Max-Planck-Institut
für europäische Rechtsgeschichte
cn=Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, email=info@mpier.uni-frankfurt.de, o=Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, c=DE

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XVIII

Herausgegeben von Dieter Simon

Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1991

ALFONS BÜRGE

Vom Aufstieg und Fall einer Eigentumskonzeption

Überlegungen zum Erkenntniswert einiger beliebter Denkmuster

Die geschichtliche Einführung in das französische Sachenrecht, die Anne-Marie Patault* hier vorlegt, baut auf dem Grundgedanken auf, daß sich auf dem Boden Frankreichs zwei Konzeptionen des Grundeigentums begegneten. Die alte, von den Coutumes getragene Ordnung kannte sich einander überlagernde Eigentumsformen. Mit der Rezeption drang allmählich die romanistische Konzeption ein, die auf der Ausschließlichkeit des Eigentums basierte. Sie feierte ihren Triumph im Code civil von 1804, erfuhr dann aber im 20. Jahrhundert einen Niedergang. Damit ist der rote Faden gegeben.

An diesem Ort können wir darauf verzichten, das ganze Werk – beginnend bei den bekannten mittelalterlichen Eigentumsformen – breit zu referieren. Wichtiger scheint es uns, die besonderen Akzente hervorzuheben, beispielsweise das Bestreben, nicht beim Versuch einer juristisch-begrifflichen Erfassung der früheren Verhältnisse stehenzubleiben, sondern auch auf die vielfältigen sozialen und wirtschaftlichen Bezüge hinzuweisen. Der mit der französischen Rechtsgeschichte wenig vertraute Germanist findet hier zudem, was ein besonderer Vorzug ist, begleitend zu den Artikeln stets auch eine Art Bibliographie raisonnée, die bezüglich der französischen Literatur auf dem neuesten Stand ist. Das Werk, das im deutschen Sprachraum kein Pendant hat, ist also eine Aufforderung zur Horizonterweiterung über den oft zu eng gesteckten nationalen Rahmen hinaus! Schade nur, daß Patault selber in ihrem Bereich andere Sprachgebiete kaum berücksichtigt.

Aus einer mehr romanistisch geprägten Perspektive wird man zwei Fragen an die Darstellung Pataults stellen müssen. Die eine zielt auf den Eindruck, daß die Rezeption als eine Art Störenfried in die ruhige, gegliederte, in die Gemeinschaft eingebettete und in vielfältiger Weise mit ihr verzahnte sachenrechtliche Verfassung eingebrochen sei. Nun hat sich aber das römische Recht nicht als selbsttätige Kraft auf den Weg gemacht, sondern es wurde in erster Linie als Träger von Ideen

* ANNE-MARIE PATAULT, Introduction historique au droit des biens. Paris: Presses Universitaires de France 1989. 336 p.

benutzt. Was die Rezeptionsästhetik im Bereich der Literaturwissenschaft wieder thematisiert hat, gilt in gewissem Sinn auch hier: Der Leser schuf und schafft sich seinen Text.[1]

Man wird also den Grund dafür, daß diese Quellen herangezogen und in der von Patault geschilderten Weise gelesen wurden, kaum finden, wenn man die sachenrechtliche Verfassung als Gemeinschaftsordnung schon als solche exaltiert, ohne auf ihre innere Struktur zu achten. So harmonisch war ja die mittelalterliche Gesellschaft keineswegs. Das römische Recht, das in seiner klassischen Ausprägung mit seiner Konzeption des Formularprozesses die Parteien gezwungen hatte, ihren Konflikt rechtlich zu präzisieren und auf ein möglichst klar und eng umschriebenes Prozeßthema zu konzentrieren, hatte zu seiner Zeit ein Instrumentarium erarbeitet, das eine rechtliche Ausdifferenzierung von vermögensrelevanten Lebenssachverhalten erlaubte. Die in den kompilierten Juristenschriften überlieferten Zeugnisse dieser Arbeit konnten später wohl zu einer feineren Analyse von typischen Situationen animieren, die in der Praxis oft Anlaß zu Schwierigkeiten boten. Die eigentliche Antwort war und ist damit aber noch nicht gegeben. Das zeigen nicht zuletzt all die vielen auf das römische Recht gestützten, von Patault auch behandelten (S. 83–132), Lehrtraditionen des gemeinen Rechts, die dem historischen römischen Recht zuwiderlaufen.

