
Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das "Woher" und "Wohin" dieses Modells des Code Civil

I. Fragestellung

1. "Konsensprinzip" und dessen Verbreitung

Wer Rechtsordnungen vergleicht, kann seinen Blick auf deren übereinstimmende Züge oder aber auf Gegensätzlichkeiten richten. Nach grundlegenden Unterschieden Ausschau haltend hat mich seit langem beschäftigt, daß in den kontinentalen Kodifikationen der Übergang des Eigentums an Fahrnis entweder bereits mit dem Vertragsschluß oder aber erst aufgrund der Sachübergabe erfolgt. Die letztere Lösung ist in römischer Überlieferung verankert, die auch heute noch als die herrschende bezeichnet werden kann. Es bestehen aber wichtige Ausnahmen: Frankreich hat in seinem Code Civil (CC) des Jahres 1804 der Welt das Gegenbeispiel des Eigentumsübergangs aufgrund bloßen Vertragsschlusses präsentiert, und dem CC als der einflußreichsten und ältesten der geltenden Privatrechtskodifikationen folgen die Zivilgesetzbücher von Belgien und Luxemburg, Italien Art. 922, 1376-1378), Polen (Art. 155) und Portugal (Art. 408, 1316); auch Bulgarien wäre noch zu nennen. Es sind dies durchwegs Privatrechtsordnungen, die insgesamt und nicht bloß in dieser Frage entscheidend vom CC beeinflusst sind. In diesen von Frankreich angeführten Ländern herrscht das "Konsensprinzip", das so heißt, weil der Eigentumsübergang bereits aufgrund eines einfachen auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrages (Kauf, Schenkung) eintritt und nicht zusätzlich einer eigentumsübertragenden Verfügung (der Tradition oder eines Traditionssurrogats) bedarf, wie dies unter der Herrschaft des überlieferten sogenannten "Traditionsprinzips" der Fall ist.

In Europa hat bereits das Niederländische Gesetz von 1838 trotz seiner sonstigen Anlehnung dem CC in dieser Sache die Gefolgschaft versagt. Daß eigenständige Gesetzeswerke wie das Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) (1811), das Zürcher Privatgesetzbuch (PGB) (1854/56), das Schweizer Obligationenrecht (1883; revidiertes Obligationenrecht [OR] 1912) und schließlich das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) (1900) dem CC nicht folgen, sondern auf bewährten Pfaden bleiben, ist gewissermaßen selbstverständlich¹. Lateinamerika, das nach der Loslösung von

¹ Das dem Code Civil zeitlich um ein Jahrzehnt vorangehende Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) hielt am herkömmlichen Traditionsprinzip fest: "Zur Erwerbung des Eigentums wird die Besitznehmung erfordert" (I, 9. § 3; vgl. weiterhin etwa I, 10, § 1: "Die mittelbare [sc. derivative] Erwerbung einer Sache

Spanien zwar französischem Einfluß ausgesetzt war, widersteht in dieser Frage dem Vorbild des CC; dies jedenfalls seit dem chilenischen Código Civil des Jahres 1855, der für die weitere Rechtsentwicklung in Lateinamerika wegweisend wurde²; hier sind es nur Venezuela (Art. 796) und Mexiko (Art. 2014), welche dem Modell des CC anhängen. In den USA und Kanada finden wir die ehemaligen französischen Kolonien Louisiana (Art. 518, 1920-1922) und Québec (Art. 916, 1708; im früheren CC von 1866 Art. 1025/I) in dessen Gefolgschaft³.

In dem in kontinentaleuropäischer Rechtstradition stehenden fernen Osten hat das herkömmliche Traditionsprinzip ebenfalls Vorrang: Das Rechtssystem Taiwans steht in Weiterführung des (in den hier zitierten Bestimmungen seit 1930 geltenden) chinesischen Zivilgesetzbuches ganz auf diesem Boden⁴; obwohl in der Volksrepublik China dieses Gesetzbuch formell wohl keine Geltung mehr besitzt, vermute ich, daß in dieser Frage nicht von der nationalen Tradition abgewichen wird. Wie China entschied sich auch Südkorea⁵; einen anderen Weg ging allerdings Thailand⁶. Japan scheint in der hier thematisierten Frage einer dem englischen Sprachbereich angenäherten Lösung zuzuneigen: Der Eigentumsübergang hängt zwar von einer den Eigentumsübergang anordnenden Willenserklärung, nicht aber von der Sachübergabe ab⁷.

erfordert [...] auch die wirkliche Übergabe derselben", oder I, 11, § 76: "Ein gültig abgeschlossener Kauf zieht die Wirkung nach sich, daß der Verkäufer zur Übergabe der Sache, der Käufer aber zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet wird".

² Der bedeutende, in Lateinamerika als erste Kodifikation eigene Statur gewinnende und daher für den Rechtsvergleicher wichtige chilenische Código Civil ist das Werk des in der spanischsprachigen Welt höchstes Ansehen genießenden ANDRÉS BELLO (1781-1865). Geboren in Caracas hat ANDRÉS BELLO vor seiner Berufung nach Chile zwanzig Jahre in London verbracht; er mag das niederländische Gesetz von 1838 gekannt haben. –Vgl. zu der hier behandelten Frage insgesamt auch ANDREAS RÖTHLISBERGER, Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobiliarübergabe – Eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen, Dissertation Bern, Zürich, 1982.

³ Vergleiche zur Rechtsgeschichte von Louisiana bzw. Québec die Hinweise im Aufsatz von KARSTEN THORN über den Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten, S. 442-474 bzw. 457 ff. und 464 ff. in ZEuP 1997, 442 ff.

⁴ Taiwan, Civil Code, Book II, Obligations (sale, effects), Art. 348: "The seller of a thing is bound to deliver it to the buyer and to cause him to acquire its ownership.", oder Book III, Right over Things, Art. 761: "The transfer of rights over a movable is effective only by the delivery of the movable [...]". Textgleich bereits "The Civil Code of the Republic of China" übersetzt von CHING-LIN HSIA ET AL., Shanghai, 1930 (Nachdruck 1976 in den U.S.A.).

⁵ Südkorea, Civil Code (Stand 1977), Part II, Property Rights, General Provisions, Art. 188 "The assignment of property rights in movables takes effect upon delivery of the thing in possession".

⁶ Thailand, Civil and Commercial Code (Stand 1996), Book III Specific contracts, Sale, Transfer of Ownership, Section 458: "The ownership of the property sold is transferred to the buyer from the moment when the contract of sale is entered into".

⁷ Japan, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch Sachenrecht, Art. 176: "Begründung und Übertragung dinglicher Rechte werden durch bloße Willenserklärungen der Parteien wirksam" (hier zitiert nach Übersetzung von AKIRA ISHIKAWA / INGO LEETSCH, Schriftenreihe Japanisches Recht, Band 15, Köln 1985). Es scheint mir viel davon abzuhängen, in welchem Umfang in der Praxis die Vermutung angenommen wird, daß der Abschluss eines Kaufvertrages die Erklärung der Parteien impliziert, mit dem Vertragsschluß einen sofortigen Eigentumsübergang auslösen zu wollen. – Insgesamt spiegelt die ambivalente Lösung den geschichtlichen Hintergrund der japanischen Kodifikation: einem ursprünglichen französischen Einfluß überlagert sich später jener des deutschen BGB.

Im englischen Sprachbereich, der hier nicht in die Betrachtung einbezogen wird, kann die Gegensätzlichkeit der Rechtsentwicklung gar nicht erst aufkommen, denn die Rechtsüberlieferung stellt beide Möglichkeiten zur Verfügung und verlagert die Entscheidung damit auf die Ebene des Parteiwillens: Beim *agreement to sell* wird der Verkäufer zur Eigentumsverschaffung verpflichtet, während die *sale* Eigentum übergehen läßt⁸.

2. Bedeutung der Frage und Nachteile des Systems des CC

Ob die hier aufgeworfene Frage der unterschiedlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung große praktische Bedeutung hat, ist offen. Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen (WKR oder CISG) verzichtet zum Beispiel auf deren Beantwortung. Dieser Verzicht wurde durch Widerstände und wohl auch die Aussichtslosigkeit veranlaßt, in dem hier besprochenen Gegensatz der Lösungen Einigung zu erzielen. Das Stillschweigen der Konvention ist möglich, weil im kaufmännischen Verkehr die Eigentumszuordnung der Ware während deren Reise vom Tor des Verkäufers bis zu jenem des Käufers heute ohne echte Bedeutung ist, da die potentiell vom Eigentum abhängigen Fragen durchweg handelsrechtlich-autonom geregelt sind⁹. Die Besonderheiten des französischen Modells wirken sich allein beim Stückkauf aus, der aber gegenüber dem Gattungskauf heute an Bedeutung weit zurückfällt. Beides illustriert, daß die Bestimmung des Zeitpunkts des Eigentumsübergangs wenigstens im grenzüberschreitenden Verkehr ohne grundlegende Tragweite bleibt.

Als ein Indiz relativer Bedeutungsarmut¹⁰ könnte man auch die Tatsache betrachten, daß in den Ländern des Konsensprinzips die Juristen wie anscheinend auch das Publikum mit dem ihnen vertrauten System zufrieden sind,

⁸ Die englische *Sale* bringt in Erinnerung, daß "Kauf" allenorts in den Anfängen nicht als schuldrechtlicher Vertrag, sondern als sachenrechtlicher Verfügungsakt der Eigentumsübertragung verstanden wurde. *Sale* als Übereignungsakt ist etymologisch verwandt mit dem germanischen "Salmann", dem "Übereignungshelfer". – In Frankreich blieb anscheinend diese Tradition des Kaufs als eines primär sachenrechtlich ausgerichteten Übereignungsaktes noch lange lebendig. Selbst die Formel von DOMAT (vgl. dazu unten Ziff. III/2/a und Ziff. III/3/b/bb) und ihm folgend der heutige Text von CC Art. 1138 sind ohne diesen Hintergrund nicht zu erklären. Dazu auch unten (Fn. 59).

⁹ Zu denken ist an die Verfügungsbefugnis über die Ware, deren Haftung für auf sie bezogene Forderungen oder deren Zuordnung im Konkursfall, die Risikotragung bzw. die Obliegenheit der Sachversicherung etc. Maßgeblich sind die von den Parteien verabredeten Lieferklauseln, wertpapierrechtliche Grundsätze der die Sache repräsentierenden Wertpapiere, internationales Konkursrecht, das traditionelle *right of stoppage in transitu* usw.

¹⁰ Die Situation wird zutreffend zusammengefasst von ALEX WEILL, *Droit civil – Les biens*, 2. Auflage, 1974, Note 512: "En droit, c'était une grave innovation puisqu'ils [sc. les rédacteurs] édictaient une règle contraire à la règle antérieure, mais, en fait, le changement était de minime importance". Dies war auch die Empfindung vieler ausländischer Betrachter, die der Gegensätzlichkeit keine besondere Bedeutung gaben, so etwa ZACHARIÄ (vgl. unten Ziff. VI/1/a/aa) oder CARL CROME, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, 1894, S. 113, insbesondere Fußnote 14 und vor allem DERS., *Le Code Civil, Livre du Centenaire*, Paris 1804, Band I, S. 587-638, wo er kühl festhält: "Or, une propriété sans conséquences à l'égard des tiers n'est pas à vrai dire une propriété".

obwohl die meisten Außenstehenden dieses als sachlich bedenklich betrachten. "Problemlosigkeit" und Akzeptanz der Lösung des CC ist aber hauptsächlich die Folge einer langen Reihe korrektiver gesetzlicher Sonderbestimmungen bzw. doktrинeller oder gerichtlicher Entscheidungen. Der französische Gesetzgeber hat Angst vor seinem eigenen Mut: Den angeordneten Eigentumsübergang nimmt er wiederum zur Hälfte zurück, da dieser nur *inter partes*, nicht aber gegenüber Dritten gilt¹¹; ferner wird dieser erst wirksam "dès l'instant où elle (sc. la chose) a dû être livrée" (Art. 1138/II). Dies sind beides Regeln, deren rechtliche Tragweite viele Fragen offen läßt¹² und deren Anwendung schwierigen Sachverhaltsermittlungen rufen kann.

Die Nachteile des französischen Modells liegen nicht in den letztlich daraus resultierenden praktischen Auswirkungen, sondern vielmehr in der Allgemeinheit der Grundsatzregel: "Eigentumsübergang mit Vertragsschluß" bedeutet eine dingliche Wirkung anderenorts allein obligatorisch wirkender Übereignungsverträge. Dieses Grundprinzip, so einfach es klingt, kann in vielen Bereichen nicht angewendet werden und muß durch Sondernormen korrigiert werden¹³. Das normative Ergebnis ist zudem kompliziert, mit vielen rechtlichen Ungewißheiten behaftet und von schwer feststellbaren Fakten abhängig¹⁴. Beim Gattungskauf, beim Kauf erst herzustellender oder seitens Dritter zu beschaffender Ware kann Eigentum nicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses übergehen. Dies schafft weitere Ungewißheiten, die besonderer Regeln bedürfen. *Quid iuris* beim Verkauf von gestohlenen oder ohne Veräußerungsbefugnis anvertrauter Sachen? Wer erlangt Eigentum beim Mehrfachverkauf, insbesondere, wenn die Sache einem der nachfolgenden Käufer übertragen wird? Wann geht Eigentum bei bedingten Verkäufen oder solchen, die einer der Parteien ein Wahlrecht einräumen, über? Einige, aber

¹¹ CC Art. 1583: "[...] la propriété est acquise [...] à l'égard du vendeur [...]".

¹² Der unbefangene Leser von CC Art. 1138 würde annehmen, daß Eigentumsübergang "dès l'instant où elle a dû être livrée" bedeutet, daß bei Vereinbarung aufgeschobener Lieferung das Eigentum erst im vertraglich festgesetzten Lieferzeitpunkt übergehe. Diese Formel ist indessen *falsa demonstratio*; nur das Gegenteil kann gemeint sein. Wollte man den Wortlaut ernst nehmen, würde bei aufgeschobener Lieferung das Eigentum erst im Zeitpunkt geschuldeter Sachübergabe übergehen. Dies kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein: Damit würde die traditionelle Gefahrtragungsregel des *periculum emptoris* in ihr Gegenteil gewendet. Daß aber an diesem Prinzip unverändert festgehalten werden sollte, folgt zweifelsfrei aus den Materialien (keinerlei Kritik an der überlieferten *periculum emptoris*-Regel, sondern Bestätigung der Absicht, daran festzuhalten). Im Ergebnis wie hier die meisten Autoren; vgl. unten Ziff. VI/1. Vgl. auch (Fn. 103) – Schwierig zu handhaben ist diese Regel aber, weil sich unvermeidlich das Problem der Abgrenzung stellt zwischen Kauf mit aufgeschobenem Liefertermin (*vente à terme*, bei dem Eigentum sofort übergeht) und der Verabredung eines aufgeschobenen Eigentumsübergangs (die als solche zulässig ist).

¹³ Zu den Schwierigkeiten der Behandlung von Eigentumsübertragungsproblemen unter der nicht zeitgemäßen Regelung des CC vgl. etwa PASCALE BLOCH, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, *Revue trimestrielle de droit civil* (Rev.trim.dr.civ.) 1988, 673-706. Grundsätzlich ebenfalls CLAUDE WITZ, *Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand*, in: Michael Martinek (Hg.), *Festschrift für Günther Jahr*, Tübingen 1993, S. 533-549.

¹⁴ Bereits der Zeitpunkt des den Eigentumsübergang auslösenden Vertragsschlusses ist bei den heutigen Kommunikationsmöglichkeiten oft schwer zu ermitteln.

nicht alle dieser und weiterer Fragen werden vom Gesetzgeber beantwortet¹⁵. Das hier betrachtete Konsensprinzip vereinigt alle Nachteile und Skurilitäten, die der *periculum emptoris*-Regel anhaften und aus der Pandektendoktrin geläufig sind¹⁶. Jedenfalls fließt in Frankreich über dieses Thema viel Tinte, während in Deutschland, Österreich oder der Schweiz kaum Anlaß zu Diskussionen besteht, da die meisten der sich unter dem CC stellenden Probleme gar nicht erst aufkommen.

Die von den Befürwortern¹⁷ gerühmte Beweglichkeit in den Fällen, in denen sich die Kaufsache bei Vertragsschluß bei einem Dritten oder bereits beim Käufer befindet oder vorerst beim Verkäufer verbleiben soll, kann nicht als ein Vorteil dieser kodifikatorischen Neuerung betrachtet werden. Die erforderlichen Antworten wurden bereits im alten Rom (oder spätestens im Mittelalter) gegeben; sie gehören bis heute zum festen Bestandteil aller in dieser Tradition stehenden Rechtsordnungen (*brevi* bzw. *longa manu traditio*; in der Neuzeit zusätzlich auch das *constitutum possessorium*, die "Besitzeinweisung" usw.).

3. Grundsätzliche Tragweite

Wie man auch die praktische Bedeutung der Frage beurteilen mag: In jedem Fall ist das Thema von grundlegender dogmatischer Bedeutung, weil ein ganz elementarer Grundsatz in Frage steht. Die neuere französische Doktrin

¹⁵ Zum Problem des Gattungskaufs CC Art. 1585, zum Verkauf fremder Sachen CC Art. 1599 und zum Mehrfachverkauf CC Art. 1141 (wobei die letztere, sachlich wohlbegründete Regel insofern in Widerspruch zur erstgenannten gerät, als der Verkauf einer bereits an andere veräußerten Sache gemäß Art. 1599 nichtig sein müßte). Zu den Aufbewahrungs- und Lieferpflichten des nach Vertragsschluß fremdes Gut verwahrenden Verkäufers CC Art. 1136 und 1137. Bedeutsam für die Handhabung des Prinzips (insbesondere bei der Bestimmung des Zeitpunkts des Vertragsschlusses) werden sodann auch beweisrechtliche Vorschriften; vgl. CC Art. 1315 und 1316, 1322 ff. Die der Lösung des CC immanenten Schwierigkeiten werden selbst sichtbar bei deren Befürwortern; vgl. etwa MICHEL WAELBROECK, *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Brüssel 1961, S. 21-28.

¹⁶ Man denke etwa an den Mehrfachverkauf. Nach der (pandektistischen wie heutigen französischen) Regel dürfte der Verkäufer grundsätzlich bei Untergang der Kaufsache von jedem und allen seinen Käufern den Preis fordern. Diese Konsequenz zu ziehen sind allerdings nur wenige bereit. Manche Autoren wollen den Verkäufer gegenüber dem ersten, andere (unter ihnen BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band II, 4. Auflage, 1878, § 390, Fn. 17) gegenüber dem letzten Käufer forderungsberechtigt sein lassen. Der Autor mag dem Verkäufer eine Kaufpreisforderung überhaupt nicht gönnen, da dieser weder dem ersten noch dem letzten Käufer mit Gewißheit, vielleicht aber auch überhaupt keinem geliefert hätte (EUGEN BUCHER, *Obligationenrecht*, Besonderer Teil, 3. Auflage, 1988, S. 80). Was aber, wenn die verschiedenen Käufer nichts von einander wissen: Niemand wird einen bösen Verkäufer hindern können, von jedem von ihnen den Kaufpreis zu kassieren.

¹⁷ Befürworter des Konsensprinzips sind praktisch nur im Geltungsbereich des CC oder einer der dem CC in dieser Sache nachfolgenden Kodifikationen zu finden. Aber auch hier fehlt es nicht an scharfen Kritikern (vgl. unten Ziff. VI/1/a/ee und b/bb). Das im folgenden genannte Argument ist bereits in der vorkodifikatorischen Ära geläufig gewesen. Was diese ehrwürdigen Mechanismen seit je leisteten, wird als eine Leistung der vom CC geschaffenen "grande souplesse" betrachtet, vgl. WAELBROECK (Fn. 15) 20, Note 7.

hat die Neigung, die Bedeutung der Regelung herabzuspielen. Frühere Autoren sahen das noch anders: ÉMILE ACCOLAS sagt von der in unserem Zusammenhang zentralen Norm des Art. 1138 CC: "Aucun texte, dans la codification napoléonienne, ne dépasse celui-là en importance"¹⁸. Das "Konsensprinzip" (oder "Konsensualprinzip") erhebt die Willenseinigung von einer *conditio sine qua non* zu einer *conditio per quam*: Konsens wird hinreichend für Eigentumsübertragung, der Übereignungsvertrag bekommt "dingliche Wirkung". Das bedeutet im Ergebnis aber eine Aufhebung der Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Diese bildet seit dem alten Rom einen Eckpfeiler der Rechtstradition, auf welchen die kontinentalen Juristen mit gutem Grund stolz sind. Darüber hinaus wird, noch tiefer an die Wurzeln überlieferter Dogmatik greifend, der Gegensatz zwischen dinglichen und persönlichen Rechten in Frage gestellt: das Recht *auf* eine Sache wird zu einem Recht *an* der Sache, aus einem Sachforderungsrecht wird ein Sacheigentumsrecht¹⁹. Aus beiden Gründen kommt diese Neuerung des CC einem punktuellen Rückfall in altertümliche Verhältnisse einer vorwissenschaftlichen Periode des Rechts gleich.

Die Bedeutung der Innovation grundsätzlich ernst zu nehmen hat mehr als jeder andere der schweizerische Jurist Anlaß: sie stellte im ersten eidgenössischen Kodifikationsvorhaben, der Schaffung des Obligationenrechts von 1881/83, einen zentralen Problempunkt dar, dessen Nachwirkungen auch noch im heutigen Art. 185 OR deutlich genug sichtbar sind. Vor über hundert Jahren hat aus Anlaß der Schaffung einer schweizerischen Einheitskodifikation die Frage, ungeachtet ihrer bereits damals bloß beschränkten praktischen Bedeutung, viel zu reden gegeben und den Gang der Dinge bestimmt (dazu unten Ziff. VI/2).

Heute wird die Schaffung eines gemeineuropäischen Privatrechts postuliert. Sollte die Vereinheitlichung des Vertrags- und Mobiliarsachenrechts ernsthaft debattiert werden, würde der hier behandelte Gegensatz zwangsläufig zu einem zentralen Diskussionspunkt werden. Auch dies ist Anlaß, nach den geschichtlichen Hintergründen der von der napoleonischen Kodifikation neu geschaffenen und zu erheblicher Bedeutung gelangten Variante Ausschau zu halten.

¹⁸ ÉMILE ACCOLAS, Manuel de droit civil, 2. Auflage, 1870, Kommentierung zu Art. 1138, S. 786, vgl. unten Ziff. VI/1/a/ee. Ähnlich aber auch andere Autoren wie RAYMOND TROPLONG und die übrigen unter Ziff. VI/1/a und bei Fn. 115 ff. genannten. – TROPLONG bezeichnete im Jahre 1835 diese (von ihm vorbehaltlos befürwortete) Regel an erster Stelle als "grande innovation" des CC (De la vente, Band 1, 2. Auflage, 1835, Préface, S. IV).

¹⁹ ACCOLAS (Fn. 18) 2 beklagte ebenfalls die dogmatische Verwirrung und insbesondere die Mißachtung der "distinction capitale du droit réel et du droit de créance"; dazu auch Fn. 117.

4. Die zu behandelnden Fragen

Im Folgenden soll nach dem Woher und Warum der Lösung des CC gefragt werden. Ausgeschlossen bleibt die Frage nach dem Was dieser Lösung, die auch heute noch von mancher Ungewißheit belastet und für Kontroversen offen ist. Die Betrachtung bleibt auf die Mobilienübergabe beschränkt: Nur in dieser Hinsicht steht fest, daß der CC eine Neuerung gebracht hat²⁰; angesichts der Unterschiedlichkeit der Ausgestaltung und der Wirkungen der Grundbucheintragung entziehen sich heute überdies die weltweit anzutreffenden Lösungen der Immobilienübergabe der Unterordnung unter das Konsens- oder Traditionsprinzip. Die Untersuchung bezieht sich auf den Stückkauf als Prototyp des Kaufs²¹; bei diesem allein werden die Gegensätzlichkeiten der beiden Modelle voll sichtbar, muß doch der CC für den Fall des Gattungskaufs eine Reihe von abschwächenden Sondervorschriften statuieren, welche im Ergebnis die beiden Modelle annähern²². Zur Vereinfachung wird die Darstellung vor allem auf den Kauf ausgerichtet und die Schenkung bloß am Rande erwähnt.

