

Kodifikation des bürgerlichen Rechts - Lehren aus dem Streit zwischen Savigny und Thibaut

Christoph Becker

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Becker, Christoph. 2014. "Kodifikation des bürgerlichen Rechts - Lehren aus dem Streit zwischen Savigny und Thibaut." In Kodifikation der Patientenrechte: Beiträge des X. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht, edited by Henning Rosenau and Hakan Hakeri, 11-44. Baden-Baden: Nomos.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Kodifikation des Bürgerlichen Rechts – Lehren aus dem Streit zwischen Savigny und Thibaut

Christoph Becker

I. Kultur-Brücke Kodifikationsidee

1. „Bücherschicksale“

Der im zweiten Jahrhundert lebende römische Grammatiker *Terentianus Maurus* (der Beiname *Maurus* mutmaßlich Herkunft aus Karthago anzeigend) prägte in seiner Abhandlung über die Silben die Redewendung, daß Bücher ihr Schicksal je nach der Auffassung des Lesers haben: *pro captu lectoris habent sua fata libelli*.¹ *Terentianus* schrieb nun zwar seine Silben-Abhandlung nicht als Betrachtung über Rechtstexte, sondern dachte an schöngeistige Schriften. Aber das Wort vom vielfältigen Schicksal des Buches läßt sich auch auf Rechtstexte, insbesondere auf Gesetze anwenden:

Gesetze verfassen wird heute in einer neulateinischen Wortschöpfung als *Kodifizieren*, das heißt als *Büchermachen*, das Produkt als *Kodifikation* bezeichnet. Diese Begriffe verdanken ihre Durchsetzung dem englischen Rechtsanwalt *Jeremy Bentham* (1748-1832), welcher an der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert in zahllosen Briefen und Denkschriften aller Welt beharrlich seine Visionen zur Gesetzgebung (von *Bentham* in der englischen Sprache als *codification* bezeichnet) verkündete.²

Das Schicksal nun des kodifizierten, zum verbindlichen Buch gemachten Rechtsgedankens erschöpft sich nicht in dem einmaligen und nach Abschluß nicht mehr veränderbaren Schöpfungsakt des Aufzeichnens und wirksamen Erlassens. Es erschöpft sich auch nicht in der Beobachtung, wieviele Exemp-

1 *Terentianus Maurus*, *De syllabis*, herausgegeben, übersetzt und erläutert von Beck, 1993, Zeile 1286 (S. 122 f.).

2 *Benthams* Schriften findet man als: *Schofield/Harris* (Hrsg.), *The Collected Works of Jeremy Bentham. „Legislator of the World“: Writings on Codification, Law, and Education*, 1998. Von *codification* spricht *Bentham* beispielsweise in seinem Brief an den russischen Zaren vom Juni 1815, in: *Schofield/Harris* (Hrsg.), „Legislator of the World“, S. 82 ff. und 86; ebenso in einem Brief an die Bürger der Vereinigten Staaten vom Juli 1817, in: *Schofield/Harris* (Hrsg.), S. 113 ff., 123 ff. und 128.

lare der Aufzeichnung erzeugt und verbreitet, wieviele später wieder vernichtet werden und ob vielleicht nach einiger Zeit der Gesetzestext – immer noch gültig oder schon längst durch andere Regelungen verdrängt – nirgends mehr zu finden ist.

Die Mannigfaltigkeit des Buchschicksals bedeutet vielmehr beim Gesetzbuch (auch) die sich stets erneuernde Frage der Rezeption des Textes in praktischer Befolgung und theoretischer Auseinandersetzung durch verschiedene Personen an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten, möglicherweise auch durch eine nicht betroffene Person an einem nicht betroffenen Ort zu einer Zeit, in der das Gesetz längst nicht mehr gilt. Die Vielheit der Schicksale des einen Gesetzbuches ergibt sich somit aus seiner Vermittlung, aus der Pflege seiner Anwendung, aus seiner Tradition und eines Tages endlich aus seiner Aufgabe – alles im Hinblick sowohl auf die Grundgedanken als auch auf die Details des Gesetzbuches. Insbesondere haben Gesetzbücher ihre Schicksale als Vorbilder für neue Gesetzbücher für dieselben oder für andere Menschen am selben oder an einem anderen Ort, in kurzem Zeitabstand oder erst sehr viel später nachfolgend.

2. Kodifikation als europäische Kulturbrücke

Unsere kleine historische Betrachtung zur Kodifikation des bürgerlichen Rechts darf nicht eine Kultur-Brücke zwischen den Gebieten, die heute Deutschland und Türkei heißen, umgehen, welche die Rechtsentwicklung Europas und der Welt seit der Spätantike bis auf den heutigen Tag abbildet. Diese Brücke besteht aus dem antiken Selbstverständnis von Gesetzgebung, das durch das Mittelalter in frühe Neuzeit und Moderne tradiert wurde:

Aus Istanbul ist der Satz überliefert, daß die kaiserliche Majestät nicht nur mit Waffen geschmückt zu sein habe, sondern auch mit Gesetzen gerüstet; so ausgestattet vermöge sie jederzeit gut zu regieren. Es sind die Eingangsworte, welche der in Byzanz residierende oströmische Kaiser *Justinian* im Jahre 533 seinem amtlichen Anfängerlehrbuch *Institutiones*³ voranstellt.⁴ Dieses von *Justinians* Justizminister *Tribonian* verfaßte Einführungswerk soll dem angehenden Juristen, der später einmal in den Staatsdienst treten wird, den Zugang

3 Ausgabe: *Knittel/Kupisch/Lohsse/Rüfner* (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung*, 4. Aufl., 2013.

4 Konstitution „*Imperatoriam*“, principium.

zu den gleichzeitig entstandenen und ebenfalls mit Gesetzeskraft versehenen Sammelwerken *Digesten* und *Codex* eröffnen.

Aus dem Frankenreich *Chlodwigs* oder aus dem östlichen Teilreich Austerriens seines Sohnes *Theuderich I.* stammt eine Fassung des Prologes zur (in reicher Vielfalt unterschiedlicher Textgestalten verschiedener Zeiten überlieferten) *Lex Salica*, wonach die Franken ihre Nachbarn an Armes Stärke und durch ihre Gesetze überragen.⁵ Der Vorspruch entstand um das Jahr 510, wenn man die Fassung noch *Chlodwig* zuschreiben muß. Oder er stammt aus den folgenden Jahren bis zum Beginn des vierten Jahrzehnts des 6. Jahrhunderts, wenn man sie *Theuderich I.* zurechnen will, der im Jahr der Publikation der Institutionen *Justinians* 533 starb.

Es scheint nahezuliegen, daß die oströmisch-fränkische Übereinstimmung ein Resultat der zwischen den beiden Reichen gepflegten Verbindungen sei. Die Frankenherrscher unterhielten wie die Könige der übrigen auf weströmischem Boden entstandenen germanischen Nachfolgerstaaten intensive diplomatische Kontakte mit Ostrom. Diese Legitimität stiftenden Kontakte trugen zur Stabilisierung der Völkerwanderungsstaaten bei. Der gedankliche Austausch erschöpfte sich nicht in politischen Minimaldialogen, sondern war breiter angelegte kulturelle Zwiesprache. Das schloß die Staatsideen ein. Dennoch ist der in Institutionen und Salfränkischem Gesetz gleichermaßen auftretende Zweiklang von äußerer Sicherheit und innerem Rechtsfrieden als den Grundelementen eines guten Gemeinwesens kein Produkt jener Zeit. Vielmehr hat dieses Ideal eine lange antike Tradition. Ein einziges Beispiel mag dies verdeutlichen: Aus der ersten Hälfte des ersten Jahrtausends v. Chr. stammen die Königslieder, welche mit anderen Dichtungen im alttestamentlichen Buch der Psalmen zusammengefaßt sind. Ein Hochzeitslied für den König besingt zunächst dessen Anmut⁶ und fordert ihn dann auf, sein Schwert zu gürteln und sich auf den Weg um Treue, Demut und Recht zu machen.⁷ Die Völker werden dem König erliegen und die Feinde ihren Mut verlieren.⁸ Das Szepter des Königs ist ein Szepter des Rechts; er liebt die Gerechtigkeit und haßt das Unrecht.⁹

5 Pactus Legis Salicae, Prolog, § 1. Ausgabe: Eckhardt (Hrsg.), Die Gesetze des Merowingereiches 481-714. Pactus Legis Salicae: Recensiones Merovingicae, 1955.

6 Psalm 45(44).4.

7 Psalm 45(44).4 und 5.

8 Psalm 45(44).6.

9 Psalm 45(44).7 und 8.

II. Kodifikation: Umfängliches Gesetz mit Anspruch auf Vollständigkeit und systematischer Gestaltung?

1. Umfängliches Gesetz

In der Geschichte des Rechts erscheinen Kodifikationen von unterschiedlichen Reifegraden.¹⁰ Man spricht bereits von einer Kodifikation, wenn ein Gesetzbuch einen nicht ganz geringen Umfang hat. In diesem Sinne bildeten um die Mitte des fünften vorchristlichen Jahrhunderts die Zwölftafeln mit ihrer Breite behandelte Themen eine Kodifikation. Viele Stadt- und Landrechtsaufzeichnungen des Mittelalters und der frühen Neuzeit genügen ebenso diesem Merkmal.

2. Vollständigkeit

Auf einer fortgeschrittenen Entwicklungsstufe von „Kodifikation“ stehen Gesetze, die ihren größeren Umfang mit einem Anspruch verbinden, die betroffenen Angelegenheiten im Wesentlichen vollständig zu behandeln. Eine solche Flächendeckung leisten beispielsweise die Digesten und der Codex Justinians. Aber auch manches mittelalterliche oder frühneuzeitliche Stadt- und Landrecht entfaltet immerhin in einigen Bereichen einen Detailreichtum, der sich – jeweils themenbezogen – als abschließend darzustellen scheint. Betrachtet man allerdings ein Stadtrecht oder ein Landrecht im Ganzen, wird man nirgends eine Flächendeckung finden. Zu groß bleiben auch in den umfangreichsten Partikularrechten die Lücken, welche mit dem Reichsrecht und dem subsidiär geltenden gemeinen Recht zu schließen sind.

3. Systematische Anlage

Die höchste Reife einer Kodifikation weist ein Gesetz auf, wenn es in seinem Umfang und in seiner zumindest weitgehenden Flächendeckung auch eine systematische Gestaltung zeigt. Systematisch ist ein Gesetz angelegt, wenn es seine Gehalte nach Sachgesichtspunkten ordnet und in verschiedene Gedankenebenen gliedert. Dabei verleiht der Gesetzgeber dem Text nicht nur eine in

¹⁰ Die nachstehende Dreiteilung folgt *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 13. Aufl., 2011, Rn. 311.

sich geschlossene Ordnung (eine Binnensystematik), sondern achtet auch auf Zusammenhänge mit anderen Gesetzen, fügt also das einzelne Gesetzbuch in das Gesamtsystem des Gesetzesrechts ein.

Die altrömischen Zwölftafeln stellen keine Systematik vor. *Justinians Digesten* und *Codex* tun es lediglich in kleinen Einheiten, nicht aber in der Gesamtlage. Auch die mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Stadt- und Landrechtsaufzeichnungen Europas reihen ihre Inhalte vorwiegend im assoziativen Voranschreiten bei geringer Gliederungstiefe und des öfteren auch mit Wiederholungen; freilich bemerkt man mit den Stadt- und Landrechtsreformationen seit dem Ende des 15. Jahrhunderts eine Tendenz zu strafferer Ordnung. Hoch ausgebildete Systematik (Binnensystematik und Eingliederung in ein Gesamtsystem) findet der Leser in modernen Gesetzbüchern, beispielsweise im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und im türkischen Zivilgesetzbuch (*Medenî Kanunu*) sowie im türkischen Obligationengesetzbuch (*Borçlar Kanunu*).

