

## PRIVATRECHTSKODIFIKATION, RECHTSEINHEIT UND STAATLICHE EINHEIT – EINE VORAUSSETZUNG, EIN MITTEL ODER DIE FOLGE?

Judit BALOGH<sup>1\*</sup>

Universitätsdozentin (Universität Debrecen)

### Abstract

The article examines the relationship between the creation of the German state and the codification of German private law and attempts to answer the question of the relationship between the creation of a private law code and the unification of law, as well as between the creation of legal unity and the establishment of state unity. By looking at the various conceptions of the essence of the private law code, it concludes that the primary role of codification is to replace customary law with state law, i.e. statuted law, which creates legal unity. In this way, it is able to eliminate the legal particularism which was still very much in evidence in German territories at the end of the 19th century. However, this is not necessarily a prerequisite for state unity, but rather a means to it. In the case of other states, the need for unity of law (and the unification of law itself) may be a consequence of state unity, but

### Abstrakt

Der Beitrag untersucht den Zusammenhang zwischen der Schaffung des deutschen Nationalstaates und der Kodifikation des deutschen Privatrechts und versucht, die Frage einerseits nach dem Verhältnis zwischen der Schaffung einer privatrechtlichen Kodex und der Rechtseinheit, sowie zwischen der Schaffung der Rechtseinheit und der Herstellung der Staatseinheit zu beantworten. Nach der Analyse der wesentlichen Inhalte der Kodexes wird festgestellt dass die Aufgabe einer Privatrechtskodifikation besteht darin, das Gewohnheitsrecht durch staatliches Recht, dh. geschaffenes Recht, zu ersetzen. So kann im Staat die Rechteinheit geschaffen werden. Die Aufgabe eines bürgerlichen Gesetzbuches war (und ist) in den meisten Ländern die Schaffung der privatrechtlichen Rechtseinheit. Es ist – meines Erachtens – nicht eine

---

<sup>1</sup> \* ORCID: 0000-0002-7252-7982

since German private law codification took place in parallel with the creation of state unity, this assessment is not relevant to the overall functioning of the German state and the development of private law. On the other hand, if a well-drafted, high quality code (such as the BGB in the German national state) can be created, it can become an effective guardian of legal certainty. So it can be an effective instrument to prevent private law (and thus legal unity) from being at the mercy of the current and ever-changing political twists and turns and the unpredictable legislative activity of the legislative power.

notwendige Voraussetzung einer staatlichen Vereinheitlichung. Es kann zwar auch als eine Folge der Herstellung der staatlichen Einheit vorkommen, ist aber meistens ein wichtiges Mittel dazu. Die Kodifikation wirkt systembildend und sorgt für Rechtssicherheit. Ein gut ausgearbeiteter, qualitativ hochwertiger Kodex ist ein effektiver Hüter der Rechtssicherheit. Dadurch wird vermieden, dass das Privatrecht (und die Rechtseinheit) den aktuellen und sich ständig ändernden politischen Wenden und der unvorhersehbaren gesetzgeberischen Aktivität der legislativen Macht ausgeliefert ist.

Keywords: Private law, Codification, Legal unity, Waves of private law codifications, Goals of private law codification, 19<sup>th</sup> century, German Empire 1871

Schlagworte: Privatrecht, Kodifikation, Rechtseinheit, Wellen der Privatrechtskodifikation, Ziele der Privatrechtskodifikation, 19. Jahrhundert, Deutsches Reich 1871.

## 1. Frühe Auffassungen und Methode zur Systematisierung der Rechtsnormen

Die Bedeutung des Wortes ‘Kodifikation’ hat sich von seinen Ursprüngen in der Antike (wo es im Wesentlichen nur darum ging, das Recht, d. h. das Gewohnheitsrecht, *zusammenzusammeln*) bis zum Mittelalter allmählich gewandelt.<sup>2</sup> Alle Kodifikationsversuche gingen von dem bereits bestehenden Gewohnheitsrecht aus, knüpften daran an und lösten sich nicht von dem. Ursprünglich handelte es sich also um eine ‘quantitative’ Änderung: die ‘Rechtssetzung’ extrahierte und konsolidierte den Inhalt des bestehenden Gewohnheitsrechts. Erst im Spätmittelalter bekam diese Tätigkeit eine neue Bedeutung: seitdem es eher die *Ablösung* des Gewohnheitsrechts durch das vom Herrscher festgelegte Gesetzesrecht bedeutete. Wenn der Herrscher die Absicht hatte, die Regeln zu ändern, so geschah dies unter dem Deckmantel der

<sup>2</sup> Judit BALOGH: A kodifikáció fogalmi megközelítései az európai jogtudományban. [Versuche der wissenschaftlichen Definition der Kodifikation] In: Judit BALOGH et al (ed.): *65. Studia in honorem István Stipta*. Budapest, Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 2017. 25–42.; Judit BALOGH: Debates in Articles. Position in the Legal Literature on the Possibilities of Private Law Codification (1866–1900). *Journal on European History of Law*, 11, 2020. 126–137.; Emőd VERESS: *Fejezetek a magyar magánjogi kodifikáció történetéből – Európai kitekintéssel*. [Über die Geschichte der ungarischen Privatrechtskodifikation - mit einer europäischen Perspektive] Cluj-Napoca, Sapientia – Forum Iuris, 2022.

alten Regeln und unter dem Vorwand, ‘schlechte’ Bräuche, ‘schlechte’ Gewohnheiten zu beseitigen. Es bedeutete also eine ‘Erhaltung durch Abschaffung’.<sup>3</sup>

Die ersten Spuren einer Kodifikation im modernen Sinne des Wortes traten erst am Ende des Mittelalters, zu Beginn der Neuzeit, auf. In den Bestrebungen der Humanisten, vor allem in (Nord-)Frankreich, taucht das Ziel, das römische Recht durch ein neues nationales Recht zu *ersetzen*, erstmals mehr oder weniger radikal auf. *Die Entstehung der Nationalstaaten* war der starke Impuls, der diese Entwicklung ausgelöst hat. Die Herrscher, die sich von den vorherrschenden Lehren des Naturrechts und damit der Vernunft leiten ließen, sahen in der Schaffung einheitlicher nationaler Gesetzbücher ein Mittel zur Sicherung ihrer Alleinherrschaft und ordneten deren Schaffung in mehreren europäischen Staaten an. Da der wichtigste Aspekt des staatlichen Lebens die Regelung der privaten Beziehungen und der Strafjustiz war, enthielten die Gesetzbücher auch hauptsächlich das materielle Zivil- und Strafrecht,<sup>4</sup> allerdings nicht allein, sondern in Kombination mit anderen Vorschriften, einschließlich der des öffentlichen Rechts.

