

Zu Europa gehört auch Lateinamerika!

von *Eugen Bucher*, Bern

I. Vorweg: Europa *quid*?

Der Name „Europa“ ist in seiner Herkunft sagenumwoben, sein heutiges Verständnis mehrfach doppeldeutig, vorab gleichermaßen bezogen auf die Geographie wie auch auf die im bezeichneten Bereich wurzelnde Kulturtradition. Aber selbst die geographische Sinnggebung ist nicht klar: Im kontinentalen Verständnis gehört zu Europa auch England, während die dort Wohnenden dies bisher keineswegs so sahen. Im Namen der Zeitschrift, welche die Teilnehmer dieser Tagung in Barcelona vereinigt hat, wird Europa im weiteren geographischen Sinn verstanden, also England mit erfassend (gehört es doch vielleicht gar zur Aufgabe der ZEuP, die beiden Rechtskreise sich näher zu bringen).

Wenn wir nicht von Geographie, sondern von juristischen Kulturüberlieferungen sprechen, ist die englische, nicht etwa die kontinentale Sicht, die geltende: Die vom Kontinent und die von England ausgehenden juristischen Überlieferungen haben sich gesonderte Wege gebahnt und Annäherung und Amalgamieren der beiden fand nur ausnahmsweise statt (in Schottland und Südafrika). Und die englische oder aber die iberoromanische Idiome sprechenden Bewohner Amerikas betrachten sich als Angehörige zweier gänzlich verschiedener Rechtsfamilien.

Der Schreibende will annehmen (und kann nur durch diese Annahme seine Themenwahl rechtfertigen), dass „Europäisches Privatrecht“ für uns und unsere Zeitschrift nicht bloß geographisch zu verstehen ist, d.h. als im Raume Europas geltendes Recht, sondern die kulturelle Dimension mit umfasst, daher das andernorts von Kontinentaleuropa übernommene Recht einschließt. Damit werden unter dem Kriterium des Privatrechts alle Weltgegenden, welche in (kontinental-) europäischer Rechtstradition stehen, also Lateinamerika und teilweise der nahe und der ferne Osten, zu Teilen Europas.

Die Europäer Europas mögen nebenbei stolz sein, dass an Bevölkerungszahl und an Raum größere Weltgegenden die Rechtsanschauungen ihrer Vorväter übernommen haben, aber sie sind (jedenfalls im deutschen Sprachbereich) weit davon entfernt, sich mit den dortigen Rechtsverhältnissen zu identifizieren und die dortigen Rechte in irgendeiner Weise ebenfalls als europäisch zu betrachten. Anders in Lateinamerika: Die Gebildeten unter den Juristen betrachten das in Europa geltende Privatrecht immer noch etwas auch als das ihrige und verfolgen wenigstens von Ferne die hiesigen Vorgänge (eindrücklich ist der Umfang der dort anzutreffenden Übersetzungen deutschsprachiger Doktrin). Die vorliegenden Ausführungen sind der Versuch, hierzulande wenigstens den intellektuell offenen und vielseitig interessierten Fachkollegen das Privatrecht Lateinamerikas etwas zu dem ihrigen zu machen und Sinn für die Nähe der beiden Rechte zu wecken.

II. Einleitung: Vorbilder und Einflüsse bei vereinheitlichender Rechtsschöpfung

Auch wenn wir dort tagten, darf Spanien nicht allein im Mittelpunkt der Betrachtung stehen: Nicht nur kann der Interessierte sich darüber leicht selber kundig machen, der Autor mag auch nicht zu viel über Dinge sprechen, welche die an der Tagung anwesenden spanischen Kollegen besser kennen als er. Im Vordergrund steht das spanische Ausland, d.h. neben dem mit Spanien verwandten Portugal vor allem Lateinamerika.

Der französische Code Civil (F/CC) erlebt im Jahr des Erscheinens dieses Berichts seinen zweihundertsten Geburtstag. Das ist ein hübsches Zusammentreffen, aber nicht der Anlass seines Einbezogenwerdens in unsere Betrachtungen. Weniger die verflossenen Jahre, wohl aber die Tatsache, dass er das älteste der heute geltenden Privatrechtsgesetzbücher ist und schon allein deshalb bei jeglicher nachfolgenden Gesetzgebung präsent war, verleiht ihm in der Kodifikationsgeschichte einen ganz besonderen Platz. Und in unsere Überlegungen muss er eingehen, weil er früher und mehr als anderswo in Lateinamerika Beachtung fand¹. Dieser Einfluss wird allerdings, wie sich zeigen wird, im deutschen Sprachbereich überschätzt (wo man umgekehrt den juristischen Einfluss Frankreichs im eigenen Hause nicht zur Kenntnis nehmen will). Den iberoromanischen Privatrechtskodifikationen das französische Gesetz gegenüber zu stellen, besteht heute zudem besonderer Anlass: Die Gesetzgeber jenseits des Atlantik haben durch ihre Auseinandersetzung mit dem französischen Modell vor mehr als einem Jahrhundert ein Geschäft betrieben, das für den deutschsprachigen Juristen künftig ebenfalls zur Aufgabe werden könnte, dann nämlich, wenn je eine wissenschaftliche Grundlagendebatte über ein gemeineuropäisches Vertragsrecht einsetzen und dann gewiss die Auseinandersetzung mit dem F/CC die Diskussion bestimmen wird.

1. Das Wirken von Vorbildern im Allgemeinen

Wer etwas zum ersten Mal verwirklichen soll, sucht nach Vorbildern. Bestehendes bestimmt alles Nachfolgende und auch bestehendes Recht beeinflusst allein kraft seines Daseins später entstehendes. Das Römische Recht, einfach durch seine Existenz und weil schriftlich dokumentiert, hat die Rechtsordnungen Kontinentaleuropas und sogar auch Englands bestimmt. Ebenso entfalteten im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert die englische wie auch die kontinentaleuropäische Rechtskultur Wirkung in globalem Umfang: In beiden Americas, im nahen wie dem fernen Osten, in Afrika und Australien. „Wirkung kraft Daseins“ hat auch der französische Code Civil des Jahres 1804 (F/CC) entfaltet. Der noch heute in

¹ Zu den Einflüssen des F/CC in der Schweiz *Eugen Bucher*, Der Einfluss des französischen CC auf das OR, in: Pio Caroni (Hg.), Das Obligationenrecht 1883–1983, Bern, 1984, S. 139–176 (www.eugenbucher.ch, Nr. 33).

die Augen springende Einfluss des ältesten der heute geltenden Gesetzeswerke ist auf weiten Strecken allein die Folge zeitlicher Priorität, d.h. seines Entstehens vor den anderen heutigen Kodifikationen.

2. Wann *ratio*, wann *auctoritas* als auslösender Faktor?

Häufig genug ist Nachfolge die Wirkung von Einfallslosigkeit, Nachahmungstrieb und Bequemlichkeit. Für den Komparatisten stehen zwei andere Ursachen zur Debatte. Im Idealfall ist der Einfluss des Bestehenden auf das später Kommende die Folge dessen Überzeugungskraft: Nachfolge *auctoritate* (oder *imperio rationis*, d.h. kraft der dem Vorbild innewohnenden rationalen Autorität, dem nichts Gleichwertiges oder gar Besseres gegenübersteht. Neben diesem spontan und ohne äußeres Zutun wirkenden Einfluss gibt es jenen, der auf Macht beruht: Wer ein festgefügtes Recht besitzt, kann dieses den seiner Macht Ausgesetzten aufzwingen. Wie es mit dem schönen lateinischen Wortspiel heißt, gilt dann das übernommene Recht nicht mehr *auctoritate rationis* (kraft seiner inneren Überzeugungskraft), sondern *ratione auctoritatis* (oder *imperii*): Rechtsübernahme kraft Befehlsgewalt.

Das römische Recht der Antike wurde in den Anfängen des römischen Reiches gewiss von den Kolonialherren implantiert. Allmählich aber gewann das Römische Recht kraft seines Bestehens und seiner vergleichsweise leichten Erkennbarkeit Einfluss, je länger desto mehr aber durch seine Differenziertheit und Überzeugungskraft. Dies wird spektakulär nach dem Einfall der Barbaren, wenn die neuen Herren sich die Mühe machten, *Leges Romanae* zu schaffen, die zwar vorerst nur unter den Römern selber gelten sollten, vielenorts aber zum geltenden Recht überhaupt wurden und dies nach dem Verschwinden der Herrschaft der Schöpfer blieben. Im Mittelalter war es die *auctoritas rationis*, welche die Massen junger Leute zum Studium des römischen Rechts trieb, und in unseren Tagen wird der Einfluss des römischen Rechts von keinerlei Befehlsautorität getragen, sondern beruht allein auf dessen *ratio* (die in den zeitgenössischen Kodifikationen entgegentritt, deren Verwurzelung im römischen Recht allerdings jetzt beim deutschsprachigen juristischen Publikum in Vergessenheit gerät).

Rezeptionen des Rechts kraft Kolonialherrschaft wird in der Neuzeit besonders deutlich im englischen Sprachbereich: Im Herrschaftsbereich Englands wurde dessen Recht (meist zusammen mit der Sprache) im Maßstab 1:1 übernommen. Die weltweite Verbreitung englisch-europäischer Zivilisation unter Einschluss der englischen Rechtskultur im *British Empire* in seiner größten Ausdehnung ist beeindruckend. Bei komparativer Betrachtung muss der englischsprachige Jurist allerdings eingestehen, dass heute sein Recht im Ausland allein kraft früherer Kolonialherrschaft gilt und außerhalb der ehemaligen englischen Machtsphäre nirgendwo nennenswerten Einfluss erlangte.

Anders der deutsche Sprachbereich. Der Einfluss Deutschlands in fernen Ländern beruhte (abgesehen vom früheren Deutsch-Ostafrika) nicht auf Kolonial-

macht, sondern auf der inhaltlichen Überzeugungskraft seines Rechts. Japan hat in einem ersten Umgang Gesetzgebung nach französischem Vorbild versucht, schließlich aber eine Privatrechtskodifikation erlassen, welche zwar in ihrer Knappheit den F/CC noch übertrifft, in der Substanz indessen weitgehend Gedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) aufnimmt. In China, Korea und Thailand stand von Anbeginn der Einfluss des deutschen Sprachbereiches im Vordergrund, wobei der Autor die Feststellung nicht unterdrücken kann, dass *primo visu* der Einfluss des schweizerischen Obligationenrechts (CH/OR) deutlicher sichtbar ist als jener des BGB (wobei denkbar ist, dass neben sachlichen und formalen Vorzügen des schweizerischen Rechts die totale Abwesenheit von *auctoritas*, d.h. die politische Bedeutungslosigkeit des Herkunftslandes als Empfehlung gewirkt hat)².

Der Einfluss Frankreichs und dessen Code civil ist vielfältiger Natur. In den Gegenden früherer französischer Kolonialherrschaft in Amerika (Louisiana und Québec) werden die Verhältnisse ähnlich wie in den englischen Kolonien gewesen sein. Aber das Gegenteil, Einfluss *auctoritate rationis*, ist eindrücklicher: Die Anlehnung der Gesetze Nordafrikas und des nahen Ostens an den F/CC geht über den ehemaligen kolonialen Einfluss Frankreichs hinaus. Und wenn wir an Einflüsse des F/CC in Lateinamerika denken, fällt als Ursache höchstens Überzeugungskraft in Betracht. Der Vollständigkeit halber müsste bemerkt werden, dass der *Code Civil von Louisiana* (1808) als erstes in der Nachfolge des F/CC stehendes eigenständiges Gesetzgebungswerk auch in Lateinamerika Einfluss gewann, einerseits Tradition des F/CC vermittelnd, andererseits aber eigenständig romanistische Tradition formulierend und weitergebend³.

3. Exkurs: Einfluss französischen Rechts im deutschen Sprachbereich

Nur am Rande ein Blick auf die Rolle Frankreichs im deutschen Sprachbereich. In Österreich ist ein Einfluss des F/CC nicht denkbar, da das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) im Entstehungsablauf weitgehend zeitliche Priorität besitzt, war doch dessen Vorbereitung schon weit fortgeschritten, als die fran-

² Dies gilt für: 1. Thailand: *Kamol Sandhikshetrin* (compiled and translated), The Civil and Commercial Code (zweisprachig), Books I – VI and glossary, 1993 (s. l.). Die Kodifikation in vorliegender Form stammt aus dem Jahr 1992, die ursprüngliche Version von 1925. Die „General Provisions“, sec. 4 ff., lesen sich wie eine Übersetzung der Art. 1 ff. von CH/ZGB, und Book I übernimmt den Aufbau des Personenrechts dieses Gesetzes, kennt im Übrigen aber „juristic acts“ (Sec. 149–181) mit Anklängen an die Rechtsgeschäfte des BGB. Book II, Obligations, folgt im Gesamthabitus wie in zahlreichen Einzelbestimmungen mehr dem CH/OR als dem BGB. 2. China: *Karl Büniger*, Deutsche Übersetzung von Zivil- und Handelsgesetzbuch etc., Marburg, 1934, und neuerdings *Scheil/Gargulla/Schröder/Riemenschneider*, Vertragsgesetz der Volksrepublik China (Mittteilg. Inst. f. Asienkunde, Bd. 309), Hamburg, 1999; sodann: A Compilation of the Laws of the Republic of China, Vol. 1, Civil Code etc., Taipei/Taiwan, 1971, weiterhin Laws of the Republic of China on Taiwan, Tainan/Taiwan, 1991 (zweisprachige Ausgabe); Das Gesetz stammt aus dem Jahr 1929, die aktuelle Version aus dem Jahr 1991. 3. Südkorea: Offizielle Buchausgabe der amtlichen englischen Version des Civil Code (Loseblatt) im Stand von 1986; Gesetz verabschiedet 1958 und in Geltung seit 1960 (mit späteren Änderungen). *Kyu-Chang Cho* (Hg.), Deutsche Ausgabe, Seoul, 1984. – Ähnliches wie das für Thailand (1) zum CH/ZGB Gesagte gilt auch für Nationalchina und Südkorea.

³ Vergleiche dazu *Knüttel*, Influences of the Louisiana Civil Code in Latin America, Tulane Law Review Vol. 70 No. 3(1996), 1445–1480.

zösische Gesetzgebung gewissermaßen über Nacht zustande kam. Anders das Privatrecht Deutschlands, das von Einflüssen französischer Gesetzgebung insgesamt keineswegs frei blieb. Dazu bestehen kaum Untersuchungen. Spektakulärstes Beispiel ist die Trennung von Zivil- und Handelsrecht, die legislatorische Aussonderung der Handelsgeschäfte aus dem allgemeinen Vertragsrecht und die Schaffung eines eigenen Handelsgesetzbuches. All dies war nicht denkbar ohne das Vorbild der französischen Handelsrechtstradition der vorangehenden Jahrhunderte und des zum F/CC hinzutretenden *Code de Commerce* (1807). Die Frage der Verbindung oder aber Aussonderung des Handelsrechts aus dem Obligationenrecht stellte sich auch in der Schweiz, wurde aber dezidiert in entgegengesetztem Sinne beantwortet. Der Rückblick auf die damalige Diskussion in beiden Ländern setzt außer Zweifel, dass die in Deutschland getroffene Lösung auf die dort in den Sechzigerjahren als unausweichliches Vorbild geltende, vom Zivilrecht abgesonderte französische Handelsrechtstradition zurückgeht⁴.

4. Entstehung des französischen Code Civil

Das Gesetz ist in den wesentlichen Punkten allein von seinen vier Redaktoren (*Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu, Malleville*) bestimmt⁵. Diese handelten souverän, wichen von mancher festen Überlieferung ab und gaben dabei auch originellen Einfällen Raum. Einflüsse der Rechtstheoretiker der Aufklärung oder der Doktrin des spanischen oder deutschen Sprachbereichs sind nicht erkennbar, und nicht einmal der Kodifikationsentwurf von *Cambacères*⁶ wurde berücksichtigt. Der Entwurfstext war in wenigen Monaten fertiggestellt und wurde nachher nur noch geringfügig verändert. Weder die Vernehmlassungen der wichtigsten Gerichte des Landes noch die Debatten im Conseil d'Etat hatten tiefer greifenden Einfluss.

