besondere Bedeutung dieser Tatsache deswegen verworfen, weil sie nicht der Idee einer Gesamtkodifikation entspreche.¹¹³

32

106 Crome, AT, (Anm. 33), S. 40 u. 43 ; Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 57 f. ; Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 101, S. 51.

107 Crome, AT (Anm. 33), S. 41 u. 45 ; Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 101, S. 51 ; Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 55 ff., spricht nicht ausdrücklich von Materialien; diese würden der Sache nach aber zu den Mitteln gehören, die neben den angegebenen Möglichkeiten ebenfalls den Willen des historischen Gesetzgebers erhellen könnten.

108 Crome, AT (Anm. 33), S. 40, Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 101, S. 51, Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 58.

109 Crome, AT (Anm. 33), S. 42 ; Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 60 ; Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 101, S. 51.

110 Crome, AT (Anm. 33), S. 42 f. ; Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 60 f. ; vgl. Gaudemet, *Interprétation* (Anm. 21), insbesondere S. 15 f. ; Halpérin, *Histoire* (Anm. 21), Nrn. 34 f., S. 65 ff. (*Aubry & Rau* und *Demolombe*).

111 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 89, S. 44 , aber str.

112 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 67 ff.

113 Crome, AT (Anm. 33), S. 44.

In der Auslegungslehre bezog sich Crome auf die allgemein anerkannten Grundsätze zur Auslegung der Gesetze, ohne auf spezifisch pandektistische Methoden zuzugreifen. Auffällig ist dabei, dass dieses Vorgehen inhaltlich mit den Vorstellungen der „exegetischen Schule“¹¹⁴ übereinstimmte, Crome in seinem kritischen Apparat aber im wesentlichen auf deutsche Autoren verwies, so auf Savigny, Windscheid, Wächter und Unger und demgegenüber von den Exegeten nur *Laurent* heranzog.¹¹⁵ 33

Die Neuordnung einzelner Materien des Code civil im Rahmen eines Allgemeinen Teils stellte damit wesentliche Vorgaben der französischen Kodifikation nicht in Frage. Dies ergab sich zunächst aus der Beibehaltung der Ausschließlichkeit des Code civil als Rechtsquelle, dann aber auch aus dem Fehlen einer methodischen Öffnung, die die Heranziehung pandektenwissenschaftlicher Ergebnisse in legitimer Weise ermöglicht hätte. Die Funktion des Allgemeinen Teils konnte sich dann entweder nur noch auf eine als vorzugswürdig empfundene Lehrordnung oder aber auf die Einfügung von Erklärungen für die unangetastet bestehenden bleibenden Regelungen des Code civil beschränken, soweit nicht lediglich bezweckt war, das Zusammenspiel mit der Änderung von gesetzlichen Rahmenbedingungen zu gewährleisten.¹¹⁶ 34

III. Cromes „Allgemeiner Theil der modernen französischen Rechtswissenschaft“ zwischen Anpassung und Erläuterung von Rechtsinstituten des Code civil

An einer pandektenwissenschaftlichen Umdeutung im Sinne einer Anpassung der Ergebnisse an Errungenschaften des gemeinen Rechts muss also gezweifelt werden. Allerdings schlug Crome durchaus eine Brücke zum gemeinen Recht, indem er die Materien so darstellte, dass sie auch den deutschen Juristen zugänglich wurden, die nicht des französischen Rechts kundig waren, denn hierfür war die systematische Anordnung nach dem Vorbild des Pandektenrechts gut geeignet. 35

Damit bleibt die Frage offen, inwieweit dann noch Begriffe der Pandektenwissenschaft zur Erläuterung des Code herangezogen wurden und welche Auswirkungen dies hatte. Ein Blick auf einzelne Fragen der Rechtsgeschäftslehre kann hierüber einen ersten Aufschluss geben. 36

A. - Rechtsgeschäftslehre oder théorie des obligations en général ?

Die im allgemeinen über die deutschen Bearbeitungen des Code civil geäußerten Ansichten sahen die „pandektenwissenschaftliche Durchdringung“ vor allem in der 37

114 Carbonnier, Introduction (Anm. 35), Nr. 152, S. 290 ff.

115 Crome, AT (Anm. 33), S. 40, Fn. 1.

116 Die Behandlung der juristischen Person bietet hierfür ein Beispiel, Crome, AT (Anm. 33), S. 138 ff., der hier im wesentlichen die Reichsgesetzgebung referiert.

Bildung von Systembegriffen und der anschließenden Herleitung von Einzelfalllösungen. Auch die Rechtsgeschäftslehre, in der die Pandektenwissenschaft allgemein und abstrakt die Regeln für das Handeln aufstellte, das auf die willentliche Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet war, war Standort solcher Begriffe. Die These von der größeren Wissenschaftlichkeit deutscher Bearbeitungen des Code civil unterstellt, dass diese Begriffsbildung eine deutsche Eigenheit war und dass dementsprechend die französische Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts wegen ihrer am Konkreten ausgerichteten Volkstümlichkeit keine entsprechenden Begriffe ausbildete. Eine systematische Erfassung juristischer Problemstellungen nach dem Code civil müsste danach in Frankreich unterblieben und eine Lücke in der wissenschaftlichen Bearbeitung entstanden sein, die Crome mit seiner im Allgemeinen Teil untergebrachten Rechtsgeschäftslehre schließen konnte. Dabei stellt sich weiterführend zunächst die Frage, ob die in Deutschland verwendeten Begriffe in Frankreich schlechthin unbekannt blieben, ob sie nur einen anderen Standort hatten oder ob ähnliche Rechtsprobleme anders bezeichnet und zugeordnet wurden. Dann wird bedeutsam, ob Crome mit der Anordnung der Rechtsgeschäftslehre im Allgemeinen Teil lediglich die Standorte einzelner Materien unverändert aus dem Code und der französischen Rechtslehre übernahm oder ob und mit welchen Folgen fremde Begriffe auf den Code übertragen wurden. Die Zuordnung solcher Begriffe wird dadurch erschwert, dass sich die französische Rechtswissenschaft im neunzehnten Jahrhundert mit der Pandektenwissenschaft zumindest auseinandergesetzt, wenn nicht ihre zentralen Thesen rezipiert hat.¹¹⁷ Sollten die nationalen Konturen solch leitender Begriffe verschwimmen, stünde die tiefere Durchdringung der Rechtsmaterie durch die rheinischen Juristen in Frage und der Unterschied beschränkte sich auf eine Standortfrage und damit darauf, in welchen Zusammenhängen und in welcher Abfolge bestimmte Materien gelehrt werden sollen. Dann aber handelte es sich bei der Bevorzugung der pandektenwissenschaftlichen Systematik letztlich um eine Geschmacksfrage, denn wer wollte nach welchen Kriterien darüber urteilen, ob das Pandektensystem *besser* war als die Legalordnung des Code?

