

ZNR

ISSN 0250-6459

Herausgegeben
von
Martin Löhnig
Regensburg
Bernd Mertens
Erlangen-Nürnberg
Louis Pahlow
Frankfurt/Main
Martin P. Schennach
Innsbruck

Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte

Beiträge

- BERND MERTENS, Erlangen-Nürnberg
Kodifikation, Dekodifikation, Rekodifikation 1
- CHRISTIAN ALUNARU, Arad
Zur Entwicklung des Handelsrechts in Rumänien 30
- LOUIS PAHLOW, Frankfurt/Main
Wettbewerb um Innovationen statt Harmonisierung des Rechts.
Zum Patentrecht im Deutschen Bund 36
- WILHELM BRAUNEDER, Wien – Budapest
Der „Umbruch“ Österreichs 1918/19 in der neuesten Geschichtsschreibung, oder:
Wenn es an der Verfassungsgeschichte mangelt 52
- KONRAD GRACZYK, Kattowitz
In einem Gewissenskonflikt ... Beihilfe zur Fahnenflucht in der Rechtsprechung
des Sondergerichts Kattowitz 65

Miszelle

- BERNHARD KÖNIG, Innsbruck
Das Stickereigericht in Dornbirn – ein Vorarlberger Unikum der Zivilgerichtsbarkeit 84

Diskussion

- CHRISTIAN BALDUS, Heidelberg
Wer braucht die Meistererzählungen? Eine rechtsromanistische Perspektive 92

Forschungsbericht

- MORITZ VORMBAUM, Münster
Strafrecht in Diktaturen 119

- Literatur** (Literaturverzeichnis siehe 2. Umschlagseite) 133

- Impressum** 3. Umschlagseite

- Wissenschaftlicher Beirat, Autoren** 4. Umschlagseite

43. Jahrgang 2021 Nr. 1/2

Beiträge

BERND MERTENS, Erlangen-Nürnberg

Kodifikation, Dekodifikation, Rekodifikation

The inflationary use of the term “codification” does not meet its proper meaning, which is associated with a specific legislative concept stemming from the Age of Enlightenment. In the course of legislative history, the codification concept proved to be capable of change and advantageous for modern science-based legal systems. Countervailing tendencies (“decodification”) are not a new phenomenon and in the long run could not detract from the attractiveness of the codification model in numerous countries (“recodification”). The alleged outdatedness of the codification model stems from exaggerated demands that are not convincing neither from a historical nor a contemporary perspective. The actual advantages of a codification-based civil law system are thus easily lost sight of. Legislation, jurisprudence and judicature are not opponents in this concept, but complement each other to the advantage of the overall legal order.

I. Einleitung: Zum Kodifikationsbegriff; II. Zur Krise der Kodifikationsidee („Dekodifikation“); III. Rekodifikation; IV. Überspannte Anforderungen an das Kodifikationskonzept: A. Die Kodifikation ist nicht alleinige Rechtsquelle, B. Die Kodifikation ist kein Lesebuch für das Volk, C. Die Kodifikation ist weder zeitlos noch an ein bestimmtes Gesellschaftsmodell gebunden; V. Zur Zeitgemäßheit des Kodifikationskonzepts für die Zivilrechtsordnung: A. Nationale Kodifikationen und Europa, B. Abstraktion, Prinzipien- und Systembildung, C. Rechtssicherheit, Übersichtlichkeit und Rechtsklarheit durch Kodifikation.

I. Einleitung: Zum Kodifikationsbegriff

Hat das klassische Kodifikationsmodell in der modernen Zivilrechtsordnung überhaupt noch eine Zukunft oder leben wir in einem „Zeitalter der Dekodifikation“ mit einem fortschreitenden Zerfall des tradierten kontinentaleuropäischen Kodifikationskonzepts? Und was zeichnet die Kodifikationsidee gegenüber anderen Formen der Gesetzgebung überhaupt aus? Um auf diese Fragen eine sachgerechte Antwort geben zu können, sollte man sich zunächst über den Bedeutungsgehalt des Begriffs „Kodifikation“ Klarheit verschaffen, dessen Verwendung im allgemeinen Sprachgebrauch, aber auch im juristischen Diskurs oftmals unreflektiert inflationär erfolgt und sich nicht gerade durch eine große begriffliche Schärfe auszeichnet. So wird selbst in der gängigen rechtshistorischen Literatur das *Corpus Iuris Civilis* Justinians vielerorts ebenso anachronistisch als „Kodifikation“ bezeichnet¹⁾ wie die frühmittelalterlichen Germanenrechte (*leges barbarorum*)²⁾ und manch einer findet eine „europäische Kodifikationsbewegung“ bereits im 13. und 14. Jahrhundert³⁾. Hierin kommt ein sehr vages Begriffs-

¹⁾ ZB S. Meder, Rechtsgeschichte, 6. Aufl 2017, 109, 114; H. Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl 2004, Rn 359. N. Jansen, *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, 2010, bezeichnet Rechtstexte wie das *Corpus Iuris Civilis* und den *Sachsenspiegel* als „non-legislative codifications“, um das Phänomen zu beschreiben, dass ihnen im rechtlichen Diskurs eine ähnliche Autorität zukam wie formalem Gesetzesrecht. Die spezifischen Unterschiede, die derartige Rechtstexte wie auch formale Gesetze ohne Kodifikationscharakter vom eigentlichen Kodifikationskonzept trennen, werden durch eine solche Terminologie leider verwischt.

²⁾ ZB S. Hähnchen, Rechtsgeschichte, 5. Aufl 2016, Rn 214.

³⁾ M. Schmoeckel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, 2005, 173 in Anlehnung an S. Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960, 288 ff, der von einem „Drang zur Kodifikation“ im ausgehenden Hochmittelalter spricht; A. Wolf, *Gesetzgebung in Europa 1100–1500*, 1996, 48, spricht gar von drei „europäischen Kodifikationswellen“ im 13., 14. und

verständnis zum Ausdruck, das unter „Kodifikation“ nicht mehr versteht als ein geschriebenes Gesetz(buch) und das Verfahren zu seiner Aufzeichnung, unabhängig von Inhalt, Gestaltung und Zwecksetzung (*Kodifikation im weiteren Sinne*)⁴). Für eine Gesetzgebungstheorie ist ein derart weiter Kodifikationsbegriff aber wenig tauglich, und auch begriffsgeschichtlich überzeugt er nicht, da es sich bei dem Begriff „Kodifikation“ um ein bewusst kreiertes Kunstwort handelt, dem eine spezifische Programmatik zugrunde lag und das in seinem historischen Entstehungskontext mit einem wesentlich engeren und präziseren Bedeutungsgehalt verwendet wurde.

Der Begriff wurde in seiner englischen Fassung „codification“ von dem englischen Gesetzgebungstheoretiker Jeremy Bentham kreiert und 1815 in später publizierten Briefen Benthams erstmals benutzt⁵). Einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich wurde der Begriff 1817, als Bentham seine weitläufige Korrespondenz in Sachen Kodifikation und öffentliche Erziehung unter dem Titel „Papers relative to Codification and Public Instruction“ drucken ließ, worunter sich auch ein Rundschreiben „On Codification“ befand⁶). 1822 erschien dann Benthams Schrift „Codification Proposal, addressed by Jeremy Bentham to All Nations Professing Liberal Opinions“ im Druck, welche für eine weitere Verbreitung des Programmworts „Kodifikation“ sorgte⁷). In Frankreich und Deutschland fand der Begriff seit den 1820er Jahren Verbreitung und Eingang in die jeweilige Landessprache⁸). Der berühmte deutsche „Kodifikationsstreit“ von 1814

15. Jahrhundert; ein ähnlich weites Begriffsverständnis auch bei *J. Vanderlinden*, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle*, 1967, 242f und *R. Cabrillac*, *Les codifications*, 2002, 63 und passim mit einer ahistorischen Gleichsetzung der Begriffe „code“ und „codification“.

⁴) In diesem weiten Sinne verwendet den Begriff der „Codifikation“ auch Max Weber, der daher auch die Gesetze Hammurabis, die römische Zwölftafelgesetzgebung und den jüdischen Dekalog als „Codifikationen“ bezeichnet: *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Teilbd 3: Recht, hrsg von *W. Gephart* und *S. Hermes*, 2010, 569 ff.

⁵) Näher *B. Mertens*, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, 2004, 489; *J. R. Dinwiddy*, *Bentham*, 1989, 59, schreibt, jedoch ohne Beleg, von einem Gebrauch des Begriffs in (nicht publizierten) Briefen Benthams bereits seit 1806; *I. Kroppenberg*, Art „Kodifikation“, in: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl, hrsg von *A. Cordes ua*, Bd 2, 2012, Sp 1918–1930, hier 1918, nimmt ausschließlich Bezug auf Benthams Schrift „A General View of a Complete Code of Laws“, in der der Begriff aber weder in der erstmaligen englischen Edition (*The Works of Jeremy Bentham*, hrsg von *J. Bowring*, Bd 3, 1843) noch in der früheren französischen Edition (*Traité de législation civile et pénale ...*, hrsg von *E. Dumont*, Bd 1, 1802) vorkommt.

⁶) *J. Bentham*, *Papers relative to Codification and Public Instruction*, Erstaussgabe 1817, moderne Edition: *P. Schofield – J. Harris* (Hrsg), „Legislator of the World“: *Writings on Codification, Law and Education*, 1998, 1 ff.

⁷) *J. Bentham*, *Codification Proposal, addressed by Jeremy Bentham to All Nations Professing Liberal Opinions*, Erstaussgabe 1822, moderne Edition: *Schofield – Harris* (wie Fn 6), 241 ff.

⁸) In Frankreich sorgte insbesondere die von Benthams Anhänger und Übersetzer *Etienne Dumont* herausgegebene Sammlung „De l’organisation judiciaire et de la codification. Extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham“ von 1828 für eine rasche Verbreitung des Begriffs. In *Dumonts* früher Sammlung von Schriften Benthams („*Traité de législation civile et pénale*“, 1802) findet sich der Begriff hingegen noch nicht. Unzutreffend *H. Coing*, *Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht. Einführung*, in: *ders* (Hrsg), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd III/1, 1982, 4 und *Staudinger – Honsell* (2018), Einl zum BGB, Rn 43, wonach sich Benthams Gedanken auf dem Kontinent vor allem durch eine von Dumont herausgegebene Schrift „*De la Codification*“ von 1803 verbreitet hätten. Eine solche Schrift existiert nicht; Coing und Honsell meinen wahrscheinlich die eben zitierte

war, was die zeitgenössische Terminologie betrifft, also kein solcher: Thibaut und Savigny kannten bei der Abfassung ihrer Streitschriften den Begriff noch gar nicht. Bei Bentham zielte der Begriff auf ein Gesetzgebungsprogramm, das auf eine planvolle und systematische Erfassung des gesamten Rechts in Gesetzbüchern gerichtet ist, wobei er besonderen Wert auf ein Streben nach Vollständigkeit, innerer Konsistenz, Eindeutigkeit und Klarheit in den Formulierungen legte⁹⁾. Nach seiner Ansicht sollte eine Kodifikation, die diese Anforderungen erfüllt, für die in ihr geregelten Materien an die Stelle aller bisherigen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsquellen treten, also künftig alleinige Rechtsquelle sein. Auch inhaltlich sollte sie auf neuen, utilitaristischen Prinzipien beruhen.

Bei der Rezeption des Kodifikationsbegriffs auf dem Kontinent seit den 1820er Jahren verloren sich zwar der überoptimistische Perfektionismus Benthams, der strikte Rechtsquellenmonismus und auch die inhaltliche Ausrichtung der Kodifikation auf utilitaristische Prinzipien. Kodifikation blieb aber ein Programmbegriff, der höhere Anforderungen stellt als eine bloße Verschriftlichung bisher ungeschriebenen Rechts oder eine Sammlung und Zusammenfassung bislang verstreuter Rechtsquellen (Kompilation) und sich auch mit einer bloßen Rechtsbereinigung (Konsolidation¹⁰⁾) nicht zufrieden gibt¹¹⁾. Entscheidend blieb das Streben nach einer möglichst umfassenden und systematischen Regelung zentraler Rechtsmaterien, nach innerer Konsistenz, nach einem klaren und schlüssigen Aufbau und nach Eindeutigkeit und Bestimmtheit in den Anordnungen (*Kodifikation im engeren Sinne*). Dieses Streben war in der Gesetzgebung und Gesetzgebungstheorie Kontinentaleuropas schon vor der Bentham'schen Wortschöpfung seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts präsent und blieb es über das ganze 19. Jahrhundert¹²⁾. Der Bentham'sche Begriff verband sich also auf dem Kontinent mit einem Gesetzgebungsprogramm, das vielfach aus aufgeklärt-absolutistischem Denken erwuchs, sich im 19. Jahrhundert aber von diesen Wurzeln emanzipierte und im liberalen Verfassungsstaat ebenfalls Anwendung finden konnte. Dass die Kodifikationsidee hierbei schon früh manchen übersteigerten Optimismus der Aufklärungs-

Schrift von 1828. Zur Rezeption des Begriffs in Deutschland siehe S. Luik, Die Rezeption Jeremy Benthams in der deutschen Rechtswissenschaft, 2003, 254.

⁹⁾ Vgl. Mertens (wie Fn 5), 339, 356 f, 424 f, 454 f (dort auch näher zu Benthams „Pannomion“-Konzept umfassend aufeinander abgestimmter Gesetzbücher); D. J. Lieberman, The province of legislation determined, 1989, 267 f.

¹⁰⁾ Bei der Konsolidation steht die Aufhebung überholter, gegenstandsloser oder sich widersprechender Gesetze und gegebenenfalls die zusammenfassende Neubekanntmachung der noch in Kraft befindlichen Regelungen im Vordergrund, also eine formale Rechtsbereinigung, die auch in Common-law-Rechtssystemen üblich ist, ohne aber die weitergehenden Zielsetzungen des im Text beschriebenen Kodifikationsmodells im engeren Sinne zu verfolgen; näher hierzu Mertens (wie Fn 5), 268 ff.

¹¹⁾ Missverständlich P. Caroni, Art „Kodifikation“; in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Aufl, hrsg von A. Erler ua, Bd 2, 1978, Sp 907–922, hier 907, wonach sich die Geschichte der Kodifikation im Wesentlichen mit der Geschichte der Gesetzgebung decke und in diesem Sinne der Begriff von Bentham verwendet worden sei. Wenn Caroni im Weiteren (Sp 911) von „Kodifikationsplänen“ bei den Humanisten (16. Jahrhundert) oder bei Conring (17. Jahrhundert) spricht, so wird das weder begriffsgeschichtlich noch inhaltlich dem eigentlichen Kodifikationsbegriff gerecht (die Projekte entsprachen eher einer Kompilation und Konsolidation).

