

Hans-Peter Haferkamp | Margarete Gräfin von Schwerin (Hg.)

Das Oberlandesgericht Köln zwischen dem Rheinland, Frankreich und Preußen

Festschrift zum 200-jährigen Bestehen (1819 bis 2019)





RECHTSGESCHICHTLICHE SCHRIFTEN

Im Auftrage des
Rheinischen Vereins für Rechtsgeschichte e. V.
zu Köln

Band 32

Das Oberlandesgericht Köln
zwischen dem Rheinland, Frankreich
und Preußen

Festschrift zum 200-jährigen Bestehen
(1819 bis 2019)

Herausgegeben von
Hans-Peter Haferkamp und
Margarete Gräfin von Schwerin

BÖHLAU VERLAG WIEN KÖLN WEIMAR

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind
im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2019 by Böhlau Verlag GmbH & Cie, Lindenstraße 14, D-50674 Köln
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Umschlagabbildungen:

Vorderseite oben: Ansicht des Rheinischen Appellationsgerichtshofes vom Turm des
Zeughauses, Lithografie von G. Böhm nach einer Zeichnung von Thomas Cranz/J. P.
Weyer um 1840 (KSM Graph. Slg. Inv. Nr. A I 2/203; RBA 630 195, Archiv OLG Köln;
Vorderseite unten: Moderne Ansicht am Reichenspergerplatz (Archiv Oberlandesgericht
Köln); Rückseite: Das historische Treppenhaus des Oberlandesgerichts Köln
(© Rainer Bergner [r.bergner@web.de])

Korrekturat: Anja Borkam, Jena
Umschlaggestaltung Michael Haderer, Wien
Satz: Michael Rauscher, Wien

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISBN 978-3-412-51314-6

INHALT

Grußwort von Peter Biesenbach	7
Grußwort von Margarete Gräfin von Schwerin	9
<i>Hans-Peter Haferkamp</i>	
Einleitung	11
<i>Hans-Peter Haferkamp</i>	
Der Rheinische Appellationsgerichtshof zwischen dem Rheinland, Frankreich und Preußen – Überlegungen anhand der rheinischen Judikatur zu Art. 1133 CC	15
<i>Daniela Bennewitz</i>	
Baugeschichte des Rheinischen Appellationsgerichtshofes und des Oberlandesgerichts Köln	35
<i>Dieter Strauch</i>	
Die rheinischen Obergerichte im Wandel der Zeit	55
<i>Peter Oestmann</i>	
Der Zivilprozess im Rheinland und in Lübeck – Schlaglichter auf die Gerichtspraxis	131
<i>Stefan Geyer</i>	
Altes Recht, fremdes Recht, neues Recht. Das Ancien Droit in der Rechtsprechung des Appellationsgerichtshofs Köln	151
<i>Christian Wiefeling</i>	
Die Personalpolitik am Rheinischen Appellationsgerichtshof zwischen Preußen und Rheinland	169

Jacqueline Weertz

Die Juristenausbildung am Appellationsgericht zu Köln im 19. Jahrhundert.
Preußens Integrationsversuch 197

Eric Zakowski

Das Gewerbegericht Elberfeld im Spannungsfeld von Rheinland, Preußen
und Frankreich 211

Michael Frohn

Arbeitsmittel und rheinische Traditionspflege – die Bibliothek des
Appellationsgerichtshofs 227

GRUSSWORT

Das Oberlandesgericht Köln blickt in diesem Jahr auf eine 200-jährige Geschichte im Dienst der Rechtspflege zurück. Am 21. Juni 1819 wurde es durch den preußischen König Friedrich Wilhelm III. als »Rheinischer Appellationsgerichtshof« errichtet. Seine Zuständigkeit als zentrales Berufungsgericht erstreckte sich auf die gesamte Rheinprovinz und reichte von Saarbrücken bis nach Kleve am Niederrhein. Die Arbeit des Gerichtshofs war geprägt von dem fortbestehenden Einfluss des französischen Rechts. Friedrich Wilhelm III.



hatte nach der Übernahme der französischen Gerichte im Rheinland durch Preußen bestimmt, dass der Code Civil und die vier weiteren Gesetzbücher Napoleons in der Rheinprovinz als sogenanntes Rheinisches Recht fortgelten.

Mit den Reichsjustizgesetzen sechs Jahrzehnte später – am 1. Oktober 1879 – wurde die heutige Gerichtsbezeichnung eingeführt und aus dem Appellhof wurde das Oberlandesgericht Köln. Das Rheinische Recht galt indes zum Teil bis zum Ende des 19. Jahrhunderts weiter. Erst am 1. Januar 1900 löste das Bürgerliche Gesetzbuch den Code Civil als letztes der französischen Gesetzeswerke in der Rheinprovinz mit wenigen nachbarrechtlichen Ausnahmen ab. Aber auch diese erste gesamtdeutsche Kodifikation des Privatrechts trägt den Einfluss des Code Civil in vielen Vorschriften bis zum heutigen Tage unverkennbar in sich.

Diese Festschrift befasst sich mit der Situation des Rheinischen Appellationsgerichtshofes im 19. Jahrhundert »zwischen dem Rheinland, Frankreich und Preußen«. Sie gibt Gelegenheit, auf einen spannenden Teil der deutschen Rechtsgeschichte zurückzublicken, der sich in der Entwicklung des Appellhofs zu Cöln zum Oberlandesgericht Köln widerspiegelt.

Mein besonderer Dank gebührt der Präsidentin des Oberlandesgerichts Köln Gräfin von Schwerin und Herrn Professor Haferkamp von der Universität zu Köln, die aus Anlass des 200-jährigen Geburtstages des Oberlandesgerichts Köln diese Festschrift herausgegeben haben.

A handwritten signature in black ink, reading "Peter Biesenbach". The signature is written in a cursive, slightly slanted style.

Peter Biesenbach MdL
Minister der Justiz des Landes
Nordrhein-Westfalen

GRUSSWORT

200 Jahre sind eine stolze Zeitspanne. Auch wenn es in Köln natürlich schon vor dem Jahr 1819 eine Gerichtsbarkeit gab, markiert doch die Kabinettsorder vom 21. Juni 1819, mit der König Friedrich Wilhelm III. die Gründung des Rheinischen Appellationsgerichtshofs zu Cöln verfügte, den Ausgangspunkt für unser heutiges Gericht. Seitdem hat sich die Welt in vielerlei Hinsicht gewandelt. Ganz augenfällig ist die Veränderung im gesellschaftlichen und politischen Bereich. Während auf dem Wiener Kongress die Herrscherhäuser ohne Beteiligung des Volkes über die Abtretung von Gebieten und »Seelen« verhandelten und Europa so neu ordneten, leben wir heute nach den Gräueln zweier Weltkriege in einem demokratisch regierten und politisch geeinten Europa. Frankreich und Deutschland, einst als Feinde im Territorial- und Interessenkonflikt ineinander verhakt, sind seit vielen Jahren gemeinsam Motor der europäischen Idee. Das Rheinland und die Stadt Köln waren aufgrund ihrer geografischen Lage und politischen Bedeutung von diesen Entwicklungen naturgemäß in ganz besonderer Weise betroffen.



