

Inhalt und Rechtspolitische Bedeutung der “Einleitung” des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des Frühen 19^o Jahrhunderts¹

Content and Legal-political Significance of “Introduction” of the German Civil Code in Context of Legislative Consolidation in Early Nineteenth Centur

Thomas Simon

Zusammenfassung: Wirft man einen Blick auf den Beginn des österreichischen ABGB, dann findet sich dort zunächst eine sog. „Einleitung“. Die „Einleitungen“ der naturrechtlichen Kodifikationen, insbesondere die Interpretationsvorschriften, sind Ausdruck eines justizpolitischen Konflikts, der vor allem seit der zweiten Hälfte des 18. Jh.s rasch an Schärfe zunahm und dann das Verhältnis zwischen monarchischem Gesetzgeber und Justiz bis in die zweite Hälfte des 19. Jh.s bestimmt hat. Hinter der Umstellung auf ein kodifiziertes Recht seit dem ausgehenden 18. Jh. stand dann der Anspruch des Staates, hinfort *selbst* das Recht hervorzubringen. Der Justiz wurde dabei die Rolle einer bloß „rechtsanwendenden“ Instanz zugewiesen. In dem Aufsatz wird gezeigt, welche Konflikte zwischen Politik und Justiz daraus entstanden und wie der Staat die Justiz zu disziplinieren suchte.

Stichworte: Kodifikation. Rechtsprechung. Gesetzgebung.

Abstract: If one looks at the beginning of the Austrian ABGB, one finds a so-called “Einleitung”, ie. introduction, first. Those introductions are the expression of a conflict about judicial policy starting to gain momentum in the second half of the 18th century and dominating relations between the monarchic legislator and the judiciary until the second half of the 19th century. Beneath the change towards a codified law since the late 18th century is the demand of the state to from now on create the law on its own. The judiciary was allocated the mere role of a purely norm-applying instance. In this article, it is shown which conflicts between politics and judiciary resulted from this view and how the state tried to discipline the judiciary.

Keywords: Codification. Jurisprudence. Legislation.

¹ Recebido em: 19/10/2012.

Aprovado em: 23/02/2013.

1 Einführung

Vergleicht man die österreichische und die deutsche Zivilrechtskodifikation in ihrem Aufbau und ihrer Gliederung, dann fällt als erstes der ganz unterschiedliche Eingang der Kodifikation ins Auge: Das deutsche BGB beginnt sofort ohne jede Präliminarien mit materiellrechtlichen Regelungen, die den Bereich der subjektiven Rechte des Einzelnen und die Bedingungen für deren Begründung, Erwerb und Übertragung betreffen. Wirft man demgegenüber einen Blick auf den Beginn des österreichischen ABGB, dann findet sich dort zunächst eine sog. »Einleitung«. Die 14 Paragraphen dieser »Einleitung« enthalten kein materielles Zivilrecht im heutigen Sinn; einigen davon würde man heute den Charakter als »Rechtsnorm« generell absprechen.

Solche Einleitungen sind ein typisches Element der frühen Kodifikationen in der europäischen Rechtsgeschichte, also jener ersten Generation umfassender und abschließender Gesetzbücher, die noch im Zeichen des Naturrechts stehen und der auch das ABGB zuzurechnen ist. Die »Einleitungen« beschäftigen sich in erster Linie mit der Institution des Gesetzes. Es sind im Wesentlichen drei Gegenstände, die den Einleitungsteilen ihr Gepräge geben: Einen Regelungsschwerpunkt bildet die Wirksamkeit der Gesetze: Von welchem Zeitpunkt an entfalten sie ihre Wirksamkeit insbesondere auch gegenüber denjenigen, die behaupten, das Gesetz nicht zu kennen?² Hier werden typischerweise auch die Frage der Rückwirkung und die Geltung des Gesetzes im Ausland behandelt.³

Der zweite Regelungsschwerpunkt betrifft den Umgang der Gerichte mit dem Gesetz bei dessen Anwendung, vor allem das heikle Problem der »Auslegung« und des Umgangs mit Lücken im Gesetz.⁴ In einem dritten Regelungsschwerpunkt schließlich geht es um das Verhältnis des Gesetzes zu anderen Normquellen, die dessen normative Kraft in Frage stellen könnten. Als solche konkurrierende Normquellen werden vom

² §§ 2–5 und 9 ABGB.

³ § 4 ABGB.

⁴ §§ 6–8 ABGB.

ABGB vor allem die »Gewohnheiten«,⁵ die »Provinzialstatuten«,⁶ richterliche Urteile⁷ und endlich die Privilegien⁸ ins Visier genommen; im ALR treten die landes-herrlichen Verordnungen daneben.⁹

Ein Großteil dessen zählt seit dem Ende des 19. Jahrhunderts nicht mehr zum materiellen Zivilrecht. Die Regelungsgegenstände der »Einleitungen« werden nunmehr überwiegend – soweit man sie überhaupt noch als Rechts-normen auffasst – als Teil des öffentlichen Rechts verstanden. Die Auslegungs-vorschriften hingegen werden gar nicht mehr als eigentliche Rechtsnormen qualifiziert; sie finden sich fortan nur noch in den Lehrbüchern der juristi-schen Methodenlehre.

Die »Einleitungen« der naturrechtlichen Kodifikationen sind Ausdruck eines justizpolitischen Konflikts, der vor allem seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts rasch an Schärfe zunahm und dann das Verhältnis zwischen monarchischem Gesetzgeber und Justiz bis in die zweite Hälfte des 19. Jahr-hunderts bestimmte. Bedingt war dieser Konflikt vor allem dadurch, dass der Staat im 18. Jahrhundert nicht mehr bereit war, das traditionelle Rollenver-ständnis der Justiz zu akzeptieren.¹⁰

Dies wiederum hing mit dem tiefgrei-fenden Wandel des Rechts-systems zusammen, wie er seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert über die Bühne ging, aber zuvor schon rege diskutiert worden war: Gemeint ist die Umstellung von einem gewohnheitsrechtlichen auf ein ausschließlich von der Gesetzgebung geprägtes Rechtssystem, wie es in der Kodifikationsidee angelegt war. Es liegt auf der Hand, dass der Wandel von einer gewohnheitsrechtlichen, auf einem komplizierten Rechtsquellen-pluralismus basierenden Rechtsordnung hin zu einem vereinheitlichten kodifikationszentrierten Rechtssystem auch elementare Auswirkungen haben muss auf das Verhältnis zwischen gesetzgebenden und normanwendenden Instan-zen. Denn in der vormodernen Rechtskultur ist die Justiz selbst die

⁵ § 10 ABGB.

⁶ § 11 ABGB

⁷ § 12 ABGB.

⁸ § 13 ABGB.

⁹ § 5 Einleitung.

¹⁰ Dazu eingehend Schott (1975), S. 74 ff.

primäre Normquelle. Mit einer gewissen Vereinfachung lässt sich auch von der Rechtsordnung des europäischen Kontinents sagen, sie habe bis an die Schwelle der Moderne die Züge eines Case-Law-Systems getragen, in dessen Zentrum die Justiz als entscheidender Normbildungsfaktor stand. Mit der Umstellung auf eine kodifizierte Rechtsordnung ist der Anspruch des Staates verbunden, hinfort *selbst* – und zwar *ausschließlich selbst* – das Recht hervorzubringen. Die Justiz bekommt dabei die Rolle einer bloß »rechts-anwendenden« Instanz verpasst. Daraus wiederum ergab sich das justiz-politische Grundproblem der »Bindung des Richters an das Gesetz«, die Frage nämlich, wie man die Richter dazu bringen konnte, sich an die staat-lichen Gesetze zu halten und ihre neue Rolle als bloße Anwender der staat-lichen Gesetze zu akzeptieren (SIMON, 2008).

Denn in einer bis dahin unbekanntem Konsequenz erhob der Staat nunmehr den Anspruch, die richterliche Ent-scheidungspraxis auf die in den Gesetzen niedergelegten Regelungsgrundsätze festzulegen. Die »Einleitungen« der naturrechtlichen Kodifikationen legen ein beredtes Zeugnis ab von dem Konflikt, der hierüber entstand. Dies soll im Folgenden näher gezeigt werden, und zwar vor allem anhand des inhaltlichen Wandels der Einleitungsvorschriften, der sich beobachten lässt, wenn man die Einleitungen im ALR und im Code Civil mit derjenigen im ABGB vergleicht. In diesen Vergleich soll auch ein älterer Kodifikationsentwurf aus dem 18. Jahrhundert, nämlich der sog. »Codex Theresianus« (CTh), ein erster, im Jahre 1766 vorgelegter Entwurf einer zivilrechtlichen Kodifikation für die habsburgischen Erblande,¹¹ einbezogen werden. Das Bild lässt sich so noch erheblich schärfen, weil der spezifische justizpolitische Standpunkt der später tatsächlich in Kraft gesetzten Kodifikationen deutlicher hervortritt, wenn man ihn mit demjenigen solcher älterer Entwürfe kontrastiert. Ich konzentriere mich dabei auf zwei Regelungskomplexe, wie sie für die »Einleitungen« sämtlicher naturrechtlicher Kodifikationen typisch sind: zum einen das Ver-hältnis des kodifizierten Rechts zu anderen außerkodifikatorischen Rechts-quellen, vornehmlich dem Gewohnheitsrecht, (2.) und zum anderen auf die methodischen Vorgaben für die Anwendung der kodifizierten Normen im Einzelfall (3.).

¹¹ Hoke (1996), S. 240 f.; zur Entstehungsgeschichte dieses Entwurfes siehe jetzt Neschwara (2010).

2 Die Regelungen zum Gewohnheitsrecht

Allen frühen Kodifikationen ist durchgehend das Streben danach gemeinsam, die Geltung und die Bestandskraft der Kodifikation gegenüber nicht legislativen Normquellen zu sichern. Dies sind in erster Linie das Gewohnheitsrecht und die »Richterlichen Aussprüche«, wie das ABGB sagt, sodann die sog. »Provinzialstatuten« und die Privilegien. Ich beschränke mich hier auf das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht bzw. von Gesetz und Richterrecht, wobei zu beachten ist, dass in den Einleitungen von ALR und ABGB noch nicht von »Richterrecht«, sondern nur von »Richterlichen Aussprüchen« die Rede ist.¹²

Das vollkommen Neuartige, ja geradezu Revolutionäre der Kodifikationen lag in dem in ihnen angelegten Versuch, ein staatliches legislatives Normsetzungsmonopol durchzusetzen (SCHLOSSER, 2001). Nur wenn man sich klarmacht, wie stark ausgeprägt gewohnheitsrechtliches Rechtsdenken bis weit in das 18. Jahrhundert hinein war (SIMON, 2005), kann man die Dimension des rechtspolitischen Projektes ermessen, das der staatliche Gesetzgeber mit dem Versuch angegangen war, seine Kodifikationen gegen das allgegenwärtige Gewohnheitsrecht durchzusetzen. Die Einleitungskapitel der naturrechtlichen Kodifikationen sind demgemäß Ausdruck eines Konflikts zwischen tradiertem gewohnheitsrechtlichem Denken und der neuen, im Naturrecht herangewachsenen Idee einer ausschließlich vom Gesetzgeber geprägten Rechtsordnung, soweit es jedenfalls um das positive Recht geht. Deutlicher noch als im ABGB tritt dieser Grundkonflikt in dem rund fünfzig Jahre älteren CTh in Erscheinung (SCHOTT, 1975).