¹²⁾ Vgl. B. Mertens, Art „Gesetzgebung“; in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl, hrsg von A. Cordes ua, Bd 2, 2012, Sp 302–315, hier 309 ff.

zeit ablegte und in der weiteren Entwicklung auch nicht mehr an dem Anspruch festhielt, alleinige Rechtsquelle zu sein und die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung als rechtsbildende Faktoren auszuschalten, wird an späterer Stelle noch darzulegen sein¹³).

II. Zur Krise der Kodifikationsidee („Dekodifikation“)

Glaubt man dem wirkungsmächtigen Bild, dass Franz Wieacker von der Privatrechtsgeschichte Deutschlands gezeichnet hat, so gab es eine erste Krise der Kodifikationsidee bereits im 19. Jahrhundert, indem der „Kodifikationsgedanke“ nach dem Ende der napoleonischen Herrschaft einen „schweren Rückschlag“ erlitten habe¹⁴). Nach diesem anschaulichen Bild gab es zwei „Kodifikationswellen“ in Europa, eine „naturrechtliche“ um 1800 und eine „nationalstaatliche“ um 1900 und dazwischen „ein tiefes Wellental“ für die Kodifikationsidee. Als Ursachen nennt er den Aufstieg der kodifikationsfeindlichen historischen Rechtsschule und einen „Rückschlag auf dem Wege zur modernen Nation“. An diesem Bild ist vieles schief¹⁵). So ist der Blick dabei einseitig auf die „großen“ nationalstaatlichen Kodifikationen fixiert und ignoriert die zahlreichen und intensiven (wenn auch nicht immer erfolgreichen) partikularstaatlichen Kodifikationsbemühungen der einzelnen Länder des Deutschen Bundes wie auch etwa der Schweizer Kantone, die auch nach dem „Kodifikationsstreit“ unvermindert fortgesetzt wurden¹⁶). Auch war der tatsächliche Einfluss der historischen Rechtsschule auf die Kodifikationsanstrengungen der einzelnen Länder wesentlich geringer, als dieses Bild glauben macht¹⁷). Dies festzuhalten ist deshalb von Wichtigkeit, weil auch der gegenwärtig heraufbeschworenen „Kodifikationskrise“ wiederum ein Narrativ zugrunde liegt, wonach das Kodifikationsmodell allein einer nationalstaatlichen Rechtsvereinheitlichung gedient habe und daher in unserer Gegenwart überholt sei.

Für die gegenwärtig heraufbeschworene Kodifikationskrise wurde von Natalino Irti Ende der 1970er Jahre das nicht weniger wirkungsmächtige Bild eines „Zeitalters der Dekodifikation“ geprägt¹⁸). Das griffige neue Schlagwort hat zusammen mit provokanten Thesen, die elementare Zerfallserscheinungen heraufbeschwören, im Wissen-

¹³) Siehe unten IV.A.

¹⁴) F. Wieacker, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: Festschrift für Gustav Boehmer, 1954, 34–50, hier 43; dort auch die folgenden Zitate. Ähnlich das Bild bei Caroni (wie Fn 11), Sp 915 ff. „erster Gipfel“ der Kodifikationsgeschichte mit den „naturrechtlichen“ Gesetzbüchern, dann die Kritik der historischen Rechtsschule und schließlich eine „zweite Kodifikationswelle“ in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

¹⁵) Vgl. B. Mertens, Gönner, Feuerbach, Savigny, 2018, 132 f.; ders (wie Fn 12), Sp 311 f. Zum missverständlichen Begriff der „Naturrechtsgesetzbücher“ und der einseitigen Fixierung auf nationale Kodifikationsprojekte D. Klippel, Die Philosophie der Gesetzgebung. Naturrecht und Rechtsphilosophie als Gesetzgebungswissenschaft im 18. und 19. Jahrhundert, in: B. Dölemeyer – D. Klippel (Hrsg.), Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit, 1998, 225–248, hier 229.

¹⁶) Einen Überblick über die zahlreichen zivilrechtlichen Kodifikationsanstrengungen im 19. Jahrhundert in Europa gibt H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd 3, Teilb 1 (romanischsprachige Länder und Benelux), Teilbd 2 (deutschsprachige Länder) und Teilbd 3 (Sonderprivatrecht), 1982/1986.

¹⁷) Vgl. C. Schöler, Deutsche Rechtseinheit, 2004, 235 ff.

¹⁸) N. Irti, Letà della decodificazione, 1. Aufl 1979, im Folgenden wird nach der 3. Aufl 1989 zitiert.

schaftsbetrieb schnell Konjunktur gemacht. Demnach entstamme das Kodifikationskonzept einem untergegangenen „Zeitalter der Sicherheit“¹⁹), das abgelöst worden sei durch ein gegenwärtiges Zeitalter der „Dekodifikation“, geprägt durch Unsicherheit und Instabilität²⁰). Irti konstatiert, primär auf die italienische Rechtsordnung bezogen, eine Auflösung des einheitlichen und an einer zentralen Kodifikation ausgerichteten Zivilrechtssystems zugunsten diverser „Mikrosysteme“, die ihrer autonomen Logik und eigenen Prinzipien folgen und dabei auch im Widerspruch zur Kodifikation stehen können²¹). Die Kodifikation verliere ihren Charakter als Zentrum des Rechtsquellsystems und werde abgelöst durch ein polyzentrisches System²²). Andere haben diese These aufgegriffen und von ihrem italienischen Entstehungskontext gelöst²³).

Hauptverursacher des Dekodifikationsprozesses ist demnach der Gesetzgeber selbst durch eine Flut von zivilrechtlichen Spezialgesetzen, deren Regelungsinhalte bewusst nicht in die Kodifikation integriert werden. Hierbei kann man unterscheiden zwischen ergänzenden Spezialgesetzen, die Regelungen aus der Kodifikation nur ergänzen und konkretisieren, und autonomen Spezialgesetzen, die in ihrer Struktur, Dogmatik und Terminologie nicht an die Kodifikation rückgebunden sind, sondern eigene Wege gehen. Während die erstgenannte Variante das Kodifikationskonzept nicht grundsätzlich in Frage stellt und sich diesem unterordnet, kann die zweite Variante zu selbstreferentiellen Sonderprivatrechten mit ausgeprägtem Eigenleben führen, wofür das Arbeitsrecht ein bekanntes Beispiel liefert²⁴). Während die Benennung dieses Vorgangs als „Dekodifikationsprozess“ erst einige Jahrzehnte alt ist, ist der Vorgang selbst, bezogen auf die deutsche Rechtsentwicklung, wesentlich älter und setzte schon kurze Zeit nach Inkrafttreten der Kodifikation (in diesem Fall des deutschen BGB) ein. So ließ sich bereits seit dem Ende des Ersten Weltkriegs eine Entwicklung zu solchen spezialgesetzlichen Sonderprivatrechten beobachten, und zwar nicht nur im Arbeitsrecht, sondern auch im Wohnraummietrecht und im Grundstücksrecht (Erbbaurecht und Heimstättenrecht), also in zentralen Materien der Kodifikation²⁵). Und schon 1954 sprach Wieacker davon, dass das neue Sozial- und Wirtschaftsrecht „Geist und äußere Einheit“ der privatrechtlichen Kodifikationen gesprengt habe, indem der Gesetzgeber beständig lenkend in die Privatrechtsbeziehungen eingreife, anstatt, wie bei Entstehung des BGB, nur den Spielraum für eigenverantwortliches Handeln abzustecken²⁶).

¹⁹) Irti bezieht sich hierbei auf *Stefan Zweigs* Charakterisierung der Epoche vor Ausbruch des Ersten Weltkriegs als (untergegangenes) „goldenes Zeitalter der Sicherheit“ in seiner Autobiographie „Die Welt von Gestern“, 1942.

²⁰) *Irti* (wie Fn 18), 3, 39; hieran anknüpfend *P. Caroni*, *Gesetz und Gesetzbuch*, 2003, 155 ff.

²¹) *Irti* (wie Fn 18), 25, 35, 179.

²²) *Irti* (wie Fn 18), 33, 72.

²³) Etwa *M. Bellomo*, *L'Europa del diritto comune*, 1988, 37 ff (dt: Europäische Rechtseinheit, 2005, 26 ff); *Caroni* (wie Fn 20), 87 ff, 156; *S. Genner*, *Dekodifikation*, 2006, 171.

²⁴) Vgl. *J. Rückert*, *Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?*, in: *JZ* 2003, 749–760, 756; *ders.*, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vor § 1, Rn 102 f.

²⁵) Ausführlich zu dieser Entwicklung in der Weimarer Republik *B. Mertens*, *Einzelgesetze statt Kodifikation im Deutschen Reich nach 1918*, in: *ZNR* 2019, 2–19, hier 4 ff; zu den „Dekodifikationserscheinungen“ (*avant la lettre*) in der NS-Zeit *B. Mertens*, *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*, 2009, 105 ff.

²⁶) *Wieacker* (wie Fn 14), 48 f.

Diese in der Weimarer Republik einsetzende Spezialgesetzgebung überschritt auch bewusst die vom BGB streng durchgeführte Grenzziehung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und regelte einzelne Lebensbereiche, in denen politischer Handlungsbedarf bestand, ohne Rücksicht auf die der Kodifikation zugrunde gelegte Dogmatik. An der Kodifikation selbst war dieser Strukturwandel nicht ablesbar, da sie von kleineren Ausnahmen abgesehen äußerlich unangetastet blieb. Ursächlich für diese Entwicklung waren ein oftmals dringender Handlungsbedarf in den Krisen nach dem Ersten Weltkrieg, dem man außerhalb der Kodifikation schneller und gezielter begegnen zu können glaubte, und der damit einhergehende provisorische Charakter vieler Regelungen, die anders als die Kodifikation den Rechtszustand nicht dauerhaft festschreiben, sondern nur vorübergehend bis zum Abklingen der akuten wirtschaftlichen und sozialen Krisen überlagern sollten. So war es möglich, die Kodifikation als reines Privatrechtsgesetzbuch, das auf den Prinzipien der Privatautonomie und einem formalen Verständnis der Vertragsfreiheit beruhte, äußerlich aufrechtzuerhalten, und die Krisenbekämpfung ohne „dogmatische Fesseln“ und mit den Mitteln zwingenden Rechts in der Spezialgesetzgebung vorzunehmen²⁷). Erkauft wurde diese gesetzgeberische Handlungsfreiheit jedoch mit Abstrichen an ebenjenen Idealen, die dem aufklärerischen Kodifikationskonzept zugrunde lagen und von denen oben die Rede war. Für die gegenwärtige Dekodifikationsdebatte ist dabei wichtig festzustellen, dass die beschriebenen „Dekodifikationserscheinungen“ kein neues Phänomen sind, sondern jedenfalls bezogen auf die deutsche Privatrechtsordnung schon kurz nach Erlass der Kodifikation einsetzten.

Einige Jahre bevor Irti für die italienische Rechtsordnung die Dekodifikationsvorgänge beschrieb, gab es bereits im deutschsprachigen Raum Stimmen, die dem Kodifikationsmodell der kontinentaleuropäischen Privatrechtsordnungen die Eignung absprachen, der Komplexität und Pluralität der modernen, demokratisch verfassten Gesellschaften mit ihren vielen Sonderinteressen zu genügen²⁸). Die beschriebene Entwicklung zu autonomer Spezialgesetzgebung und der Verselbständigung ganzer Sonderprivatrechtsbereiche erscheine demnach als logische Folge einer zunehmend pluralistischen Gesellschaft, in der gruppenspezifische Sonderinteressen die Oberhand gewinnen²⁹). Die Gesetzgebung moderner parlamentarischer Demokratien sei zwangsläufig nicht an langfristigen rechtlichen Ordnungsaufgaben ausgerichtet, wie sie dem Kodifikationsmodell zugrunde liegen, sondern an den tagesaktuellen Bedürfnissen einer sich schnell wandelnden Gesellschaft. Zweckrationalität trete in Konflikt zu vermeintlich unpolitischer Wertrationalität³⁰). Die einem bürgerlichen Obrigkeitsstaat entstammenden großen Gesetzbücher seien daher Anachronismen in einer modernen, offenen Gesellschaft, in der der fragmentarische und periodische Charakter der Ge-

²⁷) Näher *K. W. Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, 1988, 42 ff.; *J. Schröder*, Kollektivistische Theorien und Privatrecht in der Weimarer Republik am Beispiel der Vertragsfreiheit, in: *K. W. Nörr – B. Schefold – F. Tenbruck* (Hrsg.), Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, 1994, 335–359, hier 338; *Mertens*, Einzelgesetze (wie Fn 25), 18.

²⁸) *F. Kübler*, Kodifikation und Demokratie, in: *JZ* 1969, 645–650, 645 ff.; *J. Esser*, Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute, in: 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde, hrsg von *H.-J. Vogel* und *J. Esser*, 1977, S. 13–40, hier 13 ff.

²⁹) So auch der Befund bei *Irti* (wie Fn 18), 26 ff, 176.

³⁰) *Esser* (wie Fn 28), 15, 25 ff.

setzung Normalität sei³¹). Diese Thesen von der Ungeeignetheit des Kodifikationsmodells für eine moderne Gesellschaft wurden auch von anderen aufgegriffen³²). Das Kodifikationskonzept, das auf der Annahme einer einheitlichen bürgerlichen Gesellschaft mit formal gleichen Rechten beruhe, könne heute nicht mehr überzeugen; ein „vitaler Pluralismus“ in der Gesellschaft entziehe sich „kodifikatorischer Nivellierung“ und fordere „lauthals“ ein „ungleiches Recht“³³).

Tatsächlich lässt sich die Einflussnahme von Verbänden und Interessengruppen auf den Gesetzgeber leichter durch Spezialgesetzgebung, die gezielt partikulare Sonderinteressen bedient, befriedigen. Auch politische Kompromisse lassen sich so leichter umsetzen und Friktionen mit bestehenden Regelungen besser kaschieren. Eine plakative und aktionistische Spezialgesetzgebung, die eine bestimmte Botschaft vermitteln will, lässt sich politisch besser verkaufen als dogmatisch durchdachte Regelungen auf hohem Abstraktionsniveau innerhalb einer Kodifikation. Letztere ist anspruchsvoller, setzt sorgfältige Vorarbeiten voraus, für die in der Tagespolitik mitunter weder Zeit noch Interesse bestehen, da sie keinen politischen Mehrwert einbringen.

Schließlich ist es auch nicht der Gesetzgeber allein, der durch seine Gesetzgebung zu den beschriebenen Dekodifikationsprozessen beiträgt. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft können hieran durch eine aktiv betriebene Rechtsfortbildung einen nicht unbedeutenden Anteil haben³⁴). Hierbei sollte man wiederum unterscheiden zwischen einer Rechtsfortbildung, die sich in System und Dogmatik der Kodifikation einfügt und diese aus sich selbst heraus weiterentwickelt, und andererseits einer autonomen Rechtsfortbildung ohne Rückbindung oder gar im bewussten Gegensatz zur Kodifikation. Eine Gefahr für die Kodifikation stellt nur die zweite Variante dar. Bei der ersten Variante handelt es sich hingegen gar nicht um einen „Dekodifikationsvorgang“, sondern um eine mit einem modernen Kodifikationskonzept gut vereinbare und sogar notwendige Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Der Gesetzgeber kann diese Arbeitsteilung bewusst steuern und stimulieren, etwa durch den Einsatz von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in der Kodifikation oder auch, indem er gewisse Rechtsfragen in der Kodifikation bewusst ungeregelt lässt. Die Vorstellung, dass die Kodifikation alleinige Rechtsquelle sein soll und Gerichte und Rechtslehre nicht mehr als der berühmte „Mund des Gesetzes“³⁵),

³¹) Kübler (wie Fn 28), 648 f, 651; Esser (wie Fn 28), 18.