In den vergangenen 200 Jahren waren rund acht Generationen von Richterinnen und Richtern, Gerichtsmitarbeiterinnen und Gerichtsmitarbeitern an unserem Gericht tätig. Welche Umwälzungen der Zeitablauf für diese jeweils mit sich brachte, lässt sich nur erahnen. Es hilft dabei vielleicht, sich vor Augen zu halten, dass der Kölner Dom noch lange nicht fertig gestellt war, als das Gericht seine Arbeit aufnahm. Um diesen Wandel auszuhalten und zu gestalten, bedarf es eines klaren Kompasses. Den Kölnerinnen und Kölnern ist mit der rheinischen Mentalität in vielleicht besonderer Weise ein solcher Richtungsanzeiger gegeben. Die Offenheit und die positive Grundstimmung, mit der hier Herausforderungen an-

genommen werden, und die Bereitschaft, Probleme pragmatisch zu lösen, dürften auch schon vor 200 Jahren prägende Handlungslinien gewesen sein.

Auch heute lebt dieses Gericht von der Zusammenarbeit und dem gemeinsamen Einsatz aller hier tätigen Menschen. Die Herausforderungen mögen sich in ihrer konkreten Ausprägung geändert haben. Insbesondere sehen wir uns derzeit im Zuge des digitalen Wandels ganz anderen Anforderungen ausgesetzt, haben aber auch ganz neue Möglichkeiten der Arbeitsorganisation. Unverändert ist aber, dass die Richterinnen und Richter, Justizmitarbeiterinnen und -mitarbeiter sich mit Leidenschaft und Einsatz für »ihr« Gericht engagieren. Gemeinsam arbeiten wir daran, den Wandel weiter zu gestalten und die Justiz bereit für eine erfolgreiche Zukunft zu machen. Ich bin stolz auf das, was die Kölner Justiz in den vergangenen 200 Jahren geschafft hat, und ich bin geehrt, dass in meiner Amtszeit der Meilenstein des Jubiläums gefeiert werden darf.

Mit dieser Festschrift blicken wir auf die Anfänge des Gerichts und seine Entwicklung im 19. Jahrhundert zurück. Die besondere Stellung zwischen Frankreich, Preußen und dem Rheinland war nicht nur geografischer Natur, sondern hatte auch eine wichtige Bedeutung in der deutschen Rechtsentwicklung. Die Autorinnen und Autoren der Festschrift, denen ich für ihr Engagement herzlichst danke, haben verschiedene Aspekte dieses Spannungsfeldes ausgelotet. Während die Festschrift zum 175-jährigen Bestehen des Gerichts den Fokus mehr auf die jüngere Geschichte und die Geschehnisse im 20. Jahrhundert gelegt hat, stehen im vorliegenden Band die Jahre bis zum Erlass der Reichsjustizgesetze im Mittelpunkt. Es war eine große Freude, dass sich mein Mitherausgeber Professor Dr. Hans-Peter Haferkamp bereit erklärt hat, die Zusammenstellung der Beiträge zu planen und zu leiten. Als Leiter des Instituts für Neuere Privatrechtsgeschichte, Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte der Universität zu Köln und als Vorstandsvorsitzender des Rheinischen Vereins für Rechtsgeschichte ist ihm die wissenschaftliche Gesamtleitung dieses Projekts ganz natürlich zugefallen. Ihm persönlich gilt mein besonderer Dank ebenso wie dem gesamten Rheinischen Verein für Rechtsgeschichte, der das Projekt zudem finanziell unterstützt hat.

Sie, liebe Leserin und lieber Leser, erwartet auf den folgenden Seiten ein hoffentlich lehrreicher, unterhaltsamer und gehaltvoller Überblick über zahlreiche Aspekte aus der Justizwelt im Köln des 19. Jahrhunderts. Ich wünsche Ihnen viel Freude beim Lesen und uns allen mindestens 200 weitere Jahre erfolgreicher Justizgeschichte des Oberlandesgerichts Köln.



Margarete Gräfin von Schwerin
Präsidentin des Oberlandesgerichts

Hans-Peter Haferkamp

Einleitung

Am 7. Dezember 1819 hatte der zweite Senat des Appellationsgerichtshofes in Köln, der erst wenige Wochen zuvor seine Arbeit aufgenommen hatte, einen schwierigen Fall zu entscheiden. Ein Rheinländer war im Jahr 1807 für Napoleons Armee als Wehrpflichtiger eingezogen worden. Sein Vater beauftragte einen Makler mit der Suche nach einem Ersatzmann. Der vom Makler angeworbene Ersatzmann trat den Dienst an, wurde jedoch selbst wenig später wehrdienstverpflichtet, sodass nochmals ein Ersatzmann gesucht werden musste. Der Vater verlangte nun vom Makler die erfolglos gezahlte Maklerprovision für den ersten Ersatzmann zurück. Er begründete dies damit, dass in einem Urteil der Cour de Cassation aus dem Jahr 1810 derartige Maklerverträge für unwirksam erklärt worden waren, da sie nach Ansicht des Pariser Gerichts gegen die Interessen des französischen Staates verstießen. Argument war, dass die Ersatzmänner bereits bei Dienstantritt vom Makler den Großteil des Entgelts für das Antreten als Ersatzmann erhalten würden. Sie seien daher wenig motiviert, ihr Leben zu riskieren, und würden oft desertieren.

Wie sollten die rheinischen Richter mit einem solchen Argument umgehen? Tragend war mit Art. 1133 Code Civil (CC) eine Vorschrift, die im Rheinland galt, mit dem Hinweis auf den *Ordre public* aber wenig Vorgaben bereithielt. Für die Auslegung des *französischen* Rechts lag es daher nahe, die französische Judikatur heranzuziehen. Andererseits konnte es für einen *rheinischen* Richter kaum überzeugend sein, die militärische Leistungskraft der napoleonischen Armee im Jahr 1819 als entscheidungstragendes Kriterium zu verwenden. Schließlich konnte es für *preussische* Richter nicht darum gehen, die Interessen des französischen Staates zu verteidigen. Dieses Schlüsselargument der Pariser Richter machte das Dilemma ganz deutlich, vor dem der Senat stand: Wie sollten die Richter entscheiden? Gebunden an französisches Recht? Fühlend als Rheinländer? Als Untertanen Preußens?

Dieser Fall, dessen Facetten ich im vorliegenden Band genauer beleuchtet habe,¹ stand am Anfang der Überlegungen, die Position des Rheinischen Appellationsgerichtshofes zwischen dem Rheinland, Frankreich und Preußen zum Gegenstand

¹ Vgl. unten S. 15 ff.

einer Tagung zu machen, die dem 200-jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Köln gewidmet ist. Entwickelt wurde diese Idee im Jahr 2013 in Zusammenarbeit mit Johannes Riedel, dem damaligen Präsidenten des Oberlandesgerichts. Wir diskutierten damals verschiedene Möglichkeiten des Gedenkens und kamen überein, dass angesichts der bereits existierenden Festschriften zum Oberlandesgericht Köln etwas wissenschaftlich Neues zur Geschichte des Oberlandesgerichts bzw. seines Vorläufers, des Appellationsgerichtshofes, zum Jubiläum erscheinen solle. Zur Kölner Justizgeschichte im 20. Jahrhundert ist in den letzten Jahren bereits intensiv geforscht worden, insbesondere auch durch den Kölner Forschungsverein »Köln in der NS-Zeit«.² Damit geriet das noch immer wenig erforschte Rheinische Recht in den Blick. Wir begannen, indem mein damaliger Mitarbeiter Lutz Keppeler die Archivsituation zur Geschichte des Oberlandesgerichts im 19. Jahrhundert sondierte. Hier wie auch in den weiteren Vorarbeiten wurde mein Institut von der Justiz ganz maßgeblich unterstützt und es gelang schließlich, eine Reihe von Doktoranden zu gewinnen, von denen drei im vorliegenden Band Zwischenergebnisse veröffentlichen. Für diese Unterstützung und überhaupt für die wunderbare Zusammenarbeit möchte ich Johannes Riedel an dieser Stelle nochmals ganz herzlich danken. Nach dem Ausscheiden von Johannes Riedel hat sein Nachfolger Peter Kamp das Vorhaben weiter unterstützt. Die konkrete Vorbereitung erfolgte dann in enger Zusammenarbeit mit Margarete Gräfin von Schwerin, deren Interesse und großes Engagement für Rechtsgeschichte schon lange mitverantwortlich dafür sind, dass so viel Rechtsgeschichte in Köln und Bonn dem interessierten Publikum vorgetragen wird. Ihr sei besonders gedankt für die so tatkräftige, anteilnehmende und hilfsbereite Unterstützung unseres Projekts. Zuletzt gilt mein ganz besonderer Dank zunächst dem Böhlau-Verlag, der auch diesen Band gewohnt sorgfältig betreut hat. Vor allem und besonders aber danken möchte ich Carsten Fischer (Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln) und Ingo Werner (Oberlandesgericht Köln), die in enger Zusammenarbeit und mit außergewöhnlich engagiertem, akribischem, mitdenkendem und hartnäckigem Einsatz dafür gesorgt haben, dass dieser Band nun so schön vor uns liegt.

