

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg18>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 18 (2011)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg18/246-249>

Rg **18** 2011 246–249

Thiago Reis

Apologie des Pandektensystems

besondere dem Stimmrecht bei Wahlen, skeptisch gegenüber bzw. wehrte sich aktiv dagegen. Diese These bedarf meiner Einschätzung aber noch einiger Einzelstudien, ehe sie verallgemeinert werden kann.

Das Buch schließt mit dem Abdruck einschlägiger und die Thesen stützender Quellen, z. B. mit einem Bericht über den Zug der Marktweweiber von Paris nach Versailles am 5. Oktober 1789, dem Aufruf des Zentralkomitees der Frauenuunion für die Verteidigung von Paris vom

20. Mai 1871 an die Arbeiterinnen zur Gründung von Frauengewerkschaften oder einer Karte mit Daten über die Einführung des Wahlrechts für Männer und Frauen in den europäischen Ländern. Ein ausführliches Literaturverzeichnis sowie eine Auflistung wichtiger Personen, die in der Studie vorkommen, machen dieses Buch zu einem Werk, an dem zukünftige themenähnliche Studien anknüpfen werden.

Thomas Gergen

Apologie des Pandektensystems*

Seit den 1990er Jahren erlebt das brasilianische Zivilrecht eine Erneuerung, deren entscheidende Impulse auf Auseinandersetzungen über Prinzipien, Struktur und rechtspolitische Bedeutung einer neuen Zivilrechtskodifikation zurückgehen. Die Diskrepanz zwischen der demokratischen Verfassung von 1988 und einem aus der Zeit der Militärdiktatur stammenden Kodifikationsentwurf löste bei seiner Inkraftsetzung 2003 eine Reihe von historischen und methodischen Fragen aus, die die Diskussion in Brasilien noch heute beherrschen. Nicht zufällig bilden Fragen zum Verhältnis von Privatrecht und Verfassung, zu Zielen und Grenzen privatrechtlicher Systembildung durch Kodifikation sowie zum funktionalistischen Zugriff auf Eigentum und Vertrag Schwerpunkte der brasilianischen Literatur.

Jan Peter Schmidt nähert sich dieser Debatte aus deutscher Perspektive mit einer Doktorarbeit, die auch ein brasilianischer Leser mit Interesse zur Hand nimmt, zumal es in Brasilien selbst an einer systematischen Analyse der durch die neue Kodifikation aufgeworfenen Fragen

fehlt. Anders als in Argentinien oder Chile, wo man über wertvolle Einblicke in die Kodifikation als rechtskulturelles Problem verfügt – es sei nur an die Arbeiten von Tau Anzoátegui und Guzmán Brito erinnert –, wurde die Thematik in Brasilien bisher nur punktuell bearbeitet. Insofern ist es zu begrüßen, wenn nun ein externer Beobachter eine »historisch-vergleichende Analyse struktureller Aspekte der Zivilrechtskodifikation« (2) vorlegt.

Die am Hamburger MPI für ausländisches und internationales Privatrecht von Prof. Reinhard Zimmermann betreute Arbeit bietet nicht nur einen hervorragenden Überblick über die Tendenzen der brasilianischen Literatur, sondern bemüht sich auch um eine kritische Prüfung der im neuen Código Civil enthaltenen Neuerungen. Geprüft – und bewertet – wird stets aus einer historisch-vergleichenden Perspektive, die die Entstehungsgeschichte der brasilianischen Kodifikation mit einem globalen Standard für modernes Kodifizieren zu verknüpfen sucht. Wie häufig bei rechtsvergleichenden Arbeiten, die