³²) Caroni (wie Fn 20), 90 ff; Genner (wie Fn 23), 208.

³³) Caroni (wie Fn 20), 93.

³⁴) Während Irti und – avant la lettre – auch schon Wieacker die treibende Kraft des Dekodifikationsprozesses bei der Spezialgesetzgebung sehen, also beim Gesetzgeber selbst, hebt *L. Niglia*, *The Struggle for European Private Law – A Critique of Codification*, 2015, 60 ff, hingegen die Rolle von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft beim Dekodifikationsprozess hervor und übergeht gänzlich das Phänomen der legislativen Dekodifikation. Das ist wohl seiner zentralen These geschuldet, wonach Rechtswissenschaft und Rechtsprechung die treibenden Kräfte bei einer Rechtsvereinheitlichung in Europa sein sollen anstelle eines „etatistischen“ Modells, das den Gesetzgeber als maßgebliche Kraft und die Kodifikation als maßgebliches Instrument der europäischen Rechtsvereinheitlichung sieht (*Niglia*, 111 ff, 155 f). Nur so ließe sich der soziale Gehalt des Privatrechts bewahren.

³⁵) „Les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche, qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur“, *C.-L. Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, Erstausgabe 1748, livre XI, chap 6; zu dieser Metapher *R. Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 1986, 93 ff.

wurde schon im 19. Jahrhundert sehr bald aufgegeben zugunsten eines realistischeren Kodifikationskonzepts, das bewusst mit einer Mehrheit von Rechtsquellen arbeitet. Ein Problem wird daraus erst dann, wenn die Rückbindung an die Kodifikation fehlt. Ich werde darauf im Zusammenhang mit der Erörterung der Zeitgemäßheit des Kodifikationskonzepts und den unrealistischen Erwartungen daran zurückkommen (unten IV.A).

III. Rekodifikation

Steuern wir also unaufhaltsam auf ein „Zeitalter der Dekodifikation“ zu oder sind wir schon längst darin angekommen? Bevor wir uns inhaltlich näher mit der Frage nach der Zeitgemäßheit des Kodifikationskonzepts für die Gegenwart auseinandersetzen, ist zunächst der tatsächliche Befund einer um sich greifenden Dekodifikation näher zu hinterfragen. Zunächst aus globaler Sicht: Schon wenige Jahre nach dem erstmaligen Erscheinen von Irtis Dekodifikationsschrift schrieb ein Landsmann von ihm ganz im Gegenteil von einer „frenesia di codificare“ in weiten Teilen der Welt und zählte bereits 1983 vierzig Länder mit neuen Zivilrechtskodifikationen seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs³⁶). Durch den Zusammenbruch des Ostblocks ist diese Liste seit 1989 auch in Europa nochmals wesentlich länger geworden, wobei bemerkenswert ist, dass in vielen Ländern Osteuropas eine Kodifikation als das geeignetste Instrument für eine zügige und umfassende Transformation der Privatrechtsordnung angesehen wurde. Doch auch wenn man den Blick auf die westlichen Länder Kontinentaleuropas mit ihren weit in das 19. Jahrhundert zurückreichenden Kodifikationstraditionen verengt, kommt sogleich das Beispiel der Niederlande in das Blickfeld, wo in den letzten Jahrzehnten ein neues Bürgerliches Gesetzbuch entstand, dessen sukzessive Inkraftsetzung mittlerweile abgeschlossen ist³⁷). Interessanterweise entschied man sich in den Niederlanden dabei für eine Einbeziehung des Handelsrechts und des Verbraucherrechts in die neue Privatrechtskodifikation, womit die Konzentrationswirkung der Kodifikationsleistung noch über die Bemühungen des 19. Jahrhunderts, die besonders in Frankreich und Deutschland zu separaten Kodifikationen des Handelsrechts führten, hinausgeht.

Bei der Neukodifikation in den Niederlanden erfolgte, ebenso wie in einigen osteuropäischen Ländern wie Estland und Russland³⁸), eine „buchweise“ Beratung und Verabschiedung der einzelnen Teile der Kodifikation, was für den Gesamterfolg des großangelegten Kodifikationsprojektes wohl mitentscheidend war. Diese sukzessive Erstel-

³⁶) R. Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in: *Rivista di diritto civile* 1983, 117–135, hier 120 f.

³⁷) 1970 Buch I (Personen- und Familienrecht), 1976 Buch II (juristische Personen), 1991 Buch VIII (Transportrecht), 1992 Bücher III (allgemeines Vermögensrecht), V (Sachenrecht), VI (allgemeines Schuldrecht und gesetzliche Schuldverhältnisse) und VII (besonderes Vertragsrecht) und 2003 schließlich Buch IV (Erbrecht); zum Werdegang der neuen niederländischen Kodifikation siehe den Überblick von D. van Dijk, *Der politische Werdegang des Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches*, in: F. Bydlinski – T. Mayer-Maly – J. W. Pichler (Hrsg.), *Renaissance der Idee der Kodifikation*, 1991, 23 ff.

³⁸) Die vier Bücher des neuen russischen ZGB wurden 1995, 1996, 2002 und 2008 schrittweise in Kraft gesetzt; zur schrittweisen Kodifikation in Estland 1993–2002 siehe M. Luts, *Die neue estnische Privatrechtskodifikation zwischen Geschichte und Zukunft von Europa*, in: C. Peterson (Hrsg.), *Die Kodifikation und die Juristen*, 2008, 133–149, hier 142 ff.

lung von Teilentwürfen durch Kommissionen und deren getrennte parlamentarische Beratung und Inkraftsetzung ist wohl unter modernen parlamentarischen Rahmenbedingungen tatsächlich die geeignetste Methode, um größere Kodifikationsprojekte erfolgreich durchzuführen. Die oben dargestellte These von der Ungeeignetheit von Kodifikationen für moderne, pluralistisch und demokratisch verfasste Gesellschaften bestätigte sich hier also nicht. Schon eher ließe sich sagen, dass eine Entwurfserstellung durch eine Einzelperson und eine En-bloc-Beratung des Gesamtentwurfs im Parlament, wie sie früher bei einigen Kodifikationsprojekten erfolgte und in der Gesetzgebungstheorie einige Befürworter hat (Gesetzbuch „aus einem Guss“), den modernen Anforderungen und Rahmenbedingungen für großangelegte Kodifikationsprojekte kaum mehr gerecht wird³⁹⁾. Auch die Vorzüge von Allgemeinen Teilen als Bestandteil der Zivilrechtskodifikation wurden in jüngerer Zeit wiederentdeckt, so dass viele der osteuropäischen Neukodifikationen (zum Beispiel das russische ZGB und das estnische ZGB), aber auch das neue Bürgerliche Gesetzbuch der Niederlande (im Vermögensrecht) sich bewusst für einen Allgemeinen Teil entschieden haben⁴⁰⁾.

Doch wie steht es mit dem Dekodifikationsprozess in den anderen Ländern des westlichen Kontinentaleuropas? Hier wäre ein länderübergreifendes Pauschalurteil sicher unsachgemäß und gerade der Blick auf Länder wie Österreich, Frankreich und Italien zeigt in der Tat einen Trend zur Aushöhlung der zentralen Privatrechtskodifikation durch Spezialgesetzgebung, aber auch erste Ansätze zu einer Umkehrung dieses Trends⁴¹⁾. In Deutschland ist die Umkehrung des Dekodifikationsprozesses durch (Re-)Integration zwischenzeitlich in Spezialgesetzen ausgegliederter oder zunächst spezialgesetzlich geregelter Materien in das BGB und die Kodifizierung rechtsprechungsgestützter Rechtsfortbildung schon wesentlich weiter gediehen. Im Familienrecht wurde das in der NS-Zeit aus dem BGB ausgegliederte Eherecht 1976 (Scheidungsrecht) und 1998 (Eheschließungsrecht) wieder ins BGB integriert. Im Schuldrecht wurden mit dem Schuldrechtmodernisierungsgesetz von 2001 etliche seit den 1970er Jahren entstandene Spezialgesetze in das BGB integriert (AGB-Gesetz, Haustürwiderrufgesetz, Verbraucherkreditgesetz, Teilzeitwohnrechtgesetz, Fernabsatzgesetz) und praeter legem entwickelte Rechtsfiguren wie die culpa in contrahendo und der Wegfall der Geschäftsgrundlage im BGB kodifiziert.

³⁹⁾ Zur gesetzgebungstheoretischen Diskussion über die Entwurfserstellung durch eine Einzelperson oder Kommission siehe *Mertens* (wie Fn 5), 88 ff; zur Diskussion über eine En-bloc-Beratung im Parlament ebenda, 192 ff; das schweizerische Zivilgesetzbuch ist ein typisches Beispiel für eine Entwurfserstellung durch eine Einzelperson (Eugen Huber), doch erfolgte die Beratung hierzu im Parlament (National- und Ständerat) entgegen den ursprünglichen Hoffnungen des Bundesrats nicht en bloc, sondern sehr detailliert sowohl im Ausschuss als auch im Plenum.

⁴⁰⁾ Zur kontroversen Diskussion über die Gebotenheit eines Allgemeinen Teils in der Gesetzgebungstheorie siehe unten V.B.

⁴¹⁾ Zum aktuellen Befund für Österreich siehe *D. Didovic*, Kodifikation oder Nebengesetz in der deutschen und in der österreichischen Privatrechtsordnung, 2009; zu Frankreich siehe den Überblick über die Dekodifikationserscheinungen bezogen auf den Code civil von *P. Rémy*, Regards sur le Code, in: *Le Code civil 1804–2004. Livre du Bicentenaire*, 2004, 99 (110 ff), in diesem Sammelband auch mehrere Beiträge zur Möglichkeit einer „recodification“ des französischen Privatrechts; zu Italien siehe den Überblick von *P. Kindler*, Nationale Kodifikation und europäisches Unionsprivatrecht – ein Blick in das „Gesetzgebungslaboratorium“ Italien, in: *A. Koch – M. Rossi* (Hrsg), *Kodifikation in Europa*, 2012, 83–102, hier 93 f zur „decodificazione“ und „ricodificazione“:

Der deutsche Gesetzgeber folgte damit in den letzten Jahrzehnten wie in den Niederlanden einem integrativen und systemorientierten Ansatz, indem auch das Verbraucherschutzrecht in die Kodifikation integriert wurde und weder (wie in der Anfangszeit des Verbraucherschutzes) der Einzelgesetzgebung überlassen noch (wie in Österreich, Frankreich und Italien) einem autonomen Kodifikationsregime in einem Verbrauchergesetzbuch unterworfen wurde. Die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtmodernisierungsgesetz von 2001 spricht anschaulich davon, dass es an der Zeit sei, „die das Bürgerliche Gesetzbuch immer mehr überwuchernden (schuldrechtlichen) Sondergesetze zu sichten und ihren dauerhaften Bestand in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren“⁴²⁾. Der Gesetzgeber verfolgte damit explizit das Ziel, „die integrative Kraft des Bürgerlichen Gesetzbuchs [zu nutzen], um die Einheit des Schuldrechts zu gewährleisten und zu stärken“ und damit „wieder eine Homogenität in der Regelung des Privatrechts herzustellen und das (zivilrechtliche) Verbraucherrecht an den Grundprinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuchs auszurichten“⁴³⁾.

Schwieriger gestaltete sich die Rekodifikation im Mietrecht, wo der Zusammenhang der De- und Rekodifikationsprozesse mit sozialpolitischen Reformanliegen und der Entwicklung des Wohnungsmarktes besonders deutlich wird. In der Weimarer Republik und der NS-Zeit blieb das BGB-Mietrecht zwar äußerlich unangetastet, wurde aber durch ein immer dichteres Netz von Spezialgesetzgebung auf Reichs-, Länder- und Kommunalebene überlagert, was die damalige Literatur zu dem Stoßseufzer veranlasste, dass das deutsche Miet- und Wohnungsnotrecht an Unübersichtlichkeit kaum noch zu überbieten sei⁴⁴⁾. Hier zeigten sich geradezu mustergültig Ursachen und Wirkungen des Dekodifikationsprozesses: dringender Handlungsbedarf, dem man durch provisorische Einzelgesetzgebung außerhalb der Kodifikation gerecht zu werden suchte, die Auflösung einer strikten Trennung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Regelungen, tiefe Eingriffe in die Privatautonomie der Vertragsparteien, die schleichende Mutation der Provisorien zu Dauerlösungen und damit einhergehend die weitgehende Emanzipation einer Spezialmaterie gegenüber den Regelungen in der Kodifikation⁴⁵⁾.

Eine Umkehrung dieses Prozesses durch eine sozialpolitische Neugestaltung des BGB-Mietrechts wurde zwar schon in der Weimarer Republik durch den Gesetzgeber in Aussicht gestellt, tatsächlich aber erst in der Bundesrepublik schrittweise und im steten Auf und Ab von Rekodifikationsbemühungen und neuen Dekodifikationserscheinungen verwirklicht. Zunächst erfolgte ab 1960 ein schrittweiser Abbau der spezialgesetzlichen Wohnungszwangswirtschaft und 1964/67 die Integration eines sozialen Mietrechts in das BGB. Schon 1971 kam es aber zu einer erneuten Ausweitung des Mieterschutzes durch zunächst zeitlich befristete Spezialgesetzgebung, deren Befristung nach einigen Jahren aufgehoben wurde. 2001 erfolgten dann eine grundlegende Neustruktu-

⁴²⁾ BT-Drucksache 14/6040, S 79.

⁴³⁾ BT-Drucksache 14/6040, 79, 97. Zu den Vorteilen dieses Ansatzes gegenüber einem separaten Verbrauchergesetzbuch *K. Wagner*, Der Einfluss Europas auf das BGB, 2016, 350 ff mwN; zu einer Bündelung sämtlicher verbraucherrechtlicher Vorschriften in einem eigenständigen Buch innerhalb des BGB *J. Ludwigkeit*, Richtlinienumsetzung und Kodifikation, 2019, 349 ff.

⁴⁴⁾ *A. Meyerowitz*, Das gesamte Miet- und Wohnungsnotrecht, 2. Aufl 1929, 69.