Die Eingangsparagrafen dieses Entwurfes lesen sich wie ein mit Drohungen bekräftigter Appell an die Justiz, sich gefälligst ohne Wenn und Aber an das neue Gesetzbuch zu halten; zugleich wird in § 1 die Kompetenz und die Pflicht des Fürsten herausgestellt, »die Rechte der Untertanen deutlich zu bestimmen« und ihre Handlungen im Wege der Gesetzgebung »zu leiten«.¹³ Und § 2 CTh sucht dann den Richtern einzus-

¹² § 6 Einleitung ALR, § 12 ABGB.

¹³ Verwendet wurde hier die Edition von Harrasowsky (1883).

chärfen, der Codex müsse in den gesamten deutschen Erblanden »hinfüro als ein beständiges allgemeines bürgerliches Recht – und neben demselben kein anderes«, wie es beschwörend heißt – »von jedermann beobachtet werden«. In dem appellhaften Duktus dieser Anwendungsgebote¹⁴, mit dem man hier die rechtsanwendenden Instanzen an das Gesetz zu binden und das Gewohnheitsrecht auszuschließen trachtet, offenbart sich die Unsicherheit des Gesetzgebers, was die Durchsetzbarkeit des neuen, kodifikationszentrierten Rechtsdenkens anbelangt. Denn die frühen Kodifikationsgesetzgeber in Preußen und Österreich haben zunächst noch mit einer Justiz zu rechnen, die sich in ihrer tradierten Rolle als Verwalter und Schöpfer des Rechts eingerichtet hatte und naheliegender Weise nicht ruckartig auf das neue Leitbild einer bloßen Anwendungsinstanz eingestellt werden konnte. So sind auch die Strafdrohungen zu verstehen, die hier gegenüber der Justiz für den Fall in Stellung gebracht werden, dass sich jemand unterstehen sollte, das Gewohnheitsrecht gegen die Kodifikation auszuspielen. »Gegen dieses unser Gesetz«, so heißt es in § 12 CTh, »soll keine widrige Gewohnheit, sie möge in allen unseren Erblanden allgemein oder nur in ein- und anderem Lande, oder auch in einzelnen Orten eingeführet sein, den mindesten Bestand haben, sondern wir wollen hiermit alle vor Einführung dieses unseres Gesetzes schon bestehenden Gewohnheiten gänzlich aufgehoben und abgestellt haben; gleich wie wir auch die künftig zu allen Zeiten einschleichen mögende ernst gemessen verbieten und als ein strafbares Beginnen erklären.« Die bemerkenswerte Konsequenz, ja Radikalität, mit der der CTh die tradierte Rechtsordnung in eine ganz von der Kodifikation beherrschte umstülpen möchte, kommt vor allem auch in dessen § 13 zum Ausdruck, denn selbst in den Fällen, worüber, wie es in § 13 heißt, »in unserem Gesetz nichts geordnet ist«, wurde der Rückgriff auf das Gewohnheitsrecht streng untersagt. Vielmehr sollte in diesen Fällen bei Hof um eine »allgemeine Anordnung« nachgesucht werden, mit der sich die Gesetzeslücke schließen ließe. Ganze acht, teilweise sehr lang geratene Paragraphen widmet der CTh dem angestrebten Ziel, die Rechtsordnung gegenüber dem Gewohnheitsrecht abzudichten. Der Rückgriff auf das Gewohnheitsrecht sollte nur zulässig sein, wo sich die Kodifikation auf den Gebrauch »be-

¹⁴ Zur Bedeutung solcher Anwendungsgebote Simon (2005), S. 100 ff.

zieht« (§ 14), der Gebrauch also ausdrücklich in die kodifizierte Rechtsordnung übernommen wird. Auch für diesen Ausnahmefall stellt der CTh aber in § 19 eigens klar, dass »alle solche Gewohnheiten ihre ganze [...] Bindungskraft« ausschließlich von der »gesetzgebenden Gewalt« und der »stillschweigenden Bewilligung« des Gesetzgebers erhalten. Auf diese Weise wird das rechtliche Phänomen des Gewohnheitsrechts mit dem beanspruchten landesfürstlichen Normsetzungsmonopol vereinbar gemacht.

Der direkte Geltungs- und Anwendungsbefehl, wie er sich in § 2 CTh findet, ist dann zwar im ABGB nicht mehr enthalten¹⁵, aber das Problem, nämlich die grundsätzliche Durchsetzung eines staatlichen Normsetzungsmonopols, kehrt in § 10 der Einleitung des ABGB wieder. Denn auch das ABGB ist noch sehr stark von dem justizpolitischen Bemühen geprägt, alle nicht legislativen Rechtsnormen zu verdrängen – jedenfalls insoweit, als der Gesetzgeber diese Normen nicht ausdrücklich in seinen Willen aufgenommen hat. In § 10 ABGB heißt es demgemäß: »Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.« Gleiches soll gem. § 11 ABGB in Hinblick auf die Provinzialstatuten gelten¹⁶.

Um die Verdrängung des Gewohnheitsrechts geht es schließlich auch in § 12 ABGB, der den »von Richtersthühlen in besonderen Rechts-

¹⁵ Nur noch im Kundmachungspatent zum ABGB v. 1. Juni 1811 (Justizgesetzsammlung Nr. 946; Druck auch in der von Hans Kapfer besorgten ABGB-Ausgabe, Wien 1991) und auch dort nur noch in Gestalt eines kurzen Halbsatzes, demzufolge das ABGB »mit dem 1. Januar 1812 zur Anwendung kommen solle«.

¹⁶ § 11 ABGB: Nur jene Statuten einzelner Provinzen und Landesbezirke haben Gesetzeskraft, welche nach der Kundmachung dieses Gesetzbuches von dem Landesfürsten ausdrücklich bestätigt werden. Noch im 18. Jahrhundert gibt es allerdings zwischen »Gewohnheitsrecht« und »Provinzialstatuten« jedenfalls unter dem Aspekt der Normbildung kaum einen Unterschied (SIMON, 2005, S. 116 m. w. N.). Der Normentstehung nach sind unter dem Begriff der »Provinzialstatuten« ganz unterschiedliche Normtypen zusammengefasst. Gemeinsam ist ihnen lediglich die Aufzeichnung und ein nur regionaler, also nicht auf das gesamte Staatsgebiet bezogener Geltungsbereich. »Statutarrecht« kann demzufolge Gewohnheitsrecht oder lokales Satzungsrecht sein. Das braucht nicht weiter vertieft zu werden; es kommt hier nur darauf an, dass es sich auch bei den »Statuten« i.d.R. jedenfalls nicht um vom Staat gesetztes Recht handelt.

-streitigkeiten« gefällten Urteilen »die Kraft eines Gesetzes« abspricht. Auch diese Bestimmung muss im Kontext der frühneuzeitlichen Rechtsquellenlandschaft gesehen werden. Es geht in § 12 ABGB nicht um »Richterrecht« im Sinne des 19. Jahrhunderts, sondern um eine spezifische Form des Gewohnheitsrechtes. Es geht um die Gerichtsobservanz, den sog. *usus fori*. Die Gerichtsobservanz war etwas anderes als das, was man seit dem 19. Jahrhundert im Zuge einer grundlegenden Neufundierung der Rechtsquellenlehre mit »Richterrecht« umschrieb. Denn dieses »Richterrecht« stellt sich lediglich als eine spezifische Form des wissenschaftlichen Rechts dar, dem in der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts keine mit Gesetz und Gewohnheitsrecht vergleichbare Geltung zukommen sollte. Das »Richterrecht« wirkt nicht kraft Autorität, sondern ausschließlich kraft seiner Plausibilität und inhaltlichen Richtigkeit¹⁷.

Demgegenüber nahm der *usus fori* an den Geltungsbedingungen des Gewohnheitsrechtes teil, und demgemäß hat § 12 ABGB auch die gleiche Stoßrichtung wie die §§ 10 und 11: Auch § 12 ABGB ist darum bemüht, die Geltung der kodifizierten Normen durchzusetzen – wobei dies im Falle des § 12 gegen die Gerichtsobservanzen gerichtet ist. In § 17 CTh tritt diese Stoßrichtung noch wesentlich deutlicher zu Tage: »Aus gleichförmigen, in gleichen Fällen ergangenen Rechtssprüchen« können, so heißt es da, »keine Gewohnheiten erwachsen«. Die Gerichte können also, so darf man ergänzen, auch durch ständige Rechtsprechung kein Gewohnheitsrecht erzeugen.

Wie präventiv der Anspruch vollkommener Verdrängung des Gewohnheitsrechtes durch staatlich-legislativ gesetztes Recht in der Mitte des 18. Jahrhunderts noch war, zeigt sich, wenn man neben dem CTh auch einen Blick auf den kaum älteren Codex Maximilianeus Bavaricus wirft. Hier ist noch kaum etwas von der neuen Kodifikationsidee zu spüren – vielmehr bleibt dieses Gesetzbuch noch ganz bei der aus dem Mittelalter überlieferten pluralistischen Rechtsquellenlehre. Im 2. Kapitel § 1 wird dem Adressaten das ganze Sammelsurium der unverbunden nebeneinander stehenden Rechtsquellen eröffnet: »Das Recht wird hauptsächlich in göttlich- und menschlich-, natur-, weltlich- und geis-

¹⁷ Rückert (2003), vor § 1 Rn. 27 f.; Simon (2008), S. 47.

tlich-, römisch-, longobardisch- (sic!) und deutsch- und statutarisch geschriebenen- oder ungeschriebenen- durch Gewohnheit, Observanz oder besondere Freiheiten und Verordnungen eingeführtes Recht geteilt.« Das Römische Recht hat hier nach wie vor seinen festen Platz als unmittelbar geltendes Subsidiärrecht seinen Platz: Gem. § 9 soll es »in Sachen, welche etwa durch einheimisches Recht nicht genug bestimmt sind, auf schicklich und tunliche Weise zur Hülfe gebraucht werden.« Nirgendwo tritt der Gesetzgeber hier mit dem Anspruch auf, allein mit seinem Gesetz über die Rechtsordnung bestimmen zu können. Obwohl zwischen Codex Maximilianus und Theresianus nur zehn Jahre liegen, sind sie in ihrer Einstellung zum Gewohnheitsrecht durch Welten getrennt. Der Codex Maximilianus steht – jedenfalls was sein Rechtsquellenverständnis anbelangt – den Rechtsreformationen des 16. Jahrhunderts noch viel näher als den modernen Kodifikationen¹⁸.

Auch das ALR bleibt, was den Ausschluss des Gewohnheitsrechts angeht, deutlich hinter dem CTh und dem ABGB zurück. In der Wendung gegen das Gewohnheitsrecht ist das ALR wesentlich weniger radikal: Im Ergebnis lässt es – so wird es von Schwennicke im einzelnen nachgewiesen – das tradierte Gewohnheitsrecht weitgehend unberührt. Es beschränkt sich darauf, die *Neubildung* von Gewohnheitsrecht zu verhindern;¹⁹ *bestehende* Gewohnheiten sollten demgegenüber aufrecht erhalten bleiben. Augenscheinlich sollte damit vor allem eine Veränderung der bestehenden sozialen Verhältnisse ausgeschlossen werden (SCHWENNICKE, 1993, S. 92 f); auch in diesem Punkt hatte sich die Adelsfronde mit ihrer Befürchtung durchgesetzt, eine Abschaffung des überlieferten Gewohnheitsrechts laufe auf die Abschaffung auch der adeligen Standesvorrechte hinaus. Somit war mit § 3 Einleitung ALR von vornherein nur die Zentralisierung und Monopolisierung der Rechtsbil-

¹⁸ Auch die Bezeichnung »Vorläufer« der naturrechtlichen Kodifikationen (etwa bei WIEACKER, 1967, S. 326) scheint mir angesichts des vollkommen traditionalistischen Rechtsquellenverständnisses des *Codex Maximilianus Bavaricus* zweifelhaft.