Systematische Studien hat diese Redaktionskommission nicht angestellt. Zumal im Schuldrecht ist aber der Einfluss der Klassiker der französischen Doktrin offenkundig: *Loysel* (auch *Loisel*; 1536–1617) in Verbindung mit seinem Kommentator *de Laurière* (1659–1728), dann *Domat* (1625–1696), *Bourjon* und *Pothier* (1699–1772)⁷. Das Schuldrecht ist von Bindungen an die romanistische Tradition geprägt, was manche Besonderheit erklärt, darunter vorab den Eigentumsübergang mit Abschluss des Kaufvertrags (dazu unten VII.).

⁴ Hinweise bei *Bucher*, Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz, ZEuP 2003, 353–374, bes. 364 und Fn. 34 (www.eugenbucher.ch, Nr. 83).

⁵ Die Entstehungsgeschichte des F/CC ist wenig bearbeitet. Im Zusammenhang des Sonderproblems der Eigentums-Translativwirkung des Kaufvertrags hat der Schreiber dazu einiges ausgeführt; *Bucher*, Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das Woher und wohin dieses Modells des CC/F, ZEuP 1998, 615–669 (www.eugenbucher.ch, Nr. 69).

⁶ *Cambacères*, Projet de Code Civil (eigentlich dritter Entwurf eines Comité de législation; an I [1797]); reprint 1977.

⁷ *Antoine Loysel*, Institutes Coutumières. Hier verwendet die Ausgabe „avec les Notes d'Eusèbe de Laurière; nouvelle édition [...] par M. Dupin et M. Edouard Laboulaye“, 2 Bände, 1846 (reprint Genf, Slatkine, 1971). *Jean Domat*, Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, 1. Auflage, 1689; *François Bourjon*, Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris, Réduit en Principes, 2 Bände, 1. Auflage, 1747 (hier verwendet: 2. Auflage, 1770); *Robert-Joseph Pothier*, Traité des Obligations, 1. Auflage, 1761.

III. Zur Rechtsentwicklung in Spanien

Nicht nur führen alle Wege nach Rom, sondern es kommen auch alle Wege unserer kontinentalen juristischen Überlieferungen von dort. Das vielleicht wichtigste Verbindungsglied zwischen der Antike und der Rechtspraxis des Mittelalters fand sich im Westgotenreich und damit nahe unserem Tagungsort. Die Feststellung eines aus weiter Ferne blickenden Beobachters soll am Anfang stehen: „Spanish law has the oldest national tradition of any Southern European jurisdiction and presents the most complex amalgamation of customary, Roman, local and modern codified law“⁸.

1. Bis zum 18. Jahrhundert

Lokale iberische, keltische und später auch vulgärrömische Überlieferungen der ersten Jahrhunderte haben gewiss die spätere Entwicklung mit beeinflusst, auch wenn sich dies heute kaum mehr nachweisen lässt. Auf der Ebene des Belegbaren und damit der eigentlichen Rechtsgeschichte startet diese Weltgegend mit einem Donnerschlag: Die *Lex Romana Visigothorum* (auch *Breviarium Alarici*), das bedeutendste und besterhaltene Germanengesetz zum römischen Recht⁹, das ungefähr um 506 entstand, d.h. gute zwei Jahrzehnte vor dem *Corpus Iuris Iustinianus*¹⁰. Sie zeugt für das Bestehen eines wohlorganisierten Staates der Westgoten wie auch eines hoch professionellen Juristenstandes unter Alarich II. Am Ende des 7. Jahrhunderts war ein weiterer bedeutender Schritt die westgotische Rechtssammlung des *Forum iudicium* oder *Liber iudiciorum* (ursprünglich lateinisch, dann als *Fuero juzgo* auf Altspanisch)¹¹, das teilweise Eingang in die Kapitularien Karls des Großen gefunden hat und ebenfalls von Burgundern und Sachsen beachtet worden sein soll¹². Gesamt europäische Ausstrahlung erlangten die *Siete Partidas* von Alfonso X., dem Weisen (ca. 1265; 1348 bestätigt unter Alfonso XI. in dem *Ordenamiento de Alcalá*)¹³. Zu diesem „siebenteiligen Werk“ können wir folgenden Kommentar lesen: „It combined all previous Spanish law with elements of canon and Roman

⁸ Zitat aus Reynolds/Combe, Introduction & Overview, in: Katalog des Law Library Microform Consortium (LLMC), section 14 (Civil Law II: Italy, Spain & Portugal), Beginn des Abschnittes über Spain. Text abrufbar über www.llmc.com; er ist in vielerlei Hinsicht aufschlussreich und ergänzt die folgenden Hinweise.

⁹ Gustavus Haenel, *Lex Romana Visigothorum*, Textausgabe, 1848 (Reprint Scientia Aalen, 1962). Max Conrat (Cohn), *Lex Romana Visigothorum* (Breviarium Alaricianum), Deutsch (und z.T. Latein), in systematischer Darstellung, 1903. Vgl. auch Heinrich Brummer, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. I, 2. Auflage, 1906, S. 510 ff.

¹⁰ Zu den wiedergegebenen Texten (Auszüge aus Kaiserkonstitutionen, den Paulus-Sentenzen, den Institutionen des Gaius, dem Codex Gregorianus und Codex Hermogenianus usw.) treten meist *Interpretationes*, d.h. erklärende und (oft verallgemeinernde) Zusammenfassungen.

¹¹ *Liber Iudiciorum – Fuero juzgo* (ca. 693 a.d.). Vgl. etwa Edición Latin & Castellano, por la Real Academia Española, Madrid, 1815.

¹² So etwa Jordan de Asso, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5. Auflage, 1792; Introducción, S. V f.

¹³ Hier verwendet: *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso nono*, nuevamente Glosadas por Gregorio Lopez, Salamanca, 1555 (moderner Reprint des Justizministeriums, s.a.). Der Gesetzestext stammt aus dem Jahr 1251 (Prologo S.4). Modern-spanische Ausgabe von Ignacio Sanpents y Barba/Ramon Martí de Eixalá/José Ferrer y Subirana, *Las siete partidas ... con las variantes de mas interés, y con la glosa del Gregorio Lopez, vertida al castellano etc.* Barcelona, 1843/4.

law. With the exception of the *Corpus juris civilis*, it was the most comprehensive and encyclopedic piece of European legislation until modern times“¹⁴. Das Obligationenrecht macht, zusammen mit dem Seerecht, die fünfte Partida aus.

Die nachfolgenden Gesetzeserlasse bzw. Rechtssammlungen waren mehr lokal verwurzelt und gegenüber den *Partidas* von bescheidenerem Gehalt: Das *Ordenamiento real* (1490) und die *Leyes del Toro* (1502)¹⁵ sollten geltendes Recht zusammenfassen oder ergänzen, erreichten aber nicht das Niveau der *Partidas*. Eine *Recopilación de las Leyes de las Indias* (1680) mit primär institutionell-administrativem Gehalt gibt ein Bild der Verhältnisse in den spanischen Kolonien. Schließlich noch etwa zu erwähnen der *Fuero Viejo de Castilla*¹⁶.

Im Jahre 1805 und damit fast gleichzeitig mit dem F/CC erschien in Spanien eine umfassende Darstellung des Verfassungs-, Lehens- und Privatrechts: Die *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, die allerneueste Sammlung der spanischen Gesetzgebung¹⁷. Das Werk findet heute keinen großen Respekt¹⁸. Aber die ambitionöse, sechs gewichtige Bände füllende Sammlung ist so etwas wie ein Abgesang auf die am Ende stehende vorrevolutionäre Epoche und verdient in dieser Sicht historisches Interesse. Es werden, etwas nach dem Vorbild des *Codex Iustinianus*, Fragmente aus neueren wie auch weit zurückreichenden Gesetzeserlassen systematisch zusammengestellt. Im die Bücher X–XII enthaltenden Band 5 handelt Libro X (Seiten 1–168) *De los contratos y Obligaciones; Testamentos y Herencias*. Der 1. Titel *De los contratos y obligaciones en general* enthält in 24 *Leyes* eine Auswahl von Regeln allgemeinen Vertragsrechts, denen weiter hinten die besonderen Vertragsverhältnisse¹⁹ folgen.

2. Bis zur Entstehung des Código Civil (1889)

Die vorliegenden Hinweise betreffen allein die Rechtsentwicklung von Gesamtspanien²⁰; die ebenfalls bedeutsamen lokalen Sonderentwicklungen müssen

¹⁴ Reynolds/Combe (Fn. 8). Statt *modern times* dürfte man ruhig auch *today* sagen, denn keine der heute geltenden Privatrechtskodifikationen ist auch nur entfernt ebenso *comprehensive and encyclopedic* wie das *Corpus Iuris* und die Siete Partidas.

¹⁵ Vergleiche dazu Antonio Gomez, *Compendio de los Comentarios a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, 1785 (Reprint ISBN 84–85721–25–X); Sancho de Llamas y Molina, *Comentario critico – juridico – literal a las 83 Leyes de Toro*, 2nd edition, Madrid, 1852 (Reprint 1974, ed. Bachs; ISBN 84–300–5974–1).

¹⁶ Vergleiche den Text von Ignacio Jordan de Asso/Miguel de Manuel y Rodriguez, *El Fuero Viejo de Castilla*, Sacado, y comprobado con el exemplar de la misma obra, que existe en la Real Biblioteca de esta Corte, con otros MMS, Madrid, 1771 (Libro Quarto, Tit. 1, S. 103–125, handelt *De las Vendidas e de las Compras*). – Zur Rechtentwicklung im 17. und 18. Jahrhundert vgl. etwa Nueva Recopilación de las Leyes del Reyno; Libro quinto (Vol. 2), Madrid, 1640; Facsimili: Ed. Lex Nova, Valladolid, 1982 (ISBN 84–7557–005–4), weiterhin Santos M. Vóronas González, *El libro de las Leyes del Siglo XVIII*, Colección de impresos Legales o otros papeles del Consejo de Castilla (1708–1781), Madrid, 1996 (Boletín oficial del Estado), 4. Vol und Indexband (ISBN 84–340–0874–6).

¹⁷ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, dividida en XII libros, impresa en Madrid 1805.

¹⁸ Reynolds/Combe (Fn. 8) 42 f.; weiterhin Juan Francisco Lasso Gaité (Hg.), *Codificación Civil*, Vol. 2, Madrid, 1970, S. 42 f.

¹⁹ Libro X, Tit. 7–13: donaciones; préstamos; depositos y fianzas; arrendamientos; deudas y fianzas; ventas y compras, y derecho de alcabala; retractos, y derecho de tanteo (*confianza*: Depositum irregulare; *fianza*: Bürgschaft/Kaution; *alcabala*: Verkaufssteuer; *retracto*: Rücktritt/-kauf; *tanteo*: Rückkauf/Ablösung).

²⁰ Grundlegend für Untersuchungen zur Kodifikationsgeschichte Spaniens ist die vom *Ministerio de Justicia*

beiseite bleiben²¹. Kodifizierung, soweit sie Rechtsvereinheitlichung darstellt, ist regelmäßig mit dem Problem der verfassungsmäßigen Grundlagen, d.h. der nationalen Einigung und Zentralisierung der Gesetzgebungskompetenz verbunden. In Spanien war dieses Problem nicht nur in legislatorischen Vorzeiten aktuell, sondern konnte, wie heute die bedeutenden Vorbehalte zugunsten lokalen Rechts (der *derechos forales*) zeigen, nie ganz gelöst werden. Das Spannungsverhältnis zwischen national vereinheitlichtem und regionalem Recht ist auch heute noch ein Grundelement des spanischen Rechts und derzeit spürbarer als je, nirgends so sehr wie in Katalonien.

a) Entwurf eines Código Civil von 1821²²

Das ein Bruchstück von 476 Artikeln gebliebene *Proyecto de CC* von 1821 war die Folge der so genannten *Constitución de Cádiz*, welche dort 1812 unter gleichzeitiger Einsetzung einer Kommission zur Vorbereitung eines CC verabschiedet wurde. Art. 1 des Entwurfs lautete dann: „La ley es la voluntad de todos los españoles de ambos hemisferios, expresada por medio de sus legítimos representantes y corroborada por la sanción del Rey con arreglo a la Constitución“. Da wird auf alles angespielt, was dieses Gesetzesvorhaben bestimmte: Zwar noch Königtum, nun aber in den Schranken einer eben durchgesetzten neuen Verfassung, die Privilegien abschafft und Rechtsgleichheit anstrebt, welche guten Absichten auf Gesetzesebene erneut festgeschrieben und ergänzt werden sollen. Die Art. 1–33 handeln vorab von den Gesetzen, dann folgt die *Parte primera: De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general*, wo die in Art. 1 gewährleistete Rechtsgleichheit durch Freiheitsrechte, Umschreibung der politischen Rechte usw. ergänzt wird. Die Art. 34–276 sind auf die *derechos civiles* (Rechtsfähigkeit bzw. Bürgerrechte) ausgerichtet. Das der *condición domestica*, d.h. dem Familienrecht gewidmete zweite Buch tritt ganz ungewohnt ständisch-obrigkeitlich auf, d.h. es versucht, die gegenseitigen Ansprüche der verschiedenen Personengruppen als Ausfluss deren persönlichen Standes zu präsentieren: So sind die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten unter die Überschrift *De la condición de marido y mujer* (Art. 277–356) gestellt, die gefolgt werden vom Abschnitt *De la condición de padres e hijos* (zu Eltern und Kindern; Art. 357–385), sodann *De la condición de protector y protegido* („über die Stellung des Schützenden und des Geschütz-

(Comisión General de Codificación) herausgegebene *Cronica de la Codificación Española*, uns hier interessierend Teil 4: *Lasso Gaité* (Fn. 18), (Vol. I: Texto explicativo, Vol. II: Originaltexte; hier zit. *Cronica*, I bzw. II). Weiterhin *Felipe Sánchez Román*, *La codificación civil en España*, Madrid, 1890 (Reprints 1991 und 2002). Zur Rechtsentwicklung auf der iberischen Halbinsel vgl. im Übrigen auch bei *Antonio Pérez Martín*, in: *Helmut Coing* (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. II/2 (Gesetzgebung und Rechtsprechung 1500 bis 1800), S. 228–281 und *Johannes-Michael Scholz*, in: *Coing* (diese Fußnote) Bd. III, (19. Jh.), S. 397–686 (Spanien) und S. 687–861 (Portugal).

²¹ Vergleiche dazu etwa *José Cerda Gimeno*, *Estudios sobre Codificaciones y derechos civiles territoriales*, Madrid, 1993. Für Katalonien vgl. die Reihe von der *Generalitat de Catalunya* (Hg.), Barcelona, 1989, und bes. *Pedro Nolasco Vives y Cebriá*, *Traducción al Castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña*; zur Geschichte (der Grafschaft von Barcelona) eindrucklich die Publikation „*Constitutions y altres Drets de Catalunya* – compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII, ...“, 3 Bände (ca. 900 S.), Barcelona, 1704.