Die Kodifikation in ihrem heutigen Sinne trat erst in der Neuzeit auf. In einer geistigen Epoche, in der (auf einer höheren Stufe der sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung) das Bedürfnis nach *Rechtssicherheit* erschienen wurde. Die Rechtssicherheit war das Ziel der Aufklärung im 18. Jahrhundert, die revolutionäre Herausforderungen sowohl in der technischen als auch in der intellektuellen Kulturschuf und erreichte. In den Sozialwissenschaften – und damit auch im Recht – gab es neue Entwicklungen, wie etwa die Theorie von Montesquieu über die Gewaltenteilung oder die Gedanken von Rousseau über die Souveränität. Diese Erscheinungen stellten auch neue Herausforderungen für die Rechtswissenschaft dar.

Im Gegensatz zu dem mittelalterlichen Denken, das sich weitgehend mit der ‘etwas systematisierten’, hier und da ‘reformierten’ Bewahrung und Erhaltung der Traditionen und des bestehenden Gewohnheitsrechts begnügte, war der Gedanke der Kodifikation revolutionär: ‘Folgen wir nicht dem Beispiel der Ordonnance von 1629, die alles Bisherige bestätigt, es sei denn, dass sie durch eine andere gegenteilige Bestimmung aufgehoben oder durch eine gegenteilige Gewohnheit annulliert worden ist; sondern ganz im Gegenteil: Schaffen wir den vollständigen und vollkommenen Corpus jeder Bestimmung und *heben alles Bisherige auf*’.<sup>5</sup> Dies

<sup>3</sup> Csaba VARGA: *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség*. [Die Kodifikation als sozio-historisches Phänomen] Budapest, Akadémiai, 2002. (insbes. 33–36, 59–64.). Über die moderne Auffassung und Rolle des Begriffs: Csaba VARGA: *Jogváltozás*. [Rechtsänderung] Budapest, Akadémiai, 2022. <https://doi.org/10.1556/9789634548300>

<sup>4</sup> Über die strafrechtlichen Beziehungen Elemér BALOGH: A tradíció szerepe a magyar és az európai büntetőjogi kodifikáció történetében. [Die Rolle der Tradition in der Geschichte der ungarischen und europäischen Strafrechtskodifikation] In: Attila MENYHÁRD (ed.): *350 éves az Eötvös Loránd tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara*. [350 Jahre Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Eötvös Loránd] Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2018. Vol. 1., 977–988.

<sup>5</sup> Auszug aus die ‘Mémoire’ von Pussort (1655) in Jean-Baptiste COLBERT: *Lettres, instructions et mémoires VI* (Paris, 1861–1882), 21–22. weiter Jacques VANDERLINDEN: *Le concept de code en Europe occidentale de XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. Essai de définition*. Bruxelles, Editions de l’Institut de Sociologie de l’Université Libre de Bruxelles, 1967. 360., und VARGA (2002) op. cit. 76.

bedeutete *eine qualitative Veränderung*: Die Aufhebung des alten Rechts und die Einführung neuer Regeln durch den (absoluten) Herrscher. Dies war die spezifische, konkrete Wahrnehmung der Kodifikation, die Thibaut später in der deutschen Rechtswissenschaft vertrat. Es diente als Grundlage zur französischen Auffassung, nach deren die Kodifizierungswerke des 18. Jahrhunderts als ein ‘wunderbares Vorspiel zu einer allgemeinen Kodifikation’<sup>6</sup> erschienen.

Die deutschen Kodifikationsbemühungen der Aufklärung und des Naturrechts an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert wurden nach den Napoleonischen Kriegen, mit der Restauration und der Gründung des Deutschen Bundes in den Hintergrund gedrängt. Sie wurden von einer anderen, ebenso wichtigen politischen Frage verdrängt: Der Einheit und Freiheit des deutschen Volkes. Das verfassungsrechtliche Problem beinhaltete im Kern die Frage nach der Möglichkeit, der Zweckmäßigkeit und sogar der Notwendigkeit eines einheitlichen nationalen Rechts für alle deutschen Staaten und damit eines Privatrechtskodex. Am Ende der napoleonischen Kriege forderte der Heidelberger Naturrechtler Professor Anton Friedrich Justus Thibaut,<sup>7</sup> angesichts des riesigen und immer zuwachsenden deutschen Rechtsbestandes, die Vereinheitlichung des Rechts, vor allem des Zivilrechts, und die Herausgabe eines neuen Gesetzbuches nach dem Vorbild des ALR oder des ABGB oder aber (und vor allem) des Code civil. Diese Bestrebung sollte seines Erachtens nicht unbedingt zu einem völlig neuen, selbständig hergestellten Werk führen, es könnte möglicherweise im Wege einer Rezeption entstehen.<sup>8</sup>

Er vertrat die Auffassung, dass die Rechtsnormen systematisiert und radikal neugestaltet werden müssten, damit der Kodex dazu beitragen könne, die ‘von den Dynastien zerrissene Nation’ zu vereinigen und das Recht ‘von einer toten gelehrten Tradition in das lebendige politische Eigentum der Nation’ zu verwandeln.<sup>9</sup> Sein Vorschlag – der weder die Methode noch die Aspekte der Kodifikation spezifizierte, sondern lediglich die inhaltliche Ablösung des alten Gesetzes durch ein neues Gesetz vorschlug und betonte – löste eine große Fachdebatte<sup>10</sup> aus, stieß aber nur auf

<sup>6</sup> Nach der Arbeit von M.P.A.F. MALAPERT (*Remarques historiques sur la codification*, Paris, Cotillon, 1861) zitiert bei VARGA (2002) op. cit. 77.