¹⁹ Auch in Preußen wird freilich die Stellung des Gewohnheitsrechts intensiv diskutiert (SCHWENNICKE, 1993, S. 110): Der Entwurf von Klapproth 1773 fordert die generelle Abschaffung aller Gewohnheiten auch für die Vergangenheit. Die Gegenposition benutzt dann interessanterweise das Argument der natürlichen Freiheit, um das traditionelle Gewohnheitsrecht vor dem Zugriff des Gesetzgebers abzuschirmen (a. a. O. S. 110).

derung für die *Zukunft* beabsichtigt. Aber selbst dieses stark zurückgenommene Ziel wurde nicht erreicht. Denn der Umstand, dass die ursprünglich geplanten Provinzialgesetzbücher, in denen die Gewohnheiten der einzelnen Provinzen kodifiziert werden sollten, nie zustande kamen, gab der Praxis im 19. Jahrhundert ein bequemes Argument an die Hand, die Bedingungen für den Ausschluss auch *neuen* Gewohnheitsrechts in Frage zu stellen, so dass § 3 ALR schon deshalb in der Praxis weitgehend wirkungslos blieb (SCHWENNICKE, 1993, S. 117). Außerdem sollten gem. § VII des Publikationspatents zum ALR vom 5.2.1794 *bestehende* Partikularrechte in jedem Fall, also auch ohne ihre Kodifikation in einem Provinzialgesetzbuch, jedenfalls für die Vergangenheit weiter gelten. Hier hatte sich in Preußen überall die ständische Reaktion durchgesetzt; am weitgehendsten sicherlich bei den besonders angegriffenen ehe-, familien- und erbrechtlichen Teilen des ALR, sollte deren Suspension doch bis zum (niemals erfolgten) Inkrafttreten der Provinzialgesetzbücher fortdauern. (SCHWENNICKE, 1993, S. 104)

Demgegenüber übernimmt das ABGB aus dem CTh den kompromisslosen Ausschluss des Gewohnheitsrechts und der Provinzialstatuten, mit der auch schon im CTh anzutreffenden Ausnahme (§ 14), dass der Gesetzgeber diese Rechtsquellen ausdrücklich in seinem Willen aufgenommen hat. In seinem Kommentar (ZEILLER, 1811a) legt Franz v. Zeiller die Motive hierfür dar. Er geht mit der im 18. Jahrhundert ganz herrschenden Lehre davon aus, dass es ausschließlich die *voluntas legislatoris* ist, die das positive Recht hervorbringt. Die Rechtswissenschaft hatte diesen Grundsatz aber noch im 18. Jahrhundert dadurch auf das Stärkste relativiert, dass sie beim Gewohnheitsrecht einfach eine stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers voraussetzte, wodurch der Gesetzgeber das Gewohnheitsrecht in seinen Willen aufgenommen habe.²⁰ Zeiller weist diese Argumentation als reine Fiktion zurück. Es ist ihm ein deutliches Anliegen, den Primat der Gesetzgebung gegenüber dem Gewohnheitsrecht zu betonen. Wie könne man denn, so die rhe-

²⁰ ZEILLER wörtlich: "Die Rechtsgewohnheiten werden nach der Meinung ihrer Verteidiger durch wiederholte Handlungen eingeführt und erhalten durch die stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers gesetzliche Kraft" (ZEILLER, 1811a, § 10, S. 78). Zu diesem Argument Simon (2005), S. 128 ff.

torische Frage Zeillers, »in einer monarchischen Verfassung aus dem Stillschweigen des Machthabers, der bei seiner ausgebreiteten Sorge für die öffentlichen Geschäfte von den herrschenden Gewohnheiten in Privatangelegenheiten keine Kenntnis nehmen kann, auf die Einwilligung schließen?« Signifikanterweise sind es nach Zeiller in erster Linie die »Politiker und Rechtsphilosophen«, die auf einer tatsächlichen und nicht nur fingierten Einwilligung des Gesetzgebers insistieren,²¹ um sicherzustellen, dass sich die *voluntas legislatoris* auch tatsächlich gegenüber dem andringenden Gewohnheitsrecht durchsetzt. Generell lässt sich bei Zeiller eine ausgesprochen skeptische Einstellung gegenüber dem Gewohnheitsrecht bemerken. Es ist schon allein deshalb geradezu das Gegenteil eines *ius certum*, weil völlig unklar sei, unter welchen Voraussetzungen man überhaupt von einem geltenden und daher allgemeinverbindlichen Gewohnheitsrecht ausgehen müsse²². Das schließt es zwar nach Zeiller keineswegs aus, dass man soz. aus gesetzgebungspolitischen Rücksichten heraus das überkommene Gewohnheitsrecht »zum Gesetz erhebt«, wenn diese Gewohnheiten »einem tief gefühlten Bedürfnis des Volkes« entspringen, aber er betont hierbei sehr stark, dass es einen fundamentalen Unterschied mache, ob man die Auswahl des anzuwendenden Gewohnheitsrechts den Gerichten überlasse oder dem Gesetzgeber vorbehalte. Er erkennt also die gesetzgebungspraktische Klugheitsregel an, derzufolge es schon der Akzeptanz und damit auch der Durchsetzungsfähigkeit eines Gesetzbuches förderlich ist, tief eingewurzelte Rechtsgewohnheiten in ein neues Gesetzbuch zu übernehmen,²³ er beharrt aber auch hier auf dem fürstlichen Normsetzungsmonopol vor allem auch gegenüber den Gerichten. Und es ist dieser Standpunkt, der dann auch in § 10 ABGB zum Ausdruck kommt²⁴.

²¹ »Politiker und Rechtsphilosophen ‘hätten dieses Argument’ mit unbesiegbaren Waffen bestritten”. (ZEILLER, 1811a, § 10, S. 78)

²² Die »Verteidiger der Rechtsgewohnheiten ‘kommen’ in den Bedingungen oder Merkmalen derselben” nicht überein. (ZEILLER, 1811a, § 10, S. 78)

²³ Zur Bedeutung dieses Arguments in der Gesetzgebungslehre des 18. Jahrhunderts Schröder (1992), 17 ff.

²⁴ »Man kann zwar nicht in Abrede stellen, dass manche, aus einem tief gefühlten Bedürfnis des Volkes entsprungene Gewohnheit zum Gesetz erhoben oder die Gesetze danach eingerichtet werden sollen. Doch das beweiset nur, dass man bei Einführung eines

3 Die Methodischen Vorgaben in den "Einleitungen"

Auch der zweite Regelungsschwerpunkt der Einleitung dient letztlich dem Ziel, die überlieferten außerkodifikatorischen Rechtsquellen so gut es geht zu verschließen. Ist es bei den bislang behandelten §§ 10 ff. ABGB der *direkte* Zugriff auf das Gewohnheitsrecht, der unterbunden werden soll, so suchen die §§ 6 ff. den *mittelbaren* Einfluss außerkodifikatorischer Rechtsquellen zu unterbinden. »Mittelbarer Einfluss« meint hier die faktische Verdrängung der kodifizierten Normen durch deren »Auslegung« seitens der Gerichte.

Dabei muss man sich klar machen, dass die traditionellen, in der Gemeinrechtswissenschaft überlieferten Auslegungsregeln²⁵ dem Rechtsanwender ein weites Feld von Möglichkeiten eröffneten, ein bestimmtes Gesetz in einem konkreten Fall entweder überhaupt nicht anzuwenden oder es im Rahmen einer Auslegung dermaßen an das überlieferte Gewohnheitsrecht anzupassen, dass es im Ergebnis auf eine Verdrängung des Gesetzes durch das Gewohnheitsrecht hinauslief²⁶.

Man muss sich hier allerdings *auch* bewusst sein, dass es der Rechtsanwender im vorkodifikatorischen Zeitalter i.d.R. mit Rechtstexten zu tun hatte, die zwar formell in der Form von Gesetzen daherkamen, die aber entweder aus einer ganz anderen, seit tausend Jahren versunkenen Kulturepoche stammten, oder, wie der eben schon vorgestellte Codex Maximilianus Bavaricus, von vornherein gar nicht mit dem Anspruch auf Ausschließlichkeit auftraten. Im übrigen waren diese »Gesetze« in erster Linie darauf ausgerichtet, das innerhalb der Territorien geltende Gewohn-

neuen Gesetzbuches oder bei Reformen der Gesetze auf Gewohnheiten zurücksehen, und jene, welche unschädlich oder nützlich sind, ausdrücklich dulden, oder gesetzlich sanktionieren soll. [...] In diesem Geiste sagt der § 10, dass auf Gewohnheiten nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht zu nehmen sei. Solche Berufungen kommen auch in dem Gesetzbuch vor (z. B. §§ 389, 501 und 549). Dadurch gibt der Gesetzgeber zu erkennen, dass er diese Gewohnheiten wisse und sie als unschädlich dulde, oder als nützliche zum Rechte erhebe. Aber eben dadurch ist allen übrigen Gewohnheiten die Rechtskraft benommen«. (ZEILLER, 1811a, § 10, S. 79 f.)

²⁵ Übersichtliche und klare Darstellung bei Schott (1999).

²⁶ Schott (1998, S. 72).

nheitsrecht zu erfassen, den letzten Stand der Gemeinrechtswissenschaft wiederzugeben und einzelne Kontroversen zu entscheiden, um ein Minimum an einheitlicher Rechtsprechung innerhalb des Territoriums zu erreichen. Hier stellte sich das Problem der Bindung der Justiz an die Normen der Gesetzgebung im Grunde gar nicht, weil diese ältere Gesetzgebung die Normbildungsfunktion der Wissenschaft und der Gerichte weitgehend akzeptierte – ja weitergehend noch: geradezu darauf aufbaute.

Die Kodifikationsidee hingegen war untrennbar mit der Idee eines staatlichen Normsetzungsmonopols verbunden. Dieser neuartige Anspruch kollidierte aber in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts noch auf das Heftigste mit dem tradierten Selbstverständnis von Wissenschaft und Rechtsprechung als den beiden traditionellen Instanzen der Rechtsbildung. Die Schärfe des Tons, der in den frühen Naturrechtskodifikationen angeschlagen wird, erklärt sich aus diesem neuartigen Konflikt zwischen staatlichem Gesetzgeber und Gerichten. Er generierte zunächst in der frühen Phase der Kodifikationsgeschichte auf Seiten der Gesetzgeber das Bedürfnis, den Gerichten jegliche Auslegungsspielräume bei der Anwendung der neuen Gesetze zu nehmen. (SCHOTT, 1975, S. 74 ff)