Ausgeklammert bleibt die im Rahmen des Traditionsprinzips sich stellende Frage der "Abstraktheit" oder "Kausalität" (*recte*: Rechtsgrundabhängigkeit) der Sachübergabe, das heißt die Frage, ob der Eigentumsübertragungsakt (das Verfügungsgeschäft) in seiner Gültigkeit von einem gültigen Grundgeschäft (meist Kaufvertrag) abhängt oder nicht²³.

Das Konsensprinzip faßt Verpflichtung und Verfügung in einem Akt zusammen, die nur beide gültig oder ungültig sein können, so daß die Frage der Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung gar nicht erst aufkommt. Dabei ist allerdings einzuräumen, daß das "Kausalitätsprinzip" mit seiner Leugnung der Trennung im Falle der Ungültigkeit des Grundgeschäfts die gleichen Folgen auslöst wie das Konsensprinzip.

5. Gesetzesvorschriften des CC

Die im vorliegenden Zusammenhang zu erwägenden Normen des CC sind die folgenden:

²⁰ Vergleiche Ziff. II/2 und III/3/b/bb.

²¹ Der Stückkauf allein ist echter Kauf im Verständnis des römischen Juristen. Wertvolle Hinweise zur Evolution der Konzeption des Gattungskaufs bei WOLFGANG ERNST, Die Konkretisierung in der Lehre vom Gattungskauf, in: Wolfgang Schön (Hg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 49-110.

²² Vergleiche etwa WAELBROECK (Fn. 15), der so weit geht, beim Verkauf von "choses de genre" in beiden Modellen und "en général" Eigentumsübergang in demselben Zeitpunkt anzunehmen, das heißt im Zeitpunkt der Spezifikation, da dieser meist mit der Sachübergabe zusammenfällt (S. 45 Note 35).

²³ Rechtsgrundabhängigkeit ("Kausalität") wird bejaht in Österreich (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ABGB] §§ 380, 424) und in der Schweiz (für Mobilien: Entscheidungen des Bundesgerichts (BGE) 55 II 304, für Immobilien: Zivilgesetzbuch (ZGB) Art. 974/II), während das BGB auf dem Boden der "Abstraktheit" der Verfügungen steht. – Es darf beigefügt werden, daß der Gegensatz der Lösungen des BGB, des ABGB und ZGB theoretisch gerne hochgespielt wird und literarische Produktion veranlaßt, jedoch bloß bescheidende praktische Bedeutung besitzt. Ein Grund mehr, dieses Feld hier nicht zu betreten.

CC Art. 711

La propriété des bien s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.

CC Art. 938

La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition.

CC Art. 1138

L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

CC Art. 1583

Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

II. Bisherige Deutungen der Ursachen der Neuerung*1. Wegweisend die Lehren des Rationalismus
und des Naturrechts?*

Der CC ist in manchem das Produkt des Rationalismus und der Naturrechtslehre der Aufklärungszeit. Es liegt daher nahe, die Abwendung von der Tradition auf diesen Einfluß zurückzuführen; dies um so eher, als das "Konsensprinzip" gewissermaßen den Geruch rationalistischen Naturrechts ausströmt. Die Annahme, daß das Konsensprinzip des CC auf derartigen Einflüsse zurückgehe, ist auf den ersten Blick überzeugend. Bei den maßgeblichen Autoren der Naturrechtsperiode lassen sich allerdings nur vereinzelt in diese Richtung weisende Äußerungen finden (dazu unten Ziff. III/1).

Die Auffassung, daß die Lösung des CC auf Autoren des rationalistischen Naturrechts zurückgehe, wird von maßgeblichen Kommentatoren des CC wie auch von Vertretern der modernen Privatrechtsgeschichte vertreten:

- MARCEL PLANIOL verweist (neben mehreren anderen, von ihm konkurrierend vorgetragenen Erklärungen; vgl. unten Ziff. II/2 und III/2/a/bb) auf GROTIUS und PUFENDORF als Urheber der heutigen Lösung²⁴.

²⁴ MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*, 6. Auflage, 1911, Band 1, Note 2594 mit Hinweis auf HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*. Hier verwendet "Nouvelle Traduction" par J. Barbeyrac (1674-1744), hier zitiert nach Ausgabe Emanuel Tourneisen (Hg.), 1768. Die erste Übersetzung stammt von ANTOINE DE COURTIN (1622-1685); mir vorliegend eine Ausgabe La Haye 1703. Ebenso wie PLANIOL auch

- FRANZ WIEACKER bezieht sich auf HUGO GROTIUS und dessen Auffassung des derivativen Eigentumserwerbs: "Das hier zugelassene *Konsensprinzip* (die Übereignung durch [obligatorischen] Vertrag) hat besonders auf die französische Zivilrechtsdogmatik bis zum Code Civil gewirkt."²⁵
- HELMUT COING schreibt: "[...] Für die rationalistische Naturrechtslehre ist nicht nur die Pflicht zur Eigentumsverschaffung das Natürliche: sie löst sich auch vom Traditionsprinzip und läßt das Eigentum durch bloßen Vertrag übergehen (*Konsensprinzip*); damit kann man das obligatorische Kaufgeschäft und die Übereignung zu einem einheitlichen Geschäft verbinden. Kritik erfährt auch der Satz: *Periculum est emptoris*. Der Gefahrübergang wird mit dem Eigentumswechsel verknüpft; das heißt für WOLFF schon im obligatorischen Vertrag selbst"²⁶.

Der Schreibende hat früher in Vorlesungen und literarisch eine ähnliche Auffassung vertreten und insbesondere den Einfluß von GROTIUS als maßgeblich erwähnt²⁷. – Im folgenden wird demgegenüber zu zeigen sein, daß die Annahme eines direkten Einflusses von GROTIUS, PUFENDORF oder anderer naturrechtstheoretischer Autoren auf die hier besprochene legislatorische Neuorientierung sich nicht halten läßt.

2. Nationale Rechtstradition, Germanisches Recht, Coutumes, "tradition feinte" ?

MARCEL PLANIOL vertritt die von zahlreichen späteren und heutigen Autoren übernommene Auffassung, die Regelung des CC stelle keine Neuerung gegenüber bisherig ausgeübtem Recht dar, das *Konsensprinzip* sei bereits von LOYSEL und DOMAT, im 18. Jahrhundert aber von jedermann mit Ausnahme POTHIERs vertreten worden²⁸. Es trifft zu, daß ARGOU, SERRES und wohl weitere französische

BOULANGER, in: Marcel Planiol / George Ripert (Hg.), *Traité pratique de Droit Civil Français*, 3. Auflage, 1946, Note 2889.

²⁵ FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, 1967, S. 293.

²⁶ HELMUT COING, *Europäisches Privatrecht 1500-1800* Band I, S. 455 Ziff. 1 (in den Fußnoten findet sich ein Hinweis auf GROTIUS, II/XI/4). Nach diesem Hinweis würde CHRISTIAN WOLFF (dem ich keinen entscheidenden Einfluß auf die Entstehung des CC zuerkennen möchte) ebenfalls eine Verbindung zwischen Gefahrtragung und Eigentumsübergang herstellen, aber nicht, um den letzteren der Gefahrtragung anzupassen, sondern diese aus dem Eigentumsübergang infolge Vertragsschlusses abzuleiten. – COING fährt in Ziff. 2 nach Hinweis auf die entgegengesetzte Lösung des ABGB fort: "Das Kaufrecht des *Code Civil* enthält zahlreiche Besonderheiten. Sie hängen vor allem damit zusammen, daß der *Code* – den Lehren mancher Naturrechtler entsprechend – das Eigentum grundsätzlich mit Abschluß des Kaufvertrages übergehen läßt (sogenanntes *Konsensprinzip*), allerdings nur *inter partes*".

²⁷ BUCHER, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1988, S. 6, Anmerkung 7.

²⁸ PLANIOL (Fn. 24). Nicht bekannt ist dem Schreibenden, ob die genannten Auffassungen von PLANIOL selbst stammen oder von Vorläufern übernommen wurden. Hier darf darauf hingewiesen werden, daß im vierzehnbändigen Werk von PLANIOL, *Traité pratique de Droit Civil Français* (Fn. 24), wohl der Bearbeiter MAURICE PICARD in Band 3 (1926), Note 619 (S. 597, oder 2. Auflage, 1952, S. 626 f.) die genannte Theorie PLANIOLs übernimmt, nicht dagegen in Band 10 (1932) der Mitarbeiter JOSEPH HAMEL, der in Note 9 (ebenso 2. Auflage, 1956) unter dem Titel "Transfert de propriété – Principe" daran festhält, daß die Lösung des CC von der vorkodifikatorischen Rechtslage abweicht: "Ce sont les rédacteurs du Code Civil qui ont modifié la notion historique de la vente, en décidant implicitement que la vente supposait le transfert à l'acheteur de la propriété de la chose vendue".

Juristen des 18. Jahrhunderts die Auffassung vertreten haben, daß Eigentumsübertragung zwar nicht nach objektiven Rechtsregeln, wohl aber nach dominierender Kautelarpraxis mit Vertragsschluß erfolge. Diese Konzeption der sogenannte *tradition feinte* wird heute in Frankreich vielfach zum Anlaß genommen, die hier besprochene Lösung nicht als eine Neuerung des CC, sondern als Weiterführung alter nationaler Traditionen hinzustellen. Auch Behauptungen dieser Art können nicht aufrecht erhalten werden.

III. Die dem Erlaß des Code Civil vorangehende Doktrin

Hier zuerst ein Hinweis auf Texte jener zwei Autoren, welche nach der oben Ziff. II/1 genannten These in erster Linie das Konsensprinzip des CC veranlaßt haben sollen. Neben GROTIUS ist vor allem PUFENDORF zu erwähnen. Beide teilen das Schicksal, nur im Rahmen von Stellungnahmen in ihren Hauptwerken berücksichtigt zu werden, während bisher ihre Äußerungen in anderen Publikationen unbeachtet blieben²⁹. Spätere Autoren haben wohl weniger Einfluß gehabt; immerhin seien hier zur Abrundung des Bildes Zitate von CHRISTIAN THOMASIVS und JEAN-JACQUES BURLAMAQUI beigefügt (Ziff. 1). Kodifikationen beruhen immer auf der zeitgenössischen Rechtstradition und sind entscheidend durch die diese repräsentierende Doktrin bestimmt. An zweiter Stelle werden daher jene französischen Autoren angeführt, welche einerseits das im Frankreich des 18. Jahrhunderts geltende Privatrecht maßgeblich widerspiegeln, andererseits auf die Entstehung des CC erwiesenermaßen entscheidenden Einfluß ausübten: DOMAT und POTHIER, sodann als Ergänzung FRANÇOIS DE BOUTARIC, CLAUDE SERRES und zwei weitere (Ziff. 2).

1. Naturrechtstheoretiker

a) HUGO GROTIUS (1583-1645)

aa) Dieser Autor, der mit seinem Werk *De Jure Belli ac Pacis* (erschienen 1625 in Paris), Erfolg und Einfluß gewann und herkömmlich in verschiedenen Zusammenhängen zu den Wegbereitern moderner Auffassungen im Privatrecht gezählt wird³⁰, hat sich zur vorliegenden Frage an verschiedenen

²⁹ Von GROTIUS wie PUFENDORF werden nicht die lateinischen Originaltexte angeführt: In Frankreich war anscheinend schon im ausgehenden 17. Jahrhundert die Lektüre lateinischer Texte nicht mehr allgemein gängig; beliebter waren Übersetzungen, auf die im vorliegenden Zusammenhang abzustellen ist. Verwendet werden vorab jene von JEAN BARBEYRAC, dessen Übersetzungen in Frankreich weiteste Verbreitung fanden (vgl. auch Fn. 24).

³⁰ Hier denkt man an die Überwindung des Grundsatzes *alteri stipulari nemo potest* durch Zulassung des Vertrages zugunsten Dritter bzw. der Stellvertretung, an die Zession und anderes. Die bisherige Annahme eines direkten Einflusses von GROTIUS auf die Ausgestaltung der modernen Kodifikationen wird, jedenfalls für den CC, teilweise in Frage gestellt werden müssen; dazu unten Ziff. VIII/1.

Stellen dieses Werks, wenn auch jeweils bloß knapp geäußert (alle Zitate aus dem II. Buch, ohne Berücksichtigung von Verweisungen)³¹. In Kapitel VI (de l'acquisition dérivée [...]) § 1 Ziff. 4 liest man (nach Ausführungen über Konsenserfordernis usw.): "Mais la *délivrance* de la chose même, que l'on transfère à autrui, n'est nécessaire qu'en vertu des Lois Civiles" (will sagen: daß auch Sachübergabe gefordert wird, ist allein die Folge der damals geltenden römisch-rechtlichen Überlieferung).

Am anschaulichsten ist die Bemerkung in Kapitel VIII:

"§ XXV. Le dernier moyen d'acquérir, que l'on raporte au Droit des Gens; c'est la *Délivrance*. Mais, comme nous l'avons dit ci-dessus, la *Délivrance* n'est point nécessaire, par le Droit Naturel, pour transporter la Propriété: & les Jurisconsultes *Romains* le reconnoissent eux-mêmes en certains cas, comme en matière d'une Donation fait avec reserve d'usufruit, ou lors qu' on aliène une chose en faveur de quelqu'un qui possède déjà la chose donnée, ou qui l'avoit entre les mains par emprunt [...]." (es folgen weitere Beispiele, in denen nach römischem Recht Eigentum ohne einen Akt der Sachauslieferung übergang).

Ähnlich sodann auch Kapitel XI § 3 *in fine* und § 4.

In Kapitel XII ("Des Contracts") § XV heißt es:

"1. Touchant le Contract de Vente, il faut remarquer, que la propriété de la chose vendue peut être transférée dès le moment du Contract fait et passé, & avant la délivrance. C'est même la manière la plus simple de vendre & d'acheter. Aussi Senèque définit-il la Vente, *une aliénation, par laquelle on transporte à autrui son bien, & le droit qu'on y avoit.*"

bb) Bekanntlich hat GROTIUS neben dem oben genannten Werk ein Buch über das in Holland geltende Zivilrecht verfaßt ("Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid" erschienen 1631), dessen Existenz im 18. Jahrhundert in Frankreich nicht unbekannt sein konnte, jedoch in der Diskussion des Einflusses von GROTIUS bisher keine Berücksichtigung fand. GROTIUS schreibt (Buch II, Teil 5) unter dem Titel "Of acquisition by consent of the former owner"³²:

"1. Owned property is acquired through possession with the consent of the former owner or without his consent. 2. To acquire ownership by consent of the former owner it appears to be enough by the law of nature that the former owner should manifest his will that the ownership should pass and that this should be accepted by the other as a surely acquired right; and, acceptance following thereon, no more seems to be required. But the civil law, having more power over each person's property than the owner himself, seeking to prevent all unconsidered alienations and to save people from regrets, has decreed that

³¹ GROTIUS (Fn. 24).

³² Zitat aus R. W. LEE, *The Jurisprudence of Holland by HUGO GROTIUS*, Text translated with brief notes and a commentary, Oxford 1936, Band I, S. 93 f.; dazu Commentary Band II, S. 78.

the first owner must put the second in actual possession: this is called delivery or transfer: therefore, mere agreement cannot now make any one owner or secure his title [...]" (es folgen Hinweise, daß Veräußerungsverbote nicht Veräußerungen verhindern könnten, und daß die Sachübergabe, um Eigentum zu transferieren, einer *causa* – Schenkungsabsicht oder Schuldvertrag – bedürfe).

b) SAMUEL PUFENDORF (1632-1694)

aa) Anschaulicher ist die Stellungnahme dieses Autors in seinem "fundamentalen Lehrbuch" (WIEACKER) "De iure naturae et gentium libri VIII" (1672)³³. Er stellt zunächst die herkömmliche romanistische Gegenauffassung dar (§ V) und entwickelt anschließend (§ VI.) eine methodisch sehr moderne Konzeption, welche die Frage, ob Tradition Voraussetzung der Eigentumsübertragung sei, vom Begriff des Eigentums abhängig macht. Er stellt zwei Umschreibungen der "Propriété" vor: Diese ist entweder "une qualité purement Morale"³⁴ oder aber eine "qualité accompagnée d'un pouvoir Physique, qui met le Propriétaire en état de disposer actuellement de la chose [...]". In seiner Schlußfolgerung (§. VIII) entscheidet sich PUFENDORF für den Eigentumsbegriff der bloßen "qualité Morale", wobei er aber sofort einschränkend die Voraussetzung hinzufügt, daß ein "accord mutuel que la chose même soit délivré"³⁵ bestehe.

Hier wenigstens die folgenden Textausschnitte (Buch IV Kap. 11):

"§ V. Mais [...] GROTIUS soutient, que, selon le Droit Naturel, les Conventions toutes seules suffisent pour transférer la Propriété, & [...] Les Interprètes du Droit Romain prétendent, au contraire, que la Délivrance est absolument nécessaire, [...] La raison en est, selon eux, que la Propriété ayant commencé par une possession naturelle ou corporelle, on ne saurait transporter ce droit sans un acte qui mette celui à qui on le cède en état de s'approprier de la même manière la chose dont on se défait en sa faveur. [...]"

³³ SAMUEL VON PUFENDORF, "Le droit de la Nature & des Gens, ou Système Général des Principes les plus importants de la Morale, de la Jurisprudence, & de la Politique", 1. Auflage, 1706, 2. Auflage, 1712, hier zitiert aus Ausgabe Leiden, 1759.

³⁴ "Morale" wird hier im gleichen Sinn verwendet wie später etwa in "personne morale", der juristischen Person, die mehr fiktive als reale Persönlichkeit darstellt. "Moralität" als "Tun als Ob".

³⁵ Aufschlußreich ist auch ein Blick in § VII Abs. 2. Dort wird sichtbar, daß die Vorstellung des Privateigentums in ihrer naturrechtlichen Rechtfertigung verbunden war mit der Vorstellung der Okkupation herrenloser Sachen. In der voluntaristischen Interpretation der Eigentumsübertragung steht (wenigstens für PUFENDORF) der Wille des Veräußerers, Eigentum des Erwerbers zu begründen, nicht im Vordergrund; er läßt vielmehr das (negative) Element des eigenen Rechtsverzichts genügen: "[...] pour acquérir la Propriété par droit du premier Occupant, il suffit que la chose soit sans maître; de même, pour transférer à quelqu'un une chose [...] il suffit de s'être défait, en sa faveur, de cette chose [...]". Daß demgegenüber für ihn die Äußerung des Willens des Empfängers des Erwerbs der Sache unwesentlich ist, wird bildhaft und farbig umschrieben: "Car il n'est pas plus nécessaire de la lui mettre soi-même entre les mains, que de mâcher le morceau à une personne, & de le lui porter à la bouche, pour être en droit de dire qu'on lui a donné à manger".

"§ VI. Pour moi, il me semble qu'il est aisé de décider clairement la question en distinguant deux différentes manières d'envisager la Propriété; ou comme une qualité purement Morale, en vertu de laquelle une chose appartient à quelcun, qui par conséquent a droit d'en disposer; ou comme accompagnée d'un pouvoir Physique, [...]"

"§. VIII. Cela posé, il est clair que les Conventions toutes seules suffisent pour faire passer d'une personne à l'autre la Propriété considéré purement & simplement comme une qualité Morale, détachée de la Possession. Mais lorsque l'idée de la Propriété renferme de plus un pouvoir physique, qui met en état de faire actuellement usage de ce droit, il faut, outre l'accord mutuel, que la chose même soit délivrée; c'est une suite des maximes naturelles de la Raison, & non pas des seuls réglemens du Droit Positif [...]"

bb) Wer sich auf PUFENDORF als Wegbereiter des Konsensprinzips beruft, bezieht sich auf die genannten Textpassagen. Zu berücksichtigen sind indessen zwei weitere Äußerungen, die sich beide zwar nicht unmittelbar auf den Eigentumsübergang, wohl aber auf die Frage des Gefahrübergangs beziehen, bei deren Berücksichtigung das Bild wesentlich verändert wird:

Erstens heißt es im genannten Werk in Buch V, Kapitel V:

"§. III. Pour moi, il me semble qu'il faut avant toutes choses bien distinguer ici entre le *Contract*, & son *exécution*. Le *Contract* est accompli, du moment qu'il a distinctement marqué la Marchandise vendue, & que l'on est convenu du prix [...]; mais l'*exécution* du *Contract* se fait seulement, lors que l'Acheteur paie le prix de la Marchandise, & que le Vendeur la lui délivre."

Anschließend wird die römische *periculum emptoris*-Regel diskutiert und alle Rechtfertigungen vorgetragen, daß nach PUFENDORF die "Équité Naturelle" fordere, daß die Gefahr bei demjenigen Partner liege, der den Aufschub der Sachübergabe "verschuldet" habe ("ou de la faute du Vendeur [...] ou bien s'il n'a tenu qu'à l'Acheteur d'en prendre possession").

Zweitens wird einfach und klar die Position PUFENDORFS in einem anderen Werk formuliert, das in vorliegender Diskussion bisher nicht beachtet wurde. Ein Jahr nach vorstehend zitiertem Werk erschien ein kleines Buch, das WIEACKER (S. 307) als "knappen, glücklich angeordneten Abriß dieses Hauptwerks" bezeichnet und das seinerzeit wohl nicht weniger als die andere Verbreitung gefunden hat: "De officiis hominis et civis iuxta legem naturalem"³⁶. Zur Frage der Mobiliarübergang ist darin keinerlei Stellungnahme zu finden. Aber unter dem Marginale "Du contrat de *vente*" wird der Bar- und der Kreditkauf erwähnt und dann zum Kauf mit aufgeschobener Sachübergabe gesagt:

³⁶ PUFENDORF (Fn. 33); Übersetzung von BARBEYRAC "Les Devoirs de l'Homme et du Citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la Loi Naturelle", hier zitiert aus Ausgabe Amsterdam, 1715; Buch I Kap. XV § IX, S. 148 f. Neuerdings deutsche Übersetzung von KLAUS LUIG, Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, Band 1, 1994.