²² *Ministerio de Justicia* (Fn. 20) Vol. II, 28–69 (Index S. 69–71).

ten“, d.h. die verschiedenen Formen der Vormundschaft; Art.357–454). Den außergewöhnlichsten Habitus weist der letzte, wohl unvollendet gebliebene Titel IV auf (Art. 455–476): *De la condición de superior y dependiente*. Er will alle ein wie auch immer geartetes Unterordnungsverhältnis implizierenden Rechtsverhältnisse (neben Arbeits-, Auftrags- und Gesellschaftsverhältnissen auch Erziehung und Unterrichtserteilung und dergleichen) gemeinschaftlich erfassen und etwa deren Terminierung, Entgeltlichkeit und dergleichen einheitlich regeln. Fehlende Praktikabilität derartigen Vorgehens ist offenkundig. Im weitläufigen ersten Buch werden nach dem Vorbild des F/CC allgemeine Prinzipien verkündet, aber nicht wie dort auf wenige, bloß ornamentale Andeutungen reduziert, sondern zur Hauptsache erhoben und breit ausgewalzt. Insgesamt ein seltsamer Text, der die politische Bewegtheit seiner Autoren bei gleichzeitig fehlendem Realitätsbezug zeigt. Kein Wunder, dass er Bruchstück blieb.

b) Entwurf von 1836

Ganz anders der zu gutem Ende gebrachte und 2458 Artikel zählende Entwurf von 1836 (nach dem wichtigsten Beteiligten auch *Código de Tapia* genannt)²³. Dessen Distanz gegenüber dem französischen Vorbild ist eindrücklich: So wird etwa, die Lösung Chiles vorwegnehmend, das dritte Buch des F/CC in zwei Teile aufgebrochen und im dritten Buch nur *Obligaciones y contratos y prueba judicial* behandelt, während das Erbrecht einem vierten Buch verbleibt. Auch der Eigentumsübergang kraft Vertrags des F/CC wird nicht übernommen²⁴. Der Text verrät hohe Professionalität seiner Urheber.

c) Entwurf von 1851

Der 1851 veröffentlichte Entwurf²⁵ (meist „Entwurf Goyena“²⁶), knüpft nicht an jenen von 1836 an. Bereits ein Blick in das Inhaltsverzeichnis zeigt eine weitgehende Hinwendung zum F/CC, dessen wenig befriedigende Systematik seiner drei Bücher bis in Einzelheiten hinein übernommen wird. Auch dessen drittes Buch wird (anders als im Entwurf 1836!) nicht aufgeteilt²⁷, sondern allein die 20 Titel des Vorbildes auf 24 ausgeweitet. Die Gründe dieser demonstrativen Ausrichtung auf Frankreich kann der Autor nicht erkennen. Das heute noch bestehende Interesse

²³ *Ministerio de Justicia* (Fn.20) Vol.II, 130–319 (Index S.319 ff.).

²⁴ Entwurf 1836; zum Kauf: Art.633 (Eigentumserwerb: Vertrag nicht als Erwerbsgrund genannt), Art. 1103–1112: Keine Regel der Käufer-Gefahrtragung.

²⁵ *Ministerio de Justicia* (Fn.20) Vol.II, 321–494 (Index S.495 f.). Von der Literatur zu diesem Projekt seien hier genannt die Darstellung von *Lasso Gaité* (Fn.18) *Cronica* Vol. I, S.151–295, und der Aufsatz von *Pablo Salvador y Coderch*, *El proyecto de Código de derecho civil de 1851 y el derecho civil Catalán*, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 89 (1980), 49–98; 93 (1984), 7–33; *Manuel Peña Bernaldo de Quiros*, *El Anteproyecto del Código civil español (1882–1888)*, Madrid, 1965.

²⁶ Florencio García Goyena war Vizepräsident der mit *real decreto* 1846 eingesetzten Redaktionskommission und derjenige, der bei Beratungen für Dokumentation sorgte und *Concordancias* zum schließlich verabschiedeten Projekt edierte (Fn.28).

²⁷ Dies bereits das Ergebnis eines von der Regierung genehmigten Beschlusses der „Comisión General“ vom 7.3.1844, der als ersten Punkt von 51 Grundsatzbeschlüssen eine dem F/CC entsprechende Systematik vorschreibt. Vgl. diese wiedergegeben in *Ministerio de Justicia* (Fn.20) Vol. I, 165.

an diesem Projekt bezieht sich hauptsächlich auf die *Concordancias* von Goyena, eine komparatistische Darstellung der damals verfügbaren Gesetzesvorbilder und anderer Orientierungspunkte, sachlich geordnet nach den Artikeln des Entwurfs²⁸.

d) Der Código Civil von 1889

Fast drei Jahrzehnte verstrichen ohne Fortsetzung der Vorbereitung einer Gesamtkodifikation²⁹. Diese wurde erst mit Real Decreto vom 2.2.1880 wiederbelebt. Im April 1882 konnte der auch die weiteren Arbeiten bestimmende Justizminister *Manuel Alonso Martínez*³⁰ bereits den Entwurf des Einleitungstitels (Art. 1–14), des ersten Buches (*De las personas*; Art. 15–334) und des zweiten Buches (*De la división de las cosas y de la propiedad*; Art. 335) den Cortes vorlegen. In der Folge wurden die Bücher 3 und 4 (letztere in drei partielle Vorentwürfe aufgeteilt) durch die Kommission veröffentlicht³¹. Die Publikation des Gesetzes erfolgte gegen Ende 1888; dessen In-Kraft-Treten wurde durch das Real Decreto vom 11. Februar 1889 auf den 1. Mai gleichen Jahres festgesetzt.

e) Würdigung

Zum Inhalt nur wenige Bemerkungen. Ganz im Gegensatz zum Entwurf 1851 hält der Text gegenüber dem F/CC klar Distanz. Er ist selbständig und sucht mehr als andere Privatrechtskodifikationen die nationale Rechtvergangenheit zu erhalten und fortzusetzen. Im Zivilrecht Spaniens wird deutlicher als anderswo die Spannung zwischen Vereinheitlichung anstrebendem Zentralismus und dem an Lokalüberlieferung festhaltendem Partikularismus sichtbar, welche die Kodifikationsgeschichte des 19. Jahrhunderts geprägt hat.

Bei der Betrachtung der fast das ganze 19. Jahrhundert füllenden Bemühungen um die Schaffung eines spanischen Gemeinschaftsrechts fällt am meisten die Diskontinuität der Entwicklung auf. Die drei Entwürfe von 1821, 1836 und 1851 zeigen unter sich keinerlei Gemeinschaftlichkeiten und hatten insgesamt kaum Einfluss auf das Gesetz von 1889, was auf tief greifende Veränderungen im jeweiligen politischen Hintergrund schließen lässt. Der Entwurf 1836 würde in der Kodifikationsgeschichte als äußerst gelungenes, in der Darstellung einnehmendes

²⁸ *Florencio García Goyena*, *Concordancias, Motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852; Reimpresión Zaragoza, 1974. Das Material ist den einzelnen Artikeln des Entwurfs 1851 zugeordnet und enthält Hinweise auf das Corpus Iuris, den F/CC und zahlreiche ihm folgende Kodifikationen. Letztere Referenzen sind entnommen *Antoine de Saint-Joseph*, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840 und spätere Bearbeitungen; vgl. dazu *Rolf Knütel*, *Teixeira de Freitas e il periculum nella compravendita*, in: Sandro Schipani (Hg.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, S. 45 f.

²⁹ Vergleiche dazu *Gaite* (Fn. 18) Vol. I, S. 197–371 und *Sánchez Román* (Fn. 20).

³⁰ Zur Person des Hauptredaktors und dessen Rolle bei der Gesetzesredaktion vgl. *Carlos Rogel/Carlos Vattier*, *Manuel Alonso Martínez, Vida y obra*, Madrid, 1991.

³¹ *Ministerio de Justicia* (Fn. 20) Vol. II, Buch 3, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*; Art. 606–1104 (S. 609–652; Index S. 653); Buch 4, *De las obligaciones*, aufgeteilt in 3 *quadernos*: 1. *Zu obligaciones und contratos* im Allgemeinen, Art. 1105–1327, S. 655–674 (Index S. 675); 2. *Del contrato de bienes matrimoniales* und *Del contrato de compra y venta* sowie Tausch (*permuta*), Art. 1328–1568, S. 677–706 (Index S. 707); 3. Die übrigen Vertragstypen (mit je neuer Artikelzählung) S. 709–750 (Index S. 751).

Modell einer Privatrechtskodifikation mehr Beachtung verdienen, obgleich er Einfluss weder in Spanien noch im übrigen Europa hatte (ob er in Südamerika ausgewertet wurde, wäre erst noch abzuklären). Der Entwurf von 1821 ist in seiner standesbezogenen Optik höchst ungewohnt, könnte aber gerade deshalb im Zusammenhang des Europarechts und dessen Ausrichtung auf bestimmte Personengruppen (Konsumenten usw.) komparatives Interesse finden, wenn auch gewiss in keiner Weise Vorbild sein. Insgesamt entsteht ein Bild des Zusammentreffens verschiedenartiger Rechtsauffassungen, Überlieferungen und methodischer Konzepte, welche die Gesetzgebung zu einem spannungsgeladenen und holperigen Vorgang machten, dem heutigen Betrachter aber ein packendes Schauspiel bieten³². Das Ergebnis demonstriert zweierlei: Einmal wird Beweis erbracht, dass das Verbleiben partikulären lokalen Rechts sehr wohl in Kauf genommen werden kann und verbleibende Diversität keineswegs Zeichen des Ungenügens ist. Andererseits konnten dort, wo Rechtsvereinheitlichung gelang, die Gegensätze der Auffassungen der Akteure am Ende gutes Gelingen der Gesetzgebung nicht hindern.

Die in Spanien mehr als anderswo sich der Rechtsvereinheitlichung entgegenstellenden und Lokaltraditionen verteidigenden Bewegungen waren und sind eine Herausforderung für den dortigen Juristenstand. Im Ergebnis führten die immanenten Spannungen zu einer Bereicherung der Rechtskultur und dürfen daher nicht beklagt werden. Dies ist für das heutige Europa, soweit es Rechtsvereinheitlichung anstrebt und sich damit in ähnlicher Lage befindet, eine beruhigende Perspektive.

IV. Die Rechtsentwicklung in Lateinamerika im Allgemeinen

1. Spanische Herrschaft und vorkodifikatorische Ära

Das in Spanien geltende Privatrecht war *ratione auctoritatis* auch jenes der amerikanischen Kolonien; es galten die genannten spanischen Rechtsquellen, der *Fuero Juzgo*, die *Partidas*, die *Nueva* und schließlich die *Novísima Recopilación*. Amerikabezogene Sondergesetzgebung bestand ebenfalls (*Leyes de Indias*), die allerdings nur wenig das eigentliche Privatrecht betraf. Für die Zeit nach der „Befreiung“ bis hin zum Erlass der nationalen Kodifikationen lassen sich keine allgemeinen Feststellungen treffen.

2. Warum Privatrechtskodifizierung?

Nach der Ablösung galt vorerst das von den spanischen Herren etablierte Privatrecht weiter, dies aber nur in der Meinung, dass es so bald als möglich abgeschüttelt und durch eigenes ersetzt werden sollte. Zwei Verfahren boten sich an:

³² Zur spanischen Kodifikationsgeschichte und insbesondere dem Verhältnis des Entwurfs 1851 zur katalanischen Überlieferung *Pablo Salvador*, *Revista Jurídica de Cataluña*, 89 (1980), 49–98; 93 (1984), 7–33.

Rasche Übernahme des F/CC ohne tief greifende Änderungen, oder aber Erarbeitung einer eigenen neuen nationalen Privatrechtsgesetzgebung. Als Faustregel gilt, dass die gegenüber dem F/CC angebrachten Änderungen im umgekehrten Verhältnis zur Raschheit des Kodifikationserlasses stehen³³. Hier beschäftigen uns nicht die kurzfristig erlassenen und ohne große Änderungen dem F/CC folgenden Gesetze, sondern die Eigenständigkeit anstrebenden und originale Schöpfungen darstellenden späteren Privatrechtskodifikationen. Es sind jene von *Chile* (1855), *Argentinien* (1871) und schließlich auch *Brasilien* (1916). Sie waren alle durch einzelne Persönlichkeiten geprägt (dazu gleich) und sie waren es, welche vorausgingen und die weitere Kodifikationsgeschichte Lateinamerikas bestimmten, dies auf einer damals in Europa noch nicht denkbaren hohen Qualitätsstufe. Zu den übrigen Gesetzen nur wenige Hinweise zur Ergänzung und Abrundung des Bildes.

V. Personeller Hintergrund des Höhenfluges der Gesetzgebung

In Lateinamerika herrscht Konsens, dass die dortige Rechtskultur und das Entstehen der Privatrechtskodifikationen vorab von drei oder vier Persönlichkeiten bestimmt war³⁴ (zur Veranschaulichung unten VIII. noch je ein Beispiel aus der Werkstatt von *Bello* und von *de Freitas*).

1. Andrés Bello (1781–1865) und der Código Civil Chiles

Die in Lateinamerika bekannteste der hier vorgestellten Persönlichkeiten ist jene von *Andrés Bello*, der nicht nur als Jurist, sondern als umfassender Geist und Polyhistor mit zu jenen gehört, welche die nach der Ablösung von Spanien angestrebte kulturelle Eigenständigkeit personifizieren³⁵. Geboren in Caracas (Venezuela) hat er dort die Schulen und ein Jusstudium absolviert. Zu dem ebenfalls dort geborenen Kämpfer für die Unabhängigkeit *Simón Bolívar* stoßend ging er

³³ In diesem Zusammenhang ein Hinweis, den der Schreibende (neben noch anderen!) *Rolf Knüttel*, einem hervorragenden Kenner der lateinamerikanischen Verhältnisse verdankt und der diesen Mechanismus illustriert. Daraus folgt: In der Republik Haiti wurde 1826 der F/CC leicht modifiziert in Kraft gesetzt; daraus entstand der CC der Dominikanischen Republik (1884), der sich noch heute am stärksten an den F/CC anlehnt. Der bolivianische Código Santa Cruz von 1830 hat den F/CC mit einigen Kürzungen und Zusätzen in wörtlicher Übersetzung übernommen, galt zunächst auch in Peru und wurde Vorbild für den zivilrechtlichen Teil des Código General von Costa Rica (1841).

³⁴ Zu den vier hier Genannten vgl. die sehr kundigen Beiträge von *Paul*, in: Michael Stolleis (Hg.), *Juristen – Ein Biographisches Lexikon*, München, 1995, 2. Auflage, 2002. Zu Bello und Teixeira de Freitas sodann *Sandro Schipani*, *La codificazione del Diritto Romano Comune*, Turin, 1999, S.279 ff. und 319 ff. (mit Hinweisen).

³⁵ Die Schriften über Bello füllen Bücherschränke. Hier nur genannt *Guillermo Feliu Cruz*, A.B. y la redacción de los documentos oficiales etc., Caracas, 1957; *Alejandro Guzman Brito*, A. B. Codificador, Santiago, 1982 (2 Bände); in Deutschland *Dietrich Nelle*, Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuches von A. B. – Eine *Casa de Bello* (Fundación, in Caracas) ist Veranstalterin von Kongressen und Herausgeberin der gesammelten Werke von A. B. und anderen Publikationen. Mit Sitz in Paris (F-75007; rue Saint-Guillaume, 28) besteht seit einigen Jahren eine Association Andrés Bello (www.andresbello.org). Weitere Angaben bei *Paul* (Fn. 34).

1810 mit diesem nach London und blieb dort bis 1829, wo er neben seiner Tätigkeit im Interesse Lateinamerikas vor allem klassische Studien und Schriftstellerei betrieb. Ab 1822 u.a. Sekretär der Gesandtschaft Chiles erreichte ihn sechs Jahre später aus diesem Lande ein Ruf auf hohe Posten (vorab Leiter der Abteilungen für internationale Beziehungen und der Entwicklung des Unterrichtswesens). Mit den Seinigen 1829 im Februar in London den kleinen Zweimaster *Grecian* besteigend gelangte er am 25. Juni nach Valparaíso und dem ihm bis dahin nicht bekannten Chile. In Santiago entfaltete er neben der Gesetzgebungsarbeit weite literarische Tätigkeit, betrieb die Gründung der Universidad de Chile und war zeitlebens deren Rektor. Die Gesamtausgabe seines literarischen Werks füllt gegen 30 Bände, darunter rund ein Drittel juristische³⁶, und umfasst im Übrigen schöne Literatur³⁷, philosophische Abhandlungen³⁸, eine lateinische und eine spanische Grammatik, Schriften zur Erziehung und sogar eine *Cosmografía y otros escritos de divulgación científica*. Bello hatte in ganz Lateinamerika die Rolle eines intellektuellen Leaders bei der Schaffung einer eigenständigen juristischen wie Allgemeinkultur.