Freilich hatte man dabei den tradierten Kanon von Auslegungsregeln vor Augen, und das waren augenscheinlich in manchen Punkten ganz andere als diejenigen, die dann im 19. Jahrhundert in der Rechtswissenschaft Platz griffen. Im Codex Maximilianeus Bavaricus – auch in diesem Punkt noch vollkommen der Tradition verhaftet – findet sich zu Beginn in den §§ 9 und 10 des 1. Teils, 1. Kapitel, ein kurzer Überblick über die von diesem Gesetzbuch zu Grunde gelegten Interpretationsregeln. Er vermittelt zugleich einen Eindruck davon, welche grundlegenden Veränderungen die juristische Methodik der Gesetzesauslegung nach 1800 dann unterworfen war. Nach heutigen Maßstäben vollkommen fremdartig ist schon die Differenzierung der Interpretationsmodi nach dem Kriterium, wer jeweils die Interpretation vornimmt: die »Rechtsgelehrten«, die Gerichte oder der Gesetzgeber selbst. Den Rechtsgelehrten wird dabei die sog. Doktrinal-Auslegung, den Gerichten die Usual-Auslegung und dem Gesetzgeber schließlich die *interpretatio authentica et legalis* zugeordnet. Bei der gerichtlichen Usual-Interpretation werden die Auslegungsspielräume eines Gesetzestextes dazu genutzt, das Gesetz an das vom Gericht

praktizierte Gewohnheitsrecht anzupassen (SCHOTT, 1998, S. 72). Es war daher vor allem diese Usual-Interpretation, die vielfach den Unmut der frühneuzeitlichen Gesetzgeber auf sich zog, weil die Gerichte damit die Gesetze häufig im Sinne des bestehenden Gewohnheitsrechts umdeuteten (SIMON, 2005, S. 120). Bei der Doktrinal-Auslegung kam, wie wir dem § 10 des Codex Maximilianeus Bavaricus entnehmen können, dem Argument der *Ratio legis* ein zentraler Stellenwert zu.²⁷ Das Problem für den Gesetzgeber lag hier darin, dass eine *Ratio legis* von den Gerichten auch dann zu Grunde gelegt werden konnte, wenn es im Gesetzestext selbst keinerlei Anhaltspunkte für eine solche angebliche *Ratio legis* gab. Im Übrigen ließ sich unter Verweis auf einen angeblich weggefallenen Gesetzeszweck jedes Gesetz umgehen, da es einer weit verbreiteten Auffassung entsprach, ein Gesetz dann nicht mehr anzuwenden, wenn die *Ratio legis* weggefallen war (SCHRÖDER, 2001, S. 151 ff.). Auf die komplexe Dogmatik der Billigkeitsrechtssprechung, die von vornherein ein Abgehen von der sog. »Schärfe des Rechts« ermöglichte, soll hier nur verwiesen werden.²⁸ Die Grenzen zwischen einzelfallbezogener »Normanwendung« und Normproduktion waren hier jedenfalls noch um einiges fließender als man dies aus der modernen Methodenlehre kennt. Das zeigt sich schon daran, dass sich die eben erwähnte Trias der Auslegungsinstanzen mit der von der Gemeinrechtswissenschaft überlieferten Dreiteilung der *Normquellen* vollkommen deckt: Auch hier unterschied man nämlich das vornehmlich von der Gerichtsbarkeit hervorgebrachte Gewohnheitsrecht, die von der Obrigkeit erlassenen Gesetze und schließlich das von der Rechtswissenschaft fortgeschriebene gelehrte Recht.²⁹

²⁷ Codex Maximilianeus Bavaricus, Erster Teil, erstes Kap. § 10: Bey der Doctrinal-Auslegung werden primo zweifelhafte Worte *ex mente & ratione Legis* erklärt, secundo wird das Gesetz von einem hierin benannten Special-Fall auch auf andere unbenannte Fälle aus der nämlich oder stärkern Ration ausgedehnt, hingegen aber auch tertio ein in allzu generalen Terminis lautende Ordnung in besondern Fällen eingeschränkt, wenn offenbar ist, daß *Ratio Legis* vollkommen und gänzlich cessiert. Zu der hier aufgenommenen "Leit-formel" Cessante racione legis, cessat ipsa legis dispositio siehe Schott (1999, S. 45-84, S. 79).

²⁸ Hierzu eingehend Schott, (1975); Schröder (1999, S. 29-44).

²⁹ Hierzu vor allem Mohnhaupt (1980), S. 167 ff.

Es war dieses Rechtsquellenverständnis und der damit verbundene souveräne richterliche Umgang mit dem Gesetz, gegen die sich die frühe Kodifikationsgesetzgebung wandte. (MOHNHAUPT, 1980, S. 168) Zunächst, noch im 18. Jahrhundert, versuchten es die Gesetzgeber damit, Usual- und Doktrinal-Interpretation schlichtweg zu verbieten – es sollte nur noch die authentische Interpretation geben, bei der der Gesetzgeber bei der Normapplikation das Heft in der Hand behält. Diese Verbote bezogen sich auf die einzelfallentscheidende Tätigkeit der Gerichte wie auch – in Gestalt der Kommentierungsverbote – auf die wissenschaftliche Deutung der in den Gesetzen niedergelegten Begriffe außerhalb der Urteilspraxis. Regelmäßig war das verbunden mit der Anweisung an die Gerichte, bei Unklarheiten im Gesetzestext oder im Falle von Gesetzeslücken bei Hof um eine authentische Interpretation der unklaren Gesetzesstelle oder um den Erlass einer lückenfüllenden Bestimmung nachzusuchen. Die französische Rechtssprache verwendet hier seit dem 17. Jahrhundert den Begriff des *Référé législatif* (BECKER, 1978, Sp. 967). Grundsätzlich waren diese Kommentier- und Auslegungsverbote freilich in der frühen Neuzeit längst bekannt. Ja sie sind sogar ein Teil des antikisierenden Gesetzgebergestus des hochmittelalterlichen Kaisertums, das sich hier an entsprechenden Verboten Kaiser Justinians orientierte (BECKER, 1978, Sp. 964 f.). Aber dies blieb bis an die Schwelle des Kodifikationszeitalters von »mehr theoretischer als praktischer Natur« (BECKER, 1978, Sp. 966), und erst der in der Kodifikationsidee angelegte Anspruch, nicht nur einzelne Streiffragen, sondern soz. »flächendeckend« ganze Rechtsgebiete einer direkten staatlich-politischen Regulierung zu unterstellen, gibt den längst bekannten Kommentier- und Auslegungsverbote eine völlig neuartige Bedeutung im Rechtsquellengefüge, weil sie nun generalisiert und auf ganze Rechtsgebiete ausgedehnt wurden.

In dieser neuen Dimension erscheint das Interpretationsverbot auch im CTh. Der Rechtsanwender wird hier in einem Ton angesprochen, der das ganze Misstrauen gegenüber der Justiz erkennen lässt, von dem die frühe Kodifikationsgesetzgebung noch getragen war. Jeder interpretative Umgang mit dem Gesetz erscheint hier als strafwürdige Kompetenzmaßnahme. Die Richter schienen aus der Sicht der Redaktoren des CTh nur darauf zu warten, dem Gesetzgeber mit ihrer »gekünstelten Auslegung«,

wie es in § 32 heißt, das Wort im Munde zu verdrehen. Demzufolge verhängte der CTh ein scharfes, teilweise sogar strafbewehrtes Interpretationsverbot. »Niemanden ist verstattet«, so heißt es in § 31 CTh, »sich einer rechtskräftigen Ausdeutung anzumaßen, noch unter dem Vorwande eines Unterschieds zwischen den Worten und dem Sinne der Gesetze solche auf einige Weise zu erweitern oder einzuschränken.« Auch die Billigkeitsjurisprudenz wird verboten: Es wird dem Richter ausdrücklich untersagt, »unter Vorschützung einer von der Schärfe der Rechte unterschiedenen Billigkeit von der klaren Vorschrift unserer Gesetze im Mindesten ab(zu)gehen.« Auch hier ist das Interpretationsverbot dann flankiert durch das Gebot eines *Référé législatif* (§ 33 CTh).

Man sieht hier in aller Deutlichkeit die aus der Sicht des Gesetzgebers gefährlichsten Argumentationstopoi der Gesetzesauslegung traditionellen Zu-schnitts, nämlich den Ratio-Legis-Topos, mit dem der Anwendungsbereich eines Gesetzes unter Verweis auf den »Sinn des Gesetzes« eingeschränkt oder gar bis auf null reduziert wurde, und die Billigkeitsjurisprudenz. Der besonders gefährlichen Usual-Auslegung gilt das eigene Verbot des § 32: »Nicht minder haben sich alle, besonders die streitenden Teile und ihre Rechtsfreunde, aller gekünstelten Auslegung der Gesetze, wie auch aller Ausdeutung, Erweiterung oder Beschränkung derselben durch Gewohnheiten allen Ernstes zu enthalten.« Auch hier sucht sich der Gesetzgeber mittels einer Strafdrohung gegenüber einer allzu selbsterherrlich agierenden Justiz Autorität zu verschaffen: Sollte sich den Richtern und Anwälten beim Umgang mit dem Gesetz »eine Verdrehung der Worte oder sonstige Arglist« nachweisen lassen, so sollte dies »nach richterlichem Ermessen mit scharfer Strafe angesehen werden«. Gleiches galt, wenn sich jemand unterstehen sollte, »eine unstatthafte Gewohnheit wider die klare Vorschrift« des Gesetzes anzuführen, und genau dies war der Fall bei der Usual-Interpretation, die dem Gesetz die innovativen Inhalte und Schärfen zu nehmen suchte.

Die Gefahr, dass durch Interpretationsverbot und *Référé législatif* die Funktionsfähigkeit der Justiz beeinträchtigt werden könnte, wurde von den Redaktoren des CTh durchaus gesehen. Ein Mitglied der Kommissionskommission warnte in den Beratungen davor, dass die meisten Prozesse in der obersten Instanz entschieden werden müssten, noch ehe

es zu einem Aus-spruche der ersten Instanz gekommen war, wenn der Richter in jedem Fall, in welchem ihn der Buchstabe des Gesetzes im Stiche lässt, bei Hofe anfragen solle. Dadurch würde das Instanzenverhältnis verrückt, den Parteien eine Unmasse von Beschwerden und Kosten aufgebürdet, die oberste Instanz überlastet, der Landesfürst unnötig behelligt und in kurzer Zeit eine solche Menge von Gesetzeserläuterungen angehäuft, welche die Digesten überträfe.³⁰ In den 70er Jahren ließ sich die Gesetzgebungskommission indessen von solchen Einwänden noch nicht beirren. In den Beratungen im Herbst 1772 hielt die Mehrheit der Kommission dagegen, »dass dem Richter unmöglich eine *interpretatio legis* eingeräumt werden könne, ohne die ganze bei Ver-fassung des neuen Gesetzbuches gehegte Absicht zu vereiteln«. Der Kaiser billigte diese Auffassung³¹.

In der Tat erwies sich der Versuch, die Justiz ihrer traditionellen Norm-schöpfungsfunktion dadurch zu entheben, dass man einfach den interpretie-renden Umgang mit den Gesetzen unter Strafe verbot, als Sackgasse. Noch im 18. Jahrhundert wurden diese Interpretationsverbote gelockert, dann zurück-genommen; gleiches geschah mit dem *Réfééré législatif*. Man ging nun dazu über, den Gerichten die Interpretation zwar zu gestatten, machte dem Richter aber im Gesetz methodische Vorschriften, wie er bei der Gesetzesauslegung vorzugehen hatte. Dies ist der Sinn der Interpretationsvorschriften in den Einleitungen der naturrechtlichen Kodifikationen, wobei die Freigabe der justiziellen Interpretationstätigkeit im ABGB bereits weiter fortgeschritten ist als im ALR.

In seiner endgültigen Fassung sind allerdings auch im ALR bereits erste Ansätze einer Zurücknahme obrigkeitlicher Kontrolle über die Justiz zu verzeichnen; das hat Andreas Schwennicke im Einzelnen dargetan (SCHWENNICKE, 1993, S. 286), so dass hier ein Verweis genügt. Interessanterweise erfolgte diese Zurücknahme der gesetzgeberischen Kontrollbemühungen zuerst im Falle der »Gesetzeslücke« und erst auf einer zweiten, späteren Stufe auf dem Problemfeld der Gesetzes-auslegung. Denn bei Lücken im Gesetz sollte der Richter dem ALR zufolge zunächst

³⁰ § 31, Anm. 17 (S. 22 in der Edition von Harrasowsky).