⁴⁵⁾ Näher zu den damaligen Dekodifikationsprozessen im Mietrecht und den Gründen dafür *Mertens* (wie Fn 25), 9 ff.

rierung des kodifizierten Mietrechts mit einer Ausrichtung an der Wohnungsmiete anstelle der Grundstücksrente als Regelungsmodell sowie einer erneuten Integration der Spezialgesetzgebung in die Kodifikation. Vorausgegangen waren erneute Klagen über die Unübersichtlichkeit und Zersplitterung des Mietrechts wie schon in der Weimarer Republik. Die letzten Jahre seit der Reform von 2001 sind im Mietrecht einerseits von neuer spezieller Rechtsetzung außerhalb der Kodifikation geprägt, andererseits von immer detailreicheren, sozialpolitisch motivierten Spezialregelungen auch *innerhalb* des BGB, deren heterogene Kasuistik den speziellen mietrechtlichen Verordnungen kaum nachsteht⁴⁶⁾. Hier zeigen sich also Dekodifikationserscheinungen auch innerhalb der Kodifikation durch kasuistische und prinzipiendurchbrechende Spezialregelungen, womit auch zeitlich befristete „Experimentierklauseln“ Einzug in das BGB gefunden haben⁴⁷⁾.

Kluge Beobachter dieser Entwicklung haben treffend von einer „immerwährenden Dialektik“ von Kodifikation, Dekodifikation und Rekodifikation gesprochen⁴⁸⁾. Die Vorteile von Einzelgesetzgebung und Kodifikation ließen sich dabei bewusst miteinander kombinieren, wenn dringlicher Regelungsbedarf zunächst durch provisorische Spezialgesetzgebung aufgefangen und zu einem späteren Zeitpunkt wohlüberlegt und systematisch stimmig in die Kodifikation überführt wird. Die Einzelgesetzgebung könnte hierbei auch die Funktion experimenteller Gesetzgebung übernehmen, bei der der Gesetzgeber erst testen will, ob sie sich in der Rechtsanwendung bewährt⁴⁹⁾. Allerdings sollte man mit solchen unausgegorenen Experimentiergesetzen in den Kernmaterien des Privatrechts sehr sparsam umgehen. Eine vorausschauende Gesetzesfolgenanalyse im Gesetzgebungsprozess kann manche unüberlegte und schon bald wieder kassierte Experimentiergesetze, die das Vertrauen in die Stabilität der Rechtsordnung gefährden, überflüssig machen.

Ein ähnlicher „dialektischer“ Prozess kann auch hinsichtlich der von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft betriebenen Rechtsfortbildung erfolgen, indem deren Ergebnisse, wenn sie mit System und Dogmatik der Kodifikation in Einklang stehen, sukzessive in die Kodifikation übernommen werden, wobei auch Generalklauseln konkretisiert werden können. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001 liefert hierfür gute Beispiele. Im Idealfall kommt es so zu einem bewussten Zusammenwirken von Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, um die Kodifikation auf der Höhe der Zeit zu halten. Eine auf Dauer gelungene Kodifikation ist immer ein Gemeinschaftswerk und setzt eine enge Kooperation von Gesetzgeber, Rechtswissen-

⁴⁶⁾ Anschauliche Beispiele für neue Detailregelungen *innerhalb* der Kodifikation, die an Kasuistik den Spezialverordnungen kaum nachstehen, liefern etwa §§ 555 b–555 d BGB („Modernisierungsmaßnahmen“) und § 558 BGB („Kappungsgrenze“).

⁴⁷⁾ ZB § 556 d Abs 2 BGB.

⁴⁸⁾ K. Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, 51; R. Schulze – H. Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht, in: *dies* (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 1–24, hier 4 („Zyklus von Kodifikation, Dekodifikation und Rekodifikation“); eher auf den äußerlichen Aspekt einer „permanenten Generalbereinigung der Rechtsordnung“ abstellend P. Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, 218, 234 ff, der das „Zeitalter der spektakulären Monumentalkodifikationen“ für überholt hält (216).

⁴⁹⁾ Schmidt (wie Fn 48), 51 f.

schaft und Rechtsprechung voraus, die dem Versuch widerstehen, eigene Sonderwege zu gehen und sich vielmehr in den Dienst des Gemeinschaftswerks stellen.

IV. Überspannte Anforderungen an das Kodifikationskonzept

Um die angebliche Unzeitgemäßheit des Kodifikationskonzepts zu demonstrieren, ist es ein beliebtes Mittel, überzogene Anforderungen an die Kodifikation zu stellen, deren Erfüllbarkeit dann widerlegt werden kann. Dieses Instruments haben sich schon Savigny und viele Kodifikationsgegner nach ihm bedient. Wenn manche heute von einer „Entzauberung“ der Kodifikation im „Zeitalter der Dekodifikation“ sprechen⁵⁰⁾, so ist dem zu entgegnen, dass das Kodifikationskonzept nur insoweit einer Entzauberung bedarf, als es von ungerechtfertigten Ansprüchen gerade der Kodifikationsgegner befreit wird. Sehen wir uns die Anforderungen näher an, die an eine Kodifikation zu stellen sind.

A. Die Kodifikation ist nicht alleinige Rechtsquelle

Savigny hielt in Ansehung des Stoffes eines Gesetzbuchs die Vollständigkeit für „die wichtigste und schwierigste Aufgabe“: „Das Gesetzbuch nämlich soll, da es einzige Rechtsquelle zu seyn bestimmt ist, auch in der That für jeden vorkommenden Fall im Voraus die Entscheidung enthalten.“⁵¹⁾ Ähnlich formulierten das auch einige Gesetzgebungstheoretiker der Aufklärungszeit⁵²⁾ und bis in die Gegenwart ist es ein beliebtes Argument gerade der Kodifikations skeptiker, dem Kodifikationskonzept ein rigoroses Vollständigkeitsdogma im Sinne der Lückenlosigkeit und des Rechtsquellenmonismus (Kodifikation als einzige Rechtsquelle) zu unterstellen, um anschließend dessen Unzeitgemäßheit unter Beweis zu stellen⁵³⁾. Von vielen übernommen wurde die Einschätzung Wieackers, dass dem Kodifikationskonzept die „Herrschaft eines lückenlosen Normensystems“ zugrunde liege,⁵⁴⁾ und noch dem deutschen BGB unterstellt er, es sei „entsprechend dem positivistischen Ideal der Lückenlosigkeit und der strengen richterlichen Bindung an das Gesetz Kodifikation, d.h. der Absicht nach abschließende und erschöpfende Aufzeichnung seiner Materie“⁵⁵⁾. Hierzu ist zweierlei zu sagen. Erstens waren schon in der Aufklärungszeit (und erst recht danach) die meisten Gesetzgeber und Gesetzgebungstheoretiker Realisten genug, um zu erkennen, dass es sich bei der Vollständigkeit um ein Ideal handelt, nach dem der Gesetzgeber zwar streben soll, das er aber niemals zur Gänze erreichen wird, ohne dass dies den Nutzen der Kodifikation als solche in Frage stellt. Zweitens wird damit unterstellt, dass das Kodi-

⁵⁰⁾ Caroni (wie Fn 20), 125 ff.

⁵¹⁾ F. C. von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 21 f.

⁵²⁾ So etwa J. F. Reitemeier, Über Gesetzgebung insbesondere in den deutschen Reichsstaaten, 1806, 99 ff.; K. S. Zachariä, Die Wissenschaft der Gesetzgebung. Als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetzbuche, 1806, 320 ff.; N. T. von Gönner, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unsrer Zeit, 1815, 70 ff, die aber allesamt betonten, dass Vollständigkeit nicht durch Kasuistik erreichbar sei.

⁵³⁾ Etwa Caroni (wie Fn 20), 118. P. A. J. van den Berg, The Politics of European Codification, 2007, 273 unterstellt den Aufklärungskodifikationen einschließlich etwa des österreichischen ABGB fälschlich pauschal die Zielsetzung eines staatlichen Rechtsetzungsmonopols.

⁵⁴⁾ Wieacker (wie Fn 14), 34; entsprechend H. Kindermann, Überlegungen zu einem zeitgemäßen Verständnis der Kodifikation, Rechtstheorie 1979, 357–384, hier 358.

⁵⁵⁾ F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl 1967, 475.

fikationskonzept überzeitlich und unwandelbar sei und von der Entstehung der ersten Kodifikationen in der Aufklärungszeit bis heute unverändert zur Anwendung kommen müsste. Das wäre eine ahistorische Deutung der Kodifikationsgeschichte, in der das Kodifikationskonzept durchaus bedeutsame Wandlungen erfahren hat.

Der große österreichische „Kodifikator“ Franz von Zeiller schrieb schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts, dass der „süße Traum“ eines vollständigen, alle Fälle bestimmt entscheidenden Gesetzbuchs „endlich wohl allgemein verschwunden“ sei,⁵⁶⁾ und selbst Bentham, der große Visionär umfassender Kodifikationen, war sich sehr wohl bewusst, dass sein Ideal von Vollständigkeit eine Zielgröße sei, deren sich der Gesetzgeber annähern solle, die er aber niemals erreichen werde⁵⁷⁾. Während dem österreichischen ABGB mit seinem subsidiären Verweis auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ als Entscheidungsgrundlage für den Richter (§ 7) die Unvollständigkeit quasi schon auf die Stirn geschrieben steht, ist es insbesondere das preußische Allgemeine Landrecht (ALR), dem die Forschung traditionell „die Anmaßung des Gesetzgebers, alle erdenklichen Verhältnisse ein für allemal vorregeln zu können“; unterstellt⁵⁸⁾. Tatsächlich war selbst den ALR-Redaktoren die zwangsläufige Lückenhaftigkeit des Gesetzbuchs sehr wohl bewusst und man setzte diesbezüglich auf ein Konzept der sukzessiven Ergänzung und fortschreitenden Vervollständigung des Gesetzbuchs, das sich wegen des Hangs zur Kasuistik aber schon bald als undurchführbar herausstellte⁵⁹⁾. Richtig ist aber, dass man in Preußen zur Zeit der Entstehung des ALR auf das Gesetzbuch als alleinige Rechtsquelle setzte, das nicht nur das Gemeine Recht und die bestehende Einzelgesetzgebung ersetzen, sondern auch eine rechtsfortbildende Rechtsprechung und Rechtswissenschaft möglichst ausschließen sollte⁶⁰⁾.

Für die weitere Entwicklung des Kodifikationskonzepts wurde aber wichtig, dass man schon im frühen 19. Jahrhundert von dieser Methode abließ und erkannte, dass sich (relative) Vollständigkeit nicht durch ein kasuistisches Konzept erreichen lasse, das auf lückenlose Erfassung der Einzelfälle setzt, sondern nur durch eine möglichst systematische Verallgemeinerung und stringente Prinzipienbildung, aus der auch nicht vorhergesehene Konstellationen beurteilt werden können. Damit war auch die Erkenntnis verbunden, dass die Kodifikation niemals alleinige Rechtsquelle sein könne, sondern eine aktive Mitarbeit von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft erfordere. Schon für Franz von Zeiller und das österreichische ABGB war klar, dass ein Gesetzgeber, der versuche, „die Richter in rechtsprechende Maschinen zu verwandeln“, unweigerlich daran scheitern müsse⁶¹⁾.

⁵⁶⁾ *F. von Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht (Erstausgabe 1802), 3. Aufl 1819, § 25, 43.

⁵⁷⁾ *J. Bentham*, Specimen of a Penal Code, Table of Contents, in: *J. Bowring* (Hrsg), The works of Jeremy Bentham, Band 1, 1838, nach 164: „This supposition of all comprehensiveness, of course, falls more or less short of being correct. But, in this line, as in every other line of action, which has for its object or end in view the maximum of happiness, the impossibility of attaining the summit, affords no reason against making continual approaches to it, on each occasion, as near as possible.“

⁵⁸⁾ *Wieacker* (wie Fn 55), 333.

⁵⁹⁾ Näher *Mertens* (wie Fn 5), 327 ff.

⁶⁰⁾ Näher *Mertens* (wie Fn 5), 336 ff, 345; dort auch zum vergleichbaren Konzept Benthams (339).

⁶¹⁾ *J. Ofner* (Hrsg), Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1889, Bd 1, 6 und Bd 2, 469.

Erst recht gilt das für das Kodifikationskonzept, das dem deutschen BGB zugrunde gelegt wurde. Anstelle eines kasuistischen Konzepts eines lückenlosen und belehrenden Gesetzbuchs setzten die BGB-Redaktoren auf ein Konzept systematischer Abstraktion, verbunden mit einer hochentwickelten Dogmatik, die im Gesetzbuch selbst nicht verbalisiert, sondern stillschweigend vorausgesetzt wurde⁶²). Das setzte hohe Anforderungen an die Kompetenz der Rechtsanwender voraus, gab diesen jedoch auch erheblichen Spielraum bei der Rechtsanwendung. Daneben gibt es zahlreiche Rechtsfragen, bei denen die Verfasser des BGB aus Zweckmäßigkeitserüberlegungen bewusst auf eine Regelung im Gesetz verzichteten, um die Entscheidung Wissenschaft und Praxis zu überlassen⁶³). Die verbreitete Vorstellung vom BGB als einem Produkt des „positivistischen Ideals der Lückenlosigkeit“⁶⁴) ist also mehr als schief. Bezeichnenderweise dient aber diese falsche Vorstellung vom BGB als dem Versuch, eine lückenlose und allein maßgebliche Rechtsquelle zu schaffen, die andere Rechtsquellen und insbesondere Rechtswissenschaft und Rechtsprechung als mitwirkende Akteure bei der Rechtsfortbildung ausschließt, auch in der gegenwärtigen Debatte Kodifikationsgegnern gerne dazu, die Gefahren einer kodifikationsbasierten Rechtsvereinheitlichung in Europa heraufzubeschwören, und noch heute liest man in diesem Zusammenhang, die BGB-Verfasser hätten den Richter zu einem Subsumtionsautomaten degradieren wollen⁶⁵).

Noch in einer anderen Hinsicht war das Kodifikationskonzept der BGB-Verfasser nicht darauf ausgerichtet, die Kodifikation als „alleinige Rechtsquelle“ zu etablieren. Man setzte nämlich nicht nur auf eine bewusste Arbeitsteilung mit Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, sondern auch auf eine bewusste Ergänzung durch Spezialgesetzgebung. Die Kodifikation sollte vornehmlich die dauerhaften, politisch und rechtlich abgeklärten Materien aufnehmen und keine Experimente mit gänzlich Neuem anstellen. Alles Unausgegrenzte, politisch Umstrittene oder nur temporär Erforderliche sollte der Einzelgesetzgebung vorbehalten sein, die hierauf flexibler reagieren könne und auch nicht auf Dauer angelegt sei⁶⁶). So wollte man der Kodifikation Beständigkeit sichern und sie aus politischen Tagesdebatten heraushalten. Deshalb wurden auch einzelne bereits bestehende oder geplante schuldrechtliche Spezialgesetze des Reiches bewusst nicht in die Kodifikation integriert. Das gilt etwa für das sozialpolitisch motivierte Abzahlungsgesetz von 1894, das seit 1890 im Reichsjustizamt bewusst als Einzelgesetz außerhalb der laufenden Beratungen zum BGB konzipiert wurde, und für die zivilrechtlichen Bestimmungen des Reichshaftpflichtgesetzes von 1871, die im Zusammenhang mit der Inkraftsetzung des BGB zwar modifiziert, aber bewusst nicht in die Kodifikation integriert, sondern als Spezialgesetzgebung bis heute beibehalten wurden. Im Übrigen wurden aus föderalen Gründen stark regional geprägte oder „im Absterben“ befindliche Rechtsinstitute nicht in

⁶²) R. Zimmermann, Codification: history and present significance of an idea, in: *European Review of Private Law* 1995, 95–120, hier: 113 f; Mertens (wie Fn 5), 334 f, 402.