1. Die formale Konstruktion der Rechtsgeschäftslehre

Inwieweit sich die Konstruktion der Rechtsgeschäftslehre Cromes an einem pandektistischen Vorbild orientierte, kann in einem ersten Schritt unter formalen Gesichtspunkten aus der Anordnung und Auswahl der Inhalte geschlossen werden.

Eine Gegenüberstellung der Rechtsgeschäftslehre Cromes im Vergleich mit der Windscheids zeigt zum einen Ähnlichkeiten, soweit es um die äußere Reihenfolge und

38

117 So: Alfons Bürge, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1995 ; zweifelnd: Halpérin, Einfluß (Anm. 25), S. 215 ff.

118 Crome, AT (Anm. 33), S. 290 (Dispositionsfähigkeit), S. 292 (Causa).

die Auswahl der abzuhandelnden Themen ging; dies entspricht der eingangs gemachten Feststellung, die den gesamten Allgemeinen Teil Crome prägt. Zum anderen zeigt sich aber wiederum -mehr im Detail- die Anlehnung an die Vertragslehre des Code, denn Crome hatte der Dispositionsfähigkeit und der *Causa* jeweils eigene Kapitel gewidmet,¹¹⁸ die nach der Vorstellung Windscheids nicht in den Allgemeinen Teil gehörten.¹¹⁹ Die Rechtsgeschäftslehre von Crome lässt sich damit äußerlich als Exzerpt des Vertragsrechts des Code lesen.

Die Möglichkeit in der Gliederung eine Parallele zur pandektistischen Rechtsgeschäftslehre herzustellen und nach ihrem Vorbild einige Elemente des Vertragsrechts in einen Allgemeinen Teil auszukoppeln, kann damit erklärt werden, dass der Schlüsselbegriff der Willenserklärung in der Einigung (*consentement*) vorausgesetzt war und daher ohne Schwierigkeiten übernommen werden konnte. Windscheid hatte das Rechtsgeschäft als Privatwillenserklärung definiert, die auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung, also auf Entstehung, Untergang oder Veränderung von Rechten, gerichtet war und zwischen einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften unterschieden.¹²⁰ Zweiseitige Rechtsgeschäfte aber waren nach diesem Verständnis nichts anderes als die Verträge,¹²¹ die auch dem Code civil als *convention* oder *contrat* geläufig waren.

Die Kategorie des Rechtsgeschäfts als dem Vertrag übergeordnet fehlte im Code und die französische Rechtswissenschaft benötigte sie für die Darstellung ihres Vertragsrechts nicht, jedenfalls nicht in derselben Weise, denn der Begriff war ihnen nicht unbekannt. Er erschien an einer eher versteckten Stelle im Zusammenhang mit dem Beweisrecht des Code (Art. 1315 - 1369 Code civil), das einen eindeutigen Vorrang des Urkundsbeweises und daher ab einem bestimmten Vertragswert die Erstellung von Urkunden vorsah. Diese Regelung setzte eine allgemeine Definition des Rechtsgeschäfts voraus, die in erster Linie der Abgrenzung von den unerlaubten Handlungen diente, denn für diese war die Beweisvorschrift offensichtlich sinnlos.¹²² Die von *Baudry-Lacantinerie* in diesem Zusammenhang vorgebrachte Definition entsprach derjenigen Windscheids vom Rechtsgeschäft: „Les actes juridiques ... [sont]... ceux qui ont pour résultat direct et nécessaire de créer, de transférer, de modifier, de confirmer, de reconnaître ou enfin d'éteindre un droit ou une obligation...“.¹²³

Die Weigerung, jenseits der Vorgaben des Code den Begriff des Rechtsgeschäfts zu bilden und zu verwenden, könnte darauf zurückzuführen sein, dass es bei Zugrundelegung der Legalordnung des Code und angesichts des Konsensualprinzips, das

119 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. XII.

120 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 186.

121 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 189 f. , Crome, AT (Anm. 33), S. 208.

122 Art. 1341 Code civil.

123 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nr. 1257, S. 862, im Vergleich dazu die weiter oben zitierte Definition von Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 186.

zum Wegfall dinglicher Rechtsgeschäfte geführt hatte, zweifelhaft schien, ihn vor die Klammer zu ziehen. Neben dem Vertrag kannte das französische Zivilrecht die Ehe (Art. 180 ff. Code civil) und die freigebigen Verfügungen (*donation, legs, testament*, Art. 893 ff. Code civil) als Rechtsgeschäfte, deren Voraussetzungen jedoch jeweils für sich detailliert geregelt waren. Die Wirksamkeitserfordernisse wichen von denen des Vertrages ab, so dass eine Anwendung der allgemeinen Regeln (z.B. der Irrtumsanfechtung nach Art. 1110 Code civil) insgesamt umstritten war.¹²⁴ Die französische Rechtswissenschaft hatte keine Anstrengungen unternommen, die Rechtsgeschäftslehre, die sich mit Teilen des Vertragsrechts deckte, vor die Klammer zu ziehen,¹²⁵ und auch die deutschen Juristen waren bei ihrer Auseinandersetzung mit dem Code schließlich zu dem Ergebnis gekommen, dass eine systematische Lösung beispielsweise des Nichtigkeitsproblems nur möglich war, wenn man zumindest die Ehe ausnahm.¹²⁶ Vor diesem Hintergrund erschien es gut möglich, einzelne Aspekte dessen, was die Pandektisten der Rechtsgeschäftslehre zuordneten, im Zusammenhang mit dem Vertragsrecht und dort in einem allgemeinen Kapitel vor den einzelnen Verträgen zu behandeln.