Erstaunlich ist die hohe juristische Qualität des CC von Chile. Schaffung einer Kodifikation setzt neben einer breiten wissenschaftlichen Basis insbesondere praktische Erfahrung voraus. Beides ist im Lebenslauf *Bellos* nicht zu finden: Er kann im damaligen Caracas nur eine bescheidene juristische Ausbildung erhalten haben und war nie Anwalt, Richter oder akademischer Lehrer. Seine Formation als hochkarätiger Romanist hat er sich offensichtlich nebenbei im Selbststudium erarbeitet. Der *Código Civil Chiles* ist jedenfalls geprägt von hoher juristischer Professionalität, diese verbunden mit Fingerspitzengefühl und gesundem Menschenverstand, auf Praktikabilität ausgerichtet und fern von dogmatisch-weltfremden Theorien: Ein beeindruckendes Gesetz und als Werk eines außerhalb des eigentlichen Juristenstandes stehenden Urhebers ein Wunder.

2. Augusto Teixeira de Freitas (1816–1883)

Der in Bahia geborene und seit 1843 in Rio de Janeiro lebende *Teixeira de Freitas* kann nicht als Schöpfer eines Gesetzes gelten, aber sein *Esboço* (Entwurf, sc. eines Privatrechtsgesetzbuches) hat neben dem erst fünfzig Jahre später entstandenen Gesetz von Brasilien bereits auch jenes von Argentinien bestimmt. Gründer der brasilianischen Anwaltsvereinigung und Kämpfer für Entwicklung der brasi-

³⁶ Die jüngste Ausgabe ist jene von *Caracas*, 1. Auflage, ab 1954; hier verwendet 2. Auflage (Nachdruck, 1981 f.). Die Bände 10–14 sind dem *Derecho Internacional* gewidmet, Bände 14–16 dem *Código Civil*, Band 17 dem *Derecho Romano*, Band 18 *Temas jurídicos y sociales*. In dieser Ausgabe ist nicht enthalten das *Proyecto inédito de Código Civil* (hier zitiert Band 13 einer Gesamtausgabe Santiago/Chile, 1890), das den Entwurf von Bello des Jahres 1853 enthält, während der am 14.12.1855 zum Gesetz erhobene Text das Ergebnis der Arbeit einer Kommission (der auch Bello angehörte) ist. Die hier beispielshalber erwähnten Elemente des chilenischen CC finden sich bereits im Entwurf 1853.

³⁷ Band 1 und 2: Lyrik, viele ereignisbezogene Gedichte, Epen und zahlreiche Übersetzungen (z.B. von Plautus, und sogar eine allerdings nicht über Anfänge hinaus gediehene Übersetzung des Nibelungenliedes).

³⁸ Band 3: Eine große Abhandlung über das menschliche Verstehen (*Filosofía del Entendimiento*), eine (angewandte) Logik, Geschichte der Philosophie usw.

lianischen Rechtskultur überhaupt (z.B. durch Herausgabe einer bereinigten Sammlung geltender Rechtsquellen: *Consolidao das Leis Civis*, 1857), wurde er 1859 vom Justizminister mit der Ausarbeitung eines Entwurfs eines CC betraut, den er in sieben Faszikeln in den Jahren 1860–1864 veröffentlichte. Der Text umfasst insgesamt 4908 Artikel (ohne damit ganz vollendet zu sein; gesundheitliche Probleme machten die Finalisierung unmöglich)³⁹. Zum Aufbau dieses in drei Bücher aufgeteilten *Esboço* vgl. unten VII.2.

Das Projekt distanziert sich bereits in seinem Umfang vom F/CC und geht auch über den chilenischen CC weit hinaus: Mit mehr als bloß deutscher Gründlichkeit werden alle denkbaren konzeptionellen Problemecken ausgeleuchtet und präzise erfasst. Auffallend ist das Streben nach Abstraktion und konsequenter Systematik, insbesondere das Voranstellen allgemeiner Prinzipien, das durch alle Teile des Gesetzes durchgehalten wird und nicht wie im BGB auf die Gesamtkodifikation beschränkt bleibt: Das Gesetzbuch wird geteilt in eine *Parte Geral* (das Buch I, enthaltend drei Sektionen zu Personen, Sachen und Fakten) und eine *Parte Especial* (*Dos Direitos*; die Bücher II und III). Innerhalb der Bücher II und III werden wiederum in je über dreihundert Artikeln vorab die für die persönlichen Rechte und die Sachenrechte geltenden allgemeinen Regeln dargestellt, das Voranstellen allgemeiner Regeln aber nach unten fortgesetzt. Insgesamt liegt ein kunstvolles Gebäude eines Privatrechtssystems vor, das formale Stringenz und inhaltliche Weite und Ausgewogenheit in einem Maße verwirklicht, dass ihm bis heute nichts Vergleichbares zur Seite treten konnte⁴⁰.

3. Dalmacio Vélez Sarsfield (1800–1875) und der Código Civil Argentiniers

Der Beschluss der Schaffung einer Privatrechtskodifikation und der Einsetzung einer Redaktionskommission geht auf das Jahr 1853 zurück. Aber erst im Oktober 1864 erfolgte durch den Staatspräsidenten eine Berufung, allerdings keiner Kommission, sondern von Vélez Sarsfield als alleinigem Redaktor. Dieser lieferte verschiedene Teilentwürfe ab, den Gesamtentwurf im August 1869. Am 29. September gleichen Jahres erhob der Nationalkongress diesen Entwurf zum Gesetz; Art. 1 dieses Erlasses lautet: „El Código Civil, redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, se observará como ley en la República Argentina desde el primero de enero de mil ochocientos setenta y uno“. Der Vorgang der unveränderten Erhebung eines von einem einzelnen Redaktor im stillen Kämmerlein ausgear-

³⁹ *Augusto Teixeira de Freitas*, Código Civil, Esbôço, Ausgabe des Ministério da Justiça etc., 4 Bände, 1952 (Neuausgabe 1983). Zur Person von de Freitas darin ein *Estudio crítico-biográfico* von *Levi Carneiro* (S. I–XXXVI).

⁴⁰ Dem Autor ist es nicht gelungen, elektronische Verfügbarkeit des Textes des *Esboço* zu ermitteln, und er weiß nichts von Übersetzungen. Hier aber die Feststellung, dass der über solide Latein- und Französischkenntnisse Verfügende mit geringem Zeitaufwand dahin gelangen kann, nicht nur spanische, sondern auch portugiesische (oder katalanische) juristische Texte zu verstehen. Die Fachterminologie ist weitgehend von vornherein verständlich, weshalb der Autor denn auch glaubte, die hier angeführten Zitate teilweise unübersetzt belassen zu dürfen.

beiteten Entwurfs zum Gesetz ist einmalig und kennt keine Parallele. Dieser Hintergrund schafft eine besondere Textsituation: Neben den eigentlichen Gesetzestext treten zu den einzelnen Artikeln einlässliche Kommentare des Redaktors als Fußnoten. Die darin enthaltene autoritative Auslegung des Gesetzes macht sie fast zu dessen Bestandteil (sie sind denn auch in den Gesetzesausgaben regelmäßig mit abgedruckt).

Der Notentext zeigt die breite Abstützung des Gesetzes: Der F/CC und aus dem deutschen Sprachbereich das ALR und das ABGB sind berücksichtigt, allerdings noch nicht das PGB von Zürich (1855) oder das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB). Neben dem chilenischen CC und dem Entwurf von Goyena wird vor allem auf den *Esboço* von de Freitas zurückgegriffen⁴¹. Zu der benutzten Literatur gehörten neben den *Digesten Iustinians* Autoren wie *Cujas*, *Althusius*, *Vinnius*, *Heineccius*, *Domat*, *Pothier*. Aber auch *Savigny*, *Story* und Autoren zum F/CC (*Zachariae*, *Aubry/Rau*, *Demolombe*, *Troplong* u.a.) werden zitiert.

4. Clovis Bevilacqua (1859–1944) und der Código Civil Brasiliens

Europa konnte für Bevilacqua eine größere Rolle spielen als für die bisher genannten; dort waren inzwischen das schweizerische OR und das deutsche BGB entstanden. Sein Entwurf wurde 1900 publiziert und 1901 und 1902 im Parlament diskutiert; zur Verabschiedung des Gesetzes kam es allerdings erst am 1. Januar 1916 (In-Kraft-Treten am 1. Januar 1917; Art. 1806). Große Verdienste hat Bevilacqua mit seiner Kommentierung des Gesetzes erworben, welche komparatistisch breit abgestützt ist, die deutschsprachige Literatur (auch schweizerische, sogar solche zum zürcherischen PGB) mit berücksichtigt und gegenüber dem Vorbild des F/CC kritische Distanz betont⁴². Ähnlich wie vielleicht auch Vélez Sarsfield kann Bevilacqua nicht in gleichem Maße als herausragende Figur wie Bello oder de Freitas vorgestellt werden, denn beide konnten sich auf die Werke dieser beiden Vorläufer abstützen. Aber als Legislatoren hatten sie immer noch außergewöhnliche Statur, wie sie in Europa einzelnen Persönlichkeiten der Privatrechtsgesetzgebung nie zukam.

VI. Vergleich mit dem französischen Code civil

Das Vergleichen der lateinamerikanischen Privatrechtskodifikationen unter sich und deren Konfrontation mit dem vorangehenden französischen Gesetz fordert Ausrichtung auf übereinstimmende Kriterien. Im Vordergrund steht die Sys-

⁴¹ Texeira de Freitas und Vélez Sarsfield standen miteinander in Korrespondenz (ein Katalogeintrag der Biblioteca Mayor der Universität von Córdoba/Argentinien vermerkt Briefe von de Freitas an V.S., 7 Blätter, 1865–1868).

⁴² *Clovis Bevilacqua*, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, commentado por C. B., Rio de Janeiro, 7. Auflage (Edição histórica), Nachdruck, 2 Bände, (wohl 1984); hier verwendet Ausgabe in 6 Bänden (Band 1–5, 2. Auflage, ca. 1920–1926; Band 6, 1. Auflage, 1919).

tematik der verglichenen Kodifikationen (vgl. unten 1. und 2.). Denn eine alte Regel besagt, dass bereits der Vergleich des Inhaltsverzeichnisses eines Gesetzes mit jenem des F/CC einen verlässlichen Hinweis gibt, wie eng oder umgekehrt locker die Beziehung der beiden sei. Dem Kenner gewährt sodann bereits die Systematik einer Kodifikation einen Einblick in den Gehalt und offenbart manches ihrer grundlegenden Elemente, sodass deren Betrachtung an erster Stelle steht. Systemvergleich lohnt sich für den Komparatisten daher auch dann noch, wenn er das Fehlen von Einflüssen aufzeigt, wie dies im Fall der lateinamerikanischen Kodifikationen und des F/CC weitgehend der Fall sein wird.

Im Anschluss an den Systemvergleich sollen noch zwei für den F/CC charakteristische Besonderheiten betrachtet werden: Fahrnisübereignung sowie die *Topoi objet* und *cause* (unten 3. und 4.).

1. Gesetzssystematik des französischen Code Civil

In der Stoffanordnung (Systematik) sämtlicher moderner Kodifikationen lässt sich in der einen oder anderen Form die Stoffgliederung der *Institutionen Iustinians* wiedererkennen, die ihrerseits den *Institutionen des Gaius* folgen. Diese sind in vier Bücher gegliedert, der Stoff selber aber dreigeteilt: „Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones“ (Inst. I, 2, 12, bei Gaius I, 8).

Die Trinität von *personae* – *res* – *actiones* wird in der Aufklärungszeit und der Abtrennung des materiellen Rechts vom Verfahrensrecht auf den Gegensatz von Personen und Sachen reduziert, was aber nirgends zu einer Zweiteilung der Kodifikationen führt; die Dreiteilung wirkt weiter, so auch im F/CC⁴³ (Aufteilung der auf *res* bezogenen Bestimmungen auf die Bücher 2 und 3). Das erste Buch (*Des personnes*, Art. 7–513) ordnet die Rechte der Einzelperson und das persönliche (d.h. das Ehegüterrecht nicht erfassende) Familienrecht, das zweite (*Des biens et des différentes modifications de la propriété*, Art. 516–710) enthält den ersten Teil des Sachenrechts; die Fortsetzung bleibt dem dritten Buch vorbehalten. Dessen zwei Drittel des F/CC ausmachenden Art. 711–2283 sind ein *mixtum compositum* enthaltend die verbleibende Masse der notwendigen Regeln, die thematisch nur gerade durch den Gesichtspunkt zusammengehalten werden, dass ein Bezug auf *res* wenigstens denkbar ist (wenn dieser auch häufig genug fehlt). An erster Stelle finden wir dort das allgemeine und das Intestaterbrecht (Art. 718–892), das Schenkungsrecht und das testamentarische Erbrecht (Art. 893–1100), welchem noch das allgemeine Vertragsrecht (*des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Art. 1101–1369) und die *Engagements qui se forment sans conventions* (Art. 1370–1387; *quasi-contrats/gestions d'affaires; délits, quasi-délits*) folgen. Das besondere Vertragsrecht wird eröffnet mit dem Ehevertrag (*contrat de mariage*), an den das Ehegüterrecht (als

⁴³ So in der Doktrin Spaniens etwa *Jordan de Asso* (Fn. 12), welcher die Dreiteilung unverändert übernimmt. Im Jahr 1811 wird das österreichische ABGB ebenfalls die Dreiteilung beibehalten, anders als der F/CC jedoch den dritten Teil „den gemeinschaftlichen Prinzipien der Personen- und Sachenrechte“ widmen. In Lateinamerika übernimmt Teixeira de Freitas die Dreiteilung in der Abfolge: Allgemeines – Personen – Sachen (oben V.2.).

sachbezogenes Familienrecht) anschließt (Art. 1387–1581). Erst dann folgt *la vente* (Art. 1582–1701) und die übrigen der romanistischen Tradition entnommenen und allenthalben geläufigen Vertragstypen. Die wenig überzeugende Stoffgliederung des dritten Buches des F/CC wird von keiner anderen Kodifikation übernommen.

2. Die Modelle der Gesetzssystematik in Lateinamerika

a) Chile

Der Aufbau des chilenischen CC folgt vorerst dem französischen Vorbild: Beginn mit einem *Titulo Preliminar*, der allerdings nicht 6, sondern 53 Artikel umfasst⁴⁴.

Das 1. Buch *De las Personas* (Art. 54–564) folgt äußerlich gesehen thematisch dem F/CC, nimmt aber vielfach ganz andere Fragen auf als dieser. Es werden wenigstens ansatzweise die juristischen Personen einbezogen (Art. 545 ff.), zwischen In- und Ausländern unterschieden, aber festgehalten, dass die beiden einander privatrechtlich gleichgestellt seien (Art. 57). Als eine der ersten Kodifikationen statuiert der chilenische CC generelle Regeln zu Anfang und Ende der Persönlichkeit und setzt diese innerhalb der Kodifikation in den Vordergrund (Art. 74–79).

