

Heinz Barta

## Vorwort (zu Johanna Höttl)

Die vorgelegte Studie vergleicht die „Lückenfüllungsregelungen“ der drei großen klassischen Kodifikationen an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert: Dem Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794, einer großartigen, wenngleich etwas kopflastigen Kodifikation, die für Europa aber Bahnbrechendes geleistet hat;<sup>1</sup> dem – insgesamt wohl überschätzten – Französischen Code Civil von 1804 und dem – gerne unterschätzten – Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Österreichs (ABGB) von 1811/1812. Alle drei Kodifikationen nehmen, wenn auch sehr unterschiedlich, Stellung zur Lückenfüllung. Dies erstmals seit etwa 200 Jahren anschaulich herausgearbeitet und aufbereitet zu haben, ist eine beachtliche wissenschaftliche Leistung.

Das behandelte Thema ist sowohl für das materielle Recht, als auch für die Methodenlehre und – auch das sollte nicht übersehen werden, für die (Privat)Rechtsphilosophie und die neuere Privatrechtsgeschichte von hohem Interesse. Arbeiten wie diese dienen auch der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung und dem laufenden ‚Prozess‘ einer europäischen Privatrechtsvereinheitlichung. Historische Rechtsvergleichung, die ernsthaft bis in die Gegenwart reicht, wird zu selten betrieben. Insofern ist die Arbeit schon von der Themenwahl her zu begrüßen.

### I.

Eine knappe „*Einführung*“ skizziert das wissenschaftliche Vorhaben. *Teil I* zeichnet die historischen Grundlagen nach, denen die untersuchten Lückenfüllungsregelungen entwachsen sind. Dabei wird kurz auf die *Rezeption* (A.) in Preußen, Österreich, Frankreich und den Niederlanden einge-

---

<sup>1</sup> Vgl dazu meine Ausführungen, in: Barta / Palme / Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (Wien, 1999).

gangen. – Darauf folgt ein Abschnitt (B.) über das Naturrecht, der ebenfalls zum Fundament dieser Arbeit gehört, zumal alle drei Kodifikationen vom Naturrecht beeinflusst wurden. Gerade was den Einfluss naturrechtlicher Gedanken anlangt, wurden immer wieder wissenschaftliche „Märchen“ erzählt; etwa die Abhängigkeit des ABGB von den Lehren Kants. Frau Hörtl schildert knapp diesen wichtigen rechtshistorischen Hintergrund und erliegt nicht der Gefahr auszufern. Dabei werden auch rechtsphilosophische Bezüge hergestellt und es wird kurz auf die Hauptvertreter dieser für das untersuchte Thema so bedeutenden Bewegungen des Rechtsdenkens eingegangen: Locke, Montesquieu, Pufendorf, Rousseau, Grotius, Leibnitz, Wolff, Thomasius, Martini und Kant. – Punkt C widmet sich den *Kodifikationsbewegungen*. Die jeweiligen Lückenfüllungsregelungen sind ja nicht wie Athene dem Haupte des Zeus entsprungen, sondern Ergebnis eines etwa 50-jährigen intensiven Entwicklungsprozesses, der insgesamt bis zu den ‚Griechen‘ zurückreicht. – Die Darstellung folgt der historischen Entwicklung: Preußen, Österreich, Frankreich. Im Gegensatz zu Preußen und Österreich setzten die konkreten Vorarbeiten zum Code Civil nämlich erst sehr spät ein. – Im Buch kann nicht der dynamische Kodifikationsprozess vollständig nachgezeichnet werden, aber es ist gelungen, das Wesentliche darzustellen, was nicht einfach war, weil das Material schier uferlos ist. – In Bezug auf die Kodifikationsbewegungen wird zu Recht auf die bedeutende – zeitliche wie inhaltliche – Vorreiterrolle Preußens hingewiesen, der auch das österreichische ABGB viel verdankt. Das Konzept eines Volksgesetzbuchs stammt ebenso aus Preußen, wie die gar nicht hoch genug einzuschätzenden Bemühungen um eine klare juristische Terminologie und Rechtsprache. Das preußische Gesetzbuch war wohl die bedeutendste legislative Leistung seit Justinian. Die großartigen Leistungen von Carmer, Svarez und Klein wurden lange auch in deutschen Landen nicht gebührend gewürdigt. – Ganz anders Martini, dessen Stoßseufzer nach der Publikation des ALR aber deutlich macht, wie er sich fühlte.<sup>2</sup> Allein es ge-