⁶³) Näher J. Schröder, Das Verhältnis von Rechtsdogmatik und Gesetzgebung in der neuzeitlichen Rechtsgeschichte (am Beispiel des Privatrechts), in: O. Behrends – W. Henckel (Hrsg), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1989, 37–66, hier 55 f.

⁶⁴) Wieacker (wie Fn 55), 475.

⁶⁵) So Niglia (wie Fn 34), 143.

⁶⁶) Vgl Mertens (wie Fn 25), 3.

die Kodifikation aufgenommen, sondern ganz oder partiell der Landesgesetzgebung überlassen (Art 55–152 EGBGB).

Die Motive, die damals den BGB-Gesetzgeber veranlassten, einzelne Materien nicht in das BGB aufzunehmen (wozu bekanntlich auch das Arbeitsrecht gehörte), sind natürlich einem Wandel unterworfen und müssen für ein Kodifikationskonzept der Gegenwart nicht mehr leitend sein, so etwa im Hinblick auf den Versuch, der Kodifikation durch die Ausklammerung tagespolitisch umstrittener Materien Beständigkeit zu sichern⁶⁷⁾. Auch und gerade für die Gegenwart ist aber die Erkenntnis wichtig, dass kodifikationsbegleitende Einzelgesetzgebung nicht per se eine Gefährdung für die Kodifikation darstellt, solange sie die Kodifikation nur ergänzt und sich ihr konzeptionell unterordnet. Wir haben bereits im Zusammenhang mit den bereits früh nach Inkrafttreten des BGB einsetzenden Dekodifikationserscheinungen (oben II.) gesehen, dass die eigentliche Gefährdung für das Kodifikationskonzept darin besteht, dass die Spezialgesetzbindung ein Eigenleben entwickelt ohne Rückbindung an die Kodifikation oder gar in Widerspruch zu dieser.

Die Kodifikation führt also nicht zu einem Rechtsquellenmonismus, sondern fördert ein in sich stimmiges und aufeinander abgestimmtes Zusammenspiel der Rechtsquellen. Die Kodifikation verdrängt damit auch nicht jegliche andere Form der Rechtsfortbildung, sei es durch Spezialgesetzgebung, Rechtsprechung oder Rechtswissenschaft, sondern liefert für diese Orientierung und Struktur. Eine zeitnahe und sachgerechte Rechtsfortbildung wird durch die Kodifikation nicht verhindert, sondern in geordnete Bahnen gelenkt. Moderne Kodifikationen können ihre Aufgaben adäquat nur im Zusammenspiel mit Rechtswissenschaft und Rechtsprechung erfüllen. Schon der historische BGB-Gesetzgeber hat sich dieses Zusammenspiel bewusst zunutze gemacht und erst recht sollte dies für den Gesetzgeber der Gegenwart gelten. Die Gesetzgebungstechnik muss dieses Konzept (die Kodifikation als zentraler Orientierungsrahmen und eine gezielte Zusammenarbeit mit Rechtsprechung und Rechtswissenschaft) widerspiegeln: Der Gesetzgeber muss der Versuchung nach pedantischen und gerade deshalb häufig inkonsistenten Detailregelungen widerstehen und vielmehr auf einen reflektierten Einsatz von unbestimmten Rechtsbegriffen und gegebenenfalls auch Generalklauseln setzen, die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft den nötigen Spielraum zur Fortentwicklung des Rechts geben, ohne aber an diese die politische Verantwortung zur Entscheidung systemrelevanter Grundsatzfragen zu delegieren, wie es etwa im Arbeitsrecht häufig geschieht⁶⁸⁾.

B. Die Kodifikation ist kein Lesebuch für das Volk

Bis in die Gegenwart findet sich verbreitet die Auffassung, dass die Gesetzgebung für jedermann verständlich sein soll, umfassende Gesetzbücher gerade auch den Zweck erfüllen sollen, jedermann über seine Rechte und Pflichten zu belehren, und eine Kodi-

⁶⁷⁾ Siehe hierzu unten IV.C.

⁶⁸⁾ Zu dem mit den Generalklauseln im BGB ursprünglich verfolgten Konzept des Gesetzgebers und den Wandlungen bis in die Gegenwart siehe *B. Mertens*, Das Konzept der Generalklauseln im Allgemeinen Teil des BGB, in: *C. Baldus – W. Dajczak* (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Privatrechts*, 2013, 99 ff.

fikation, die diese Aufgabe nicht erfüllt, was etwa für das deutsche BGB evident ist, ihren Zweck verfehlt habe⁶⁹). Der moderne Gesetzgeber hat sich diese Forderung auch selbst zu eigen gemacht; so heißt es in der gemeinsamen Geschäftsordnung der deutschen Bundesministerien, dass Gesetzentwürfe „möglichst für jedermann verständlich gefasst sein“ müssen (§ 42 Abs 5), und ganz ähnlich fordert dies auf europäischer Ebene der Gemeinsame Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zur Abfassung von Rechtstexten (Art 1.1)⁷⁰).

Derartige Forderungen haben eine lange Tradition in der Gesetzgebungsgeschichte und sind in der Aufklärungszeit eine bemerkenswerte Verbindung mit der Kodifikationsidee eingegangen⁷¹). Durch die Kodifizierung des gesamten Rechts in gemeinverständlicher Fassung in einem Gesetzbuch sollte, so die Maximalvorstellung, jedermann in die Lage versetzt werden, das für ihn geltende Recht unmittelbar dem Gesetzbuch zu entnehmen. Ein bekanntes Beispiel für diese Vorstellung liefert die Entstehungsgeschichte des preußischen Allgemeinen Landrechts. Das 1791 verkündete Publikationspatent zu der ursprünglich als „Allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten“ betitelten (und in dieser Fassung nicht in Kraft getretenen) Kodifikation hielt mit dem Gesetzbuch den Tag für gekommen, dass „ein jeder Einwohner des Staats, dessen natürliche Fähigkeiten durch Erziehung nur einigermaßen ausgebildet sind, die Gesetze, nach welchen er seine Handlungen einrichten und beurtheilen lassen soll, selbst lesen, verstehen und in vorkommenden Fällen sich nach den Vorschriften derselben gehörig achten könne“⁷²). Bezeichnenderweise findet sich dieser Passus im drei Jahre später verkündeten Publikationspatent zum tatsächlich in Kraft getretenen ALR schon nicht mehr wieder. Stattdessen publizierten zwei der Redaktoren des Gesetzbuchs parallel zu diesem als Privatwerk einen Leitfaden, der den Untertanen so viel Gesetzeskenntnis vermitteln sollte, dass sie sich vor Übertretungen der Strafgesetze hüten und im Zivilrecht vor Schaden, Rechtsverlust und Übervorteilung schützen könnten⁷³).

So fehlte es schon zur Zeit der Entstehung des ALR nicht an Stimmen, die vor der überzogenen Erwartung eines Gesetzbuchs als Lesebuch für das Volk warnten und stattdessen betonten, dass schon viel gewonnen sei, wenn das Gesetzbuch dem Juristen

⁶⁹) Zur Diskussion um allgemeinverständliche Gesetze in der Gegenwart siehe etwa *K. D. Lerch*, Gesetze als Allgemeingut aller. Der Traum vom verständlichen Gesetz, in: *ders* (Hrsg), *Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht*, 2004, 225–238, hier 232 ff sowie die Beiträge in dem Sammelband *K. M. Eichhoff-Cyrus – G. Antos* (Hrsg), *Verständlichkeit als Bürgerrecht? Die Rechts- und Verwaltungssprache in der öffentlichen Diskussion*, 2008; aus französischer Sicht *V. Lasserre-Kiesow*, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, 2002, 183 ff.

⁷⁰) Die Forderung findet sich auch in den Leitfäden der Ministerien zur Gesetzesabfassung wieder; siehe das *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, hrsg vom Bundesministerium der Justiz, 3. Aufl 2008, Rn 55; *Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, hrsg vom Bundesministerium des Innern, 2. Aufl 2012, Rn 236.

⁷¹) Zum Folgenden näher *B. Mertens*, Allgemeinverständliche Gesetze – ein Mythos?, in: *S. Hähnchen* (Hrsg), *Eine Methodenlehre oder viele Methoden?*, 2020, 111–123; aus französischer Sicht das Utopische dieser Forderungen hervorhebend *Cabrillac* (wie Fn 3), 218 ff.

⁷²) Patent wegen Publication des neuen allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten vom 20. März 1791, in: *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, Teil I, 1791, IV.

⁷³) *C. G. Svarez – C. Gofler*, *Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der Preussischen Staaten*, 1793.

verständlich ist⁷⁴). Gleichwohl blieb die stereotype Forderung nach allgemeinverständlichen Gesetzen im öffentlichen Diskurs bis heute eigentümlich präsent, obwohl die Rahmenbedingungen für die Gesetzgebung im 19. und 20. Jahrhundert einem häufigen und grundlegenden Wandel unterworfen waren. Die mangelnde Volkstümlichkeit war auch einer der Hauptkritikpunkte am ersten Entwurf zum deutschen BGB, in dem sich so unterschiedliche Autoren wie Otto von Gierke, Ludwig Goldschmidt, Ernst Immanuel Bekker und Anton Menger grundsätzlich einig waren, wenngleich die Ansichten, was genau unter Volkstümlichkeit bzw. Gemeinverständlichkeit zu verstehen sei, recht vage waren⁷⁵).

Sucht man nach den Gründen für die eigentümliche Beharrungskraft der Allgemeinverständlichkeitsforderung, so drängt sich zunächst der Gedanke auf, dass ein Gesetz, dem jedermann unterworfen ist, auch jedermann verständlich sein sollte, damit es seine Steuerungsfunktion erreichen kann, die Bürger also ihre Handlungen am Gesetz ausrichten und die rechtlichen Folgen ihres Handelns für sie vorhersehbar und kalkulierbar sind. Zum anderen kann man zur Begründung im heutigen demokratischen Rechtsstaat auf das Transparenzgebot und die Ermöglichung der Kontrolle staatlichen Handelns durch die Bürger verweisen. Alle diese Begründungsansätze gehen aber stillschweigend von der Prämisse aus, dass der Bürger als juristischer Laie seine Kenntnisse über die Rechtsordnung und die rechtlichen Folgen seines Handelns unmittelbar den Gesetzen selbst entnimmt oder entnehmen können sollte. Von dieser Prämisse gingen in der Tat die Gesetzgeber der Aufklärungszeit aus. Sie war aber damals schon eine reine Fiktion und ist es in der zunehmend komplexer und arbeitsteiliger gewordenen Welt des 21. Jahrhunderts erst recht. Jedenfalls in den Kerngebieten des Zivilrechts, die Gegenstand der Kodifikationen sind, erfolgt die Information der juristischen Laien über die rechtliche Relevanz ihres Handelns unabhängig von der sprachlichen Gestaltung des Gesetzbuchs in der Regel nicht über eine Lektüre des unmittelbaren Gesetzeswortlauts, sondern über die Alltagserfahrung und die Transformationsleistungen diverser Informationsmittler wie etwa die Massenmedien, Ratgeberliteratur, Mitteilungen von Behörden oder anwaltliche Beratung.

Zwar könnte man meinen, dass eine allgemeinverständliche Abfassung der Kodifikation zumindest nicht schädlich sein könne und der Gesetzgeber sich also dessen befleißigen sollte, selbst wenn es die Rechtskenntnisse der juristischen Laien nur wenig fördert. Tatsächlich lässt sich jedoch im Laufe der Rechtsentwicklung feststellen, dass Bemühungen um allgemeinverständliche Gesetze unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit rechtlicher Folgen jedenfalls in den Kernmaterien des Zivilrechts eher kontraproduktiv sind. Grob gesagt lassen sich zwei Wege denken, um eine größere Laienverständlichkeit zu erreichen: zum einen die Variante einer *sprachlichen* Vereinfachung der Gesetze, so dass sich ihre Formulierungen am Erkenntnishorizont der juristischen Laien orientieren; zum anderen eine *inhaltliche* Vereinfachung der Rechtsordnung

⁷⁴) C. G. Svarez, Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein, 1788, 629, in: *ders*, Vorträge über Recht und Staat, hrsg von H. Conrad und G. Kleinheyer, 1960, 627–633; J. G. Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, 1789, 10 ff.

⁷⁵) Vgl. Mertens (wie Fn 5), 398 ff, dort auch zur insbesondere von Planck, Zitelmann und Bähr entwickelten Gegenansicht.

im Sinne einer Rückführung auf allgemeinverständliche Grundsätze bzw. wenige und leicht verständliche Regeln.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass beide Varianten wiederum mit einer Fiktion arbeiten, nämlich dass es einen für jedermann, sei er professioneller Jurist oder Laie, gleichermaßen verständlichen Gesetzeswortlaut geben kann. Erfahrungen aus der Gesetzgebungsgeschichte wie auch Erkenntnisse der modernen Rechtslinguistik sprechen gegen diese Annahme⁷⁶). Verständlichkeit ist ein relationaler Begriff und nicht allein von Texteigenschaften abhängig, sondern auch vom Verständnishorizont und den Vorkenntnissen des Rezipienten. Die Variante einer *sprachlichen* Vereinfachung der Gesetze kommt daher nicht an der Erkenntnis vorbei, dass es eine semantische Eindeutigkeit im naiven informationstheoretischen Sinne nicht geben kann. Wer von einer Regelung zugleich rechtsdogmatische Präzision und Allgemeinverständlichkeit fordert, überfrachtet das Gesetz mit heterogenen Forderungen, die durch die Sprache nicht gleichzeitig erfüllt werden können⁷⁷). Der Versuch, eine Aufklärung des juristischen Laien über seine Rechte und Pflichten unmittelbar durch das Gesetzbuch selbst zu erreichen, ist daher nicht nur schwer einlösbar, sondern geht zugleich oftmals auf Kosten der Rechtssicherheit bei der professionellen Gesetzesanwendung, wenn die Regelungen zum Wohle der Anschaulichkeit auf juristische Präzision verzichten. Dem Laien, der sich in den Kerngebieten des Zivilrechts Belehrung ohnehin nicht aus dem Gesetzbuch selbst sucht, ist damit wenig geholfen, für eine verlässlich kalkulierbare professionelle Rechtsanwendung aber einiges verloren.