Das 2. Buch *De los Bienes, y de su dominio, posesion, uso y goce* (Art. 565–950) deckt sich thematisch immer noch mit dem 2. Buch des F/CC. Aber auch hier weicht der Inhalt grundlegend ab: Als oberste Einteilung finden wir in Chile nicht jene des Art. 516 F/CC (*Tous les biens sont meubles ou immeubles*), vielmehr ist die Systematik auf den Gegensatz zwischen *cosas corporales* und *cosas incorporales* ausgerichtet (Art. 565); die *cosas muebles* und *immuebles* erscheinen als Untergruppe der *cosas corporales* (Art. 566). Als *cosas incorporales* werden vorgestellt die subjektiven Rechte, die ihrerseits entweder *derechos reales o personales* sind (Art. 576): Zur ersten Gruppe werden jene gerechnet, die in dingliche Klagen ausmünden (Eigentum an Sachen, die Erbschaft, Nießbrauch, Servitute und Realsicherheiten; Art. 577), zur zweiten jene, die mit persönlichen Klagen geltend gemacht werden, d.h. Forderungsrechte (Art. 578). Die genannte Systembildung, d.h. die Deutung der subjektiven Rechte ihrerseits als Sachen, hat in der Aufklärungsphilosophie ihr Vorbild, bleibt aber nicht, wie diese oft, theoretisch-weltfremd: Durch Rückkopplung an die je resultierenden Klagen wird sie zum eleganten Mittel, den grundlegenden Gegensatz zwischen dinglichen und persönlichen (oder absoluten und relativen) Rechten legislatorisch an prominenter Stelle herauszustellen⁴⁵.

Buch 3 regelt das Erbrecht, Buch 4 das Obligationenrecht, damit gemeinschaftlich die Aufgabe von Buch 3 des F/CC übernehmend. Diese Zweiteilung

⁴⁴ Der Text des CC (in heutiger Fassung) ist abrufbar unter www.colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil.

⁴⁵ Das Herausstellen dieser allenthalben geltenden Grundsatzregel steht einem Gesetz gut an, fehlt aber den deutschsprachigen Kodifikationen und dem F/CC. Dieser stellt an den Anfang seiner Regelung des *ius ad res pertinens* die elegante Formel von Art. 516 (*Tous les biens sont meubles ou immeubles*), handelt dann aber in Buch 2 allein von den *biens immeubles*, ohne die andere Untergruppe der *biens meubles* ebenfalls aufzuführen.

ist mehr als überzeugend, haben doch Erb- und Schuldrecht nur gerade das gemeinsam, von Gaius und Iustinian als *ius ad res pertinens* qualifiziert worden zu sein. Insbesondere Buch 4 geht nun allerdings weit über den F/CC hinaus und nimmt auf weiten Strecken die Allgemeinen Teile des BGB bzw. dessen Schuldrechts vorweg.

b) Teixeira de Freitas

De Freitas folgt weder dem F/CC noch Bello, sondern geht ganz eigene Wege: Vom Bedürfnis nach sauberer Systematik getrieben teilt er sein Gesetz insgesamt in einen allgemeinen und einen besonderen Teil auf und setzt dieses Ordnungsprinzip auch auf unteren Stufen durch, hält sich im Übrigen aber, soweit tunlich, an die Tradition (Dreizahl der Bücher und, soweit sinnvoll, Ausrichtung auf Personen und Sachen).

Die *Parte Geral* wird konstituiert durch das erste der drei Bücher und behandelt die allgemeinen Grundlagen: *Dos Elementos dos Direitos*, ihrerseits aufgeteilt auf Personen, Sachen und Fakten (*fatos*; bras. für *factos*). Der *Parte Especial* verbleiben die Bücher zwei und drei; das zweite den Personen (Art. 867–1829), das dritte den Sachen (Art. 3703–4908) gewidmet. Letzteres umfasst das Sachenrecht im Verständnis des BGB und CH/ZGB und trennt wie diese und der chilenische CC (entgegen dem F/CC) davon das Schuldrecht ab. Das (sehr einlässliche) Obligationenrecht wird im den Personen gewidmeten zweiten Buch behandelt und entspricht damit ganz unserem Verständnis der Forderungen als persönliche Rechte.

Die innere Systematik der dem Schuldrecht gewidmeten Sektion 3 ist ganz auf die *Entstehungsgründe* ausgerichtet und fünfgeteilt: Zwischen den Eckpfeilern Vertrag (Tit. I; Art. 1830–3302) und Delikt (Tit. V; Art. 3624–3702) stehen Titel II mit erlaubten, aber nicht Verträge konstituierenden Handlungen (so etwa Haftungen *ex lege*, aus vollmachtloser Vertretung oder als Verwendungersatz), Titel III mit „nicht willensgeleiteten Handlungen“ (so die beschränkte Haftung Urteilsunfähiger, Erstattung von irrtümlich oder infolge höherer Gewalt Empfangenem) und schließlich Titel IV „aus Fakten, welche nicht Rechtsakte sind“, d.h. Eviktionshaftung und ungerechtfertigte Bereicherung). Gegenüber dem System der Obligations-Entstehungsgründe des F/CC und sämtlicher deutschsprachigen und der übrigen kontinentaleuropäischen Gesetze (Hauptpositionen *Vertrag* und *Delikt*, ergänzt durch die Nebenpositionen *condictio* und *negotiorum gestio*), erscheint vorliegendes Modell subtiler und differenzierter. Die in heutiger Privatrechtsgesetzgebung traditionell fehlenden, erst extralegal nachgeschobenen Entstehungsgründe der *culpa in contrahendo* bzw. die sog. *faktischen Vertragsverhältnisse* und die *Vertrauenshaftung* werden allerdings noch nicht vorweggenommen, wenn auch vielleicht punktuell gestreift.

c) Argentinien

Der argentinische CC besitzt wie der chilenische vier Bücher. Auch hier hat der Gegensatz Personen – Sachen eine andere Bedeutung als im F/CC: Während

das den Personen gewidmete 1. Buch noch jenem des F/CC ähnelt, enthält das 2. Buch das Schuldrecht⁴⁶; das 3. Buch ist dem Sachenrecht gewidmet und im 4. Buch werden der Übergang von Rechten (im Wesentlichen durch Erbgang, daran anschließend betriebsrechtliche und die Verjährung betreffende Regeln) und die für Personen und Sachen gemeinschaftlichen Regeln dargestellt.

d) Brasilien

Bevilaqua folgt dem *Esboço* von de Freitas in der Zweiteilung des Gesamttextes in eine *Parte Geral* und eine *Parte Especial*. Die erstere ist wenig umfangreich und deren drei Bücher bleiben im Rahmen der Thematik der *Parte Geral* des *Esboço*. Die *Parte Especial* stellt in den beiden ersten Büchern Familienrecht und Sachenrecht in unserem Sinne dar, während im dritten Buch das umfangreiche Obligationenrecht und im vierten das Erbrecht folgt⁴⁷.

e) Weitere

Der *CC Portugals* von 1868 ist in vier Teile gegliedert⁴⁸. Der *erste Teil* (Art. 1–358) stellt Personenrecht dar und folgt thematisch den Titeln 1 bis 5 sowie 11 der ersten Buches des F/CC (d.h. dessen familienrechtlichen Titel 6–10 auslassend). Neuartige (und interessante!) Systematik beherrscht den bei weitem umfangreichsten *zweiten Teil* (Art. 259–2166), der dem „Erwerb von Rechten“ (*acquisition des droits*) gewidmet und in drei Bücher aufgeteilt ist: 1. Rechtserwerb ohne Mitwirkung Dritter (originärer Rechtserwerb), 2. Rechtserwerb mit Willen Dritter (Vertragsrecht, aufgeteilt in 16 Kapitel, darunter auch der *contrat de mariage*), 3. Rechtserwerb *par le seul fait d'autrui* (Geschäftsführung, Erbrecht). Der dritte Teil (Art. 2160–2360) regelt das Sachenrecht, der abschließende vierte Teil handelt *De la violación des droits et de sa réparation*, d.h. vom Deliktsrecht, dies aber in einer vom damals Üblichen abweichenden Sicht: Im ersten Buch wird erstmals (und unter Vorwegnahme von heutigen im deutschen Sprachbereich umgehenden Bestrebungen!) die Verletzung sämtlicher Rechtsgüter als einheitliches Phänomen verstanden und damit Delikt, Vertragsverletzung und sonstige widerrechtliche Beinträchtigung gemeinschaftlich behandelt, dabei aber strafbare und

⁴⁶ Dessen Titel „De los derechos personales en las relaciones civiles“ ist auch jener des zweiten Buches des *Esboço*.

⁴⁷ Deutsche Ausgabe des brasilianischen CC von K. Heinsheimer (Hg.), *Die Zivilgesetzbücher der Gegenwart*, Bd. III, Mannheim etc., 1928 (mit Einleitung von Pontes de Miranda). Nota: In Brasilien gilt seit dem 1. Januar 2003 eine neue Fassung des CC (*Lei no. 10.406* vom 10.1.2002), dessen Aufbau grundlegend verändert ist: Eine vorausgeschickte *Parte Geral* (Art. 1–232), dann anschließend, als Bestandteil der *Parte Especial* bezeichnet, fünf fortlaufend nummerierte *Livros*: 1. *Obrigações* (Art. 233–965); 2. *Empresas* (Art. 966–1165), 3. *As Coisas* (Art. 1169–1510); 4. *Direito Familiar* (Art. 1511–1783); 5. *Sucessões* (Art. 1784–2027). Die Vorarbeiten gehen bis 1969 zurück; verabschiedet wurde das Gesetz am 15.8.2001. Dank der Privatinitiative einer Anwaltsfirma ist sowohl der Originaltext wie auch dessen deutsche Übersetzung zugänglich und abrufbar unter <http://11.wolf@law-wolf.ch/gesetze-de.htm>. Auf Papier liegt dem Autor vor: *Theotonio Negrão* (Hg.), *Código Civil e legislação civil em vigor*, Ed. Saraiva, São Paulo, 22. Auflage, 2003, mit Nebengesetzgebung und Text CC von 1916.

⁴⁸ Der Autor besitzt leider nicht den portugiesischen Originaltext des CC 1868, sondern allein die hier zitierte Übersetzung von *Fernand Lepelletier*, Paris, 1894.

nicht strafbare Schadenszufügung unterschieden. Auch die Haftung staatlicher Funktionäre wird hier einbezogen. Im zweiten Buch folgen Regeln zum Beweisrecht und den verfügbaren Klagen. Der Rückblick auf den 1868 entstandenen CC zeigt die völlige Neuorientierung des heute geltenden Gesetzes von 1966. Dieses zerfällt in fünf (jetzt *livros* genannte) Teile: 1. *Parte geral*, 2. *Direito das obrigaes*, 3. *Direito das coisas*, 4. *Direito da famili*, 5. *Direito das sucessões*.

Der CC von Mexico von 1928/32⁴⁹ enthält Einleitungsbestimmungen (Art. 1–21) gefolgt von vier Büchern: 1. Personenrecht (Art. 22–746, einschließlich Vorschriften über juristische Personen und zum Familienrecht), 2. Sachenrecht (Art. 747–1180⁵⁰), 3. Erbrecht (Art. 1281–1791) und 4. Obligationenrecht (Art. 1792–2242 *obligaciones* – nicht *contratos!* – *en general* betreffend, dann zu den einzelnen Vertragstypen die Art. 2243–2963, zum Schluss die Art. 2964–3044 zu Schuldbeitreibung und öffentlichen Registern). Insgesamt folgt der Aufbau des Gesetzes in Umrissen dem F/CC mit den sich aufdrängenden Modifikationen (Aufteilung dessen dritten Buches). Inhaltlich dagegen wirkt es synkretistisch, d.h. sämtliche damals bestehenden Gesetzbücher einschließlich der deutschsprachigen auswertend, ohne besondere Zuneigung gegenüber einem derselben zu zeigen.

Der jüngste der hier zu erwähnenden, der CC von Paraguay des Jahres 1987, ist in fünf Bücher gegliedert: Das erste Buch (Art. 28–276) deckt sich thematisch mit jenem des CC von Mexico, das zweite (Art. 277–668) handelt *De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones* (damit vorab die in der *Parte Geral* von de Freitas herausgestellte Thematik aufnehmend). Das bei weitem umfangreichste dritte Buch (Art. 669–1871) handelt von den Verträgen und den anderen Entstehungsgründen von Obligationen (einseitige Schuldversprechen, Geschäftsführung, Kondiktion, Delikt, dann auch Herausgabepflichten und Retentionsrechte); das vierte Buch (Art. 1872–2442) enthält das Sachen-, das fünfte (Art. 2443–2815) das Erbrecht. Insgesamt ein Gesetz, das hohe Professionalität seiner Urheber bezeugt⁵¹.

⁴⁹ Der offizielle Titel lautet „Código civil para el distrito federal, en materia común, y para toda república en materia federal“. Das Gesetz besitzt absolute Geltung nur im sog. *distrito federal*, in den übrigen 28 Gliedstaaten nur unter dem Vorbehalt von Sonderkompetenzen der nationalen (sc. regionalen) Gesetzgeber; im Übrigen hat der CC gegenüber Lokalrecht gesetzergänzende Funktion. Vgl. die Motive (in den privaten Gesetzesausgaben meist vorweg abgedruckt) zum ersten Buch, sodann die Art. 1, 3 und 13–15 der *Disposiciones preliminares*. – Zu den Quellen des Gesetzes *Rodolfo Batiza*, *Las fuentes del código civil de 1928*, México, 1979.

⁵⁰ Art. 1181–1280 (*Título octavo*, das Urheberrecht betreffend) sind durch ein Sondergesetz des Jahres 1956 ersetzt worden.

⁵¹ Das gilt insbesondere auch für die kommentierte Ausgabe des Gesetzes und ausgewählter Materialien von *Miguel Angel Pangrazio*, *Código Civil Paraguayo Comentado*, Asunción, 1990, der seinerseits an der Redaktion maßgeblich beteiligt gewesen war.

3. Nichtübernahme der Eigentums-Translativwirkung schuldrechtlicher Geschäfte des F/CC

a) Das neue Konzept der Vertrags-Eigentumstranslativwirkung des F/CC

Auf der Ebene der Rechtsinhalte ist gewiss die im Obligationenrecht am meisten hervortretende Besonderheit des F/CC die dort neu eingeführte rechtsübertragende Wirkung sachbezogener Schuldverträge: Mit Abschluss des Kaufs oder des Schenkungsvertrags geht unmittelbar und unabhängig von Sachübergabe bereits Eigentum über (Art. 711, 938, 1138 und 1583). Diese Eigentümlichkeit hat keine Grundlage in der französischen Rechtsüberlieferung noch sonst irgend ein Vorbild.⁵² Sie ist zu erklären aus dem Wunsch der Redaktionskommission, die römische *periculum est emptoris*-Regel im praktischen Ergebnis beizubehalten, aber deren Widerspruch mit der Regel *casum sentit dominus* auszuräumen. Diese neu erfundene Regel schafft Unklarheiten und Schwierigkeiten in der Handhabung (klärungsbedürftige Rechtslage etwa im Falle des Untergangs des Kaufgegenstands, der bei Vertragsschluss noch im Eigentum eines Dritten oder erst in Herstellung steht); sie kann vom außen stehenden Betrachter nicht als nachahmenswert erkannt werden⁵³.

b) Verharren bei der Lösung des F/CC

Anders als die meisten folgen dem Vorbild des F/CC *Mexico* (CC Art. 2014), *Venezuela* (CC Art. 796) und *Paraguay* (CC Art. 1966 lit. a); in Europa *Portugal* (CC 1868: Art. 715; CC 1966, Art. 408) und *Italien* (CC Art. 922, 1376).

c) Chile

Unbeeindruckt vom F/CC bleibt der chilenische CC bei der Tradition als Voraussetzung des Eigentumserwerbs (so explizit festgeschrieben in Art. 670), hält aber weiterhin am römischen Vorbild der Regel des *periculum est emptoris* fest (Art. 1820).

Dem Beispiel Chiles folgt in beiden Punkten der *CC Colombiano* (Erfordernis der Tradition Art. 740; Gefahrtragung des Käufers Art. 1876).

d) Die Übrigen

Weiter als Chile und Kolumbien geht dagegen *de Freitas* und ihm folgend *Argentinien* und *Brasilien*: Sie alle bekennen sich nicht nur ausdrücklich zum Tradi-

⁵² *Pothier* (Fn. 7) ist die Gesetz gewordene Regel gänzlich fremd. In seinem *Traité du contrat de vente* Bd. I N. 318 Abs. 2 liest man: „... 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 cette règle: Traditionibus, non nudis conventionibus dominia transferuntur“ (I. 20, *cod. de pactis* = *Codex* 2, 3, 20). Gleiches gilt erst recht von den in Fn. 7 und 57 Genannten und den übrigen französischen Autoren. – Zum Thema dieser Erfindung des F/CC durfte der Schreibende an der ZEuP-Tagung 1997 in Athen sprechen; *Bucher*, ZEuP 1998, 615–669. Zu den Nachteilen dort S. 617 ff.