³¹ Ebd.

selbst »nach den allgemeinen Grundsätzen und der Analogie des Rechts« entscheiden. Erst danach musste er über die von ihm entdeckte Lücke an die Gesetzeskommission berichten.³² Zudem wurde jetzt die Gesetzeskommission selbst hinsichtlich ihrer Tätigkeit dem Bild eines Justizorgans zumindest angenähert, indem nunmehr gegen die gesetzeskommissionellen Entscheidungen das Rechtsmittel der Appellation eröffnet wurde.³³ Überdies wurde im ALR noch einmal klargestellt, dass ein zur Schließung einer Gesetzeslücke erlassenes Gesetz keine rückwirkende Kraft besitzen sollte (SCHWENNICKE, 1993, S. 288). Schon kurze Zeit nach dem Inkrafttreten des ALR, noch im 18. Jahrhundert, wurde der *Référé législatif* dann in Preußen durch eine Verordnung gänzlich abgeschafft. (MIERSCH, 2000, S. 59)

Nicht wesentlich anders verlief die Entwicklung in Österreich: Das sog. »Josephinische Gesetzbuch«, eine im Jahre 1787 in Kraft gesetzte Teilkodifikation für das Personen- und Familienrecht (HOKE, 1996, S. 273), übernahm in seinem § 26 das Interpretationsverbot und den *Référé législatif* noch unverändert aus dem CTh (§ 32). In den weiteren Beratungen wurde dann aber massive Kritik geäußert: Durch diesen § 26 habe man alle Jurisprudenz verbannt; er mache die Richter alle zu Maschinen und öffne der Ignoranz Tür und Angel, indem er den Rechtsanwender auf ein simples, rein buchstäbliches Wortlautverständnis des Gesetzes und einen mechanischen Subsumtionsakt festlege. Die Gesetzgebungshofkommission beschloss daher im Jahre 1790, den § 26 des Josephinischen Gesetzbuches durch eine Bestimmung zu ersetzen (MIERSCH, 2000, S. 47), in der der Richter angewiesen wird, für den Fall, dass er »einen vorkommenden Fall nicht in den Worten des Gesetzes entscheiden fände«, »auf den zusammenstimmenden Begriff und Sinn desselben, auf gleichförmige darin ausgedrückte Fälle, auf die aus der Verbindung der Gesetze sich darstellenden Grundsätze und Absichten« zu sehen und eine Belehrung nur dann zu erbitten, wenn »der Beobachtung des Gesetzes besondere und sehr erhebliche Bedenken« entgegenstünden.³⁴ Die

³² §§ 49 und 50 Einleitung ALR.

³³ § 52 Einleitung ALR.

³⁴ Dieser Beschluss wurde bereits mit dem Patent vom 22. Februar 1791 legislativ umgesetzt. In diesem Patent heißt es: "Anstatt des 26. Absatzes des Josephinischen

Lückenfüllung vor allem mit Hilfe der Analogie wurde jetzt also gestattet, so dass nunmehr nur noch im Falle des Abweichens vom Gesetz bei Hofe anzufragen war. Inwieweit auch die Auslegung des Gesetzestextes freigegeben wurde,³⁵ ist unklar, kann hier aber offen bleiben, denn im ABGB sind dann jedenfalls die direkten Kontrollen der Rechtsprechung seitens der Politik zur Gänze verschwunden; der Richter musste nun *in jedem Fall selbst* entscheiden. Was allerdings blieb und im Gegenteil an Bedeutung zunahm, waren die methodischen Vorgaben für die nunmehr vollständig dem Richter überlassene Gesetzesinterpretation.

Dabei unterscheidet auch das ABGB zwischen der Interpretation eines vorgegebenen Gesetzestextes (§ 6) und der Entscheidung im Falle gesetzlicher Regelungslücken (§ 7). Im erstgenannten Fall des § 6 ist das ABGB immer noch bestrebt, den erkennenden Richter auf den Wortlaut des Gesetzes festzulegen. In § 6 klingt noch das alte Misstrauen des Kodifikationsgesetzgebers gegenüber einer Justiz an, die die Worte des Gesetzestextes bei der Interpretation verbiegen und sich – wie es im CTh heißt – eine »gekünstelte Auslegung« anmaßen könnte. Im Fall der Regelungslücke hingegen wird die wachsende Bedeutung allgemeiner Prinzipien sichtbar, die nun als neuartige Erkenntnisquelle des Rechts fruchtbar gemacht werden sollen.³⁶

Der Richter soll die Lücken primär durch analoge Anwendung anderer gesetzlicher Bestimmungen füllen; gelingt dies nicht, dann hat die Stunde jener berühmt gewordenen Bestimmung des § 7 ABGB geschlagen, der gemäß der »Rechtsfall«, wie es heißt, »nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen« entschieden werden muß. Was im ABGB die »natürlichen Rechtsgrundsätze« sind, das sind in der Einleitung des ALR die im

Gesetzbuches, welcher hiermit aufgehoben wird, wird verordnet: dass der Richter, wenn er einen vorkommenden Fall nicht in den Worten des Gesetzes entschieden fände, auf den zusammenstimmenden Begriff und Sinn desselben, auf gleichförmige darin ausgedrückte Fälle, auf die aus der Verbindung der Gesetze sich darstellenden Grundsätze und Absichten sehen und den Fall nach derselben Maßgebung beurteilen soll. Stünden der Beobachtung des Gesetzes besondere und sehr erhebliche Bedenken entgegen, so wäre die Belehrung bei Hofe anzusuchen". (Druck bei MIERSCH, 2000, S. 47)

³⁵ So jedenfalls MIERSCH, Der sogenannte *référé législatif* (Anm. 51), S. 47.

³⁶ Dazu SCHOTT, Rechtsgrundsätze und Gesetzeskorrektur (Anm. 9), S. 79.

»Gesetzbuch angenommenen allge-meinen Grundsätze«, aus denen der Richter die einzelne Entscheidung gem. § 49 ALR abzuleiten hat, wenn er, wie es dort heißt, »kein Gesetz findet, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte«. ³⁷ Die unmit-telbare Kontrolle der Justiz in Form des *Référé législatif* wird also aufgegeben, statt dessen werden die Gerichte damit betraut, die Fortbildung des kodifizier-ten Rechts selbst vorzunehmen, wobei sie von abstrakten Rechtsgrundsätzen positiver oder sogar überpositiver Provenienz ausgehen sollen. Dies korreliert mit der im CC wie im ABGB anzutreffenden Tendenz, sich auf mög-lichst abstrakt-generell formulierte Prinzipien oder »Grundsätze« zu beschränken, um diese sodann der Justiz zur weiteren Konkretisierung und Regelbildung zu überlassen. ³⁸

Noch am Ende des 18. Jahrhunderts verlagert der Staat also ganz bewusst Interpretationskompetenz auf die Gerichte; eine Kompetenz, die er zuvor – jedenfalls in Hinblick auf die von ihm erlassenen Gesetze – für sich selbst in Anspruch genommen hatte. Diese Verlagerung war allerdings mit deutlichen Kautelen methodischer Art verbunden. Sie bedeutete keinesfalls, dass man die modernen Gesetze damit dem traditionellen Regelwerk »doktrinellem« und »usualer« Auslegung überlassen wollte. Ein einfaches »Zurück« in die tradi-tionellen Regelbildungsmechanismen von Wissenschaft und Justiz konnte es selbstverständlich nicht geben. Der Staat versuchte vielmehr in dem Moment, in dem er der Justiz die Ausfüllung von Interpretationsspielräumen und Regelungslücken überließ, eben jenes Geschäft einem neuakzentuierten me-thodischen Regelkanon zu unterwerfen, der die unerlässliche Bindung der Gerichte an das Gesetz auch angesichts der neu errungenen justiziellen Aus-legungsfreiheit sicherstellen sollte. ³⁹ Die »doktrinelle« und noch weniger die »usuale« Auslegung in ihrem herkömmlichen Verständnis schienen dazu aus der Sicht der Kodifikatoren geeignet; an der skeptischen Einschätzung dieser

³⁷ In der oben zitierten Verordnung vom 22. Februar 1791 sind es die "aus der Verbindung der Gesetze sich darstellenden Grundsätze".

³⁸ Dazu eingehend Mertens (2004, S. 291).

³⁹ Hervorragend dargestellt findet sich dieser Zusammenhang bei Schott (1975, S. 81 ff): Abstrahierung und Generalisierung der Regelungstechnik in den jüngeren Kodifikationen gehen Hand in Hand mit der Betonung der richterlichen Gesetzesbindung.

Form der »Gesetzesauslegung« hatte sich nichts geändert. Die naturrechtlichen Kodifikationen waren demzufolge darum bemüht, bestimmte methodische Standards im Justizapparat zu implementieren, welche die angestrebte Anbindung der Justiz an die im Gesetz niedergelegten Grundscheidungen des Gesetzgebers sicherstellen konnten.

4 Zeillers Kommentar zu den Methodischen Vorschriften

Auch zu den Motiven dieses rasanten justizpolitischen Gesinnungswandels hat Zeiller in seinem Kommentar Stellung genommen. Ausführlich begründet er dort seine Ablehnung der *interpretatio doctrinalis* traditionellen Zuschnitts und des dabei zentralen Argumentes der *ratio legis cessans*: Der »Missbrauch«, der mit dieser »Hermeneutik« »bis zur Stunde« getrieben worden sei, sei »allgemein bekannt«. (ZEILLER, 1811a, S. 58)

Missbräuchlich ist diese Form des Umgangs mit dem Gesetzestext, weil sie in das Kompetenzareal des Gesetzgebers eingreift. Zeiller stößt sich vor allem daran, dass sich der Rechtsanwender einfach über die Regelungsmotive und -ziele des Gesetzgebers hinwegsetzt, indem er sie entweder schlicht für überholt und nicht mehr relevant erklärt oder aber seine eigenen Regelungsvorstellungen dadurch in das Gesetz hineinzaubert, dass er einen »wahren Willen« des Gesetzgebers unterstellt, der durch den im Gesetz vorzufindenden Wortlaut lediglich schlecht zum Ausdruck kommt oder gar verschleiert würde. Diese Art, eine wie auch immer zu fassende, vielfach konstruierte »ratio« des Gesetzes ganz unverhohlen gegen den Wortlaut des Gesetzes auszuspielen, ist für Zeiller eine richterliche »Anmaßung«⁴⁰ sondergleichen, die der moderne Gesetzgeber abzustellen bestrebt sein muss, will er nicht den Anspruch aufgeben, einzige und oberste Rechtsquelle im Staate zu sein.⁴¹ Für den modernen Gesetzgeber, so Zeiller weiter,

⁴⁰ »Es ist also eine kühne Anmaßung, durch eine eingebildete spitzfindige Unterscheidung zwischen dem Buchstaben und dem Grunde des Gesetzes den klaren Sinn desselben zu verdrehen«. (ZEILLER, 1811a, § 6, S. 60)

⁴¹ Zur Rechtsquellenlehre Zeillers siehe Mohnhaupt (1980).

streite nämlich »billig« die Vermutung, »dass er sein Gesetz bedacht-sam gefasst und dabei die dem Umfange seines Willens angemessenen Aus-drücke gebraucht habe«. Denn der Gesetzgeber des ABGB ist nicht mehr der jenseits eines Jahrtausends in vollkommen anderen staatlichen und kulturellen Kontexten stehende byzantinisch-antike Gesetzgeber, sondern der mit dem Anwender zeitgenössische Gesetzgeber, der sein Zivilgesetzbuch als »syste-matische Ordnung allgemeiner Vorschriften« angelegt hat, im Gegensatz zum Gesetzgebungswerk Justinians, das nur eine »Sammlung von Entscheidungen einzelner Rechtsfälle« darstelle. Ein als System angelegtes Gesetzbuch, so darf man die Ausführungen Zeillers verstehen, erheischt einen anderen Umgang des Anwenders damit, als eine Kompilation von Einzelfallentscheidungen; dies gilt umso mehr, wenn der Gesetzgeber Raum und Zeit mit dem Anwender teilt. In gleicher Schärfe wendet sich Zeiller gegen die überlieferte Usual-Auslegung der Gerichte: Bloße »Scheingründe« sind das für ihn; wie die gemeinrechtliche Doktrinal-Auslegung führen sie im Ergebnis nur dazu, dass sich die Richter in die Rolle des staatlichen Gesetzgebers hineindrängen.⁴²