---

<sup>2</sup> Martinis Stoßseufzer lautete: „Und nun, wer wird es nicht sehr schwer und kützlich finden, nach Homer eine Iliade zu schreiben?“ – Zitiert nach Margret Friedrich, K.A.v. Martinis Reaktion auf die Publikation des „Allgemeinen Gesetzbuches für die preußischen Staaten, in: Barta / Palme / Inghenaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 443 ff (1999).

lang ihm nach der ‚Ilias‘ der Preußen, nicht nur eine österreichische ‚Ilias‘, sondern sogar eine österreichische „Odyssee“ zu ‚dichten‘, die dem preußischen Vorbild legistisch sogar überlegen war. Martinis legistische Abkehr von der preußischen Kasuistik begründete<sup>3</sup> – Jahre vor dem Code Civil – die moderne Gesetzgebungstechnik, die zwei Fliegen auf einen Schlag erreichte: Verständlichkeit und einen deutlich geringeren Umfang des Gesetzes. Weder die österreichische, noch die deutsche Rechtsgeschichte haben das bisher klargelegt. Die österreichische Abkehr von der preußischen Kasuistik – sie erfolgte programmatisch in Martinis Denkschrift (1792) an seinen ehemaligen Schüler Kaiser Leopold II – legte der Gesetzesauslegung und der Lückenfüllung größte Bedeutung bei und schuf jenen angemessenen richterlichen Freiraum, der sich in der Moderne schließlich durchsetzte und der ein Gesetzbuch geschmeidig macht. Weder das ALR, noch der Code Civil haben das geschafft. – Das Ergebnis dieser Bemühungen sind die §§ 6 und 7 ABGB.

Frau Hörtl schildert die Bestrebungen um eine Rechtskodifikation in den untersuchten Ländern nicht ausufernd, aber doch so, dass es das Verständnis ihrer zentralen Fragestellung der „Lückenfüllung“ fördert. Hier werden auch kurz die vornehmlich dem ABGB entnommenen Lückenfüllungsregelungen späterer Gesetzbücher beleuchtet, von denen keines mehr die Qualität des ABGB erreichte; BGB Sachsen 1863, itCC 1864 und 1942, schweizerZGB 1907, spanZGB 1888/89. Das dtBGB (1900) bietet nur eine Nulllösung. – Auch für das Verständnis der immer wieder überschätzten Regel des Art 4 Code Civil, welche dem Richter keinerlei Hilfen bietet, ist die Geschichte der französischen Kodifikation wichtig.

---

<sup>3</sup> In Martinis Denkschrift an Kaiser Leopold II heißt es diesbezüglich unter anderem: „Es wird sich die oesterreichische Gesetzgebung vor der preussischen durch Aufwand von Fleiß und Nachdenken wenigstens den Vorzug erringen können, daß die erste mehr gedrängte und populärer verfaßt, und also auch die Gesetze besser begriffen und leichter behalten werden können.“

## II.

*Teil 2* handelt von „Auslegung und Lückenfüllung“. Nach einer kurzen Einbegleitung werden die Auslegungs- und Lückenfüllungskonzepte der untersuchten Rechtsordnungen dargestellt.