Neben der grundsätzlichen Möglichkeit, einige Aspekte des Vertragsrechts vor die Klammer zu ziehen, erwies sich gerade die Wahrnehmung des Rechtsgeschäfts im Code civil nur als Vertrag bei der Auskopplung einzelner Materien durch Crome als problematisch. Eine inhaltliche Ablösung von den vertragsrechtlichen Vorgaben gelang nicht oder wurde jedenfalls nicht streng durchgeführt. 42

So zog Crome im vermeintlichen Anschluss an die französische Vertragslehre die Dispositionsfähigkeit oder -berechtigung als Wirksamkeitsvoraussetzung von Willenserklärungen vor die Klammer. Dies hing wohl damit zusammen, dass das reine Konsensualprinzip des Code die Nichtigkeit eines ohne Verfügungsbefugnis getroffenen Rechtsgeschäfts mehr oder weniger zwingend nach sich zu ziehen schien. Nach dieser Vorstellung war es unmöglich, die Verfügung wie in der Pandektenwissenschaft von dem Verpflichtungsgeschäft zu trennen, die Wirksamkeit einer Willenserklärung auch bei fehlender Verfügungsbefugnis anzunehmen und das dann möglicherweise entstehende Problem der Unmöglichkeit der Erfüllung im Bereich der Leistungsstörungen zu lösen. Die Idee Cromes, diesen Aspekt vor die Klammer zu ziehen, schien eine gewisse 43

124 Eindeutig für die Ehe: Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 1, Nr. 489, S. 288 und Nr. 501, S. 289 ; str. für Anwendung der Art. 1101 ff. Code civil auf Testamente: Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nr. 373, S. 252, dagegen: Sirey-Gilbert (Anm. 40), Bd. 1, Art. 901, Nrn. 39 ff. (nur *captation et suggestion*, also Arglist des Begünstigten; der einfache Irrtum findet keine Erwähnung), Anwendung allgemeiner Regeln auf die Schenkung unproblematisch: Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nr. 353 ff., S. 240, der darauf hinweist, dass es sich bei der Schenkung um einen Vertrag handelt.

125 Vgl. bereits Anm. 48.

126 Insbesondere Bernhard Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847 ; im Anschluss daran: Zachariä, Handbuch, 8. Aufl. (Anm. 18), Bd. 1, S. 352 f.

Bestätigung in Art. 1599 Code civil zu finden, der die Nichtigkeit des Kaufvertrages über einem Dritten gehörige Sachen anordnete.¹²⁷ Crome berief sich allerdings gerade nicht auf diese Vorschrift, sondern auf Art. 1126 ff. Code civil, die lediglich einen bestimmten Vertragsgegenstand forderten.¹²⁸ Der Schluss auf die Dispositionsbefugnis als Wirksamkeitsvoraussetzung der Willenserklärung war weder zwingend noch in der französischen Rechtslehre üblich¹²⁹ und ließ sich eigenartigerweise auf die Heranziehung deutscher Autoren zurückführen,¹³⁰ obwohl die Verfügungsbefugnis hier im Allgemeinen Teil gerade nicht behandelt wurde.¹³¹

In ähnlicher Weise schien die Heranziehung der *cause* als Voraussetzung von Willenserklärungen der gesetzlichen Anordnung geschuldet (Art. 1108, 1131 Code civil).¹³² Auch hier übertrug Crome ein Merkmal auf die Willenserklärung, das auf diese allein nicht recht zu passen schien -wohl aber auf den Vertrag- und musste daher Fragen diskutieren, die bei der abstrakten Behandlung der Willenserklärung nicht gut aufgehoben waren, wie die Frage nach der Wirksamkeit von Verfügungsgeschäften (Tradition), deren Bestimmungsgrund (*cause*) sich nicht aus sich selbst, sondern erst aus dem Bezug auf ein anderes Rechtsgeschäft -dem Verpflichtungsgeschäft- ergab.¹³³

In formaler Hinsicht zeigt sich damit, dass eine einfache Übernahme pandektenwissenschaftlicher Systematik Crome nicht genügte. Er versuchte vielmehr die Vorgaben des Code und seine Eigenheiten zu berücksichtigen, was sich bereits in der Auswahl der Materien ausdrückte. 45

2. Das Zusammenspiel pandektenwissenschaftlicher Systembegriffe mit dem Vertragsrecht des Code civil

Eine eigenartige Verbindung pandektenwissenschaftlicher Ideen mit den Ergebnissen der französischen Rechtswissenschaft zeigt sich auch an der Behandlung des so genannten unechten Irrtums, also dem Auftreten einer Willenserklärung, deren Inhalt dem wirklich Gewollten nicht entsprach.¹³⁴ An diesem Beispiel können deutlich die Auswirkungen eines an der Willensmacht des einzelnen ausgerichteten Rechtsverständnisses, wie es beispielsweise von Windscheid vertreten wurde, beobachtet werden.¹³⁵ 46

127 Art. 1599 I Code civil: La vente de la chose d'autrui est nulle...

128 Crome, AT (Anm. 33), S. 290; eine Berufung auf Art. 1599 I Code civil erfolgte erst auf S. 215 ff., vgl. hierzu unten im Text, Nrn. 59 f.

129 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nrn. 835 ff., S. 562 ff.

130 Crome, AT (Anm. 33), S. 290, Fn. 1, unter Berufung auf Wächter, Windscheid und Förster.

131 Jedenfalls nicht bei Zugrundelegung des Pandektenlehrbuchs von Windscheid.

132 Crome, AT (Anm. 33), S. 292 ff.

133 Crome, AT (Anm. 33), S. 301 ff., dazu näher unten Nr. 54.

134 Zu dieser Problematik: HKK- Schermaier (Anm. 34), § 116 - 124, Rdnr. 53.

135 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 99.

Ein solches Rechtsverständnis bedingte als einen weiteren Systembegriff den der Willenserklärung. Wenn die Rechtsordnung für die Umsetzung von Rechtsfolgen staatlichen Zwang zur Verfügung stelle, so Windscheid, dann deshalb, weil sie gewollt und dieser Wille erklärt worden sei.¹³⁶ Im Gegenschluß bedeutete dies, dass einer Erklärung, der kein wirklicher Wille zugrunde lag, auch keine rechtlichen Folgen beigelegt werden könnten, diese also nichtig sei.¹³⁷ Auch wenn sich die Erklärung auf einen Irrtum des Erklärenden zurückführen lasse, ergebe sich die Nichtigkeit daraus, dass sie nicht von einem wirklichen Willen getragen sei.¹³⁸