III. Systematik

1. Antikes Begriffsgebäude

Obleich systematische Gestaltung der Gesetze eine Erscheinung der Neuzeit ist, geht die Idee, Recht in systematischer Ordnung faßlich zu machen, auf die Antike zurück. Die Rechtswissenschaft Roms der ersten Jahrhunderte nach der Zeitenwende hatte nicht nur die inhaltliche Vielfalt des römischen Rechts hervorgebracht, sondern auch eine theoretische Durchdringung. Sie orientierte sich, ganz ausgerichtet auf das allgemeine Bildungsgut der Begriffs- und Ausagenlogik, an Oberbegriffen, die von Stufe zu Stufe fortschreitend bis zum feinsten Detail aufgegliedert wurden. In dem errichteten Begriffsgebäude nahmen alle erdenklichen Rechtsfragen ihren mit vernünftiger Überlegung zuverlässig auffindbaren Platz ein.

Mit Sicherheit hatten in der „klassischen“ Epoche der römischen Rechtswissenschaft viele Juristen in ihren Lehrbüchern das System des römischen Rechts vorgestellt. Dabei wird es neben der Einheit in Grundsätzen auch zahlreiche Unterschiede im Detail der Gliederungsebenen gegeben haben. Wir können das heute nicht mehr genau feststellen. Denn bis auf ein einziges Anfängerlehrbuch gingen sämtliche antiken Lehrbücher des römischen Rechts unter und sind uns, von winzigen separaten Fragmenten abgesehen, nahezu ausschließlich durch die Auszüge in den *Digesten Justinians* bekannt.

2. Gaianisches Gliederungsschema

Das einzige antike Lehrbuch zum römischen Recht, welches nahezu vollständig überliefert ist, stammt von einem in der Mitte des zweiten Jahrhunderts lebenden Autor namens *Gaius*, über den man weiter kaum etwas weiß. Sein Anfängerlehrbuch „*Institutiones*“¹¹ ist überdies dem Mittelalter und der frühen Neuzeit verloren gewesen. Erst im Jahre 1816 entdeckte es der Berliner Historiker und Gesandte Preußens beim Heiligen Stuhl *Barthold Georg Niebuhr* ausradiert auf einem Pergament in der Kapitelbibliothek zu Verona, welches im Mittelalter für Schriften des Kirchenvaters *Hieronymus* wiederverwendet worden war. Es handelte sich um eine wahrscheinlich im fünften Jahrhundert oder zu Beginn des sechsten Jahrhunderts gefertigte Kopie einer vermutlich aus der Mitte des dritten Jahrhunderts stammenden überarbeiteten Fassung des gaianischen Lehrbuchs. Die Urfassung aus dem zweiten Jahrhundert ist nirgends überliefert. Aber obwohl mit dem Abschaben des Pergaments im Mittelalter auch die überarbeitete Fassung unsichtbar wurde, konnte *Gaius'* Lehrbuch in der Zeit zwischen Antike und Wiederentdeckung im neunzehnten Jahrhundert mittelbar weiterwirken, weil die oströmische Gesetzesredaktion des sechsten Jahrhunderts unter dem Vorsitz *Tribonians* es sich zum Vorbild für das oben schon erwähnte¹² amtliche Anfängerlehrbuch, die *Institutiones Justinians* nahm.¹³

Gaius beginnt sein Lehrbuch mit einer knappen Rechtsquellenübersicht.¹⁴ Dem folgt die Grundaussage, daß alles Recht sich auf die Begriffe Person, Gegenstand oder Rechtshandlung beziehe: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.*¹⁵ Recht bestimmt, inwiefern Rechtsteilnehmer (Personen) um etwas (einen Rechtsgegenstand) eine Klage (*actio*) führen, das heißt einen Prozeß beginnen, weil sie ein rechtlich erhebliches, im gerichtlichen Prozeß zu klärendes Verhalten üben. Auf diese Weise führen auch die vierhundert Jahre jüngeren justinianischen *Institutiones* den jungen Leser an die Stofffülle des Rechts heran. Den Rechtsquellen¹⁶ und den drei Grundbegriffen Person, Gegenstand und Rechtshandlung¹⁷ schicken sie

11 Ausgabe: *Gaius, Institutiones*. Die *Institutiones* des *Gaius*, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von *Ulrich Manthe*, 2. Aufl., 2004.

12 Siehe oben zu I.2.

13 Die Ausrichtung der justinianischen *Institutiones* an den gaianischen ausdrücklich in der Einführungskonstitution „*Imperatoriam*“, § 6.

14 *Gaius, Institutiones* 1.1 bis 1.7.

15 *Gaius, Institutiones* 1.8.

16 *Institutiones* 1.2.1 bis 1.2.11.

17 *Institutiones* 1.2.12.

allerdings einige Aussagen zum Wesen des Rechts,¹⁸ zum didaktischen Anliegen des Lehrbuchs¹⁹ sowie zur Einteilung des Rechts in die Gebiete des öffentlichen Rechts und des Privatrechts²⁰ voraus. Die Aussagen zum Wesen des Rechts und die Gliederung in die Stoffe öffentliches Recht und Privatrecht entnahm *Tribonian* den Institutionen des *Ulpian* und der Sammlung von Rechtsregeln *Ulpianus*, eines um das Jahr 200 tätigen Rechtsgelehrten und kaiserlichen Beamten. Man findet diese Ausschnitte auch zu Beginn der justinianischen Digesten.²¹

3. Systemgebundene Gesetzbücher am Ende der frühen Neuzeit

a) Die *gajanischen* und die *justinianischen* Institutionen nehmen die drei Grundbegriffe Person, Gegenstand und Rechtshandlung als Vorgaben zu ihrer vollständigen Gliederung. Digesten und *Codex Justinians* hingegen lassen zwar in ihren einzelnen Titeln die Grundbegriffe erkennen, ordnen sich ihnen aber nicht mit einer Dreiteilung gänzlich unter. Über viele Jahrhunderte bleibt die begriffliche Durchdringung des Rechts der Wissenschaft vorbehalten. Erst nach der neuzeitlichen Anlage von Naturrechtslehrgebäuden im 17. und im 18. Jahrhundert dringt das *gajanisch-justinianische* Muster in die Normgebung ein.

b) So findet man den *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, das bayerische Zivilgesetzbuch von 1756,²² thematisch in Fragen zur Person,²³ Fragen zu Gegenständen (*Hab und Gut*²⁴ sowie *Erbfolge*²⁵) und *Verbindlichkeiten*²⁶ (also Konsequenzen aus Rechtshandlungen) gegliedert. Die Ordnung des bayerischen Gesetzbuches nach dem althergebrachten Lehrbuchschema drängte sich deswegen auf, weil das Gesetzbuch nicht an die Stelle des bis dahin in Bayern herrschenden römischen Rechts in seiner wissenschaftlichen Durchdringung seit dem hohen Mittelalter, das heißt des gemeinen Rechts, trat, sondern ledig-

18 *Institutiones* 1.1.1.pr und 1.1.1 sowie 1.1.3.

19 *Institutiones* 1.1.2.

20 *Institutiones* 1.2.4.

21 *Ulpianus* Digesta 1.1.1 und 1.1.10.

22 Ausgabe: *Codex Maximilianeus Bavaricus, Civilis. Oder Neu Verbessert- und Ergänzt- Chur- Bayerisches Land-Recht*, München, 1756.

23 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* 1.3 bis 1.8.

24 CMBC 2.

25 CMBC 3.

26 CMBC 4.

lich einen Schlüssel zum weiterhin geltenden *ius commune* bedeutete. Der *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* war wie die Institutionen des *Gaius* und wie die Institutionen *Justinians* eine komprimierte, belehrende Fassung des römischen Rechts.

c) Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten vom Jahre 1794²⁷ ordnet nicht seine sämtlichen Vorschriften in Teile, die den drei Grundbegriffen entsprechen. Aber es stellt in den drei ersten Titeln seines ersten Teils jeweils einige Grundaussagen zu Personen, Sachen und Handlungen zusammen. Diese dreigliedrige Zusammenstellung bildet einen Allgemeinen Teil des Landrechts, wenngleich sie in dem Gesetzbuch nicht als solcher bezeichnet wird. Alle weiteren Titel des ersten Teils und der zweite Teil des preußischen Allgemeinen Landrechts führen im fortwährenden Wechsel des Schwerpunktes, bald mehr handlungsbezogen, bald mehr gegenstandsbezogen und bald mehr personenbezogen, vom Allgemeinen zum Besonderen vorangehend, die Fülle aller Einzelheiten des Landrechts aus.

4. Systeme in modernen Gesetzbüchern

a) Das älteste im zweiten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts noch gültige moderne Zivilgesetzbuch ist der im Jahre 1804 fertiggestellte französische *Code civil*.²⁸ Seine Einteilung bildet vollkommen das *gajanische* Schema ab: Auf einen knappen Voraustitel über die Geltungskraft von Gesetzen (*Titre Préliminaire*)²⁹ folgen genau drei Bücher, deren Gehalte in der von den *gajanischen* und den *justinianischen* Institutionen vorgegebenen Reihenfolge jeweils an einem der drei Grundbegriffe ausgerichtet sind: Das erste Buch handelt von den Personen.³⁰ Das zweite Buch handelt vom Eigentum und seinen verschiedenen Beschränkungen, also von den Sachen.³¹ Das dritte Buch behandelt nach seiner Überschrift die verschiedenen Arten des Eigentumserwerbs. Das klingt sehr eng gefaßt; es ist aber nur eine Bezeichnung *pars pro toto*. Im dritten Buch des französischen *Code civil* sind neben dem Eigentumserwerb alle

27 Ausgabe: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Mit einer Einführung von *Hans Hattenhauer* und einer Bibliographie von *Günther Bernert*, 3. Aufl., 1996.

28 Urausgabe: *Code civil des Français*, An XII. – 1804.

29 Art. 1 bis 6 *Code civil*.

30 Art. 7 bis 515 *Code civil*.

31 Art. 516 bis 710 *Code civil*.

Obligationen geregelt. Das dritte Buch ist also das Buch von den rechtserheblichen Handlungen.³²

b) Wenige Jahre später, im Jahre 1811, erscheint das österreichische Zivilgesetzbuch, bezeichnet als Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.³³ Wie der französische *Code civil* beginnt das österreichische bürgerliche Gesetzbuch mit einer Einleitung, welche sich mit der Wirkungsweise der Gesetze ganz allgemein beschäftigt.³⁴ Sodann zerfällt das Gesetzbuch in drei Teile. Auf den ersten Blick scheinen diese Teile nicht ganz dem dreigliedrigen Begriffsschema zu entsprechen. Zwar handelt der erste Teil von dem Personenrecht,³⁵ und der zweite vom Sachenrecht.³⁶ Der dritte Teil jedoch setzt keineswegs, wie man erwarten mag, die Rechtshandlungen auseinander, sondern enthält einige sowohl für das Personenrecht als auch für das Sachenrecht geltende, gemeinschaftliche Bestimmungen, also einen Allgemeinen Teil (wenngleich er nicht so überschrieben ist).³⁷ Schaut man aber etwas genauer auf den zweiten Teil, findet man dort zunächst Vorschriften zur Umschreibung und Einteilung der Sachen nach verschiedenen Kriterien – ganz im Stile der *gaianischen* und der *justinianischen Institutionen*.³⁸ Und nach diesen begrifflichen Scheidungen bildet der zweite Teil eine erste Abteilung, welche den dinglichen Rechten gewidmet ist,³⁹ sowie eine zweite Abteilung, welche die persönlichen Sachenrechte aufnimmt.⁴⁰ Die persönlichen Sachenrechte sind aber nichts anderes als die Obligationen, so wie auch das römische Recht⁴¹ die Sachwelt in körperlich Faßliches und in Unkörperliches einteilte. Und die Obligationen folgen ihrerseits aus rechtserheblichem Verhalten. Also sind letztlich wie im französischen Code zu allen drei Elementarbegriffen je eigene Abschnitte des österreichischen Gesetzbuches eingerichtet. Der Leser findet also: zu 1 Personen, zu 2.1 Sachen im Sinne körperlicher Gegenstände, zu 2.2 Rechtshandlungen.

32 Art. 711 bis 2281 Code civil.

33 Erstausgabe: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, I. Theil, 1811; II. Theil, 1811; III, Theil, 1811; Alphabetisches Register, 1811.

34 §§ 1 bis 14 ABGB.

35 §§ 15 bis 284 ABGB.