*1. Preußen:* Die Ausführungen über Preußen beginnen mit den von C.G. Svarez in den Kronprinzenvorträgen aufbereiteten Überlegungen zur Selbsthilfe. Sie stehen in einem inneren funktionalen Konnex zur Auslegung und Lückenfüllung, mag auch dieser Zusammenhang wissenschaftlich häufig kaum wahrgenommen werden.<sup>4</sup> Dazu mehr bei der österreichischen Lösung, die diesen Funktionszusammenhang – Dank Martinis Genie – grundsätzlich hergestellt und vorbildlich gelöst hat. – Das ALR war für diese Weiterentwicklung aber wichtig. Der preußische Weg der Auslegung und Lückenfüllung erwies sich aber insofern als problematisch, als Svarez schon in den Kronprinzenvorträgen zur „Macht der Gesetzgebung“ nicht nur das ‚Recht‘ zählte, Gesetze zu erlassen und diese aufzuheben, sondern auch sie verbindlich auszulegen. Das lief auf ein Negieren der richterlichen Gewalt hinaus. Diese Grundhaltung blieb der preußischen Kodifikation erhalten, minderte aber die Qualität des ALR und trug letztlich zu dessen vielfältigen Problemen und Scheitern bei. Hörtl zieht bei ihrer Darstellung der preußischen Entwicklung immer wieder die ausgezeichnete Arbeit von Andreas Schwennicke (Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993) heran und geht vorbildlich auf viele kleine und interessante Details ein, die hier nicht wiedergegeben werden können. Das von der Autorin herausgestellte preußische Misstrauen gegenüber der Richterschaft und vor allem auch gegenüber den Anwälten, entspricht der historischen Situation; grundlegend die „Allerhöchste Königliche Cabinetts-Ordre die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend vom 14. April 1780“.<sup>5</sup> Miss-

---

<sup>4</sup> Ich verweise dazu auf meine Ausführungen, in: Barta / Palme / Inghenaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (Wien, 1999) sowie in: Barta / Pallaver / Rossi / Zucchini (Hg), Storia, Istituzioni e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800) (Trient, 2002).

<sup>5</sup> Abgedruckt bei: Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794. Textausgabe mit einer Einführung (1996<sup>3</sup>).

stände in der preußischen Justiz und der Anwaltschaft hatten zu dieser Haltung geführt. Man darf auch nicht vergessen, dass es in Preußen zu der gerne verdrängten Abschaffung der Anwaltschaft gekommen ist. Man wollte den Bürgern damit etwas Gutes tun. – Im Vordergrund des Buchs stehen aber die Auslegungsfragen, für die das ALR Wichtiges geleistet hat und es stellt ein Versäumnis des späteren dtBGB (1900) dar, dass es meinte, auf solche Regeln verzichten zu können.

2. *Österreich*: Die Darstellung der österreichischen Entwicklung geht umfangmäßig einen vernünftigen Mittelweg. Die Gefahr umfangmäßig zu entgleisen war nämlich groß. – Auch hier wird zunächst auf § 19 ABGB („Selbsthilfeverbot“ und den damit konditional verbundenen Rechtsgewähranspruch des Staates) das Augenmerk gelegt. Diese zentrale Bestimmung des ABGB steht in einem funktionalen Zusammenhang mit den §§ 1, 6 und 7 ABGB und den §§ 16 und 17 und § 344 ABGB. Sie bilden die vorbildliche legistische Grundlage des österreichischen Auslegungskonzepts der §§ 6 und 7 ABGB, deren Qualität später nicht mehr erreicht wurde. Was hier zur Auslegung und Lückenschließung gesagt wird, ist nicht nur historisch korrekt, sondern auch wissenschaftlich anregend und es zeigt, dass auch die österreichische Zivilrechtswissenschaft bis heute die „Schätze“ des ABGB noch nicht vollständig gehoben hat. Aber Rechts-Dogmatik erweist sich eben immer wieder als nur begrenzt rational.

Die Arbeit enthält im Rahmen ihrer Darstellung der nationalen Auslegungs- und Lückenfüllungskonzepte immer wieder kurze historische Rückblenden. Die Literaturverarbeitung berücksichtigt die wesentlichen Äußerungen; Hinweise auf die Judikatur sind immer wieder eingebaut. Anschaulich werden die einzelnen Auslegungsstufen bis zur Analogie nachgezeichnet. Die Lückenfüllungsregeln stehen dabei im Zentrum. Der Lückenbegriff und die Lückenfüllungsinstrumente werden eingehend unter Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechung und des Schrifttums behandelt. Dabei wird auch auf die teleologische Reduktion eingegangen. Wichtig sind die Ausführungen zu den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ des § 7 Satz 2 ABGB. – Weitere Punkte dieses österreichischen Teils behandeln § 8 ABGB – die authentische Interpretation und die immer wieder angesprochene und reflektierte Frage der Rechtsquellenqualität von höchstrichterlichen Urteilen; Richterrecht, Präjudizien etc.