"En ce cas-là, l'Equité veut que, si la chose vient à périr avant le terme expiré, ce soit pour le compte du Vendeur: mais que si, après le tems convenu, l'Acheteur est an demeure de la retirer, la perte tombe désormais sur lui."

c) CHRISTIAN THOMASIVS (1655-1728)

Maßgeblich für diesen Autor dürften dessen kurz nach PUFENDORFS Hauptwerk erschienenen "Institutionum Jurisprudentiae Divinae libri tres" sein, "in quibus Fundamenta Juris Naturalis secundum Hypotheses illustris *Pufendorffi* perspicue demonstrantur [...]" (das heißt, in welchen drei Büchern über die göttliche Gerechtigkeit unter anderem die Grundlagen des natürlichen Rechts gemäß den Hypothesen des berühmten PUFENDORF dargelegt werden)³⁷. In Buch II, Kapitel X "De officio circa res et earum dominium" werden lange Ausführungen zur Rechtfertigung des Individualeigentums und den damit einhergehenden Pflichten gemacht. Zur Eigentumsübertragung unter Lebenden finden sich nur ganz knappe, beiläufige Bemerkungen. Ausgehend vom Grundsatz, daß nach natürlichem Recht selbstverständlich durch Willen des bisherigen Eigentümers und des Erwerbers Eigentum übertragen werden könne (§ 156) wird festgestellt, daß die ausdrücklichen Willenserklärungen des Veräußerers sein könnten:

§ 158: "*Expresse per sola verba, v. gr. si quis contestetur, quod in favorem alterius id acceptantis renunciet dominio suo.*"

§ 159: "*Vel per verba, quibus translatio possessionis juncta est, qui modus una voce appellari solet traditio.*"

§ 160: "*Quoniam vero vox audita perit, scripta etiam & testibus praesentibus ore prolata quoad interpretationem varias admittit disceptationes; a possessione vero usus rerum fere dependet, ac ipsa possessionis translatio litigiis non ita est obnoxia, inde patet, evidentiore longe esse dominii translationem, quae fit mediante traditione.*"

d) JEAN-JACQUES BURLAMAQUI (1694-1748)

Dieser Genfer Autor hat im französischen Sprachbereich erhebliche Beachtung gefunden. Zweifellos ist er durch GROTIUS, PUFENDORF und wohl auch THOMASIVS beeinflusst, wie er auch DOMAT gekannt hat. Hier zu berücksichtigen sind seine "Principes du droit de la nature et des gens, et du droit public général"³⁸. Aufschlußreich ist die Stellungnahme in genanntem Werk zur Frage des Eigentumsübergangs. Zum Thema "De la vente" schreibt er, nach einleitenden Bemerkungen zum Kauf im allgemeinen und der Feststellung: "Ce contrat est censé parfait aussitôt qu l'on est convenu du prix de la chose à vendre [...]":

³⁷ CHRISTIAN THOMASIVS, im folgenden zitiert aus 7. Auflage, 1730 (Reprint Scientia Aalen, 1963), S. 203.

³⁸ JEAN-JACQUES BURLAMAQUI, hier zitiert Ausgabe Paris 1821, M. Cotelle (Hg.), Band I, S. 489 ff., ("De la vente").

"Mais si, depuis qu'on est convenu du prix jusqu'à la délivrance de la marchandise, il arrive quelque diminution à la chose vendue, [...] on demande sur qui [...] doit retomber cette perte ?

Pour décider cette question, il ne faut que savoir qui est le vrai propriétaire de la chose dans le temps qu'elle souffre quelque diminution ou qu'elle vient à périr; car c'est un principe naturel que, comme les accroissemens et les améliorations d'une chose tournent au profit du propriétaire, de même aussi les diminutions et les pertes le regardent.

Ainsi s'il est impossible au vendeur de remettre d'abord à l'acheteur la chose vendue, ou si elle doit être délivrée dans un certain temps, ou dans un certain lieu, il est naturel de penser que les parties sont convenues que la propriété demeurerait au vendeur jusqu'au temps de la délivrance, et que l'acheteur n'a pas voulu s'en charger auparavant; par conséquent les profits ou les pertes survenues sont alors pour le compte du vendeur.

Mais si la chose vendue est présente, et qu'il ne tienne qu'à l'acheteur de la recevoir, il n'y a aucune raison de croire que le vendeur en conserve la propriété, et par conséquent les accidens retombent sur l'acheteur.

Les lois romaines décident en général là-dessus, que tous les changements, ou en bien ou en mal, qui arrivent après que la vente est parfaite, regardent l'acheteur, et que si la chose périt avant la délivrance, il en souffre la perte, et ne laisse pas d'être obligé à en payer le prix."

2. Literatur zur Rechtslage der Vorkodifikationszeit

Es genügen einige kurze Zitate jener Autoren, die einerseits als die maßgeblichen Berichtersteller über den Rechtszustand des 18. Jahrhunderts gelten dürfen, andererseits auf die Ausgestaltung des CC Einfluß ausübten. Beides trifft in höchstem Masse für DOMAT und POTHIER zu, in bedeutendem Umfang wohl auch für BOUTARIC. Verschiedene weitere Autoren minderen Bekanntheitsgrades, die sich in gleichem Sinn äußerten, könnten beigelegt werden; an dieser Stelle werden SERRES und ARGOU und noch ein weiterer genannt, deren Darstellungen zwar anspruchsloser sind, aber die damals landläufigen Auffassungen wiedergeben.

Bereits hier ist festzustellen, daß die berücksichtigten Autoren keinerlei Verantwortung tragen für die ihrem Einfluß zugeschriebene Rechtsentwicklung.

a) JEAN DOMAT (1625-1696)

aa) Die von ihm als Programm vertretene Verbindung von romanistischer Tradition einerseits und modernem Rationalismus andererseits wird unübertrefflich bereits im Titel seines *magnum opus* zum Ausdruck gebracht: "Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel", auf deutsch etwa: "Die römischrechtlichen Rechtsgrundsätze in eine von der Natur (heute würde man sagen Sachlogik)

vorgegebene Systematik gebracht"³⁹. Sein Einfluß auf das zeitgenössische Rechtsverständnis wird durch die große Zahl der erschienenen Auflagen⁴⁰, sein Einfluß auf den CC durch wörtliche Textübernahmen belegt, davon etwa CC Art. 1134 "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"⁴¹.

DOMAT setzt zu der uns beschäftigenden Frage so gut wie keine expliziten Regeln fest. Einerseits handelt es sich für ihn um eine Selbstverständlichkeit. Andererseits nimmt im Gesamtwerk DOMATs das Sachenrecht im heutigen Verständnis einen bescheidenen Platz ein und tritt hinter dem Vertragsrecht zurück. Entsprechend steht auch der Eigentumsbegriff eher am Rande, und dies besonders beim Kauf, der in romanistischer Tradition keine Pflicht des Verkäufers begründet, dem Käufer Eigentum zu verschaffen; letzterer hat allein den Anspruch auf körperliche Sachhingabe und Gewährleistung des ungestörten Besitzes. Kein Wunder daher, daß die Frage der Eigentumsübertragung bei DOMAT gar nicht direkt thematisiert wird. Allerdings kommt nicht nur zum Ausdruck, daß das Recht zum Besitz ("possession") eine natürliche Folge des Eigentums ist, sondern indirekt auch, daß er den Besitz als Faktor der Eigentumserlangung betrachtet⁴². Daß für DOMAT das Eigentum an der Kaufsache, soweit dies für ihn beim Kauf überhaupt von Interesse ist, nicht mit Vertragsschluss, sondern mit Sachübergabe transferiert wird, folgt bereits aus der Tatsache, daß nicht der geringste Anlaß gefunden werden kann, der zur Annahme berechtigen würde, DOMAT habe sich in diesem Punkte von der von ihm dargestellten romanistischen Überlieferung absetzen wollen.

Im Teil I, Buch I, Titel II "Du contrat de vente" heißt es unter Ziff. II: "La vente s'accomplit par le seul consentement, quoique la chose vendue ne soit pas encore délivrée, ni le prix payé".

In CC Art. 1138 und 1583 lebt diese Regel fast wörtlich weiter. Ähnlich auch (in Teil I, Buch I, Titel I "Des Conventions en général", Ziff. VIII):

³⁹ "Ius Civile" ist in der Diktion zurückliegender Jahrhunderte nichts anderes als römisches bzw. in romanistischer Tradition stehendes Recht, eine Wortbedeutung, die auf dem Kontinent vielfach nicht mehr hinreichend verstanden wird. Im englischen Sprachbereich ist dies anders; wenn von *Civil Law* oder *Civil Law Countries* die Rede ist, werden die romanistische Rechtsüberlieferung oder die Länder, die in deren Tradition stehen, bezeichnet. Auf dem Kontinent lebt dieser Sprachgebrauch im Gegensatz zwischen Zivilrecht und Handelsrecht weiter: Zivilrecht ist das an den Universitäten gelehrt, in romanistischer Tradition stehende und durch den Sachbereich der römischen Quellen thematisch begrenzte Recht, dem im 18. und 19. Jahrhundert das Handelsrecht als eine (ursprünglich außeruniversitäre) Rechtsdisziplin gegenübertritt. Auch dem Terminus "Code Civil", dem "Zivilgesetzbuch", liegt ein Bekenntnis zur romanistisch-universitären Rechtsüberlieferung zugrunde. Dazu der Autor in: Ursula Falkner (Hg.), Festgabe zum 50. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, 1972, S. 1-14, "Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht; Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung".

⁴⁰ Es sollen 68 Ausgaben erschienen sein; so HOLTHÖFER, in: Michael Stolleis (Hg.), "Juristen" (biographisches Lexikon), 1995, S. 174.

⁴¹ JEAN DOMAT, *Les Loix Civiles*, Teil 1, Buch I, Titel 1, Sec. 2/VII: "Les conventions étant formées, tout ce qui été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ...".

⁴² DOMAT (Fn. 41) Buch 3, Titel VII ("De la possession [...]").

"Les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné & arrêté réciproquement. Ainsi la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas délivrée, ni le prix payé."

Zum Verständnis dieser beiden inhaltsgleichen Regeln muß man sich vergegenwärtigen, daß in Frankreich die Konzeption des Kaufs als eines Eigentumsübertragungsaktes besonders lange weitergewirkt hat. Von diesem Modell muß Distanz genommen werden. "La vente s'accomplit" bedeutet: Der Kaufvertrag "kommt zustande" oder "wird perfekt" bereits allein mit der Konsensbildung, und es bedarf dazu nicht wie früher (dazu unten Ziff. II/3/b) der gleichzeitigen Sachübergabe und der Preiszahlung. Die vereinzelt vertretene Auffassung, in den genannten Formeln bedeute "accomplir" das Erfüllen des Vertrages, und DOMAT wolle mit ihnen den Grundsatz des bereits mit Vertragsschluß erfolgenden Eigentumsübergangs festschreiben, ist abwegig: Daß "accomplir" nicht das Vollziehen des Vertrages meinen kann, wird leicht einsichtig, wenn man nicht nur an das Eigentum an der Kaufsache, sondern auch an die Kaufpreiszahlung denkt⁴³.

bb) Es blieb MARCEL PLANIOL (dem viele heutige Autoren⁴⁴ unkritisch Gefolgschaft leisten) vorbehalten, eine Theorie zu entwickeln, wonach im Verständnis von DOMAT Eigentum bereits mit Vertragsschluß übergehe⁴⁵. Er nimmt nicht die oben abgelehnte Lesart der beiden zitierten Textstellen auf, sondern zieht andere heran, die allerdings keineswegs seine These stützen. Der Leser möge sich seine Meinung selber bilden. PLANIOL beruft sich auf DOMAT, *Loix civiles*, liv. I, tit. II, sect. II nos. I, V, VIII:

I: "On n'achete les choses que pour les avoir & les posséder. Ainsi le premier engagement du vendeur est de délivrer la chose vendue, quoique le contrat n'en exprime rien. Et les regles de cet engagement sont expliqués dans l'article 6 & suivans."

V: "La délivrance ou tradition est le transport de la chose vendue en puissance & possession de l'acheteur".

VIII: "Si la clause de précaire a été omise dans un contrat de vente d'un immeuble, elle y est sous entendue pour l'effet de mettre l'acheteur en droit de prendre possession, si les lieux sont libres. Car la vente transférant la propriété, elle renferme le consentement du vendeur, que l'acheteur se mette en possession".

⁴³ Daß *accomplir* den Abschluß, nicht Vollzug oder Erfüllung des Vertrages bedeutet, folgt aus dem Text und Kontext der genannten Bestimmungen. Man betrachte etwa Titel 1, Sec. IV (im Zusammenhang der Bedingungen) VII: "La condition qui doit accomplir une convention [...]" und VII: "Dans les conditions déjà accomplies, mais qui peuvent être résolues par l'événement d'une condition [...]".

⁴⁴ Vorab MAURICE PICARD (Fn. 24) Band 3, 1952, S. 627, Note 619 (ebenso 1. Auflage, 1926). Anders aber JOSEPH HAMEL in Band 10 (1932, 2. Auflage, 1952) Note 9 (dazu oben Fußnote 28).

⁴⁵ MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Band I, 6. Auflage 1911, S. 806, Note 2594: "Pour DOMAT la vente transfère par elle-même la propriété. Et la tradition n'apparaît qu'à titre de *délivrance*" (mit Hinweis auf die folgend zitierten drei Stellen).

Von diesen von PLANIOL berufenen Textstellen ist die erste rein deskriptiv und nicht mehr als eine Umschreibung der Funktion des Kaufvertrages; immerhin ist festzuhalten, daß danach die Wirkung des Vertrages ein "engagement" sei. Die zweite definiert "tradition" durch Gleichstellung mit "délivrance", was kein Argument für die Annahme dinglicher Wirkung des Kaufvertrags abgibt. Die letzte der genannten Regeln (VIII) ist in der Tat aufschlußreich, fordert zu ihrem Verständnis aber die Zusatzinformation, daß das Marginale neben VII und VIII lautet "Tradition des immeubles". Art. VII handelt von der Besitzeinweisung in Grundstücke⁴⁶, während Art. VIII besagt, daß als solche auch die Erklärung des Verkäufers betrachtet wird, daß er nur noch prekaristisch in der Sache verweile (mit Hinweis auf Digesten 43, 26 *de precario*, 6, 2 ff.). Die in VIII aufgestellte Regel, daß der Käufer (aufgrund einer zu vermutenden dahingehenden Vereinbarung) Besitz nehmen dürfe, unter der Voraussetzung, daß der Vorgänger seinen Besitz aufgibt, bringt nicht den Beweis, daß bei Grundstücken Eigentumsübergang mit Vertragsschluß erfolge, bestätigt vielmehr die Gegenauffassung: die Regel betrifft allein den Besitzübergang, der jedoch selbst bei Immobilien Voraussetzung des Eigentumsübergangs ist. Auch die in Art. VI und VII für *tradition/délivrance* aufgestellten Regeln sind vor dem Hintergrund zu sehen, daß diese für den Eigentumsübergang maßgeblich sei. Wenn es dessen noch bedurft hätte, erbrächte die Untersuchung der von PLANIOL angerufenen Textstellen den Beweis, daß DOMAT das Konsensprinzip auch nicht ansatzweise in sein Gebäude aufnimmt.

b) ROBERT-JOSEPH POTHIER (1699-1772)

Es genügt hier ein Zitat aus seinem Kaufrecht⁴⁷: "[...] les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractants; ce n'est que la tradition qui se fait en conséquence du contrat, qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat, suivant la règle: *Traditionibus, non nudis conventionibus dominia transferuntur, l. 20, cod. de pact.*"

⁴⁶ "VII. La délivrance des immeubles se fait par le vendeur, lorsqu'il en laisse la possession libre à l'acheteur, s'en dépouillant lui-même [...]". Der vorangehende Art. VI betrifft die Mobilien: "La délivrance des meubles se fait par le transport qui les fait passer en la puissance de l'acheteur, ou sans ce transport, par la délivrance des clefs, si les choses vendues sont gardées sous clef, ou par la seule volonté du vendeur & de l'acheteur, si le transport ne pouvoit s'en faire, ou si l'acheteur avait déjà la chose vendue en sa puissance par un autre titre." Im weiteren könnten noch die (hier nicht wiedergegebenen) Verweisungen DOMATS auf die römischen Quellen berücksichtigt werden, um die vertretene Lesart zu stützen.

⁴⁷ ROBERT-JOSEPH POTHIER, *Traité du Contrat de Vente*, Note 318, Absatz 2 – In seinem *Traité des Obligations* lautet es wie folgt (unter der Überschrift "*Du cas où l'obligation consiste à donner*"): "Le droit que cette obligation donne au créancier de poursuivre le paiement (sc. heißt hier: Lieferung) de la chose que le débiteur s'est obligé de lui donner, n'est pas un droit qu'elle lui donne dans cette chose, *jus in re*; ce n'est qu'un droit contre la personne du débiteur pour le faire condamner à donner cette chose; *jus ad rem*." Vgl. von POTHIER auch dessen "*Traité du Droit de Propriété*", besonders Note 193 ff.

c) FRANÇOIS DE BOUTARIC

Im Gegensatz zu DOMAT gießt BOUTARIC nicht die (ins Moderne transskribierten) römischen Quellen in ein logisches System, sondern nimmt Justinians Institutionen als Ausgangspunkt, um anhand dieses Textes das französische Recht in dessen Übereinstimmung mit der römischen Überlieferung zu demonstrieren und zu prüfen⁴⁸. Auf Seite 477 wird ausgeführt:

"Quoique la vente soit parfaite par le consentement des Parties intéressées, & qu'il soit décidé par cette raison, que le peril de la chose vendue avant la tradition regarde l'acheteur; avant la tradition pourtant, on ne peut point dire de l'acheteur, qu'il soit le propriétaire de la chose vendue; ce qui fait comme l'on voit, une exception à la regle, *res Domino perit* : si le vendeur après la vente parfaite, conserve encore la propriété de la chose jusqu'à la tradition, c'est parce que comme il est dit en la Loi 20. *Cod. de pactis, non nudis pactis, nec contractibus, sed traditionibus Dominia rerum transferuntur.*"

d) CLAUDE SERRES

Der dem Werk⁴⁹ vorangestellte "Avis au lecteur" fängt wie folgt an: "Ces Institutions du Droit Français sont à-peu-près dans le même goût que celles de M. DE BOUTARIC, célèbre Professeur [...]" und erklärt, daß das Werk von BOUTARIC "beaucoup plus ample" sei (was vom äußeren Umfang her allerdings kaum zutrifft), das vorgestellte Werk dagegen auch neuere Entwicklungen einbeziehe, die der noch vor der Publikation verstorbene BOUTARIC nicht habe berücksichtigen können. Zusätzlich darf man auf den bereits in den Titeln der beiden Publikationen sich abzeichnenden Unterschied hinweisen, daß bei SERRES das Schwergewicht mehr als bei BOUTARIC auf dem gegenwärtigen Recht liegt, bezieht er doch sein Werk nicht wie dieser auf die "Institutes" (sc. die Institutionen JUSTINIANS), sondern handelt von den "Institutionen des französischen Rechts". Das Wort "Institutionen" wird hier im übertragenen Sinn gebraucht und ist damit auf geltendes Recht bezogen⁵⁰.

⁴⁸ FRANÇOIS DE BOUTARIC, *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le Droit Français*, 1740. Die obigen Zitate zu Institutiones 3, 24. BOUTARIC ist ebenfalls der Autor des seinerzeit wohl maßgeblichen Werks über das Feudalrecht der Immobilien: *Traité des Droits Seigneuriaux et des Matières Féodales*, 2. Auflage, 1781.

⁴⁹ CLAUDE SERRES, *Avocat & Professeur en Droit Français en l'Université de Montpellier, Les Institutions du Droit Français, Suivant l'ordre de celles de Justinien, Accommodées à la Jurisprudence moderne, & aux nouvelles Ordonnances; Enrichies d'un grand nombre d'Arrêts du Parlement de Toulouse*, 1. Auflage, 1753; hier zitiert aus 2. Auflage, 1760.

⁵⁰ Der Text von SERRES ist deshalb nicht weniger auf das System von Justinians Institutionen ausgerichtet. Im hier betroffenen dritten Buch ergibt sich eine (auch bei BOUTARIC bestehende) Abweichung: Während in den heute geläufigen Ausgaben von JUSTINIANS Institutionen der Titel *De emptione et venditione* als Nummer 23 erscheint, wird er in den französischen Ausgaben zu Nummer 24 (die Differenz resultiert von der dortigen Einfügung eines in heutigen Ausgaben nicht selbständig figurierenden Titels *De servili cognatione*; als numéro 7).

Das besondere Interesse dieses Werks liegt in den Abweichungen gegenüber dem offenbar als Vorbild deklarierten Werk von BOUTARIC. Auch er stellt zu Beginn (Buch 3, Titel XXIV, *de Emptione & Venditione* zu § 3 die dortige Regel als geltendes Recht vor: "*Cum venditio contracta sit, periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi res emptori nondum tradita sit*"⁵¹. Etwas weiter heißt es dann:

"[...] cependant, comme il est ajouté dans ce texte, on ne peut pas dire absolument, avant la tradition de la chose vendue, que l'acheteur en soit le véritable maître: & c'est pourquoi il est dit ici que c'est au vendeur que compéte .. l'action de vindication & de condictio [...] mais je ne vois pas que nos usages admettent ces subtilités & ce circuit: ainsi la maxime qui dit que *traditionibus & non pactis dominia rerum transferuntur*, devient encore assez inutile, soit parce que la tradition feinte ou civile [...] suffit pour le transport de la propriété, soit parce que dans les contrats qui demeurent parfaits par la seule volonté & convention des parties, tels que la vente, la donation & autres, on a sans difficulté une action, en vertu du traité, pour se faire délivrer la chose, lorsqu'elle ne l'a pas été."

e) GABRIEL ARGOU

Aus diesem von einem Praktiker für Praktiker verfaßten Werk, das weiteste Verbreitung fand, sind die folgenden Ausführungen aufschlußreich⁵²:

Seite 238: "Il faut observer qu'il y a grande différence entre la vente & la promesse de vendre. La vente parmi les Romains obligeoit le vendeur à la tradition. Parmi nous elle transfere la propriété, si le vendeur est propriétaire: mais la promesse de vendre n'oblige qu'à des dommages & intérêts, si on ne veut par la tenir."

Seite 242/243: "L'acquéreur, en matière de meubles, n'a qu'une action personnelle contre le vendeur pour l'obliger à lui livrer la chose vendue, le simple contrat ne donnant pas la propriété à l'acquéreur, s'il n'est pas suivi d'une tradition réelle. [...]. Il en étoit de même par le droit Romain, en matière d'immeubles; mais comme parmi nous on met toujours une clause dans les contrats de vente, par laquelle le vendeur se dépouille & se démet de la propriété & de la possession de la chose vendue pour en saisir l'acquéreur, ce qu'on appelle tradition feinte; [...]"

Das erste Zitat besagt, daß die "vente" (im Gegensatz zur "promesse de vendre") eigentumsverschaffende Wirkung hätte; erst das nachfolgende stellt klar, daß die Aussage allein für Immobilien gilt, bei Mobilien vielmehr, wie

⁵¹ Dazu SERRES: "On suit exactement dans l'usage la décision de ce texte [...]" (SERRES, a. a. O., S. 495 oben).

⁵² GABRIEL ARGOU, Avocat au Parlement (ca. 1642-gegen 1710), Institution au Droit François, 3 Bände (1. Auflage, 1692, 3. Auflage, –"après le décès de l'auteur"– 1710); hier zitiert Band II, 10. Auflage, revue, corrigée & augmentée, conformément aux nouvelles Ordonnances, par M. A. G. BOUCHER D'ARGIS, 1771 (angeblich identisch mit 8. Auflage, 1753); Livre III, Chap. XXIII, Du Contrat de Vente.

im alten Rom, körperliche Sachübergabe vorausgesetzt wird. Der anschließende Ausschluß des herkömmlichen Traditionsprinzips bei Immobilien basiert, genau wie bei SERRES, auf einer bei diesen angeblich bestehenden Kautelarpraxis.

f) weitere Autoren (als Beispiel: CLAUDE-JOSEPH DE FERRIÈRE)

Es kann nicht Aufgabe dieses Artikels sein, eine Sammlung der Äußerungen von weniger bekannten Autoren zur Frage zu erstellen, obwohl auch diese Beweis für die Rechtsauffassungen des 18. Jahrhunderts erbringen könnten. Als Beispiel nur ein Zitat aus einem kleinen Rechtslexikon in drei Bänden. Zum Stichwort "tradition" heißt es:

"T. est un moyen d'acquérir, qui se fait quand une chose est livrée & mise entre les mains de quelqu'un par une cause translativ de propriété par celui qui est capable d'aliéner ses biens. – Ainsi lorsque le propriétaire d'un fonds m'en fait une donation, & me met en possession d'icelui, j'en deviens le propriétaire par cette tradition, sans laquelle je n'aurais que *jus ad rem*, c'est-à-dire, le droit de poursuivre le donateur pour me livrer le fonds qu'il m'auroit donné, & je n'en aurois pas *jus in re*, c'est-à-dire, le domaine ou la propriété"⁵³.