36 §§ 285 bis 1341 ABGB.

37 §§ 1342 bis 1502 ABGB.

38 §§ 285 bis 308 ABGB.

39 §§ 309 bis 858 ABGB.

40 §§ 859 bis 1341 ABGB.

41 Siehe Digesten 1.8.1.1.

c) Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1896⁴² macht wie das österreichische beim ersten Zusehen den Eindruck, die elementare Dreiteilung aufzugeben. Und wie das österreichische erweist sich auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch bei näherer Betrachtung als institutionentreu. Abweichend ist zunächst die Bildung eines tatsächlich so genannten Allgemeinen Teils als eines ersten Buches.⁴³ Dem folgen nicht drei, sondern vier weitere Bücher. Sieht man jedoch in den Allgemeinen Teil hinein, entdeckt man wie im hundert Jahre älteren preußischen Allgemeinen Landrecht, daß der Gesetzgeber es für wichtig hält, zunächst die drei Grundbegriffe darzulegen: Die drei ersten Abschnitte des Allgemeinen Teils behandeln Personen,⁴⁴ Sachen⁴⁵ und Rechtsgeschäfte.⁴⁶ Die vier weiteren Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuches führen in die Einzelheiten. Das zweite Buch legt die Schuldverhältnisse dar,⁴⁷ das ist das Thema rechtserheblicher Handlungen. Das dritte Buch trägt die Bezeichnung Sachenrecht;⁴⁸ es behandelt (überwiegend) die Sachen im Sinne körperlicher Gegenstände. Das vierte Buch befaßt sich mit dem Familienrecht;⁴⁹ das dient dem Gesichtspunkt „Person“ (sowie, mit den Regelungen über das eheliche Güterrecht, dem Gesichtspunkt „Sache“). Schließlich handelt das fünfte Buch das Erbrecht ab;⁵⁰ das ist die Frage einer Neuordnung von Vermögen und läßt sich als Fortsetzung des Themas „Sache“ auffassen (unter Beimischung personaler Aspekte, weil die gesetzliche Erbfolge an familiäre Beziehungen anknüpft; und unter Beigabe von Rechtshandlungen, insbesondere soweit Testamente geregelt werden). Insgesamt erscheint also auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch als ein zuverlässiger Schüler der antiken römischen Rechtslehre.

d) In der Schweiz entstanden im neunzehnten Jahrhundert Kantonsgesetzbücher, welche im Wesentlichen dem französischen Zivilgesetzbuch (so regelmäßig in den romanischsprachigen Kantonen) oder dem österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (so regelmäßig in den deutschsprachigen Kantonen) folgten. Unter dem Eindruck der in Deutschland mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch gelungenen Rechtsvereinheitlichung setzte sich zu Beginn

42 Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18.8.1896, Reichs-Gesetzblatt 1896, 195.

43 §§ 1 bis 240 BGB.

44 §§ 1 bis 89 BGB.

45 §§ 90 bis 103 BGB.

46 §§ 104 bis 185 BGB.

47 §§ 241 bis 853 BGB.

48 §§ 854 bis 1296 BGB.

49 §§ 1297 bis 1921 BGB.

50 §§ 1922 bis 2385 BGB.

des zwanzigsten Jahrhunderts in der Schweiz ebenfalls der Wunsch nach einem für alle Landesteile gültigen Zivilrecht durch. So entstanden das schweizerische Zivilgesetzbuch vom Jahre 1907⁵¹ (in Kraft seit 1912) und das schweizerische Obligationenrecht vom Jahre 1911⁵² (ebenfalls seit 1912 in Kraft). Die beiden Gesetzbücher muß man als eine Einheit ansehen. Gemeinsam bilden sie das bürgerliche Gesetzbuch der Schweiz. Die Anlage in zwei äußerlich getrennten Gesetzen ist nur eine historisch bedingte Zufälligkeit im Redaktionsgang.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch enthält nach einer Einleitung zum Umgang mit dem Gesetz⁵³ vier Teile. Der erste Teil besteht aus dem Personenrecht.⁵⁴ Der zweite Teil regelt das Familienrecht,⁵⁵ setzt also das Thema „Personen“ fort, so wie auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch dem Familienrecht noch ein eigenes Buch widmet, nachdem es in seinem Allgemeinen Teil die natürlichen und die juristischen Personen bereits anführte. Der dritte Teil des schweizerischen Zivilgesetzbuches gilt dem Erbrecht⁵⁶ und der vierte Teil dem Sachenrecht⁵⁷. Anders als im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, wo das Erbrecht (5. Buch) als Nachtrag zu Sachen- und Familienrecht (3. und 4. Buch) erscheint, ist somit im schweizerischen Zivilgesetzbuch das Erbrecht ein Bindeglied zwischen Familienrecht und Sachenrecht. Beide Anordnungsweisen zeigen die doppelte Zuordnungsmöglichkeit des Erbrechts zu personen und zu sächlichen Fragen auf. Ein Schlußtitel des schweizerischen Zivilgesetzbuches enthält Einführungs- und Übergangsbestimmungen. Die im Zivilgesetzbuch fehlenden Rechtshandlungen folgen im Obligationenrecht von 1911, das der Gesetzgeber ausdrücklich als fünften Teil des Zivilgesetzbuches bezeichnet. Damit entspricht auch die Anordnung des schweizerischen Zivilrechts dem gaisanisch-justinianischen Dreiklang.

e) Das im Jahre 1926 erneuerte türkische Zivilrecht nahm das schweizerische Zivilgesetzbuch samt Obligationenrecht zum Vorbild. Wie das schweizerische Zivilgesetzbuch enthält das türkische Zivilgesetzbuch (Türk Medenî Ka-

51 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10.12.1907, Bundesblatt 1907 VI, 589.

52 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30.3.1911, Bundesblatt 1911 II, 355.

53 Art. 1 bis 10 ZGB.

54 Art. 11 bis 89 (im Jahre 2014 bis 89c) ZGB.

55 Art. 90 bis 456 ZGB.

56 Art. 457 bis 640 ZGB.

57 Art. 641 bis 977 ZGB.

nunu)⁵⁸ nach einer Einleitung⁵⁹ in seinem ersten Buch das Personenrecht,⁶⁰ im zweiten Buch das Familienrecht,⁶¹ im dritten Buch das Erbrecht⁶² und im vierten Buch das Sachenrecht.⁶³ Hinzu tritt das türkische Obligationenrecht (*Türk Borçlar Kanunu*).⁶⁴ Auf diese Weise kehrte das gäianisch-justinianische Institutionensystem aus Westeuropa an den Bosphorus zurück.

IV. *Streit um eine Kodifikation für Deutschland im Jahre 1814: Anton Friedrich Justus Thibaut und Friedrich Carl von Savigny*

1. Territoriale Umwälzungen in Deutschland

Schaut man auf Deutschland zu Anfang des 19. Jahrhunderts, in die ersten Jahre nach dem Untergang des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im Sommer 1806, zurück, so steht man vor einem diskrepanten Befund: Einerseits findet man eine unüberschaubare Vielheit von großen und kleinen Rechtsgebieten vor, andererseits die in manchen Gegenden bereits realisierte Vorstellung streng systematisch aufgebauter Gesetzbücher. Im Rückblick drängt sich die Frage auf, warum es noch bis zum Ende des 19. Jahrhunderts dauern sollte, bis das bürgerliche Recht mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch vom Jahre 1896 zu einer einheitlichen systematischen Fassung fand. Die territoriale Zersplitterung Deutschlands nach Verlust der Reichseinheit erklärt diese Dauer nur teilweise. Bereits die den Untergang des Reichs beobachtenden Zeitgenossen stellten sich die Frage, ob denn nicht trotz dieses Untergangs, vielleicht sogar gerade wegen der – mit und nach den durch Europa ziehenden Kriegen – gewandelten territorialen Verhältnisse eine Rechts einheit, insbesondere nach den in Preußen, Frankreich und Österreich geschaffenen Vorbildern, gewonnen werden könne und zum Wohle aller deutschen Staaten vorangetrieben werden solle.

58 Das Zivilgesetzbuch wurde in Nr. 743 des türkischen Gesetzblattes vom 4.4.1926 verkündet. Jüngere Ausgabe in: *Dural/Kurt* (Hrsg.), *Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu*, 4. Aufl. 2011, S. 15 ff.

59 Art. 1 bis 7 Türkisches ZGB.

60 Art. 8 bis 117 Türkisches ZGB.

61 Art. 118 bis 494 Türkisches ZGB.

62 Art. 495 bis 682 Türkisches ZGB.

63 Art. 683 bis 1030 Türkisches ZGB.

64 Verkündet wurde das türkische Obligationenrecht in Nr. 818 des türkischen Gesetzblattes vom 8.5.1926. Jüngere Ausgabe in: *Dural/Kurt* (Hrsg.), *Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu*, 4. Aufl. 2011, S. 545 ff.

Die Territorialgrenzen in Deutschland erfuhren am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts gewaltige Umwälzungen. Zu Eingliederungen in das französische Staatsgebiet als Ergebnis des revolutionär entfachten Eroberungsfeldzuges traten die Neugliederungen des Reichsdeputationshauptschlusses, dann die Neuschöpfungen in der napoleonischen Hegemonie. Schließlich schuf nach dem Zusammenbruch des französischen Herrschaftsraums der Wiener Kongreß die Landkarte Deutschlands neu. Jede territoriale Änderung warf die Frage auf, ob die Rechtsordnung des wachsenden Staatswesens in die einverlebten Gebiete einzuführen sei, ob ein neues Gesetz für alle nun zusammengehörigen Landesteile geschaffen oder ob alles beim alten bleiben möge. Die Eingliederung der linksrheinischen deutschen Territorien nach Frankreich bedeutete zunächst die Einführung französischen Rechts vor dem *Code civil* und dann die selbstverständliche Geltung des für ganz Frankreich neugeschaffenen *Code civil* in den vier rheinischen Departements. Hingegen bedeutete die Ausdehnung Preußens auf das linke Rheinufer nach dem Wiener Kongreß nicht die Einführung des preußischen Allgemeinen Landrechts; vielmehr führten die linksrheinischen neupreußischen Landesteile erfolgreich einen „Kampf ums Rheinische Recht“. Dieses rheinische Recht war nicht das zersplitterte vorrevolutionäre, in der ständischen Staatsordnung gewachsene Recht, sondern das junge, egalitäre, liberale französische Recht, namentlich der *Code civil* und die ihn begleitenden Gesetzbücher. Die Rheinländer hatten dessen Vorzüge rasch zu schätzen gelernt und wehrten sich mit aller Kraft gegen die restaurative Einführung des preußischen Gesetzbuches.⁶⁵ Sie durften das französische Recht behalten und lebten danach, bis am 1. Januar 1900 das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft trat. Ähnlich war es in der zu Bayern zurückkehrenden linksrheinischen Pfalz und in Rheinhessen, den zum Großherzogtum Hessen gegebenen Teil des linken Mittelrheins.

2. Zwei von vielen Streitschriften

Noch vor den Neugliederungen des Wiener Kongresses traten im Jahre 1814 zwei im Heidelberger Verlag Mohr und Zimmern publizierte Schriften mit Vorschlägen zur Rechtsordnung Deutschlands besonders hervor: Zunächst die Abhandlung „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ des aus Hameln an der Weser stammenden Heidel-

65 Hierzu *Landsberg*, Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814-1819, 1914.

berger Rechtslehrers *Anton Friedrich Justus Thibaut* (1772-1840),⁶⁶ dann als Entgegnung (aber schon vor *Thibauts* Schrift begonnen) das dreimal umfangreichere Heft „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ des in Frankfurt am Main geborenen Berliner Rechtsgelehrten *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861).⁶⁷ Die beiden Schriften waren nicht die ersten Stimmen im Meinungskampf nach Erlöschen des Alten Reichs, aber sie gewannen die nachhaltigste Beachtung und stehen in der Rechtsgeschichte Deutschlands als exemplarisch für die Suche nach dem richtigen Weg und dem richtigen Zeitpunkt zur Herstellung von Rechtseinheit.