Worum geht es im Einzelnen? Geht man der Ausgangsfrage nach, wird schnell deutlich, dass rheinisch-französisch-preußische Einflüsse auf die rheinischen

2 Vgl. nur die Berichte von MATTHIAS HERBERS und KERSTIN THEIS: Projektankündigung. »Justiz im Krieg – Der Oberlandesgerichtsbezirk Köln. 1939–1945«, in: Geschichte im Westen. Zeitschrift für Landes- und Zeitgeschichte 23 (2008), S. 221–232, sowie SUSANNE K. PAAS: Tagungsbericht: Justiz im Krieg – Der Oberlandesgerichtsbezirk Köln von 1939 bis 1945, 28.05.2010 Köln, in: H-Soz-Kult, 10.07.2010, www.hsozkult.de/conferencereport/id/tagungsberichte-3189.

Richter auf vielen Ebenen zu vermuten waren. Die vorliegenden Arbeiten nähern sich dem Phänomen daher auch aus ganz unterschiedlichen Blickrichtungen.

Daniela Bennewitz untersucht das räumliche Umfeld der Richter, nämlich die Justizgebäude, auf rheinische, französische und preußische Einflüsse. Dieter Strauch macht den organisatorischen Rahmen deutlich, in dem rheinische, französische und preußische Traditionen ineinanderflossen, indem er den Aufbau und die Zuständigkeitsverteilung der rheinischen Gerichte zwischen dem Hochmittelalter und heute skizziert. Peter Oestmann beleuchtet mit dem Zivilprozess einen Schwerpunkt unserer Thematik. Der rheinisch-französische Prozess unterschied sich in vielfacher Weise vom preußischen Zivilverfahren. Blickt man nur auf das im Rheinland ausgeprägte Mündlichkeitsprinzip und den viel stärker schriftlichen preußischen Prozess, so wird deutlich, dass zwischen Köln und Berlin zwei Zivilprozesskulturen aufeinandertrafen. Peter Oestmann beleuchtet das in einer auf den ersten Blick untypischen Perspektive, indem er mit dem Gericht der vier freien Städte in Lübeck ein nichtpreußisches Gericht zum Vergleichspunkt nimmt. Dass genau dieses Gericht jedoch besonders geeignet ist, um Preußen und das Rheinland zu kontrastieren, folgt aus seiner Geschichte. Von Savigny mitgegründet und mit vielen seiner Schüler und engsten Freunde besetzt, entwickelte sich das Gericht der vier freien Städte zum Vorbild aller und insbesondere auch der preußischen Gerichte. Peter Oestmann kontrastiert dabei ein als besonders wissenschaftlich gerühmtes Gericht mit der als eher pragmatisch-lebensnah eingeschätzten rheinischen Judikatur. Stefan Geyer betritt das materiale Recht. Er wertet konkrete Rechtsfälle aus und fragt dabei, inwiefern das alte Recht im Rheinland auch nach Übernahme des französischen Rechts in der Rechtsprechung fortlebte.

Drei Doktoranden stellen anschließend aus dem bereits benannten Forschungsprojekt zum Oberlandesgericht Köln im 19. Jahrhundert Zwischenergebnisse ihrer Arbeiten vor. Christian Wiefing berichtet über die heikle Personalpolitik Preußens gegenüber dem Oberlandesgericht Köln, in der darüber entschieden werden sollte, ob das Klima am Gericht eher preußisch oder eher rheinisch-französisch war. Jacqueline Weertz untersucht die Juristenausbildung, also die juristische Sozialisation der späteren Richter. Auch im Feld der Ausbildung kämpfte Preußen mit rheinisch-französischen Besonderheiten, etwa der freien Advokatur, die Berlin nicht kannte. Eric Zakowski nimmt mit dem Gewerbegericht Elberfeld einen besonderen Sondergerichtszweig in den Blick, in dem wie unter einem Brennglas französische, preußische und rheinische Einflüsse ein Gericht schufen, das ganz anders funktionierte als heutige Arbeitsgerichte.

Michael Frohn, Richter des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln, gibt einen Einblick in das Arbeitsumfeld der Richter, indem er uns die Bibliothek des

Appellationsgerichtshofes und ihre Geschichte vorstellt und so zeigt, welche Literatur sozusagen auf dem Schreibtisch der Richter lag.

Insgesamt schreitet die vorliegende Festschrift damit ein Feld erstmals ab, das bisher eine Schattenlage der Forschung darstellte. Die Forschung zur rheinischen Justiz im 19. Jahrhundert ist nach einem hoffnungsvollen Neustart um die Jahrtausendwende³ inzwischen wieder eingeschlafen. Möge diese Festschrift ein Ausgangspunkt sein, um diese spannende Epoche der Justizgeschichte wieder stärker in den Blick zu nehmen.

3 Vorstellung des damals unternommenen Pionierprojekts zur unveröffentlichten Judikatur: SCHULZE, REINER: Die rheinische Judikatur im frühen 19. Jahrhundert zwischen gemeinrechtlicher Tradition und französischem Recht, in: MOHNHAUPT, HEINZ/SIMON, DIETER (Hg.): Vorträge zur Justizforschung. Geschichte und Theorie, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1993, S. 285–302, S. 296 ff.; Vorstellung der Ergebnisse dieses Projekts dann durch SCHULTE-NÖLKE, HANS: Rheinische Judikatur im frühen 19. Jahrhundert – Justizforschung mit Hilfe einer Datenbank, in: ZNR 20 (1998), S. 84–111; DERS.: CD-ROM-Datenbank zur rheinischen Judikatur im frühen 19. Jahrhundert – Grundlagen, Gebrauchsanleitung und Anwendungsmöglichkeiten, in: SCHULZE, REINER (Hg.): Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 24), Berlin 1998, S. 99–107; daneben: GRILLI, ANTONIO: Das linksrheinische Partikularrecht und das römische Recht in der Rechtsprechung des Cour d'Appel/Cour Impérial de Trèves nach 1804, in: SCHULZE, REINER (Hg.): Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 12), Berlin 1994, S. 67–105, S. 69 ff.; GEYER, STEFAN: Den Code civil ›richtiger‹ auslegen. Der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts und das französische Zivilrecht (Rechtsprechung 29), Frankfurt a.M. 2009.