3. Folgerungen

a) kein Einfluß der rationalistisch-naturrechtlichen Literatur

Die oben Ziff. II/1 genannte Annahme, daß das Konsensprinzip des CC auf literarische Auffassungen zurückgehen würde, wie sie bei GROTIUS, PUFENDORF und anderen in Frankreich Einfluß entfaltenden Autoren entwickelt wurden, erweist sich als unhaltbar. Dies aus zwei verschiedenen konkurrierenden Gründen, von denen jeder für sich genügt, die herkömmliche Auffassung zu falsifizieren:

aa) Alle genannten Autoren und am meisten GROTIUS und PUFENDORF sind der romanistischen Rechtsüberlieferung verhaftet, und entgegen der landläufigen Auffassung propagiert *de lege ferenda* keiner von ihnen die Einführung einer der romanistischen Tradition zuwider laufenden dinglichen Wirkung des Kaufvertrags.

Die Ausführungen von GROTIUS in seinem *De iure belli ac pacis* sind Feststellungen mit Bezug einerseits auf die Regelung des römischen Rechts, anderseits

⁵³ CLAUDE-JOSEPH DE FERRIÈRE, Nouvelle Introduction à la Pratique – contenant l'explication des Termes de Pratique, de Droit & de Coutumes. Nouvelle Edition [...], Band 3, 1739, S. 465. – Dieser Hinweis ist (wie übrigens auch jener auf das PUFENDORF-Zitat aus "Les devoirs de l'homme de du citoyen", oben III/1/b/bb) die Folge des Zufalls, daß die betreffenden Schriften sich unter den vom Schreibenden im Laufe der Jahrzehnte angesammelten alten Büchern befinden und im rechtem Moment ihm auch in die Hände gerieten.

die theoretisch denkbaren andersartigen Regeln; sie haben insgesamt deskriptiven und eher beiläufigen Charakter. Die Hinweise auf die bereits in Rom zugelassenen Übertragungsformen ohne Sachübergabe (die in der französischen Literatur bis in unsere Tage hinein wiederholt werden) wollen nicht mehr als die Möglichkeit derartiger Lösungen aufzeigen. Keineswegs wird eine Verallgemeinerung dieses Modells, das heißt eine Beseitigung des Traditionserfordernisses überhaupt, postuliert⁵⁴. Daß GROTIUS sich im übrigen in keiner Weise für ein Modell des Konsensprinzips stark machen will, wird deutlich genug in seiner "Inleidinge", wo er die in Holland geltende romanistische Regelung keineswegs kritisiert, sondern das Erfordernis der Sachübergabe argumentativ rechtfertigt.

PUFENDORF ist in seinem *Système Général* sehr viel anschaulicher und echt analytisch. Zur Eigentumsfrage präsentiert er verschiedene Möglichkeiten des Verständnisses des Eigentumsbegriffs. Seine primäre Entscheidung für einen vom Sachbesitz unabhängigen, als "qualité morale" verstandenen Eigentumsbegriff wird wiederum relativiert durch den Zusatz "il faut, outre l'accord mutuel, que la chose même soit délivrée" (Zitat aus § VIII *in fine*). Seine differenzierende und im Ergebnis nicht eindeutige Stellungnahme in der Frage des Eigentumsübergangs weist keineswegs eindeutig in Richtung einer Lösung wie jener des CC. Als Wegbereiter des Konsensprinzips scheidet er indessen vor allem deshalb aus, weil er, wie bisher im Zusammenhang der Mobiliarübereignung nicht beachtet wurde, in der Frage der Gefahrtragung eine mit der CC-Lösung unvereinbare Position einnimmt. In seinen (anscheinend sehr populären) "*Devoirs [...] prescrits par la Loi Naturel*" macht er keinerlei Aussage zum Eigentum, wohl aber zur Gefahr, die er (mit sachlich besten Gründen) den jeweiligen Besitzer der Sache tragen läßt, das heißt beim Verkauf mit aufgeschobener Lieferung den Verkäufer. Diese Auffassung liegt seiner Stellungnahme in seinem Werk *de jure naturae et gentium* (Buch V, Kap. V § III) zugrunde. Daß er hier die Gefahrtragung auf den Käufer übergehen läßt, wenn dieser den Aufschub der Sachübergabe veranlaßt hat, während er für den Normalfall, daß die Gründe des Sachübergabeaufschubs offen bleiben, keine Antwort gibt, ändert an dieser Position nichts Grundsätzliches. Da im naturrechtlichen Denken jener Zeit mit Selbstverständlichkeit Gefahrtragung mit dem Eigentum einhergeht bzw. einhergehen soll, bleibt der Verkäufer in PUFENDORFs Vorstellung bis zur Übergabe der Sache im Regelfall nicht bloß mit der Gefahr belastet, sondern auch deren Eigentümer; der Vertragsschluß bleibt damit in seiner Sicht ohne eigentumsübertragende Wirkung. – Eine Beeinflussung der allgemeinen Rechtsauffassungen in Frankreich oder der Redaktoren des CC durch PUFENDORF muß aber jedenfalls allein schon deshalb ausgeschlossen werden, weil in Frankreich in der maßgeblichen Zeitperiode

⁵⁴ So aber oft die neuere französische Literatur, die diese Gesichtspunkte aufnimmt, meist ohne sich dabei auf GROTIUS zu berufen.

ohne jeden Vorbehalt an der *periculum emptoris*-Regel festgehalten wurde, welche bei PUFENDORF so explizit wie bei wenigen anderen auf Ablehnung stieß.

THOMASIIUS, der sich bereits im Titelblatt seines Buches auf PUFENDORF als darzustellende Autorität bezieht, räumt zwar die Möglichkeit der Eigentumsübertragung "per sola verba" ein (vielleicht allerdings bloß, um solche mittels *brevi manu traditio* etc. abzudecken), empfiehlt im übrigen aber die Eigentumsübertragung "durch Worte, die mit Besitzübertragung verbunden sind, das heißt mit einem Wort die *traditio*". Zugunsten einer dinglichen Wirkung der Übereignungsverträge findet sich bei ihm keine Aussage.

BURLAMAQUI schließlich spricht sich zur Eigentumsübertragung direkt gar nicht aus, sondern kommt lediglich im Zusammenhang mit der Frage, welche der Parteien die Gefahr tragen soll, auf das Eigentum zu sprechen, da auch er die Gefahr selbstverständlich beim Eigentümer ansiedelt. Der Eigentumsübergang wird von ihm primär nicht als eine Frage objektiven Rechts, sondern der Auslegung des Parteiwillens verstanden, welchem zufolge er bei vereinbartem Aufschub der Lieferung den Verkäufer als gefahrbelasteten Eigentümer betrachtet, den Käufer dagegen bloß, wenn der Grund zum Aufschub der Sachübergabe von diesem veranlaßt ist. Damit wird auf der Ebene des zu vermutenden Parteiwillens im Ergebnis die römische *periculum emptoris*-Regel abgelehnt (die im übrigen zum Abschluß dargelegt, jedoch nicht explizit kritisiert wird), dafür aber, in Übereinstimmung mit der romanistischen Tradition, das Eigentum bis zur Sachübergabe beim Verkäufer belassen⁵⁵.

bb) Eine Wegbereiterrolle hinsichtlich des Konsensprinzips der hier angeführten Autoren ist sodann ausgeschlossen, weil sich dahingehende Auffassungen in keiner Weise in jener Literatur der Vorkodifikationsära spiegeln, welche die Lehrmeinungen wie auch die Rechtswirklichkeit repräsentieren⁵⁶. DOMAT, POTHIER und BOUTARIC wie auch die übrigen hier zitierten Autoren nehmen keinerlei Bezug auf die Theorien des naturrechtlich-aufklärerischen Konsensprinzips. Die genannten Autoren entfalteten in Zusammenhängen konkreter privatrechtlicher Einzelfragen offensichtlich keinen Einfluß; Theorie und Praxis stützten sich in vertragsrechtlichen und mobiliarsachenrechtlichen Fragen diskussionslos auf die traditionellen romanistischen Auffassungen, die auch im außerfranzösischen Bereich nach wie vor vorherrschend waren.

⁵⁵ Im übrigen ist beachtenswert die gleichermaßen auf die Umstände des Vertragsschlusses und den daraus vermutungsweise fließenden Parteiwillen abstellende Argumentation BURLAMAQUIs, der Argumente PUFENDORFs weiterführt. Insbesondere interessant die Annahme, der Verkäufer sei nicht zu weiterer Gefahrtragung bereit, wenn aus allein beim Käufer liegenden Gründen die Sache beim Verkäufer zurückbleibt (ein Gesichtspunkt, der nach Auffassung des Schreibenden den Ursprung der *periculum emptoris*-Regel darstellt): Auf dem Markt ist es immer der Käufer, der den Aufschub der Sachübernahme veranlaßt; dazu unten Fn. 98.

⁵⁶ Einfluß auf die Entstehung einer Kodifikation kann nur die Doktrin mit einer gewissen zeitlichen Nähe zum Akt der Gesetzgebung haben, oder dann solche, die (wie DOMAT) einen bis zu diesem Zeitpunkt hin sichtbaren kontinuierlichen Einfluß auf den Rechtsalltag entwickelt. Davon ist bei keinem der genannten Autoren etwas sichtbar.

Das Gesagte gilt auch für SERRES und ARGOU: Auch diese Autoren nehmen keinerlei Bezug auf irgendwelche Naturrechtstheoretiker, sondern verweisen auf Kautelarpraxis und angeblich eingewurzelte Geschäftsbräuche, welche ihrerseits nicht von naturrechtlichen Theorien beeinflußt sein konnten.

b) kein direkter Einfluß nationaler Rechtstradition

aa) kein Einfluß germanischer Rechtstradition
oder der Coutumes

Der CC steht im Rufe, mehr als die deutschsprachigen Kodifikationen auf germanischer Überlieferung zu beruhen. Soweit dies zutrifft, erlangen die Coutumes Bedeutung, die denn auch immer wieder zum Beleg herangezogen werden, daß das Konsensprinzip alter französischer Tradition entspreche. Dem kann nicht gefolgt werden; die beiden in diesem Zusammenhang genannten Gewährleute LOYSEL und BOURJON stützen diese These nicht. Ihre Aussagen dürfen nicht aus dem historischen Kontext herausgelöst werden.

In allen ursprünglichen und vorwissenschaftlichen Rechtsordnungen wird der Kauf nicht schuldrechtlich (das heißt als Quelle von Pflichten) verstanden, sondern als sachenrechtlicher Vorgang, das heißt als Akt der Eigentumsübertragung, der seinerseits mit der körperlichen Sachübergabe zusammenfällt. Diese Tradition hat sich in Frankreich mehr als andernorts hartnäckig gehalten⁵⁷. Um sich von dieser Überlieferung zu distanzieren muß DOMAT⁵⁸ und selbst noch der CC feststellen: "Der Kauf kommt zustande auch ohne Sachübergabe und ohne Preiszahlung". Diese Formel, die nur vor dem Hintergrund der angestammten Rechtslage des Zusammenfallens von Kauf mit Sachübereignung verständlich ist, lebt weiter in CC Art. 1138/I und insbesondere Art. 1583, wonach der Kauf geschlossen ist "quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé". Das hier Ausgedrückte ist so selbstverständlich, daß es nur bezogen auf eine damit zu beseitigende Gegenposition einen Sinn ergibt⁵⁹.

Damit erklärt sich auch die Formel von ANTOINE LOYSEL (1536-1617), der in seinen 1607 erschienen "Institutes Coutumières" schreibt: "L'on n'a pas plutôt

⁵⁷ Auf dem Kontinent dürften sich in deutschsprachigen Bereichen die römischen Prinzipien durchgesetzt haben. Abzuklären wäre, wie lange im englischen Bereich, in dem *sale* eigentumsübertragende Wirkung hat, die Sachübergabe (oder gar Preiszahlung) Voraussetzung des Zustandekommens des Geschäfts war.

⁵⁸ Vergleiche oben Ziff. III/2/a

⁵⁹ Diese Gegenposition mußte ernst genommen werden. DOMAT sah Anlaß, Regeln zur Abwehr genannter Überlieferung zu formulieren; vgl. die oben angeführten Zitate. Selbst noch im 2. Entwurf (1794) des Comité de législation figurirt folgende Formel (Art. 1 von Titel III, P. A. FENET, Recueil Complet des Travaux Préparatoires du CC, 16 Bände, 2. Auflage, 1827 [Nachdruck Otto Zeller, 1968], Band I, S. 74): "La vente est un contrat par lequel on remet à un autre, moyennant un prix, la propriété d'une chose ou d'un droit"; "vente" wird hier noch immer als ein Handgeschäft verstanden, bei dem *uno actu* der Vertrag geschlossen und Sache wie auch Preis übergeben werden muß, was selbstverständlich den Eigentumsübergang einschließt. Vgl. auch die englische "sale" und oben Fn. 8.

vendu la chose qu'on n'y a plus rien"⁶⁰. Dies bedeutet, wörtlich übersetzt, wohl nichts anderes als: "Man hat nicht vorher verkauft, als wenn man nichts mehr (ergänze: von der verkauften Sache in der Hand) hat". Das bedeutet: "Kauf (und damit Eigentumsübergang) erst mit Sachübergabe". Daraus den Umkehrschluß zu ziehen: Wenn Kaufvertrag, dann auch gleichzeitig Eigentumsübergang (sc. unerachtet der Sachübergabe), ist nicht zulässig. PLANIOL (vergleiche oben Ziff. II/1) zieht aber diese Folgerung⁶¹, wobei er allerdings als seinen Gewährsmann weniger LOYSEL als vielmehr dessen Kommentator DE LAURIÈRE (1617-1728) in Anspruch nimmt. Dieser schreibt in der Tat (S. 383 sowie 384): "Ainsi, parmi nous, dès que la vente est parfaite, le domaine de la chose vendue semble être transféré sans tradition contre la disposition de la loi 20, Cod. DE PACTIS [...]" Dann heißt es aber auch: "La maxime de LOYSEL n'était point vraie pour toute la France: les coutumes du nord, restées fidèles au principe germanique, ne considéraient la vente comme parfaite qu'après la tradition." Die Äußerung von DE LAURIÈRE bestätigt (wenn auch nach ihm bloß für germanisches Recht) das Modell des Kaufs als ein Übereignungsakt, der ohne Sachübergabe nicht zustande kommen kann. Er scheint aber auch für den anderen Teil Frankreichs seiner Sache nicht sicher zu sein ("semble être transféré"). Daß die von PLANIOL angeführte Position von DE LAURIÈRE nicht den behaupteten Gehalt haben kann, ergibt sich aus dem weiteren Text von LOYSEL: Note VII (= 408) lautet "Il faut payer, qui veut acheter", wozu DE LAURIÈRE bemerkt: "*Geld macht den Markt*, dit l'Allemand [...]", und "Ce n'est pas assez que la chose vendue ait été livrée, afin que le domaine en soit transféré, il faut encore que le prix en soit payé." Was auch immer der Ursprung der hier von LOYSEL formulierten Preiszahlungsvoraussetzung gewesen sei⁶²: Der Kommentator nimmt hier nicht nur explizit auf das Erfordernis der Sachübergabe Bezug, sondern setzt zusätzlich zur Sachübergabe auch noch Preiszahlung voraus. Selbst wenn man es gestützt auf LOYSEL und entgegen des Kommentars von DE LAURIÈRE für denkbar hielte, daß im damaligen Rechtszustand die bloße

⁶⁰ ANTOINE LOYSEL (auch LOISEL), *Institutes Coutumières*. Hier zitiert nach Ausgabe "avec les Notes d'Eusèbe de Laurière; nouvelle édition [...] par M. Dupin et M. Edouard Laboulaye", 2 Bände, 1846. Zitat aus Band I, Buch III, Titel IV S. 383 Note VI (= 407), Reprint (Slatkine), Genf, 1971.

⁶¹ PLANIOL (Fn. 24) Note 2594 (PLANIOL / RIPERT / BOULANGER (Fn. 24) Note 2889). Der Auffassung von PLANIOL folgen unkritisch die meisten der sich zu der Frage äußernden heutigen Autoren: HENRI MAZEAUD, *Leçons de droit civil X/II, Biens etc.*, 5. Auflage, 1956, Note 1615.

⁶² Man kann alte lokale Traditionen annehmen, die den Kauf als Eigentumsübertragungsgeschäft verstehen und dies nicht nur mit Bezug auf die Kaufsache, sondern auch auf den Preis. Andererseits ist auch in der antiken spätrömischen Tradition eine Rückkehr zu ähnlicher Entwicklungsstufe festzustellen. Dazu MAX KASER, *Das Römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, Die nachklassische Entwicklung, 1975, S. 385: "Kein Teil will gebunden sein, solange ihm nicht geleistet worden ist. So wachsen der Kauf, die Übereignung der Ware und die Bezahlung des Preises wie in der Frühzeit wieder zu einem einheitlichen Akt zusammen." Wie weit dieser Rechtszustand in der Rezeption Frankreichs wirksam wurde, muß hier offen bleiben. Zur französischen Entwicklung vgl. etwa ÉMILE CHÉNON, *Histoire générale du droit français*, Band II/1, Olivier-Martin (Hg.), 1929, Note 3384, besonders S. 219.

Preiszahlung ohne Tradition Eigentum übergehen ließe⁶³, würde durch die zitierte Formel in keiner Weise die Lösung des CC gedeckt, wonach Eigentumsübergang durch bloßen Vertragsschluß und ohne jegliche Erfüllungshandlung (Sachleistung, Geldzahlung) ausgelöst wird. Aber allein möglich scheint die entgegengesetzte Deutung der Verhältnisse als "doppelseitigen Realkontrakt": Der Vertrag ist erst dann wirksam (sc. entfaltet seine eigentumsübertragenden Wirkungen), wenn er beiderseits erfüllt ist, das heißt beide in Austausch zu erbringenden Leistungen erbracht sind⁶⁴: Kauf als simultaner sachenrechtlicher Übertragungsakt von Sache und Preis ohne jede schuldrechtliche Komponente.

FRANÇOIS BOURJON (gestorben 1751) ist der maßgebliche Darsteller des Rechts der Coutumes⁶⁵. Er hat großen Einfluß auf die Gestaltung des CC ausgeübt, ist doch die Stoffgliederung in dessen drei Büchern zweifelsfrei von BOURJON (den ersten drei Büchern des zitierten Werks) übernommen worden. Seine Äußerungen sind nicht explizit (was sich damit erklären mag, daß die Coutumes primär auf Immobilien und deren Übereignung ausgerichtet sind)⁶⁶. Er schreibt:

"III. Mais dès que la vente est parfaite, quoique la chose n'eût pas été livrée, les changemens, la perte même d'icelle, regarde l'acheteur. –*Post perfectam venditionem, omne commodum & incommodum [...] ad emptorem pertinet, l I, cod. de peri. & commod. rei venditae: c'est chez lui que réside la propriété.*"

Zuzugeben ist, daß aus der letzten Bemerkung darauf geschlossen werden könnte, daß aus der Sicht von BOURJON die Vertragsperfektion nicht nur die Gefahr, sondern auch das Eigentum übergehen läßt. Festzuhalten bleibt immerhin, daß die Gefahrtragung ihrerseits nicht aus dem Eigentumsübergang abgeleitet wird, sondern vielmehr aus dem römischen *periculum emptoris*-Prinzip, wie die Verweisung auf Codex 4, 48, 1 beweist. Die Eigentumsfrage wird bei ihm nicht autonom, sondern gewissermaßen als Folge der (romanistisch begründeten)

⁶³ Dies würde bedeuten: Eigentumsübergang beim Kaufvertrag setzt zwar nicht Übergabe der Kaufsache, wohl aber jene der Gegenleistung voraus.

⁶⁴ Alles zusammengenommen ist damit wohl die damalige Regel nicht, wie behauptet wird, die Entsprechung, sondern die Umkehrung von CC Art. 1583. Dessen Formeln vorwegnehmend wäre sie so zu formulieren gewesen: "La vente est parfaite et la propriété est acquise de droit à l'acheteur si la chose a été livrée et le prix payé". Erst die hier vertretene Lesart erklärt die Herausstellung der Formel von Art. 1583 in der Literatur und schließlich deren Aufnahme in das Gesetz: Beides ist als Distanzierung von einem überholten (sachen-, nicht schuldrechtlich verstandenen) Konzept des Kaufs.

⁶⁵ FRANÇOIS BOURJON, *Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris, Réduit en Principes [...]* 1. Auflage, 1747; hier zitiert aus 2. Auflage, 1770. Zu Biographie und Werk vgl. R. MARTINAGE-BARANGER, *Boujon et le C.C.*, Paris, 1971.

⁶⁶ Das folgenden Zitat ist dem 3. Buch und viertem Kapitel ("Des Changemens qui Arrivent à la Chose", S. 461) entnommen. Vorausgeschickt wird im 2. Kapitel ("De ce qui est nécessaire pour rendre la vente parfaite") die Feststellung, daß der Kaufvertrag Konsens, Sachbestimmung und Preisfestsetzung verlange (aber kein Erfordernis der Sachübergabe!). Zu Beginn von Kapitel 4 (und vor dem angeführten Zitat) wird festgehalten, daß vor der Vertragsperfektion und auch (beim Gattungskauf) vor Aussonderung (sc. Festlegung des Kaufgegenstandes) die Veränderungen der Sache zu Lasten des Eigentümers, das heißt des Verkäufers gehen würden.

Gefahrtragung verstanden. Diesem beiläufigen Halbzeiler von BOURJON darf daher bei der Beurteilung des seinerzeitigen Rechtszustandes nicht viel Gewicht beigemessen werden.

- bb) kein direkter Einfluß einer neueren französischen Rechtspraxis (*tradition feinte* usw.).

Teilweise behaupteten die Schlußredaktoren des CC (siehe dazu unten Ziff. IV/2, PORTALIS) wie auch PLANIOL und manche andere, daß das Modell des Eigentumsübergangs nach CC nichts anderes sei als die Weiterführung des vorrevolutionär vorherrschenden Rechtszustandes⁶⁷. Es wird auf die seit Jahrhunderten bestehende Kautelarpraxis hingewiesen: Die geforderte (und, da wohl einen Beizug von Gerichtspersonen voraussetzend, gebührenträchtige) Besitzeinweisung wird durch Aufnahme in die Vertragsurkunde einer simplen, die nicht stattgefundene Besitzübertragung bestätigenden Klausel (der sogenannten *clause de dessaisine-saisine*) ersetzt⁶⁸. Darauf nehmen SERRES⁶⁹ und ARGOU Bezug. Auch wenn eine gewisse Verbreitung der behaupteten Kautelarpraxis und auch eine damit verbundene Volkstümlichkeit ("usages") glaubhaft ist, kann diesem Umstand für die Mobiliarübergang höchstens mittelbare Wirkung zugebilligt werden. Feste Bräuche und gar Kautelarpraxis werden nur bei Grundstücken, das heißt bei formbedürftigen Geschäften, wirksam, nicht aber bei Mobilien, die regelmäßig ohne Formalitäten gehandelt werden. ARGOU beschränkt denn auch seine Feststellung explizit auf das Immobiliarsachenrecht, das im übrigen vorab im Lehensrecht wurzelt.