47

Die Redakteure des Code civil hatten den Vorgang des Vertragsschlusses nicht ausreichend genau erfasst und daher die Frage des Auseinanderfallens von Willen und Erklärung nicht ausdrücklich thematisiert. Der Code civil kannte dementsprechend lediglich die Einigung (*consentement*), die selbstverständlich zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzte, sah eine Irrtumsregel aber nur für bestimmte Formen von Motivirrtümern vor (Art. 1110 Code civil). Um diese Problematik lösen zu können, hatte die französische Rechtswissenschaft von den Rechtsfolgen her neben dem Begriff der *nullité*, der die Unwirksamkeit von Verträgen wegen der ausdrücklich vorgesehenen Willensmängel bezeichnete, die *inexistence* etabliert, um zum Ausdruck zu bringen, dass bestimmte Willensmängel bereits das Zustandekommen des Vertrages hinderten.¹³⁹ Eine dem pandektenwissenschaftlichen Systembegriff entsprechende Definition der Willenserklärung wurde nicht zugrunde gelegt,¹⁴⁰ auch wenn ihr Vorliegen in ganz ähnlichen Formen, wie sie auch bei Windscheid erschienen, bei den Überlegungen zum *consentement* wie selbstverständlich vorausgesetzt wurden.¹⁴¹ Ob das Fehlen des wirklichen Willens die Nichtigkeit der Willenserklärung und damit des Vertrages verursachte, blieb etwas unklar, weil nicht dieses abstrakte Prinzip, sondern einige konkrete Anwendungen dargestellt wurden: Ein Irrtum schließe die Einigung aus, wenn sie die rechtliche Natur, den Inhalt des Vertrages oder die Existenz des Rechtsgrundes betreffe.¹⁴² Man blieb damit bei einer bequemen aber unpräzisen Ausdrucksweise, wie Windscheid es ausdrückte,¹⁴³ die sich aber im Vergleich mit den von Windscheid angeführten Fallgruppen gleich auswirkte.¹⁴⁴

48

136 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 186 f.

137 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 222 f.

138 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 223.

139 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nr. 801, S. 536.

140 Dazu bereits Halpérin, Fondement (Anm. 48), S. 211 ff.

141 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nrn. 796 ff., S. 533 ff.

142 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nr. 801, S. 536.

143 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 223.

144 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 232.

Mit der Systematik Windscheids war die Relevanz der anderen Irrtümer, die der Code civil in Art. 1110 anführte –also im wesentlichen der Eigenschaftsirrthum-, kaum vereinbar, weil sie nicht zum Ausschluss des wirklichen Willens führten, denn stets war in diesen Fällen erklärt worden, was auch gewollt war.¹⁴⁵ Hiermit hatte die französische Rechtswissenschaft, die von dem bequemeren Begriff des Irrtums ausging und die verschiedenen relevanten Irrtümer nach ihren Rechtsfolgen (*inexistence - nullité*) anordnete, keine Schwierigkeiten. Die Einführung einer zusätzlichen, vom Code nicht vorgesehenen Rechtsfolge ermöglichte es, die unterschiedlichen Phänomene zu fassen und in einer dem Code entsprechenden Ordnung darzustellen.¹⁴⁶

Welche Auswirkungen würde die Übertragung der pandektenwissenschaftlichen Vorstellung auf den Code civil bei Crome haben?

Crome lehnte seine Darstellung der Irrtumsproblematik ebenso wie Windscheid an die Definition des subjektiven Rechts als von der Rechtsordnung verliehener Willensmacht und die dem entsprechende Definition des Rechtsgeschäfts an.¹⁴⁷ Nach dieser Vorstellung war eine Erklärung, deren Inhalt vom wirklich Gewollten divergierte, nichtig. Wenn jemand etwas erkläre, was er nicht wolle, so ergebe sich die rechtliche Irrelevanz der Erklärung nicht aus dem Irrtum, sondern aus der Abweichung zwischen Erklärung und dem Gewollten.¹⁴⁸ Bis zu diesem Punkt entsprachen die Ausführungen noch dem, was auch Windscheid geschrieben hatte. Dann aber hieß es, dass diese Divergenz nur dann bedeutsam sei, wenn sie wesentliche Punkte betreffe. Crome bildete zur Anschauung Fallgruppen, die denen entsprachen, die auch *Baudry-Lacantinerie* verwendete, berief sich diesbezüglich auf *Pothier* und verwies damit eindeutig auf die französische Rechtswissenschaft.¹⁴⁹ Eigenartigerweise stellte er neben den Irrtum über die juristische Natur und Art des Geschäfts, den Irrtum über den Vertragsgegenstand, auch den über wesentliche Eigenschaften des Vertragsgegenstandes oder des Vertragspartners, obwohl die nach französischem Recht an diese Irrtümer geknüpften Rechtsfolgen unterschiedlich waren. Die Herleitung einheitlicher Rechtsfolgen für alle Arten der Willensmängel scheiterte, weil nach dem Gesetz für den normierten Eigenschaftsirrthum von einer Anfechtbarkeit, für die übrigen jedoch nach pandektenwissenschaftlichem Vorbild von einer Nichtigkeit *de iure* auszugehen war. Dieser systematische Mangel des Code civil, so Crome, könne nicht behoben werden. Daher müsse man entsprechend der gesetzlichen Regelung und dem damit übernommenen älteren Recht davon ausgehen, dass bei Divergenz zwischen Willen und Erklärung eben Nichtigkeit, in den Fällen des Eigenschaftsirrthums aber nur eine Anfechtbarkeit gegeben sei.¹⁵⁰ In der Irrtumslehre

145 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 233 f.

146 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nrn. 800 ff., S. 535 ff.

147 Crome, AT (Anm. 33), S. 254.

148 Crome, AT (Anm. 33), S. 260.

149 Crome, AT (Anm. 33), S. 263.

150 Crome, AT (Anm. 33), S. 263.

wurden also pandektenwissenschaftliche Erkenntnisse übernommen, soweit es mit den Vorschriften des Code und auch mit den zur Auslegung heranzuziehenden Vorbildern, wie zum Beispiel *Pothier*, in Einklang zu bringen waren. Vom Ergebnis her Vorrang hatte dabei wohl nicht nur die gesetzliche Anordnung, sondern auch in gewisser Weise die üblicherweise in der französischen Rechtslehre durch Auslegung ermittelte Rechtsfolge.

An der Irrtumslehre Cromes lässt sich die von der Literatur vorgebrachte spezifische Arbeitsweise nachvollziehen. Seine Methode bestand in der Tat darin, Systembegriffe zu bilden und aus diesen dann Einzelfallösungen herzuleiten. Dies unterschied seine Abhandlung von der *Baudry-Lacantineries*, der zwar ähnliche Begriffe zugrunde zu legen, aber die Systematik nicht ausdrücklich aus ihnen zu entwickeln schien. Dabei wurde der hier beispielhaft herangezogene Begriff der Willenserklärung schlicht aus der Pandektenwissenschaft übernommen, was vor dem Hintergrund der offenen Formulierungen des Code gut möglich war. Allerdings schlug diese Systembildung nicht vollständig auf die Regelungen des Code durch, denn die Kategorisierung in Fallgruppen und die favorisierten Rechtsfolgen blieben dieselben wie in der französischen Rechtswissenschaft. Auf diese Weise entstand der Eindruck, dass die „tiefer durchdrungenen“ Erklärungen der Pandektenwissenschaft neben die von der französischen Rechtswissenschaft entwickelten Lösungen traten, ohne dass die einen auf die anderen letztlich angewiesen waren. Dieses eigenartige Ergebnis führte Crome dann so weit, mehr oder weniger zuzugeben, dass die Willensmängel des Code nicht nach pandektenwissenschaftlichen Grundsätzen zu ordnen waren.¹⁵¹

51

Unter diesen Umständen stellte sich die wissenschaftliche Bearbeitung des französischen Privatrechts -auch bei intensiver Berücksichtigung der Pandektenwissenschaft- als sehr viel weniger gehaltvoll heraus als eingangs angenommen.