3. *Frankreich*: Auch hier steht am Beginn die Auseinandersetzung mit „Rechtsverweigerung und Selbsthilfe“. Und das hat für Frankreich besondere Bedeutung, denn Art 4 frCC kennt gar keine Lückenfüllungs- und vorgeschalteten Auslegungsregeln, sondern nur das Rechtsverweigerungsverbot. In der französischen Kodifikationsgeschichte konnte sich die modernere Meinung von Portalis nicht durchsetzen. Weshalb Art 4 frCC immer wieder bei deutschen, schweizerischen und anderen Kollegen als (mitunter sogar vorbildliches) Lückenfüllungsinstrument bezeichnet wird, ist unergründlich. Die einfachste Erklärung ist wohl die: Unkenntnis von § 7 ABGB und der preußischen Lösung. Frau Hörtl hat sich bei der Darstellung des französischen Teils große Mühe gegeben und das Ergebnis erscheint mir respektabel. – Anschaulich werden die Surrogatlösungen und -bemühungen durch Rechtsprechung und Schrifttum geschildert. Interessant und über Frankreich hinaus brauchbar erscheinen die extra legem aufbereiteten Auslegungsgrundsätze und -methoden; die *maximes d’interprétation*: *interpretatio cessat in claris*; *exceptio est strictissimae interpretationis*; *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus* etc. Auch „*les méthodes d’interprétation*“ und die Lückenfüllung mit Hilfe der *arguments de l’interprétation* werden sorgfältig dargestellt. In diesen Regeln erweist sich die gemeinrechtliche europäische Entwicklung als tragfähige Grundlage. – Rechtsprechungsbeispiele zu den einzelnen Auslegungsmaximen veranschaulichen die Darstellung. Wie im österreichischen Teil werden auch hier die Probleme des Richterrechts und der Präjudizienwirkung besprochen.

### III.

In einer substanziellen *Zusammenfassung* lässt Frau Hörtl noch einmal die wesentlichen Stationen der Kodifikationsbewegung in den untersuchten Ländern Revue passieren und streicht dabei die nationalen Besonderheiten der gefundenen Lösungen holzschnittartig heraus. Dem preußischen Wunsch nach einem lückenlosen Gesetzbuch, steht das ausgereifte und realistische österreichische Auslegungs- und Lückenfüllungsinstrumentarium der §§ 6 und 7 ABGB gegenüber sowie – insgesamt – eine erstaunliche Unsicherheit und Unentschlossenheit Frankreichs, das sich zu fast nichts aufzuraffen vermochte. – Hier wird zurückhaltend, aber klar die Überlegenheit der österreichischen Lösung herausgearbeitet, die

Österreich dem überragenden Mann seiner Kodifikationsgeschichte Karl Anton von Martini verdankt.<sup>6</sup> – Ob es gelingen wird, diese überlegene Lösung einem europäischen Zivilgesetzbuch zugrunde zu legen sei dahingestellt, zumal Österreichs Ansehen in Europa mittlerweile schwer in Mitleidenschaft gezogen wurde. Es würde für den Weitblick jener sprechen, die zu entscheiden haben, wenn es dennoch geschähe.

Adresse:  
A-6020 Innsbruck, Innrain 52  
Fax: 0512/507-2822  
E-Mail: [Heinz.Barta@uibk.ac.at](mailto:Heinz.Barta@uibk.ac.at)

Heinz Barta  
Institut für Zivilrecht an der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Innsbruck

---

<sup>6</sup> Zu Martini: Hebeis, Karl Anton von Martini (1726-1800). Leben und Werk (1996).