Diese Bemerkungen, die auf der Ebene der damaligen Praxis das im Auge haben, was Wieacker seinerzeit als Verwissenschaftlichung des Rechts zu deuten versucht hatte, passen durchaus auch auf die – von Patault im übrigen mit wenigen Strichen glänzend skizzierten (S. 60 f.) – Verhältnisse, die wir heute im Gesellschaftsrecht bewältigen. Daß die Kategorien des Sachenrechts nicht mehr ausreichten, sich aber auch nicht für eine Ausdifferenzierung anboten, dürfte also weniger mit einem verborgenen Telos zu tun haben, sondern mehr damit, daß so für eine ganze Reihe von Fragen eine höhere Rationalität bei der rechtlichen Behandlung des Einzelfalls erzielt werden konnte.

Die zweite kritische Frage des Romanisten beschlägt die Konzeption, die Patault vom römischen Recht hat. Den Gang ihrer Darstellung bestimmen trotz einiger Relativierungen noch stets die in den Pandektenlehrbüchern herrschenden Anschauungen, die mit einem einheitlichen, als System geschlossenen römischen Recht arbeiteten – auch sie

[1] In diesem Sinne mit einem instruktiven Blick von der Rezeptionsästhetik auf die Rechtsgeschichte H. R. Jauss, Die Theorie der Rezeption. Rückschau auf ihre Vorgeschichte, Konstanz 1987, bes. S. 13 ff.

ein Produkt späterer Leser. Damit folgt sie zwar einem in der modernen Romanistik noch da und dort als Routine geübtem Schema, das unbefangen ein romanistisches Konzentrat der neueren Entwicklung gegenüberstellt, ohne die zeitgenössischen, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in Vergangenheit und Gegenwart nennenswert in Rechnung zu ziehen. Allerdings wird man auf diese Weise kaum verstehen können, warum zum Beispiel die Glossatoren die römische strenge Opposition zwischen Eigentum und Obligation nicht tiefer empfunden hatten (S. 84–87).

Hätte Patault hingegen auch das moderne begriffliche Instrumentarium untersucht, das sie an diese Epoche heranträgt, wäre ihr eben aufgefallen, daß die von ihr so bezeichneten metaphysischen Postulate des Code civil weder römisch waren noch von Napoleon und seinem Conseil d'Etat stammten, sondern bis in die von ihr zitierten Wendungen und Ausdrücke hinein (vgl. S. 218, Aubry et Rau) Frucht einer romanistischen, vom Idealismus geleiteten 'Erkenntnis des Erkannten' von Exponenten wie Savigny und K. S. Zachariä sind.[2] Auf der anderen Seite aber würde ein solcher Standpunkt das Verständnis dafür erleichtern, warum die Konzeption des *patrimoine* (S. 101), die dem pandektistischen Denken des 19. Jahrhunderts angehört, früher eben keine Rolle spielte.

Diese Bemerkungen wollen bewußt ein Gegengewicht zu den Akzentsetzungen Pataults bilden, was im folgenden noch prononcierter für die Zeit geschehen soll, die die Französische Revolution als Zäsur markiert. Die Herausarbeitung des *exclusivisme*, der – wie Patault richtig sieht (S. 173) – für den landwirtschaftlich genutzten Boden in gewissen Gegenden schon vor der Revolution legislatorisch umgesetzt wurde, zielte durchaus auf eine Optimierung. Dahinter aber standen Kosten-Nutzen-Relationen in einer Volkswirtschaft, die sich vor das Problem gestellt sah, Wege zur Sicherung einer ausreichenden Ernährung der Bevölkerung zu finden. Bezeichnenderweise hinderten nämlich die gemeinschaftlichen Formen die Vermögensvermehrung des privaten Besitzers keinesweg; selbst adlige Grundbesitzer erwarben zusätzliches Untereigentum, hinsichtlich dessen sie sich unter eine andere Herr-

[2] Dazu eingehend BÜRGE, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert (Ius Commune, Sonderhefte 52), Frankfurt a. M. 1991, bes. S. 42 ff. Zu der von A. BOECKH, Enzyklopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften, hg. von E. BRATUSCHEK, Leipzig 1886, bes. S. 10, 55 f. geprägten Formel vgl. F. RODI, Erkenntnis des Erkannten, Frankfurt a. M. 1990, S. 70–88.

schaft stellten.[3] Global betrachtet aber störten sie die Effizienz der Versorgung mit Grundnahrungsmitteln.