<sup>7</sup> Anton Friedrich Justus THIBAUT: *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814.

<sup>8</sup> Dieser Gedanke widersprachen die späteren Vertreter der Historischen Rechtsschule, der Begriffsjurisprudenz und der Interessenjurisprudenz.

<sup>9</sup> Franz WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (im Folgenden: PRG op. cit.). Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 2<sup>nd</sup> edition, 1967. 390–391.

<sup>10</sup> Aus der riesigen Literatur über die Kodifikationsstreit zwischen Savigny und Thibaut seien hier zwei charakteristischen Autoren hervorgehoben: Hans WROBEL: *Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny-Kontorverse*. *Kritische Justiz* 6, 1973. und Hans WROBEL: *Die Kontroverse Thibaut-Savigny im Jahre 1814 und ihre Deutung in der Gegenwart*. Diss. Bremen, 1975. passim, An Gegenmeinung: Hans KIEFNER: *Thibaut und Savigny. Bemerkungen zum Kodifikationsstreit* in: Arno BUSCHMANN, et al. (ed.): *Festschrift Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag*. Bielefeld, 1983. 53–85. Auch Csaba VARGA: *Codification on the Treshold of the Third Millennium*. *Acta Juridica Hungarica* 47, 2006. 89–117. DOI: 10.1556/AJur.47.2006.2.1. <https://doi.org/10.1556/ajur.47.2006.2.1>

wenige Befürworter, eher nur auf Gegner. Das sowohl territorial als auch politisch zersplitterte Land war noch nicht reif für die Kodifikation des Zivilrechts<sup>11</sup> und Thibaut war wahrscheinlich zu schnell dabei, solche radikale Änderung zu fordern. Es hatte deren Erfolg illusorisch gemacht.

Thibauts Niederlage wurde durch die Tatsache begünstigt, dass neben dem Naturrecht bereits eine andere große Schule der deutschen Rechtswissenschaft, die Historische Rechtsschule, entstanden war, die zu beweisen suchte, dass der Urzustand, auf den sich die Befürworter der Naturrechtslehre beriefen, nie existiert hatte. Ihres Erachtens nach befindet sich das Recht in einem Zustand ständiger Evolution und kann entsprechend den Bedürfnissen der Zeit immer weiterentwickeln. Es gibt also keine für alle Zeiten und alle Völker geltenden Rechtsnormen, so es gibt auch keine absoluten Gesetze.

Gegenüber dem Pragmatismus des Naturrechts, der Maxime der erneuerten Konzeption über das 'inhaltsvolle Gesetzbuch', traten der Berliner Professor Savigny<sup>12</sup> und seine Schule mit den Schlüsselbegriffen 'Geschichtlichkeit'<sup>13</sup> und 'Volksg Geist'<sup>14</sup> hervor. Diese Schule wurde zu einem bestimmenden Element des deutschen Denkens insgesamt und auch des später zu erarbeitenden Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die von Savigny geleitete Schule war konservativ: Sie prangerte die Französische Revolution und die Aufklärung des 18. Jahrhunderts an, auf der die Revolution beruhte. Seine Kritik bestand darin, dass die unzähligen Rechtsquellen seiner Zeit durch die Schaffung eines einzigen Kodex nicht beseitigt und transparent gemacht werden konnten. Savigny lehnte also die Naturrechtskodexes, das ALR, den Code civil und den ABGB nicht nur deshalb ab, weil sie das von den Naturrechtlern aufgestellte Kodifikationsideal umzusetzen versuchten. Er kam zum Schluss dazu, dass *aus der Sicht seiner wissenschaftlichen Vorstellungen* keine Kodifikation erfolgreich sein konnte, weil das in einem Buch gegebene neue Recht nicht identifiziert, nicht zu seinen (seiner Ansicht nach notwendigerweise römisch-rechtlichen) Wurzeln zurückverfolgt werden konnte.<sup>15</sup> Er beurteilte und verurteilte daher die Kodifikation als eine Nachwirkung des späten Naturrechts. Er forderte

<sup>11</sup> Wie es später erörtert wird, dies war genau der Grund, der von den Ablehnern der Schule, Savigny und den Anhängern der historischen Rechtsschule, angeführt wurde.

<sup>12</sup> Christian LÜCK: *Die Deutschen und das Recht (Zur politischen Idee der Germanistik 1806–1848)*. Paderborn, Brill-Fink, 2022. insbes. 335–353. Sergio DELLAVALLE: Backward-oriented Innovators: The German Historical School of Jurisprudence within the Context of the Paradigms of Order. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, 2022. 2022–20., Kenichi MORIYA: Die Historische Rechtsschule. *RW Rechtswissenschaft*, 2021. 474–486. usw.

<sup>13</sup> Aus privatrechtlicher Sicht WIEACKER: *PRG* op. cit. 353–355.; aus rechtheoretischer Sicht Kálmán KULCSÁR: A történeti szemlélet a XX. század jogtudományában. *Állam és Jogtudomány* V, 1962. 321–325.

<sup>14</sup> WIEACKER: *PRG* op. cit. 357–358.