Ähnliche Gefahren zeigen sich bei der *inhaltlichen* Variante einer Rückführung der Rechtsordnung auf eine überschaubare Zahl allgemeinverständlicher Regelungen. Eine Forderung, die ebenfalls nicht neu ist, sondern seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert verstärkt erhoben wurde⁷⁸). Diese Forderung suggeriert, es ließe sich ein Rechtszustand (wieder)herstellen, in dem die rechtliche Beurteilung zivilrechtlicher Sachverhalte allein von wenigen, auch dem Laien unmittelbar einsichtigen Regeln abhängig ist. Hierbei wird nicht in Rechnung gestellt, dass die Komplexität moderner Rechtsordnungen in vielen Bereichen letztlich eine Folge der immer komplexeren Lebenssituationen ist, deren Regelung dem Gesetzgeber obliegt, so dass der Grad der Komplexität sich an der Materie und den regelungsbedürftigen Sachfragen zu orientieren hat. Die Differenziertheit der Lebens- und Wirtschaftsformen führt unweigerlich zu differenzierten rechtlichen Lösungen. Würde der Gesetzgeber hierauf mit einer der Sache nicht adäquaten Simplifikation der Gesetzgebung im Sinne einer Rückführung auf allgemeinverständliche Leitsätze reagieren, würde das nicht nur die mit der modernen

⁷⁶) Zu den Erfahrungen aus der Gesetzgebungsgeschichte *Mertens* (wie Fn 5), 253 ff; zu den diesbezüglichen Erkenntnissen der modernen Rechtslinguistik *U. Christmann*, Verstehens- und Verständlichkeitsmessung. Methodische Ansätze in der Anwendungsforschung, in: *Lerch* (wie Fn 69), 33 ff; *M. Nussbaumer*, Von Schwärmern und Skeptikern und ein Versuch Realist zu sein. Bilanz und Entwurf des Sprachspiels vom unverständlichen Gesetz, ebenda, 285–296, hier 288; *C. F. G. Schendera*, Die Verständlichkeit von Rechtstexten. Eine kritische Darstellung der Forschungslage, ebenda, 321–374, hier 353 ff; *K. D. Lerch*, Ultra posse nemo obligatur. Von der Verständlichkeit und ihren Grenzen, in: *Eichhoff-Cyrus – Antos* (wie Fn 69), 54–80, hier 74 ff.

⁷⁷) *D. Busse*, Verstehen und Auslegung von Rechtstexten – institutionelle Bedingungen, in: *Lerch* (wie Fn 69), 7–20, hier 13.

⁷⁸) Näher *C. Schott*, Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung, in: ZNR 1983, 121 ff; *Mertens* (wie Fn 5), 390 f.

Gesetzgebung häufig verbundene differenzierte Steuerungsfunktion beeinträchtigen, sondern letztlich auch die objektive Rechtssicherheit im Sinne einer Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung durch den professionellen Juristen⁷⁹⁾. Die Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung beruht auf einem komplexen Zusammenspiel zwischen den vom Gesetzgeber getroffenen Vorgaben und den etablierten Methoden der Rechtsanwendung im rechtlichen Kontext. Die volle Bedeutung eines Rechtssatzes erschließt sich – unabhängig von seiner sprachlichen Gestalt und vordergründigen Verständlichkeit – oft nur in einer komplexen Zusammenschau verschiedener gesetzlicher Regelungen, der ihnen zugrunde liegenden Dogmatik und unter Zuhilfenahme professioneller Auslegungsmittel.

Die pauschale Debatte um Allgemeinverständlichkeit der Gesetze verstellt daher eher den Blick auf das eigentliche Problem, nämlich dass in einigen Rechtsmaterien wie dem Verbraucherschutzrecht die Gesetzgebung mittlerweile einen unnötig hohen Komplexitätsgrad – verbunden mit weiteren gesetzgebungstechnischen Defiziten – erreicht hat und permanenten Novellierungen unterworfen ist, wodurch auch für den professionellen Rechtsanwender eine sichere und vorhersehbare Rechtsanwendung zunehmend erschwert wird. Verstärkt wird dieses Phänomen dadurch, dass sowohl auf nationalstaatlicher als auch europäischer Ebene viele Regelungen infolge politischer Kompromisse oder mehr schlecht als recht verbrämter Uneinigkeit bewusst vage und ohne Rücksicht auf die Gesamtstimmigkeit formuliert werden, was die Auslegung und Anwendung für den Juristen zusätzlich erschwert – vom Laien ganz zu schweigen.

C. Die Kodifikation ist weder zeitlos noch an ein bestimmtes Gesellschaftsmodell gebunden

Ein weiteres gängiges Argument gegen die Zeitgemäßheit des Gesetzgebungstypus Kodifikation für die Gegenwart besteht darin, an die Kodifikation den Anspruch zu stellen, sie müsse zeitlos sein und, anders als die Einzelgesetzgebung, keinen Änderungen unterworfen⁸⁰⁾. Wer diesen Anspruch erhebt, hat es dann natürlich recht leicht, darzulegen, dass in der sich schnell wandelnden Gegenwart keine Kodifikation diesem Anspruch gerecht werden kann. Tatsächlich geht mit einer Kodifikation häufig die Erwartung größerer Beständigkeit im Vergleich zur Einzelgesetzgebung einher. So bestand für die BGB-Verfasser ein Kriterium für die Zuweisung einer Materie an die Einzelgesetzgebung statt an die Kodifikation wie aufgezeigt darin, ob die Materie dogmatisch unausgegoren und tagespolitisch umstritten war. Damit wollte man der Kodifikation zweifellos größere Beständigkeit sichern. Zeitlos und unveränderlich war sie deshalb auch in den Augen ihrer Verfasser aber nicht. Dass jede Kodifikation einem kontinuierlichen Wandel unterworfen ist, war seit dem Aufkommen des Kodifikationskonzepts in der Aufklärung eine bare Selbstverständlichkeit. Geändert haben sich im Grunde nur die Ansichten, wie dieser Wandel gesteuert werden soll. Der Absolutismus setzte auf Berichtspflichten der Gerichte über Lücken und Änderungsbedarf und permanente Gesetzgebungskommissionen zur Revision des Gesetzbuchs, um das Gesetz-

⁷⁹⁾ Das war bereits bei der Kontroverse um die Unvollständigkeit des ersten BGB-Entwurfs ein zentrales Verteidigungsargument *G. Plancks*, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, in: AcP 75 (1889), 327–429, hier 424.

⁸⁰⁾ Exemplarisch *Esser* (wie Fn 28), 14 f.

gebungsmonopol des Herrschers zu sichern und andere Akteure von der Rechtsfortbildung auszuschließen. Die permanenten Gesetzgebungskommissionen verschwanden mit der Parlamentarisierung der Gesetzgebung im 19. Jahrhundert, nicht aber der kontinuierliche Anpassungsbedarf der Kodifikationen, der nunmehr im Zusammenwirken von Gesetzgeber, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft befriedigt werden konnte, wovon bereits die Rede war.

Wenn mit Kodifikationen häufig größere Beständigkeit assoziiert wird als mit Einzelgesetzgebung, so beruht das auch darauf, dass die Kodifikation regelmäßig stärker mit Abstraktionen und Prinzipienbildung arbeitet und daher Veränderungen in der Lebenswirklichkeit besser ohne Anpassungsbedarf gerecht werden kann als eine eher kasuistisch an konkreten Lebensumständen ausgerichtete Einzelgesetzgebung. Der unveränderte Fortbestand gerade der besonders abstrakten Regelungsmaterien im BGB unter gänzlich unterschiedlichen Rahmenbedingungen gibt darüber beredtes Zeugnis ab. Dennoch ist für ein zeitgemäßes Kodifikationskonzept der Gegenwart ein steter Wandel, auch durch De- und Rekodifikationserscheinungen, mit einzuplanen. Ziel kann nicht die Aufrechterhaltung der Kodifikation als museale Fassade und unangetastetes Kulturgut sein, die aber keine Auskunft mehr über die wahre Rechtslage geben kann, wie es in der Weimarer Zeit etwa im Mietrecht der Fall war. Wenn man eine Lehre aus den Dekodifikationserscheinungen nach dem Ersten Weltkrieg ziehen will, dann wohl die, dass man die Integrationskraft der Kodifikation bei der Rechtsfortbildung gerade auch in schwierigen Zeiten bewusst nutzen und einbeziehen sollte. Die Kodifikation der Gegenwart kann daher auch „reformanfällige“ und politisch umstrittene Materien aufnehmen, auch wenn das höhere Anforderungen an den Gesetzgeber stellt als eine ungeordnete Einzelgesetzgebung. Der Gesetzgeber sollte sich, in Zusammenarbeit mit Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, der Aufgabe einer kodifikationstauglichen und das heißt systemgerechten Verwirklichung von Reformen stellen. Das kommt letztlich auch der modernen Steuerungsfunktion der Gesetzgebung zugute, da diese besser zur Geltung kommt, wenn dem Rechtsanwender eine klar strukturierte, überschaubare und in sich stimmige Privatrechtsordnung geboten wird.

Die Kodifikationsidee wird, gerade von Kodifikationsgegnern, auch gerne mit einem bestimmten Sozial- und Wirtschaftsmodell in Verbindung gebracht und, wenn sich diese Rahmenbedingungen ändern, auch das Ende des Gesetzgebungstypus Kodifikation vorhergesagt. So liest man, der Typus Kodifikation sei untrennbar mit dem aus dem 19. Jahrhundert stammenden Modell eines liberalen, nichtinterventionistischen Staates verbunden, der nur formale Gleichheit garantiere und ansonsten die „unsichtbare Hand“ eines Adam Smith walten lässt. Für einen modernen Interventionsstaat mit staatlicher Lenkungs politik und gruppenspezifischen Partikularinteressen taue das Kodifikationsmodell hingegen nicht⁸¹). In eine ähnliche Richtung geht die bereits oben erörterte These, das Kodifikationsmodell entstamme einem bürgerlichen Obrigkeitsstaat und sei in einer modernen, offenen Gesellschaft ein Anachronismus⁸²). Anderenorts wird das Kodifikationsmodell gar nur für eine „kleinräumige, statische und

⁸¹) Caroni (wie Fn 20), 98, 156.

⁸²) Siehe oben bei Fn 31.

agrarisches Gesellschaft“ als geeigneter privatrechtlicher Rahmen gesehen, nicht aber für eine „dynamische, moderne Dienstleistungsgesellschaft“⁸³⁾. Zweifellos ist eine jede Kodifikation unter bestimmten sozialen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen entstanden. Das heißt aber nicht, dass sie die ihr zugeordneten Funktionen auch nur unter den bei ihrer Entstehung waltenden Rahmenbedingungen erfüllen könne. Dagegen spricht schon, dass Kodifikationen wie der französische Code civil, das österreichische ABGB und das deutsche BGB unter sehr unterschiedlichen sozialen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen entstanden sind und ungeachtet vielfältiger Wandlungen dieser Rahmenbedingungen und zwischenzeitlicher „Dekodifikationserscheinungen“ bis heute fortbestehen. Dass Dekodifikationserscheinungen auch umkehrbar sind und nicht zwangsläufig zu einer dauerhaften Auflösung der Kodifikation führen, habe ich bereits dargelegt.

In diesem Zusammenhang wird dem Kodifikationskonzept auch vorgeworfen, dass es mit seiner Orientierung an formaler Gleichheit auf hoher Abstraktionsebene die realen Ungleichheiten in der Gesellschaft kaschiere⁸⁴⁾. Doch ist es eine Überforderung des Kodifikationskonzepts, wenn man von ihm die Einebnung realer Ungleichheiten in der Gesellschaft erwartet. Die Aufhebung ständischer Schranken in der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts wurde in Deutschland auch nicht durch Kodifikationen bewirkt, sondern durch Spezialgesetzgebung⁸⁵⁾. Die Kodifikationen waren nicht Motor dieser Entwicklung, sondern bildeten die in vielen Einzelschritten erfolgte rechtliche Egalisierung der Gesellschaft bloß umfassend ab.

Am modernen Verbraucherschutzrecht lässt sich die Frage nach der Zeitgebundenheit des Kodifikationsmodells und seiner Geeignetheit für einen modernen Interventionsstaat besonders gut nachverfolgen. In der Tat sind zahlreiche Dekodifikationserscheinungen der letzten Jahrzehnte durch Verbraucherschutzrecht hervorgerufen wurden. Wir haben aber auch an Beispielen aus Deutschland und den Niederlanden gesehen, dass derartige Dekodifikationsprozesse nicht nur gestoppt, sondern auch erfolgreich umgekehrt werden können (Rekodifikation). Darüber hinaus lässt sich sogar sagen, dass die Lenkungsziele moderner zivilrechtlicher Interventionspolitik in der Kodifikation effizienter umgesetzt werden können als in der Spezialgesetzgebung, bedingt durch die mit der Integration in die Kodifikation verbundene bessere Sichtbarkeit und größere systematische Konsistenz bei der Rechtsanwendung. Das eigentliche Problem scheint mir daher nicht die Frage zu sein, ob das Kodifikationsmodell überhaupt für den modernen Interventionsstaat tauglich ist; das wurde in den letzten Jahrzehnten unter anderem in Deutschland und den Niederlanden unter Beweis gestellt. Problematischer für das Kodifikationsmodell erscheint mir der – ebenfalls am Verbraucherschutzrecht gut zu beobachtende – Zusammenhang mit dem europäischen Mehrebenensystem. Hierauf wird im Folgenden Abschnitt eingegangen.

⁸³⁾ Genner (wie Fn 23), 208.

⁸⁴⁾ Caroni (wie Fn 20), 99 ff.

⁸⁵⁾ Unzutreffend daher auch die zentrale These bei D. Hupe, Von der Hierarchie zur Egalität in den Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts vor dem BGB, 2015, 204, wonach die Zivilrechtskodifikationen „die Spitze der jeweiligen Rechtsentwicklung“ bei der Beseitigung von Ungleichheiten in der Gesellschaft gewesen seien; hierzu B. Mertens, in: ZRG (GA) 134 (2017), 416–418, hier 417.

V. Zur Zeitgemäßheit des Kodifikationskonzepts für die Zivilrechtsordnung

A. Nationale Kodifikationen und Europa

Die zivilrechtlichen Kodifikationen der Gegenwart entstammen fast alle nationalstaatlichen Rahmenbedingungen, in denen der Gesetzgeber der Kodifikation das letzte Wort hatte und keine Vereinbarkeit mit supranationalen Vorgaben herstellen musste. Das ist heute innerhalb der Europäischen Union bekanntlich zunehmend nicht mehr der Fall. Die privatrechtliche Richtlinienggebung der Europäischen Union und deren Umsetzung in nationales Recht liefern somit kontinuierlich neues Wasser auf die Mühlen der Kodifikationspessimisten. Die europäischen Vorgaben (durch Richtlinien ebenso wie durch die EU-Rechtsprechung) orientieren sich zwangsläufig nicht an System und Dogmatik einzelner nationaler Zivilrechtsordnungen, so dass es bei deren Umsetzung in nationales Recht zu mehr oder minder großen Friktionen kommen kann. Derartige Friktionen können, bezogen auf die Gesamtrechtsordnung, bei einer Umsetzung durch Spezialgesetzgebung zwar ebenfalls auftreten und nicht nur innerhalb der Kodifikation. In letzterem Fall sind die Systembrüche und Inkonsistenzen aber auffälliger und mitunter auch gravierender.