Hans-Peter Haferkamp

Der Rheinische Appellationsgerichtshof zwischen dem Rheinland, Frankreich und Preußen – Überlegungen anhand der rheinischen Judikatur zu Art. 1133 CC

Am 18. Mai 1807 schlossen Peter Steves aus Krefeld und Prediger Engels aus Emmerich einen Kontrakt, der Steves aus akuten Nöten helfen sollte.¹ Am selben Tag erfolgte die Ziehung für die Konskription des Jahres 1808.² Auf dem Verordnungswege war zuvor festgesetzt worden, dass Krefeld 25 Mann für den Militärdienst zu stellen hatte. Auch Steves' Sohn Johann hatte wie alle Zwanzigjährigen einen Stellungsbefehl erhalten. Ob dies bedeutete, dass er für das Krefelder Kontingent den Dienst leisten musste, entschied ordnungsgemäß das Los. Als Johann Steves gezogen wurde, bot sich einzig der Ausweg, einen Ersatzmann zu stellen, der dafür jedoch mit Geld entschädigt werden musste. Peter Steves wollte das Privileg der »Einstellung« zugunsten seines Sohnes ausnutzen. Aus der Verlegenheit, selbst keinen Ersatzmann stellen zu können, sollte ihm der Prediger Engels helfen. Für die Bereitstellung eines solchen »Nummernwechslers« oder »Remplassanten« sollte Engels 300 Taler erhalten.³ Zudem sollte er nach Vollendung der zwei Dienstjahre weitere 500 Taler erhalten. Für den Fall, dass der Ersatzmann nicht anträte, sollte Engels haftbar sein.

Beim so vermittelten Ersatzmann Jacob Kleinöhl handelte es sich vereinbarungsgemäß um einen »liberirten Konskriptions-Jüngling«, der keinen Stellungsbefehl erhalten hatte. Nachdem Kleinöhl 17 Monate seinen Dienst versehen

1 Es handelt sich um die Umarbeitung zweier Texte von mir, die Ausgangsüberlegungen für die in dieser Festschrift verfolgte Fragestellung enthalten: HAFERKAMP: Der Militärdienst des Johann Steves, das Rheinische Oberappellationsgericht und der ordre public; DERS.: Der ordre public interne in der Rechtsprechung zum Rheinischen Recht. Das Urteil wird referiert im Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königlich-Preußischen Rhein-Provinzen (= Rheinisches Archiv), Bd. 1, Abt. 1 (1820), S. 117–125; zur Veröffentlichungspraxis in diesem Organ SCHNEIDER: Aus der Spruchpraxis des Rheinischen Appellationsgerichtshofes in den ersten Jahren seines Bestehens.

2 Zu diesem Verfahren im Einzelnen HEMANN: »Dan ich verlange so sehr nach Dülmer Biehr und Brandwein«.

3 Zu dieser Praxis RÜTTEN: Remplacant-Verträge, S. 403–418 (zum vorliegenden Fall).

hatte, zog Napoleon durch Senatus Consultum 1808 auch die ehemals freigestellten Männer zum Militärdienst heran. Dies hatte zur Folge, dass der vormals Freiwillige Kleinöhl nun dienstverpflichtet wurde und als Ersatzmann für Steves nicht mehr in Betracht kam. Nachdem Engels trotz Aufforderung keinen weiteren Ersatzmann stellte, musste Steves selbst einen solchen zum Lohn von 400 Talern verpflichten. Diese verlangte er im Klagewege nun nebst den bereits gezahlten 300 Talern heraus. Engels forderte demgegenüber nicht nur die Abweisung der Klage, sondern widerklagend auch die Auszahlung der noch ausstehenden 500 Taler von Steves.

Der zweite Senat des Rheinischen Appellationsgerichtshofes, der erst am 1. September 1819 seine Arbeit aufgenommen hatte,⁴ stand bereits am 7. Dezember vor einem Rechtsproblem, das ihm seine schwierige Stellung als *preußisches* Gericht, das überwiegend mit *Rheinländern* besetzt war und nach *französischem* Recht urteilen sollte, vor Augen führte. Bereits das vorinstanzliche Kreisgericht⁵ hatte sich mit einem Argument des Klägers Steves auseinandersetzen müssen, welches dieser der Widerklage des Engels entgegengehalten hatte. Steves hatte den vertraglichen Anspruch des Engels für nicht bestehend erklärt, weil der Vermittlungsvertrag gegen den in Art. 1133 CC als Wirksamkeitshindernis des Vertrages normierten *Ordre public* verstoße. Derartige Berufungen auf die »öffentliche Ordnung«, wie die üblichen zeitgenössischen Übersetzungen lauteten,⁶ waren bis zu diesem Zeitpunkt überaus selten geblieben. Die nahezu flächendeckende Auswertung eines Zeitabschnittes der Rechtsprechung der Appellationsgerichte Trier (1803–1819), Düsseldorf (1812–1819) und Köln (1815–1818) fand in etwa 2200 Prozessen nur eine einzige Nennung von Art. 1133 CC, bei der ein klarer Bezug zur öffentlichen Ordnung zudem fraglich bleibt.⁷ Dem stand auf französischer Seite eine durchaus breite Verwendung dieses Arguments in der Judikatur gegenüber.⁸

4 Hierzu STRAUCH: *Französisches Recht im Rheinland*, S. 30 f.

5 Zuständig war wohl das Kreisgericht Krefeld. Es wurde mit der Justizreform, die auch zur Einrichtung des Appellationsgerichtshofes in Köln führte, durch das Landgericht Düsseldorf abgelöst; zu diesen Veränderungen STRAUCH: *Übersicht über die unteren Gerichte der Rheinprovinzen 1789–2002*, S. 54 mit Anm. 12.

6 Vgl. die offizielle Ausgabe für das Königreich Westfalen, Art. 1133: »Der Grund der Verbindlichkeit ist unerlaubt, wenn er von dem Gesetz verboten, wenn er den guten Sitten, oder der öffentlichen Ordnung zuwider ist«; ähnlich das Badische Landrecht und auch Theil I, Art. 80 II des Bayrischen Entwurfs.

7 In dem Fall des Appellationsgerichts Trier, laufende Nummer 1642 vom 10. Juli 1811, ging es um Betrug in einem Bürgerschaftsfall. Zu dieser Datenbank SCHULTE-NÖLKE: *CD-ROM-Datenbank zur rheinischen Judikatur im frühen 19. Jahrhundert*.

8 Vgl. die Entscheidungen in SIREY: *Recueil*, Bd. VIII/1, S. 381; Bd. XI/1, S. 53; Bd. XIV/2, S. 15; Bd. XV/2, S. 328; Bd. XXIII/2, S. 73; Bd. XXV/1, S. 360; Bd. XXVI/2, S. 61.

Gerade im vorliegenden Fall wurde deutlich, warum der *Ordre public* für die *rheinische* Judikatur offenbar ein schwieriges Argument war. Mit der Beibehaltung des französischen Rechts in den Rheinlanden war eine Orientierung an der französischen Judikatur verbunden. Beim Argument der öffentlichen Ordnung konnte das jedoch bedeuten, die französischen Staatsinteressen zur rheinpreußischen Entscheidungsgrundlage zu machen. Der Widerbeklagte Steves hatte auf ein Urteil des Pariser Kassationshofes vom 12. Dezember 1810 verwiesen.⁹ Zu diesem Urteil fand sich bei Merlin¹⁰ eine umfangreiche Stellungnahme, mit der sich der Senat nun auseinandersetzen musste. Merlin sprach sich gegen die Wirksamkeit derartiger Vermittlungsverträge aus, weil sie »der Rekrutierung der Armee höchst nachtheilig sind«. ¹¹ Indem die Unterhändler die Konskribierten als potentielle Kunden »durch Furchteinflößung« beeinflussten, werde der »Kern der Nation dem Dienst entzogen«. Die Ersatzmänner wiederum bekämen die überwiegende Summe bereits mit dem Dienst Eintritt ausgehändigt. Sie seien daher wenig motiviert, den Dienst auszuüben, und würden oft desertieren.