* JAN PETER SCHMIDT, Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive (Schriften zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 226), Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 607 S., ISBN 978-3-16-150126-5

gleichzeitig Geschichte betreiben möchten, sucht man aber auch hier vergeblich nach methodologischen Erörterungen. Die Verknüpfung zwischen einer historischen und einer systematischen Komponente in der Jurisprudenz für selbstverständlich zu halten, wie Schmidt es tut, klammert von vornherein jede Diskussion über Herkunft und Vertretbarkeit dieses Zugriffs aus. Insbesondere die Frage, ob damit das Festhalten an spätidealistischen Prämissen, die die Verwendung solcher Formeln von Savigny bis Larenz mit sich bringt, gemeint ist, wird geschickt übergangen. Stattdessen beginnt er mit zwei historischen Kapiteln, die auf 130 Seiten 500 Jahre brasilianischer Privatrechtsgeschichte behandeln und dabei die Entstehung und allgemeinen Merkmale der beiden Zivilgesetzbücher von 1916 und 2002 in den Mittelpunkt stellen. Daran schließt ein Kapitel über die »Kodifikationsidee gestern und heute« an, das den normativen Maßstab der späteren Bewertung des neuen Código Civil erörtert. Die aus deutschen Debatten gewonnenen »modernsten Erkenntnisse über das Zivilrecht und die Technik des Kodifizierens« werden sodann auf das brasilianische Recht angewendet, und zwar 1.) auf die gesetzgeberische Vereinigung von Zivil- und Handelsverträge sowie die Einbeziehung des Unternehmensrechts in den neuen Código; 2.) auf Vergleich und Abgrenzungsfragen zwischen dem bahnbrechenden Verbraucherschutzgesetz von 1990 und dem jüngeren Zivilgesetzbuch; 3.) auf Generalklauseln als gesetzgeberischem Mittel zur Erreichung von größerer Flexibilität in Lehre und Rechtsprechung.

Diese drei Themenbereiche bilden den Schwerpunkt der Arbeit. Zusammengehalten werden sie durch Schmidts Blick auf Privatrechtsgeschichte als eine »Entwicklung des Privatrechtssystems«, an deren Spitze die Kodifika-

tion als zentrale Errungenschaft europäischen Rechtsdenkens steht. Systematisierung ist hier nicht nur die »wichtigste Funktion« von Kodifikation (156), sie grenzt auch den interpretativen Rahmen ab. So sei die »Entwicklung des Privatrechtssystems in Brasilien« vor allem durch die Rezeption des »Pandektensystems« im Werk von Teixeira de Freitas (1816–1883) geprägt worden. Auch wenn die Rezeption über Freitas »keineswegs so geradlinig verlaufen ist wie in vielen anderen Ländern« (331), unterscheidet sich »das brasilianische Privatrechtssystem« nicht so wesentlich von dem des BGB, »dass man von einem eigenen Modell sprechen könnte« (387). An diesem und anderen Rezeptionsvorgängen möchte Schmidt den »ungebrochene[n] Erfolg« (330) und die »Verbreitung des Pandektensystems in der Welt« (309) erkennen. Diese Ansicht scheint aber unter mehreren Gesichtspunkten problematisch, nicht zuletzt weil die unbekümmerte Rede von Entwicklung eine genetische Kontinuität zwischen zwei Rechtskulturen impliziert, die alles andere als evident ist. Wer Privatrechtsgeschichte als Entwicklung und Verbreitung des Pandektensystems auffasst, kann eine fremde Rechtskultur nur insofern verstehen, als sie dieses zu reproduzieren vermag. So überträgt Schmidt Stichworte, die die Lehrbuchliteratur üblicherweise mit der pandektistischen Systematik verbindet – wie »deduktives System« (334) und »Begriffspyramide« (339) – auf das brasilianische Privatrecht. Problematisch ist nicht nur, dass der Autor hier keine relevanten Quellenbelege anführt, sondern vor allem, dass er diese und andere Stichworte (»Blutleere«, 318) ohne Kenntnis ihrer polemischen Implikationen verwendet. Symptomatisch dafür ist die Tatsache, dass gerade Autoren wie Wieacker, Boehmer oder Schwarz, auf deren Werken das negative Geschichtsbild von Pandektistik und

BGB aufbaut, bei ihm die Belege zu einer Apologie des Pandektensystems liefern. Schmidt kennt sehr wohl die heutige Skepsis gegenüber solchen Privatrechtsgeschichten der Neuzeit – Haferkamp, Hofer, Repgen und Rückert werden zitiert –, scheint sie aber nicht ernst zu nehmen.