Außerdem gelingt eine spezialgesetzliche Umsetzung angesichts der zeitlichen Umsetzungsvorgaben in den Richtlinien meist schneller als die mühsamere Integration in die bestehende Kodifikation. Diese Effekte werden durch den gegenwärtigen Trend zu vollharmonisierenden Richtlinien auf europäischer Ebene noch verstärkt. Die Vollharmonisierung erschwert zusätzlich eine Integration in die dogmatischen Strukturen nationalstaatlicher Kodifikationen und zwingt der Kodifikation systemwidrige Differenzierungen und Ausnahmen auf. Auch Defizite durch mangelnde Abstimmung und Inkohärenzen zwischen verschiedenen EU-Richtlinien werden bei der Umsetzung in das nationale (kodifizierte) Recht übernommen, wodurch Systembrüche quasi vorprogrammiert sind. Eine Bedrohung für das Kodifikationskonzept geht also nicht nur von einer schlecht abgestimmten Spezialgesetzgebung aus, sondern kann sich auch in der Form einer schlecht abgestimmten Novellengesetzgebung zur Kodifikation äußern.

Eine Radikallösung für diese Mehrebenenprobleme wäre zweifellos, das Kodifikationskonzept auf die europäische Ebene zu übertragen und die nationalen Zivilrechtskodifikationen schrittweise durch europäische Kodifikationen zu ersetzen. Eine Diskussion des Für und Wider einer solchen Lösung und seiner Realisierungschancen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, so beschränke ich mich hier auf die Probleme des europäischen Status quo (ohne europäische Kodifikationen) für die nationalen Kodifikationskonzepte⁸⁶).

Die „Sandwich-Position“ der Kodifikation zwischen supranationalen Vorgaben und nationaler Dogmatik erscheint mir gegenwärtig die größte strukturelle Bedrohung für die Zukunftsfähigkeit des Kodifikationskonzepts. Die damit verbundenen Herausforderungen für die Kodifikationsidee sind heute zweifellos größer als noch vor einigen Jahr-

⁸⁶) Zu dem Für und Wider einer Übertragung des Kodifikationskonzepts auf die Ebene einer europäischen Rechtsvereinheitlichung siehe *R. Zimmermann*, Codification. The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law, in: *European Review of Contract Law* 2012, 367–399, hier 389 ff mwN.

zehnten, aber nicht unlösbar. Probleme erwachsen hierbei nicht nur aus der mangelnden Kompatibilität europäischer Vorgaben mit nationaler Dogmatik. Problematisch für die Kodifikationsidee ist auch, dass die europäischen Vorgaben ihrem Charakter nach meist kasuistisch angelegt sind und die einzelnen Richtlinien auch zueinander oftmals ein schlüssiges System und innere Konsistenz vermissen lassen. Das erschwert eine stimmige und homogene Umsetzung in den nationalen Kodifikationen. Doch zeigen Detailstudien zur gesetzestechnischen Umsetzung der EU-Richtlinien im BGB, dass gesetzgebungstechnische Mängel bei der Umsetzung, die zu einer „Entdogmatisierung“ einzelner Regelungsbereiche und Fremdkörpern innerhalb der Kodifikation führen, nicht selten „hausgemacht“ sind durch den nationalen Gesetzgeber und die Bindung an EU-Vorgaben nicht pauschal solche Mängel rechtfertigen kann⁸⁷⁾. Wichtig ist, dass Umsetzungsmöglichkeiten und Umsetzungsschwierigkeiten bereits im Rahmen des europäischen Rechtsetzungsverfahrens mitbedacht werden. Auch sollte Bequemlichkeit des nationalen Gesetzgebers, der sich eine Anpassung an System und Dogmatik der Kodifikation ersparen will, niemals Motiv für eine spezialgesetzliche Umsetzung außerhalb der Kodifikation sein, wodurch die Probleme innerhalb der Gesamtrechtsordnung nur verlagert, aber nicht gelöst würden.

Eine auf einzelne Interessengruppen ausgerichtete und nicht dispositiv ausgestaltete Spezialgesetzgebung beinhaltet nicht nur eine Abkehr vom Prinzip formaler Vertragsfreiheit, sondern auch vom Prinzip der formalen Rechtsgleichheit, das für die ursprüngliche BGB-Kodifikation leitend war. Die tatsächlichen Ungleichheiten in den individuellen Lebensverhältnissen der Privatrechtssubjekte sollten nach Auffassung der BGB-Verfasser grundsätzlich nicht zu einer Ungleichbehandlung auch vor dem Gesetz führen⁸⁸⁾. Namentlich durch AGB-Recht und EU-Verbraucherschutzrecht wurde diese Leitlinie im deutschen Zivilrecht zunächst spezialgesetzlich und nunmehr auch innerhalb der Kodifikation durchbrochen. Das mag man begrüßen oder bedauern, doch sollte sich der Gesetzgeber (im Zusammenwirken mit Rechtswissenschaft und Rechtsprechung) auf nationaler wie europäischer Ebene jedenfalls nicht der Aufgabe verweigern, diesen Wandel durch ein schlüssiges Gesamtkonzept zu steuern, das den „pointillistischen“ EU-Vorgaben bislang gerade nicht zugrunde liegt. Die Ausrichtung vieler spezialgesetzlicher Regelungen auf bestimmte Gruppen von Marktteilnehmern beruht oftmals nicht auf inneren, sich aus der Materie ergebenden Gründen, sondern auf externen Faktoren wie den Kompetenzschränken für die EU-Rechtsetzung und dem Einfluss einzelner Lobbygruppen.

B. Abstraktion, Prinzipien- und Systembildung

Das Kodifikationskonzept ist untrennbar mit einer äußeren und inneren Systembildung verbunden, durch die es sich von einer bloßen Kompilation und Konsolidation unterscheidet (siehe oben unter I.). Das äußere System bezieht sich auf den stringenten Aufbau, die Gliederung und die Entscheidung über den richtigen Standort einer Rege-

⁸⁷⁾ *Wagner* (wie Fn 43), 367 ff; *B. Mertens*, Die Entdogmatisierung der Gesetzgebung zum Schuldrecht unter europarechtlichen Einflüssen, in: *C. Baldus – F. Theisen – F. Vogel* (Hrsg), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, 167–174, hier 170 ff; *Ludwigkeit* (wie Fn 43), 179 ff.

⁸⁸⁾ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd 1, 1888, 25 f.

lung innerhalb der Kodifikation. Es leistet damit einen wichtigen Beitrag zur Übersichtlichkeit und Klarheit der Rechtsordnung und erleichtert die Auffindbarkeit und Anwendung der einschlägigen Normen für den Rechtsanwender⁸⁹⁾. Noch wichtiger für die Kodifikation ist das innere System. Es ist auf kohärente Prinzipienbildung, die Wahrung dogmatischer Folgerichtigkeit und Wertungskonsequenz und eine stringente Begriffsbildung und Begriffsverwendung gerichtet. Es ist kein Zufall, dass Kodifikationen im engeren Sinne erst entstanden (und erst entstehen konnten), nachdem sich die Jurisprudenz zu einer Rechtswissenschaft mit dem Anspruch an ein inneres System wandelte⁹⁰⁾. Eine derartige legislative Systembildung ist keine Frage bloßer Rechtsästhetik oder praxisferner Ansprüche der Wissenschaft an die Gesetzgebung. Die Zivilrechtsordnung insgesamt gewinnt dadurch an Rationalität und Beherrschbarkeit für den professionellen Juristen. Die gesetzliche Systembildung erleichtert nicht nur die Rechtsanwendung, sondern ermöglicht auch für die Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung einen festen Rahmen und Orientierung. Durch die Vermeidung von Wertungswidersprüchen und von sachlich nicht gerechtfertigten Spezialregelungen trägt sie zudem zur Rechtsgleichheit und damit letztlich zur Gerechtigkeit bei⁹¹⁾. Einzelgesetzgebung ist demgegenüber anfällig für anlassbezogene Spezialregelungen, die (nicht bedachte oder infolge politischen Drucks ignorierte) Wertungswidersprüche oder sachlich nicht gerechtfertigte Abweichungen zu anderen Regelungen enthalten. Ähnlich wie beim Vollständigkeitsdogma sollte man auch den Systemanspruch an die Kodifikation nicht dadurch in Frage stellen, dass man überzogene Anforderungen an eine in jeder Hinsicht geschlossene systematische Durchbildung stellt.

Mit der konsequenten Inkorporation zivilrechtlicher Reformanliegen in die Kodifikation kann auch einem Auseinanderdriften des Zivilrechts durch die Ausdifferenzierung immer neuer Spezialmaterien, deren dogmatische Struktur, Begriffsbildung und Lösungsansätze sich vom allgemeinen Zivilrecht entfernen, zumindest entgegengewirkt werden. Das war auch ein wesentliches Motiv für die „große Lösung“ des Gesetzgebers im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung von 2001 mit der Integration des Verbraucherschutzrechts in die Kodifikation⁹²⁾. Mit Einzelgesetzgebung ist hingegen immer die Gefahr verbunden, dass diese ein (ursprünglich vielleicht gar nicht vorhergesehenes und nicht gewolltes) Eigenleben und eine Eigengesetzlichkeit entfaltet, die sachlich nicht gerechtfertigt ist und die Rechtslage insgesamt unnötig komplex macht. Die Weimarer Zeit liefert dafür genügend Anschauungsmaterial (siehe oben II.).

⁸⁹⁾ Zum heutigen Systemverständnis innerhalb der Zivilrechtsordnung *C.-W. Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl 1983; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996; *C. Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, 67 ff; aus methodengeschichtlicher Sicht *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, 3. Aufl 2020, Bd 2, 286 ff.

⁹⁰⁾ Die Unterscheidung wird häufig auf *P. Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, 142 f zurückgeführt. Siehe aber zu einer sich bereits im Laufe des 18. Jahrhunderts ausbildenden und dann vor allem im 19. Jahrhundert durch Savigny und Puchta weiterentwickelten Unterscheidung zwischen einem äußeren und inneren System des Rechts *J. Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktische Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, 1979, 99 ff, insb 120.

⁹¹⁾ Vgl *Canaris* (wie Fn 89), 17 f; *F. Bydlinski*, Zivilrechtskodifikation und Sondergesetze, in: Festschrift Robert Walter, 1991, 105–116, hier 106.

⁹²⁾ BT-Drucksache 14/6040, 97, 166.

Durch Abstraktion und Systembildung in der Kodifikation können auch nicht vorhergesehene Konstellationen und künftige Entwicklungen erfasst werden, was mittels kasuistischer Einzelgesetzgebung, die an konkreten Lebenssachverhalten orientiert ist, nicht möglich ist⁹³). Die Kodifikation löst damit nicht das Lückenproblem, macht es aber besser beherrschbar. So bekennen sich auch die Motive zum BGB dazu, dass die Kodifikation im Bedürfnisfall aus dem in ihr enthaltenen Rechtssystem zu ergänzen ist⁹⁴). Dem liegt die Vorstellung der Kodifikation als organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen zugrunde. Deren Prinzipien tragen den Keim weiteren Ausbaus bereits in sich⁹⁵). Eine diesem Anspruch gerecht werdende Kodifizierung kann der Gesetzgeber nicht ohne aktive Mithilfe der Rechtswissenschaft leisten, und zwar nicht nur bei der erstmaligen Abfassung der Kodifikation, sondern auch bei deren Novellierungen.

Abstraktion und Systembildung finden ihre stärkste Ausprägung in Allgemeinen Teilen, sei es auf Ebene der Gesamtkodifikation (wie im ersten Buch des BGB) oder auf Ebene einzelner Materien (wie die Allgemeinen Teile des Schuldrechts oder einzelner Vertragstypen)⁹⁶). In seiner uns heute geläufigen, auch gliederungstechnisch hervorgehobenen Gestalt konnte sich ein Allgemeiner Teil in den Zivilgesetzbüchern erst relativ spät etablieren, nämlich zuerst in dem 1865 in Kraft getretenen sächsischen BGB und dann bekanntlich auch im deutschen BGB. Ausgestaltung und Funktionen der Allgemeinen Teile innerhalb einer Kodifikation sind nicht gleichbedeutend mit Allgemeinen Teilen als Bestandteil der Zivilrechtswissenschaft. Die Allgemeinen Teile der Zivilrechtskodifikationen sollen auch keine Einführung in das Zivilrecht oder gar ein Lehrbuchersatz sein, sie setzen die Kenntnis der ihnen zugrunde liegenden Dogmatik vielmehr voraus. Sie sind zudem nicht mit einer Einleitung in das Gesetzbuch mit allgemeinen Leitsätzen gleichzusetzen. Ein Allgemeiner Teil führt zu einer unausgesprochenen systematischen Vernetzung unterschiedlicher Regelungsebenen im Gesetz, die sich nur dem professionellen Rechtsanwender erschließt, und ersetzt auf diese Weise eine Fülle von expliziten Verweisungen. Dem liegt das Konzept zugrunde, dass die Stellung einer Regelung im Gesetzbuch ihre Anwendungsreichweite zum Ausdruck bringt. Der Allgemeine Teil dient somit der systematisch stimmigen Verortung einer Rechtsfrage, deren Regelung materienübergreifend erfolgen kann. Die Stellung einer Vorschrift im Gesetz und deren Abstraktionshöhe ergeben sich nach diesem Konzept also aus ihrer dogmatischen Einordnung, nicht aus der Lebenswirklichkeit.

Ein derartiges Konzept für Zivilrechtskodifikationen blieb nicht ohne Widerspruch. Am bekanntesten ist wohl die Kritik Eugen Hubers, der den Entwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs verfasste und in einem Allgemeinen Teil ein grobes Hindernis in dem Bestreben nach einem anschaulichen und möglichst auch für den Laien verständlichen Gesetzbuch sah⁹⁷). Auch würden durch das Konzept eines Allgemeinen

⁹³) Vgl. Schmidt (wie Fn 48), 21, 24.

⁹⁴) Motive (wie Fn 88), Bd 1, 16.

⁹⁵) Motive (wie Fn 88), Bd 1, 16; hierzu C. Schott, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur, 1975, 95.

⁹⁶) Zum Folgenden näher B. Mertens, Das Konzept eines Allgemeinen Teils in der Zivilrechtsgesetzgebung aus methodengeschichtlicher Sicht, in: S. Lorz ua (Hrsg), Festschrift für Klaus Viehweg zum 70. Geburtstag, 2021, 423–439.

⁹⁷) Zum Folgenden [Eugen Huber], Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Heft 1, 1901, 22 ff.