Man merkt den Ausführungen Zeillers an, dass er augenscheinlich noch mit einer Justiz rechnet, der gegenüber die Autorität des Gesetzgebers und der Kodifikation klargestellt werden muß.⁴³ Es war eine Justiz, die noch in Auslegungsgrundsätzen befangen war, welche ursprünglich auf der Basis antiker Rechtstexte entwickelt worden waren. Aber das ABGB sollte eben mehr sein als nur ein überarbeiteter *Corpus Iuris*. Denn die neue Kodifikation war als Ganzes aus einem System heraus entwickelt und nicht nur »ge-sammelt« – gesammelt aus Lösungsvorschlägen und Entscheidungen von Einzelfällen.⁴⁴ Der Systemgedanke ist es auch, der bei Zeiller den gedank-lichen Ausgangspunkt jener methodischen Grundsätze bildet, auf die er die Richter beim Umgang mit dem neuen

⁴² »Unbehutsame Richter werden durch Scheingründe getäuscht und wiederholte, unechte Judizial-Auslegungen nehmen die Stelle des Gesetzes, des echten Willens des Beherrschers ein«. (ZEILLER, 1811a, § 6, S. 59)

⁴³ So auch Schott (1975, S. 88 ff).

⁴⁴ Zeiller (1811b), Bd. I, S. 34; zit. nach Mohnhaupt (1980, S. 171): "... aus der unsystematischen Zusammenstellung entsteht noch kein Gebäude der Gesetzgebung".

Gesetzbuch festlegen möchte:⁴⁵ Denn in einem zivilrechtlichen System stehen alle Normen »in einem Zusammenhange«, und das heißt nicht zuletzt in Ableitungszusammenhängen mit allgemeinen Grundsätzen, die sich wiederum auf einen »gemeinschaftlichen Grundsatz« zurückführen lassen⁴⁶. Diese »Grundsätze« stehen im Mittelpunkt der methodischen Vorstellungen Zeillers. Sie sind bei der Auslegung der einzelnen Rechtsätze stets im Auge zu behalten und von ihnen ist auszugehen, wenn es gilt, Lücken in der Kodifikation zu schließen. Dies setzt aber zugleich auch einen neuen Richtertyp voraus, bei dem beides miteinander vereint ist: Nämlich gehöriger Respekt vor den im Gesetz niedergelegten Grundentscheidungen des Gesetzgebers einerseits, zugleich aber die Aufgabe jenes älteren politischen Richterideals, demzufolge der Richter nicht mehr darstellen darf, als den »Mund des Gesetzes«. Zeiller distanziert sich demzufolge auch ausdrücklich von diesem Leitbild, das sich bei ihm mit der pejorativen Metapher der Maschine verbunden findet: Die Richter sollen im Verhältnis zum Gesetz keine »rechtsprechenden Maschinen«⁴⁷ sein, sondern vielmehr zum »Eindringen in den Geist der Gesetze, zum Denken genöthiget« sein (MOHNHAUPT, 1980, S. 170). So wird auch bei Zeiller jener gesetzgebungspolitische Zielkonflikt sichtbar, der in den naturrechtlichen Kodifikationen an vielen Stellen zu Tage tritt: Auf der einen Seite ist auch bei Zeiller noch ein deutliches Misstrauen spürbar, soweit es um die Einschätzung der Justiz und des von ihr tradierten Methodendenkanons geht, der nicht jene Bindung an die legislativen Vorgaben zu garantieren schien, die von den Kodifikationsgesetzgebern gefordert wurde. Um diese Bindung der Justiz sicherzustellen, war das ALR noch mit einer Fülle detaillierter und kasuistischer Einzelfallregelung überhäuft worden, die eine soz. »punktgenaue Steuerung« der Rechtsprechung gewährleisten sollte. Andererseits war die Gesetzgebungslehre zu Beginn des 19. Jahrhunderts längst über derartige Vorstellungen hinweggegangen, weil deutlich geworden war, dass sich das damit verfolgte Ziel einer

⁴⁵ Zur Bedeutung des Systemgedankens im Code Civil siehe Mohnhaupt (2010, S. 97 f).

⁴⁶ "Indessen stehen doch alle Zivil-Gesetze, weil sie im Grunde natürliche, von der Vernunft gegebene Gesetze sind, in einem Zusammenhange; viele lassen sich auf diesen, andere auf jenen allgemeinen Grundsatz zurückführen". (ZEILLER, 1811a, § 7, S. 63)

⁴⁷ Zeiller (1878, S. 61), zit. nach Mohnhaupt (1980, S. 170).

unmittelbaren Anbindung der Justiz an die Vorgaben des Gesetzgebers nicht erreichen ließ und überdies die Funktionsfähigkeit der Justiz darunter litt. Demzufolge hat sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts mit dem Code Civil dann auch ein Kodifikationsmodell durchgesetzt, das stärker von abstrakt-generellen Normen geprägt ist und bei dem sich der Gesetzgeber der Tendenz nach auf eine überschaubare Anzahl allgemeiner Grundentscheidungen beschränkt.⁴⁸ Damit wurden der Justiz allerdings wiederum Auslegungs- und Entscheidungsspielräume zugestanden, die man kurz zuvor gerade auszuräumen bestrebt war. Hatte man im ersteren Fall ein aufgeblähtes, dem Ideal der Kürze und Klarheit widersprechendes Gesetzbuch hinzunehmen, das dennoch nie seiner zwangsläufigen Lückenhaftigkeit entkommen konnte, so betraute man im Falle eines kurz und bündig, dafür aber notwendigerweise generalistisch formulierten Codes die Justiz mit einer weitgehenden Auslegungs- und Lückenfüllungsfunktion, die sie möglicherweise missbrauchen oder jedenfalls nicht im Sinne des Gesetzgebers ausfüllen würde. In Zeillers eigenen Worten: »Je mehr der Gesetzgeber der Deutlichkeit willen zu spezielleren Regeln über die mannigfaltigsten Rechtshandlungen sich herablässt«, desto mehr er also einen kasuistischen Regelungsstil wählt, »desto mehr werden die Gesetze vervielfältigt, um so schwerer kann man sie sich vergegenwärtigen, und um so minder reichen sie zur Umfassung des ganzen Rechtsgebietes zu.« Mit anderen Worten: Je detaillierter und kasuistischer man ein Gesetzbuch ausgestaltet, desto mehr entfernt man sich vom Anspruch, ein »ganzes Rechtsgebiet« umfassend und abschließend zu regeln. Wählt der Gesetzgeber aber den entgegengesetzten Weg, indem er darum bemüht ist, die besonderen Vorschriften »durch abstraktere und allgemeinere entbehrlich zu machen«, dann »läuft er Gefahr, dass die Gesetze nicht greifen, dass sie auf verschiedene Weise ausgelegt, angewendet, und die Rechtsstreitigkeiten vermehrt werden«. Dass »die Gesetze nicht greifen«, ist Zeillers Ausdruck für etwas, was man modern vielleicht mit »mangelnder Steuerungsfähigkeit« umschreiben könnte: Sind

die Normen zu generell formuliert, dann können sie die Urteilstätigkeit der Gerichte nicht mehr hinreichend genau festlegen.

⁴⁸ Eingehend hierzu Mohnhaupt (2010, S. 97); Mertens (2004, S. 93).

Angesichts dieses gesetzgebungstechnischen Dilemmas hat Zeiller denn auch nur eine ausgesprochen »bedenkenreiche« Lösung anzubieten: Einerseits lässt er eine klare Präferenz für den abstrakt-generellen Regelungsstil erkennen: Das vom Vernunftrecht formulierte Ideal eines kurzen, allgemein fasslichen und dennoch zugleich vollständigen Gesetzbuches⁴⁹ lässt sich nur dadurch realisieren, »dass es ein tief durchdachtes, aber einfaches System *allgemeiner*, auf alle Rechtsverhältnisse sich verbeitender Rechtsregeln aus-mache«. Mit diesem Standpunkt ist bei Zeiller die Einsicht in die unumgänglichen Auslegungsspielräume verbunden, die der Justiz notwendigerweise zukommen müssen: »Weil man aber von einem Zivil-Codex nicht verlangen kann, dass er, gleich einem Systeme des natürlichen Privatrechts, alle Rechts-grundsätze enthalten soll, so wird der Gesetzgeber, um der Verlegenheit und den Anfragen der Richter [...] vorzubeugen, ihnen das Befugnis [...] ein-räumen, den zweifelhaften Rechtsfall aus den natürlichen Rechtsgrundsätzen (der Philosophie des Rechts) zu entscheiden.« In einer modernen Kodifikation wird der Justiz also ganz bewusst die »Befugnis« zur Lückenfüllung ein-geräumt, die unter Rückgriff auf allgemeine, im Extremfall sogar auf die »natürlichen Rechtsgrundsätze« zu erfolgen hat. Es ist diese Rückgriffsmög-lichkeit, die das Gesetzbuch »umfassend«, d. h. für alle denkbaren Fälle anwendbar macht. Denn die Normquelle der »Rechtsgrundsätze« ist »unver-sieg-bar, weil *jede Frage*, die inner dem Gebiete der rechtlichen Vernunft liegt, auch von ihr (als dem Vermögen der Prinzipien) beurteilt und aufgelöset werden kann.« Dies ist bei Zeiller verbunden mit einer deutlichen Ori-entierung an einem »emanzipierten« Richtertyp,⁵⁰ der das Kunststück vollbringen kann, einerseits selbständig denkend in den »Geist des Gesetzes« einzudringen und aus dessen abstrakten Grundsätzen, allgemeinen Regeln und Prinzipien anwendungsfähige Fallnormen abzuleiten, der aber andererseits auch diszipliniert genug ist, den im Gesetz niedergelegten Willen

⁴⁹ Zeiller (1811a), Vorrede, S. XIII: "Die schweren und doch begründeten Forderungen, welche die Philosophie an die Gesetzgebung macht, dass ein Gesetzbuch kurz, allgemein faßlich und zugleich vollständig sein soll, [...]."