Solche und ähnliche Erscheinungen sind natürlich mitzuberücksichtigen, wenn man über das Ausmaß der bei Ausbruch der Revolution noch bestehenden Feudalrechte diskutiert, denn oft war dafür mehr das Postulat nach Rationalisierung und weniger der Gedanke einer grundsätzlichen Neuorientierung leitend.[4] Dabei soll man auch nicht aus den Augen verlieren, daß viele Kompetenzen der Feudalherrschaften auf den Staat übergingen, der sie mit seinem Verwaltungsapparat neu ordnete und zentralisierte. Auf ein Kontinuum weist zudem die Erscheinung, daß später die direkten Steuern hauptsächlich auf dem landwirtschaftlich genutzten Boden lasteten. Mit dem interessanten Hinweis, daß die Eigentumsgarantie in art. 17 der *Déclaration des droits de l'homme* darauf abzielte, die wohlerworbenen Rechte gerade des Adels zu schützen (S. 177), zeigt Patault überdies selber, wie man in einer ersten Phase des revolutionären Aufbruchs das Eigentum tatsächlich verstanden hatte.

Die soziale Organisation ist angesprochen, wenn man sich vor Augen hält, wieviel gerade die Revolution zur Stärkung des Gemeineigentums beigetragen hat. Schließlich konnte der reiche Grundbesitzer vom neuen Gemeinbesitz durchaus profitieren, man denke nur an die Hut- und Triftrecht (*vaine pâture, parcours*).[5] Mag wie soviel anderes auch die Abschaffung solcher Gemeinrechte durch die Revolution vordergründig an Zeitmangel gescheitert sein, so ist es doch bezeichnend, daß der unter Napoleon ausgearbeitete, dem gleichen Postulat verpflichtete *Code rural* später sowohl unter der Restauration wie während der Juli-Monarchie zwar wiederholt lanciert, aber erst in den siebziger Jahren in diesem Punkt zu einem schönen Teil Realität geworden ist.[6] Da dürfte auch der Widerstand gewisser Kreise des Besitzbürgertums eine Rolle gespielt haben. Im *Code forestier* nämlich, wo die gleichen dogmatischen Probleme wirtschaftlich anders gelagert waren, wurde manche legislatorische Neuerung viel früher verwirklicht, weil dahinter vitale

[3] Vgl. dazu W. MAGER, Landwirtschaft und ländliche Gesellschaft auf dem Weg in die Moderne, in: Deutschland und Frankreich im Zeitalter der Französischen Revolution, hg. von H. BERDING u. a., Frankfurt a. M. 1989, S. 59–99, 62.

[4] Zur Begriffsbildung im historiographischen Kontext H. KRIESER, Die Abschaffung des „Feudalismus" in der Französischen Revolution, Bern usw. 1984.

[5] Vgl. dazu MAGER (Anm. 3), S. 72 sowie PATAULT S. 180 mit weiteren Literaturhinweisen.

[6] Vgl. F. FORTUNET, Le Code rural ou l'impossible codification, Annales historiques de la Révolution française 54 (1982), S. 95–112.