<sup>15</sup> Pio CARONI: Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des „Berufes.“ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZRG) Germ. Abt.* LXXXVI, 1969. 172–176., Pio CARONI: Kodifikation. In: Adalbert ERLER, Ekkehard KAUFMANN (ed.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. II*. Berlin, Erich Schmidt, 1978. 911.

zwar keine förmliche Aufhebung des ALR, schlug aber dessen Überarbeitung vor, was faktisch ‘die praktische Vernichtung der neuen Kodifikation’ bedeutet hätte.<sup>16</sup>

Für ihn war das Recht ein inhärenter Teil der nationalen Kultur und damit der Nation als Ganzes, der seine Kraft nicht durch einen Gesetzgebungsakt, sondern durch die *historische Rechtsbildung* erlangt. Nach Savignys frühen Auffassung<sup>17</sup> (die bereits in der ersten Auflage des ‘Berufs’<sup>18</sup> zum Ausdruck kam) kann die Kodifikation nichts Neues bieten: Nach der Historischen Rechtsschule kann sie nur insofern von Bedeutung sein, als sie eine bestimmte Stufe in der natürlichen Entwicklung des Rechts festlegt. Das Recht sei das Ergebnis einer langsamen, auf dem Gewohnheitsrecht basierenden Entwicklung, für die die Kodifikation nur ein Hindernis darstellen könne<sup>19</sup> und daher abzulehnen sei.

Nach seinen Aussagen in ‘Beruf’ ist (bzw war<sup>20</sup>) Savigny im allgemeinen als ein Gegner aller Kodifikationen bekannt. Neuere Forschungen tendieren jedoch dazu, dass statt dessen man sollte die diesbezüglichen Bemerkungen im ‘Beruf’ betonen, in denen Savigny eine privatrechtliche Kodifikation nicht ausschließt, sondern für möglich hält. Nach neueren Forschungen lehnte Savigny eine Kodifikation weder ab noch widersetzte er sich ihr. Sondern stellte lediglich fest, dass einige der Voraussetzungen für die Schaffung eines Kodex ‘*derzeit*’ nicht gegeben seien.<sup>21</sup>

Er und die Vertreter der historischen Rechtsschule waren der Ansicht, dass Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch nicht reif für die Kodifikation des Privatrechts war. Savigny sah das Haupthindernis für einen Kodex darin, ‘...daß nur in sehr wenigen Zeiten die Bedingungen für ein vortreffliches Gesetzbuch vorhanden sein werden.’<sup>22</sup> Vor diesem Hintergrund hat seine zusammenfassende Feststellung, dass ‘die gegenwärtige Zeit keinen Beruf hat, ein Gesetzbuch zu unternehmen’<sup>23</sup>, wirklich eine gewisse Grundlage.

Savigny’s Verurteilung über die Kodexes beruht auf seiner Definition über die Kodifikation. Seiner Ansicht nach stellt die Kodifikation – anders als das Konzept des Naturrechts oder des Vernunftrechts, wie es im Zusammenhang mit Thibaut beschrieben wurde – *kein inhaltlich völlig neues Recht* dar, sondern lediglich *ein Mittel*, um das bestehende Recht in eine logische Ordnung zu bringen. Die Kodifikation sei nach Savigny also nicht eine Frage des Inhalts, sondern *der Form*.

<sup>16</sup> CARONI (1978) op. cit. 917.

<sup>17</sup> Seine Meinung über die Möglichkeiten einer Kodifikation hat Savigny nach der ersten Auflage des ‘*Berufs*’ 1814 sowohl in den späteren Auflagen als auch in seinen anderen Werken modifiziert. Dazu: HORST HAMMEN: *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlin, Duncker & Humblot, 1983.

<sup>18</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1840.

<sup>19</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts Bd. I*. Berlin, Veit, 1840. 47.

<sup>20</sup> zB aus der früheren Literatur CARONI (1969) op. cit. 172–176., PIO CARONI: Savignys ‘*Beruf*’ und die heutige Krise der Kodifikation. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXXIX, 1971. 3., 456.

<sup>21</sup> HAMMEN (1983) op. cit. passim, insbes. 59–61.

<sup>22</sup> SAVIGNY (1840) op. cit. 105.

<sup>23</sup> SAVIGNY (1840) op. cit. 161.

Die Kodifikation kann das Recht *förmlich* erneuern und eine neue Kategorie von Rechtsquellen schaffen.<sup>24</sup> Savigny sah das Privatgesetzbuch als oberstes Element in einem komplexen, hierarchischen System der Rechtsquellen: Er betrachtete es nicht als 'taxative' Zusammenfassung der Gesamtheit des Rechts, sondern als ein Grundelement der Rechtsordnung, das sich durch die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ständig weiterentwickelt. Wenn sich also das im Volksgeist verwurzelte Gewohnheitsrecht organisch und mit vorsichtigen Kompromissen entwickelt, wie es Savigny für optimal hielt, bedarf es keinen solchen 'gescheiterten Kodex' wie des preußischen Landrechts.

Nach Savignys Auffassung war das ALR ein gescheitertes Gesetzbuch, dessen Unzulänglichkeiten deutlich machten, dass eine Kodifikation die entsprechende Reife eines Rechtssystems voraussetzt. Zu diesen Mängeln gehörten in dem deutschen Rechtsgebiet seiner Zeit u. a. die mangelnde Ausarbeitung des Begriffssystems (es gab z. B. kein (allgemeines) Begriff für das Rechtsgeschäft), die Unzulänglichkeit der deutschen Sprache, die Unzulänglichkeit der deutschen Rechtswissenschaft aufgrund der schwachen, unentwickelten deutschen Juristenausbildung, usw.<sup>25</sup>

Die Pandektistik betonte auch die Rolle des Rechts in der nationalen Politik und der Rechtsstaatlichkeit: Die Sonderrechte des Deutschen Bundes wurde der *Rolle der Rechtseinheit* in seiner dogmatischen, pädagogischen und wissenschaftlichen Anwendung gegenübergestellt. Dies war das Argument, das Savigny gegen Thibaut vorbrachte, und die Zeit hat bewiesen, dass Deutschland in der Lage war, einen *eigenständigen* Zivilkodex erlassen zu können, und braucht nicht ein ausländisches zu übernehmen.