Die beiden Streitschriften erscheinen in einer Deutschland durchdringenden Welle nationaler Begeisterung. Beide Autoren sind von ihr mitgerissen. Ausgelöst hatte diese Emphase der Sieg der Alliierten über die französischen und mit ihnen verbündeten Truppen in der nachher sogenannten Völkerschlacht bei Leipzig im Oktober 1813. Dieser Sieg rief in weiten Teilen der deutschen Bevölkerung die miteinander verschmelzenden Gefühle von Existenzgewißheit im Äußeren und Integrationswille im Inneren hervor. Die Verbindung dieser Momente aber gibt, wie schon dargelegt,⁶⁸ seit jeher den Anstoß zur Kodifikation. Es wäre verwunderlich, wenn sich in dieser historischen Lage keine Diskussion um eine Gesetzgebung für Deutschland entsponnen hätte.

In diesem Konflikt stehen *Thibaut* und *Savigny* bei flüchtiger Wahrnehmung als Verfechter gänzlich entgegengesetzter Meinungen – *Thibaut* als der stärkste Befürworter einer deutschen Kodifikation, *Savigny* als entschiedener Gegner. Liest man jedoch ihre Ausführungen im Ganzen, fällt mehr Gemeinsames als Trennendes auf. Beide kritisieren die rechtliche Lage ihrer Gegenwart, beide empfinden ein dringendes Bedürfnis für ein einheitliches Recht in Deutschland. Sie haben nur unterschiedliche Auffassungen darüber, wie leicht oder wie schwer das übereinstimmende Ziel zu erreichen ist.

66 *Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814. Neudruck in: *Stern* (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, 1914, Nachdruck 1959, S. 35 ff.

67 *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814. Neudruck in: *Stern* (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, 1914, Nachdruck 1959, S. 69 ff.

68 Siehe oben zu I.2.

3. *Thibauts* Plädoyer für zügige Aufstellung eines deutschen Zivilgesetzbuches

a) Schlägt man die Schrift *Thibauts* auf, so findet man zuerst Nationalpathos – akademisch gezügelt, aber unverkennbar: Es sei, so schreibt *Thibaut* in einem Vorwort, der jetzige Augenblick ein wichtiger Augenblick, worin Schüchternheit und Zurückgezogenheit nicht zum Drange der Umstände passen würden. Deswegen wolle er sich auf mehrfaches Ansuchen zur Frage der Notwendigkeit eines Gesetzbuches für ganz Deutschland äußern. *Thibaut* bezeichnet sich hierbei als ein warmer Freund des Vaterlandes.⁶⁹ Und er hebt nach dem Vorwort mit der Feststellung an, Deutschlands Boden habe nun durch Befreiung seines Bodens seine Ehre gerettet und sich die Möglichkeit einer glücklichen Zukunft errungen.⁷⁰ Sogleich aber mahnt der Verfasser, daß noch viele Hindernisse im Wege stehen, wollte Deutschland auch nur ein mittelmäßiges Glück erreichen.⁷¹ *Thibaut* erblickt eine Gefahr darin, daß ein Teil des Volkes in höheren und mittleren Ständen des deutschen Namens unwürdig sei, die Beamten französisch vergiftet seien und die Regenten schlecht beraten. Die Hefe des Volkes dränge nach oben, und die kräftigen und rechtlichen Männer ziehen sich in politische und ästhetische Träumereien zurück.⁷²

Deutschland hat, so stellt *Thibaut* fest, im Jahre 1814 keine politische Einheit und wird auf sie auch in der kommenden Zeit verzichten müssen. Statt dessen wird sich Deutschland seiner Überzeugung nach in bloß äußerlich verbundene kleine Staaten auflösen.⁷³ Diese territoriale Zersplitterung beklagt *Thibaut* jedoch nicht nur. Vielmehr gibt Kleinteiligkeit der Staatenwelt ihm Hoffnung auf Freiraum für Individualität und Mannigfaltigkeit bei innigem Verhältnis zwischen Regent und Untertanen im Unterschied zur Zentralisierung des großen Staates.

Dieser Vorzug betrifft aber hauptsächlich die Verfassungsverhältnisse.⁷⁴ In Hinsicht auf die bürgerlichen Verhältnisse, auf das Privatrecht, hingegen fordert *Thibaut* dringend, eine Erstarrung aufzulösen und alles ins Leben zurückzurufen, was bislang unter den Händen gewöhnlicher Staatskünstler wie eine tote Masse auf den Angelegenheiten des Bürgers laste.⁷⁵ Hier versagen die

69 *Thibaut* (Fn. 66), S. 3 f., (im Neudruck S. 37).

70 *Thibaut* (Fn. 66), S. 5, (S. 38).

71 *Thibaut* (Fn. 66), S. 5, (S. 38).

72 *Thibaut* (Fn. 66), S. 5 f., (S. 38).

73 *Thibaut* (Fn. 66), S. 7, (S. 38 f.).

74 *Thibaut* (Fn. 66), S. 7 ff., (S. 39 f.).

75 *Thibaut* (Fn. 66), S. 10, (S. 40).

kleinen Staaten. Die Fürsten wurden in freundlichem Wohlstand geboren, fern den Widrigkeiten des Lebens, denen der Untertan ausgesetzt ist. Für seine Zeit vermag *Thibaut* nicht zu erkennen, daß die Fürsten in Mäßigkeit, Kraft, Klugheit und Gerechtigkeit (also in den Kardinaltugenden) Segen über ihre Völker verbreiten. Statt dessen nehmen Verdorbenheit und Kleinlichkeit eines Teils der Staatsdiener überhand, der den Fürsten die Regentschaft entreißen will.⁷⁶ Die gutmeinenden Fürsten können die verwickelten bürgerlichen Verhältnisse nicht überschauen, und so schaden Selbstsucht und Halsstarrigkeit landesherrlicher Diener den Bürgern. Die Zahl der Staatsmänner von Beschränktheit, Eigenwilligkeit und Dünkel, von Unwissenheit, Verstocktheit in Vorurteilen, Lahmheit und Schlawfrheit ist zu hoch, als daß irgendein deutscher Landesherr seinen Räten die Abfassung eines Gesetzbuches anvertrauen dürfte.⁷⁷

b) In dieser Lage bedarf es in *Thibauts* Augen rascher und vollständiger Umänderung des bürgerlichen Rechts, was hier (als das den Bürger angehende Recht) soviel wie Privatrecht und Kriminalrecht nebst dem Prozeßrecht bedeutet. *Thibaut* fordert ein für ganz Deutschland erlassenes Gesetzbuch. Hier müssen die vereinten Kräfte aller Regierenden wirksam werden. Den einzelnen Regierungen müsse dabei die Willkür entzogen werden. *Thibaut* mißbilligt, daß vielerorts übereilt das alte krause Gemisch, der alte Wirrwarr wiederhergestellt worden sei, so als ob ein jeder kleiner deutscher Staat nur für sich existiere und keine Verbindung zu seiner Umgebung habe.⁷⁸ Die Einheit des Gesetzbuches aber ist schon für sich genommen ein unschätzbare Gewinn.⁷⁹ Was *Thibaut* hier postuliert, ist nichts anders als, übertragen auf seine Gegenwart, die justinianische Verknüpfung von äußerer Integrität (in einem zwar räumlich geteilten, aber durch die Identität seines Volkes als Einheit aufzufassenden Herrschaftsgebiet)⁸⁰ und innerer Integration durch Schaffung von Recht.

c) Die Anforderungen an das einheitliche Gesetzbuch für ganz Deutschland sind formelle und materielle Vollkommenheit. Seine Bestimmungen sollen klar, unzweideutig, erschöpfend, weise und zweckmäßig sein.⁸¹ Bisher gelang ein solches Gesetzbuch allerdings nach *Thibauts* Meinung noch in keinem

76 *Thibaut* (Fn. 66), S. 46 ff., (S. 58 f.).

77 *Thibaut* (Fn. 66), S. 39 f., (S. 54 f.).

78 *Thibaut* (Fn. 66), S. 11 f., (S. 40 f.).

79 *Thibaut* (Fn. 66), S. 32 f., (S. 51).

80 *Thibaut* (Fn. 66), S. 11, (S. 41), spricht die Deutschen im Singular als ein Volk an, welches im Plural seine Regierungen in die Pflicht rufen dürfe.

81 *Thibaut* (Fn. 66), S. 12 f., (S. 41).

deutschen Land.⁸² Keine der zahlreichen bislang Deutschland beherrschenden Rechtsordnungen taugt *Thibaut* als Rechtsordnung für ganz Deutschland: Das alte heimische Partikularrecht kann ebenso wie die Reichsgesetze allenfalls in Einzelfragen noch für ein künftiges deutsches Recht herangezogen werden. Von den Reichsgesetzen kann überhaupt nur die Peinliche Gerichtsordnung von 1532, die *Carolina*, als ein Gesetzbuch bezeichnet werden. Partikularrechte und Reichsgesetze zusammen bilden einen buntscheckigen Wust, ein chaotisches Allerlei, trotz der erdrückenden Masse der Bestimmungen unvollständig und leer.⁸³

Von einhundert Rechtsfragen können mindestens neunzig nur unter Zuhilfenahme der rezipierten fremden Gesetzbücher, nämlich des kanonischen und des römischen Rechts gelöst werden. Das kanonische Recht aber erscheint *Thibaut* bloß als ein Haufen dunkler, verstümmelter und unvollständiger Bestimmungen, als despotischer Einfluß der geistlichen Macht auf weltliche Angelegenheiten, dem sich kein weiser Regent fügen könne.⁸⁴ Und das römische Recht ist für *Thibaut* das Recht einer gänzlich verschiedenen Nation in einem tiefsten Verfallzustand. Die Deutschen könnten niemals den wahren Schlüssel zum römischen Recht finden, da sie nicht die römischen Volks-Ideen besitzen. Dieses mißglückte römische Recht sei zwar sehr vollständig, aber nur sehr schwer zu durchdringen. Die ganze Kompilation ist dunkel und flüchtig gearbeitet. Die aus ihr gewonnenen und vielleicht bei tausendjähriger Befassung noch weiter zu gewinnenden Ideen lassen sich in Büchern sicher verwahren, sind jedoch nicht lebendig als umfassendes Wissen in den Köpfen der Richter und Anwälte.⁸⁵ Noch dazu ist schon der Text des römischen Rechts nicht hinreichend sicher überliefert.⁸⁶ Auch das junge französische Gesetzbuch eignet sich nicht unesehen zur Einführung in Deutschland. Zeitgenössischen Überlegungen zur Übernahme des *Code Napoléon* hält *Thibaut* diverse Mängel in einzelnen Anordnungen entgegen, um welche das Gesetz zunächst bereinigt werden müßte.⁸⁷

d) So kann einzig ein neues, „einfaches National-Gesetzbuch mit Deutscher Kraft im Deutschen Geist gearbeitet“ anzustreben sein.⁸⁸ Dieses wird den Wissenschaftlern – anders als das in schwarzer Nacht gebliebene Partikular-

82 *Thibaut* (Fn. 66), S. 13, (S. 41).

83 *Thibaut* (Fn. 66), S. 13 ff., (S. 42).

84 *Thibaut* (Fn. 66), S. 15, (S. 42 f.).

85 *Thibaut* (Fn. 66), S. 15 f., (S. 43).

86 *Thibaut* (Fn. 66), S. 19 ff., (S. 44 ff.).

87 *Thibaut* (Fn. 66), S. 37 f., (S. 54).