Sollte sich der Senat eines im *Rheinland* gelegenen Gerichts im Jahr 1819 hinter Argumente stellen, die die Schlagkraft der napoleonischen Armee stützen sollten? Die Wehrpflicht war dem Rheinland 1802 von Napoleon aufgezwungen worden. In der Folgezeit hatte die beständige Einberufung der jungen Jahrgänge durch Napoleon das Rheinland schwer belastet. Zuletzt hatten die Rheinbundstaaten zusammen mit Polen zwei Drittel der dort weitgehend aufgeriebenen Russlandarmee von 600.000 Mann gestellt. Allein das Rhein-Mosel-Département hatte bis 1813 über 12.500 Soldaten ausgehoben.¹² Die Verluste beliefen sich etwa in der Stadt Neuss mit knapp über 6000 Einwohnern auf 47 Gefallene. Zum Vergleich: 1848/49, 1864, 1866 und 1870/71 fielen insgesamt aus Neuss (1871 14.000 Einwohner) 25 Soldaten.¹³

Konflikte konnte aber auch ein *preußisches* Gericht mit dem Argument Merlins haben. Im Einföhrungsedikt von 1808, das auch für Preußen nach den Niederlagen von Jena und Auerstedt die Wehrpflicht eingeföhrt hatte, war vom König die Wehrgerechtigkeit als zentral herausgestellt worden: »Aller bisher Statt gehabte Vorzug des Standes hört beim Militair ganz auf, und jeder ohne Rücksicht auf seine Herkunft hat gleiche Pflichten und gleiche Rechte«. ¹⁴ Aus preußischer

⁹ SIREY: Recueil, Bd. XI/1, S. 53 f.

¹⁰ MERLIN: Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence, Art. Conscription Militaire, § XI, hier nach 4. Aufl. Brüssel 1828.

¹¹ Steves vs. Engels (Fn. 1), S. 121.

¹² BRAUBACH: Vom Westfälischen Frieden bis zum Wiener Kongreß (1648–1815), S. 340.

¹³ BÖMMELS: Unter Napoleons Fahnen, S. 27.

¹⁴ Reglement über die Besetzung der Stellen der Porteepee-Fähnriche und über die Wahl zum Of-

Perspektive wurde also bereits die von Napoleon zugelassene Möglichkeit, einen Ersatzmann zu stellen, als eine »schwere Verletzung der Gleichheit« eingestuft, da sie darauf hinauslief, dieselbe Zahlung an den Ersatzmann »ohne Unterschied dem Reichen wie dem Armen zuzumuthen«.¹⁵ Diese Position lässt sich bei den entscheidenden Richtern freilich kaum nachweisen. Im Ergebnis sprachen sich die Richter dagegen aus, solche Maklerverträge als Verstoß gegen den *Ordre public* für nichtig zu erachten. Das Argument war formal: Zwar könne es sein, dass die Ersatzmänner nur durch »Furchteinflößung« das Amt anträten – doch müsse dies nicht sein. Aus dem Vertragstyp könne nicht auf einen generellen Verstoß gegen Art. 1133 CC geschlossen werden.¹⁶ Inzident erkannten die Richter damit die Möglichkeit an, Ersatzmänner zu stellen. Ob ihnen überhaupt bewusst war, wie man in Preußen über diese Frage dachte, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Offen politisch argumentierten die Richter nicht.

Dass man im Ergebnis der Argumentation Merlins jedenfalls nicht folgte, muss daher nicht politisch motiviert gewesen sein. Man kann dieses Vorgehen des Appellationsgerichtshofes auch innerjuristisch-dogmatisch deuten. Auch dies führte die Richter in unterschiedliche Traditionen zwischen Frankreich, Preußen und dem Rheinland. Indem der Senat eine Berufung auf den *Ordre public* als Nichtigkeitsgrund versagte, folgte er nichtfranzösischen dogmatischen Traditionen, die eine Berufung auf die öffentliche Ordnung aus dem Argumentationsschatz des Zivilrichters verbannen wollten.

Der Senat hielt den Argumenten Merlins entgegen: »Alle diese Betrachtungen würden allenfalls im Staatsrath vorzutragen gewesen seyn, wenn man die Frage diskutiert hätte, ob nicht die hier in Rede stehenden Verträge ganz zu verbieten wären«. Der Senat scheute davor zurück, in eigenem Ermessen staatliche Interessen zu bestimmen: »Hieße das nicht in die Attributionen der gesetzgebenden Gewalt einschreiten?« Ganz offenbar fühlten sich die rheinpreußischen Richter in eine Position gedrängt, die sie als mit ihrer Richterstellung unvereinbar ansahen. Diese Argumentation war kein Einzelfall. 1830 stand der erste Senat vor einem ähnlichen Problem: Der Vorinstanz, die mangels Verbotsgesetz die Wirksamkeit des Vertrages angenommen hatte, hielt die Klägerin unter Hinweis auf den *Ordre public* vor, »den hohen Berufe, welchen ihm die französische Legislation anweist« verkannt zu haben. Die Verfasser des Code seien davon ausgegangen, dass

fizier bei der Infanterie, Kavallerie und Artillerie. Vom 6. August 1808, in: Sammlung der für die Königlichen Preußischen Staaten erschienenen Gesetze und Verordnungen von 1806–1810, S. 275.

15 ROTTECK/WELCKER: Staatslexikon, Art. Conscriptio, S. 509.

16 Steves vs. Engels (Fn. 1), S. 122.

»sowohl der Geist der Gesetze als der Text derselben [...] eine Quelle von Entscheidungsnormen«¹⁷ seien. Die Klägerin berief sich für diese Aussage auf das Lehrbuch Bergmanns, der hierzu ausführte, der Richter müsse »neue positive Rechtsverhältnisse bilden, – ohne Gesetzgeber zu seyn«.¹⁸ Die Beklagte replizierte mit Blick auf Bergmann: »welches Gewicht kann man auf die Aeußerung eines Kommentators legen, welcher dem Richter das Recht einräumt Gesetzgeber zu seyn«.¹⁹ Die Richter ließen sich nun auf diese heiklen Fragen gar nicht mehr ein und wiesen einen Verstoß gegen die »Staatsverfassung« in einer sehr knappen Urteilsbegründung kühl ab. Über die zwischen den Parteien geführten Debatten über die Aufgabe des Richteramts fand sich kein Wort.

Die rheinischen Richter hatten mit der Befugnis, die öffentliche Ordnung als Entscheidungsmaßstab zu bestimmen und zu verwenden, also Probleme. Sie distanzieren sich in der Frage des *ordre public* vom französischen Leitbild. Sie entsprachen damit den Forderungen, die etwa Karl Salomo Zachariae in seinem so wichtigen Handbuch an sie stellte. Er übersetzte 1827 mit einigem Recht²⁰ den *ordre public* als »Interesse des Staates« und deutete damit eine polizeiliche Tendenz an, die ihm offenbar nicht gefiel. Sogleich fand sich eine Warnung: »Die Gesetze haben durch diese letztere Vorschrift dem richterlichen Ermessen einen sehr weiten Spielraum verstattet. Aber billig hat der Richter nur mit Behutsamkeit von dieser Freyheit Gebrauch zu machen«.²¹ Die rheinischen Richter dachten ähnlich. Sie hatten ein anderes Selbstverständnis als ihr französisches Pendant. Sie wollten nicht offen Rechtspolitik betreiben. Sie gaben sich gebunden und wollten nur verdeckt, im Rahmen der Auslegung, also höflich-unpolitisch das Recht fortbilden.