In Deutschland entstand in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine neue Strömung, die über den Utilitarismus, die Historische Rechtsschule und die pandektistische Begriffsjurisprudenz hinausging. Es war die durch den Namen des Puchta-Schülers Rudolf von Jhering geprägte Interessenjurisprudenz.

Jhering und seine Schule versuchten, ihre Theorie auf den Grundlagen des römischen Rechts aufzubauen, in dem das Recht *als Mittel* zum Erreichen eines Ziels betrachtet wurde. Schon in seinen frühen Werken<sup>26</sup> wandte er sich gegen die rein historische Erforschung von Rechtsquellen und Rechtssätzen und konzentrierte sich vor allem auf die praktische Anwendbarkeit. Er entfernte sich von einer rein logischen, konstruktiven Rechtsprechung und schuf durch die Individualisierung der Rechtsausübung einen interessenorientierten Rechtsanschauung. Er argumentierte, dass man das Recht nicht in einem absoluten Sinne anwendet, sondern vielmehr in Bezug auf ein anderes, entgegengesetztes Interesse. Für ihn war es sehr wichtig, in

<sup>24</sup> VARGA (2002) op. cit. 115.

<sup>25</sup> HAMMEN (1983) op. cit. 59–60.

<sup>26</sup> *Abhandlungen aus dem römischen Rechts* (1844), *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen* (1847), *Über den Grund des Besitzschutzes* (1869), *de úgyszintén később*, pl.: *Jurisprudenz des täglichen Lebens* (1870), *Der Kampf ums Recht* (1872).

der Rechtsnorm den Willen des Gesetzgebers, seine Motive und die *Interessen*, die er durchsetzen wollte, zu erkennen.<sup>27</sup>

Darüber hinaus spielte bei der praktischen Umsetzung der deutschen Kodifikation eine weitere Richtung eine wesentliche Rolle: Das Denken der Germanisten. Die Unterscheidung ‘Germanisten – Romanisten’, die die deutschen Juristen Ende des 19. Jahrhunderts trennte, beruhte auf einer grundlegenden Meinungsverschiedenheit darüber, ob das römische Recht oder das gemeine Recht als Grundlage für die Entwicklung einer neuen Privatrechtsordnung gewählt werden sollte.

Im 19. Jahrhundert waren die Germanisten die lautstärksten Verfechter jener Kodifikation. Ihres Erachtens sei die Kodifikation nicht nur *möglich* sondern sogar *notwendig*, da ihre Aufgabe darin bestehe, ‘die Integration des Rechts und der Rechtswissenschaft in die politische Gesellschaft der Gegenwart unter Berücksichtigung der tatsächlich vorhandenen Rechtsüberzeugungen des Volkes’<sup>28</sup> zu erreichen.

Im 19. Jahrhundert lassen sich inhaltlich (dh dem politisch-ideologischen Grund nach<sup>29</sup>) drei Wellen von Privatrechtskodifikationen unterscheiden:

## 2. Die Naturrechtskodifikationen: ALR (1794), ABGB (1811)

Das Aufkommen der modernen Idee der Kodifikation ist in den Kodexen der Aufklärung zu beobachten. Ziel war es, das Recht zu vereinheitlichen und zu organisieren, und die Maxime der Rechtssicherheit (mindestens im technischen Sinne) zu verwirklichen. Der Staat drängte vor, die natürlichen Rechte des Bürgers (Freiheit, Gleichheit, Eigentum) zu garantieren. Es entwickelte eine erneuerte Auffassung über die Regelung des Verhältnisses zwischen dem (Staats)Bürger und Staat: Die Spannungen, die im Absolutismus entstanden waren, wurden auf der Grundlage des Naturrechts gelöst. Dadurch wurde der Staat aus der Privatsphäre des Bürgers entfernt. Diese neue Erklärung kam nach Caronis Formulierung<sup>30</sup> lautete: Das Privatrecht wurde zum Recht der Möglichkeiten, das jedem Einzelnen Mittel und Wege zur Ausübung seiner Privatautonomie bietet.<sup>31</sup>

Die Gesetzbücher der ersten Welle haben aber die privatrechtliche Gleichheit der (Staats)Bürger nur versprochen, nicht aber verwirklicht.

<sup>27</sup> WIEACKER (1967) op. cit. 452.

<sup>28</sup> CARONI (1978) op. cit. 918.

<sup>29</sup> Es gibt eine Menge von Möglichkeiten um Wellen in der privatrechtlichen Kodifikation zu unterscheiden. Der gesellschaftlichen Auswirkungen nach gestaltete Lajos Vékás zB vier Gruppen der Gesetzbücher aus (1.: Cc und ABGB, 2.: Der niederländische Kodex von 1838, Codice civile 1865, 3.: die Gesetzbücher der sozialistischen Ära, wie zB das ungarische BGB 1959, und 4.: die postsozialistischen Gesetzbücher nach 1990). Lajos VÉKÁS: A posztsozialista magánjogi kodifikációról. [Zur Kodifikation des Privatrechts im Postsozialismus] *Erdélyi Jogélet*, 2021/2, 7–25. insbes: 12–14.

<sup>30</sup> CARONI (1978) op. cit. 918.

<sup>31</sup> Pio CARONI: *Privatrecht – Eine sozialhistorische Einführung*. Helbing & Lichtenhahn, 2<sup>nd</sup> edition, 1999.