52

B. - Das dingliche Rechtsgeschäft im Code civil?

Neben der Anbindung der Irrtumslehre an den Begriff der Willenserklärung, der in der französischen Rechtswissenschaft nicht so deutlich vorhanden war, findet sich im Allgemeinen Teil von Crome die Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäfts. Anders als bei der Willenserklärung, die vom Vertragsrecht im Begriff *consentement* des Code vorausgesetzt war und daher problemlos auch in ihrer pandektenwissenschaftlichen Ausprägung in die französische Dogmatik eingefügt werden konnte,¹⁵² wirkt die

53

151 Möglicherweise konnte er es auch nur nicht, vgl. die neuere französische rechtswissenschaftliche Literatur, die mit den Begriffen Rechtsgeschäft und Willenserklärung sicher arbeitet, z.B.: Jean Carbonnier, *Droit civil 4. Obligations*, 22. Aufl., Paris 2000, Nrn. 31 ff., S. 81 ff. und Nrn. 14 ff., S. 45 ff.

152 Der Begriff wird in der heutigen französischen Rechtswissenschaft als *manifestation* oder *déclaration de volonté* verwendet und zusammen mit dem *acte juridique* (Rechtsgeschäft) vor die Klammer gezogen, wenn auch nur für den Bereich des Schuldrechts, vgl. Carbonnier, *Obligations* (Anm. 151), Nrn. 31 ff., S. 81 ff. und Nrn. 14 ff., S. 45 ff.

Übertragung des dinglichen Rechtsgeschäfts auf den Code civil angesichts des streng durchgeführten Konsensualprinzips recht gewagt. Wie wurde die Kategorie mit den Regelungen verbunden und welche Folgen hatte dies für die Ergebnisse?

1. Übertragbarkeit der Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäfts auf den Code civil

Die Unterscheidung zwischen dinglichem Verfügungsgeschäft und schuldrechtlicher Verpflichtung kann als Strukturelement der pandektistischen Systematik und ihr folgend der Dogmatik des BGB bezeichnet werden. Sie führte insgesamt dazu, bestimmte Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf die Veränderung, Übertragung oder Aufhebung von Rechten gerichtet waren, im wesentlichen unabhängig von den möglicherweise zugrunde liegenden Verpflichtungen der Vertragsparteien beurteilen zu können.¹⁵³ Dementsprechend löste beispielsweise ein Kaufvertrag die Verpflichtung aus, das Eigentum an dem Vertragsgegenstand in einem weiteren Rechtsgeschäft -der *traditio*- zu übertragen, das nicht allein aus übereinstimmenden Willenserklärungen bestand, sondern zusätzlich den tatsächlichen Besitzwechsel erforderte. Zugleich konnte das Eigentum nicht nur bezogen auf bestimmte Verträge übertragen werden; es war möglich, der Übertragung andere Vereinbarungen zugrunde zu legen, die nicht vom Quellenbestand typisiert waren, wie zum Beispiel die dem französischen Recht unbekanntes Sicherungsabrede bei einer Sicherungsübereignung.¹⁵⁴ Die Abgrenzung gewann an zusätzlicher Bedeutung, wenn bestimmte Vorgänge, die auch vertragsrechtlich qualifiziert werden konnten, den dinglichen Rechtsgeschäften zugeordnet wurden, wie die Pfandrechte in weitestem Sinn.

54

So grundlegend die Unterscheidung auch war, handelte es sich bei dem dinglichen Rechtsgeschäft nicht um eine Kategorie des Allgemeinen Teils, denn das dingliche Rechtsgeschäft war ja gerade nicht allgemein, sondern ein spezifischer Bestandteil des Sachenrechts. Windscheid erwähnte die Unterteilung überhaupt nicht und gab im Allgemeinen Teil nur eine kurze Definition der Veräußerung, auf die die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre anwendbar seien, und handelte das übrige im

55

153 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 580 ff. - die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes ist danach nicht Voraussetzung der Übereignung ; vgl. auch: Klaus Luig, Übergabe und Übereignung der verkauften Sache nach römischem und gemeinem Rechts, in: Hans Ankum, u.a. (Hg.), *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis completi ab alumnis collegis amicis oblata*, Fribourg 1985, S. 445 ff. ; Karl-Heinz Schindler, Kausale oder abstrakte Übereignung, in: Gerhard Köbler/Hermann Nehlsen (Hg.), *Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München 1997, S. 687 ff.

154 Dazu: Klaus Luig, Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung, in: Ulrich Falk /Heinz Mohnhaupt (Hg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts 1896-1914*, Frankfurt a. M. 2000, 383 ff. ; Philippe Simler/Philippe Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2. Aufl., Paris 1995, Nr. 514, S. 425, Nrn. 563 f., S. 466 ff. ; Hans-Jürgen Sonnenberger/Christian Autexier, *Einführung in das französische Recht*, Darmstadt 2000, Nr. 89, S. 149.

Die Einteilung der Rechtsgeschäfte in dingliche und schuldrechtliche ist für deutsche Juristen heute ebenso selbstverständlich, wie sie für die französischen rätselhaft bleibt. Der Code civil hatte bereits bezüglich der Übereignung für ein Konsensualprinzip entschieden und konsequent auch die übrigen dinglichen Rechtsgeschäfte den Verträgen zugeordnet.¹⁵⁶ Lediglich die Übertragung einzelner Eigentumsbestandteile (Nießbrauch, Dienstbarkeiten etc.) waren im 2. Buch beim Sachenrecht verblieben. Die Entscheidung gegen besondere dingliche Verträge, insbesondere gegen ein gesondertes Rechtsgeschäft der Übereignung, war deutlich: sowohl im allgemeinen Schuldrecht (Art. 1138 Code civil) als auch im Kaufrecht (Art. 1583 Code civil) war angeordnet, dass das Eigentum bereits mit Vertragsschluss übergehe; die aus dem Kaufvertrag entstehende *obligation de délivrance* (Art. 1604 ff. Code civil) enthielt nur noch Abwicklungsmodalitäten, die den Besitzerwerb des Erwerbers sichern sollten.¹⁵⁷ 56