17 Rheinisches Archiv, Bd. 14, Abt. 1 (1830), S. 126.

18 Ebd., S. 132 unter Verweis auf BERGMANN: Lehrbuch des Privatrechtes Code Napoleon [sic!]. Göttingen 1810, § 293 in der Anm.

19 Ebd., S. 138.

20 Vgl. SCHMIDT: Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, S. 85.

21 ZACHARIÄ: Handbuch des Französischen Civilrechts, Bd. 2, 3. Aufl., S. 284 Anm. 6. Die erste Auflage (1808) stellte lediglich den Gesetzeswortlaut dar. Die zweite Auflage war mir nicht zugänglich. ZACHARIÄ verwies auf § 36 seines Lehrbuchs. Dort behandelte er die Lehre von den Verbotsgesetzen, die »auf einem Interesse des Staates oder auf einem Grunde des öffentlichen Anstandes beruhen« (ZACHARIÄ: Handbuch des Französischen Civilrechts, Bd. 1, 3. Aufl., S. 63). Die öffentliche Ordnung wurde auf eine gesetzliche Ordnung zurückgeführt. Umgehungen des Gesetzes wurden als »Scheinhandel« mitumfasst, ZACHARIÄ: Handbuch des Französischen Civilrechts, Bd. 1, 3. Aufl., S. 61 f.; hierzu SCHRÖDER: Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, S. 31.

Vordergründig war der *Ordre public* also wegen seiner Unbestimmtheit ein Problem. Der rheinpreußische Richter wollte die französische politische Freiheit gar nicht haben. Dies verweist auf das Selbstverständnis der Richter. Lange war die rechtshistorische Forschung über die Richter im napoleonischen Rheinland davon ausgegangen, dass die rheinische Justiz unter dem Einfluss Napoleons ein Revirement erlebte und die alten Richter durch schlecht ausgebildete, »politische« Richter ersetzt wurden.²² Für solche Richter hätte eine offen politische Argumentation durchaus nahe gelegen. Neuere Untersuchungen zum Werdegang der rheinischen Richter haben jedoch zeigen können, dass die überwiegende Zahl der rheinischen Richter auch weiterhin ihre Ausbildung im Ancien Régime erhalten hatte.²³ Damit waren sie zwar nicht vom preußischen Recht geprägt,²⁴ aber doch vom gemeinen Recht, das in Preußen über die Universitäten prägenden Einfluss gewonnen hatte.²⁵ Viele Verweise auf das römische Recht in den Urteilsbegründungen der rheinischen Judikatur deuten denn auch an, dass neben französischen auch gemeinrechtliche Prägungen das Denken der rheinischen Richter bestimmt haben.²⁶ Im gemeinen Recht fand sich gerade zu dem hier interessierenden Argument des *Ordre public* eine Position verbreitet, die konkret wirksam geworden sein könnte. Die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts entwickelte früh ein dezidiert privatrechtsliberales Verständnis des gemeinen Rechts, das dem etatistischen Privatrechtsverständnis Frankreichs anfangs deutlich widersprach und erst langsam auch in Frankreich an Einfluss gewann.²⁷ Am Argument des *Ordre public* störte also nicht nur der richterliche Übergriff in legislative Kompetenzen, sondern auch der staatliche Übergriff in die Autonomie des Privatrechts mit der tragenden Idee der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft. Dies erklärt, warum das Ar-

22 So etwa HANSEN (Hg.): Quellen zur Geschichte des Rheinlandes im Zeitalter der französischen Revolution 1780–1801, Bd. 4, S. 547 ff., der von einem Bruch und der Einsetzung schlecht ausgebildeter »politischer« Richter ausging.

23 FABER: Verwaltungs- und Justizbeamte auf dem linken Rheinufer während der französischen Herrschaft, S. 350 ff.; daneben nun GRILLI: Die französische Justizorganisation am linken Rheinufer 1797–1803, S. 205 ff.

24 Zu den verschiedenen Rechts Traditionen GRILLI: Das linksrheinische Partikularrecht, S. 69 ff.

25 Hierzu HAFERKAMP: Die Historische Rechtsschule, S. 62–74, 269–312.

26 SCHUMACHER: Das Rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts, S. 129 ff., 158 f.; GRILLI: Das linksrheinische Partikularrecht, S. 89 ff.; SCHULZE: Die rheinische Judikatur, S. 296 ff.; einschränkend SCHULTE-NÖLKE: Rheinische Judikatur im frühen 19. Jahrhundert, S. 108 f. Infolge des eigenartigen methodischen Ansatzes leider vorliegend unergiebig, da mit unhistorischem Blick: SCHNEIDER: Aus der Spruchpraxis des Rheinischen Appellationsgerichtshofes in den ersten Jahren seines Bestehens, S. 307 ff. (dort auch ganz kurz S. 324 f. zum vorliegenden Fall).

27 Hierzu BÜRGE: Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert.

gument des *ordre public* im von einer gemeinrechtlich geprägten Rechtswissenschaft dominierten Preußen als juristisches Argument langsam verdrängt wurde. Hatte im 18. Jahrhundert auch auf dem Gebiet des Alten Reiches die öffentliche Ordnung gelegentlich als allgemeine Schranke für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts gedient,²⁸ so verschwand sie bald zunächst aus der juristischen Diskussion. Sucht man unter dem Stichwort der öffentlichen Ordnung nebst Synonymen in der privatrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts, so bringen die Inhaltsverzeichnisse von 4316 privatrechtlichen Monografien jenseits strafrechtlicher und bau- und sicherheitsrechtlicher Bezüge keine einzige Nennung.²⁹ Man diskutierte diese hochpolitische Frage, typisch für Zeiten der Zensur, in dogmatischem Gewand. Es ging um D. 2, 14, 38: »*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*«. Paulus unterwarf die Gültigkeit von Verträgen also dem »*Ius publicum*«. Savigny machte 1824/25 in seinen Pandektenvorlesungen deutlich, dass dies keinen allgemeinen Vorrang staatlicher Interessen bedeuten durfte: »Was heißt dies: gegen's *jus publicum*, etwa gegen das Staatsrecht? nein! [...] Was als Handlung des einen zum Vortheil des andern geschehen oder unterbleiben soll ist eine *causa obligationis* und soll der Willkür der Parteien überlassen bleiben.«³⁰ Wächter stellte klar: »es verträgt sich durchaus mit der öffentlichen Ordnung und dem allgemeinen Interesse, dass es in der Regel den Beteiligten überlassen wird, ihre konkreten Privatrechtsverhältnisse nach ihrer Willkür selbst zu bestimmen.«³¹

Natürlich bedeutete dies kein Privatrecht »ohne Staat«. Die Umsetzung staatlicher Interessen sollte aber auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgen, Verbotsgesetze banden die Vertragsfreiheit *ex ante*. Genau das hatten auch die rheinischen Richter verlangt, wenn sie an den »Staatsrath« appellierten.³² Bei Göschen oder Keller konnte man die römische Kasuistik bequem nachschlagen, etwa das Verbot der *lex commissoria* bei Verpfändungen, Verträgen über die Erbschaft eines Lebenden etc.³³ Die gleiche scharfe Grenzziehung fand sich in der für die privatrechtliche Freiheit zentralen Gewohnheitsrechtslehre. Glücks ältere Vorstellung,

28 So hatte 1756 etwa Kreittmayrs *Codex Maximilianeus* der »Ehrbarkeit« und dem »Gesetz« auch die »Ordnung« als allgemeine Schranke der Vertragsfreiheit an die Seite gestellt, CMBC 4, 1, § 16 ohne Anmerkung im Kommentarband. Zum Vertragskonzept des CMBC LUIG: Die Grundsätze des Vertragsrechts in Kreittmayrs *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* von 1756.