Das ABGB entstand im Rahmen der Modernisierungsbestrebungen Maria Theresias und ihres Strebens nach absoluter Machtausübung, deren Ziel war es, die partikularen Landesgesetze, die je ‘nach Belieben der Stände’ angewendet wurden, durch allgemeine Gesetze zu ersetzen, die als Produkt einer einheitlichen kaiserlichen Gesetzgebung, in allen Provinzen gültig sein sollten. In diesem Sinne wurde zunächst das Strafrecht (materiell- und verfahrensrechtlich) kodifiziert (Constitutio Criminalis Theresiana 1768), dann das Zivilprozess- und Konkursrecht (1781) und das Strafrecht (1787 und 1803). In diesem Klima der verstärkten Kodifikation begannen auch die Arbeiten am Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Das Gesetzbuch war vor allem *allgemein*,<sup>32</sup> da es Österreich von einem monarchischen Union von Ständestaaten zu einem Einheitsstaat vereinheitlichen sollte.<sup>33</sup> Als Beweise dafür dienen die folgenden Bemerkungen über das ABGB: Erstens es wollte die kaiserliche (zentrale) Macht gegen die Interessen der Stände stärken, zweitens es war überall dh mit weniger Ausnahmen<sup>34</sup> in der ganzen Habsburgischen Monarchie in Kraft getreten,<sup>35</sup> und deckte alle Bereiche des (allgemeinen) Privatrechts ab. Das Adjektiv ‘allgemeines’ Zivilrecht in der Bezeichnung des Gesetzbuchs weist auf darauf hin, dass es sich nicht um ein bestimmtes Sonderregel handelt, sondern um die grundlegenden, allgemeinen Regeln des Privatrechts.

Das Gesetzbuch war endlich ein *bürgerliches* Zivilkodex: Dies ist nicht im gewöhnlichen Sinne des Wortes zu verstehen, sondern bezieht sich speziell auf Geschäfte zwischen Bürgern. Die (privat-)rechtliche Gleichheit bestand im gesamten

<sup>32</sup> Zur Erörterung der Allgemeinheit des ABGB: Gábor HAMZA: Die Entwicklung des Privatrechts und die römischrechtliche Tradition in den Österreichischen Erbländern (Erbländen) und in Österreich. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 13, 2009, insbes. 327–328.

<sup>33</sup> Gerald KOHL: *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)*. Rz. 1474, 1476. In: Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte (ed.): *Rechts- und Verfassungsgeschichte*. Wien, Facultas, 3<sup>rd</sup> edition, 2014. 155–156.

<sup>34</sup> Christian NESCHWARA: *Das ABGB in Ungarn*. In: *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Band 57: Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation Band III: Elisabeth BERGER (ed.): *Das ABGB außerhalb Österreichs*. Berlin, Duncker & Humblot, 2010. 33–134., Christian NESCHWARA: *Oszták jog Magyarországon. [Österreichisches Recht in Ungarn] Jogtörténeti Szemle* 2007/3. 42–46., Thomas OLECHOWSKI: *Das Kaisertum Österreich 1848–1867*. Rz. 1601. In: Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte (ed.): *Rechts- und Verfassungsgeschichte*. Wien, Facultas, 3<sup>rd</sup> edition, 2014. 198.

<sup>35</sup> Judit BALOGH: Österreichisches Recht in Ungarn und Siebenbürgen. – Westeuropäische Einflüsse auf das ungarische Zivilrecht im 19. Jahrhundert. In: Martin F. POLASCHEK – Anita ZIEGERHOFER (eds.): *Recht ohne Grenzen – Grenzen des Rechts*. Frankfurt/M.–Berlin–Bern–New York–Paris–Wien, Peter Lang, 1999. 123–135., Emőd VERESS: *Kilenc évtized – Az Osztrák Általános Polgári Törvénykönyv Erdélyben*. [Neun Jahrzehnte – Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in Siebenbürgen] In: VERESS Emőd (ed.): *Ad salutem civium inventas esse leges. Tisztelegő kötet Vékás Lajos 80. születésnapjára*. Kolozsvár, Forum Iuris, 2019. 157–171., HERGER Csabáné: *A modern magyar házassági vagyoni jog kialakulása és rendszere a német jogfejlődés tükrében*. [Entwicklung und System des modernen ungarischen Ehegüterrechts im Lichte der deutschen Rechtsentwicklung] Passau, Schenk, 2017., Mirela KREŠIĆ: *A magánjog fejlődése Horvátországban 1848–1945 [Entwicklung des Privatrechts in Kroatien 1848–1945]*. *Jogtörténeti Szemle* 2018/3–4, 30–37, insbes. 33–34.

Privatrecht, die zuvor nur in bestimmten Bereichen (wie zB im Handelsrecht) verwirklicht wurde.

### 3. Die zweite Welle: Code civil (1804), Codice civile italiano (1865, in Kraft bis 1942) und BGB (1896)

Die Forderung der Aufklärung nach Rechtseinheit, Rechtssicherheit, Klarheit, Systematik, Abstraktion blieb auch hier dominant. Die Gesetzbücher dieser Welle entstanden aus grundlegenden sozialen Veränderungen (in Frankreich aus etwa einem 'sozialen Erdbeben'<sup>36</sup>) und waren zum Teil selbst Instrumente der bürgerlichen Umgestaltung. Die Kodifikation des Privatrechts war also nicht nur ein Instrument der *Rechtsvereinheitlichung*, sondern auch einer *Sozialreform* (zur Schaffung einer echten Rechtsgleichheit in den unter französischem Einfluss stehenden Gebieten, d. h. in den westlichen Teilen Deutschlands, in Italien und auch in großen Teilen der Niederlande). Viele der ständischen Rechtsinstitute wurden abgeschafft (obwohl zB im Personenrecht blieben noch eine Menge von Unterschieden zwischen Mann und Frau).

Das BGB verkörperte in seiner Zeit die Gedanke der *Reichseinheit*. Ein einheitliches Reich bedeutete ein einheitliches Recht, was in der Tat einen bedeutenden Fortschritt gegenüber des Partikularismus vor der Schaffung des Gesetzbuchs darstellte. Neben der althergebrachte Autonomie der Provinzen erschwerte die Herstellung der Einheitlichkeit auch die enorme Zersplitterung des (Gewohnheits)Rechts. Am Ende des 19. Jahrhunderts herrschten in den verschiedenen Teilen des Deutschen Reiches unterschiedliche Rechtssysteme. In Preußen und den angrenzenden Provinzen wurde das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, im Rheinland der französische Code civil, welcher dort 1814/15 eingeführt wurde und das den französischen Kodex weitgehend umsetzende Badische Landrecht, in Bayern der Codex Maximilianaeus Bavaricus von 1756, in Sachsen das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1866 verwendet, während in den mitteldeutschen Gebieten hauptsächlich das das römische Recht als 'gemeines Recht' zur Anwendung kam. Diese Rechtsvielfalt sollte durch das neue kaiserliche Privatrechtsgesetzbuch beseitigt werden, das bald nach der Proklamation des Deutschen Reiches geplant und überraschenderweise sowohl von liberalen als auch konservativen Kreisen unterstützt wurde.