⁵³ Zum Schicksal der Gefahrtragungsregel in den lateinamerikanischen Kodifikationen grundlegend *Küttel* (Fn. 28) 489 ff.

tionsprinzip (de Freitas, Art. 901; argentinischer CC Art. 577: „Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real“; brasilianischer CC Art. 620), sondern geben auch die Käufer-Gefahrtragung auf (de Freitas, Art. 2024; brasilianischer CC Art. 1127⁵⁴). So auch die von Spanien verwirklichte Lösung (Eigentum wird u.a. erworben als Folge von *ciertos contratos mediante la tradición*; Art. 609/II)⁵⁵. Diese ist im Ergebnis die zweckmäßigste von allen, heute vorherrschend und auch vom BGB übernommen.

4. Nur ausnahmsweise Übernahme von *Objet* und *Cause* als Vertragsgültigkeitsvoraussetzungen

a) Das Modell des französischen CC (Art. 1108, 1131–1133)

Der vielbeachtete Art. 1108 ist in der ersten Hälfte (Voraussetzung des *consentement* und der *capacité* des sich Verpflichtenden) legislatorisch glücklich, da die genannten Voraussetzungen beschränkt sind auf die *partie qui s'oblige*, was dem Erklärungsgegner die (ihm nach dem Buchstaben mancher, jedenfalls der deutschsprachigen Gesetze offenstehende) Möglichkeit abschneidet, die Vertragsgültigkeit mit Berufung auf einen Geschäftsfähigkeitsmangel des Partners zu bestreiten. Anders aber die anschließende Forderung eines *objet certain qui forme la matière de l'engagement* und einer *cause licite dans l'obligation*. Diese beiden Formeln sind von Pothier übernommen⁵⁶. Dessen Darstellung war eine Novität, d.h. die Einführung zweier bis dahin in der französischen Doktrin nicht figurierender *Topoi*⁵⁷, denen im zeitgenössischen Rechtverständnis keine Bedeutung zukam und die daher etwa im Entwurf von Cambacérès (Fn. 6) nicht figurieren. Zwar besitzt diese Neuerung kaum praktische Bedeutung, aber insbesondere *causa* hat eine lange Geschichte und war historisch belastet⁵⁸, weshalb diese Gesetzesnovität der *causa* im 19. Jahrhundert mancherlei Versuche tiefsinniger Weiterentwicklung erleben musste, aber auch Nachfolge fand (so etwa im italienischen CC, Art. 1343–1345 *Della causa del contratto*).

⁵⁴ Der CC Argentiniens verzichtet auf eine explizite Klausel und kann dies, da die Gefahrtragung des Verkäufers bei Fehlen einer Ausnahmeregel ohnehin rechtens ist.

⁵⁵ Dementsprechend wird im Kaufrecht festgehalten, dass die *venta será obligatoria para ambos* (Art. 1450). Die Verweisung in Art. 1452/I auf die Art. 1096 und 1182 betreffend die Allokation von *daño o provecho* betrifft Sonderfälle: Art. 1096 verleiht dem die Kaufsache nicht erhaltenden Gläubiger die Realexekution seines obligatorischen Anspruchs und nicht etwa eine Eigentumsklage und Art. 1182 betrifft die Stellung des Verkäufers im Falle der Leistungs-Unmöglichkeit.

⁵⁶ Pothier (Fn. 7) 42–46.

⁵⁷ Das Schlagwortverzeichnis des umfassenden und weit ausholenden Werks von Bourjon (Fn. 7) kennt die Begriffe *objet* und *cause* nicht. Gleiches gilt für maßgebliche Autoren wie F. de Boutaric, *Les Institutes de Justinien, conférées avec le droit François*, Paris, 1740, oder Claude Serres, *Institutions du droit François*, Paris, 1760. Auch Argou, *Institution au droit François*, 10. Auflage, 1771, sowie Werke noch unzähliger weiterer Praktiker wissen nichts von *objet* oder *cause*. Loysel (Fn. 7) spricht von *cause*, dies aber im prozessualen Sinn (Streitsache), und ebenfalls so die lexikalische Introduction à la Pratique von Claude-Joseph de Ferrière, 1739, was zeigt, dass vor Pothier der Terminus *cause* mit anderer Sinnggebung belegt war.

⁵⁸ Grund ist die seit dem Altertum herrschende Unbestimmtheit des *causa*-Begriffs, der für manchen Zweck erhalten musste und bald dies, bald jenes hieß und heißt. Hier darf daran erinnert werden, dass französisch *chose* wie spanisch/italienisch *cosa* sprachgeschichtlich von lat. *causa* abstammen, was beweist, dass *causa* bereits im Altertum oder doch im frühen Mittelalter in der Alltagssprache für alles und jedes erhalten musste.

b) Dazu Chile

Im Vertragsrecht (*De los actos y declaraciones de voluntad*) begegnen wir in Art. 1445 und 1467 den Termini *causa* und *objeto*, im ersten Fall, um den Vertragsgegenstand, im anderen, um das Handlungsmotiv des Kontrahenten zu umschreiben (Forderung der Bestimmtheit und der Legalität). Gegenüber dem F/CC führt der CC Chiles differenzierend die Unterscheidung zwischen *nulidad absoluta* und *nulidad relativa* ein; letztere wirkt nicht *ex lege*, sondern nur im Falle einer Anfechtung (*rescisión*; Art. 1681–1697).

c) Dazu de Freitas, Argentinien und Brasilien

Bei *de Freitas* und im CC von *Argentinien* wird die Formel des Art. 1108 des F/CC nicht aufgenommen. Wenn die Art. 499 ff. des CC von *Argentinien* von *causa* handeln, so ganz anders als dieser, d.h. um so die Entstehungsgründe der Obligationen zu etikettieren; in diesem Zusammenhang ist ein Vertrag die *causa* der Parteiverpflichtungen, ohne aber selber einer *causa* zu bedürfen.

Ähnlich der *CC Brasiliens*: *Objeto* bedeutet in den Art. 82 und 145/II nichts anderes als den (widerrechtlich-unzulässigen) Vertragsinhalt. Die *falsa causa* des Art. 90 meint fehlerhaften Vertragswillen. Jegliche Annäherung dieser Regel an jene des F/CC wird ausgeschlossen durch den Kommentar von Bevilacqua, der zu Art. 1108 des F/CC bemerkt, dieser sei *entrado no Código Civil francez por um equívoco*: Rechtssetzung infolge Missverstehens der Tradition. Seine jegliche Parallelität mit der französischen Regel ablehnende Auslegung des Art. 90 begründet er mit Berufung auf die Vorbilder der Kodifikationen Argentinien, Deutschlands, Portugals und der Schweiz.

d) Weitere

Der CC von *Mexico* meint mit dem Vertragsnichtigkeit auslösenden Fehlen eines *objeto* in Art. 2224 die vorbestehende Unmöglichkeit (mit dem Hauptbeispiel der Nichtexistenz der Kaufsache). *Ilicitud en el objeto* kann *nulidad absoluta* oder aber bloß *nulidad relativa* auslösen (Art. 2225). Dies je nach gesetzlicher Anordnung, wozu die folgenden beiden Artikel interessante Differenzierungen bringen (auch nichtige Verträge können vorläufig, besonders gegenüber Dritten Wirkungen auslösen; der die *nulidad* aussprechende Richter hat über deren retroaktive Wirkung zu entscheiden).

Spanien: CC Art. 1261 übernimmt betreffend *objeto* und *causa* den Text von F/CC Art. 1108. Die Art. 1274–1277 zeigen, dass unter *objeto* der Gegenstand der eigenen Leistung verstanden wird, die Art. 1274–1277, dass *causa* vorab die vertraglich eingehandelte Gegenleistung bedeutet; beide müssen legal und inhaltlich bestimmt sein. *Causa* ist darüber hinaus auch die den Vertragsschluss auslösende Motivation (in welchem Sinn allein hinsichtlich der Vertragsauslegung auf *causa* Bezug genommen wird; Art. 1281 ff.). Die Regel „los contratos sin causa ... no producen efecto alguno“ (Art. 1275) wird teilweise wieder zurückgenommen in

den folgenden Art. 1276 und 1277; die Äußerung einer unrichtigen *causa* kann durch den Nachweis einer anderen behoben werden und hinsichtlich der nicht formulierten *causa* heißt es: „... se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no preube lo contrario“.

Portugal: Im Vergleich zur formellen, wenn auch praktisch nicht weit tragenden Anlehnung Spaniens an das französische Vorbild ist Portugal noch zurückhaltender. Der CC von 1868 nimmt in Art. 643 zwar in Anlehnung an F/CC Art. 1108 die Forderung eines *objet possible* auf, was dann in Art. 669–671 näher ausgeführt wird. Bedeutsame Bezugnahmen auf die *causa* im Sinne des F/CC sind nicht zu erkennen. Solche fehlen dann im CC von 1966 ganz und auch der Terminus *objecto* erscheint, abgesehen von Sonderzusammenhängen (Schenkung, Erbschaft etc.), allein in Art. 281, um ein *negócio jurídico* mit unmöglichem oder widerrechtlichem *objecto negocial* als *nulo* zu bezeichnen.

VII. Kodifikationsfamilien: Französischer, deutscher und iberoromanischer Rechtskreis

Die Kodifikationsgeschichte Lateinamerikas zeigt ein bewegtes Bild: Verschiedenartige Vorgehensweisen der Gesetzgeber, aber gegenseitige Einflussnahme bzw. Nachfolge. Den Abläufen lässt sich insgesamt keinerlei Abhängigkeit vom F/CC, wenn auch in Einzelfragen an der Oberfläche bleibender Einfluss erkennen. Alle zusammen bilden die Gesetze eine Gemeinschaft, die in der kontinentaleuropäischen Rechtsüberlieferung wurzelt und als deren Bestandteil gelten muss. Aber dieser weltumfassende Rechtskreis darf und muss aufgegliedert werden in Untergruppen, in durch engere Verwandtschaft zusammengeschlossene Kodifikationsfamilien. Diese sind unter sich weniger durch Ozeane als durch sprachliche Diversität getrennt, denn auch im Recht zeigt sich die verbindende oder aber trennende Kraft der Sprache⁵⁹.

Die spanisch-portugiesische Sprachfamilie konstituiert, privatrechtlich gesehen, eine eigene Familie, die sich von der französischen deutlich abhebt. Einige möchten demgegenüber die spanisch-portugiesischen Rechte gar als Ableger französischer Rechtstradition deuten, was aber, wie gesehen, keinerlei Grundlage hat.

Die Verhältnisse sind mit dem deutschen Sprachraum vergleichbar: Die Unterschiedlichkeiten des österreichischen und des schweizerischen Rechts gegenüber dem deutschen schließen keineswegs deren Verwandtschaft aus und hindern nicht, das Privatrecht des deutschsprachigen Raums als eine gegenüber anderen Rechten abgegrenzte eigene Rechtsfamilie zu betrachten.

Zwischen den verschiedenen Familien der kontinentalen Rechtsüberlieferung lässt sich die Verwandtschaft graduell abstufen. In der Sicht des Schreibenden ste-

⁵⁹ Was zu wenig beachtet wird. Dazu *Tony Weir*, Die Sprachen des europäischen Rechts – Eine skeptische Betrachtung, ZEuP 1995, 368–374.

hen die Privatrechtsordnungen des iberamerikanischen Raumes unserer eigenen Familie, der deutschsprachigen, näher als das französische Privatrecht. Geographische Entfernung oder Nähe hat keinerlei Einfluss, wohl aber, dass die spanisch-portugiesischen Kodifikationen später entstanden sind als der F/CC, gegenüber diesem Selbständigkeit suchen, komparatistisch abgestützt sind und die deutschsprachige Rechtsüberlieferung des 19. Jahrhunderts mit verwerten. Dem gegenüber ging Frankreich eigene, vom Ausland nicht beeinflusste Wege.

Während im 19. Jahrhundert im deutschen Sprachbereich die noch nicht erlangte nationale Einigung weiträumigen Gesetzesvorhaben entgegenstand, hallte in Lateinamerika nach der Loslösung von Spanien der Ruf nach Privatrechtsgesetzgebung: Diese sollte zum Beweis erlangter Selbständigkeit wie auch kultureller Unabhängigkeit vom ehemaligen Kolonialherrn werden, gleichzeitig aber wohl auch den neu entstandenen Nationalstaaten helfen, die eigene nationale Identität zu festigen. Daher eine Kodifizierungswelle in Lateinamerika in Jahren, in denen in Europa Stillstand herrschte, und daher dort die ersten Kodifikationen, die vom naturrechtlichen Kodifikationsstil abgingen und sich einer auch heute noch gültigen praxis- und problembezogenen Methode zuwandten.

Als Vorbild wäre im befreiten Lateinamerika der F/CC schon durch seinen „revolutionären Geruch“ empfohlen gewesen⁶⁰. Frankreich, auch nach 1814 eine Weltmacht, musste in Lateinamerika nach der Ablösung von der iberischen Halbinsel zu einem kulturellen Orientierungspunkt erster Ordnung werden. Nachfolge auch im juristischen Bereich wäre umso eher zu erwarten gewesen, wenn man die damaligen Verhältnisse bedenkt, etwa jene in Santiago de Chile, wo *Bello* sein Gesetz schuf: Ein bescheidener agrarischer Platz am Ende der Welt (*el último rincón de la tierra*, wie man in Santiago noch heute zu sagen beliebt) und (anders als etwa Argentinien) ohne universitäre Tradition: Grund genug, würde man denken, in Begeisterung für Paris zu verharren und sich gegenüber dem F/CC in intellektueller Bescheidenheit zu üben. Selbst die unveränderte Übernahme des F/CC wäre an sich denkbar gewesen⁶¹, wurde aber nie ernsthaft erwogen. Die demonstrierte Unabhängigkeit und das selbstbewusste eigene, unbefangene Suchen nach den besten Lösungen ist beeindruckend. Noch mehr sind es die großartigen Erfolge dieser Suche, denen zu damaliger Zeit in Europa nichts Gleichwertiges gegenüberstand.

⁶⁰ ALR und ABGB erschienen demgegenüber als Ausfluss des Ordnungswillens der seit je herrschenden Feudalherren. – Die Bedeutung des revolutionären Hintergrundes des F/CC als bestimmender Faktor der Einflussnahme wurde bei der Entstehung der Privatrechtskodifikationen der schweizerischen Kantone sichtbar: Der Kanton Waadt, kürzlich vom Joch des Standes Bern befreit, erließ eine sich am F/CC orientierende Kodifikation (1821). In entgegengesetzter Richtung dann aber die Privatrechtskodifikation des Standes Bern (ab 1824): Die seit je regierenden Herren, obwohl früher mit dem französischen Hof über Jahrhunderte verbunden (Verschaffung von Söldnern!), wenden sich vom Frankreich der Revoluzzer und dessen Code ab und blicken zum ABGB, dem Gesetz des restaurativen Österreich.

⁶¹ Bei Verhandlungen über die zu schaffende Verfassung hatte immerhin O'Higgins kurzerhand gefordert, die *Cinco Códigos célebres*, ja die französische Gesetzgebung insgesamt zu übernehmen! (so S. VI der Einleitung zu Bd. 13 der Gesamtausgabe von Bello's Werken von 1890; Fn. 36).