Die Möglichkeit, durch explizite Vereinbarung Eigentum auch ohne Sachübergabe zu transferieren, ist nicht eine Besonderheit der französischen nationalen Rechtstradition. Die *brevi* (oder auch *longa*) *manu traditio* oder die Besitzeinweisung war in der romanistischen Tradition seit langem verfügbar, und auch das Besitzeskonstitut geht wohl bis ins Mittelalter zurück; in Frankreich berief man sich traditionell ebenfalls auf diese Figuren. Bei diesen altherwürdigen Figuren handelte es sich um Ausnahmen von der allgemeinen Regel der Unentbehrlichkeit der Tradition, die durch das scharfe Herausarbeiten dieser Ausnahmen nicht in Frage gestellt, sondern indirekt bestätigt wird. Daß bis zur Spätzeit und unter JUSTINIAN an ihr festgehalten wurde, beweist die (von allen Autoren regelmäßig angerufene) Regel von Codex 2, 3 (*de pactis*) 20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Angesichts

⁶⁷ Ihr scheinen vor allem italienische Autoren anzuhängen; vgl. die Hinweise von RODOLFO SACCO, *Le transfert de la propriété des choses mobilières*, *Rivista di Diritto Civile* (Riv. Dir. Civ.), Band 15, 1979, S. 442-487.

⁶⁸ Vergleiche dazu etwa CHÉNON (Fn. 62).

⁶⁹ Im oben zitierten Text von SERRES bezeichnet dieser den Aufschub des Eigentumsübergangs bis zur Sachübergabe als eigentlich geltendes Recht, stellt diese Lösung aber als von den "usages" nicht gestützte Subtilität und einen Umweg dar. Dies wird mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der "tradition feinte" und sodann mit der allerdings erstaunlichen Feststellung begründet, daß der Käufer als Eigentümer zu betrachten sei, weil ihm eine Forderungsklage auf Sachauslieferung zustehe (ein Argument, das von BIGOT-PRÉAMENEU aufgenommen werden wird; vgl. unten Ziff. IV/2).

dieser Stelle des (von JUSTINIAN veranlaßten) Codex erweist sich die von PLANIOL aufgestellte, von manchen übernommene Behauptung eines bereits zu Zeiten JUSTINIANS geltenden Konsensprinzips als aktenwidrig (unten Fn. 123).

IV. Die Gesetzgebungsmaterialien des Code Civil

Liefern Literatur und Praxis der Periode von mehr als einem, dem Erlaß des CC vorangehenden Jahrhunderts keine direkten Anhaltspunkte für das Entstehen des "Konsensprinzips", wird die Erwartung geweckt, um so eher würden die Gesetzgebungsmaterialien Aufschluß geben. Diese sind in weitem Umfang veröffentlicht, im wesentlichen die maßgeblichen Vorentwürfe sowie die Berichte der verantwortlichen Urheber und Stellungnahmen der zur Vernehmlassung eingeladenen Instanzen. Die Vorbereitung des CC muß in zwei Phasen unterteilt werden (deren erste hauptsächlich durch die umfassende Ausgabe von FENET, die zweite zusätzlich durch jene von LOCRÉ dokumentiert ist).

Die erste Phase umfaßt die Erstellung von drei Gesetzesentwürfen, welche zusammen mit Berichten in den Jahren 1793, 1794 und 1796 veröffentlicht wurden. Die Arbeit wird getragen vom "Comité de législation" (für den ersten und zweiten Entwurf und den Vorträgen dazu in der Convention nationale) und der Commission de la classification des lois (dritter Entwurf und Vortrag dazu im Conseil des Cinq-Cents). Hauptverantwortlicher ist in jedem Fall CAMBACÉRÈS (1753-1824).

Mit der zweiten Phase wird ein neues Kapitel eröffnet. Die "Commission du gouvernement" besteht aus den vier Mitgliedern TRONCHET (1726-1806), PORTALIS (1745-1807), BIGOT DE PRÉAMENEU (1747-1825) und dem als secrétaire-rédacteur tätigen MALEVILLE (1741-1824)⁷⁰, hier daher auch "Viererkommission" genannt. Es ist die Feststellung zulässig, daß die Entstehungsgeschichte im engeren Sinn des CC erst hier beginnt, denn die Viererkommission setzt nicht die Arbeit des "Comité de législation" fort, übernimmt vielmehr nur punktuell und fast nur ausnahmsweise deren Vorschläge, wie sie im "Entwurf CAMBACÉRÈS" niedergelegt sind. Sie tritt mit der Publikation ihres "Projet de l'an VIII" an die Öffentlichkeit (hier "Entwurf 1800"), welcher einen Neuanfang darstellte, der sich um bisher Geleistetes nur wenig kümmerte. Andererseits ist der Entwurf 1800 das einzige ausformulierte Projekt, das den schließlich verabschiedeten endgültigen Text auf weiten Strecken vorwegnimmt. Diese Vorlage

⁷⁰ Kurzbiographien der genannten Redaktoren von WERNER SCHUBERT, in dessen Einführung zur Edition von JEAN-GUILLAUME LOCRÉ, *Législation Civile, Commerciale et Criminelle, ou Commentaire et Complément des Codes Français*, insgesamt 16 Bände (davon den CC betreffend die Bände 1-7), Brüssel, 1836 (Reprint Frankfurt/a. M., 1990), hier Band 1, S. 25, denen auch die oben angeführten Lebensdaten entnommen wurden. Daneben besteht eine frühere Publikation der den CC betreffenden Materialien in 8 Bänden, Paris, 1804 (Verlag Firmin Didot, keine Angabe eines Herausgebers).

ist es auch, welche höheren Gerichten zur Vernehmlassung unterbreitet wird. Die Schlußberatungen stehen dem Conseil d'Etat zu, in dem Vertreter der Commission de législation die Vorlage begründen und in dem Diskussionen geführt werden. Diese Verhandlungen münden in den Jahren 1803 und 1804 fortlaufend in Partial-Gesetzeserlasse aus, die zusammengenommen den CC ausmachen.

1. Entwürfe des Comité de législation (1793-1796)⁷¹

a) Erster Entwurf (1793)

In diesem Text wird einerseits das bisherige Traditionsprinzip festgeschrieben, anhangsweise jedoch eine Regel vorgeschlagen, welche das Konsensprinzip zu statuieren scheint und in gewissem Sinn den Wortlaut von CC Art. 1583 vorwegnimmt⁷²: Titel II, Art. 1: "Les obligations peuvent servir de moyens pour arriver à la propriété; elles ne la transmettent pas de plein droit; la tradition seule peut opérer cet effet." Anschließend Titel III, Art. 2: "Ce contrat est obligatoire des deux parts; [...]" und Art. 3: "L'exécution de la vente se fait, d'une part, par la tradition de la chose vendue; et de l'autre, par le paiement du prix."

Die genau entgegengesetzte Position wird dagegen vertreten in Titel III, Art. 15: "Du moment que le contrat est formé, la propriété passe à l'acheteur; jusqu'au temps de la livraison, le vendeur doit la lui conserver; si elle périt dans l'intervalle, sans qu'il y ait faute de ce dernier, la perte en est toute entière pour l'acheteur".

b) Zweiter Entwurf⁷³

Dieser formuliert nur wenige Teilbereiche. In Art. 88 (unverändert übernommen in den dritten Entwurf als Art. 506) statuiert er neu eine Liste möglicher Eigentumserwerbsgründe, unter denen zwar "la tradition", nicht aber Verträge oder Obligationen genannt sind. Im Abschnitt über den Kauf (Art. 195-207) wird keine der im ersten Entwurf vorgeschlagenen, oben zitierten Bestimmungen aufgenommen.

c) Dritter Entwurf⁷⁴

Der dritte Entwurf von 1796 (auch "Entwurf CAMBACÉRÈS", als solcher veröffentlicht 1797) nimmt dieses Thema wenigstens halbwegs wieder auf. Im Rapport zu diesem führt CAMBACÉRÈS aus (Messidor an IV, das heißt 1796):

⁷¹ Dazu FENET (Fn. 59).

⁷² Erster Entwurf (1793) in FENET (Fn. 59) Band I, S. 17-98, hier zitiert von S. 74-76 ("De la Vente et de l'Echange").

⁷³ Zweiter Entwurf (1794) in FENET (Fn. 59) Band I, S. 110-139, ("De la Vente", S. 128 f.).

⁷⁴ FENET (Fn. 59) Band I, S. 140 ff.(Discours préliminaire) und S. 178-326. Der 1797 veröffentlichte Entwurf als Reprint 1977.

"La tradition est une sorte d'investiture donnée par le propriétaire d'une chose à celui qu'il veut se substituer. Les Romains avaient conçu la tradition d'après cet esprit [...]. Le principe opposé nous a paru conduire à de plus heureux résultats. C'est par la volonté seule que se fait la transmission de propriété; quand cette volonté est constatée par acte, pourquoi exigerait-on d'autres formalités ? [...] Ainsi tout sera simplifié en décidant que la tradition s'opère par l'acte qui transmet la propriété, et par la délivrance réelle, lorsqu'il s'agit de marchandises ou d'effets mobiliers."^{75,76}

CAMBACÈRES postuliert zwar das Konsensprinzip für die Übereignung von Immobilien, während "délivrance réelle" weiterhin bei Mobilien maßgeblich bleibt ("marchandises ou d'effets mobiliers")⁷⁷. Entsprechend findet sich im Entwurf 1796 selber eine "konsensualistische" Regel bezüglich der Immobilien-Übereignung⁷⁸, während für Mobilien das Traditionsprinzip festgeschrieben wird⁷⁹.

2. Vom Entwurf der Commission du Gouvernement (1800 zum endgültigen Text des CC)

a) Der Entwurf 1800

1800 veröffentlicht die Viererkommission ihren Entwurf⁸⁰. In diesem Text wird zum ersten Mal generell, das heißt mit Wirkung auch für Mobilien, das heutige Konsensprinzip unzweideutig ausformuliert durch Statuierung der

⁷⁵ Discours préliminaire prononcé par CAMBACÈRES, au nom du comité de législation, lors de la présentation du 3 e. Projet de Code civil; FENET (Fn. 59) Band I, S. 140 ff.; Zitat von S. 165 f.

⁷⁶ Im Entwurf von 1796/7 (auch "Entwurf CAMBACÈRES") werden in Art. 506 unter den möglichen Eigentuserwerbsgründen zwar die Tradition, ganz im Gegensatz zu CC Art. 711 jedoch nicht die "obligations" aufgeführt. Der vertragliche (konsensuale) Eigentumsübergang ist bei ihm noch so sehr auf die Tradition ausgerichtet, daß diese der Form nach zur Grundlage des Immobiliärerwerbs gemacht wird (Art. 534): "La tradition des immeubles s'opère par l'acte qui en transfère la propriété"; für Mobilien wird anschließend sicherheitshalber festgehalten, daß hier nicht eine dahingehende formelle Willenserklärung ("acte") gefordert ist, sondern tradition hier "délivrance réelle" bedeutet. –Einen Einfluß dieser Auffassung würde ich auf das Entstehen von Art. 534 des dritten Entwurfes des Comité de législation annehmen (dazu unten (Fn. 78) und Ziff. IV/1. Für CAMBACÈRES war die Formalität bedeutsam ("acte", dazu Art. 810 ff.), welche in seiner Sicht die (ebenfalls als Formalität gedeutete) Besitzübernahme ersetzt.

⁷⁷ Der eingangs aufgebaute Gegensatz zum römischen Recht ist mißverständlich insofern, als ein solcher allein besteht gegenüber dem antiken römischen Recht, während in der Neuzeit die romanistischen Regeln auf das Mobiliarsachenrecht beschränkt blieben (das Immobiliarsachenrecht folgte grundsätzlich lehensrechtlichen Regeln germanischen Ursprungs, die sich im Mittelalter entwickelten).

⁷⁸ Article 534: "La tradition des immeubles s'opère par l'acte qui en transfère la propriété." FENET (Fn. 59) Band I, S. 258.

⁷⁹ Article 536: "Lorsqu'il s'agit de marchandises ou d'effets mobiliers, la tradition s'opère par la délivrance réelle." –Beachtlich ist das Festschreiben der *periculum emptoris*-Regel (Art. 847), und zwar generell, das heißt für Mobilien wie auch für Immobilien, die ja mit Vertragsschluß ins Eigentum des Käufers fallen sollen.

⁸⁰ Entwurf (1800) der Commission du Gouvernement bei FENET (Fn. 59) Band II, S. 3-413 (hier wird zitiert nach den dort angemerkten Artikelnummern des Gesetz gewordenen CC).

zentralen Norm entsprechend dem heutigen Text des CC Art. 1138⁸¹. Im Vergleich zum CC fehlt noch eine echte Entsprechung zum heutigen Art. 711⁸² und die Bezugnahme auf den Eigentumsübergang entsprechend Art. 1583⁸³.

b) Stellungnahmen zum Entwurf 1800

Der Gesetzesvorschlag wurde dem Tribunal de Cassation wie auch 27 Tribunaux d'Appel zur Vernehmlassung unterbreitet.

aa) Das Kassationsgericht nimmt zum Thema der heutigen Art. 711 und 1583 keinerlei Stellung, während zu Art. 1138 nicht mehr als eine für uns belanglose Anregung zur Umschreibung des Verzugs (der den Eigentumsübergang nachträglich dahinfallen läßt) vorgebracht wird⁸⁴.

bb) Auch die Stellungnahmen der Appellationsgerichte bringen kaum neue Gesichtspunkte. Die "Observations des Tribunaux d'Appel" können bloß wenige Seiten umfassen oder auch von beträchtlichem Umfang sein (Lyon, Band IV, Seite 27-350, Paris, Band V, Seite 91-191). Insgesamt steht im Zentrum der Beachtung das Personenrecht einschließlich Eherecht, sodann auch Erbrecht und Immobiliarsachenrecht (vor allem das Hypothekenwesen), während das Vertragsrecht wenig zu interessieren scheint; ausführliche Äußerungen zum Kauf sind selten. Die hier besprochene legislatorische Neuerung wird in keiner einzigen der Vernehmlassungen überhaupt als solcher festgestellt, geschweige denn kommentiert. Direkte Erwähnung findet am häufigsten der Vorläufer des heutigen Art. 711, jedoch beziehen sich die kritischen Bemerkungen auf systematische Gesichtspunkte, besonders auf die im Entwurf noch vorgesehene (in der Folge denn auch beseitigte) Erwähnung der *puissance paternelle* als eines Eigentumserwerbsgrundes, berühren aber nicht ein einziges Mal die Frage der konsensualen Eigentumsübertragung⁸⁵, die allerdings im Entwurf 1800 auch noch nicht in voller Deutlichkeit herausgestellt wird. Beachtenswert ist der Kommentar des Pariser Gerichts zu Art. 711, der die Regel des Eigentumsübergangs kraft Vertragsschlusses als nicht zutreffend kritisiert, dies aber keineswegs grundsätzlich und bezüglich

⁸¹ Zu Article 1138: Entwurf Art. 57 (S. 164) weicht bezüglich der Umschreibung des Verzugs lediglich stilistisch etwas vom heutigen Text des CC Art. 1138 ab.

⁸² Die funktionsgleiche Bestimmung zu CC Art. 711 lautet: "La propriété des biens s'acquiert, [...] 3. Par les obligations qui résultent des contrats ou conventions [...]" (Livre III, Disp. Générales, Art. 1, FENET (Fn. 59) Band II, S. 123 f.), welche Formel keineswegs zum Ausdruck bringt, daß die Obligation nicht bloß einen Rechtsgrund zum Eigentumserwerb darstellt, sondern diesen unmittelbar auslöst.

⁸³ Die Vorläufernorm von CC Art. 1583 lautet im Entwurf von 1800: "Elle [la vente] est accomplie dès qu'on est convenue de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore livrée, ni le prix payé." (III/XI Art. 2; FENET (Fn. 59) Band II, S. 554).

⁸⁴ Vergleiche dazu FENET (Fn. 59) Band II, S. 415 ff. (Tribunal de Cassation) und Bände III-V (Tribunaux d'Appel). Die "observations" der Appellationsgerichte sind überwiegend nicht datiert, die datierten stammen aus dem "an IX" (1801).

⁸⁵ Vergleiche etwa die folgenden Stellungnahmen: Band III: Ajaccio, S. 121; Colmar, S. 474; Band IV: Montpellier, S. 439; Nancy, S. 604; Band V: Paris, S. 211; Rouen, S. 472 f.; Toulouse, S. 575.

Mobilien. Festgehalten wird lediglich, daß bei Immobilien der Eigentumsübergang durch "tradition" ausgelöst werde, die nach geltendem Recht durch "transcription du contrat", aber "jamais en vertu du contrat même" erfolge⁸⁶.

Die Entsprechungen der heutigen Artikel 1138 und 1583 werden von den Vernehmlassungen direkt kaum angesprochen, und falls doch, beschränkt auf Immobilien und Nebenfragen. Auf eine einläßliche Wiedergabe kann verzichtet werden⁸⁷.

c) Vorträge der Commission du gouvernement vor dem Conseil d'Etat in den Jahren 1803 und 1804⁸⁸.

Von der für den Gouvernementalentwurf verantwortlichen Kommission haben BIGOT-PRÉAMENEU und PORTALIS im Conseil d'Etat vorgetragen (zu den Äußerungen von MALEVILLE siehe unten Ziff. V/2/b):

aa) BIGOT-PRÉAMENEU in der Sitzung vom 5 pluviôse an xii, das heißt 26. Januar 1804 (zu CC Art. 1138)⁸⁹:

"33. – C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose. Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire, aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé. Ce n'est plus alors un simple droit à la chose qu'a le créancier, c'est un droit de propriété (*jus in re*): si donc elle périt par force majeure ou par cas fortuit, depuis l'époque où elle a dû être livrée, la perte est pour le créancier, suivant la règle, *res perit domino*.

34. – Mais si le débiteur manque à son engagement, la juste peine est que la chose qu'il n'a pas livrée au terme convenu, reste à ses risques [...]."

bb) PORTALIS in der Sitzung vom 7. Ventose an xii/1804⁹⁰:

"Dans les premiers âges, il fallait la *tradition et occupation corporelle* pour consommer un transport de propriété. Nous trouvons dans la jurisprudence romaine une multitude de règles et de subtilités qui dérivent de ces premières idées [...].

Dans les principes de notre droit français, le contrat suffit, et ces principes sont à la fois plus conformes à la raison et plus favorables à la société.

Distinguons le contrat en lui-même d'avec son exécution. Le contrat lui-même est formé par la volonté des contractants. L'exécution suppose le contrat, mais elle n'est pas le contrat même.

⁸⁶ Die Mobiliarübereignung wird vom Pariser Gericht überhaupt nicht erwähnt, jedoch abschließend bemerkt, daß die allgemeinen Regeln von Art. 711 ff. gegenüber den zu behandelnden erbrechtlichen Prinzipien vergleichsweise geringe Bedeutung hätten.

⁸⁷ Immerhin gebe ich hier die Seitenzahlen jener Stellen, die bei rascher Gesamtdurchsicht irgend einen Bezug zu den fraglichen Normen erkennen lassen: FENET (Fn. 59) Band III: S. 283 ff., 411, 515, 558 f., 583; Band IV: 130 f., 78 f., 181-183, 390; Band V: S. 25, 61, 229-233, 275, 487 ff., 540, 582 f., 614 f.

⁸⁸ Hier ausgewertet gestützt auf LOCRÉ (Fn. 70).

⁸⁹ LOCRÉ (Fn. 70) Band 6, S. 153, oder Ausgabe Firmin Didot (Fn. 70) Band 5, S. 17.

⁹⁰ LOCRÉ (Fn. 70) Band 7, S. 70 f., oder Ausgabe Firmin Didot (Fn. 70) Band 6, S. 6 f. Text weiterhin publiziert in "Discours, Rapports et Travaux inédits sur le CC, par JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS, publiés par le Vicomte Frédéric Portalis", 1844, S. 238 f.

On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand on la pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidele à la foi promise.

Dans la vente, la délivrance de la chose vendue et le paiement du prix sont des actes qui viennent en exécution du contrat, qui en sont une conséquence nécessaire, qui en dérivent comme l'effet dérive de sa cause, et qui ne doivent pas être confondus avec le contrat.

L'engagement est consommé dès que la foi est donnée; il serait absurde que l'on fût autorisé à éluder ses obligations en ne les exécutant pas.

Le système français est donc plus raisonnable que celui de droit romain; il a sa base dans les rapports de moralité qui doivent exister entre les hommes.

Ce système est encore plus favorable au commerce. Il rend possible ce qui ne le serait souvent pas, si la tradition matérielle d'une chose vendue était nécessaire pour consommer la vente. Par la seule expression de notre volonté nous acquérons pour nous-mêmes et nous transportons à autrui les choses qui peuvent être l'objet de nos conventions. Il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle de la chose et le paiement du prix. Ainsi la volonté de l'homme, aidée de toute la puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout, comme la loi même."

d) Diskussion im Conseil d'Etat

Die Diskussionsvoten nehmen in keiner Weise auf die Frage der dinglichen Wirkung von Übereignungsverträgen Stellung, sondern erklären, soweit überhaupt relevant, allein die getroffenen redaktionellen Änderungen.

Zu Art. 711: Es wird lediglich der vorgeschlagene Gesetzestext erstmals dem Publikum vorgestellt (der Entwurf 1800 hatte noch keine entsprechende Vorschrift vorgeschlagen). Eine einläßliche Diskussion scheint nicht stattgefunden zu haben; jedenfalls findet sich allein der Protokollvermerk "L'article 1er (sc. = Art. 711) est adopté"⁹¹. Zu Art. 1138 allein eine Intervention von SÉGUR, die für unsere Frage ohne Interesse ist⁹².

Zu Art. 1583 wird der heutige Text vorgeschlagen, innerhalb des "Corps Législatif" diskutiert (Referat von Tribun Grenier) und schließlich verabschiedet⁹³.

Für uns ist von Interesse die auch hier zutage tretende Ausrichtung des Eigentumsübergangs auf die Gefahrtragung: GRENIER weist auf den Unterschied

⁹¹ FENET (Fn. 59) Band XII, S. 4.

⁹² FENET (Fn. 59) Band XIII, S. 55.

⁹³ FENET (Fn. 59) Band XIV, S. 91: Vorschlag des heutigen Textes von Art. 1583, S. 182 ff.: Diskussion der Art. 1582 ff. Die obigen Zitate von S. 183.

hin, ob die *vente* wirklich vollendet (*accomplie*) sei oder noch von Nebenumständen abhängt (entwickelt wird das Beispiel noch ausstehender Identifikation der Kaufsache beim Gattungskauf). Für den ersteren Fall wird gesagt " [...] la chose vendue est dès le moment même de ce consentement au pouvoir de l'acheteur. Elle est sa propriété, et dès lors elle est à ses risques, d'après la règle si connue: *Res perit domino*". Zur anderen Variante (zum Beispiel zum Fall der noch ausstehenden Spezifikation) heißt es dann: "Au lieu que, lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie sans le concours de quelques circonstances, la chose vendue est aux risques du vendeur jusqu'à ce que ces circonstances arrivent: en sorte que si auparavant elle périt, c'est pour le vendeur qui n'est pas encore dessaisi de sa propriété".

3. *Schlußfolgerung: Keine Offenlegung der Motive seitens der Verantwortlichen*

Maßgeblich sind allein die Vorgänge innerhalb der Viererkommission (Commission du gouvernement), welche die Gesetz gewordene Lösung zum ersten Mal auf den Tisch bringt. Früher vorgeschlagene Varianten (insbesondere der Vorschlag des "Entwurf CAMBACÉRÈS") werden nicht berücksichtigt, vielmehr in der Frage der Mobilienübergang gegenüber dem bisherigen eine Position des Widerspruchs eingenommen.