Im Gegensatz zum Code civil, der die *Ouverture* zur französischen Rechtskodifikation darstellte, war das BGB der *letzte Akt* der Kodifikationsarbeiten in den deutschen Territorien. Das Allgemeine Handelsgesetzbuch (ADHGB, 1861) war das erste Gesetz auf 'Reichsebene', welches bereits weitgehend den Bedürfnissen und Erfordernissen der modernen Gesetzgebung entsprach. Zur Schaffung eines Privatgesetzbuchs benötigte es nur noch eine theoretische Vorbereitung unter Einbeziehung der Erfahrungen der Rechtsprechung.

Die Kodifikationsleistungen des deutschen Raums im 19. Jahrhundert hatten einen bedeutenden Einfluss auf viele Rechtssysteme. Das bayerische Strafgesetzbuch

<sup>36</sup> VÉKÁS (2021) op. cit. 12.

(1813) verfasst von Anselm von Feuerbach,<sup>37</sup> und das preußische Strafgesetzbuch von 1851, das als Grundlage für das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 diente, sind dazu bemerkenswerte Beispiele. Am 1. Oktober 1879 traten die Gesetze in Kraft, die die Säulen der modernen deutschen Justiz bildeten: Die Gerichtsverfassung, die Zivil- und Strafprozessordnung und die Rechtsanwaltsordnung.

Im Bereich des Privatrechts war die gemeinsame Rechtsmatrix im zersplitterten deutschen Raum ein Mosaik aus lokalem Gewohnheitsrecht und territorialer Gesetzgebung, das sich aus dem römischen Recht der Pandektistik entwickelt hatte. Es konnte aber den Bedürfnissen des Einheitsstaates nicht gerecht werden.

In der Tat waren in diesem Land mehrere Privatrechtsquellen gleichzeitig in Kraft: Nach der napoleonischen Eroberung wurde in den von Frankreich annektierten Gebieten das moderne französische Recht in der Form einer modernen Kodifikation (Code civil) in Kraft gesetzt. Dieses Gesetzbuch wirkte sich vor allem entlang des Rheins aus. Auch wenn es das nationale Empfinden des deutschen Bürgertums verletzte (weil 'aus fremder Hand' stammte), entsprach es doch den sozialen Grundbedürfnissen und blieb während des gesamten 19. Jahrhunderts in Kraft. Die reaktionären Bestrebungen, das französische Recht zu stürzen, brachen immer wieder den Widerstand der Bürger des Rheinlandes. Mehrere Staaten des Rheinbundes berücksichtigten in ihrer Gesetzgebung den Code civil, obwohl mit Änderungen und Anhängen. Andere deutsche Regionen verwendeten unter anderem das veraltete ALR, einige anderen den Codex Maximilianeus Bavaricus von 1756. In den 1860er Jahren schuf sich Sachsen ein eigenes Zivilgesetzbuch. Auf einigen Gebieten benutzte man das ABGB, das sich in Österreich bewährt hat.

Unmittelbar nach der deutschen Vereinheitlichung (1871) fiel das gesamte Privatrecht noch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, lediglich das Vertragsrecht sowie das Handels- und Wechselrecht wurden in die Reichsgesetzgebung überführt. Am 20. Dezember 1873 wurde der Reichsversammlung mit der Verabschiedung des *Miquel-Lasker-Gesetzes*<sup>38</sup> die Befugnis übertragen, das gesamte Privatrecht zu regeln. Der Inhalt des von den zwei nationalliberalen Abgeordneten eingebrachten Gesetzentwurfs (der 1867 zum ersten Mal in die Legislative eingebracht aber dort damals abgelehnt wurde) war eine Verfassungsänderung, mit der Artikel 4 Absatz 13 der Reichsverfassung dahingehend geändert werden sollte, dass die gesamte Privatrechtsgesetzgebung von den Mitgliedstaaten in die ausschließliche Zuständigkeit des Reiches übertragen wurde. Von dieser Zeit bis zum späteren Inkrafttreten des BGB (1900) verging mehr als ein Vierteljahrhundert mit einem mehrstufigen Kodifikationsprozess.

<sup>37</sup> Arnd KOCH: Das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813. In: Markus HIRTE – Arnd KOCH – Barna MEZEY (ed.): *Wendepunkte der Strafrechtsgeschichte*. Gießen, Psychosozial-Verlag, 2020. 69–88.

<sup>38</sup> Über die Rechtsvereinheitlichung und die föderale Ordnung: Dorothea STEFFEN: *Bürgerliche Rechtseinheit und Politischer Katholizismus*. Paderborn, Brill, 2008. insbes. 73–176., weiter Stephan BUCHHOLZ: Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 50, 1986. 77–110.