Erfolgversprechender wäre dagegen ein Zugriff, der auf spezifische Lektüren der deutschen Literatur in Brasilien fokussieren würde. Im Mittelpunkt stünde dann nicht das System als eine sich immanent entwickelnde Struktur von Begriffen und Rechtsregeln, deren Keim stets in Europa gesucht wird, sondern konkrete Argumentationen in einem spezifischen diskursiven Horizont. Teilweise verfolgt auch Schmidt diese Linie, wenn er die Gemeinplätze der brasilianischen Literatur verlässt und sich eigenständig mit den Argumenten der Entwurfskommission auseinandersetzt. Anregend ist zum Beispiel seine Relativierung der kritischen Haltung der Kommission gegenüber dem ersten Código Civil von 1916, vor allem was dessen Offenheit für richterliche Rechtsfortbildung betrifft (446 ff.). In der brasilianischen Literatur wird die begeisterte Aufnahme von Generalklauseln in das neue Zivilgesetzbuch als eindeutiger Fortschritt gegenüber dem »rückständigen«, »individualistischen« und für gesellschaftlichen Wandel »geschlossenen« Código von 1916 dargestellt. Schmidt weist zutreffend darauf hin, dass diese Annahme sowohl die Möglichkeit, bereits vorhandene Normen als Generalklauseln zu interpretieren als auch die lebhaftere richterliche Rechtsfortbildung ohne Generalklauseln unter dem alten Zivilgesetzbuch völlig ignoriert. Ob darin eine Strategie zur Durchsetzung der eigenen rechtspolitischen Ansprüche der Kommission und ihres Leiters Miguel Reale (1910–2006) zu sehen ist, erfährt man nicht. Vor allem die offensichtlichen Parallelen zwischen der Kri-

tik am alten Código Civil und der Kritik am BGB in Deutschland seit den 1930er Jahren – bekräftigt nicht zuletzt durch die massive Zirkulation der Texte von Wieacker, Larenz, Engisch und Esser in Brasilien – wäre hier zu hinterfragen. Anhaltspunkte dafür gäbe es einige, vor allem bezüglich der Person Reales, der eine führende Rolle in der brasilianischen faschistischen Bewegung spielte und 1969 als Professor für Rechtsphilosophie in São Paulo das Projekt einer neuen Zivilkodifikation von der Militärregierung übernahm. Schmidt erkennt sehr wohl diese Zusammenhänge, widmet diesen und anderen Fragen aber nur apodiktische Sätze, die seinen Ausführungen einen stark kompilatorischen Charakter geben – so etwa in Bezug auf Reale (70), auf die Rolle der Generalklauseln im Nationalsozialismus (412 f.) und auf die soziale Funktion des Vertrages in der NS-Zeit und im brasilianischen Schrifttum (478–479 f.).

Zweifelhaft scheint schließlich auch der Maßstab zu sein, an dem Schmidt die »Modernität« der neuen brasilianischen Zivilkodifikation prüft. Ob der Código Civil »den Anforderungen an eine moderne Kodifikation« entspricht, ist eine Frage, die offenbar im Mittelpunkt seines Interesses steht und die rechtsvergleichende Komponente seiner Arbeit prägt (vgl. 1, 133, 162, 541, 545–546). Was der Autor hier aber mit *modern* meint, ist nicht klar. Dass die Kodifikation »so umfassend wie möglich sein [soll], um ihre Informationsfunktion so gut wie möglich zu erfüllen« oder dass »sie in ihren Regelungen auch nicht zu kasuistisch sein [darf], sondern sich durch Abstraktion ein hinreichendes Maß an Anpassungsfähigkeit bewahren [muss]« (161), ist relativ banal. Die von Schmidt offenbar intendierte Bedeutung von »Modernität« lässt sich vielmehr erfassen, wenn man auf seine Sprache achtet. Die häufige Rede von »übertragen« (153,