88 *Thibaut* (Fn. 66), S. 25 f., (S. 48).

recht – wegen seiner großen räumlichen Ausdehnung und so wegen der breiten Resonanz in einem großen Publikum ein attraktiver Lehrgegenstand sein.⁸⁹ Das einfache gemeinsame Gesetzbuch wäre – und hier kehrt *Thibaut* unausgesprochen zu dem justinianischen Integrationsgedanken zurück – eine Gabe des Himmels, welche die Deutschen in brüderlich gleichem Sinne für immer verbände. Denn gleiche Gesetze erzeugen stets gleiche Sitten und Gewohnheiten, Völkerliebe und Völkertreue.⁹⁰ Überdies ist ein gleiches Gesetz für den lebhaften bürgerlichen Verkehr unter den Deutschen schreiende Notwendigkeit.⁹¹

Gegen die Bildung des Nationalgesetzbuches spricht nicht der Wunsch, daß doch das Gesetz sich nach dem Volksgeist, nach Zeit, Ort und Umständen richten müsse. Wer damit dem einheitlichen Gesetz entgegentreten wolle, verwechsle die aus Laune und Beschränktheit bei irgendeinem leichten Anstoß entstandene Erscheinung mit dem, was nach der Vernunft sein kann.⁹² Die bisherigen Rechtsverschiedenheiten sind nicht Folgen unterschiedlicher natürlicher Anlagen und örtlicher Verhältnisse, sondern sie sind Folgen unkluger Abgeschiedenheit und unüberlegter Willkür.⁹³ Das Gesetz soll die Menschen aus elender Selbstischkeit und Kleinlichkeit herausreißen und vereinigen. Der Vernunft wegen muß das Gesetz durchgreifen. Die Vorteile der Einheit überwiegen die hinzunehmenden vereinzelter Unbequemlichkeiten.⁹⁴

e) Das so als radikale Bereinigung verstandene Nationalgesetzbuch läßt sich nach Ansicht *Thibauts* binnen zweier, dreier oder vierer Jahren vollenden. Denn es gibt mit dem preußischem und dem österreichischen Gesetzbuch sowie mit dem französischen *Code* höchst lehrreiche Vorbilder.⁹⁵ Diese Vorbildhaftigkeit versteht *Thibaut* freilich nicht so, als daß eines dieser Gesetzbücher auf ganz Deutschland ausgedehnt werden könne. Wäre das möglich, hätte er es empfohlen. Im Falle des französischen *Code* erklärt *Thibaut* die unveränderte Übernahme ausdrücklich für nicht angebracht.⁹⁶ Und auch wenn *Thibaut* das österreichische Gesetzbuch wegen seiner schlichten Darstellung der gesetzlichen Erbfolge lobt,⁹⁷ findet man keinen Ratschlag, das Allgemeine

89 *Thibaut* (Fn. 66), S. 27 ff., (S. 49).

90 *Thibaut* (Fn. 66), S. 32 f., (S. 51 f.).

91 *Thibaut* (Fn. 66), S. 33, (S. 52).

92 *Thibaut* (Fn. 66), S. 50 f., (S. 60 f.).

93 *Thibaut* (Fn. 66), S. 55 f., (S. 62 f.).

94 *Thibaut* (Fn. 66), S. 52 ff., (S. 61 f.).

95 *Thibaut* (Fn. 66), S. 64, (S. 66 f.).

96 Siehe zuvor c).

97 *Thibaut* (Fn. 66), S. 56 f., (S. 63).

bürgerliche Gesetzbuch, so wie es ist, auf ganz Deutschland zu erstrecken. Somit kann die Vorbildhaftigkeit nur in der Vereinheitlichung an sich und der dabei vollbrachten konzeptionellen Leistung liegen. Ohne dies in Worten eigens auszudrücken, zollt somit *Thibaut* der in den drei Gesetzen Preußens, Österreichs und Frankreichs jenseits der Regelungsdetails gelungenen Systematisierung Respekt. Wer aber diese Abstraktionsleistung anerkannte, mußte wie *Thibaut* leicht zu der Prognose gelangen, daß nach solchem Vorbild ähnliches für ganz Deutschland in einem Zeitraum von weniger als einem Jahr-fünft herzustellen sei.

4. Das Plädoyer *Savignys* für Geduld in der Erwartung eines Gesetzbuches für Deutschland

a) Wendet man sich dem Büchlein *Savignys* zu, so stößt man wie bei *Thibaut* auf den Befund, daß ein einheitliches Recht für Deutschland vonnöten sei: *Savigny* geht von einem äußeren Bedürfnis aus, welches in vielen Ländern die über lange Zeit ruhende Frage nach der besten Einrichtung des bürgerlichen Rechts wiederbelebte. Und einen noch tieferen und edleren Grund als das äußere Bedürfnis möchte *Savigny* – ganz ebenso wie *Thibaut* – in dem Gefühl erblicken, daß jede lebendige Kraft dringend aufgefordert sei, sich als der Zeit nicht unwert zu erweisen, nachdem die Unterdrückung der deutschen Nation abgewendet sei. Rechtsgelehrte dürften darin am wenigsten zurückstehen. Und so beschäftigen sich Staatsmänner und Gelehrte mit der Frage, wie das bürgerliche Recht gestaltet werden solle.⁹⁸

Die Unterschiede zwischen vergangener und gegenwärtiger Zeit sind für *Savigny* im bürgerlichen Recht augenscheinlich. Nach dem Sieg über das napoleonische Frankreich können die deutschen Fürsten wieder zum gemeinen Wohl handeln, was von der vergangenen Zeit niemand behaupten wolle. Der *Code civil*, schreibt *Savigny* noch viel harscher als *Thibaut*, sei in Deutschland eingedrungen und habe sich krebsartig weitergefressen, ohne von inneren Gründen gehalten zu sein. Kritik hatte sich nur zu schwach und ungehört gebildet. Nun indes können wieder Meinungsverschiedenheiten ausgetragen werden, aus denen eine lebendige Einheit der Überzeugung erwachsen kann.⁹⁹

b) Zwei Meinungen beobachtet *Savigny* zur Frage des bürgerlichen Rechts: Die eine bevorzugt Wiederherstellung des alten Zustandes, die andere ein

98 *Savigny* (Fn. 67), S. 1, (im Neudruck S. 72).

99 *Savigny* (Fn. 67), S. 2 f., (S. 72 f.).

neues Gesetzbuch. Die von der erstgenannten Meinung verfochtene Rückkehr zu den alten Rechten hält *Savigny* im Gleichklang mit *Thibaut* für unpassend. Es ist ihm unzeitgemäß, wenn jeder Staat in der zurückgewonnenen Souveränität sich wieder abschliesse und ein recht eigentümliches Gesetzbuch mache. Manche Regierung denke so, aber es bestehe ein Scheu, diese Meinung in Schriften zur Zukunft des bürgerlichen Rechts zu äußern. Wollte jemand sich doch so äußern, wäre hiergegen in *Savignys* Augen ein feindlicher Streit zu führen, wie man ihn dann führt, wenn Ziel und Zweck verwerflich sind. Hingegen bedeuten Vorschläge zu einem neuen einheitlichen Gesetzbuch einen friedlichen Streit, an dessen Ende Vereinigung der Streitenden oder doch bessere Einsicht im Ganzen stehen.¹⁰⁰

c) Ebenso wie *Thibaut* legt *Savigny* Wert darauf, daß das Recht dem Volke nicht als etwas Fremdes entgegentreten dürfe. Hier besteht zwischen beiden Autoren nur in der Gewichtung des Aspekts eine Differenz, nicht im Grundsätzlichen. Im Fortgang der Zeiten, so schreibt *Savigny*, bewähre es sich, wenn das Recht organischen Zusammenhang mit Wesen und Charakter des Volkes habe.¹⁰¹ Von Zeit zu Zeit verschieden bildet sich Recht in einer je eigenen Mischung aus natürlichem Recht und gelehrtem Recht.¹⁰² Hierbei meint *Savigny* mit dem natürlichen Recht ausdrücklich nicht „unser Naturrecht“, wie es im 17. und im 18. Jahrhundert wuchs. Vielmehr ist an den in der gemeinsamen Überzeugung des Volkes, im gleichen Gefühl innerer Notwendigkeit gewachsenen Bestand zu denken.¹⁰³ Ein in engeren Kreisen oft wiederkehrendes Bedürfnis macht ein gemeinsames Bewußtsein des Volkes möglich. So bilden sich zum Beispiel in den Städten ein besonderes Dienstbotenrecht und ein besonderes Mietrecht.¹⁰⁴ Recht entsteht also zunächst als Gewohnheitsrecht durch Sitte und Volksglaube und wird erst dann durch Jurisprudenz weiterentwickelt.¹⁰⁵ Dies war insbesondere auch mit dem römischen Recht der Fall.¹⁰⁶

d) Die Gesetzgebung greift in dieses Wachsen und Reifen des Gesetzes ein. Sie beeinflusst die Bildung des Rechts bald löblich, bald (der Leser hat den

100 *Savigny* (Fn. 67), S. 3 f., (S. 73).

101 *Savigny* (Fn. 67), S. 10 f., (S. 77).

102 *Savigny* (Fn. 67), S. 13, (S. 78 f.).

103 *Savigny* (Fn. 67), S. 8, (S. 76).

104 *Savigny* (Fn. 67), S. 13, (S. 79).

105 *Savigny* (Fn. 67), S. 13 f., (S. 79).

106 *Savigny* (Fn. 67), S. 32 f., (S. 90 f.).

Eindruck, dies solle unausgesprochen der häufigere Fall sein) tadelnswert.¹⁰⁷ Viele glauben großsprecherisch und hohl, so bemängelt *Savigny*, das allgemeine Vernunftrecht könne die Inhalte des Gesetzbuches ohne Rücksicht auf Bestehendes vorgeben,¹⁰⁸ weil doch die Vernunft allen Menschen gleich gemein sei.¹⁰⁹ Wer hingegen mit Ausführen der Aufgabe, ein Gesetzbuch zu verfassen, zu tun hatte, war immer nur der Meinung, daß das ohnehin bestehende Recht aufgezeichnet werden solle, lediglich mit solchen Abänderungen und Verbesserungen, die aus politischen Gründen nötig sein sollten.¹¹⁰ Bei seiner scharfen Ablehnung einer von den gegebenen Verhältnissen abgehobenen naturrechtlichen Beschreibung von Gesetzesinhalten übergeht *Savigny* vollkommen, daß das Vernunftrecht über die Inhalte hinaus einen beliebig, also auch mit traditionellen Besonderheiten auffüllbaren, Systemrahmen bereitstellt. Auch dies teilt seine Schrift mit derjenigen *Thibauts*.

e) Sehr viel schärfer als *Thibaut* indessen geht *Savigny* mit den drei seinerzeit neuen Gesetzbüchern Preußens, Frankreichs und Österreichs ins Gericht. Seine Kritik ist ausführlich und heftig.¹¹¹ Sie begründet *Savignys* am Ende stehende Aussage, daß seine Zeit nicht dazu berufen sei, ein neues Gesetzbuch für Deutschland zu verfertigen. Anders als *Thibaut* vermag *Savigny* in den drei Gesetzbüchern keine Vorbilder zu sehen, die zügige Ausarbeitung eines neuen deutschen Gesetzbuches gestatten. Vielmehr hält er vor allem den französischen *Code* für innerlich bodenlos, inhaltlich unschlüssig und mit nur punktueller, daher naiver Detailbefassung unzulänglich wissenschaftlich vorbereitet.¹¹² In Frankreich wurde die Rechtswissenschaft des sechzehnten Jahrhunderts vergessen, und statt deren begnügte man sich zur Erfassung des römischen Rechts im achtzehnten Jahrhundert und zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts mit *Pothier*.¹¹³ Aber auch Deutschland war *Savignys* Ansicht gemäß im achtzehnten Jahrhundert arm an großen Juristen.¹¹⁴ Und so fällt auch die – ebenfalls wortreiche – Kritik an Preußens Allgemeinem Landrecht¹¹⁵ und an Österreichs Allgemeinem bürgerlichen Gesetzbuch¹¹⁶ vernichtend aus.

107 *Savigny* (Fn. 67), S. 14, (S. 79).

108 *Savigny* (Fn. 67), S. 17 f., (S. 81).

109 *Savigny* (Fn. 67), S. 45, (S. 97).

110 *Savigny* (Fn. 67), S. 18, (S. 81).

111 *Savigny* (Fn. 67), S. 54 ff., (S. 102 ff.).

112 *Savigny* (Fn. 67), S. 56, 59 und 64, (S. 103, 105 und 108).

113 *Savigny* (Fn. 67), S. 65, (S. 108). Gemeint ist *Robert Joseph Pothier* (1699 – 1772).

114 *Savigny* (Fn. 67), S. 48, (S. 99).