Das BGB bietet ein hohes Maß an Abstraktion: Dies wurde auch durch eine flexible Rechtsprechung erleichtert, die sich auf die sog. Generalklauseln stützt (Treu und Glauben, Verhältnismäßigkeit, gute Sitten usw.). Der Ursprung des Begriffs ‘Generalklauseln’ stammt von Justus Wilhelm Hedemann, der den 1933 in seinem Werk ‘Die Flucht in die Generalklauseln’<sup>39</sup> formulierte. Generalklauseln sind Begriffe und Grundsätze allgemeiner Art, ‘an der Grenze zum Unbestimmten’, die von grundlegender Bedeutung sind und deren Inhalt sich aus dem Gesetzestext nur begrenzt ergibt: Sie werden durch die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ausgefüllt. Sie bedeuteten die politische und rechtliche Verankerung zB des Grundsatzes von Treu und Glauben und ermöglichten auf dieser Weise eine flexible Anwendung des Gesetzbuchs und seine Anpassung an die Rechtspraxis.<sup>40</sup>

Das BGB war ein typisches kollektives Werk: Das Werk eines Ausschusses, und kein Gesetz, das auf eine einzelne Person zurückgeführt werden kann, wie etwa die *Constitutio Criminalis Carolina* von Schwarzenberg oder das ALR von Svarez und das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch von Zeiller. Das Gesellschaftsbild des BGB war ausgesprochen bürgerlich, da sie den wachsenden Ansprüchen des sog. ‘vierten Standes’ kaum Rechnung trug.<sup>41</sup>

Das Bedürfnis nach Vollständigkeit konnte aber auch das BGB nicht befriedigen, obwohl es sich zweifelsohne darum bemüht hat. Dies hatte zur Folge, dass im Rahmen des föderalen Staatsaufbaus die Bereiche Bergbau-, Wasser-, Forst- und Jagdrecht, die sehr eng mit den Interessen der traditionellen Eliten verbunden waren, und auch andere Bereiche durch Landesrechte geregelt blieben, wobei Zugeständnisse an die Entwicklung des Sonderrechts gemacht wurden. Diese ‘Verluste’ des BGB beschädigten letztlich die Rechtseinheit des deutschen Reichs. Im Zuge der Rechtsentwicklung des 20. Jahrhunderts wurden in vielen Fällen, ohne dass dies die Struktur des BGB berührte, auch im Bereich des Wirtschaftsrechts, des Baurechts, des Mietrechts und des Wohnungsrechts wesentliche Änderungen vorgenommen.

#### 4. Die dritte Welle der Kodifikationen

In der dritten Welle, wo maßgebend vor allem das schweizerische ZGB (1907, in Kraft: 1912) war, wurden die Fehler und Mängel der früheren Kodifikationen verbessert bzw. hoben, und die ständischen Unterschiede vollständig beseitigt. Die schweizerische Kodifikation erzielte auch, ähnlich wie das BGB, eine *partielle Rechtseinheit* auf dem Feld des Personen-, Familien-, Sachen- und Erbrechts. Die Auffassung bezüglich des Privatrechts war nämlich in der Schweiz anders als in Österreich, Deutschland oder Frankreich. Das Privatrecht wurde in drei Etappen kodifiziert: Das Obligationenrecht mit dem OR schon im Jahre 1881, das ZGB, wie

<sup>39</sup> Justus Wilhelm HEDEMANN: *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen, Mohr, 1933.

<sup>40</sup> VARGA (2002) op. cit. 125–126.

<sup>41</sup> Tilman REGEN: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

gesagt, 1907 und die Novelle des OR im Jahre 1911. Diese Gesetze entstanden in einer ruhigen gesellschaftlichen und politischen Umgebung. Das Privatrecht war also in der *kantonalen* Schweiz besonders wichtiges Instrument<sup>42</sup> zur Aufrechterhaltung des staatlichen Zusammenlebens.

\* \* \*

Nach der Klassifizierung von Antal Visegrády haben die Kodifikationen, und vor allem die Schaffung von Zivilgesetzbüchern, aus der Sicht der Rechtstheorie eine dreifache Funktion: Sie tragen zur Herstellung und Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit (law and order) für das normale Leben der Gesellschaft bei (integrative Funktion). Diese Funktion dient dazu, die Faktoren, die zu Konflikten führen, zu reduzieren und 'die Maschinerie der sozialen Interaktion zu ölen'. Eine weitere Funktion des Kodex ist der Schutz der Bürger und die Regelung der Beziehungen zwischen Bürgern und Organisationen sowie Bürgern und Staat. Es kann die Lösung von Konflikten, die sich aus diesen Beziehungen ergeben, sicherstellen (Konfliktlösungsfunktion). Die dritte Funktion des Kodex besteht darin, dass ein bürgerliches Gesetzbuch für bewusste Gestaltung, Planung und 'Organisation' der verschiedenen gesellschaftlichen Prozesse mitwirken kann (Umsetzungsfunktion).<sup>43</sup>

Für unsere Analyse ist (und war) die Aufgabe eines bürgerlichen Gesetzbuches in den meisten Ländern die *Schaffung der privatrechtlichen Rechtseinheit*. Es ist – meines Erachtens – nicht eine notwendige Voraussetzung einer staatlichen Vereinheitlichung. Es kann zwar auch als eine Folge der Herstellung der staatlichen Einheit vorkommen, ist aber meistens *ein wichtiges Mittel* dazu. Die Kodifikation kann die Einleitung (oder das Ende) einer Ära bedeuten. Sie reagiert auf die sich verändernde Umstände, indem sie die neuen Normen für einen längeren Zeitraum festlegt. Sie wirkt systembildend und sorgt für Rechtssicherheit. Ein gut ausgearbeiteter, qualitativ hochwertiger Kodex ist ein *effektiver* Hüter der Rechtssicherheit. Dadurch wird vermieden, dass das Privatrecht (und die Rechtseinheit) den aktuellen und sich ständig ändernden politischen Wenden und der unvorhersehbaren gesetzgeberischen Aktivität der legislativen Macht ausgeliefert ist.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> VÉKÁS (2021) op. cit. 13.

<sup>43</sup> VISEGRÁDY, Antal: A kódex funkciói és hatékonysága. [Funktionen und Effizienz eines Kodex] *Controller Info* V, 2017/2, 60.

<sup>44</sup> Lajos VÉKÁS: Magánjogi kodifikáció kultúrtörténeti tükörben. [Privatrechtskodifikation im Lichte der Kulturgeschichte] *Acta Universitatis Sapientiae, Legal Studies* 6, 2017/2, 222.; VERESS (2022) op. cit. 23.