29 Vgl. <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>.

30 SAVIGNY, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 253 f.

31 WÄCHTER: Pandekten I, S. 93.

32 Vgl. oben Fn. 1.

33 KELLER: Pandekten, Bd. 1, 2. Aufl., § 222; GÖSCHEN: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. 2, § 432.

der Richter müsse bei einem Gewohnheitsrecht³⁴ prüfen, ob dieses »dem gemeinen Wohl« zuwiderlaufe, sodass mit gleichem Inhalt auch »ein ausdrückliches Gesetz hätte promulgiert werden können«, ³⁵ fand bei Puchta scharfen Widerspruch. Puchtas Angst vor den willkürlichen Eingriffen der Staatsgewalt³⁶ wollte sich auf die von Glück vorgebrachten Leerformeln nicht verlassen. Er betonte: »Ein Richter darf sich indessen hier nicht durch den einer sehr vagen Auslegung fähigen Begriff des gemeinen Wohls hinreißen lassen«. ³⁷

Die darin liegende Abschottung gegen das, was der Richter als staatlichem Interesse entsprechend empfand, bedeutete nicht die Festschreibung antiker Regelungen. Flexibilität für die Rechtsfortbildung wurde dem Richter nicht nur verdeckt in der Auslegungslehre eingeräumt. Der offene Rückgriff auf die *boni mores*,³⁸ die *bona fides*,³⁹ ja sogar auf die *Aequitas*,⁴⁰ wurde ihm fast durchweg gestattet. Dabei sollte der Blick aber privatrechtsimmanent auf den Willen und die Interessen der Vertragsbeteiligten sowie auf den Schutz von deren Freiheit gerichtet bleiben. Dieses Verständnis setzte sich im 19. Jahrhundert langsam im Deutschen Bund durch. Zuletzt hatten der hessische Entwurf von 1853⁴¹ und der bayerische Entwurf von 1861⁴² den *Ordre public interne*,⁴³ wie er in Frankreich in Abgrenzung zum Internationalen Privatrecht bezeichnet wird, als allgemeine Schranke der Privatautonomie noch übernommen. Im Sinne der Pandektenwissenschaft⁴⁴ statuierten dann jedoch das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch⁴⁵ und der Dresdner Entwurf eines Obligati-

34 In Anlehnung an D. 1, 3, 39: Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optendum est, in aliis similibus non optinet; vgl. SCHRÖDER: Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre, S. 34 ff., 42 ff., 44 f.

35 GLÜCK: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 1, S. 459; ähnlich MÜHLENBRUCH: Lehrbuch des Pandekten-Rechts, hier nach 3. Aufl., § 38, S. 100.

36 PUCHTA: Cursus der Institutionen, Bd. I, S. 78 zum Zusammenspiel zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht.

37 PUCHTA: Das Gewohnheitsrecht, Bd. 2, S. 59.

38 HAFERKAMP: § 138, Rn. 4 ff.

39 DUVE/HAFERKAMP: § 242, Rn. 18, 41.

40 Vgl. JORDAN: Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, S. 226–229; hierzu MÜLLER: Civilistische Abhandlungen, Bd. 1, S. 211 ff.; weitere Nennungen bei ALBRECHT: Stellung der römischen *Aequitas*, S. 62–90; bei Puchta war die Billigkeit Teil seines Juristenrechts, vgl. HAFERKAMP: Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«, S. 218–221.

41 I 2 Art. 84 II; vgl. auch die Motive hierzu.

42 I § 80 II.

43 Die Anwendung des *Ordre public* in der Statuentheorie spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, vgl. hierzu KAUFMANN: Geschichte der internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklausel.

44 Vgl. nur WÄCHTER: Württembergisches Privatrecht II, S. 197; GÖSCHEN: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. 2, § 432.

45 § 79: »Handlungen, welche unmöglich sind, den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreiten,

onenrechts⁴⁶ eine Schrankentrias für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts: Unmöglichkeit, Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, Sittenwidrigkeit. Der Staat, der seine Interessen nicht ex ante in klar gefasste Verbotsnormen umgesetzt hatte, durfte nicht damit rechnen, nun im Richter einen Ex-post-Umsetzer dieser Interessen zu finden.

Damit tritt nicht in Widerspruch, dass in den Gesetzgebungsdebatten um den heutigen § 138 BGB der Ordre public nochmals als Schranke der Vertragsfreiheit auftauchte. Die erste Kommission hatte insbesondere in Anlehnung an den Code Civil einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dem Sittenverstoß gleichberechtigt an die Seite gestellt.⁴⁷ In der Begründung wurde jedoch deutlich, dass man im Ordre public nun, am Ende des Jahrhunderts, nicht mehr eine Gefährdung, sondern eine Chance des Privatrechts sah. Die Kommission verwies darauf, dass »der Inhalt eines Rechtsgeschäftes nicht bloß gegen die moralischen Interessen, sondern auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen kann und ein Verstoß gegen die letzteren nicht immer einen Verstoß gegen die ersteren enthält. Es darf in dieser Beziehung namentlich auf die mit dem Prinzip der Gewerbefreiheit sich in Widerspruch setzenden Verträge verwiesen werden.«⁴⁸ Die öffentliche Ordnung wurde nun also mit wirtschaftspolitischen Fragestellungen in Verbindung gebracht, die gerade dem Privatrecht nutzen sollten. Im Zentrum der Erörterungen stand dabei die Rechtsprechung zu vertraglichen Wettbewerbsverboten.⁴⁹ In den 1870er und 1880er Jahren war eine Vielzahl von Gerichten des Reiches damit beschäftigt, die Geltungsbedingungen der damals so genannten »Konkurrenzklauseln« zu bestimmen. Das Problem war seit der schrittweisen Durchsetzung der Gewer-

können nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein.«; § 90: »Rechtsgeschäfte, welche [...] dem Verkehr entzogene Sachen, unmögliche, den Gesetzen oder den guten Sitten widerstrebende Handlungen zum Gegenstande haben, sind nichtig.«

46 Art. 110: »Ein Vertrag, welcher von einer Bedingung abhängig gemacht ist, durch welche eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstrebende Handlung befördert wird, ist nichtig.«; Art. 111: »Hat sich Jemand für den Fall, daß er eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstrebende Handlung unterlasse, einen Vortheil versprechen lassen, so ist der Vertrag nichtig.«

47 § 106: »Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig.«; vgl. Art. 1133 Code civil: »La cause est illicite, quand est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public«; gleichlautend Art. 84 des hessischen Entwurfs von 1853 und Art. 80 Abs. 2 des bayerischen Entwurfs von 1861; zur Entstehungsgeschichte des § 138 SCHMIDT: Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, S. 141–150; WANNER: Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staat, S. 17–22.