⁵⁰ So die treffende Formulierung von Monhaupt (2010), Kap. IV (S. 92 ff.).

des Gesetzgebers zu respektieren und nach Kräften zur Geltung zu bringen.⁵¹

Der Verweis auf die »natürlichen Rechtsgrundsätze« ist aber bei Zeiller mit zahlreichen Kautelen und Einschränkungen verbunden, die dazu dienen können, die vom Gesetzgeber gewährte »Befugnis« zur Interpretation und Fortbildung des Gesetzes methodisch einzugrenzen und auf diese Weise berechenbar zu machen. »Man übersehe jedoch die Bedingungen nicht, unter denen den Gerichtshöfen dieses Befugnis zugesandt wird«, so ermahnt Zeiller in seinem Kommentar die Richter und »Rechtsfreunde«. Zu diesen »Bedingungen« gehört vor allem die strikte Wortlautbindung des Anwenders, wie sie in § 6 der Einleitung des ABGB niedergelegt ist, und die Zeiller den Richtern und Anwälten mit Nachdruck einzuschärfen versucht. »Der Rückgriff auf abstrakte Rechtsgrundsätze, insbesondere auf die überpositive Normebene des »Vernunft-Codex«, wie hier Zeiller das Naturrecht bezeichnet, darf in jedem Fall »nur ein subsidiarischer sein«. Und wenig später unterstreicht er diese methodische Grundregel noch einmal: »Wenn also ein Fall entweder unmittelbar aus dem Buchstaben oder vermitteltst der angegebene Auslegungsregeln aus dem echten Sinne und Geiste der bürgerlichen Gesetze beurteilt werden kann, ist es eine ahndungswürdige Unwissenheit oder Anmaßung der Vertreter oder Richter, aus dem Vernunft-Codex die Entscheidung herauszuholen.« Zuvorderst hat sich der Rechtsanwender also an den »Buchstaben« des Gesetzes, sodann an den im positiven Recht selbst angelegten Rechtsgrundsätzen (»Sinn und Geist der bürgerlichen Gesetze«) zu orientieren und nur, wenn dies nicht weiterhilft, darf er auf die überpositive Normebene des im »Vernunft-Codex« niedergelegten Naturrechts ausweichen. Alles andere wäre »Anmaßung« ureigener Kompetenzen des Gesetzgebers. Und gänzlich Tabu muß es schließlich für den Richter sein, die »natürlichen Gesetze« gegen die positiven auszuspielen, und letztere mit dem Argument zu übergehen, sie stünden im Widerspruch mit den übergeordneten Grundsätzen des Natur-

⁵¹ Monhaupt (2010) zeigt im Einzelnen die Bedeutung dieses Richterleitbildes bei den Beratungen zum Code Civil.

rechts.⁵² Es fällt auf, welch breiten Raum Zeiller diesen methodischen Fragen widmet. Deutlich schimmert hier noch die Aversion gegen die »*aequitas cerebrina*«, die »eingebildete Billigkeit« durch, die schon in den Debatten des 18. Jahrhunderts zum Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht vielfach als Schlagwort fungiert hatte, mit dem das willkürliche Unterlaufen der positiven Rechtsordnung – und das hieß im 18. Jahrhundert mehr und mehr: der vom Fürsten gesetzten oder zumindest durch Stillschweigen genehmigten Rechtsordnung – durch Rückriff auf eine »natürliche Billigkeit« gebrandmarkt worden war.⁵³ Augenscheinlich ist das auch bei Zeiller noch gegen eine Justiz gewendet, die ihre Entscheidungen nicht mehr am positiven Recht ausrichtete, sondern »auf eine vom Richter frei geschöpfte naturrechtliche Grundlage stützte« (MOHNHAUPT, 1980, S. 171 f.)

5 Vom *Référé législatif* zum Rechtsverweigerungsverbot

Bei Zeiller wird auch sichtbar, wie der *Référé législatif* in diesem Kontext allmählich zu einem grundsätzlich unerwünschten justizpolitischen Phänomen wurde. Nicht nur, weil dabei die Gesetzgebungskommission in die Rolle einer »Superrevisionsinstanz« hineinzuwachsen drohte, sondern interessanterweise auch unter dem gleichen Gesichtspunkt, unter dem zuvor die *Pflicht* der Gerichte zur »Anfrage bei Hof« begründet worden war. Auch bei der Wendung *gegen* den *Référé législatif* ging es im Wesentlichen darum, die Autorität des Gesetzes gegenüber der Justiz zu wahren. Denn nunmehr war es gerade der *Référé*, der dem »Ansehen der Gesetze«, wie es Zeiller ausdrückt, schaden soll. »Vorzüglich ist es strenge Pflicht der Gerichte«, so fährt Zeiller in seinem Kommentar mit den an die Justiz gerichteten Belehrungen fort, »das Ansehen der Gesetze zu halten und durch willkürliche Entscheidungen oder Belehrungen von denselben nicht abzuweichen noch durch Schwierigkeiten in der Auslegung

⁵² „Noch größer aber wäre aber die Kühnheit, sich, gegen alle bürgerliche Ordnung, zum Richter über die Gesetze aufzuwerfen und unter dem Vorwande, dass sie mit den Natürlichen nicht übereinstimmen, selber verschmähen zu wollen“. (ZEILLER, 1811a, § 7, S. 67)

⁵³ Hierzu vor allem Schott (1977).

und Anwendung verleiten zu lassen, über Dunkelheit und Unvollständigkeit der Gesetze zu klagen, oder Zweifel auf Zweifel und Anfragen auf Anfragen zu häufen«. Der an den Gesetzgeber gerichtete Vorwurf über die angebliche »Dunkelheit und Unvollständigkeit der Gesetze« ist also demzufolge ebenso geeignet, an der Autorität einer im Gesetz niedergelegten Entscheidung des Gesetzgebers zu rütteln wie ein »willkürliches« Abweichen vom Gesetz.

Im Code Civil und den an ihn angelehnten rheinbündischen Kodifikationen, dem »Badischen Landrecht« von 1809 und dem »Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern« von 1811,⁵⁴ hat sich dann die Aversion gegen den *Référé* noch einmal um eine weitere Stufe verstärkt: Er wurde nun in Gestalt eines sog. »Rechtsverweigerungsverbot« ausdrücklich untersagt. Denn genau dies ist der konkrete Hintergrund dieser Verbote: Die Abstellung der Nachfragepraxis »bei Hof«. In der badischen und bayerischen Kodifikation tritt dieser Zusammenhang ganz deutlich zutage: Im bayerischen Entwurf (Kap. 1 § 6) finden sich das für die naturrechtlichen Kodifikationen typische Gebot primärer Wortlautinterpretation, die authentische Interpretation und dieses »Rechtsverweigerungsverbot« zu *einer* Bestimmung verbunden: »Gesetze sind«, so heißt es dort zunächst »1. von dem Richter nach dem Sinn ihrer Worte in dem Zusammenhange, und nach der klaren Absicht des Gesetzgebers zu erklären, [...]«. Hier wird wie in § 6 ABGB die Wortlautinterpretation als vorrangige Auslegungsmethode vorgeschrieben. Sodann heißt es im Text des bayerischen Entwurfes weiter: »Es hat aber 2. nur eine authentische, von dem Gesetzgeber (sic!) selbst gegebene Erklärung, auch für die Zukunft gesetzlich (sic!) verbindende Kraft.« Dies ist der bekannte Ausschluß des *usus fori*, wie er schon in § 12 ABGB begegnet ist. Dem schließt sich dann im bayerischen Entwurf das Verbot der Anfrage bei Hof an: »Doch soll 3. kein Richter in einem schon vorliegenden Rechtsstreite unter was immer für einem Vorwande, bei der gesetzgebenden (sic!) Gewalt eine besondere Instruction veranlassen, welche die Rechte der Parteien und die Art der Entscheidung ihres Rechtsstreites betrifft.« Ziff. 3 steht also in unmittelbarem Zusammenhang mit Ziff. 1 und

⁵⁴ Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811. Demel und Schubert (1986).

2: Der Richter soll sich zwar einerseits bei der Anwendung des Gesetzes keine unerwünschten Freiheiten herausnehmen und sich insbesondere nicht die Kompetenz zu Erklärungen mit gesetzlicher Kraft anmaßen, er soll aber andererseits den Rechtsstreit nicht dadurch verzögern und vor allem das Ansehen des Gesetzgebers dadurch herabwürdigen, dass er im Wege eines *Référé* die Weisheit und Formulierungskunst des Gesetzgebers in Frage stellt und soz. »Nachbesserungen« des Gesetzes in Gestalt aufklärender Erläuterungen verlangt. Im berühmten § 4 des Code Civil und im Badischen Landrecht (Einleitung Saz [sic!] 4) findet sich dieses Verbot sogar mit einer Strafdrohung bewehrt.

Freilich überlässt der Gesetzgeber in den naturrechtlichen Kodifikationen seine Gesetze noch nicht gänzlich der Justiz. Vielmehr bleibt in Gestalt der sog. »Authentischen Interpretation« ein Fragment aus dem altüberlieferten Methodentrio doktrinelle – usuale – authentische Interpretation bestehen, und zwar eben jener Teil, bei dem der Gesetzgeber seine Gesetze *selbst* erläutert. Dabei findet sich diese Form der Interpretation in den jüngeren Naturrechtskodifikationen durchgehend in eine Regelung eingeordnet, die klar stellt, dass *nur* die Gesetzeserläuternden Erklärungen des Gesetzgebers *selbst* von allgemeinvertindlichem Charakter sein können.⁵⁵ Das richtet sich natürlich in erster Linie gegen die überlieferte Rolle von Wissenschaft und Justiz als traditionelle Rechtsquellen, wie sie etwa im Codex Maximilianeus Bavaricus noch sichtbar wird. Denn dort waren doktrinelle, usuale und authentische Interpretation hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit noch vollkommen auf gleicher Stufe gestanden. Die Bestimmungen zur authentischen Interpretation, wie sie für die *jüngeren* Naturrechtskodifikationen typisch sind, werden erforderlich, weil *diese* Kodifikationen die Interpretations- und Konkretisierungsfunktion der Justiz *grundsätzlich* anerkennen. Daher bedarf es nunmehr in diesen jüngeren Kodifikationen aus der Sicht der Gesetzgeber einer

⁵⁵ § 8 ABGB: Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären; Kap. 1 § 6 Ziff. 2 EBayBGB: Es hat nur eine authentische, von dem Gesetzgeber (*sic!*) selbst gegebene Erklärung, auch für die Zukunft gesetzlich (*sic!*) verbindende Kraft.; Einleitung Saz (*sic!*) 5 BadLR: Dem Richter ist nicht erlaubt, in der Form allgemeinwirksamer Vorschriften oder gemeiner Bescheide die ihm vorkommenden Rechtsstrittigkeiten zu entscheiden.

Klarstellung, dass die Akzeptanz der Gerichte als Auslegungsinstanzen keineswegs auch bedeutet, dass diese damit ihre altüberlieferte Eigenschaft als Rechtsquelle wieder annehmen sollen. Urteile binden nur die beteiligten Parteien im konkret entschiedenen Rechtsfall. Im übrigen aber sind sie, wie auch die gelehrten Ausführungen der Rechtswissenschaftler, »bloÙe Privat-Meinungen, die der freyen Beurtheilung Anderer überlassen bleiben« und »keine Autorität gründen« (ZEILLER, 1811a, § 8, S. 73). In einer Kodifikation älteren Typs wie dem ALR war eine solche Klarstellung nicht erforderlich, weil es hier im Grundsatz ohnehin keine Gesetzesauslegung durch die Gerichte geben sollte. Hier soll vielmehr generell, wie § 6 der Einleitung ALR ausdrücklich feststellt, »auf ältere Aussprüche der Richter bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden«.