Zur Rechtfertigung der zentralen Norm der Neuerung von Art. 1138 verweist BIGOT-PRÉAMENEU darauf, daß die Pflicht der Sachübergabe bereits aufgrund des dahingehenden "consentement" entstehe, um dann weiter fortzufahren, daß deshalb ("donc") eine körperliche Sachübergabe ("tradition réelle") nicht erforderlich sei und daß man den Erwerber als Eigentümer betrachten könne vom Zeitpunkt an, in dem eine Pflicht zur Lieferung der Sache bestehe. Die letztere Einschränkung würde nach dem Gesetzestext wie auch der hier vorgetragenen Formel einen Aufschub des Eigentumsübergangs bis zum vertraglich vorgesehenen Liefertermin bedeuten, was nicht die Meinung des Gesetzes sein kann. Im übrigen steht diese Theorie, die den Gläubiger auf Lieferung einer Sache kurzerhand als deren Eigentümer deklariert, in Widerspruch zur damals wie heute herrschenden Dogmatik. Sie ist aber auch bloß halbfertig und innerlich widersprüchlich, wird doch der zum Eigentümer hochstilisierte Käufer gleichzeitig immer noch als "créancier" bezeichnet⁹⁴. Insgesamt bleibt alles hier von BIGOT-PRÉAMENEU Vorgetragene auf der Ebene von Behauptungen bezüglich des durch den CC geschaffenen Rechtszustandes.

⁹⁴ Die Gläubigereigenschaft verbleibt dem Käufer nicht bloß in der hier genannten Textpassage, sondern vor allem auch im folgenden, wo auf die Gefahrtragung verwiesen wird. Dort heißt es: "[...] la perte est pour le créancier, suivant la règle, *res perit domino*". Es wird mit anderen Worten die Gleichung aufgestellt: "créancier = dominus". Wenn man indessen mit der dinglichen Wirkung des Kaufs wirklich ernst machen wollte, wäre der Käufer, sobald der Vertrag geschlossen ist, auch bereits Eigentümer, ohne je *créancier* gewesen zu sein.

Es fehlt jede Erklärung, weshalb die darin liegende Neuerung eingeführt und nicht dem vorliegenden Entwurf CAMBACÉRÈS gefolgt wurde. Man findet nicht einmal das Eingeständnis, daß der Vorschlag vom bisherigen Rechtszustand abweicht, vielmehr die Behauptung, daß alles beim Alten bleibe⁹⁵.

Nicht besser PORTALIS: Er beginnt mit einem Hinweis auf die römischrechtliche Regelung, um dieser dann ohne weiteres "les principes de notre droit français" gegenüberzustellen. Damit soll unausgesprochen der Eindruck erweckt werden, die von ihm zu rechtfertigende Lösung würde mit dem (bisherigen und derzeit geltenden) französischen Recht übereinstimmen und nichts Neues bringen. Zur Empfehlung der vorgeschlagenen Lösung wird die Unterscheidung zwischen Vertrag einerseits und dessen Erfüllung andererseits berufen, um ein Sachargument vortragen zu können: Geboten sei Freiheit zwar bezüglich Vertragsschluß, nicht aber Vertragserfüllung. Die im CC eingeführte partielle Aufhebung der Unterscheidung zwischen Vertrag und dessen Erfüllung wird mit ganz allgemeinen moralisierenden Formeln untermauert. Was man auch immer von dem von PORTALIS Vorgetragenen halten mag: Da sie bis dahin in der wissenschaftlichen Diskussion von niemandem vertreten wurden, stellen diese Überlegungen jedenfalls nicht den Grund der Entscheidung der Regierungskommission für die gewählte und Gesetz gewordene Regelung dar. Es handelt sich um nachgeschobene Argumente, um die – aus welchen Gründen auch immer – als Gesetz vorgeschlagene Lösung zu rechtfertigen und zu empfehlen.

4. Der Vorschlag der Viererkommission und der Entwurf Cambacérés

Daß das Vortragen der genannten Gedanken "aus dem Blauen heraus" erfolgte und Zufälligkeitscharakter hat, wird vor allem deutlich, wenn man sich der acht Jahre zuvor von CAMBACÉRÈS vorgetragenen Gesichtspunkte erinnert⁹⁶, wo das Konsensprinzip noch allein auf den Grundstückskauf bezogen war, während für die Mobilienübergang weiterhin "délivrance réelle" gefordert blieb. Andererseits findet sich in den Materialien der vorgehenden Phasen der Gesetzesvorbereitung auch nicht andeutungsweise der hier von PORTALIS ins Zentrum gerückte Gedanke, daß eine einmal vertraglich begründete Pflicht von Gesetzes wegen als erfüllt zu gelten habe.

Das in der heutigen französischen Literatur vorherrschende Verständnis, die Regelung des CC sei das Ergebnis einer kontinuierlichen Entwicklung

⁹⁵ In dieses Bild des Verschleierns des Novitätscharakters des gemachten Vorschlags paßt auch die gegenüber dem heutigen Text des CC bloß fragmentarische Andeutung der Neuerung im Entwurf 1800: Formuliert ist nur die Entsprechung zu CC Art. 1138; es fehlen noch die erst in den letzten Entwurf 1803/4 eingefügten Regeln entsprechend den Art. 711, 938 und der eigentumsbezogene Zusatz in Art. 1583. –Vgl. im übrigen die Charakterisierung des Vorgehens der Viererkommission durch DEMOLOMBE (welcher die Neuerung selbst in höchsten Tönen preist); unten Ziff. VI/1/a/aa.

⁹⁶ CAMBACÉRÈS im Rapport zum dritten Entwurf (FENET [Fn. 59] Band I, S. 165 f.) und Entwurf 1796 Art. 534 und 536; weiterhin oben Ziff. IV/1/c.

der französischen Rechtspraxis vom Formalismus hin zur Formfreiheit und das Konsensprinzip ein Ergebnis dieser Entwicklung, läßt sich nicht halten. Auch wenn man derartige Auffassungen über den im 18. Jahrhundert vorherrschenden Rechtszustand übernehmen will, kann damit allein die im Entwurf CAMBACÉRÈS des Jahres 1796/7 vorgeschlagene Lösung (Konsensprinzip für Immobilien, Traditionsprinzip für Mobilien) erklärt werden, nicht jedoch die Erstreckung der dinglichen Wirkung des Kaufvertrags auf Mobilien. Dieser Schritt wird erstmals im Entwurf der Viererkommission des Jahres 1800 vollzogen. Die behauptete Evolution war auf Grundstücke beschränkt (vgl. den diesbezüglich expliziten Text des gerne als Gewährsmann angerufenen ARGOU, oben Ziff. III/2/e). Die nationale Rechtsüberlieferung bietet allein eine Grundlage für die im Entwurf CAMBACÉRÈS vorgeschlagene Lösung, welche die dingliche Wirkung des Vertrags ("acte") auf den Grundstückskauf beschränkt, während für Fahrnisübereignung "délivrance réelle" gefordert bleibt. Wenn sich die Viererkommission dafür entschied, das von CAMBACÉRÈS für Immobilien vorgeschlagene Modell auf die Fahrnisübereignung zu erstrecken, konnte dies nicht anders als im Bewußtsein geschehen, eine Neuerung einzuführen, die einerseits in der nationalen Rechtsüberlieferung keine Grundlage hatte und die sich andererseits in Widerspruch zu den Arbeiten und Vorschlägen des Comité de législation stellte⁹⁷. Daß PORTALIS die vorgeschlagene Neuerung nicht als solche eingesteht, sondern behauptet, daß der vorgeschlagene Text die bisherige Rechtstradition weiterführe, ist eine überraschende Tatsache. Der Natur der Sache nach wäre es für die Viererkommission angezeigt gewesen, sich so weit wie möglich an die vorangehenden Vorarbeiten anzulehnen und die Vorschläge des Entwurfs von 1796 zu übernehmen, oder aber, wenn man dies in einem zentralen und vieldiskutierten Punkt nicht tun wollte, ihren abweichenden Standpunkt umfassend zu begründen. Die Verweigerung einer rechtfertigenden Erklärung ist erstaunlich.

Mußte oben der Schluß gezogen werden, daß weder ein Einfluß der Autoren der rationalistisch-naturrechtlichen Epoche noch der Autoren praktischer Jurisprudenz der der Gesetzgebung vorangehenden Ära die Aufnahme der dinglichen Wirkung schuldrechtlicher Übereignungsverpflichtungen zu erklären vermag, ist hier die Feststellung unausweichlich, daß die eigentlichen Gesetzgebungsmaterialien ebenfalls keinen Aufschluß über die Hintergründe dieses legislatorischen Schritts geben: Die für die Neuerung allein verantwortlichen vier Gesetzesredaktoren verweigern jeden Hinweis auf die sie bewegenden Gründe.

⁹⁷ Sich in Widerspruch zu CAMBACÉRÈS zu stellen, der die dingliche Wirkung von Übereignungsverträgen ganz ausdrücklich auf Immobilien beschränken wollte, kann in der Viererkommission nur nach reiflicher Überlegung geschehen sein, war CAMBACÉRÈS doch zum zweiten Konsul aufgestiegen und nahm in verschiedenen Funktionen weiterhin an der Gesetzgebung teil.

V. Versuch der Erklärung der Entstehung des Konsensprinzips des CC: Die römische Gefahrtragungsregel als auslösender Faktor

Ist die hier besprochene Neuerung des CC allein die Folge der Entscheidungen der Mitglieder der Commission du gouvernement (TRONCHET, PORTALIS, BIGOT-PRÉAMENEU und MALEVILLE), führt die Suche nach den Ursprüngen dieser Neuerung auf die Frage zurück, welche Gründe die genannten vier Juristen veranlaßt haben mögen, diese Neuerung zu entwickeln, vorzuschlagen und durchzusetzen. Angesichts der subjektiven Ausrichtung der Frage ist ein strikter Nachweis von vornherein ausgeschlossen. Immerhin ist es möglich, die damals möglicherweise ins Spiel gekommenen Gesichtspunkte zu skizzieren und unter diesen sogar eine Priorität festzustellen.

1. These

Das Konsensprinzip des CC ist vorab die Folge des Festhaltens an der niemals in Frage gestellten Gefahrtragung des Käufers. Die Einkleidung der Käufergefahrtragung in die Gesetz gewordene Formel des konsensualen Eigentumsübergangs entsteht in einem Umfeld, das von aufklärerischer Zeitstimmung und Neuerungslust wie auch durch Weiterwirken altüberkommener sachenrechtlicher Vorstellungen bestimmt ist.

2. Hauptindizien

a) Einfluß der *periculum emptoris*-Regel

In den zeitgenössischen Textstellen zum Eigentumsübergang an Fahrnis fällt deren stereotype Verbindung mit Äußerungen zur Gefahrtragung auf. Andererseits ist festzustellen, daß erstaunlicherweise eine Beseitigung der bereits damals überlebten *periculum emptoris*-Regel niemals zu einem ernsthaften Diskussionsgegenstand wurde und diese daher zum festen Bestand der in die Gesetzgebung aufzunehmenden Prinzipien gehörte⁹⁸.

Der Gefahrübergang beim Kauf war in den hier betrachteten Jahrhunderten ein Thema allerersten Interesses, das sogar gegenüber der Eigentumszuordnung Priorität hatte. Dies wird aus allen angeführten Belegstellen, insbesondere aber etwa bei PUFENDORF (in *Les devoirs de l'homme*), BURLAMAQUI oder DOMAT

⁹⁸ Unter sachlogischen Gesichtspunkten ist derjenige mit der Gefahr zu belasten, der den Aufschub der Sachübergabe veranlaßt hat; so überzeugend bereits PUFENDORF, dem auch BURLAMAQUI und andere folgten. Bis heute hat niemand (auch nicht PUFENDORF oder andere ältere Autoren) beachtet, daß mit dieser Regel auch die römische *periculum emptoris*-Regel ihre Rechtfertigung findet: Das römische Verständnis ist ganz auf den Marktkauf ausgerichtet; auf dem Markt ist indessen der Verkäufer immererfüllungsbereit. Aufschub verlangt in aller Regel der Käufer (und dies, weil er nicht genügend Geld in der Tasche trägt, um den Kauf sofort abzuwickeln). Dazu kommt die Nachteiligkeit für den Verkäufer: dieser darf nicht am Markttag an andere (mehr bezahlende und abwicklungsbereite) Interessenten verkaufen und nimmt mancherlei Risiken auf sich. Dazu der Autor in: Zeitschrift für Schweizer Recht (ZSR) 1970, 281-294 und erneut in: AJP 1997, 923 ff., besonders 937. Außerhalb des Marktkaufsmodells ergibt die Käufergefahrtragung als allgemeine Regel keinen Sinn.

sichtbar. In der praktischen Literatur ist Gegnerschaft gegenüber der *periculum emptoris*-Regel die Ausnahme⁹⁹. Wenn nun der Text des CC vom Übergang der Sachgefahr auf den Käufer nicht spricht, als Folge des Vertragsschlusses jedoch Eigentumsübergang statuiert, woraus sich die Käufergefahrtragung ergibt, wird die Vermutung begründet, daß die neue Formel keine sachliche Neuerung bringen, vielmehr den bisherigen Rechtszustand in neues Gewand kleiden will. Zum Hintergrund dieser Neueinkleidung kann neben anderem auch die Absicht gerechnet werden, das oft kritisierte, systemwidrige und daher ärgerliche Auseinanderfallen von Eigentum und Gefahrtragung aus der Welt zu schaffen.

b) Allgemeine Verbreitung der Verknüpfung von Gefahrtragung und des Eigentumsübergangs

Heute meinen wir dagegen, die Zuordnung von Gefahrtragung und Eigentum als zwei sachlogisch voneinander unabhängiger Probleme aufzufassen. Die Eigentumszuordnung ist für uns eher von Bedeutung zur Bestimmung der Verfügungsmacht über die Ware oder deren Haftung gegenüber Gläubigern, während die Frage der Gefahrtragung an Interesse zurücktritt, da Sondernormen verschiedenster Art einschließlich der käufmännischen Lieferklauseln und des heute ubiquitären Versicherungsschutzes die Schadenstragung vom Eigentum loslösen. In der vorkapitalistischen Ära der hier betrachteten Quellen ist die Gefahrtragung ein primordiales Thema, demgegenüber die Eigentumsfrage wenigstens im Zusammenhang des Kaufvertrages als sekundär erscheint. Dies ist die Folge der romanistischen Tradition: Ihr zufolge ist der Verkäufer nicht zur Eigentumsverschaffung, sondern nur zu Sach- (Besitz-)verschaffung sowie zu eventueller Haftung im Eviktionsfall verpflichtet. Unter diesem (vom CC uneingeschränkt beibehaltenen) System hat der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs wenig Bedeutung. Dies schließt nicht aus, daß im Lauf der Entwicklung die Tendenz zur Verbindung von Gefahrtragung und Eigentum sich immer stärker bemerkbar macht (und dabei auch der Widerspruch zur *periculum emptoris*-Regel zunehmend als störend ins Bewußtsein tritt). Bei Betrachtung der historischen Entwicklung der Konzepte wird aber sichtbar, daß in der hier betrachteten Periode die traditionelle Regel *res perit domino* (die Sachgefahr liegt beim Eigentümer) zunehmend auch in ihrer Umkehrung verstanden wurde: Ausgehend von der Gefahrtragung wird gefolgert: Wer gefahrbelastet ist, dem soll auch Eigentum zustehen.

Hier sind als Beispiel die folgenden Autoren zu nennen, bei denen die Verknüpfung der Zuordnung von Eigentum und Gefahr besonders deutlich sichtbar wird:

⁹⁹ Von den in Frankreich Einfluß ausübenden, theoretisch argumentierenden Autoren ist allen voran PUFENDORF zu nennen; weiterhin auch BURLAMAQUI, vgl. oben Ziff. III/1/b und d.

- PUFENDORF (oben Ziff. III/1/b) spricht in der (nach WIEACKER) sein Hauptwerk zusammenfassenden Schrift "Les Devoirs de l'Homme et du Citoyen [...]" im Zusammenhang des Kaufs nicht vom Eigentumsübergang, sondern allein von der in seiner Sicht offenbar praktisch wichtigeren Frage der Gefahrtragung (die er entgegen dem *periculum emptoris*-Rezept beantwortet und damit Gefahr – und implizit auch Eigentum – dem jeweiligen Besitzer der Sache zuordnet).
- BURLAMAQUI (oben Ziff. III/1/d) interessiert sich primär für die Frage der Gefahrtragung und erklärt mit Nachdruck, daß diese die Folge des Eigentums an der Sache sei. Da er aber diesbezüglich auf den zu vermutenden Parteiwillen abstellt und für ihn die Gefahrenallokation primäres Interesse hat, wird von ihm die Regel auf den Kopf gestellt: Eigentümer ist derjenige, den vermutungsweise die Parteien mit der Gefahr belasten wollten¹⁰⁰.
- BOUTARIC (oben Ziff. III/2/c) stellt eine Verbindung zwischen der *periculum emptoris*-Regel und dem Übergang des Eigentums (oder wenigstens des Sachbesitzes) her und drückt dabei sein Unbehagen über die *periculum emptoris*-Regel aus, dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt, daß diese eine Ausnahme von der Regel *res perit domino* begründe. Zu Institutiones III § 3 weist er in der Randnote auf VINNIUS hin (offenkundig dessen Institutionenkommentar zu III § 24, Comm. 7 und 8, wo dieser sich zur Käufergefahrtragung recht kritisch äußert) und erwähnt im Text kritische Literaturmeinungen (unter denen auch CUJAS genannt wird), um dann zu erklären, daß er sich auf diese Kontroversen nicht einlassen werde: "Il nous suffit d'observer, que dans l'usage, on suit à la lettre ce qui est dit ici par Justinien: Que dès la vente est parfaite, le peril de la chose vendue regarde uniquement l'acheteur, quoique la chose soit encore entre les mains du vendeur [...]".
- BOURJON zieht (oben Ziff. III/1/a/aa) genau den Schluß, der nach der hier vertretenen Auffassung die Viererkommission bestimmt hat: Nach Anführen der römischen *periculum emptoris*-Regel schließt er die Folgerung an, daß beim gefahrbelasteten Käufer auch das Eigentum liege¹⁰¹.
- Im Entwurf 1793 ("Vente" Art. 15; FENET, Band I, S. 76), wo zum ersten Mal in den Gesetzesmaterialien des CC der Vorschlag der eigentumsübertragenden Wirkung des Kaufs auftaucht (wenn dieser auch belastet ist mit einer widersprechenden entgegengesetzten Regel), geschieht dies in expliziter Verbindung mit der Gefahrregelung: "Du moment que le contrat est formé, la propriété passe à l'acheteur [...]; si elle périt [...] la perte en est toute entière pour l'acheteur". Hier, beim erstmaligen Auftreten des Konsensprinzips

¹⁰⁰ Vergleiche betreffend Eigentum und Gefahr die Formel "[...]il est naturel de penser [...] que l'acheteur n'a pas voulu s'en charger auparavant".

¹⁰¹ Man beachte, daß nicht explizit von Eigentumsübergang gesprochen oder der Käufer als Eigentümer bezeichnet, sondern eine bildhaft-untechnische Formel gewählt wird, etwa sinngemäß: "Wenn schon die Gefahr der Sache beim Käufer liegt, darf man ihm auch das Eigentum daran zuordnen".

in der Kodifikationsgeschichte wird die Käufergefahrtragung wie ein Motiv dieser Neuerung präsentiert;

- Im Votum des Tribunen GRENIER vor dem "Corps Législatif" vom 6. März 1804 (zitiert oben Ziff. IV/2/d) werden zu Art. 1583 Eigentums- und Gefahrübergang in einem Atemzug genannt. Bei der Schilderung der Ausnahmesituation des Aufschubs der Vertragsperfektion (mit dem Beispiel der noch ausstehenden Spezifizierung der Kaufsache beim Gattungskauf) wird sogar an erster Stelle der Aufschub des Gefahrübergangs herausgestellt; allein zur Begründung der weiterhin bestehenden Gefahrtragung des Verkäufers erfolgt der Hinweis, daß sich dieser seines Eigentums vorerst noch nicht entäußert habe. Deutlich genug kommt zum Ausdruck, daß für den Votanten das Hauptinteresse des Art. 1583 in der darin enthaltenen Gefahrtragungsregel lag.

Abschließend erfolge der lediglich pauschale Hinweis auf die nach Erlass des CC den Zusammenhang zwischen Eigentumsübergang und Gefahrtragung sichtbar machende Literatur, die ebenso wie die frühere zur Stützung der hier formulierten These beiträgt; vgl. etwa das oben Ziff. II/1 angeführte Zitat von COING sowie die unten angeführten Äußerungen von ZACHARIÄ (Ziff. VI/a/aa), CORNIL und DE PAGE / DEKKERS (Ziff. VI/1/b/aa und bb). Neuere französische Darstellungen neigen denn auch dazu, Eigentums- und Gefahrübergang in einem Atemzug zu behandeln¹⁰². In diesem Zusammenhang darf schließlich auf das unter Ziff. VI/2 ("Swiss connection") Vorzutragende hingewiesen werden: Die Wechselwirkungen zwischen der römisch-rechtlichen *periculum emptoris*-Regel und dem Konsensprinzip des CC, wie sie in spektakulärer Form in einem zweifelsfrei dokumentierten legislatorischen Ereignis zutage getreten sind.

c) Gesetzestext

Ein Gesetz pflegt nicht (und braucht auch nicht) zu erklären, welches die Gründe des Zustandekommens der von ihm aufgestellten Regel sind. Nicht anders der CC. Immerhin lassen sich dem Text einige die obige These stützende Hinweise entnehmen. CC Art. 1138/II als die zentrale, das Konsensprinzip statuierende Gesetzesnorm sagt: "Elle (sc. <l'obligation de livrer la chose>, wie im vorangehenden Absatz I umschrieben) rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques [...]". Zur Umschreibung des "Effet des Obligations" (so Kapitel-Überschrift vor Art. 1134) hätte es genügt, auf den Eigentumsübergang hinzuweisen. Daß dieser seinerseits die Folge nach sich zieht, den Erwerber/Eigentümer mit den Risiken der Sache zu belasten, ist aufgrund allgemeiner Prinzipien selbstverständlich. Dabei handelt es sich um

¹⁰² Vergleiche etwa JEROME HUET, *Traité de Droit Civil, Les principaux contrats spéciaux*, 1996, S. 159: *Transfert de la propriété et des risques – Note 11202. Complémentarité. La propriété de la chose va de pair avec les risques de perte [...]*.

eine Regel, die eher im Kaufrecht (oder allenfalls im Sachenrecht) denn im allgemeinen Obligationenrecht ihren Platz hätte. Dieses thematische Abschweifen von der Eigentumsfrage hin zur Gefahrtragung hat um so mehr Gewicht, als noch eine zusätzliche Einschränkung formuliert wird: Das in Art. 1138/II Gesagte gilt nur *à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer*. Die für den Fall des Schuldnerverzugs formulierte Ausnahme bezieht sich grammatikalisch gleichermaßen auf den Eigentumsübergang wie auf die Gefahrtragung, ergibt einen sachlichen Sinn aber nur bei letzterer¹⁰³. Insgesamt entsteht der Anschein, der ganze Absatz 2 sei vorab der Gefahrtragung wegen formuliert worden und wolle den Sinn der in Absatz 1 aufgestellten Regel klarstellen.

Die These, daß die Eigentumsübertragungsregelung auf die Gefahrübertragung ausgerichtet ist, findet ihre Bestätigung indirekt im Text von Art. 1585, der vom Gattungskauf handelt, bei dem der Kauf in der Diktion des CC mangels Spezifikation noch nicht zustande gekommen ist: Es wird nicht die naheliegendste Folge des noch nicht eingetretenen Eigentumsübergangs festgehalten, sondern die Folge ist die weiterdauernde Gefahrtragung des Verkäufers ("[...] la vente n'est pas parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur [...]").

d) Äußerungen der an der Gesetzgebung Beteiligten

Auch wenn die Väter des CC die Gründe nicht offenlegen, welche sie zum Übergang zum Konsensprinzip veranlaßten, können deren Formulierungen und Darstellungsmuster, selbst wenn nicht in eine direkte Aussage mündend, trotzdem Indizien für die zugrunde liegende Denkweise liefern.