Diese Konstruktion verwarf das ältere französische Recht, das in Anlehnung an das römische Vorbild ebenso wie die Pandektenwissenschaft ein eigenes Übertragungsgeschäft (*tradition*) gekannt hatte, und sanktionierte zugleich eine gängige Kautelarpraxis. Es war zur Zeit der Abfassung des Code civil üblich geworden, in Kaufverträge eine Klausel aufzunehmen, die eine gesonderte Übereignung überflüssig machte, indem sie in den schuldrechtlichen Vertrag integriert wurde oder indem die Parteien gleich bei Vertragsschluss erklärten, die Übereignung habe stattgefunden (*clause de desasine-saisine* oder *tradition feinte*). Möglicherweise spielten im Hintergrund zusätzlich noch naturrechtliche Aspekte eine Rolle.¹⁵⁸ 57

An der grundsätzlichen Entscheidung des französischen Gesetzgebers gegen dingliche Rechtsgeschäfte kam man also nicht vorbei, jedenfalls dann nicht, wenn man, wie Crome, von einer Ausschließlichkeit der zugrunde liegenden Rechtsquelle, dem Code civil, ausging. Wozu diente also die Wiedereinführung einer entsprechenden Kategorie? 58

155 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 190 f. und dann S. 580 ff.

156 Vgl. Art. 2071 ff. (Pfandrechte), Art. 2114 ff. (Hypothek), die bei Windscheid zum Sachenrecht gehören, Pandekten (Anm. 38), S. 768 ff. (Pfandrecht unter Einschluß des Hypothekenrechts), Windscheid folgend: Zachariä, Handbuch, 8. Aufl. (Anm. 18), Bd. 2, S. 1 ff.

157 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 3, Nr. 509, S. 307 f.

158 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nrn. 871 f., S. 590 ; Anne-Marie Patault, Introduction historique au droit des biens, Paris 1989, Nrn. 243 ff., S. 289 ff. ; Jean Carbonnier, Droit civil 3. Les biens, 19. Aufl., Paris 2000, Nr. 108, S. 187 f. und Nr. 112, S. 193 f. ; Henri Mazeaud (u.a., Begr.)/François Chabas, Leçons de droit civil. 2. Band, 2. Teil: Biens. Droit de propriété et ses démembrements, 8. Aufl., Paris 1994, Nrn. 1615 ff., S. 348 ff. ; Philippe Malaurie/Laurent Aynès, Droit civil. Les contrats spéciaux, 9. Aufl., Paris 1995, Nr. 252, S. 178 f.

2. Die Übertragung des dinglichen Rechtsgeschäfts auf den Code civil

Crome führte den Begriff des dinglichen Rechtsgeschäfts, obwohl im Grundsatz systemwidrig, im 3. Kapitel über die „Entstehung, Änderung und Endigung - Arten der Rechte“ in § 20 (Allgemeines) ein;¹⁵⁹ eine Definition erfolgte explizit an dieser Stelle nicht, sie ergab sich nur indirekt bei der Zuordnung des Verzichts zu den Veräußerungsgeschäften. Danach lag ein dingliches Rechtsgeschäft vor, wenn die Übertragung eines Rechts oder aber zumindest eine Rechtsminderung des Veräußernden beabsichtigt war¹⁶⁰ - eine Ansicht, die sachlich den Vorstellungen Windscheids entsprach.¹⁶¹ Die hier eher angedeutete Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäfts griff Crome dann insbesondere in § 21 über die „Beziehung der Rechtssubjekte zu den Rechtsobjekten im subjektiven Recht - Arten der Rechte“ auf.¹⁶² Dabei ging es insgesamt nicht darum, die vom Code verworfene Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäfts wieder hineinzulesen und mit ihrer Hilfe einen Gleichlauf mit dem gemeinen Recht herzustellen; die Problematik, die mit Hilfe des dinglichen Rechtsgeschäfts bewältigt werden sollte, war vielmehr folgende: Nach dem Code civil sollte das Eigentum nach Art. 1138, 1583 Code civil *solo consensu* übergehen (Konsensualprinzip), zugleich aber bei einem Verkauf der gleichen Sache an zwei Käufer der zweite Käufer bevorzugt werden, sofern er gutgläubig zuerst den Besitz erlangt hatte (Art. 1141 Code civil) und das, obwohl der spätere der Kaufverträge mangels Verfügungsbefugnis nichtig war (Art. 1599 Code civil). Diese Regelung -auf der einen Seite sollte es nur auf die Einigung, auf der anderen aber dann doch auf den Besitz ankommen- konnte man, wie die französische Rechtswissenschaft, als gegeben hinnehmen¹⁶³ oder aber einen Erklärungsversuch unternehmen.

59

Die von Crome versuchte Erklärung bediente sich zwar der pandektistischen Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäfts, transportierte aber etwas anderes, nämlich die als deutschrechtlich bezeichnete *Gewere*. Um diesen Begriff für die konkrete Fragestellung nutzbar zu machen, musste er zunächst in der Rechtsentwicklung verankert werden. Ausgehend von der Definition der *Gewere* als „berechtigten Besitzes ohne Rücksicht auf die Natur des zu Grunde liegenden Eigentums“¹⁶⁴, beschränkte sich diese Verankerung darauf, einen Anwendungsfall für Mobilienbesitz in Art. 2279 Code civil zu entdecken.¹⁶⁵

60

159 Crome, AT (Anm. 33), S. 208.

160 Crome, AT. (Anm. 33), S. 209 f.

161 Windscheid, Pandekten (Anm. 38), S. 190 f.

162 Crome, AT (Anm. 33), S. 215, ein weiterer Standort der Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäfts war bei der *Causa*, S. 292 ff., auf die hier nicht näher eingegangen wird.

163 So die französische Rechtswissenschaft, vgl. Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 2, Nr. 875, S. 596; ebd., Bd. 3, Nr. 1731, S. 987 f.; Patault, Introduction (Anm. 158), Nr. 245, S. 290 f.; Mazeaud/Chabas, Biens (Anm. 158), Nr. 1623, S. 355 f.