6 Schlussfolgerungen

Das Bisherige lässt sich folgendermaßen zusammenfassen: Neben der Sicherung der Autorität des Gesetzes gegenüber dem Gewohnheitsrecht liegt der Zweck der Einleitungskapitel in den naturrechtlichen Kodifikation vor allem auch darin, der Justiz durch gesetzliche Positivierung methodischer Regeln für die Gesetzesauslegung und Lückenfüllung einen bestimmten Umgang mit dem Gesetz aufzuerlegen. Sie stehen an Stelle der älteren Interpretationsverbote und des *Référé législatif*. Wie jene sind auch die methodischen Anweisungen des Gesetzgebers an die Justiz von dem Bemühen motiviert, eine Anwendung der Gesetze im Einzelfall sicherzustellen, die die vom Gesetzgeber verfolgten Regelungszwecke in den gerichtlichen Einzelfallentscheidungen ausreichend zur Geltung kommen lässt. Im Gegensatz aber zu den älteren Sicherungsinstrumenten des Interpretationsverbotes und des *Référé* gehen die methodischen Vorschriften in den »Einleitungen« der naturrechtlichen Kodifikationen von einer neuartigen Funktionsaufteilung zwischen Gesetzgeber und Justiz aus, derzufolge ersterer im Grundsatz auf den Erlass möglichst generell-abstrakt zu formulierender Normprogramme beschränkt ist, während deren Konkretisierung durch Ausweisung unmittelbar anwendungsfähiger Fallnormen der Justiz vorbehalten bleiben soll. Man kann darin ohne

Zweifel eine bewusste Verlagerung von Regulierungskompetenz »von oben nach unten« sehen, also weg von der zentralen politischen Ebene eines Gesetzgebungsverfahrens hin zur dezentralen justiziellen Ebene der gerichtlichen Einzelfallentscheidungen. So betrachtet handelt es sich hierbei um einen Parallelvorgang zu entsprechenden Prozessen innerhalb des administrativen und legislativen Sektors. Denn auch hier lässt sich ja seit dem beginnenden 19. Jahrhundert die Tendenz zur Dezentralisierung der Regulierungsfunktion beobachten, wie sie etwa in der Neufundierung der »kommunalen Selbstverwaltung« sichtbar wird.

Augenscheinlich geht auf Seiten der Gesetzgeber das Bedürfnis für eine derartig gesetzlich positivierte Methodik am Ende des 19. Jahrhunderts zurück. Im sächsischen BGB finden sich die methodischen Anweisungen noch vergleichsweise ausführlich geregelt (§§ 21-27); auch die Rolle des Gewohnheitsrechts findet noch eine gesetzliche Regelung (§ 28). Bei den Beratungen zum Ersten Entwurf des BGB werden entsprechende Regelungen zumindest noch diskutiert; das BGB verzichtet dann allerdings gänzlich auf einen Einleitungsteil.⁵⁶

Die Motive hierfür darzustellen, wäre eines eigenen Aufsatzes wert. Anzusetzen wäre dabei vor allem an der Beobachtung, dass sich das Bild der Justiz, vor allem aber deren Einschätzung auf Seiten des Gesetzgebers augenscheinlich im Laufe des 19. Jahrhunderts grundlegend gewandelt hat. Vieles deutet darauf hin, dass das Misstrauen, das die Justiz und ihr Stab im *ancien régime* von Seiten der Monarchen, aber auch einer kritischen Öffentlichkeit auf sich gezogen hatte, allmählich schwand.⁵⁷

Dass man es dann am Ende des 19. Jahrhunderts bei der Endfassung des BGB nicht mehr für erforderlich hielt, der Justiz im Wege der Gesetzgebung methodische Vorschriften zu machen, dürfte also auch durch ein inzwischen herangewachsenes Vertrauen in die methodische Ver-

⁵⁶ Dazu Schmoeckel (2003).

⁵⁷ Zu den "Unzuträglichkeiten" der Justiz im *ancien régime* und dem "schlechten Ansehen", in dem sie stand, siehe Schott (1975, S. 75 f.); personalisiert ist diese den kritischen Maßstäben des Aufklärungszeitalters nicht mehr genügende Justiz in der Figur des "Dorf-richter Adam" in Kleists "Zerbrochenem Krug" (dazu SCHOTT, 1977, S. 78).

lässlichkeit des Richterstandes bedingt gewesen sein.⁵⁸ Der Untersuchung von Mohnhaupt zur Diskussion um den *Référé législatif* und das Rechtsverweigerungsverbot während der Entstehungsphase des Code Civil lässt sich entnehmen, dass Frankreich wie bei der Umstellung auf ein soz. »generalistisch-abstraktes«, von den »*maximes générales du droit*« (MOHNHAUPT, 2010, S. 100) geprägtes Kodifikationsmodell so auch bei der Umformung des Justizstabes eine Vorreiterrolle einnahm, die hier maßgeblich dadurch bedingt war, dass jener während der vorangehenden Revolutionsphase weitgehend ausgetauscht worden war; mit dem *ancien régime* war auch dessen Justizsystem einschließlich der Institution des Ämterkaufes versunken (MOHNHAUPT, 2010, S. 108). In Deutschland stellt sich dieser Wandel hingegen mehr als langfristiger Vorgang dar, der erst im Laufe des 19. Jahrhunderts über die Bühne ging, bedingt durch eine verschärfte Regulierung der Zugangserfordernisse zum Richteramt und zunehmende staatliche Kontrolle des Prüfungswesen beim Abschluss des juristischen Studiums. Auf diese Weise wurde im Laufe der Zeit eine weitere Professionalisierung der Justiz erreicht; auch auf den unteren Instanzen einschließlich der Patrimonialgerichtsbarkeit verschwand damit der Typ des Laienrichters, der im 18. Jahrhundert vielfach Anlass zu Misstrauen und Spott gegeben hatte. All dies war geeignet, die Wahrnehmung des Richterstandes von Seiten der Politik und der Öffentlichkeit zu verändern (MIERSCH, 2000, S. 196). Der Umstand, dass den Gerichten in den Prozessordnungen des 19. Jahrhunderts dann die Begründung ihrer Urteile zur Pflicht gemacht wurde,⁵⁹ und gleichzeitig in dem schnell expandierenden juristischen Zeitschriftenwesen ein Forum entstand, in dem diese Urteile einschließlich ihrer juristischen Begründung einer Überprüfung seitens eines kritischen Fachpublikums unterzogen werden konnten,⁶⁰ dürfte hier gleichfalls von Bedeutung gewesen sein. Die unterschiedlichen Entwicklungsverläufe bei der Modernisierung des

⁵⁸ So auch der Schluss, den Schott (1975), S. 79, aus der Zulassung justizieller Gesetzesauslegung zieht.

⁵⁹ Hierzu vor allem Hocks (2002); siehe auch Miersch (2000), S. 207: Noch im Jahre 1801 weigert sich das Oberappellationsgericht in Celle unter Verweis auf seine "völlige Unabhängigkeit", seine Urteile zu begründen.

⁶⁰ Siehe hierzu die zahlreichen Beiträge in dem von Stolleis (1999).

Rechts- und Justizsystems in Frankreich und in den deutschen Staaten werden i. ü. auch in dem Umstand sichtbar, dass der französische Code das Gewohnheitsrecht in seiner Einleitung nicht mehr erwähnt, wohl aber das Badische Landrecht (Saz 6, Zusaz 6 d.) und der Bayerische Entwurf (§ 7), so sehr diese beiden Gesetze im übrigen an den Code Civil angelehnt sind. In Frankreich war das überlieferte Gewohnheitsrecht in der Revolutionszeit größtenteils hinweggefegt worden, während sich die Kodifikationen in den deutschen Staaten zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch gegen das Gewohnheitsrecht durchsetzen müssen.

Referenzen

BECKER, Hans-Jürgen. **Kommentier- und Auslegungsverbote**. HRG, Bd. 2, Berlin, 1978.

DERNEL, Walter; SCHUBERT, Werner. **Revidierter Codex Maximilianus Bavaricus civilis**. Ebelsbach/ Main: Gremer, 1986.

HARRASOWSKY, Philipp Harras V. **Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen**. Bd. I, Wien: C. Gerold's Sohn, 1883.

HOCKS, Stephan. **Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang**. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert. Frankfurt /Main: Vittorio Klostermann, 2002.

HOKE, Rudolf. **Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte**, 2. Aufl. Wien: Böhlau, 1996.

MERTENS, Bernd. **Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen**: Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen 98. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

MIERSCH, Matthias. **Der sogenannte référé législatif**. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert, Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 36. Baden-Baden: Nomos, 2000.

MOHNHAUPT, Heinz. Das Rechtsverweigerungsverbot des Artikel 4 Code civil. POKROVAC, Zoran; PADJEN, Ivan (Hg.). **Justiz und Rechtsverweigerungsverbot**. 11. Deutsch-kroatisches Juristensymposium. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2010.

_____. Zeillers Rechtsquellenverständnis. SELB, Walter; HOFMEISTER, Herbert (Hg.). **Forschungsband Franz von Zeiller, im Auftrag der Wiener Rechtsgeschichtlichen Gesellschaft**, Wien/Graz/Köln: Böhlau, 1980.

NESCHWARA, Christian. Über das Schicksal der ältesten Materialien zur Gesetzgebungsgeschichte des österreichischen ABGB. In: DÁVID, Radovan; SEHNÁLEK, David; VALDHANS, Jirí (Hg.). **Dny Práva – 2010 – Days of Law**, Brno: Masarykova Univerzita, 2010.

RÜCKERT, Joachim. Das BGB und seine Prinzipien. In: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Hg.). **Historisch-kritischer Kommentar**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

SCHLOSSER, Hans. **Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte**, 9. Aufl. Heidelberg:Müller, 2001.

SCHMOECKEL, Mathias. Der Allgemeine Teil in der Ordnung des BGB. In: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Hg.) **Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I**. Tübingen: Allgemeiner Teil, 2003.

SCHOTT, Claudiester. *Aequitas Cerebrina*. In: THIEME, Hans. **Rechtshisto-rische Studien**. Köln/Wien: Bohlau, 1977, S. 132-160.

_____. Die "Interpretatio usualis". In: SCHRÖDER, Jan. (Hg.). **Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert**. Stuttgart: Steiner, 1998, S. 65-83.

_____. Gesetzesinterpretation im Usus modernus. **ZNR** 21, 199, S. 45-84.

_____. **Rechtsgrundsätze und Gesetzeskorrektur.** Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln. Berlin: Duncker und Humblot, 1975.

SCHRÖDER, Jan. Aequitas und rechtswissenschaftliches System. **ZRG (GA)**, 21, S. 29-44, 1999.

_____. **Recht als Wissenschaft.** Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850). München: C.H. Beck, 2001.

_____. Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre. **ZRG (GA)**, 109, S. 1-47, 1992.

SCHWENNICKE, Andreas. **Die Entstehung der Einleitung des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794.** Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 61. Frankfurt/ Main: V. Klostermann, 1993.

SIMON, Thomas. Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts. **Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europä-ische Rechtsgeschichte**, 7, 2005.

_____. **Gesetzgebungsstaat und die “Bindung des Richters an das Gesetz”.** Zur Genese eines justizpolitischen Grundproblems. Vienna Law Inauguration Lectures. Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien 1. Wien: Universität Wien, 2008.

STOLLEIS, Michael. **Herausgegebenen Sammelband Juristische Zeitschriften.** Die neuen Medien des 18-20. Jahrhunderts. Frankfurt/ Main: C. H. Beck, 1999.

WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit**, 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

ZEILLER, Franz Von. **Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie**, Bd. 1, Wien: Geistinger, 1811a.

_____. **Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzkunde im Straf- und Civil-Justiz-Fache:** in vier jährlichen Beyträgen von 1806-1809, 2. Aufl. Wien: Geistinger, 1811b.

_____. Vortrag zur Einleitung in das b. G. B. *In:* PFAFF, Leopold; HOFMANN, Franz (Hg.). **Excursus über österreichisches bürgerliches Recht I**, 2. Aufl. Wien: Manz, S. 49-86, 1878.

Thomas Simon hat Promotionsstipendium und Teilnahme am Graduiertenkolleg für neuere und mittelalterliche Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main. 1992 Promotion an der Universität Freiburg. Seit Mai 1992 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main; Seit 1994 Lehrveranstaltungen an der Universität Frankfurt. Professor für Österreichische und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Wien.
E-mail: thomas.simon@univie.ac.at.

Geschäftsanschrift: Universität Wien. Juridikum. Schottenbastei 10-16, A-1010. Wien – Austria.