- BIGOT-PRÉAMENEU sagt in seinem "Exposé des motifs" zu der genannten Bestimmung von CC Art. 1138 und im Anschluß an seine Folgerung, daß die Pflicht zur Lieferung der Sache auch bereits das Eigentumsrecht des Gläubigers dieser Forderung entstehen lasse (dazu oben Ziff. IV/2/c/aa): "Si donc elle (sc. la chose) périt par force majeure ou par cas fortuit [...] la perte est pour le créancier, suivant la règle, *res perit domino*". Auch hier findet sich dieselbe Feststellung wie zum Gesetzestext: Im Zusammenhang der Regelung des Eigentumsübergangs bestand keinerlei Anlaß, auf dessen Folge hinsichtlich der Gefahrtragung hinzuweisen. Der Hinweis auf den Eigentumsübergang ist daher weniger Erklärung des Gehalts der vorgeschlagenen Normierung, sondern eher ein Indiz für deren Gründe (einerseits im praktischen Erfolg Weiterführung des bisherigen Rechtszustandes des *periculum emptoris*, andererseits Herstellung des Prinzips *res perit domino*).

¹⁰³ Die Lesart, daß Eigentum nicht erst im vereinbarten Liefertermin übergeht, scheint die herrschende zu sein; im Ergebnis so wie hier z. B. PATRICE JOURDAIN, in: Gabriel Marty / Pierre Raynaud (Hg.), *Droit Civil, Les Biens*, 1995, S. 69, Note 52 in fine; MAZEAUD (Fn. 61) Note 1615. Vgl. aber die Argumente oben Fn. 12.

- JACQUES DE MALEVILLE war eines der vier Mitglieder der Commission du Gouvernement (oben Ziff. IV/1). In der Präsentation des Entwurfs dieser Kommission waren die hier interessierenden Artikel von BIGOT-PRÉAMENEU und PORTALIS vorgestellt worden; um so mehr muß MALEVILLE sehr rasch nach Inkrafttreten des CC veröffentlichter Kommentar "Analyse raisonnée de la discussion du CC au conseil d'état" interessieren, in dessen ausführlicher Stoffbeschreibung im Untertitel unter anderem auch angekündigt wird "l'Indication de la Conformité et de l'Opposition de ces Articles aux Lois anciennes"¹⁰⁴.

CC Art. 711 wird in Band II behandelt. Zu dieser ohne Zweifel damals neuartigen Regel fehlt jegliche Bemerkung (nicht besser geht es Art. 712; auch die Art. 713-717 werden bloß äußerst knapp oder gar durch bloße Verweisungen auf früher Gesagtes behandelt).

CC Art. 1138 (Band III) veranlaßt folgenden Kommentar:

"C'est encore ici une abrogation de la maxime romaine, *traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*. Il est vrai que malgré ce principe, dès l'instant que le vendeur et l'acheteur étaient convenus de la chose et du prix, la perte ou l'augment étaient pour l'acheteur, § 3, *Inst. de emp. et vend.*; et comme d'ailleurs la délivrance pouvait se faire par tradition feinte ou simulée, la maxime dont nous avons parlé n'était pas de grand usage."

CC Art. 1583; Kommentar:

"Abrogation de la maxime: *Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*. – Mais notez bien ce que l'article dit: La vente *est parfaite entre l'acheteur et le vendeur*; car il en est autrement à l'égard des tiers qui pourraient avoir sur la chose un droit antérieur à la vente. Nous en parlerons plus au long au titre *des Hypothèques* [...]"

Während MALEVILLE Bemerkung zu Art. 1583 in unserer Frage keinerlei Information bringt, ist dessen Hinweis zu Art. 1138 allerdings sehr aufschlußreich: Es wird an den romanistischen Traditionsgrundsatz angeknüpft, dann jedoch gleich festgehalten, daß unter der Herrschaft der Käufer-Gefahrtragung die Aufschiebung des Eigentumsübergangs bis zur Sachübergabe praktisch wenig bedeutsam gewesen sei. Der Mitredaktor der hier besprochenen Gesetzestexte holt nicht zu grundsätzlichen Ausführungen aus, sondern hält nur gerade fest, die frühere, jetzt preisgegebene Regel des Verkäufereigentums sei durch das *periculum emptoris*-Prinzip weitgehend der praktischen Tragweite beraubt gewesen. Wobei er offenbar als selbstverständlich unterstellt, mit der heutigen Regel werde die bisherige Käufergefahrtragung weitergeführt.

¹⁰⁴ JACQUES DE MALEVILLE, 4 Bände, 1. Auflage, ab 1805; hier zitiert nach der 3. Auflage, 1822. Es wird überliefert, daß Napoleon nach Erscheinen des ersten Bandes ausgerufen habe "Mon Code est perdu" (so, ohne Quellenangabe, der Hinweis bei EUGÈNE GAUDEMET, *L'interprétation du CC en France*, 1935 (Heft 8 der Basler Studien zur Rechtswissenschaft) S. 13, der dieses Werk nicht ohne Grund "si modeste, si impersonnel et si médiocre" nennt).

Die Formel zeigt, daß ohne die herkömmliche Käufergefahrtragung die hier behandelte Neuerung des Eigentumsübergangs nicht denkbar ist.

3. Mitwirkende Nebenumstände

Rechtliche Entwicklungen im allgemeinen wie gesetzgeberische Ereignisse im besonderen sollen nicht monokausal erklärt werden. Im folgenden werden eine Reihe von Nebenumständen aufgeführt, welche zu dem hier betrachteten Resultat beigetragen haben mögen.

a) rationalistisch-aufklärerische Zeitstimmung

Auch wenn ein unmittelbarer Einfluß der von den Vertretern des rationalistischen Naturrechts entwickelten Anschauungen mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, soll damit nicht gesagt werden, daß die zur Zeit der Kodifizierung herrschende rationalistische und aufklärerische Zeitstimmung nicht zu dem hier geschilderten Schritt beigetragen habe. In diesem Zusammenhang ist an folgende Aspekte zu denken:

- die Neigung zur Systematik und eine Vorliebe für vereinfachende Abstraktionen;
- normatives Verständnis des Vertrages ("Loi des parties", CC Art. 1134), was den Gesetzgeber dazu einlädt, hinsichtlich der von den Parteien übernommenen Pflichten, wenn dies wie hier sachlogisch ausnahmsweise möglich ist, Pflichterfüllung von Gesetzes wegen anzuordnen¹⁰⁵.
- Betonung der Bedeutung des *consentement*. Es gehört zu den Charakteristika der Naturrechtstheorien wie des CC, den Parteikonsens zum entscheidenden Ansatzpunkt des Vertragsrechts zu machen; man denke an die Vertragstypenfreiheit, die gewissermaßen alle Verträge zu Konsensalkontrakten im Sinne des römischen Kontraktsystems macht bzw. den Satz *pacta sunt servanda* zum Muster erhebt, während umgekehrt darüber hinausgehende Erfordernisse (insbesondere Formerfordernisse) zurückgedrängt werden. In diese Richtung weisen etwa die Argumente von CAMBACÉRÈS zu den Grundstückskaufverträgen (oben Ziff. IV/1), oder von TROPLONG (unten Ziff. VI/1/aa).
- Weiterwirken naturrechtlicher Theorien, welche Forderungen wie Sachen zu behandeln versuchen. Dieser Hintergrund vermag vielleicht teilweise die Deklarationen von BIGOT-PRÉAMENEU (oben Ziff. IV/2/c/aa) zu erklären.

b) "Durchschlagen" von Konzepten des Immobiliarsachenrechts auf die Fahrnisübereignung

Das Eigentumsrecht ist in Frankreich stark durch das Immobiliarsachenrecht geprägt, weshalb es geschehen kann, daß ARGOU in unvorsichtiger Verallgemeinerung

¹⁰⁵ Etwas in dieser Richtungweisend GROTIUS und so explizit PORTALIS (oben Ziff. IV/2/b/bb).

die für die Grundstücksübereignung geltenden Regeln als allgemein geltend vorstellt und erst später eine einschränkende Korrektur anbringt¹⁰⁶, oder daß CAMBACÉRÈS mit bewegten Worten sich ganz allgemein für das Konsensprinzip ausspricht, während erst ganz nebenbei und am Ende seiner Ausführungen zum Ausdruck gelangt, daß er die Mobilien von der von ihm vorgeschlagenen Regel ausnimmt¹⁰⁷. Entsprach die Vereinbarung sofortigen Eigentumsübergangs damals bei Immobilien verbreiteter Kautelarpraxis, mögen die dadurch veranlaßten Vorstellungen des Publikums auch bei Mobilien die Einführung der dinglichen Wirkung von Verträgen begünstigt haben.

c) Weiterwirken des altüberlieferten Verständnisses des Kaufs als eines sachenrechtlichen Übereignungsaktes

Das "archaische" Verständnis des Kaufs als eines Eigentumsübertragungsaktes und nicht als eines schuldrechtlichen Vertrages zeigte in Frankreich besonders starkes Beharrungsvermögen¹⁰⁸. Diese Haltung behindert die konsequente Durchsetzung der Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften, erleichtert aber andererseits den Schritt, den immer noch nur halbherzig als schuldrechtliches Geschäft akzeptierten Kauf mit eigentumsübertragender Wirkung auszustatten und damit das Rad der Entwicklung des Schuldrechts zurückzudrehen.

d) Verkennen der grundsätzlichen Tragweite der Einführung des Konsensprinzips

Die mit dem CC neu eingeführte dingliche Wirkung schuldrechtlicher Übereignungsverträge wird allem Anschein nach von den meisten Zeitgenossen als ein nebensächliches Ereignis qualifiziert. Das wird belegt durch die Tatsache, daß die Kommentare, zu denen die Gerichte eingeladen wurden, diese Neuerung durchweg nicht als solche kommentieren und sich jeder grundsätzlichen Stellungnahme enthalten¹⁰⁹. Die Stellungnahmen der Rapporteurs weisen in dieselben Richtung. Wenn PORTALIS nicht zögert, das vorgeschlagene Konsensprinzip als Bestandteil der "principes de notre droit français"

¹⁰⁶ Vergleiche ARGOU, zitiert oben Ziff. III/2/e.

¹⁰⁷ Man spricht von "Geringschätzung des Mobiliareigentums" oder *mobiliium vilis possessio*, was das Verständnis des Immobiliarsachenrechts als Sachenrecht schlechthin erklärt. Vgl. BARTHÉLEMY TERRAT, *Du régime de la Propriété dans le Code civil*, S. 340 ff., in: *Le Code Civil. Livre du Centenaire 1804-1904*, Band I, 1904 (Reprint Sauer & Auvermann, 1969).

¹⁰⁸ Siehe die Formel von DOMAT, die vielleicht schon vor ihm, jedenfalls aber nach ihm vielfach wiederholter Gemeinplatz war: "La vente s'accomplit par le seul consentement, quoique la chose vendue ne soit pas encore délivrée ni le prix payé". Sie lebt insbesondere in CC Art. 1583 weiter und macht nur Sinn, wenn es gilt, die (andernorts selbstverständliche) schuldrechtliche Natur des Kaufs gegenüber dieser überlieferten Alternative durchzusetzen und festzuschreiben. Vgl. dazu auch oben Anmerkung III/3/b.

¹⁰⁹ Vergleiche die Stellungnahmen zum *Projet de la Commission du Gouvernement* in FENET (Fn. 59) Bände III-V und oben Ziff. IV/2/b.

zu bezeichnen und sich damit in Widerspruch zu der keine Zweifel lassenden Literatur stellt, ist dies unter anderem damit zu erklären, daß er die sich einstellenden dogmatischen Komplikationen und Widersprüchlichkeiten nicht voll erkannt hat und wohl *bona fide* annahm, die vorgeschlagene Regel würde in ihren praktischen Auswirkungen (unter denen die Gefahrtragung in damaliger Optik die wichtigste war) nicht wesentlich vom Gewohnten abweichen.

4. Resultat

Das Gesagte überblickend darf man feststellen, daß die genannten "Nebenumstände" nicht beanspruchen können, notwendige Voraussetzung der Einführung der Neuerung des Konsensualprinzips gewesen zu sein. Das Vorbild der im 18. Jahrhundert bei Immobilien bestehenden Kautelarpraxis und die weiterhin genannten Einflüsse lassen sich wegdenken, ohne daß deshalb die hier besprochene Neuerung des CC unmöglich gemacht würde. Eine ganz andere Stellung kommt dagegen der *periculum emptoris*-Regel zu. Wäre diese in der Vorkodifikationsära bei der Juristenschaft in Unnade gefallen und wäre es eine legislatorische Vorgabe gewesen, diese Überlieferung aufzugeben, wäre die hier diskutierte Neuerung nicht möglich gewesen: Ohne Willen und Bereitschaft, die Käufergefahrtragung in das neu zu schaffende Gesetz aufzunehmen, ist die Einführung des Konsensprinzips in den CC schlechterdings nicht denkbar. Die *periculum emptoris*-Regel ist damit als *conditio sine qua non* der legislatorischen Einführung der dinglichen Wirkung schuldrechtlicher Übereignungsverträge erwiesen. Von keinem der hier erwähnten "Nebenumstände" läßt sich Gleiches sagen. Wenn man die Ursache der Neuerung auf eine Kurzformel bringen will, kann diese nur im Hinweis auf die Käufergefahrtragung bestehen. Diese darf als *causa proxima*, als der alle anderen Ursachen an den Rand drängende Hauptgrund bezeichnet werden. Dieses weit über die Landesgrenzen Frankreichs hinaus wirkende legislatorische Ereignis ist damit nicht aufgrund von Sachüberlegungen getroffen worden, sondern erweist sich als Folge unreflektierter Anhänglichkeit an romanistische Traditionen. Ebenso wenig ist es die Fortsetzung einer gefestigten vorkodifikatorischen Rechtstradition Frankreichs, sondern nichts anderes als ein "Einfall der letzten Minute" im Schoße der aus vier Mitgliedern bestehenden Redaktionskommission.

VI. Die Zeit nach dem Jahre 1804

1. Literarische Äußerungen

Die im Folgenden beispielhaft angedeuteten Stellungnahmen der Literatur sollen nicht nur etwas die doktrinellen Folgewirkungen der hier besprochenen Regelung des CC illustrieren; sie erlauben wohl auch Rückschlüsse auf

die die Neuerung veranlassenden Zeitumstände und mögen die Beurteilung der historischen Tragweite der Neuerung erleichtern.

a) Autoren des 19. Jahrhunderts

aa) ZACHARIÄ (1765-1843) ist in die Geschichte der Literatur zum CC eingegangen als Verfasser der ersten systematischen Darstellung dieses Gesetzes¹¹⁰, das in der Folge von dessen Übersetzern und nachmaligen Bearbeitern AUBRY und RAU aufgenommen und zum Ausgangspunkt eines bedeutenden *Traité*s wurde¹¹¹. ZACHARIÄ nimmt (im Zusammenhang des Sachenrechts) bloß Kenntnis von dem in den Art. 711, 938, 1138 und 1583 zutage tretenden Prinzip, das er in die Formel kleidet *Conventio est non solum titulus sed et modus acquirendi*. Er erwähnt, daß die Lösung dem bisherigen französischen Recht entgegengesetzt ist und weist auf Bestimmungen hin, "bey deren Fassung man offenbar mehr das ältere Recht [...] vor Augen gehabt hat" (Band I § 180 und Fn. 3, mit Hinweis auf CC Art. 1303 und 1867). Er steht der Neuerung kritisch gegenüber und erwähnt die vielen notwendig werdenden gesetzlichen Ausnahmenvorschriften, ohne jedoch die legislatorischen Gründe der Neuerung zu erörtern.

bb) TROPLONG (1795-1869)¹¹² ist Autor tiefschürfender und weitausholender Darstellungen einzelner Teile des CC; hier interessiert die zweibändige Darstellung des Kaufrechts¹¹³. Bereits in der brilliant geschriebenen *Préface* wird ausführlich die Bedeutung der römischen Quellen wie auch der diese vermittelnde POTHIER gewürdigt. Als Beispiel einer Regelung, zu deren Verständnis die Darstellung des Kaufrechts von POTHIER ausnahmsweise nicht konsultiert werden könne, wird die hier besprochene Regelung genannt, die als *grande innovation* und als *renversement d'une des bases fondamentales du travail de POTHIER* vorgestellt wird (S. IV)¹¹⁴. Im Text selber wird nur die gesetzliche Lösung dargestellt, diese als Fortschritt bezeichnet und erwähnt, daß bereits GROTIUS eine derartige Lösung zur Diskussion gestellt habe. Ihre Rechtfertigung wird vor

¹¹⁰ KARL SALOMO ZACHARIÄ (später Z. VON LINGENTHAL; statt "KARL" auch "CARL"), Handbuch des französischen Civilrechts, 1. Auflage, ab 1808, hier zitiert Band I, § 180, S. 352 ff. nach 3. Auflage, 1827. Erschienen in der Übersetzung CHARLES AUBRY / CHARLES-FRÉDÉRIC RAU, Straßburg 1839-1846; erst von der dritten Auflage in "Le livre du Centenaire" (1856) sollen diese Autoren den Text in autonomer Weiterentwicklung gestaltet haben.

¹¹¹ AUBRY und RAU haben nichts vorgetragen, das im vorliegenden Fall von Interesse wäre (Feststellung gestützt auf AUBRY / RAU, *Droit civil français*, 6. Auflage, 1946 von Paul Esmein (Hg.), Band I § 349 "de la vente").

¹¹² Zur Person von RAYMOND TROPLONG vgl. etwa CHARMONT / CHAUSSE (Fn. 107) Band I, S. 149-152.

¹¹³ TROPLONG (Fn. 18). Diese Publikation ist Teil einer insgesamt 27 Bände umfassenden Darstellung einzelner Bereiche des CC "Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code", so etwa De l'Echange et du Louage (3 Bände 1840), De la Prescription (3 Bände 1835), Contrat des sociétés civiles et commerciales (2 Bände 1843), Du mandat, du cautionnement et des transactions (2 Bände 1845-46), Des privilèges et hypothèques (4 Bände, 5. Auflage, 1854).

¹¹⁴ Die Autorität von TROPLONG dürfte angerufen werden, wenn es noch des Nachweises der Haltlosigkeit der von PLANIOL und Nachfolgern vertretenen These bedürfte, wonach POTHIER zu seiner Zeit ein einsamer Vertreter des überkommenen Traditionsprinzips gewesen sei.

allem in der auch in diesem Zusammenhang verwirklichten Freiheit von Formalitäten (diese verstanden als äußerlich sichtbare Akte, wie die Sachübergabe) gesehen. Mit diesen Hinweisen will TROP LONG in keiner Weise die für den Gesetzgeber wegweisenden Überlegungen aufzeigen, sondern selber Position beziehen.

cc) J.-M. BOILEUX hat als einer der ersten eine Darstellung in Kommentarform verfaßt¹¹⁵. Bei Art. 711 wird zutreffend festgehalten, daß der dort angeordnete Eigentumsübergang entgegen dem Wortlaut nicht die Wirkung der Obligation, sondern des Vertrages sei, ebenso, daß die Anwendung der Regel keinerlei Schwierigkeiten schaffe bei Grundstücken, bei Mobilien jedoch nur unter verschiedensten Einschränkungen praktikabel sei. Zu den Regeln von Art. 1138 ("qui sont relatives à la translation de la propriété et à la question des risques") findet sich die klare Feststellung, daß eine gesetzgeberische Innovation vorliege und daß "suivant notre ancienne jurisprudence" der Käufer allein durch Sachübergabe Eigentümer wurde und daher an einen Zweitkäufer Eigentum übertragen konnte.

dd) C. DEMOLOMBE hat einen über dreißig Bände umfassenden "Cours de Code Napoléon" verfaßt; hier verdienen seine Bemerkungen zu Art. 1138 Erwähnung¹¹⁶, den er bezeichnet als "rédaction singulière et presque énigmatique, qui ne peut être expliquée que par le secours de l'histoire et qui produirait, si on voulait la prendre à la lettre, des conséquences tout à fait fausses!" (Note 413). Seine Bemerkungen sind indessen nicht frei von Widersprüchen. Er räumt ein, daß "notre ancien droit français" mit dem römischen Recht übereinstimme, stellt aber für dessen Schlußphase maßgeblich auf ARGOU mit dessen Theorie der *tradition feinte* (vgl. oben Ziff. III/2/e) ab und nimmt (unter Verweisung auf die oben angeführten Äußerungen von BIGOT-PRÉAMENEU und PORTALIS) an, daß Art. 1138 zwar nicht offen erklärt, aber im praktischen Ergebnis nichts anderes beabsichtige als jenen Rechtszustand festzuschreiben: "Et voilà de quelle manière ce grand principe de la société moderne a été introduit dans notre Code, timidement, presque subrepticement, par une sorte de détour, qui rappelle les procédés à l'aide desquels les Préteurs corrigeaient l'ancien droit civil romain" (N. 416 *in fine*). Diese letztere Charakterisierung ist in der Tat hübsch; wie aber die genannten Legislatores verschweigt auch DEMOLOMBE, daß die fragliche Doktrin nur bei Immobilien, nicht aber für Mobilien gilt (was ARGOU explizit zum Ausdruck bringt und auch im Entwurf CAMBACÈRES sich niederschlägt): DEMOLOMBE erklärt zwar zutreffend die durch Unaufrichtigkeit gekennzeichnete Argumentationsweise der Gesetzesredaktoren, versucht indessen nicht, deren tatsächlichen Motive zu ergründen.

¹¹⁵ J.-M. BOILEUX, Commentaire sur le Code Napoléon, hier zitiert aus Band 3, 6. Auflage, 1856.

¹¹⁶ C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, Band XXIV (Traité des contrats – en général; Band 1, 1868), S. 391 ff., Note 415 ff.

ee) ÉMILE ACOLLAS gibt in seinem "Manuel [...] à l'usage des étudiants" (weitgehend in Kommentarform) erfrischend kritische Bemerkungen zur Gesetzgebung¹¹⁷. Er sagt zur Regelung insgesamt: "Ce manque de méthode a une portée considérable. Il est en partie cause qu'on ne peut fonder sur la législation actuelle une véritable doctrine du droit de la propriété; il a en effet entraîné le législateur à des confusions telles que toute raison philosophique et même juridique y disparaît. C'est l'absence de l'esprit d'ensemble qui a empêché les rédacteurs du Code Napoléon de dégager ici la distinction capitale du droit réel et du droit de créance" (wird näher ausgeführt). Zu Art. 1138 schreibt er kühl: "Aucun texte, dans la compilation napoléonienne, ne dépasse celui-là en importance; aucun non plus, en obscurité" (S. 786; wird ausgeführt).

b) Autoren des 20. Jahrhunderts

aa) GEORGES CORNIL, Professor an der Universität von Brüssel hat zu Beginn des 20. Jahrhunderts historische Überlegungen angestellt, womit er vielleicht so etwas wie eine lokale Tradition begründet (vergleiche lit. bb)¹¹⁸. Er ist gegenüber der Neuerung des CC, Mobiliareigentum mit dem schuldrechtlichen Vertrag übergehen zu lassen, sehr kritisch. Da nach CC der Eigentumserwerb des Käufers nur zwischen den Parteien wirkt, kann er darin nicht mehr sehen als eine "propriété relative, qui confine singulièrement à un simple droit de créance"¹¹⁹. Seine Betrachtungen schließt er so: "Le Code français a conservé dans toute sa pureté la règle romaine du *periculum rei venditae*; car, dans le système français, du jour du contrat, l'acheteur n'est pas devenu propriétaire *absolu* de la chose vendue et cependant il en supporte les risques."

bb) Das Handbuch zum Code Civil Belgiens von HENRI DE PAGE¹²⁰, seinerseits ebenfalls Professor in Brüssel, ist in den hier interessierenden Teilen unter Mitarbeit von RENÉ DEKKERS zustande gekommen und zeichnet sich durch Eigenständigkeit der Überlegungen aus. Er geht aus von einem historischen Rückblick (droit romain, école du droit naturel, l'ancien droit français et le CC; Note 95-94), in dem er nach bekanntem Muster auf die Auffassungen von GROTIUS und PUFENDORF hinweist wie auch die konservativ-romanistische Position von POTHIER erwähnt, jedoch ebenfalls der kautelarjuristischen Praxis der "*traditio sans déplacement de la possession matérielle*" Einfluß einräumt (Note 94 *in fine*). Abschließend wird dann aber als *Synthèse et conclusions*

¹¹⁷ ACOLLAS (Fn. 18) Vorbemerkung vor Art. 711, S. 2.