164 Crome, AT (Anm. 33), S. 217.

165 Crome, AT (Anm. 33), S. 218. Die französische Rechtswissenschaft verwendete den Begriff nicht, Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 40), Bd. 2, Nr. 875, S. 596 und ebd., Bd. 3, Nr. 1731, S. 987 f.,

Das französische Recht sei aber über die so verstandene *Gewere* als Besitzschutz hinausgegangen und habe auch der Obligation bereits eine Wirkung gegen Dritte zugestanden, wenn mit ihr der Übergang von Nutzungsrechten oder sogar die des Eigentums verbunden gewesen sei. Dies entspreche der deutschrechtlichen Auffassung, wonach zwar mit dem schuldrechtlichen Vertrag nicht das Eigentum übergehe, der Vertrag dem Erwerber jedoch ein *ius ad rem* verschaffe, das dieser auch gegen Dritte geltend machen könne.¹⁶⁶ An dieser Stelle fügte Crome die französische Kautelarpraxis ein, die die aus der *Gewere* hervorgehende Auffassung in römisch-rechtliche Institutionen, namentlich das Besitzkonstitut, gefasst¹⁶⁷ und die dann zur Normierung des Konsensualprinzips geführt habe. Der vom Code civil festgeschriebene Eigentumserwerb im Wege nur der Einigung stellte sich danach als Fortentwicklung der *Gewere* dar; die sachlichen Ergebnisse für die Übereignung wurden entsprechend der normierten Lösungen des Code zusammengefasst: die Übertragung des Besitzes war für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb nicht maßgeblich und die Wirksamkeit des dinglichen und schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts voneinander abhängig (kein Verpflichtungsgeschäft ohne Verfügungsbefugnis, kein dingliches Geschäft bei Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrages). Der Rückgriff auf die *Gewere* störte die Funktionsweise dieser Regelungen nicht, vermochte aber, das oben skizzierte Problem zu lösen:

„Die Formlosigkeit des dinglichen Vertrages ist mit diesen Bestimmungen vollkommen vereinbar (gemeint sind Art. 2279 und 1141 Code civil). Die *Gewere* kann bestehen ohne dinglichen Vertrag, z.B. wenn bloß miethweise oder precario gegeben war, und setzt die faktische Besitzeinräumung voraus; das Eigentum, welches wenn mit Besitz verbunden nur eine Erscheinungsform der *Gewere* ist, wird im dinglichen Vertrag solo consensu erworben und kann ausgeübt werden - nur nicht (vom Falle des Art. 1141 abgesehen) gegen Dritte, welche Ihrerseits die *Gewere* erlangt haben.“¹⁶⁸ 61

Ob die Theorie Cromes bezüglich des Eigentumserwerbs nach dem Code civil mit Hilfe der *Gewere* vor dem Hintergrund der zeitgenössischen Germanistik tragfähig war,¹⁶⁹ mag hier dahinstehen. Zu der französischen Dogmatik passte sie nicht.¹⁷⁰ Dagegen spricht 62

auch wenn die historische Herkunft aus dem *droit coutumier* wohl unbestritten ist, vgl. Patault, Introduction (Anm. 158), Nr. 254, S. 298 ; Carbonnier, Biens (Anm. 158), Nr. 234, S. 366 f. und Nr. 236, S. 365 f.

166 Crome, AT (Anm. 33), S. 219 ff.

167 Crome, AT (Anm. 33), S. 221.

168 Crome, AT (Anm. 33), S. 228.

169 Crome zitierte nur Stobbe und Heusler, AT (Anm. 33), S. 220, Fn. 10 ; zur *Gewere* und ihrer Plausibilität: Karl Kroeschell, Zur Lehre vom „germanischen“ Eigentumsbegriff, in: Rechtshistorische Studien, Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern, Köln 1977, S. 34 ff.

170 Die Redakteure hatten sich auf einen Verweis auf *Bourjon* beschränkt., der möglicherweise „germanische“ Ideen transportierte ; vgl. Patault, Introduction (Anm. 158), Nr. 7, S. 21, Nr. 11, S.

bereits, dass sich bei allem Bewusstsein der Redakteure des Code für das *droit coutumier* eine Art Halbeigentum im Sinne der deutschrechtlichen *Gewere* in den Materialien weder finden lässt noch mit ihrem Verständnis von *propriété* vereinbar war. Der Vorstoß Cromes hatte allerdings für sich, die sich widersprechenden Normen in einer Systematik auf eine Linie zu bringen.

Die Erklärung, die Crome hier bot, hatte wenig Aussicht, in Frankreich verstanden zu werden. Dort war man dazu übergegangen, die Regelungen aus einem rationalen Gesetzgebungsverfahren zu verstehen und hatte für die Art. 1141 und 2279 Code civil Verkehrsschutzargumente angeführt, also historische zugunsten wirtschaftspolitischer Argumente verworfen.¹⁷¹ Der Text Cromes verdeutlicht auch selbst an mehreren Stellen, dass sein Ziel nicht unbedingt ausschließlich die Erläuterung des Code war. Die mit dem französischen System einhergehende Opferung des römischen Traditionssystems bezeichnete Crome beispielsweise als „unzweifelhaften“ Fortschritt¹⁷² und glaubte, dass seine Theorie auch dann Geltung beanspruchen könne, wenn der Begriff der *Gewere* in einem neuen Recht beseitigt sei, denn „wie auch immer die Beschränkungen der Klage aus einem dinglichen Recht oder Besitzverlust gefaßt sein mögen, gemeinsam ist den neueren Rechten, daß mit dem Rechtserwerb des in Besitz gesetzten (gutgläubigen) Dritten ein Rechtsverlust des bisherigen wahren Eigentümers u.s.w. Hand in Hand geht.“¹⁷³

63

Das konstatierte Auftreten der pandektenwissenschaftlichen Kategorie des dinglichen Rechtsgeschäfts deutete damit also nicht auf die Einbettung des Code civil in gemeinrechtliche Institute, sondern vielmehr auf einen Erklärungsversuch eines bestimmten Regelungskomplexes (Eigentumserwerb), der so in der Pandektenwissenschaft überhaupt keinen Platz gefunden hätte. Die Verbindung dieses eigentümlichen Versuchs mit rechtspolitischen Andeutungen deutet darauf hin, dass im Wege der „pandektenwissenschaftlichen Durchdringung“, sofern diese überhaupt noch pandektenwissenschaftlich war, nicht unbedingt eine Umdeutung oder Anpassung an die als überlegen geltende gemeinrechtliche Wissenschaft angestrebt, sondern unter Umständen vielmehr eine in beide Richtungen eigenständige Bearbeitung des Code mit dem Potenzial der Ausstrahlung der verwendeten Argumente auf die allgemeine deutsche Rechtsentwicklung mit dem Zielpunkt der Kodifikation im BGB gemeint war.

64

26, Nr. 19, S. 33, die den Begriff der *Gewere* mit dem der *saisine* in Verbindung bringt und auf die Erklärungsschwierigkeiten bezüglich Art. 2279 Code civil hinweist, auch: ebd. Nr. 254, S. 298 f.