115 *Savigny* (Fn. 67), S. 81 ff., (S. 118 ff.).

f) Nach dieser Wendung der zunächst mit *Thibaut* im wesentlichen übereinstimmenden Befundbeschreibung bringt *Savigny* seinen von *Thibauts* Idee vollkommen abweichenden Vorschlag zum weiteren Vorgehen an: Zunächst sei, so meint *Savigny*, den Kampf ums Rheinische Recht noch nicht ahnend, der *Code civil* als eine überstandene politische Krankheit von nur kurzer Herrschaft zu ignorieren.¹¹⁷ Somit wird es einerseits Gegenden geben, in denen das vor der französischen Herrschaft geltende alte Recht, nämlich gemeines Recht und Landesrecht, worin die Juristen der Gegenwart gebildet wurden und woraus die bestehenden Verhältnisse erwachsen, vorläufig wieder in Kraft gesetzt wird, weil man unmöglich die historischen Fäden durchschneiden und ein gänzlich neues Leben beginnen könne.¹¹⁸ Und andererseits gibt es Gegenden, wo schon heimische Gesetzbücher existieren, worunter *Savigny* allerdings allein das preußische Allgemeine Landrecht und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch fassen mag.¹¹⁹

In den Ländern ohne ein heimisches Gesetzbuch wird die überlieferte Vielfalt des Rechts historisch zu ergründen sein. Dies ist Aufgabe der sorgfältiger Rechtswissenschaft, die lehrt, den ganzen Reichtum der vergangenen Geschlechter als Werkzeug zu gebrauchen.¹²⁰ Erst nach ernstlichem Studium wird ein wahres Urteil über den überlieferten Stoff möglich.¹²¹ *Savigny* wendet sich hierbei gegen das von *Thibaut* erhobene Bedenken, daß die Erforschung zu schwierig sei.¹²² Er mahnt Geduld an und verweist auf das unglückliche Beispiel des Volkes Israel, welches am Berge Sinai das göttliche Gesetz nicht abzuwarten vermochte und sich stattdessen ein Goldenes Kalb machte.¹²³

In den Ländern, wo Gesetzbücher schon bestehen, sind diese Gesetzbücher einstweilen beizubehalten. Sie sind Teil der historisch zu erforschenden Entwicklung.¹²⁴ Mehr als ein historischer Zwischenschritt sind die von ihm so heftig kritisierten Gesetzbücher jedoch nicht; einen Vorschlag räumlicher Ausdehnung des preußischen oder des österreichischen Gesetzbuches sucht man in *Savignys* Schrift vergeblich.

116 *Savigny* (Fn. 67), S. 95 ff., (S. 127 ff.).

117 *Savigny* (Fn. 67), S. 111 und 135, (S. 136 und 150).

118 *Savigny* (Fn. 67), S. 111 ff., (S. 136 ff.).

119 *Savigny* (Fn. 67), S. 111 und 135, (S. 136 und 150).

120 *Savigny* (Fn. 67), S. 112 f., (S. 137).

121 *Savigny* (Fn. 67), S. 114, (S. 138).

122 *Savigny* (Fn. 67), S. 122, (S. 143).

123 *Savigny* (Fn. 67), S. 134, (S. 150); siehe Exodus 32.1 bis 32.24.

124 *Savigny* (Fn. 67), S. 135 ff., (S. 150 ff.).

Damit ist es nach *Savigny* in ganz Deutschland eine gemeinsame Aufgabe, das Recht durch wissenschaftliches Studium zu erforschen.¹²⁵ Ausdrücklich wendet er sich gegen *Thibauts* Ansicht, die Vorbereitung eines neuen Gesetzbuches für Deutschland sei in lediglich zwei bis vier Jahren zu bewältigen.¹²⁶ So beschließt *Savigny* seine Schrift mit der Feststellung, daß „wir [...] zu einem Gesetzbuch nicht berufen sind“.¹²⁷ Anders als in seiner negativen Einschätzung von der Bestandskraft des *Code civil* in Deutschland sollte sich *Savignys* Meinung zur geschichtlichen Ergründung des in Deutschland geltenden Rechts als eintreffende Vorhersehung bewahrheiten. Das neunzehnte Jahrhundert wurde in Deutschland das Jahrhundert der Historischen Rechtsschule. Erst an dessen Ende stand das Bürgerliche Gesetzbuch.

V. Kodifikationsstreit und Systematik

1. Übereinstimmung und Differenz der Schriften *Thibauts* und *Savignys*

a) Die Darlegungen *Thibauts* und *Savignys* liegen, im Ganzen gesehen, nicht weit voneinander entfernt. Zu einfach wäre ein Urteil, daß *Thibaut* im Meinungskampf mit *Savigny* unterlegen sei.¹²⁸ Dieses Urteil mag man voreilig deswegen fällen wollen, weil es nicht, wie von *Thibaut* maximal veranschlagt, binnen vierer Jahre in der zweiten Dekade des neunzehnten Jahrhunderts zu einem deutschen Gesetzbuch kam. Vielmehr bemühte die deutsche Rechtswissenschaft sich während des 19. Jahrhunderts in großem Umfang um Klärung der Entwicklungen von römisch-gemeinem, heimischem und kanonischem Recht. Erst aus den neu- oder wiedergewonnenen rechtshistorischen Erkenntnissen entstanden die Entwürfe für das im Jahre 1896 fertiggestellte Bürgerliche Gesetzbuch. Das sieht wie ein Obsiegen *Savignys* aus. Eine solche Einschätzung wäre jedoch in zweierlei Hinsicht fehlerhaft:

b) Zum einen ist es bei weitem nicht so, als ob die Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts die Vielfalt und Tiefe des alten Rechts auch nur annähernd ausgeschöpft hätte. Mehr als nur eine oberflächliche Berührung wurde nicht erreicht. Am ehesten kann man noch sagen, daß die Pandektenwis-

125 *Savigny* (Fn. 67), S. 151 ff., (S. 160 ff.).

126 *Savigny* (Fn. 67), S. 155 ff., (S. 162 ff.).

127 *Savigny* (Fn. 67), S. 161, (S. 166).

128 Ebenso *K.-P. Schroeder*, „Thibaut hat eine Schandschrift geschrieben!“. Thibaut, der Kodifikationsstreit vor 200 Jahren und die Liebe zur Musik, NJW 2014, 734 ff. (734).

senschaft einen einigermaßen differenzierten Überblick über das antike römische Recht erzeugte. Aber von einer wirklichen Durchdringung der Feinheiten und Zweifel kann nicht die Rede sein. Und ansonsten (*ius commune*, heimisches Recht und kanonisches Recht betreffend) sind die Studien allenfalls exemplarisch zu nennen. Und so läßt sich in den Inhalten des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches ein deutliches Überwiegen der Elemente römisch-rechtlicher Herkunft beobachten. Dies feststellend, muß man eher *Thibaut* einen Sieg mit seiner Einschätzung davongetragen zu haben zugestehen, daß es vielleicht in einem Zeitraum von tausend Jahren tief gelehrten, scharfsinnigen und unermüdeten Juristen gelingen möge, über jede Theorie des römischen Rechts etwas Erschöpfendes zusammenzutragen und so über jede der tausend wichtigen Lehren, die zu seiner Zeit noch im Dunkeln liegen, ein klassisches Werk vorzulegen.¹²⁹ Mit anderen Worten fußt das Bürgerliche Gesetzbuch mitnichten auf vollständiger Erschließung des Vergangenen. Dies hatte auch schon das neunzehnte Jahrhundert bemerkt. Belege dafür bieten beispielsweise die germanistischen Kritiken *Heinrich Brunners* und *Otto Gierkes* an der Blindheit des entstehenden Bürgerlichen Gesetzbuches für die im heimischen Recht geborgenen sozialen Aspekte.¹³⁰

c) Und zum anderen ist die – zugestanden markante – Differenz bei der Prognose von Realisierungschancen in zeitlicher Hinsicht nur einer von vielen Aspekten der beiden Streitschriften. Das Übereinstimmende überwiegt. Beide Autoren sind von nationaler Begeisterung erfaßt. Ihretwegen und auch zur Erleichterung des Verkehrs wünschen sie Rechtseinheit in Deutschland. Beide halten die gegenwärtigen Umstände für unzulänglich. Beide sehen die einzelnen deutschen Länder mit der Aufgabe eines guten Gesetzbuches überfordert. Keiner von beiden sieht eine Lösung darin, daß eines der bestehenden jüngeren Gesetzbücher auf ganz Deutschland ausgedehnt werde. Beide erkennen aber in ihnen Ausgangspunkte für die Erfassung und Neuausbildung des in Deutschland geltenden Rechts. Denn beide verbindet die Aussage, daß ein künftiges allgemeines Gesetzbuch den im deutschen Volke über lange Jahrhunderte gewachsenen Überzeugungen zu entsprechen habe. Und zu diesem gewachsenen Bestand gehören nach Auffassung beider auch die schon vorhandenen Gesetzbücher, ohne daß aber eines von ihnen diesen Bestand schon

129 *Thibaut* (Fn. 66), S. 16, (43).

130 Dazu *C. Becker*, Eher Brunner als Gierke?, ZNR 17 (1995), 264 ff.; *Reppen*, Was war und wo blieb das soziale Öl?, ZNR 22 (2000), 406 ff.; *ders.*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, 2001.

vollkommen repräsentiert. Schließlich wünscht keiner von beiden Fortgeltung des französischen *Code*. Dem gegenüber wirkt der deutliche Unterschied in den Zeitvorstellungen – ein neues Gesetzbuch nach höchstens vier Jahren nach *Thibaut*, auf absehbare Zeit kein neues Gesetzbuch nach *Savigny* – zwar praktisch, aber nicht ideell schwerwiegend.

2. Keine Auseinandersetzung um Systematik

a) Besonders bemerkenswert erscheint jedoch, daß die beiden Schriften *Thibauts* und *Savignys* auch in einer negativen Hinsicht übereinstimmen. Wie bereits kurz gestreift,¹³¹ spricht keiner der beiden Autoren über die systematisierende Kraft der Naturrechtslehren. Die im 17. und im 18. Jahrhundert geleistete wissenschaftliche Vorarbeit des Naturrechts liegt in der Gewinnung eines Ordnungsgefüges für die Fülle des Rechts. Dieses Ordnungsgefüge wird weder *Thibaut* noch *Savigny* entgangen sein. Aber es hat den Anschein, daß sie es nicht für eigener Erwähnung wert befinden mochten. Vor allem *Savigny* sieht das Naturrecht nur wegen der von ihm diagnostizierten Bezugslosigkeit seiner Inhalte gegenüber den konkreten Umständen unter denen ein bestimmtes Volk zu einer bestimmten der Zeit lebt, als untauglich an.

b) Nun war es allerdings nie ein Anliegen der neuzeitlichen Naturrechtslehren, das die in ihnen zusammengestellten Vernunftideale in Gänze unverändert Gesetz sein sollten. Vielmehr stellen die Naturrechtslehren mit Vernunft erfaßte Idealkonzepte dar, welche in der Realisierung durch eine Gesellschaft die vielfältigsten Modifikationen erleiden. Die Naturrechtslehren sind, was die Inhalte anbelangt, Utopie. Sie sind kein Befund des in auch nur einer einzigen verfaßten Gesellschaft (also dort, wo die Menschen einander nicht im Naturzustand wie in hoheitsfreiem Gelände oder auf hoher See begegnen) anzutreffenden Rechts. Keine Utopie hingegen sind die Naturrechtslehren in bezug auf Strukturen, in welche die zahllosen Einzelheiten einer Rechtsordnung gegeben werden können. Vielmehr bieten die Naturrechtslehren – im unübersehbaren Rückgriff auf die seit der Antike gepflegten rechtswissenschaftlichen Gliederungsschemata – Systeme, die wirklich einer bestimmten (für ein Volk geltenden und seinen spezifischen Eigenheiten folgenden) Gesetzgebung zugrundegelegt werden können. Bereits der *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* von 1753 ist dafür ein eindruckliches Beispiel,¹³² und auch die von

131 Siehe oben zu IV.4.d).

132 Siehe oben III.3.b).

Thibaut und *Savigny* näher erwähnten Gesetzbücher aus Preußen, Frankreich und Österreich sind Beispiele für die Verwirklichung von Systemvorgaben des neuzeitlichen Naturrechts.