Interessen der vermögenden Waldeigentümer standen. Am selben Beispiel läßt sich mit Blick auf die enormen Waldzerstörungen im Gefolge der Revolution ebenfalls lernen, wie sowohl das ungebremste Ausleben des Gemeinschaftsgedankens als auch die unbeschränkte Freiheit des Eigentümers die Substanz selber bedrohen konnte.[7]

Im Ganzen sind, was wir schon im Blick auf die Rezeption moniert haben, die metaphysischen Postulate, die Patault der Konvention folgend der Eigentumskonzeption des Code civil zuschreibt, äußerst hinderlich. Das zwingt sie dann zur bekannten Erklärung, daß der Gesetzgeber das, was die spätere Literatur explizit machen mußte, bereits als selbstverständlich vorausgesetzt habe (vgl. S. 218 f.). Seltsam muß dabei freilich berühren, warum man damals kein Bedürfnis empfand, das Neue, das zu allem noch im Gewand der altüberlieferten Definitionen und Lehrtraditionen einhergegangen sein soll, zu thematisieren. Das ist umso erstaunlicher, als in jener Zeit – die Revolution selber zeugt davon eindrucksvoll mit der Masse der überlieferten Quellen – eine der geschwätzigeren Epochen der Weltgeschichte begonnen hat. Auch die Figur des Paradoxons, etwa in dem Sinne, daß diejenigen, die der neuen Idee des *exclusivisme* verpflichtet waren, paradoxerweise die alten Gemeinschaftsformen des Code weiterkultivierten, ist entbehrlich. Die revolutionären Gesetzgeber sahen hier nämlich keine Widersprüche, sondern gingen zielstrebig auf ihr Anliegen los, das sie mit anderen Argumenten zu begründen wußten.

Einen Weg, den Knoten zu lösen, beschreitet Patault in der Tat. Sie beobachtet nämlich zutreffend, wie die Rechtsprechung stark dem traditionalen Recht verpflichtet blieb und so auch den Gemeinschaftsgedanken zum Ausdruck brachte. Daß sie hier in stärkerem Maße, als es sonst üblich ist, die Judikatur nachweist, und von der nur punktuellen Heranziehung einzelner Entscheide abrückt, ist kein geringes Verdienst ihrer Einführung und verdient höchstes Lob.[8] Auch auf dem Gebiet des Gesetzgebung weist sie da und dort auf Einschränkungen des *exclusivisme* hin, die sie auch bibliographisch dokumentiert. Würde man nun ebenso die Doktrin synchronisch und in ihrer Entwicklung zu erfassen

[7] So kritisierte A.-J. BLANQUI, Du déboisement des montagnes, Paris 1846, S. 47 ff. von einem wirtschaftsliberalen Standpunkt aus vor der Öffentlichkeit der Académie des sciences morales in seinem alarmierenden Bericht die Weidewirtschaft in den Wäldern und äußerte ganz allgemein die Ansicht, daß in der Forstpolitik die Zeiten eines als *droit d'user et d'abuser* verstandenen Eigentums vorbei seien; vgl. damit PATAULT S. 225.

[8] Vgl. auch PATAULT, La propriété absolue à l'épreuve du voisinage au XIXe siècle, in: J.-L. HAROUEL (Hg.), Histoire du droit social. Mélanges ... J. Imbert, Paris 1989, S. 457–463.

versuchen, würde nicht nur die Kohärenz von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre zu Beginn des Jahrhunderts manifest, sondern auch die Herkunft der als metaphysisch empfundenen Postulate sichtbar, die eben erst später von einem sich allmählich entwickelnden wirtschaftlichen Liberalismus an den Code herangetragen wurden.

Das läßt sich am Beispiel der Emphyteuse gut illustrieren. Hier hatte der Gesetzgeber kein Regelungsbedürfnis gesehen, obwohl diese Nutzungsform damals weit verbreitet gewesen war, was doch Hinweise auf das herrschende Eigentumsmodell erlaubt. Die Rechtsprechung konnte sich daher im gleichen Sinn und Geist an den tradierten Mustern orientieren. Umgekehrt läßt die spätere Kritik, die hier eine Lücke empfand, erkennen, wie die ursprüngliche Konzeption nicht mehr verstanden und so zum Problem wurde. Der Wandel der Anschauungen und des allgemeinen Konsenses erforderte daher eine neue dogmatische Deutung.