171 Baudry-Lacantinerie, Précis (Anm. 39), Bd. 3, Nr. 1729, S. 984 ; Sirey-Gilbert (Anm. 40), Bd. 2, Art. 2279, Nrn. 1-8 zeigen die unterschiedlichen Ansichten ; von diesen vgl. insbesondere: Raymond Théodore Troplong, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente. De la prescription ou commentaire du titre XX du livre III du Code civil, Bd. 2, 3. Aufl., Paris 1838, Nrn. 1040 ff., S. 625 ff, insbesondere Nr. 1059, S. 651, der auf den intérêt public hinweist.

172 Crome, AT (Anm. 33), S. 227.

173 Crome, AT (Anm. 33), S. 228.

IV. Schlußbetrachtung

Auf der Grundlage der skizzierten vergleichenden Untersuchung kann eine Aussage versucht werden darüber, was eine „tiefere Durchdringung“ der deutschen wissenschaftlichen Bearbeitung des Code civil zumindest für den Allgemeinen Teil von Crome bedeutete. 65

Zunächst handelte es sich sicherlich formal um eine Nachbildung pandektenwissenschaftlicher Systematik, die auch die Übernahme einiger Grundbegriffe mit einschloss. Nicht eingegriffen wurde demgegenüber in die Rechtsquellen- und auch nicht in die Auslegungslehre, unter anderem wohl deshalb, weil in der Pandektenwissenschaft das verkündete Gesetz ebenfalls eine Vorrangstellung einnahm und vom Rechtsanwender lediglich ausgelegt werden konnte. Dabei entsprachen sich zugleich auch die wesentlichen Auslegungspostulate und es erwies sich, dass die Vorstellungen der Pandektenwissenschaft, die wegen der Systemgeschlossenheit des Rechts einen Rückgriff beispielsweise auf das Naturrecht ablehnte, eine Heranziehung des römischen Rechts bei der Anwendung des Code als subsidiäre Rechtsquelle überhaupt nicht begünstigten. Würde man bei Windscheid den Begriff des Gesetzes durch den des Code civil ersetzen, entsprächen seine Ausführungen denen der so genannten exegetischen Schule. 66

Mit dieser Rechtsquellenlehre ließ sich im Grundsatz eines nicht vertreten, nämlich eine offene Anpassung ausdrücklich normierter Rechtsfolgen an abweichende Ergebnisse des gemeinen Rechts. Eine rechtsvereinheitlichende Umdeutung des Code civil wäre dort möglich geblieben, wo verschiedene Auslegungen möglich waren; in diesen Fällen begegnete man der Schwierigkeit, zuverlässig unterscheiden zu können, wann eine Anpassung an gemeines Recht oder nur eine bestimmte Auslegung des Code gewollt war, insbesondere dann, wenn die gewählte Ansicht auch in der französischen Rechtslehre vertreten wurde. Man wird solche Fälle wohl danach einordnen müssen, in welchen Kontext der jeweilige Autor seine Ausführungen stellte. 67

Dieses spezifische Problem stellte sich beim Allgemeinen Teil von Crome nicht, denn er vertrat in den hier herangezogenen Stellen keine besonderen von der französischen Rechtswissenschaft abweichenden Ergebnisse. Seine Intention war nicht, die Regelungen des Code zu verändern, sondern sie systematisch -auch das kann als pandektistisches Vorgehen angesehen werden- zu erklären und auf einheitliche Begrifflichkeiten zurückzuführen. Ob auf Dauer mit solchen Konstruktionen auch andere Ergebnisse erzielt werden mussten, als es um 1880 in Frankreich üblich war, ist Spekulation. 68

„Tiefere Durchdringung“ des Rechtsstoffes bedeutete damit für den Allgemeinen Teil von Crome in erster Linie die Einlagerung von Erklärungsmodellen für einzelne Regelungen des Code civil. Die notwendigen Begriffe und Definitionen wurden dabei nicht dem Code entnommen und auch nur sehr bedingt aus seinen Regelungen entwickelt, sondern der Pandektenwissenschaft (Rechtsgeschäftslehre und 69

Willenserklärung) beziehungsweise der Germanistik (*Gewere*) entlehnt. Solche Erklärungsversuche konnten scheitern, wie bei der Irrtumslehre, die sich nicht auf ein einheitliches System auf der Grundlage des pandektistischen Willensbegriffs zurückführen ließ. In diesen Fällen wurde der Regelung des Code der Vorrang eingeräumt, obwohl dies den Versuch der Systematisierung selbst in Frage stellte.

Als demgegenüber gelungen erwies sich der Versuch, verschiedene Eigentumserwerbsarten im Zusammenhang mit dem dinglichen Rechtsgeschäft aus dem Begriff der *Gewere* zu erklären. Bei Beibehaltung der vom Gesetzgeber des Code civil angeordneten Ergebnisse mussten allerdings dessen Intention ignoriert werden. Wer wollte ernstlich *Portalis* unterstellen er hätte *Gewere* gemeint als er *propriété* sagte?

70

Das Vorgehen insgesamt zeigt ein eigenartiges Nebeneinander von an den Code herangetragenen Theorien im Verbund mit den dort normierten Sachlösungen, die möglichst unangetastet blieben, wobei in gewisser Weise die zugrunde liegende gesetzgeberische Intention durch neuere Erkenntnisse ergänzt oder durch fremde Rechtsentwicklungen ersetzt wurde. Dies führte zugleich zu einem recht unentschlossenen Nebeneinander eines rationalen französischen Rechtsverständnisses, das einen formal legitimierten Gesetzgeber in den Mittelpunkt stellte und die Auslegung daher an dessen historisch ermittelbarem subjektiven Willen ausrichten wollte, mit einer historisierenden Idee von Recht, die die Entwicklung der Rechtsinstitute eher objektiv beobachtete und das gesetzgeberische Werk in die vorgegebenen Zusammenhänge einordnete und dabei das Risiko einging, besser zu wissen, was der Gesetzgeber gewollt haben könnte, als dieser selbst.

71

Dieser Widerspruch konnte von Crome nicht aufgelöst werden; es rückte damit der Aspekt einer pandektenwissenschaftlich angereicherten Reflexion rechtlicher Themen in den Mittelpunkt, die nach den geäußerten Hoffnungen des Autors auf das gemeine Recht ausstrahlen sollte und als rechtspolitische Äußerungen letztlich auf das erwartete BGB gerichtet war, soweit der Autor nicht ohnehin glaubte, die Rechtsentwicklung werde auch jenseits dieser Kodifikation wirken.

72

Der Code civil als Modell für die deutsche Rechtsentwicklung oder die Pandektenwissenschaft als Modell für die wissenschaftliche Bearbeitung des Code?

73

Die hier erstellte Skizze lässt eine eindeutige Antwort kaum zu und auch das Gelingen einer Synthese erscheint fraglich - zurück bleibt der Eindruck einer *juxtaposition d'idées*.