Der in den Gesetzbüchern zum Ausdruck gebrachte Drang, Recht als eine rational faßliche Masse zu ordnen, ist offenbar schon für *Thibaut* und *Savigny* eine derart sicherere Selbstverständlichkeit, daß sie hierüber kein Wort verlieren müssen. Insbesondere brauchen sie die Ideengeber für gesetzliche Systeme nicht mehr – je nach dem Grad von Schlüssigkeit oder Verwendbarkeit ihrer Modelle zu loben oder zu tadeln, weil die Realität der Gesetzgebungen die Modelle schon längst überholte. In der unausgesprochenen Gewißheit, daß eine gute Ordnung für die noch zu identifizierenden Inhalte immer gelingen werde, befassen die beiden Autoren sich allein mit eben der Wahl der Inhalte. Mittelbar klingt bei ihnen die schon längst geschehene Verinnerlichung des Systemdenkens an wenn *Thibaut* die Dunkelheit und Unvollständigkeit des alten Rechts bemängelt¹³³ und *Savigny* die gründliche Erforschung des alten Rechts fordert.¹³⁴

c) Wie wenig es sich schon im Jahre 1814 noch gelohnt hätte, zum Abfassen von Gesetzen Systematik zu postulieren, erkennt man daran, daß im neunzehnten Jahrhundert nirgends in Europa oder in den durch die Kolonialgeschichte europäisch beeinflussten oder ohne koloniale Vergangenheit die europäische Gesetzgebung zum Vorbild nehmenden außereuropäischen Staaten noch Gesetzbücher entstehen, welche keine systematische Gestalt aufwiesen. Immer lassen sich Strukturelemente wiederfinden, die an die Kodifikationen aus Bayern, Preußen, Frankreich oder Österreich erinnern; und mit Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ist ein weiteres, bis in die Gegenwart des 21. Jahrhunderts wirksames Muster hinzugekommen. *Thibaut* und *Savigny* brauchten für systematische Anlage eines deutschen Gesetzbuches nicht mehr zu werben. Vielmehr war für jeden Leser ohne weiteres ersichtlich in dem Aufruf zur (kurzfristigen oder bedachten) Vorbereitung eines neuen Gesetzbuches der Wunsch vernunftgemäßer Anordnung inbegriffen.

133 Siehe oben IV.3.b) und c).

134 Siehe oben IV.4.f).

VI. Lehre zur Kodifikation von Patientenrecht im 21. Jahrhundert?

Sucht man in der soeben schon benannten Gegenwart des begonnenen 21. Jahrhunderts nach einer Lehre aus der Konfrontation der beiden Schriften *Thibauts* und *Savignys* über die Kodifikation des bürgerlichen Rechts, so kann man dies in die Frage kleiden: „Ist heute, in der zweiten Dekade des 21. Jahrhunderts, die Zeit für ein Patientenrechtgesetz reif?“

1. Inhaltlicher Bedarf

Die Frage nach der Berufung für ein Patientenrechtgesetz wird man nicht bereits mit der Feststellung abweisen können, daß es keinen Bedarf für ein derartiges Gesetz gebe, weil keine ausreichende Zahl von Fragestellungen in Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und unzähligen verstreuten gesetzlichen Regelungen entwickelt sei, die in ihrer thematischen Breite eine eigene, bündelnde Kodifikation ausfüllen könnten. Die Rechtsstellung von Patienten ist in den verschiedensten Stadien medizinischer Versorgung relevant, und es sind, in den drei großen Kategorien von Rechtsstoffen gesprochen, alle Bereiche betroffen: das Zivilrecht ebenso wie das öffentliche Recht und das innerhalb des öffentlichen Rechts besonders abgegrenzte Strafrecht.

Aus der – hier nicht vollständig aufzulistenden – Vielzahl der patientenrechtlichen Themen kann zunächst der Behandlungsvertrag als zivilrechtliches Phänomen benannt werden. Er ist seit dem Jahre 2013 in den neu in das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen Dienstvertrag (§§ 611 bis 630 BGB) und Werkvertrag (§§ 631 bis 650 BGB) eingefügten §§ 630a bis 630h BGB geregelt.¹³⁵ Der Vertrag über medizinische Behandlung (§ 630a Abs. 1 BGB) wird nach § 630b BGB dem Recht des Dienstvertrages unterworfen, soweit nicht in §§ 630a bis 630h BGB vorrangige Sonderregelungen enthalten. Diese nicht auf einen Behandlungserfolg, sondern auf fachgerechte (§ 630a Abs. 2 BGB) Bemühung zielende Zuordnung entspricht dem herkömmlichen Verständnis des Vertrages über medizinische Behandlung, wie es Rechtsprechung und Rechtswissenschaft seit langem pflegten. Allerdings findet im Gesetzestext keine Abgrenzung zu ärztlichen Leistungen statt, die wegen ihres begrenzten Zuschnitts und somit wegen Beschreibbarkeit eines zugesagten Erfolgs als werkvertragliche Leistungen aufgefaßt werden können. Hierbei ist beispiels-

¹³⁵ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, vom 20.2.2013, BGBl. I 2013, 277.

weise an Sehtests, Röntgenaufnahmen, Laborbefunde, Gesundheitszeugnisse zu denken – solange der Leistende nicht auch therapeutische Ratschläge aus dem Befund ableitet oder gar die Therapie begleitet. Ansonsten fällt die wohl-tuende Schlichtheit auf, mit welcher das Gesetz den Behandlungsvertrag in seinen aus jahrzehntelanger Gerichtspraxis und literarischer Reflexion ge-wonnenen Grundregeln beschreibt. Erläuterung der medizinischen Situation (§ 630c BGB) und Aufklärung über Nutzen und Gefahren von Therapien (§ 630e BGB) zählen hierzu ebenso wie Dokumentation (§ 630f BGB) und Akteneinsichtsrecht des Patienten (§ 630g BGB). Im Mittelpunkt steht der zu der Zeit oder in einer vorangehenden Patientenverfügung geäußerte oder der mutmaßliche Wille des Patienten (§ 630d BGB). Die Haftbarkeit des Behan-delnden wird nicht eigens geregelt; lediglich die für ein Schadensersatzbegeh-ren bedeutsame Beweislast erfährt in § 630h BGB wegen der zuvor geregelten Besonderheiten des Behandlungsvertrages eine spezifische Differenzierung.

2. Gesetzliche Regelung des Behandlungsvertrages als Kodifikationsleistung

Mit der Eingliederung von Vorschriften über den Behandlungsvertrag als §§ 630a ff. in das Bürgerliche Gesetzbuch leistete der Gesetzgeber Kodifika-tion. Die gelang ihm allerdings nicht deswegen, weil man die Anzahl von acht neu geschaffenen Paragraphen für sich genommen als eine umfassende, im Wesentlichen vollständige und systematisch geordnete Regelungsmasse be-zeichnen müßte. Vielmehr darf der Gesetzgebungsakt die Würdigung als Ko-difikation genießen, weil die acht Paragraphen sinnvoll und mit gutem Gespür für das Wesentliche in den Gesamtzusammenhang an eine passende Stelle und in passender Darstellungtiefe in den Gesamtzusammenhang des Bürgerlichen Gesetzbuches integriert wurden. Die Vorschriften über den Behandlungsver-trag bilden einen übersichtlichen zweiten Untertitel innerhalb des nunmehr nicht nur den „Dienstvertrag“, sondern „Dienstvertrag und ähnliche Verträge“ umfassenden achten Titels (§§ 611 bis 630h BGB) im achten Abschnitt „Ein-zelne Schuldverhältnisse“ des von den Obligationen handelnden Zweiten Buchs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Die Vorschriften über den Behand-lungsvertrag nehmen daher den Charakter des Bürgerlichen Gesetzbuches als Kodifikation an, weil sie ein nachrückender Teil dieser im Jahre 1896 erst-mals gefertigten Kodifikation sind.

Ein Beispiel verdeutlicht dies: Wollten die neu geschaffenen §§ 630a bis 630h BGB für sich genommen den Behandlungsvertrag vollständig darstellen, müßten sie nicht nur die Beweislast für Streitigkeiten um die Haftung für Be-

handlungsfehler behandeln (§ 630h BGB), sondern auch die Begründung von Schadensersatzansprüchen an und für sich darlegen. Dessen bedarf es aber nicht, weil die Eingliederung in das Buch über die Schuldverhältnisse ohne weiteres die Verbindung zu den allgemeinen Regeln über Störungen in der Obligation (§§ 275 ff. BGB) herstellt, worin die Begründung der Schadensersatzpflicht (§§ 280 ff., 311a Abs. 2 BGB) im Falle von Pflichtverletzungen für alle Schuldverhältnisse und somit auch für den Behandlungsvertrag geordnet ist.

3. Patientenrecht als Stelle im Rechtssystem?

a) Der Befund des Behandlungsvertrages als mit §§ 630a bis 630h BGB kodifiziert bedeutet jedoch nicht schon, daß man das Patientenrecht insgesamt als kodifiziert betrachten darf. Patientenrecht besteht nicht allein aus dem Recht des Behandlungsvertrages. Wollte man in jenem zweiten Untertitel das gesamte Patientenrecht abbilden, so müßte man eine beinahe unübersehbare Fülle weiterer Themen aus dem Regelungsgegenstand „Behandlungsvertrag“ ableiten oder als ihn umrahmend einfügen. Mit medizinischer Behandlung hängt vieles zusammen und hat rechtliche Dimensionen. Hierher gehören Fragen von Prävention und Rehabilitation; die Erprobung neuer Behandlungsmethoden, neuer medizinischer Geräte, neuer Arzneien, mitsamt ihrer Zulassungsverfahren; Gendiagnostik und Reproduktionsmedizin; Spenden von Körpersubstanzen und Transplantation; Verfahren zur körperlichen oder mentalen Leistungssteigerung; die Deckung von Kosten medizinischer Behandlung mit den Instrumenten der Sozialversicherung, der privaten Kranken- und Pflegeversicherung oder der Beihilfe; die Stellung von Patienten in Beziehungen mit freier Heilfürsorge wie zum Beispiel Soldaten oder Strafanstaltsinsassen; Schweigerechte in Verfahren und Schweigepflichten; Strafverfolgung bei Behandlungsfehlern, Abrechnungsfehlern, Verletzung der Vertraulichkeit samt Stellung des Patienten in diesbezüglichen Verfahren; Auswirkungen von medizinischen Behandlungen auf die Arbeitskraft des Patienten und auf seine Leistungsfähigkeit in Unterhaltsbeziehungen.

b) Die angesprochenen Themen eignen sich aber, was die Schlüssigkeit der Systematik anbelangt, allenfalls in geringen Teilaspekten dazu, in jenen zweiten Untertitel zu den §§ 630a ff. BGB gestellt zu werden. Wollte ein eifriger Gesetzeskonstrukteur sie in einen Textzusammenhang mit den Vorschriften über den Behandlungsvertrag bringen, müßte er die eben erst in §§ 630a bis 630h BGB niedergelegten Regelungen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch

wieder herauschneiden und aus ihnen zusammen mit all den anderen Themen ein eigenes „Gesetz über medizinische Behandlung“ verfassen.

Spätestens bei dieser Operation fiele dem Gesetzeskonstrukteur allerdings auf, daß es längst zu nahezu allen im Zusammenhang mit dem Behandlungsvertrag stehenden Fragen gesetzliche Regelungen gibt, teilweise in anderen übergreifenden Gesetzen (beispielsweise im Strafgesetzbuch, in der Strafprozeßordnung, in der Zivilprozeßordnung), teilweise in Spezialgesetzen (beispielsweise im Arzneimittelgesetz, im Embryonenschutzgesetz, im Transplantationsgesetz). Sollte der gedachte Gesetzeskonstrukteur von der Hoffnung beseelt gewesen sein, etwas vollkommen Neues zu schöpfen, so würde dieser Enthusiasmus vielleicht dem verzweifelten Gefühl weichen, vor einem Thibautschen chaotischen Wust¹³⁶ zu stehen.