VIII. Noch einmal Andrés Bello und Teixeira de Freitas

Alles hier Beobachtete zwingt zur Annahme, dass in Lateinamerika bei der Ablösung von Spanien bereits eine selbstbewusste intellektuelle Kultur bestand. Herausgefordert durch die erlangte Eigenverantwortung stieg dort unsere Disziplin zu Höhen auf, welche jene ihres kontinental-europäischen Ursprungs nicht nur erreichte, sondern streckenweise übertraf. Dies darf man von den oben V. vorgestellten Persönlichkeiten sagen. Denkstil und Größe der beiden erstgenannten und besonders bedeutsamen Figuren sei hier noch je anhand eines kleinen Beispiels illustriert.

1. Andrés Bello als erster Vertreter des modernen Stellvertretungsrechts

Die Möglichkeit der *Stellvertretung*, des Vertragsschlusses nicht selbst, sondern durch einen Mittler, hatte eine hindernisreiche Entstehungsgeschichte. Die damalige Bedeutung der von dessen Redaktor in den chilenischen CC eingeführten, heute als selbstverständlich erscheinende Stellvertretungsregel kann nur aus historischer Sicht, vorab dem Vergleich mit den Vorgängen in Deutschland, erwogen werden. Das römische Recht der Antike und dessen Doktrin bis hin ins 19. Jahrhundert lehnten Stellvertretung ab: *alteri stipulari nemo potest*⁶². Die Neuzeit wollte auf sie nicht mehr verzichten; zur Zeit des Aufkommens des Kodifikationspostulates stand die Forderung nach deren Zulassung bereits fest, und die naturrechtlichen Kodifikationen fügten sich. Art. 1984/I des *französischen CC* lautet: „Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom“. Die Möglichkeit der Stellvertretung wird nicht durch Statuierung eines dahin gehenden allgemeinen Grundsatzes erreicht, sondern durch Erweiterung des Vertragstypus des Mandats, dem das ihm fremde Element der *procuracion* eingefügt wird⁶³. Ähnliche Wege waren schon *Bayern*⁶⁴ und *Preußen*⁶⁵ gegangen, auch *Österreich* blieb dabei⁶⁶.

⁶² Diese Regel mochte etwa bei Handeln der Haussöhne oder Sklaven punktuell abgeschwächt worden sein, wurde aber nie dem Grundsatz nach in Frage gestellt; *procuratio* hat im Mandatsrecht nichts zu suchen. Vor diesem Hintergrund kann *Ernst Rabel* sagen: „Sie [die direkte Stellvertretung] ist ein juristisches Wunder.“, in: Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom, Ges. Aufsätze, Bd. IV, S. 492.

⁶³ Der sonst so einflussreiche *Pothier* kann für diese unglückliche Regelung nicht in Verantwortung genommen werden: In seinem Obligationenrecht (Fn.7) stellt er die Vertretungsmöglichkeit fest, ohne sie in Zusammenhang mit dem Mandat zu bringen (dazu N. 74 und 75. – N. 74 Abs.3 lautet: „... procureur, car la procuration que lui a donné celui au nom duquel il contracte fit regarder celui qui a donné la procuration comme contractant lui-même par le ministère de ce procureur“. Nicht anders auch *Pothiers* Darstellung des Mandats. Soweit dort überhaupt von Geschäftserledigung durch einen Mandanten gesprochen wird, ist sie das, was heute (irreführend) als „indirekte Stellvertretung“ bezeichnet wird: Der Mandatar kontrahiert in eigenem Namen, trägt aber aus Mandat gegenüber dem Mandanten eine Pflicht der Ablieferung des Erworbenen und einen Anspruch auf Aufwendungsersatz.

⁶⁴ Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1759 betitelt im „Vierten Theil“ sein „Neuntes Capitulum“ so: „Von der Vollmacht (Mandato) und anderen ähnlichen Handlungen“.

⁶⁵ ALR I, 13 §§ 5–227 „Von den Vollmachtsaufträgen“.

⁶⁶ ABGB §§ 1002–1044; „Von der Bevollmächtigung und andern Arten der Geschäftsführung“.

Nicht nur die Zulassung der Stellvertretung als solche, sondern auch die Technik deren Verwirklichung entsprach dem Zeitgeist. Die Vereinigung von Vertretungsmacht und Auftrag war angesichts des häufig vereinten Vorkommens der beiden nahe liegend und im Übrigen wohl auch deshalb beliebt, weil damit das einzuführende antiromanistische Prinzip unauffällig einem romanistischen Vertragsverhältnis unterschoben wurde.

Im deutschen Sprachbereich statuierte als erste Kodifikation das von *Johann Caspar Bluntschli* (1808–1881) inspirierte Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (ZH/PGB von 1855) Stellvertretung in heutigen Sinne, d.h. ohne Bezug zu Mandat⁶⁷; ihm folgt zwar noch nicht der Entwurf eines BGB für *Bayern* von 1861⁶⁸, wohl aber 1863 das BGB für *Sachsen*⁶⁹. Damit ist bereits die heute allenthalben als selbstverständlich betrachtete Rechtslage erreicht, wenn auch bloß in beschränktem Raum (Kanton Zürich und Königreich Sachsen). Das ADHGB handelte zwar in seinem Buch 1, Titel 5 von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten (§§ 41–56), erwähnte dagegen die Stellvertretung nur beiläufig (§§ 297, 298); all dies beschränkt auf Kaufleute. Hinreichende gesetzliche Verankerung im Privatrecht findet die Stellvertretung erst im BGB (§ 164).

Die Doktrin sollte der Gesetzgebung den Weg weisen, hinkte ihr in Deutschland aber in der Frage der Stellvertretung hintendrein. Nicht nur mochte sie die Stellvertretungsregel der beiden genannten Gesetze nicht schlucken, sondern baute gegen die im ADHGB vorgesehenen Vertretungsmechanismen mit minimierender Deutung Widerstand auf. Die selbe Pandektistik war es ja auch, welche die juristischen Personen noch immer ablehnte oder, sie mit größtem Unbehagen betrachtend, höchstens als Fiktion gelten ließ. Es wogte der unfruchtbare Streit zwischen der sog. Fiktionstheorie und der Realitätstheorie⁷⁰. Nichts als Wirrnis bei allem, was der *alteri stipulari nemo potest*-Regel zuwiderläuft. Die damaligen Verrenkungen der maßgeblichen (romanistischen) Doktrin und deren Versuche, das axiomatisch als „unmöglich“ betrachtete vertretungsweise Handeln

⁶⁷ ZH/PGB § 949: „Wer dazu ermächtigt ist, kann auch für einen Andern einen Vertrag abschließen, so dass, wenn er als Stellvertreter sich zu erkennen gegeben hat, nicht der Vertreter, sondern der Vertretene zum Gläubiger oder Schuldner wird“.

⁶⁸ Entwurf Bayern: Art. 32 (S. 10): „Die Stellvertretung ist eine freiwillige, wenn der Vertreter zur Geschäftsführung für den Geschäftsherrn durch einen Auftrag des letzteren ermächtigt ist.“; S. 150 lautet der Titel vor Art. 685: „Auftrags- (Vollmachts-Vertrag)“ (sic), und diese Bestimmung: „Der Auftrags- oder Vollmachtsvertrag wird dadurch abgeschlossen, dass Jemand einen Anderen beauftragt ein Geschäft auszurichten, und der Andere diesen Auftrag annimmt“.

⁶⁹ BGB von Sachsen § 788: „Willensklärungen eines Stellvertreters, welcher sich als solcher zu erkennen gegeben hat, gelten, sofern er innerhalb der Grenzen seiner Befugnis handelt, so, als ob sie von dem Vertretenen abgegeben worden wären.“

⁷⁰ Die romanistische Fiktionstheorie mochte die juristischen Personen höchstens als „Fiktion“ bestehen lassen; die Stellung deren Vertreter wurde unter französischem Einfluss mandatsrechtlich gedeutet (die Verantwortlichen als Mandatare der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter). Diese Konzeption wurde schließlich in Deutschland wie der Schweiz radikal abgelehnt, wo man die Mitte 19. Jahrhundert neu aufkommende Organschaftslehre von Beseler und Gierke übernahm, während die Gegenposition in Frankreich und weit herum (in England als sog. *ultra vires*-Doktrin) maßgeblich war und erst in jüngster Zeit zugunsten der uns gewohnten Konzeption zurücktritt. Dazu *Bucher*, *Organschaft, Prokura, Stellvertretung*, in: *Festschrift für W. F. Bürgi*, Zürich, 1971, S. 39–63 (www.eugenbucher.ch, Nr. 13).

mit Wirkungen für Dritte in substituierende Mechanismen zu verwandeln⁷¹, sind erstaunlich. Vor diesem Hintergrund versuchte 1866 Laband in ZHR 10, 183 ff. Klarheit zu bringen. Er stellt fest, dass die Zulassung der Stellvertretung von sämtlichen Kodifikationen bejaht wird (er nennt ALR, ABGB, ZH/PGB und sächsisches Gesetz, nicht aber den F/CC), dass aber doktrinellem Widerstand und Umdeutungsversuche ungemindert weiterbestehen. Diesem will er entgegenzutreten, bezeichnet die Umdeutung des Instituts in die (eine *contradictio in adjecto* darstellende) „mittelbare Stellvertretung“ als verfehlt und erinnert insbesondere daran, dass Vertretung nichts mit Auftrag zu tun hat (es gibt „Mandat ohne Vollmacht“ und „Vollmachten ohne Mandat“; „der Auftrag ist also für die Stellvertretungsbefugnis irrelevant“; S.204, 205, 206), um schließlich einlässlich darzutun, dass dies auch die einzig zulässige Auslegung der Vertretungsregeln des HGB sei (Zif. IV f. S.209 ff.). Laband will nichts Neues bringen, sondern hält Selbstverständliches fest, das ADHGB vor Missdeutung schützend⁷². Dieser Aufsatz hat seinem Verfasser die Belohnung eines Glorienscheins eingetragen, der bis in unsere Tage weiterleuchtet⁷³. Ein Spezialist der Materie meint: „vor dem Erscheinen von Labands Abhandlung liegende Zeit war indessen für einen durchschlagenden Erfolg der Unterscheidung zwischen Vollmacht und Auftrag noch nicht ganz reif“⁷⁴. Derartige unbegründete Zuweisung von (vom Autor selbst nie beanspruchten) Verdiensten illustriert die erstaunlichen doktrinellem Schwierigkeiten noch in der Zeit nach Laband, sich mit Vertretungsmechanismen anzufreunden, sachlich-rechtspolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen und bereits bestehende, einfache und problemlos zu handhabende Gesetzesregeln als geltende Regeln anzuerkennen oder auch bloß zur Kenntnis zu nehmen⁷⁵. In Deutschland herrschte über

⁷¹ Thöl, Puchta und Sintenis versuchten, den Vertreter zu einem qualifizierten Boten herunterzustufen und die Erklärung des Vertretenen als vertragsbegründend zu deuten, andere wollten nur die „mittelbare“ (heute „indirekte“) Stellvertretung gelten lassen usw. (vgl. dazu die Nachweise bei Laband, „Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch“, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10, 1866, 183–241; hier S. 189 f., 195; mit weiteren Beispielen).

⁷² Selbstverständlich heute und auch damals in der Sicht Labands und der Gesetzgeber Chiles, Zürichs und Sachsens. Auf die beiden letzteren Gesetze sich zu beziehen hatte Laband keinen Anlass, da diese völlig eindeutig waren. Nicht so anscheinend für den damaligen Leser das HGB, das ihn deshalb zu weit ausholender Textauslegung veranlasst.

⁷³ Ihm sei „die gedankliche Unterscheidung der Vertretungsmacht von dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis“ zu verdanken: So vor allem Karl Lorenz, Allgemeiner Teil des BGB, 1. Auflage, 1967, § 37 I lit. a, S. 556, bis hin zu 7. Auflage, 1989, § 31 I lit. a, S. 614; abgeschwächt in 8. Auflage, 1997, bearbeitet von Manfred Wolf, § 47, Rn. 4. Weiterhin liest man: Laband habe den „Unterschied von Vollmacht und Auftrag „entdeckt“, was von vielen anderen Rechtsordnungen übernommen worden sei; so Werner Flume, Der AT des Bürgerlichen Rechts, 1965 (seither Neudrucke) § 56/I, S. 840. Und noch im HKK (2003) kann man lesen (BGB §§ 164–181, S. 921): „Er [sc. Laband] entwickelte damit als deutsche Besonderheit das *Abstraktionsprinzip* des *Vertretungsrechts*. So erst entstand ein vom *mandatum* getrenntes Stellvertretungsrecht“.

⁷⁴ Dieser Autor wird nicht müde, all die bei der Durchsetzung der Vertretungsmöglichkeiten auftretenden Schwierigkeiten zu schildern und von einem „überwältigenden Siegeszug“ der Laband'schen Ideen zu sprechen; so Wolfram Müller-Freienfels, Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, 1977, S. 144–212 (hier zit. S. 163 und 174); oder in Wolfram Müller-Freienfels, Stellvertretungsregeln in Einheit und Vielfalt – Rechtsvergleichende Studien zur Stellvertretung, 1982, S. 60–130. Die letztere Sammlung von Aufsätzen gibt ein anschauliches Bild der in die Irre gehenden und überflüssigen Auseinandersetzungen.

⁷⁵ Das Zürcher PGB wie auch das sächsische BGB trennen nicht etwa die Vollmacht vom Mandat ab, sondern stellen von vornherein keinen solchen Bezug her. Wie kann der zeitlich nachfolgende Laband gar eine

unzählige Jahrzehnte doktrинelle Mühsal und Verwirrung, die nicht einmal mit dem BGB ganz ein Ende fand⁷⁶.

Dies ist der Hintergrund der Beurteilung der Leistung von *Andrés Bello*: Obwohl selbst Romanist und Verfasser einer lateinischen Grammatik und eines Lehrbuches des römischen Rechts, schiebt er mit Selbstverständlichkeit die romanistische Regel beiseite und lässt ohne Aufhebens Art. 1448 seines CC lauten: „Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada per ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contrado él mismo“⁷⁷. Mit bloßer großer Handbewegung schafft er das „juristische Wunder“ der Stellvertretung (so *Ernst Rabel*, Fn. 61): Es werden die Institutionen der gewillkürten wie auch der gesetzlichen Stellvertretung statuiert und die sachlich geforderte Rechslage mit einer eleganten Formel einfach und klar festgeschrieben – von Mandat keine Spur. Das scheint uns heute selbstverständlich. Man bedenke aber die in Deutschland sich noch über Jahrzehnte hinaus ziehenden doktrинellen Irrungen und Wirrungen und ebenso, dass die in Chile verwirklichte Lösung damals offenbar auch in Lateinamerika quer in der Landschaft stand, vermochten doch die späteren spanisch- und portugiesischsprachigen Kodifikationen dem Vorbild Bellos nicht zu folgen⁷⁸. Die Liste der von Andrés Bello geschaffenen Regeln, die der Zeit voraus waren oder heute noch sind, ließe sich verlängern; hier nur der Hinweis auf die deliktsrechtliche Regel von Art. 2333, die gegenüber *drohendem* Schaden eine *Beseitigungsklage* zugesteht, und dies im Sinne einer *Popularklage*, wenn sich die Schadensdrohung nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt: Die Möglichkeit der Klage auf Gefahrenbeseitigung erscheint je länger desto sinnvoller, ist aber bis heute kaum irgendwo gewährt, und zu erwägen sind auch Popularklagen, gewissermaßen Gegenstück zu den seit kurzem am Horizont aufgetauchten problemvollen *class actions*.

„Entdeckung“ gemacht haben (so aber *Hans Dölle*, „Juristische Entdeckungen“, in: Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages II, S. B 1–22. bes. S. 4–7), da doch etliche Jahre vor ihm das heutige Konzept in zwei hiesigen Kodifikationen (und überdies in *optima forma* bei A. Bello) in aller Klarheit formuliert worden war und Laband nichts als die Regelung des HGB klarstellen will?