Statt mit dem Verblüffungseffekt rhetorischer Figuren wie dem Paradoxon zu arbeiten, wäre es also zielführender, ebenso systematisch wie die Judikatur die Literatur, nicht zuletzt die Kommentare, heranzuziehen und über einzelne, zwar oft zitierte, aber isolierte Beispiele hinauszugehen. Da würde es sich durchaus lohnen, zunächst bei der Eigentumsdefinition selber zu beginnen. Das läßt sich am Beispiel des *abus* gut illustrieren,[9] der in der bekannten, in der Kodifikation nicht berücksichtigten, damals aber gebräuchlichen Formel aufscheint, die auf Hotman und die elegante Jurisprudenz zurückgeht: „Dominium est ius ac potestas re quapiam tum utendi, tum abutendi, quatenus iure civili permittitur." Selbst noch spätere Kommentatoren wie Demolombe belegen, daß man in diesem Zusammenhang *abuti* keineswegs im Sinne von ‚mißbrauchen', sondern von ‚verbrauchen' verstanden hatte, das die *differentia specifica* zum Nießbrauch ausdrücken ließ.[10] Deshalb wäre dann zu

[9] So war J. B. DUVERGIER, De l'étendue du droit de propriété, in: Revue étrangère de législation et d'économie politique 10 (1843), S. 425–446, 601–624, anders als es PATAULT S. 239 darstellt, mit seiner Ansicht zu seiner Zeit isoliert. Immerhin hatte er aber die Unbeschränktheit der Immissionsbefugnisse des Inhabers eines einmal bewilligten Betriebes mit dem Rechtsmißbrauchsverbot mildern wollen. CH. DEMOLOMBE, Cours de Code civil, Paris 1845/82, Bd. 12, S. 143 f. (nr. 653) wandte sich gegen die Lösung als solche. Damit wurde in diesem Lösungszusammenhang auch das Rechtsmißbrauchsverbot entbehrlich. G. MASSÉ, Traité du droit commercial, 2. Aufl. Paris 1861/62, Bd. 2, S. 123 f., der in der ersten Auflage als einziger der namhaften Autoren Duvergier gefolgt war, lehnte dessen Lösung unter anderem mit der präzisen Begründung ab, daß sie eine Enteignung nicht zum Wohle der Allgemeinheit, sondern von Privaten statuiere.

[10] DEMOLOMBE, Cours de Code civil, Paris 1845/82, Bd. 9, S. 357 (nr. 475). So auch explizit J. P. MALEVILLE, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat, Paris 1805, Bd. 2, S. 29 (zu art. 544 C. civ.).

fragen, warum eine spätere Zeit eine andere Bedeutung heraushören und die Meinung vertreten konnte, daß dem Mißbrauch damit Tür und Tor geöffnet worden sei, obwohl doch gerade Napoleon – ohne im Staatsrat auf Widerspruch zu stoßen – gemeint hatte, daß der Mißbrauch des Eigentums stets dann bekämpft werden müsse, wenn er der Gesellschaft schade.[11] Weil er darüber keine Zweifel duldete, vermied der Gesetzgeber gerade diese Definition.[12] Man wird deshalb nicht fehlgehen, hinter dem neuen Verständnis als Mißbrauch einen Wandel der Mentalitäten zu vermuten.[13]

Einer anderen häufigen und beliebten Fehldeutung folgt Patault auch in all jenen Fällen, wo sie die Stoßrichtung des *exclusivisme* verkennt. Wenn man nämlich, anders als es meist geschieht, nicht einfach stillschweigend voraussetzt, daß der Eigentümer auf seinem Grundstück tun und lassen konnte, was er wollte, sondern beobachtet, wie er – in alter römisch-rechtlicher Tradition – das Recht hatte, alle Immissionen auf sein Grundstück zu verbieten, würde auch das Verhältnis der aufstrebenden Industrie zur Eigentumsverfassung notwendigerweise anders gesehen. Deshalb wäre es angezeigt gewesen – und die von ihr herangezogene Judikatur und Literatur hätte auch Anlaß dazu gegeben – auf die unter Napoleon ausgearbeiteten Normen, die vom öffentlichen Recht her die Praxis des Immissionsverbotes in den Griff zu bekommen suchten, wenigstens hinzuweisen, da sie auch illustrieren, wie man die Eigentumsverfassung in einem größeren wirtschaftlichen Zusammenhang zu sehen gewohnt war.[14]