Teils, wie es dem BGB zugrunde liegt, zusammengehörige Materien wie das Personenrecht und das Sachenrecht künstlich aufgespalten. Schließlich sei auch für die übrigen einem Allgemeinen Teil üblicherweise zugerechneten Materien (namentlich Regelungen über die Entstehung, den Untergang und den Inhalt von Rechten) zweifelhaft, ob in einem Gesetzbuch hierfür mit einigem Nutzen allgemeine Regelungen für alle Materien gleichermaßen aufgestellt werden können. Häufig zeige sich, dass derart stark verallgemeinernde Regelungen in den besonderen Teilen dann doch wieder modifiziert werden müssen, wodurch das System der Kodifikation nicht einfacher, sondern komplizierter werde.

Seitens des deutschen Gesetzgebers erfolgte die deutlichste Kampfansage an das hergebrachte Kodifikationssystem durch den in der NS-Zeit propagierten „Abschied vom BGB“, an dessen Stelle zunächst eine auf die einzelnen „Lebensgüter“ zugeschnittene Spezialgesetzgebung treten sollte⁹⁸⁾. Das Bürgerliche Gesetzbuch galt in der NS-Ideologie als Relikt der „überwundenen“ bürgerlich-liberalen Epoche und als Exponent der gleichermaßen verteufelten Begriffsjurisprudenz und des römischen Rechts, so dass seine Zerschlagung ein Gebot der Stunde sei. Mit dem Abschied vom BGB sollte auch ein Abschied von der diese Kodifikation prägenden Systematik verbunden sein. In der rechtswissenschaftlichen Literatur der NS-Zeit stießen die Angriffe auf den Systemgedanken in der Gesetzgebung im Allgemeinen und auf den Allgemeinen Teil im Besonderen sowohl auf Zustimmung als auch auf Ablehnung. Die Gegner eines Allgemeinen Teils verwarfen die diesem zugrunde liegende abstrakte Begriffswelt und forderten, dass die Gesetzgebung sich nicht von der konkreten Lebenswirklichkeit emanzipieren und in Abstraktionen zurückziehen dürfe⁹⁹⁾. Die Stimmen für einen Allgemeinen Teil blieben in der NS-Zeit hingegen vereinzelt; sie verwiesen in erster Linie auf die sonst drohende Gefahr, dass viele Rechtsfragen in einzelnen Regelungsbereichen offen blieben. Die Redaktoren des Volksgesetzbuchprojekts setzten anstelle eines Allgemeinen Teils auf leitsatzartige „Grundregeln“, die man in Sachen Konkretheit, Lebensnähe und Volkstümlichkeit als Gegenmodell zu den Abstraktionen des BGB verstand¹⁰⁰⁾.

Die Kritik am Allgemeinen Teil überdauerte das Ende der NS-Herrschaft. Franz Wieacker etwa, schon in der NS-Zeit ein entschiedener Gegner des Allgemeinen Teils im BGB, hielt ihn auch noch später für „entbehrlich, wenn nicht für geradezu schädlich“¹⁰¹⁾. Die heutige deutsche Zivilrechtsdogmatik geht Grundsatzdiskussionen, wie der nach dem Wert des Allgemeinen Teils, meist aus dem Weg. Diskutiert wird die Frage heute vornehmlich nicht aus innerstaatlicher Perspektive, sondern vor dem Hintergrund der Zukunftschancen eines Allgemeinen Teils bei einer europäischen Privatrechtsvereinheitlichung¹⁰²⁾. Da auf europäischer Ebene eine Vereinheitlichung auf ab-

⁹⁸⁾ Zum Folgenden *B. Mertens*, *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*, 2009, 125 ff.

⁹⁹⁾ *H. Dölle*, Die Neugestaltung des deutschen Bürgerlichen Rechts, in: *ZAkDR* 1937, 359–362, hier 362; *F. Wieacker*, Zum System des deutschen Vermögensrechts, Erwägungen und Vorschläge, 1941, 24; *F. Beyerle*, Schuldenken und Gesetzeskunst, in: *ZStW* 102 (1942), 209–252, hier 215, 228 f.

¹⁰⁰⁾ *J. W. Hedemann*, Das Volksgesetzbuch der Deutschen. Ein Bericht, 1941, 28 ff.

¹⁰¹⁾ *Wieacker* (wie Fn 55), 488.

¹⁰²⁾ Vgl. *J. Münch*, Strukturprobleme der Kodifikation, in: *O. Behrends – W. Sellert* (Hrsg), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2000, 147–174, hier 154 ff.

sehbarer Zeit, wenn überhaupt, dann nur für das Vermögensrecht, nicht aber für Materien wie das Familien- und Erbrecht zu erwarten ist, stellt sich auch die Frage nach einem Allgemeinen Teil auf europäischer Ebene praktisch nur für das Vermögensrecht.

Mit dem Allgemeinen Teil beschriftet das deutsche Kodifikationskonzept keinen „deutschen Sonderweg“, wie mitunter behauptet wird¹⁰³). Zum einen ist das Konzept eines Allgemeinen Teils in den Zivilrechtskodifikationen in mehr Ländern rezipiert worden, als häufig angenommen wird. Das gilt für Länder Ostasiens (Japan, China, Thailand, Korea) und Südamerikas (Brasilien), aber auch für einige Länder Europas wie Griechenland, Portugal, Polen, die ehemalige Sowjetunion und das heutige Russland, Estland und Georgien¹⁰⁴). Zum Teil diente hierbei das deutsche BGB als Vorlage, zum Teil handelte es sich aber auch ganz allgemein um eine Rezeption des pandektenwissenschaftlichen Konzepts eines Allgemeinen Teils für die jeweilige Gesetzgebung. Außerdem kennen viele Länder, die in ihren Zivilrechtskodifikationen keinen für alle Materien geltenden „großen“ Allgemeinen Teil aufgenommen haben, doch zumindest „kleinere“ allgemeine Teile für bestimmte Materien, so etwa für das Schuldrecht oder – wie die Niederlande in ihrem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch – für das gesamte Vermögensrecht. Ein Allgemeiner Teil für das Schuldrecht, wie er etwa auch im schweizerischen Obligationenrecht kodifiziert ist, steht in Abstraktionshöhe und Regelungsumfang dem Allgemeinen Teil des BGB nur wenig nach¹⁰⁵).

Die Unterschiede zwischen den verschiedenen Kodifikationstechniken sollten daher nicht überbewertet werden. Der Nutzen eines Allgemeinen Teils für eine Kodifikation gab und gibt zwar Anlass zu polarisierenden Stellungnahmen. In der Gesetzgebungspraxis waren es dann aber doch eher graduelle Unterschiede, die auf den ersten Blick so unterschiedliche Gesetzbücher wie das deutsche BGB und das schweizerische ZGB in dieser Frage trennten. Schließlich ist ein systematischer Aufbau innerhalb einer kodifizierten Materie, der allgemeine Grundregeln mit weitem Anwendungsbereich voranstellt und von dort zu immer spezielleren Regelungen voranschreitet, ein allgemeines Erbe der kontinentaleuropäischen Zivilrechtskodifikationen, die von der Pandek-

¹⁰³) So aber *M. Schmoeckel*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd 1, 2003, vor § 1, Rn 51; ähnlich schon *A. B. Schwarz*, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in: ZRG (RA) 42 (1921), 578–610, hier 587 und *Lasserre-Kiesow* (wie Fn 69), 108.

¹⁰⁴) Vgl. *C. Baldus – W. Dajczak* (Hrsg), Der Allgemeine Teil des Privatrechts, 2013 (zu Polen, Portugal, Deutschland und Brasilien); *J. P. Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, 2009, 310, 355 ff; *A. Georgiades*, Der Einfluß des deutschen BGB auf das griechische Zivilrecht, in: AcP 200 (2000), 493–502, hier 494; *H. B. Kim*, Das deutsche BGB und das koreanische Zivilrecht, in: AcP 200 (2000), 511–518, hier 511; *W. Qiang*, Vom deutschen BGB bis zu Chinas neuem Zivilgesetzbuch – Eine Rezeptionsgeschichte des BGB in China, in: ZNR 2020, 77–114, hier 77; *Schmoeckel* (wie Fn 93), Rn 43.

¹⁰⁵) Einen auch äußerlich hervorgehobenen Allgemeinen Teil erhielt das schweizerische Obligationenrecht im Zusammenhang mit dessen gleichzeitig mit dem ZGB in Kraft getretener Revision. Der Schweizer ZGB-Gesetzgeber sprach in Art 7 ZGB einen generellen Verweis auf die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts aus, denen über diesen Umweg also die Funktion eines Allgemeinen Teils für das gesamte kodifizierte Zivilrecht zukommt. Der dem Wortlaut des Art 7 ZGB erst in der parlamentarischen Beratung hinzugefügte Passus, wonach der Verweis sich (nur) auf die allgemeinen Vorschriften „über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge“ beziehe, wurde schon von der zeitgenössischen Literatur überwiegend nicht als Schranke für die entsprechende Anwendung auch anderer allgemeiner Bestimmungen des Obligationenrechts interpretiert.

tenwissenschaft des 19. Jahrhunderts geprägt wurden. Es geht in der Kontroverse um einen Allgemeinen Teil also letztlich weniger um ein kategorisches Entweder-Oder, sondern eher um die Frage des rechten Maßes und des konkreten Inhalts. Natürlich kann der Gesetzgeber bei der Abstrahierung zu weit gehen und dadurch Lebenssachverhalte, die sachlich nach einer Differenzierung verlangen, undifferenziert vermengen. Gegenwärtig liegt das Hauptproblem im Rahmen der Rechtsfortbildung aber nicht in solchen Fällen einer willkürlichen Gleichbehandlung des Ungleichartigen, sondern umgekehrt in der willkürlichen Ungleichbehandlung von Gleichartigem, wofür die interessengruppengeleitete Spezialgesetzgebung sehr anfällig ist.

C. Rechtssicherheit, Übersichtlichkeit und Rechtsklarheit durch Kodifikation

Eine konsequente Integration der Reformgesetzgebung zu den zentralen Materien des bürgerlichen Rechts in die Kodifikation kann einer thematischen Rechtszersplitterung und einem unkontrollierten Anwachsen der Masse der Gesetze vorbeugen. Der Rechtsanwender gewinnt leichter einen Überblick über die Rechtslage. Wertungswidersprüche und Inkohärenzen beabsichtigter Neuregelungen mit den bestehenden Regelungen fallen schon im Gesetzgebungsprozess auf. Die Kaschierung solcher Widersprüche durch Auslagerung in Einzelgesetzgebung löst das Problem nicht, sondern verstärkt es noch, da es auf Kosten der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit des Rechts (Rechtsklarheit) geht. Das ist auch eine Frage der Transparenz: Bei einem thematischen Nebeneinander von Kodifikation und Einzelgesetzen sind die dadurch bedingten Modifikationen der in der Kodifikation enthaltenen Regelungen aus dieser selbst gar nicht ersichtlich. Die Integration in die Kodifikation gibt dem Gesetzgeber zudem Veranlassung, sich Rechenschaft abzulegen über die Systemstimmigkeit und Verallgemeinerungsfähigkeit der beabsichtigten Regelungen, um zu einem schlüssigen Gesamtkonzept zu gelangen. Abgrenzungsschwierigkeiten und Widersprüche, die bei isolierter Einzelgesetzgebung häufig auftreten, werden möglichst schon im Vorfeld vermieden.

Durch die Einbindung der Reformanliegen in die bestehende Kodifikation werden also anders als bei einer isolierten Einzelgesetzgebung die Lösungswege einem Konsistenztest unterzogen und die in der Kodifikation akkumulierte Problemlösungskompetenz und der kodifizierte Erfahrungsschatz genutzt. Diesen Erfahrungsschatz sollte der Gesetzgeber nicht leichtfertig ignorieren durch isolierte Einzelgesetzgebung, die vorhandene Lösungswege und die hierzu führende Rechtsentwicklung außer Acht lässt. Spezialgesetzliche Alleingänge sind in einem komplexen Zivilrechtssystem, das auf vielhundertjähriger Erfahrung beruht, selten geeignet, die besten Ergebnisse hervorzubringen. Je komplexer die Gesellschaftsordnung, desto wichtiger ist die Rationalisierung der im Recht verkörperten Verhaltenserwartungen¹⁰⁶).

Durch Übersichtlichkeit, systematische Stimmigkeit und Konzentration des Rechtsstoffs erleichtern Kodifikationen schließlich auch die Ausbildung im Zivilrecht und die Übereinstimmung zwischen dem Ausbildungsstoff und dem praktizierten Recht. Bei einer Zersplitterung des Rechts in Einzelgesetzen wäre zu erwarten, dass die Lehre versucht, an einer systematischen Stoffvermittlung festzuhalten, die dann aber nicht

¹⁰⁶) Vgl. Schmidt (wie Fn 48), 43.

mehr dem von den Juristen später in der Praxis anzuwenden Recht entspricht. Gelehrtes Recht und praktiziertes Recht würden sich dadurch erneut auseinanderentwickeln, ähnlich wie es vor dem Kodifikationszeitalter gewesen ist, als an den Universitäten vornehmlich am Gemeinen Recht ausgebildet wurde und die buntscheckigen Partikularrechte in der Ausbildung vernachlässigt wurden.

Anders als zu Savignys Zeiten geht es heute nicht um die Alternative Kodifikation oder Rechtswissenschaft als treibende Kraft der Rechtsfortbildung, sondern um die Alternative einer aufeinander abgestimmten und konsistenten Rechtsfortbildung im bewussten Zusammenwirken von Gesetzgeber, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, wofür das moderne Kodifikationskonzept steht, oder einer Rechtszersplitterung in inkonsistenter und ausufernder Einzelgesetzgebung und einer Rechtsprechung ohne klarer Orientierung. An die Stelle der Zauberhand der „still wirkenden Kräfte“ zu Zeiten Savignys, die schon immer eine Fiktion war, hinter der sich die ordnende Hand der Rechtswissenschaft verbarg, tritt heute die gestaltende Hand des Gesetzgebers, der dabei nicht weniger der Hilfe durch eine ordnende und systematisierende Wissenschaft bedarf, um nicht in Orientierungslosigkeit abzugleiten. Auf lange Sicht war eine kodifikationsbasierte Gesetzgebung, die einem klaren Konzept folgt, einer situationsgetriebenen Flickschusterei noch immer überlegen, und zwar nicht nur dogmatisch oder aus Gründen der Rechtsästhetik, sondern auch rechtspolitisch. Rechtszersplitterung, Konzeptlosigkeit, fehlende Konsistenz und ein Verlust an Überblick und Systemgerechtigkeit gehen nicht nur zulasten des professionellen Rechtsanwenders, sondern letztlich auch zulasten aller Rechtsunterworfenen. Die kurzfristigen politischen Vorteile einer kurzatmigen Maßnahmegesetzgebung werden erkaufte durch die mittel- und langfristigen Nachteile für die Gesamtrechtsordnung und damit letztlich für jedermann.