⁷⁶ Bei dem in Fn. 74 genannten Autor (Wolfram Müller-Freienfels) wird noch im ausgehenden 20. Jahrhundert tief wurzelndes Misstrauen sichtbar, das ihn mit Argumenten für eine restriktive Deutung der Vertretungsmacht kämpfen lässt, welche an die ein Jahrhundert zuvor beliebte Annäherung des Stellvertreters an den Boten erinnern.

⁷⁷ CC chileno Art. 1448 etwa: „Was jemand im Namen eines anderen kontrahiert, sei er von diesem oder vom Gesetz hierzu ermächtigt, hat für den Vertretenen die gleiche Wirkung, wie wenn dieser selber gehandelt hätte“.

⁷⁸ Anders allein Venezuela, das wie Chile eine autonome Stellvertretungsregel schaffte (CC Art. 1169–1172 a). Die Gesetze von Argentinien (Art. 1869 ff.), Brasilien (Art. 1288 ff.), Columbien (Art. 2142 ff.), Mexico (Art. 2446 ff.) und Paraguay (Art. 880) übernahmen alle die französische Lösung, die auch von de Freitas noch vertreten wurde (Art. 2853 ff.). Ähnlich auch der CC Portugals von 1868 (Art. 1318 ff.) und jener Spaniens. Letzterer allerdings mit der Besonderheit, dass die Mandatsregelung (Art. 1709 ff.) die Funktion des dahinein projizierten Stellvertretungsrechts kaum erkennen lässt und allein das Fehlen von anderweitigen Stellvertretungsregeln die dortigen Ansätze zu solchen macht. Anders der CC Portugals von 1966: Dessen Mandatsregelung ist sogar noch mehr und konsequenter als der F/CC auf die Stellvertretungsfunktion ausgerichtet (*praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra*; Art. 1157), während das Mandat im herkömmlichen Sinn (d.h. mit dem Inhalt einer *obligatio faciendi*) ausgelagert wird in einen vorangestellten „Dienstleistungsvertrag“, den *Contrato de prestação de serviço* (Art. 1154–1156), der seinerseits wiederum vorab aus Verweisungen auf Mandat, Depositum und „Unternehmervertrag“ (*Empreitada*, Art. 1207 ff.) besteht.

2. Teixeira de Freitas (Beispiel der Doktrin des Vertragsschlusses)

Den *Esboço* von de Freitas gesamthaft zu erfassen wäre eine gewaltige Aufgabe. Das hier aus dem Zentrum des Obligationenrechts gewählte kleine Beispiel betrifft seine Konzeption zum *Zusammenspiel von Vertrag und Obligation*⁷⁹.

Am Ausgangspunkt finden wir die einfache Feststellung, dass Verträge vorliegen, wenn zwei oder mehr Personen unter sich eine einzige oder aber gegenseitige Obligationen mit korrespondierenden Forderungsrechten begründen oder modifizieren (Art. 1830). Dazu wird nun aber präzisierend festgehalten, dass Vereinbarungen, die Obligationen aufheben oder rechtlich nicht durchsetzbare Forderungen begründen, zwar eine *convenção jurídica*, nicht aber einen Vertrag darstellen (1831 f.). Es werden damit bereits zu Beginn die schuldrechtlichen Verträge im engeren Sinne abgegrenzt gegenüber anderen rechtsrelevanten Vereinbarungen (darunter auch die nicht forderungsbegründenden Schuldverträge und andere Verfügungsgeschäfte). Im anschließenden Kapitel über *consentimento* (Herstellung von Willensübereinstimmung) interessiert uns vor allem der neu entwickelte Zentralbegriff der *promessa*. Funktional vorerst unserer Offerte entsprechend, aber weit über diese hinausgehend, ist sie die einseitige Erklärung der Übernahme der vertragsgemäß zu übernehmenden Pflicht, die wirksam wird, wenn sie von der Gegenseite angenommen wird⁸⁰. Die *aceitação* wird definiert als Erklärung, das der bedingt versprochenen Obligation entsprechende Recht annehmen zu wollen (Art. 1835). Die Dinge werden bis ins Detail analysiert: Wir finden eine Liste von Willenserklärungen, welche Offerte bzw. Akzept bedeuten können⁸¹. Im Übrigen wird festgehalten, dass die als erste geäußerte *promessa* eine vorweggenommene Annahmeerklärung der allenfalls in der *aceitação* des Vertragspartners enthaltenen *promessa* impliziert (Art. 1737).

Die *promissio* des *Esboço* wie auch unsere Offerte (Angebot) stehen in der Tradition der *Digesten*. Dort ist *pollicitatio*⁸² die einseitige Verpflichtungserklärung, die generell rechtlich unbeachtlich ist und nur ausnahmsweise, d.h. allein in einer abschließend aufgezählten Reihe von Sondertatbeständen eine *obligatio* begründet. Erst im Mittelalter kommt hinzu der Sonderfall der Annahmeerklärung des Promissars und die ursprünglich einseitige Willenserklärung als exzeptioneller Obligationentstehungsgrund zusammen mit einer Gegenerklärung wandelt sich zum paradigmatischen Vertragentstehungsgrund. *Promissio* bzw. *pollicitatio* machen daher zuerst den Sinnwandel durch von einem in Sonderfällen bindenden einseitigen Versprechen, dann zu einem unter der Bedingung eines Gegenversprechens

⁷⁹ Wir befinden uns im zweiten Buch zu den persönlichen (relativen) Rechten (Sektion III, den *relaçõe civis*, d.h. Forderungsrechten gewidmet, in Titel I zu den Obligationen *derivadas dos contratos* (Art. 1830–3395).

⁸⁰ Dies wird festgeschrieben am Beispiel des bloß einseitig verpflichtenden Vertrages (*unilateral* oder *beneficio*), der ebenfalls der Annahmeerklärung bedarf (Art. 1833).

⁸¹ Art. 1837; *Promessa* wie *aceitação* können sein vorangehende *proposta, oferta, pergunta, pedido, autorização, mandato, ordem, comissão*, oder nachträglich erfolgende *resposta, estipulação, aprovação, ratificação*. In Art. 1838 sodann die Feststellung, dass Willenserklärungen nicht bloß *expressamente*, sondern auch *tácitamente* geäußert werden können.

⁸² *Promissio* entspricht der mehr technisch verwendeten *pollicitatio*; Dig. 51, 12 *de pollicitationibus*; beide Termini in Cod. 5, 11: *De dotis promissione vel nuda pollicitatione*.

verpflichtenden Versprechen, um schließlich in der Neuzeit zu einem bloßen Vorschlag, unserer Offerte zu werden. Das ALR reflektiert mit seinem „gültigen Versprechen“ doppeldeutig den alten wie den neuen Gehalt⁸³; das ABGB stützt sich zwar noch auf den Versprechensbegriff, bezeichnet aber schließlich den Konsens als konstitutiv⁸⁴. Anders als diese nun aber de Freitas, dem es gelingt, das traditionelle Pflichtelement beizubehalten und funktional mit unseren Offert-/Akzept-Regeln zu verbinden.

Heute steht bei den meisten Kodifikationen als konstituierendes Element der Konsens im Vordergrund, zu dem die unentbehrlichen Spielregeln über Angebot und Annahme nur ergänzend hinzutreten⁸⁵. Demgegenüber beschränkt sich der F/CC auf das *consentement de la partie qui s'oblige* (Art. 1108⁸⁶) und verzichtet noch ganz auf die Figuren Offerte und Akzept. Anders nun aber Deutschland, wo dieses Begriffspaar eine Eigendynamik entwickelt und sich im BGB im letzten Moment ungehörig in den Vordergrund drängt: Der 3. Titel, „Vertrag“ (§§ 145–157), handelt primär über Austausch von Offerte und Akzept und bezieht sich bloß anhangsweise auf Konsens (§§ 154 f.)⁸⁷. Das ist eine in die Irre leitende Optik⁸⁸, die derartige Vertragsentstehung zum Regelfall macht, während Zurückgreifen auf dieses Figurenpar fast nur in Ausnahmefällen notwendig und sinnvoll ist.

Die *promissio* von de Freitas ist nicht auf die Willensübereinstimmung der Parteien und den Inhalt des Vertragskonsenses ausgerichtet, sondern auf die Versprechensinhalte, die durch Vertrag für jede der Parteien begründeten Pflichten. Das ist präziser, d.h. näher bei der Durchsetzung der den übernommenen Obligationen entsprechenden Ansprüche. Eine eindruckliche und einnehmende Gesetzestechnik: Die Umschreibung der je von den Parteien übernommenen Pflichten ist bestimmter als jene des Vertragsinhalts, insbesondere im Prozessfall die Fragestellung klarer, die Klagegrundlage leichter einsichtig. Im Übrigen können dem knappen Gesetzestext eine ganze Reihe von Regeln entnommen werden, die bei

⁸³ ALR I, 5 § 79: „Durch die Annahme eines gültigen Versprechens wird der Vertrag geschlossen“; ähnlich andere Stellen.

⁸⁴ ABGB § 861: „... ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beyder Theile ein Vertrag zu Stande“.

⁸⁵ Vergleiche ZH/PGB §§ 903 ff., Dresdener Entwurf, Art. 42, der Austausch von Antrag/Annahme wird zutreffend als Sonderfall vorgestellt („Ist zur Herbeiführung eines Vertrags ein Antrag gemacht...“; Art. 45 ff.); CH/OR Art. 1: „Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien erforderlich. – Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.“ (so bereits § 31 des Entwurfs Munzinger von 1869 und Art. 1 des OR von 1883).

⁸⁶ Dass die Willenserklärung nur der *partie qui s'oblige* gefordert wird, darf als Referenz an den traditionellen *promissio*-Begriff gelesen werden, denn es geht keineswegs darum, den Empfänger einer Schenkung von einer Annahmeerklärung zu dispensieren, wird doch eine solche explizit gefordert (Art. 932).

⁸⁷ So erst die Schlussfassung des BGB. Der Entwurf von 1888 hatte noch an die Spitze des 3. Titels „Vertragsschließung“ die Regel gestellt: „Zur Schließung eines Vertrages wird erfordert, dass die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären.“ (§ 77); die Spielregeln über den Austausch von Offerte und Akzept waren an den Schluss verwiesen (§§ 80 ff.). Die Gründe der Neuorientierung lassen sich den Protokollen nicht entnehmen; Band I, S. 74 ff. erwähnen nur den zum Beschluss erhobenen Antrag, § 77, da entbehrlich, zu streichen, sowie Detailberatung einzelner Bestimmungen des bisherigen Entwurfs, jedoch keine Grundsatzdebatte.

⁸⁸ Sie lädt ein zu unsinnigen Vorstellungen nach dem Muster „Vertrag dann, wenn Offerte und Akzept“.

uns vorerst offen bleiben: Die beliebte (wenn auch praktisch bedeutungslose) Frage nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Selbstbedienungsladen kann gar nicht erst aufkommen, da eine konkrete Verpflichtungserklärung erst an der Kasse seitens des Käufers erfolgt. Dass zwei sich kreuzende inhaltlich identische Angebote einen Vertrag zustande bringen, sagt zwar gesunder Menschenverstand, ergibt sich aber nicht zwingend aus dem Gesetzeswortlaut unserer Gesetze, wohl aber aus der Formel von de Freitas. Unbeantwortet bleibt bei uns die eher aufkommende Frage, was gelten soll, wenn „überschießende“ Angebote sich kreuzen, etwa ein Kaufinteressent einen höheren Preis offeriert als der Verkäufer fordert. Nach der Regel von de Freitas ist klar: Bezüglich des Preises liegt nur eine *promessa*, jene des Käufers vor, sodass allein diese Recht machen kann: Jeder schuldet genau das, was er versprochen hat, und der Käufer kann sich nicht auf die *promessa* des Verkäufers berufen, der die Kaufsache für geringeren Preis zu liefern versprach. Die genannten Beispiele mögen, obwohl selber ohne große Bedeutung, die Stringenz und Problemnähe der *promessa* des *Esboço* illustrieren⁸⁹.

Das von de Freitas vor anderthalb Jahrhunderten entwickelte Modell der Vertragspflichten erlangt heute in Europa unerwartete Aktualität, ist doch dort die Rede von Rechtsvereinheitlichung, so auch im Vertragsrecht und gar über den Kanal hinweg, dies im Hinblick auf eine Annäherung des kontinentalen und des englischen Vertragsrechts. Letzteres weicht nun aber fast weniger in den praktischen Ergebnissen als in seiner Grundkonzeption vom Kontinent grundlegend ab. So hat in England (was man sich hierzulande nicht hinreichend vergegenwärtigt) die Figur des Vertrags (*contract* wie auch *breach of contract*) bloß sekundäre, d.h. deskriptive, nicht normative Funktion: Primär maßgeblich sind nur die von den Parteien je abgegebenen Verpflichtungserklärungen, und im Prozess wird allein nach dem *promise* des in Pflicht genommenen Beklagten gefragt, während der Vertrag der Parteien als solcher nicht interessiert. Der vom unsrigen grundlegend abweichende *approach* zum Vertragsphänomen in England gleicht jenem von de Freitas: Gleicher Ursprung der Begriffe *promise* und *promessa* und noch jetzt Ähnlichkeit der beiden, was echte Vergleichung möglich macht. Bei aller Nähe zu England behält bei de Freitas der Vertrag mehr Gewicht und steht unseren Anschauungen näher. Sein auf die *promessa* abgestütztes Vertragsmodell könnte daher Anregung geben, wenn man je daran gehen sollte, nach Vertragskonzepten zu suchen, die auf beiden Seiten des Kanals verstanden werden.

IX. Zum Schluss

Das Privatrecht Lateinamerikas hat nicht bloß seine Wurzeln in Europa, sondern ist in seinem Wachstum und der weiteren Entwicklung mit dem unsrigen verbunden geblieben. Durch die äußeren Umstände früher als in Europa zur

⁸⁹ Erstaunlicherweise sind weder Vélez Sarsfield für Argentinien noch Bevilacqua für Brasilien in diesem Punkte dem Beispiel des *Esboço* gefolgt.

Schaffung von Kodifikationen gedrängt, entstanden jenseits des Atlantik im 19. Jahrhundert Gesetze und ein Gesetzgebungsmodell, denen zur gleichen Zeit im deutschen Sprachbereich nichts Gleichwertiges gegenüberstand: Der gewiss verdiente und weiter führende Dresdener Entwurf wirkt heute neben dem elf Jahre älteren CC Chiles verstaubt, und in der damaligen Pandektenliteratur fanden sich zum Thema der Entstehung der Vertragsobligationen keine Konzepte, die heute auch nur entfernt gleiches Interesse wie jene von de Freitas verdienen würden.

Derartige Bemerkungen allein, um die Elite der Deutsch sprechenden Vertragsrechtler herauszufordern, wenigstens von Ferne Kenntnis zu nehmen von den Vorgängen in Lateinamerika im 19. Jahrhundert und bis hinein in die Gegenwart. Und dies gilt am meisten für jene, welche an das Aufbauen gesamteuropäischer Schuldrechtskonzepte denken: Nur der Überblick über alle bereits bestehenden Lösungsvarianten, nicht aber bloß über einen Teil derselben genügt. Und allein der Blick über Europas Grenzen hinaus gibt Hoffnung, Europa davor zu bewahren, dass dort bloß nach Lösungen des geringsten Widerstandes und aussichtsreichster Akzeptanz gesucht wird oder es gar beim Feilschen der Akteure um das Einbringen der ihnen altgewohnten eigenen Regeln bleibt. Alle Weltgegenden, welche in kontinentaleuropäischer Tradition wurzeln, sollten in die Betrachtung einfließen. Die Regionen, in denen man Spanisch oder Portugiesisch spricht, würden den wichtigsten Beitrag liefern. Und deren in der Geschichte wurzelndes und von echtem Interesse für Lösungen des Auslandes bestimmtes Vorgehen beim Aufbau ihrer eigenen Gesetze müsste dem alten Kontinent, wenn er je zu ernsthaften Gehversuchen in Vertragsrechtsvereinheitlichung ansetzen sollte, Vorbild sein.