Ähnliche Bemerkungen müssen dann zu anderen Gebieten gemacht werden, denken wir nur an das Grundeigentum im urbanistischen Kontext. Wenn etwa die Behörden die Kompetenz hatten, hinter neugezoge-

[11] „L'abus de la propriété doit être réprimé toutes les fois qu'il nuit à la société", zit. nach J.-G. LOCRÉ, La législation civile, Paris 1827/32, Bd. 9, S. 406. Unbedingt herangezogen werden müßten für diese Probleme R. DERINE, Grenzen van het eigendomsrecht in de negentiende eeuw, Antwerpen 1955; DERS., Le Droit de propriété en France et en Belgique au XIXe siècle, droit absolu et quasi illimité?, Léopoldville 1959.

[12] So Grenier vor dem *Corps législatif* bei FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris 1827, Bd. 11, S. 159: „... l'esprit se refuse à voir ériger *l'abus de la propriété en droit*; il est bien toléré par la loi civile tant qu'il ne nuit point à autrui; mais, dans les règles de la loi naturelle et de la morale, on ne doit pas se le permettre."

[13] Zum Wandel des Eigentumsverständnisses auf der Schwelle zum Liberalismus nun D. HECKER, Eigentum als Sachherrschaft. Zur Genese und Kritik eines besonderen Herrschaftsanspruchs, Paderborn 1990, bes. S. 201 ff.

[14] Namentlich das Décret, du 15 oct. 1810, relatif aux manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode, dazu BÜRGE (Anm. 2), S. 391–410; DERS. in: Liber memorialis François Laurent, Bruxelles 1989, S. 265–299 und I. MIECK, Die Anfänge der Umweltschutzgesetzgebung in Frankreich, Francia 9 (1981), S. 331–367.

nen Baulinien gelegene, bebaute Grundstücke zu enteignen, zusammenzufassen, zu arrondieren und – unter entsprechenden städtebaulichen Auflagen – weiterzuveräußern, hat das nicht nur Auswirkungen auf das Stadtbild, sondern zeigt doch wohl auch das Profil einer Eigentumsverfassung, die sich mit der liberalistischen Konzeption nur schwer erklären läßt.[15] Wo schließlich in der Gesetzgebung die Eigentumsverfassung angesprochen wird, so bei der Regelung der Bergwerke, ist es wenig dienlich, allein das von Napoleon gegen den Widerstand der Juristen seines Staatsrates durchgesetzte Konzept eines absoluten und exklusiven Eigentums als Beleg anzuführen, zumal es auf einer speziellen und vor allen Dingen engen dogmatischen Prämisse beruhte. Mindestens so starke Beachtung hätte die auch später dagegen vorgebrachte Kritik von liberaler Seite verdient, die nach wie vor ein Domanialeigentum favorisierte.[16] Hier hätte ein funktionaler Ansatz weiterhelfen können, der es auch erlaubt hätte, danach zu fragen, ob sich die gesetzliche Lösung in der Industrialisierungsphase überhaupt bewährt hatte.

Ginge man dagegen davon aus, wie es punktuell einige neuere, von Patault auch nachgewiesene Aufsätze nahelegen, daß vieles, was zur damaligen Eigentumsverfassung heute gesagt wird, Reflexe späterer Projektionen sind, könnte man den historischen Quellen neu gegenübertreten und schließlich danach fragen, warum die liberale Konzeption später so dominierend wurde, daß selbst deren Gegner sie für die Zeit der Kodifikation als herrschend empfanden – und noch empfinden. Aber dafür bedürfte es eben einer bewußteren, konsequenteren und systematischen Auswertung der zeitgenössischen Quellen – auch außerhalb der eigentlichen Gesetzesmaterialien.[17] Daß das eine Einführung

[15] So das Décret du 26 mars 1852 relatif aux rues de Paris, art. 2., D. 1852.4.102; zur Frage der Umsetzung vgl. M. Lacave, Stratégies d'expropriation et haussmannisation: l'exemple de Montpellier, in: Annales ESC 35 (1980), S. 1011–1025, bes. S. 1015 ff.; M. Darin, Les grandes percées urbaines du XIXe siècle: quatre villes de province, ebenda 43 (1988), S. 477–505, bes. S. 478 ff.