4. Patientenrecht als Materie für viele Systemstellen

a) Patientenrecht betrifft alle Stellen im System des Rechts. Wenn eine Rechtsordnung sich einmal für eine vom Abstrakten ausgehende und zum Konkreten hin differenzierende Systemanlage entschieden hat, so hat jeder Lebenssachverhalt viele Plätze in diesem System. Anders wäre es, wenn das Rechtssystem von Grund auf nach Geschehnissen geordnet wäre. Dann kämen die Geschehnisse je einmal vor, dafür aber die zu ihrer Würdigung und Bewältigung benötigten rechtlichen Kategorien an den verschiedensten Stellen, nämlich sooft sie für ein Geschehnis benötigt werden. Sie könnten Homogenität nur durch zusätzliche Anlage wissenschaftlicher Abstraktion, außerhalb der Normtexte erlangen.

Wollte man jede unmittelbar oder mittelbar von einer medizinischen Behandlung aufgeworfene Rechtsfrage erfassen, müßte die gesamte Rechtsordnung einmal auf das medizinische Behandlungswesen hin ausformuliert werden. So hätte man das gesamte Schul- und Hochschulrecht als Patientenrecht darzustellen, denn die behandelnde Ärztin soll doch approbiert sein. Auch sonstiges Bildungsrecht wäre Patientenrecht, denn die Ärztin hat Mitarbeiter. Handwerkerrecht wäre Patientenrecht, weil ein Maler die Praxisräume tapeziert und anstreicht (§§ 631 ff. BGB), worin der Patient wartet und behandelt wird. Mietrecht (§§ 535 ff. BGB) wäre Patientenrecht, weil die Klinik in einem gemieteten Gebäude eingerichtet ist und Gerätschaften für Diagnose und Behandlung geleast sind. Selbstredend wäre auch das Recht von Darlehen

136 Siehe oben IV.3.c).

(einschließlich Existenzgründerdarlehen gemäß §§ 491 ff., 512 BGB) und Kreditsicherung Patientenrecht, denn Neueinrichtung oder Übernahme einer Arztpraxis will finanziert sein. Da Ärzte und Krankenhäuser im übrigen auch einkaufen sowie Privatpatienten die ihnen verordneten Medikamente in der Apotheke aus eigener Tasche bezahlen müssen, wäre auch das Kaufrecht (§§ 433 ff., 474 ff. BGB) Patientenrecht. Elterliche Sorge (§§ 1626 ff. BGB) und Betreuungswesen (§§ 1896 ff. BGB) wären Patientenrecht, weil Eltern und Betreuer die zur medizinischen Behandlung notwendigen Äußerungen zu tätigen oder wahrzunehmen haben. Dasselbe gälte für Beistandspflichten in ehelicher Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) oder eingetragener Lebenspartnerschaft (§ 2 Lebenspartnerschaftsgesetz) und Unterhaltsbeziehung in intakter oder gestörter Ehe (§§ 1360 ff. BGB), Lebenspartnerschaft (§§ 5, 12 LPartG) und Verwandtschaft in gerader Linie (§§ 1601 ff. BGB), weil hierauf sich die medizinische Behandlung auswirkt. Auch das Recht des Dienstvertrages einschließlich des Arbeitsvertrages wäre Patientenrecht, denn der erkrankte Patient muß vielleicht seiner selbständigen oder unselbständigen Arbeit fernbleiben und erwartet gleichwohl Fortzahlung des Arbeitsentgeltes (nach § 616 BGB, Entgeltfortzahlungsgesetz, Tarifvertrag); nämliches gilt für das Dienstrecht der Beamten, Richter und Soldaten. Was allerdings für die Rolle als Patient gälte, würde für alle anderen Lebenssachverhalte ebenso zu gelten haben. Ein jeder Lebenssachverhalt hätte seine eigene Ausformulierung der Rechtsordnung.

b) Nur eine solche Situation aber wäre ein Thibautscher chaotischer Wust (und auch dies ist nicht ganz zutreffend, weil in *Thibauts* Wust von Rechtsmassen aus der Zeit von der Antike bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts nicht einmal die Lebenssachverhalte systematisch angeordnet sind). Die Zerlegung von Lebenszusammenhängen und die Verteilung der Partikel in abstrakte Systemstellen hingegen ist eine im Prinzip wohlgeratene Ordnung. Allerdings wirkt diese Ordnung bei zunehmender Komplexität und Feinheit der Gliederung für den Nichtfachmann ebenso unübersichtlich und undurchdringlich wie die Ansammlung von Rechtsregeln nach Lebenssachverhalten (oder sogar ohne System). Zu dieser Unübersichtlichkeit trägt bei, daß Systematik nicht nur dann eingehalten wird, wenn die Zahl der Gesetzbücher gering und ihr Inhalt dafür umso ausgedehnter ist, sondern auch dann, wenn bestimmte Themen in Sondergesetzen abgebildet werden.

5. Dezentrale Kodifikation des Patientenrechts

a) Die Lösung zur Frage nach einer brauchbaren gesetzlichen Anordnung dürfte beim Patientenrecht nicht anders als bei allen übrigen Lebenssachverhalten zu suchen sein. Sie besteht in einer maßvoll dezentralen Kodifikation. Ausgangspunkt ist der Respekt gegenüber den großen Systemstrukturen, welche seit dem achtzehnten Jahrhundert die Gesetzgebung leiten. Diese Strukturen bilden sich aber in keinem Staat in der Schaffung nur eines einzigen Gesetzbuches für alle Rechtsfragen ab. Vielmehr ist es allerorten, und so auch in Deutschland, üblich, die theoretische Einteilung des Rechts in Gebiete (zum Beispiel: bürgerliches Recht; Handelsrecht) zur Grundlage für Gesetzbücher über diese Gebiete zu machen (Bürgerliches Gesetzbuch; Handelsgesetzbuch). Diesen gebietsbezogenen Büchern treten Nebengesetze an die Seite, welche einzelne Themen vertiefen. So ist beispielsweise dem Privatversicherungsrecht, welches seinem Gehalt nach im Zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches behandelt werden könnte, das Versicherungsvertragsgesetz gewidmet. Das Versicherungsvertragsgesetz steht in seiner spezifischen Ausrichtung auf einem niedrigeren Abstraktionsniveau als das Bürgerliche Gesetzbuch. Die Abstraktion ist immerhin noch so hoch, daß nicht schon der Name des Gesetzes einen Hinweis darauf gibt, daß es mit den Bestimmungen über private Krankenversicherung (§§ 192 bis 208 VVG) Patientenrecht enthält. Aber es kann auch dem Nichtjuristen einleuchten, daß ein Gesetz für alle Versicherungsverträge ein günstigerer Regelungsort für die private Krankenversicherung als ein spezielles Krankenversicherungsgesetz ist. Und das private Krankenversicherungswesen in einem allumfassenden Patientengesetz zu ordnen, scheidet aus, weil oben¹³⁷ schon die Schaffung von Gesetzbüchern allein nach Lebenssachverhalten als abundant abgetan wurde.

b) Demnach ist es als gelungene Platzierung anzusehen, wenn in §§ 630a bis 630h BGB der Behandlungsvertrag geregelt ist, aber die vielfältigen sonstigen rechtlichen Zusammenhänge der medizinischen Behandlung an dieser Stelle verschwiegen bleiben. Die sonstigen Zusammenhänge muß man in den jeweils einschlägigen Gesetzen von mehr oder minder hohem Abstraktionsgrad suchen. Das kann beispielsweise die umfassende Kodifikation des Strafrechts im Strafgesetzbuch sein, wenn es um die Sanktionierung der ärztlichen Schweigepflicht geht (siehe § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Wenn es um Schweigerechte einer Ärztin in einem Strafverfahren geht, zu dem sie als Zeugin ge-

137 Siehe zuvor zu 4.

rufen wird, fällt das in die ebenfalls umfassende Kodifikation des Strafverfahrens in der Strafprozeßordnung (§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO). Und wenn der Patient wegen angeblich fehlerhafter Heilbehandlung ein Schadensersatzbegehren gegen den Krankhausträger gerichtlich geltend machen will, richtet sich dies nach den allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Erheben von Klagen mittels Klageschrift (§ 253 ZPO). Die Abstraktion des Prozeßrechts ist allerdings nicht so hoch, als daß es ein Allgemeines Gerichtsverfahrensgesetzbuch oder gar eine Allgemeines Gesetzbuch über staatliche Verfahren gäbe, worin unter anderem die Aussageverweigerungsberechtigung von Ärzten oder die Schadensersatzklage niedergelegt wäre.

Die Behandlung patientenrelevanter Fragen in allgemeinen Gesetzen schließt jedoch, wie schon oben (mit dem Arzneimittelgesetz und anderen Beispielen) beschrieben,¹³⁸ nicht aus, daß gleichzeitig andere patientenbezogene Fragestellungen speziellen Gesetzen anvertraut sind. Es gibt also innerhalb des Rechtssystems mehrere schlüssige Anordnungen. Das erlaubt zu ein und demselben Aspekt den Wechsel zwischen verschiedenen Abstraktionsgraden, von denen ein jeder eine schlüssige Eingliederung des Patientenrechts in das Gesamtsystem Recht bedeutet. Ein Beispiel für einen Wechsel der Abstraktionshöhe liefert eine (nur sehr abstrakt auch zum Patientenrecht gehörige) Änderung der Insolvenzordnung vom Jahre 2008.¹³⁹ Damals wurde § 15a InsO geschaffen. Diese Bestimmung regelt die Pflicht von Organen einer Gesellschaft, beim Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Bis zu der Änderung war diese Antragspflicht verstreut in denjenigen Gesetzen zu finden, welche das Entstehen, die Tätigkeit und die Auflösung der einzelnen Arten von Gesellschaften regeln – zum Beispiel bei den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den eingetragenen Verein und für Aktiengesellschaften im Aktiengesetz. Es fand also in gewissem Sinne ein Wechsel von einem konkreteren Regelungszusammenhang (Vorschriften über einzelne Arten von Gesellschaften) hin zu einem abstrakteren Regelungszusammenhang (Vorschriften über Insolvenz für jeglichen Vermögensträger) statt. Man kann aber auch umgekehrt sagen, daß der Regelungszusammenhang nach der Änderung des Jahres 2008 konkreter geworden sei, nämlich in bezug auf das Ereignis Insolvenz.

138 Siehe oben 3.b).

139 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mißbräuchen, vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026.

c) Alle Gesetze, welche mehr oder minder abstrakt auch Patientenrecht enthalten, bilden zusammen die dezentrale Kodifikation des Patientenrechts. Zugleich sind viele Gesetze, die Patientenrecht enthalten, wegen ihres Umfang auch schon für sich genommen Kodifikationen; aber sie sind nicht je für sich genommen die Kodifikation des Patientenrechts.

d) Um den Zusammenhang der dezentral kodifizierten Fragen des Patientenrechts beherrschbar zu halten, ist, wie in allen anderen Themenfeldern auch, von erheblicher Bedeutung, daß der Gesetzgeber und mit ihm Rechtsprechung und Rechtswissenschaft eine die verschiedenen Bereiche verknüpfende klare Sprache und homogene Begriffe pflegen. Ausdrückliche Verweisungen im Gesetz selbst vermögen dies zu unterstützen.

Begriffliche Klarheit bei hinreichender Offenheit für die Unterschiedlichkeit der Einzelfälle und Verzicht auf eine allzu tiefe Differenzierung ist mit der Regelung des Behandlungsvertrages in §§ 630a bis 630h BGB sehr weitgehend gelungen. Dies verdankt sich dem seltenen Umstand, daß keine von Lobbyisten gelenkte europäische Verordnung oder Richtlinie eine von den nationalen Rechtssprachen abgerückte europäische Vorformulierung gab. §§ 630a bis 630h BGB stehen in einem wohlthuenden Gegensatz zu den europäinduzierten Monstrositäten, mit welchen das Bürgerliche Gesetzbuch belastet wurde, um das Bankvertragsrecht einzugliedern (§§ 675b bis 676c BGB)¹⁴⁰ oder die Informations- und Widerrufsrechte von Verbrauchern neu zu bestimmen (§§ 312 ff. BGB; Art. 246b is 246c EGBGB).¹⁴¹

140 Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, 2355.

141 Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, vom 20.9.2013, BGBl. I 2013, 3642.