¹¹⁸ GEORGES CORNIL, L'Évolution historique de la vente consensuelle, Nouvelle Revue Historique, Band 25 (1901), 136-160, hier Bezug genommen auf 158-160.

¹¹⁹ Deshalb sein Hinweis (S. 159, Fn. 2) auf "THEOPHILE HUC, Commentaire du CC, VII (1894), S. 149, Note 3", der schreibt, daß der Eigentumsübergang kraft bloßen Vertragskonsenses "n'est qu'une de ces superfétations, une de ces subtilités puériles, *idola fori*, qu'il faut bannir d'une législation sérieuse".

¹²⁰ HENRI DE PAGE, Droit Civil Belge; Principes, Doctrine, Jurisprudence, avec la collaboration, pour la partie relative aux biens de RENE DEKKERS (zitiert aus unveränderter 2. Auflage, Band 6, 1953).

(Note 95) vorgetragen, daß die Lösung des CC eine Verbindung zweier Forderungen sei, nämlich der pragmatischen, den Käufer die Gefahr tragen zu lassen, und der anderen, "prétendument logique", daß die Gefahr richtigerweise nur den Eigentümer treffen könne. Diese Feststellung leitet über zu (nicht haltbaren) Theorien zum Entstehen der römischen *periculum emptoris*-Regel in der Antike¹²¹, wobei allerdings die Regelung des CC nicht als Folge der Anhänglichkeit an die romanistische Überlieferung, sondern als Ergebnis von eigenen dahinführenden Sacherwägungen des Gesetzgebers dargestellt wird. Im Gegensatz zu den meisten Kommentatoren des CC des 20. Jahrhunderts wird die hier besprochene Regel nicht als gut und fortschrittlich qualifiziert, für die Zukunft vielmehr deren Preisgabe gefordert: "On renoncera à l'effet translatif des contrats, qui n'est qu'un non-sense, un nid à difficultés, et que la plupart des législations contemporaines eurent la sagesse de ne pas emprunter au Code civil français"¹²². Auch wenn DE PAGE und DEKKERS (wie auch CORNIL) keine Erklärung der Entstehung der hier besprochenen Neuerung des CC zu geben beabsichtigen, setzen sie doch ebenfalls die Regelung des Eigentumsübergangs in Beziehung zur Gefahrtragung (Titel von Note 91: "Entre parties, la question de la propriété n'est qu'un aspect de celles des risques"). Ihre Überlegungen weisen in ähnliche Richtung wie die hier vorgetragenen.

cc) Über die Stellungnahme der maßgeblichen übrigen Autoren des jetzt zu Ende gehenden Jahrhunderts kann nur zusammenfassend rapportiert werden. Insgesamt fehlt es an kritischen Stimmen; es herrschen pragmatische Darstellungen der insgesamt komplexen und in der Tat in mancherlei Hinsicht inkonsistenten, daher von zahlreichen Kontroversen belasteten aktuellen Rechtslage vor. Soweit überhaupt auf die Vorgeschichte der napoleonischen Neuerung eingegangen wird, findet sich gelegentlich der Hinweis auf GROTIUS und PUFENDORF. Im übrigen stehen zwei Behauptungen im Vordergrund: Jene, daß die Regelung des CC in der Hauptsache nicht mehr sei als die Festschreibung der in Frankreich des 18. Jahrhunderts herrschenden Rechtspraxis, andererseits

¹²¹ DE PAGE orientiert sich nicht am Marktkaufmodell, sondern am Überseekauf: die Verlagerung der Preisgefahr auf den Käufer soll nach ihm den überseeischen Verkäufer zum Verkauf ermuntern, da dieser ungeachtet des Transportrisikos den Preis zu fordern hätte. Diese Rechtslage tritt aber von selbst ein, wenn man den wahrscheinlichsten und naheliegendsten Geschäftsablauf unterstellt: Handkauf und Übernahme der Ware am Ort der gelegenen Sache, das heißt beim überseeischen Produzenten/Verkäufer. Die von DE PAGE unterstellte Sorge des Käufers kommt erst auf, wenn bei dem in der Ferne geschlossenen Geschäft Rom zum Erfüllungsort gemacht wird, was wenig naheliegend ist. Erst recht ist nicht glaubhaft, daß die Regeln des römischen Forums auf die Verhältnisse in weit abgelegenen Gebieten ausgerichtet worden seien.

¹²² DE PAGE (Fn. 120) Note 95 *in fine*. Nicht ganz klar wird, ob nach ihm diese Neuorientierung vom Gesetzgeber auszugehen hätte oder aber auf Grund eines richtigen Verständnisses des bisherigen Textes möglich sein soll: In Note 95 wird vor allem geltend gemacht, daß durch richtiges (das heißt extensives) Verständnis der Zeitbestimmung des Eigentumsüberganges *dès l'instant où elle a du être livrée*, was bei entsprechender Interpretation des Parteiwillens bzw. Annahme entsprechender Vermutungen desselben zu einem Hinausschieben des Eigentumsübergangs führt (vgl. dazu oben Fn. 12).

die Unterstellung, daß die Regelung der Art. 711, 1138 und 1583 eine weitgehend bereits im alten Rom vorgelebte Entwicklung des Zurückdrängens von Formerfordernissen und des Genügenlassens von bloßem Parteikonsens sei. Oben wurde gezeigt, daß die erste These nicht zu halten ist (Ziff. III/3/b). Die zweite bedarf keiner Widerlegung; ihre Aktenwidrigkeit ist offenkundig¹²³.

2. "Swiss Connection" oder "der Weg rückwärts":
Konsensprinzip wird zur Gefahrtragung

Wenn wir an die entscheidende Bedeutung der romanistischen Käufergefahrtragung im Hinblick auf die Einführung des Konsensprinzips in den CC glauben, ist ein Blick in die Schweiz geboten. Dort wurde zwar auf nationaler Ebene das Konsensprinzip des CC niemals rezipiert, indessen in der ersten Fassung des Obligationenrechts im Jahr 1881 der Grundsatz *periculum est emptoris* statuiert (altes Obligationenrecht [aOR] Art. 204) und in der Revision des Jahres 1911 bestätigt (OR Art. 185), womit die Schweiz wahrscheinlich der einzige Ort des Planeten ist, an dem dieses Prinzip in eine moderne Kodifikation aufgenommen wird¹²⁴. Diese von jedem modernen Trend abweichende gesetzgeberische Entscheidung ist befremdend. Wenn man nach deren Gründen sucht, tritt Überraschendes zutage: Keineswegs, wie man bei bloßer Kenntnis des Gesetzestextes annehmen muß, besteht eine Orientierung an romanistische Traditionen, vielmehr ein mittelbarer Einfluß des CC mit dessen dinglicher Wirkung der Übereignungsverträge. Einer der bedeutendsten Streitpunkte bei der Schaffung eines schweizerischen Obligationenrechts war das Konsensprinzip nach dem Muster des CC. Während die französischsprachigen Kantone (vorab Waadt und Genf) diese ihnen vertraute Regel um jeden Preis in die zu schaffende erste eidgenössische Kodifikation einbringen wollten, weigerten sich die deutschsprachigen Kantone standhaft, dieses Modell zu übernehmen; als Voraussetzung des Eigentumsübergangs an Mobilien wurde die Sachübergabe festgeschrieben¹²⁵. Sie fanden sich indessen bereit, als

¹²³ Die Behauptung einer spätrömischen oder unter JUSTINIAN erfolgten Durchsetzung des Konsensprinzips verdient den Vorwurf der Aktenwidrigkeit besonders deshalb, weil nirgends so deutlich wie in JUSTINIANS Codex 2, 3, 20 das traditionelle Traditionsprinzip festgeschrieben wird: "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur"; welche Formel (regelmässig zitiert als *loi 20 Cod. de pactis*) auch in der französischen Literatur vor allen anderen als Beleg der dem Konsensprinzip entgegengesetzten römischen Tradition angerufen wird. Vgl. im übrigen die Hinweise oben Ziff. III *in fine*.

¹²⁴ Der Grundsatz überdauert sodann noch in Südafrika, dies aber bloß, weil dort das römische Recht insgesamt als geltendes Recht weiterlebt. Wie man soeben dem Aufsatz von MICHAELA REINKENHOF, Die Anwendung des Gemeinen Rechts in der Republik San Marino, ZEuP 1997, 321-341 entnimmt, gilt Gleiches wohl auch für die Republik San Marino.

¹²⁵ Altes Obligationenrecht Art. 199: "Soll in Folge eines Vertrages Eigentum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich". Diese Formel klingt wie ein Aufatmen, endlich eine Streitfrage erledigt zu haben. Heute sinngleich Zivilgesetzbuch (ZGB) Art. 714/I.

freundeidgenössische Gegenleistung der Einführung der Käufergefahrtragung zuzustimmen, womit die (in damaliger Sicht) wichtigste praktische Auswirkung des Konsensprinzips erhalten blieb¹²⁶.

Dieser historisch zweifelsfrei dokumentierte Vorgang der Einführung der Käufergefahrtragung mit der Absicht der Verwirklichung der hauptsächlichsten praktischen Auswirkung des Konsensprinzips stellt denselben Vorgang, wenn auch in umgekehrter Richtung dar wie jener, den wir hinsichtlich der Aufnahme des Konsensprinzips in den CC behaupten: In Frankreich wird die Gefahrtragung des Käufers nach römischem Muster zum Konsensprinzip, in der Schweiz das Konsensprinzip französischen Vorbilds zur Käufergefahrtragung. Der Blick in die Kodifikationsgeschichte des schweizerischen Obligationenrechts bestätigt einmal mehr die im französischen wie nichtfranzösischen Material abundant illustrierte Nachbarschaft und argumentative Verbundenheit von Eigentumsübergangs und Gefahrtragung.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die vorgehenden Feststellungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die landläufigen Erklärungsversuche des Konsensprinzips des CC, wie etwa die Annahmen eines Einflusses der rationalistisch-naturrechtlichen Rechtstheoretiker (vor allem von HUGO GROTIUS oder von SAMUEL PUFENDORF) oder der Übernahme einer gefestigten französischen Rechtstradition in die Gesetzgebung lassen sich nicht halten (Ziff. III/3).

2. Die Arbeiten des 1793-1797 wirkenden, von CAMBACÉRÈS präsierten Comité de législation wie dessen Entwürfe (insbesondere der "Entwurf CAMBACÉRÈS" von 1796/7) haben in dieser Frage keinen Einfluß auf das Entstehen des Gesetzes gehabt. Das im CC verwirklichte Modell der dinglichen Wirkung schuldrechtlicher Übereignungsverträge wurde für Fahrnis von der Viererkommission in offenem und bewußtem Gegensatz zu den Vorarbeiten und Beschlüssen erfunden und des Comité de législation entwickelt (Ziff. IV). Die in vorliegendem Zusammenhang maßgebliche Frage geht schriftlich nur dahin, welches die Motive der Mitglieder der Viererkommission gewesen sind. Dies bleibt ihr Geheimnis; ihre Verlautbarungen schweigen sich über die Gründe ihrer Entscheidung aus. Aufgabe künftiger historischer Forschung

¹²⁶ Dies ist bloß eine sehr verkürzte Darstellung der Abläufe. Der Redaktor der ersten Entwürfe des aOR, WALTHER MUNZINGER, der als Professor der Berner Fakultät u. a. auch französisches Zivilrecht las, hatte sich für das Konsensprinzip stark gemacht (textgleich Entwurf 1870 Art. 212/I und Entwurf 1875 Art. 202/I). Gegen diese Lösung sprach sich dann vorab BLUNTSCHLI aus. – Die schließliche Aufnahme der bis heute geltenden Käufergefahrtragung an Stelle des Konsensprinzips war unter anderem die Folge einer Referendumsdrohung (Erzwingung einer Volksabstimmung durch Unterschriftensammlung) aus dem Waadtlund. Vgl. dazu im einzelnen ALFRED MEILI, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts; ein Beitrag zur quellenkritischen Untersuchung des Obligationenrechts (Dissertation Zürich, 1976, besonders S. 42 ff.).

könnte es sein, anhand allenfalls noch vorhandener weiterer, dem Schreibenden nicht bekannter (unveröffentlichter?) Unterlagen die Willensbildung innerhalb der Viererkommission vertieft zu ergründen (Ziff. IV/3).

3. Strikter Nachweis der die Entscheidung zugunsten des "Konsensprinzips" veranlassenden Gründe ist von vorneherein ausgeschlossen. In Betracht kommt nur ein Aufzeigen der Faktoren, welche diesen legislatorischen Schritt möglich gemacht und aufgedrängt haben. Eine monokausale Erklärung kommt nicht in Betracht. Hier wird – bis zu deren Falsifizierung bzw. bis zum Aufkommen besserer Erklärungen – die These vertreten, daß *causa proxima* der Neuerung die traditionelle und in Frankreich fest verankerte *periculum emptoris*-Regel gewesen ist. Stand im Gesetzgebungsverfahren die Beibehaltung der Käufergefahrtragung fest, bot sich die gewählte Lösung als elegante Neuformulierung an, die den Vorteil hatte, die Eigentümerstellung in Übereinstimmung mit der Gefahrenbelastung zu bringen. Wenn Möglichkeit und Bereitschaft bestanden hätten, das seit langem sachlich nicht mehr gerechtfertigte *periculum emptoris*-Prinzip preiszugeben, wäre die Einführung des "Konsensualprinzips" nicht möglich gewesen. Die römische Gefahrtragungsregel stellt daher eine notwendige Bedingung des hier betrachteten Ereignisses dar (Ziff. V).

VIII. Schlußbemerkungen

Zum Schluß einige Beobachtungen, die einer Verallgemeinerung zugänglich sind und die über die hier behandelte Frage hinaus Bedeutung haben.

1. Einfluß der vernunft- und naturrechtlichen Theorien auf die Rechtsentwicklung ist in Frage zu stellen

Was man auch von der hier entwickelten Deutung der Hintergründe der legislatorischen Neuerung des CC denken mag: Jedenfalls glaube ich den Negativbeweis geleistet zu haben, daß die bisherige Annahme sich nicht halten läßt, der zufolge in dieser Frage die Theorien von GROTIUS, PUFENDORF und anderer zeitgenössischer Naturrechtstheoretikern direkten Einfluß auf den Gesetzgeber des französischen CC gehabt hätten. Umgekehrt muß auffallen, daß die negative Haltung so einflußreicher Autoren wie PUFENDORF und BURLAMAQUI gegenüber der *periculum emptoris*-Regel von keinem Autor der praktischen Jurisprudenz aufgenommen wurde. Dieses in einem engen Sachbereich, das heißt in zwei Einzelfragen von beschränkter praktischer Bedeutung erhobene Befund muß dazu einladen, zu fragen, ob nicht der Einfluß dieser Literaturgattung auf den Rechtsalltag, auf die auf praktische Jurisprudenz ausgerichtete Literatur und schließlich auch auf die inhaltliche Gestaltung des CC (wie moderner Kodifikationen insgesamt) überschätzt wird. Es müßte

wohl unterschieden werden zwischen dem Einfluß dieser Literaturgattung auf das grundsätzliche Rechtsverständnis, und dem Einfluß auf die konkrete Ausgestaltung der Kodifikationen in Einzelfragen. Hier soll gewiß nicht die Bedeutung der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie der Aufklärungszeit für das Entstehen der Kodifikationen in Frage gestellt werden: Es war aufklärerisches Denken, welches die Kodifikationsidee geboren hat, und ohne die von ihm ausgelöste Grundströmung wäre das Kodifikationspostulat nie verwirklicht worden und das Antlitz des kontinentalen Rechts heute ein ganz anderes. Darüber hinaus sind auch grundlegendste Entscheidungen der inhaltlichen Ausgestaltung wie die vorbehaltlose Abschaffung des Vertragstypenzwangs der Aufklärung zu verdanken. Trotz alledem besteht nach der Erfahrung in der hier untersuchten Frage Anlaß zur Annahme, daß auf der Ebene der Gesetzesgestaltung im einzelnen der Einfluß dieser Literaturgattung weniger bedeutsam gewesen ist als gemeinhin angenommen wird. Dieser im Zusammenhang einer Detailfrage erhobene Befund läßt dazu ein, den Einfluß in anderen Bereichen des CC wie auch in den übrigen aufklärerischen Kodifikationen der ersten Generation (das heißt dem ABGB und dem preußischen Allgemeinen Landrecht) vertieft zu untersuchen.

2. Die Verwurzelung des CC in römischer Überlieferung

Der CC hat den Ruf, gegenüber anderen kontinentalen Kodifikationen und insbesondere im Vergleich zum BGB mehr germanischrechtliche Elemente aufgenommen zu haben und damit weniger in romanistischer Tradition verhaftet zu sein. Die hier vorgetragenen Beobachtungen falsifizieren diese Annahme im untersuchten Bereich des Obligationenrechts auf weiten Strecken.

Zutreffend ist, daß die hier thematisierte Einführung des Konsensprinzips sich äußerlich als eine Abkehr von der französischen Rechtstradition darstellt, deren Schuldrecht im 17. und 18. Jahrhundert vom römischen Recht geprägt war. Aber diese Abwendung ist nur eine äußerliche. Von der Sache her hätte sich, wie heute nur wenige bestreiten werden, eine Abwendung von der früher sinnvollen, unter Verhältnissen der Neuzeit jedoch überlebten Käufergefahrtragung aufgedrängt, wie sie, mit Ausnahme der Schweiz (dazu oben Ziff. VI/2) in den meisten modernen Kodifikationen vollzogen worden ist. Es ist erstaunlich, daß im Frankreich des ausgehenden achtzehnten Jahrhunderts, trotz engagierter Kritik von PUFENDORF und anderen, es niemand wagte, die Beseitigung der *periculum emptoris*-Regel zu fordern; falls Kritik aufkam, wurde vorab bemängelt, daß die Käufergefahrtragung einen Widerspruch zum (ebenfalls aus römischen Quellen abgeleiteten) Grundsatz *res perit domino* darstellte. Mit dem Einfall, Eigentum bereits durch Vertragsschluß übergehen zu lassen, bleibt im Ergebnis die Gefahrtragungsregel unberührt; man beschränkt sich darauf, einen der römischen Regelung immanenten Widerspruch zu beheben,

eine Formel einführend, welche gleichzeitig *periculum est emptoris* und *res perit domino* zu verwirklichen vermag. Beabsichtigt ist weder die Verwirklichung naturrechtlicher Gedanken noch Durchsetzung überlieferter germanisch-französischer Überlieferungen, sondern in erster Linie Aussöhnung zweier in damaliger Sicht als in sich widersprüchlich empfundener romanistischer Prinzipien.

Der hier besprochene gesetzgeberische Einfall reiht sich damit in die in manchen anderen Zusammenhängen zutage tretende Tendenz ein, in gesetzgeberischen Einzelentscheidungen an der römischen Überlieferung wenigstens der Form nach festzuhalten. Als ein auf gleicher Ebene liegendes Beispiel sei die bei der Stellvertretung befolgte Methode erwähnt: Man hat nicht den Mut, sich von der Regel *alteri stipulari nemo potest* loszusagen und die praktisch nicht zu entbehrende Stellvertretung kurzerhand im Gesetz zu verankern. Es wird der Umweg über das Mandatsrecht gewählt: Man konstruiert ein Mandat, das auf gleiche Stufe wie "procuracion" gestellt und mit dieser vermengt wird¹²⁷. Durch die quellenwidrige Ausstattung des Auftrags mit einer Vertretungsmacht wird vermieden, die vom römischen Recht abgelehnte rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsbefugnis offen anzuerkennen, wodurch die fast sklavische und jede unabhängige, sachbezogene Überlegung ausschließende Bindung an die romanistische Überlieferung deutlich genug illustriert wird.

3. Methodologische Beobachtungen zur Auslegung von "Gesetzesmaterialien"

Die vorliegende Betrachtung der Entstehung einer einzelnen Regelung der ältesten heute noch in Kraft stehenden Kodifikation gibt Anlass zu Überlegungen zur Methode der Auswertung von sogenannten Gesetzesmaterialien, das heißt der Entwürfe und Stellungnahme zu diesen seitens der für die Gesetzgebung Verantwortlichen. Der angetroffene Sachverhalt ist deshalb von Interesse, weil keiner der Beteiligten sich auf eine Erklärung einläßt, weshalb der bisherige Rechtszustand zugunsten einer neuen Lösung preisgegeben werden soll. Da kaum jemals, und gewiß nicht im vorliegenden Fall, angenommen werden kann, daß eine eingetretene Neuerung rein zufällig sei, das heißt sich auf keinerlei rational faßbare Gründe zurückführen lasse, mag das vorliegende Ereignis als Illustration dafür dienen, daß an Gesetzgebung Beteiligte schlechte Informanten hinsichtlich der Motivation ihres Tuns sind. Nicht selten werden sie sich selber nicht bewußt sein, durch welche Ansichten und Absichten ihre Haltung im Gesetzgebungsverfahren letztlich bestimmt war. Wo aber entsprechende Einsicht gegeben ist, fehlt es an einem Anlaß, die eigene Motivation offenzulegen. Die mit "rapports" und "Exposés des motifs"

¹²⁷ CC Art. 1984/I: "Le mandat ou procuracion est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom".

zu erfüllenden Aufgaben sind komplex und anscheinend auch den Beteiligten nicht immer völlig klar. Im Vordergrund steht aber immer das Ziel, die Angesprochenen von der Seriosität der geleisteten Arbeit und von der Güte der unterbreiteten Vorschläge zu überzeugen. Dies ist eine Zielsetzung, die eher ein Eingehen auf den Erfahrungs- und Erwartungshorizont der Erklärungsadressaten fordert als ein Enthüllen der (möglicherweise sehr persönlichen, von den Adressaten keineswegs notwendig geteilten) Vorlieben und Abneigungen der Erklärenden.

Im vorliegenden Fall wird man den Kodifikationsbeteiligten dankbar sein, daß sie es nicht für notwendig hielten, über das wenige Gesagte hinaus von weiter her geholten Erklärungen zu entwickeln, die ja in der Tat in einer Berufung auf in Frankreich reputierte Autoren wie GROTIUS oder PUFENDORF hätten bestehen können, obwohl diese in Wirklichkeit keinen Einfluß auf die Willensbildung der Gesetzesredaktoren ausgeübt hatten.

4. Bemerkung an die Adresse der Schweizer Juristenschaft

Abschließend eine lediglich die Schweiz betreffende Bemerkung. Die vorangehenden Feststellungen könnten dort Anlaß sein, die Gefahrtragsregel des Art. 185 OR zu überdenken und, so würde der Schreiber vorschlagen, ersatzlos zu beseitigen (wenn möglich, dies dessen *ceterum censeo*, zusammen mit der Rügepflicht des Käufers nach Art. 201). Engagierte Anhänger dieser Regelung dürften auch in der französischen Schweiz heute selten sein. Die Einsicht, daß die diesbezügliche Regelung des CC keine eigenständige Tradition des französischen Kulturkreises darstellt, sondern ihre Wurzeln in nicht viel anderem als einem "Einfall der letzten Minute" (um nicht zu sagen einer Laune) der vier Redaktoren hat, sollte selbst diesen den Abschied erleichtern. Mit der Käufergefahr (wie mit der Rügepflicht) befindet sich die Schweiz allein auf weiter Flur; für nationalen Stolz auf diese Absonderlichkeit besteht kein Anlaß.