[16] Vgl. etwa die Kritik bei G. Dufour, Les lois des mines, Paris 1857, S. 12 f.; A. Richard, Législation sur les mines, Paris 1838, Bd. 1, S. 124 f.; einen funktionalen Ansatz in Bezug auf die französische Gesetzgebung vertrat bereits A. Arndt, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit, Halle 1879, S. 295 ff.

[17] Wenn Patault S. 224 f. etwa darauf hinweist, daß die Cour de cassation nach anfänglicher Resistenz dem liberalen Eigentumsverständnis des Conseil d'Etat gefolgt sei und dem Eigentümer das Weiden seiner Schafe im eigenen Wald bereits vor der behördlichen Freigabe erlaubt habe, so muß man doch auch mindestens darauf hinweisen, daß die gleiche Cour de cassation nicht bereit war, der Willkür des Eigentümers in Bezug auf die *vaine pâture* auf offenem Feld die gleichen Zugeständnisse zu machen (vgl. mit Patault S. 174 etwa Cass. crim. 31 mars 1836, S. 1836.1.586; Cass. civ. 29 mars. 1841, S. 1841.1.461; Cass. crim. 13 janv. 1844, S. 1844.1.685). Wie begründet man diese Divergenzen in der Rechtsprechung des gleichen Gerichtshofes?

nicht leisten kann, liegt auf der Hand und kann auf keinen Fall zum Vorwurf gemacht werden, wohl aber daß der dogmatisch verengte Blick eine noch weitere Öffnung der Fragestellung verhindert.

In diesem Sinne würde sich das empfehlen, was trotz all den von uns geäußerten Vorbehalten im vorrevolutionären Teil der Darstellung besser gelungen ist, nämlich weniger die Gegenläufigkeit der Begriffe des Gemeinschaftsdenkens und des *exclusivisme* zu betonen, sondern stärker darauf zu achten, wie sich die Funktionen überhaupt ausdrückten, und danach zu fragen, warum sie in bestimmten Zeiten hervorgehoben oder aber zurückgedrängt wurden. So würde sich dann auch da die Entwicklung eher als ein allmähliches Heraustreten liberalistischer Züge präsentieren. Sie werden etwa dort faßbar, wo die tradierte Rechtsprechung an den neuen Postulaten gemessen und die Residuen älterer Gesetzgebung, soweit sie sich nicht einfach abschaffen ließen – wie es beispielsweise Batbie für den *mur mitoyen* erfolglos angeregt hatte[18] –, uminterpretiert und die bekannten, von Patault skizzierten, komplizierten Modelle entworfen werden mußten. Andererseits würde so gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Gegenbewegung erkennbar, die bis auf Patault nachwirkt: die germanistische Reaktion auf die romanistische Eigentumskonzeption. Sie zeigt nämlich in der für jene Zeit typischen historischen Drapierung alle Züge einer Auseinandersetzung um Anliegen und Konzeptionen, die damals an Aktualität gewonnen hatten und die sich als solche klar bezeichnen lassen.

Eine solche, stärker auf die Quellen konzentrierte Sicht könnte, um ein weiteres Beispiel zu geben, etwa erklären, warum die Debatte um Kausalität oder Abstraktheit des Eigentumsübergang nur wenig Auswirkungen auf das materielle Recht und die davon geprägten wirtschaftlichen Verhältnisse hatte. Ihre eigentliche Bedeutung gewinnt sie vielmehr als eines von vielen mentalitätsgeschichtlichen Indizien für einen Wechsel der Perspektive. Es ist eben nicht die Abstraktheit des Eigentumsübergangs, die das kapitalistische Bodeneigentum geschaffen hatte; es verhält sich genau umgekehrt. Trennungs- wie Abstraktionsprinzip stehen mehr für einen Funktionswandel im Immobiliarsachenrecht, der sich in einer veränderten Sehweise niederschlägt. So lassen sich, um konkret zu bleiben, in der Schweiz trotz der kausalen Tradition wohl kaum Tendenzen zu einer sozialistischen Eigentums- und Wirtschafts-