48 Motive, Bd. 1, 2. Aufl., S. 211 = MUGDAN (Hg.): Materialien, Bd. 1, S. 469.

49 Zu dieser Judikatur SCHRÖDER: Entwicklung des Kartellrechts, S. 60–76; zeitgenössisch KOHLER: Vertragsmäßige Beschränkung des Gewerbebetriebs, S. 339 ff. = Gesammelte Abhandlungen, S. 62 ff. (mit Zusatz von 1883); LEMBERG: Vertragsmäßige Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit, S. 18 ff.

befreiheit⁵⁰ bekannt.⁵¹ Die preußische Rechtsprechung hatte diese Absprachen unter dem Gesichtspunkt eines gesetzlichen Verbotes geprüft.⁵² In der rheinischen Judikatur hatte man ähnlich und in Anlehnung an die französische Judikatur⁵³ einen Verstoß gegen die in Art. 1780 CC geschützte Gewerbefreiheit in den Blick genommen.⁵⁴ Das Reichsoberhandelsgericht (ROHG) stand 1872 vor dem Problem, dass die preußischen Vorschriften, die bisher als Verbotsgesetz für Verträge, die die Gewerbefreiheit einschränkten,⁵⁵ verwendet worden waren, auf den zu entscheidenden Fall möglicherweise nicht anwendbar waren. Nicht untypisch für das Selbstverständnis dieses Gerichts,⁵⁶ ließen sich die Richter davon aber nicht beirren. Die richterliche »Prüfung der Verträglichkeit des einzelnen Falls mit dem Princip der Gewerbefreiheit« sei »Consequenz eines im öffentlichen Interesse gegebenen und zu erhaltenden Zustandes«. ⁵⁷ Nachdem 1877 das Preußische Obertribunal⁵⁸ von seiner älteren Orientierung an Verbotsgesetzen abgerückt war und den Verstoß gegen das öffentliche Interesse als Beurteilungsmaßstab für Wettbewerbsverbote akzeptiert hatte, folgten auch rheinische Gerichte der neuen Linie.⁵⁹

50 Vgl. KLIPPEL: »Libertas commerciorum«; Genese der gesetzlichen Rahmenbedingungen bei ZIEKOW: Freiheit und Bindung des Gewerbes, S. 323 ff.; BERNERT: Die Französischen Gewerbegerichte (Conseils de Prud'hommes) und ihre Einführung in den linksrheinischen Gebieten zwischen 1808 und 1813, S. 112 ff., 119 ff.

51 Zur frühen Rechtsprechung zu Konkurrenzverboten SCHRÖDER: Entwicklung des Kartellrechts, S. 60–63.

52 OTr vom 17.1.1854, in: Striethorsts Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechts-Anwälte des Königlichen Ober-Tribunals, Bd. 11, Berlin 1854, S. 238 ff.

53 Die ältere französische Literatur findet sich bei POUILLET: *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, 2. Aufl., S. 259 ff.; KOHLER: *Vertragsmäßige Beschränkung des Gewerbebetriebs*, S. 62 ff.; vgl. zum Entstehungskontext auch KRASSER: *Ordnung des Wettbewerbsrechts*, S. 155 f.

54 Rheinischer Appellationsgerichtshof Köln vom 5.3.1835 (II), in: *Rheinisches Archiv*, Bd. 22, Abt. 1 (1835), S. 21 ff.

55 Knapper Überblick über die unübersichtliche Rechtslage bei WILLOWEIT: *Gewerbeprivileg und »natürliche« Gewerbefreiheit*, S. 95 ff. (ALR), 109 ff. (Reformedikte); ergänzend ab 1845: ZIEKOW: *Freiheit und Bindung des Gewerbes*, S. 396 ff.

56 Vgl. OGOREK: *Privatautonomie unter Justizkontrolle*; BERGFELD: *Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts*; HENNE: *Richterliche Rechtsharmonisierung*.

57 ROHG (I) vom 5.11.1872, ROHGE 7, S. 420 f.; hierzu bereits SCHRÖDER: *Entwicklung des Kartellrechts*, S. 63–66.

58 Plenarbeschluss vom 9.7.1877, OTrE 80, 1877, S. 1–34, 32. Das Reichsgericht folgte 1879: RG vom 5.12.1879 (II), RGZ 1, S. 22 f.; ganz deutlich dann RG vom 20.10.1880 (I), RGZ 2, S. 118–121, 120.

59 Erstmals zog das Obergericht Mainz 1878 nicht nur die »guten Sitten« und die »Bestimmungen der Gewerbeordnung«, sondern auch die »öffentliche Ordnung« heran (Entscheidung vom 19.1.1878, in: Puchelt [= Zeitschrift für französisches Civilrecht] IX (1878), S. 440 ff.). Das OLG Köln folgte 1886 (Entscheidung vom 12.5.1886 (I), *Rheinisches Archiv*, Bd. 77 (1887),

Das ROHG hatte sich in seinem richtungsweisenden Urteil des Jahres 1872 auf die französische Rechtsprechung als Vorbild berufen.⁶⁰ In dieser Hinsicht wurde der *Ordre public* damit am Ende des Jahrhunderts auch für privatrechtsliberale Richter wieder interessant. Hier ging es ja nicht um den Staat, sondern um die Wirtschaftsgesellschaft. Der *Ordre public* wurde dabei den Geruch freilich nicht los, die falsche Perspektive auf dieses Problem zu sein. Diese Unsicherheit thematisierte das ROHG, als es nicht die Freiheit des Gewerbetreibenden thematisierte, sondern fragte, ob der fragliche Vertragstyp geeignet sei, »unter Umständen das Publikum [zu] schädigen«. ⁶¹ Der für diese Grenzfragen immer sensible Gierke stellte 1889 heraus, es sei »keineswegs das Staatsinteresse, um dessen willen ein die Freiheit des Gewerbebetriebes übermäßig einschränkender Vertrag für nichtig zu erachten ist. Es handelt sich hierbei vielmehr um den Schutz der Persönlichkeit gegen die eigene Vertragsfreiheit«. ⁶² Das BGB rückte daher von dem *Ordre public* ab und machte die *boni mores* zu einem wirtschaftspolitischen Argument. Planck verdeutlichte 1903 diese, dem BGB zugrunde liegende Position:

»Ein Rechtsgeschäft, das gegen die großen Prinzipien des modernen Rechts, insbesondere gegen die Prinzipien der persönlichen Freiheit, der Gewissensfreiheit, der Koalitionsfreiheit, der Gewerbefreiheit, der Freiheit in Ausübung des Wahlrechts etc. verstößt, ist immer auch als ein gegen die ›guten Sitten‹ verstößendes Rechtsgeschäft anzusehen.«⁶³

Auch hier stellten sich die rheinischen Richter nun gegen Frankreich. Es war ein Senat des Oberlandesgerichts Köln, der sich erstmals gegen das ROHG wandte und statt einem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung einen Verstoß gegen die guten Sitten annahm.⁶⁴

Die §§ 138 und 826 gerieten damit zu den entscheidenden Schrittmachern in der Entwicklung des modernen Wettbewerbs-, Kartell- und Kollektivarbeitsrechts.⁶⁵ Die *boni mores*, die guten Sitten, übernahmen daher in Deutschland die wirtschaftspolitische Funktion, die in Frankreich durch den *Ordre public* ausgefüllt wurde.⁶⁶

S. 15–17 mit Anm. *).

60 ROHG (I) vom 5. 11. 1872, ROHGE 7, S. 423.

61 ROHG (I) vom 5. 11. 1872, ROHGE 7, S. 421.

62 VON GIERKE: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, S. 169.

63 PLANCK: Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., § 138 Nr. 2, 250.

64 OLG Köln vom 1. 2. 1892 (I), Rheinisches Archiv, Bd. 84 (1892), S. 126–128, 128.

65 HAFERKAMP: § 138, Rn. 10.

66 Hierzu SCHRÖDER: Entwicklung des Kartellrechts, S. 63–66, 67–74.