158), »umsetzen« (275, 136, 224) oder »imitieren« (415) deutet darauf hin, dass er die Zivilrechtskodifikation in Brasilien nicht als ein Phänomen für sich, sondern als einen Stoff begreift, an dem er die Durchsetzbarkeit eines bestimmten Modells von Recht und Jurisprudenz erprobt. Dass dieses Modell vom »deutschen Weg« begeistert und vom niederländischen BW besonders fasziniert ist, findet sich im Buch mehrmals belegt. Zufrieden stellt er in seinem Resümee fest, dass sich das Zivilgesetzbuch auch in einer »kontinentaleuropäisch geprägten Rechtsordnung« wie der brasilianischen weiterhin als »zentrale Rechtsquelle und Angelpunkt des Privatrechtssystems« behaupten darf (547). Ob Schmidts Betonung der »wahren Funktionen von Generalklauseln« (540) oder der Umsetzung eines Verbraucherschutzes »nach deutschem Vorbild« (275) in der Lage ist, die spezifische Dynamik vom Umgang mit der Zivilkodifikation in Brasilien zu erfassen, ist allerdings fraglich; und zwar vor allem, weil sie ignoriert, dass die Bedeutung der Wörter ihre Verwendung in der Sprache ist und vom Kontext nicht abgekoppelt werden darf. So ist etwa für die Beschreibung des Allgemeinen Teils in Brasilien zu bedenken, dass die deutsche Vorstellung des Vor-die-Klammer-Ziehens und damit zusammenhängende Fragen der Abstraktion keine Rolle spielen (386). Wer über den AT in Brasilien spricht, denkt seit Pontes de

Miranda (1892–1979) an ein theoretisches Schema, das die Rechtswelt in die Ebenen Existenz, Geltung und Wirksamkeit gliedert und damit vor allem Fragen der Rechtsgeschäftslehre zu lösen versucht. Das kann man positivistisch nennen, wird aber kaum als wahr oder falsch in Bezug auf deutsche Vorbilder zu bewerten sein; nicht zuletzt, weil es auf eine spezifische Lektüre deutscher Rechtstexte zurückgeht, die in Deutschland keine Parallele findet.

Insgesamt stellt Schmidts Dissertation eine anregende Untersuchung zu einem schwierigen Thema dar. Ihr kommt das Verdienst zu, die oft konfuse und oberflächliche brasilianische Literatur auf klare Kernprobleme reduziert zu haben, was die wissenschaftliche Diskussion befördert. Neben einer kompetenten Einführung in aktuelle Debatten und führende Persönlichkeiten des brasilianischen Privatrechts wird der Leser darin auch diskussionswürdige Ansichten über die Voraussetzungen einer historisch orientierten Rechtsvergleichung finden. Dem mit der brasilianischen Literatur vertrauten Leser bietet das Buch allerdings kaum neue Erkenntnisse, ist aber wegen seines durchaus problematischen Zugriffs und mancher provokativen Ergebnisse als willkommene Herausforderung zu betrachten.

Thiago Reis

Del taller de un administrativista*

La *biblioteca del pensiero giuridico moderno* acoge en su número 90 una recopilación de escritos publicados por el administrativista italiano Sabino Cassese en los últimos veinte años.

Se trata de una colección de trabajos pertenecientes a diferentes géneros entre los que destacan las aportaciones que encuadraríamos en una literatura académica menor (prólogos, capítulos

* SABINO CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive* (Per la storia del pensiero giuridico moderno 90), Milano: Giuffrè 2010, X, 576 S., ISBN 978-88-14-15385-3