[18] BATBIE, Révision du Code Napoléon, Revue critique de législation et de jurisprudence 28 (1866), S. 133 ff. Den *mur mitoyen* kritisierte er nicht nur als Enteignung zum Wohle von Privaten, sondern gar als *communisme*.

verfassung ausmachen. Ähnliches ist zur Immobilisierung beweglicher Güter zu sagen. Da könnte ein funktionaler Ansatz in den Griff bekommen, was man mit solchen gesetzgeberischen Entscheidungen eigentlich erreichen wollte. Das mußte beispielsweise bei der *immobilisation* der Aktien der *Banque de France* nicht unbedingt das gleiche sein wie bei der Immobilisierung des Eigentums an Schiffen.

Unsere Forderung, einmal so an die Problematik heranzugehen, legt auch die eine oder andere neuere Arbeit nahe, auf die Patault verdienstvollerweise aufmerksam macht. Daß aus solchen Ansätzen nicht mehr geworden ist, darf man einem Buch, das vorwiegend dem Unterricht dient, nicht vorwerfen. Dennoch meinen wir und insistieren auf diesem Punkt, daß eine funktionale Betrachtung im Gegensatz zu einer auf die gängigen Konzeptionen verengte Darstellung nicht nur dem historischen Verständnis hilfreich sein und die Besinnung auf die Kontinuität fördern könnte, sondern auch in der modernen Diskussion aus der einen oder anderen dogmatisch festgefahrenen Stellung heraushelfen würde. Eine Illustration dafür soll hier genügen.

Im deutschen Einigungsvertrag vom 31. August 1990, der ganz entschieden dem Gedanken einer sozialen Marktwirtschaft verpflichtet ist, wurde auch die Behandlung der durch die frühere DDR erfolgten Enteignungen geregelt.[19] Hier versteifte man sich in der Euphorie auf dogmatisch festgezurrte Positionen und hypostasierte deshalb das Eigentum. Was im historischen Arbeiten bloße Rhetorik ist, zeigt hier allerdings Konsequenzen. Mit dem Grundsatz des Vorrangs der Rückgabe vor Entschädigung hat man zwar viele Anwälte künftig mit Arbeit versorgt, jedoch gerade jene Parameter des Eigentums nachhaltig gelähmt, die für die Entwicklung einer Marktwirtschaft unabdingbar sind. Das war, wie man der Darstellung Pataults entnehmen kann (S. 191), weder dem pragmatischer denkenden Napoleon noch der Restauration passiert. Wo damals aber in ähnlicher Weise dogmatische Grundsätze ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten verabsolutiert wurden, wie – zur Verzweiflung der Juristen im Staatsrat – in der Bergwerksgesetzgebung, ließen in der Folge unliebsame ökonomische Konsequenzen nicht lange auf sich warten.

Diese Zeilen sollen weniger als Kritik an diesem hilfreichen, gescheiten und konzisen Buch, sondern mehr als Versuch gewertet werden, in der Rezension von einer eigenen Position aus beide Grundthesen ent-

[19] Anlage III zum Einigungsvertrag, Gemeinsame Erklärung ... zur Regelung offener Vermögensfragen vom 15. Juni 1990.

schieden anders zu gewichten und in der Diachronie zu sehen. Sie wurzeln in einer tiefen Skepsis gegenüber einem in Frankreich nicht unbeliebten Schema vom Aufstieg und Fall, das Gibbon mit seinem eingängigen Titel wohl stärker noch als Montesquieu so verhängnisvoll geprägt hat. Gerade die Entwicklung in der Jurisprudenz scheint uns in der Regel viel kontinuierlicher zu verlaufen, und was Fortschritt ist, erweist sich, ohne daß man deswegen in eine Schule der Beliebigkeit abgleiten muß, auch als Frage des Standorts in der eigenen Zeit. Das hat uns bewogen, den Akzent weniger auf die Kritik im Einzelnen zu legen, sondern vielmehr den Diskurs im Ganzen zu suchen. Das ist umso eher angebracht, als das Werk von Patault in vielfältiger Weise anregt. Es animiert durchaus, die Probleme der Eigentumsverfassung in einem europäischen Rahmen geschichtlich zu durchdringen.