

De l'esprit de modération – Zeiller, das ABGB und der Code civil

FRANZ-STEFAN MEISSEL, Wien

L'esprit de modération doit être celui du législateur; le bien politique,
comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites.

MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Livre XXIX, Chapitre 1.

I. Jubiläumsleid

Jubiläen pflegen gefeiert zu werden, Zweihundertjahrfeiern eines Gesetzbuches dementsprechend besonders groß. So wurde 2004 der *Bicentenaire* des CC mit einer Fülle von Symposien und Publikationen begangen und auch das ABGB-Jubiläum 2011 wirft bereits seine Schatten voraus.¹ Werner Ogris hat die suggestive Kraft von Gedenkjahren immer wieder thematisiert – oft durchaus ironisch und kritisch. Blickt man auf sein literarisches Œuvre, so zeigt sich, dass er sich dieser Magie der Zahlen selbst auch nicht entziehen

¹ Siehe etwa (wenngleich primär auf Reformfragen fokussiert) CONSTANZE FISCHER-CZERMAK / GERHARD HOPF / MARTIN SCHAUER (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend. Reformbedarf und Reform (Wien 2003); CONSTANZE FISCHER-CZERMAK / GERHARD HOPF / GEORG KATHREIN / MATRIN SCHAUER (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (Wien 2008); RUDOLF WELSER, Die Reform des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: WOLFGANG WIEGAND / THOMAS KOLLER / HANS PETER WALTER (Hrsg), Tradition mit Weitsicht. FS für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag (Bern 2009) 803–817. Zur Reformdiskussion im Schadenersatzrecht siehe IRMGARD GRISS / GEORG KATHREIN / HELMUT KOZIOL (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (= Tort and Insurance Law Vol 15, Wien 2006); RUDOLF REISCHAUER / KARL SPIELBÜCHLER / RUDOLF WELSER (Hrsg), Reform des Schadenersatzrechts II, Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe (= Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann Institutes für Gesetzgebungspraktik und Rechtsanwendung XVII, Wien 2006); RUDOLF REISCHAUER / KARL SPIELBÜCHLER / RUDOLF WELSER (Hrsg), Reform des Schadenersatzrechts III, Vorschläge eines Arbeitskreises (= Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann Institutes für Gesetzgebungspraktik und Rechtsanwendung XVIII, Wien 2008).

konnte.² Wie sollte er auch? Als Rechtshistoriker ist man mit der zeitlichen Dimension rechtlicher Institutionen professionell vertraut, die Beobachtung von Perioden und die analytisch gewonnene Epochenbildung gehören zum Handwerkszeug. Jubiläen dienen selbst in einer an sich nicht gerade geschichtsbewussten Zeit der historischen Reflexion. So bleibt einem gar keine Wahl, als sich publizistisch der Herausforderung der Jahrestage zu stellen. Man mag sich darüber freuen oder aber darunter leiden (weil es ja sachlich einleuchtendere Gründe gibt, sein Erkenntnisinteresse einem bestimmten Gegenstand zuzuwenden), ganz entziehen kann man sich solchen „äußeren Anlässen“ kaum.

II. Lob und Tadel der Nomotheten

Jubiläen von Gesetzbüchern rücken erfahrungsgemäß auch die Protagonisten der Gesetzgebung ins Blickfeld, die, wie wir noch immer so gerne sagen, „Väter des Gesetzes“. Aber wie bemerkte schon Wilhelm Busch: „Vater werden ist nicht schwer, Vater sein dagegen sehr.“ Dies trifft auch auf die Nomotheten zu, schwankt doch – bei entsprechend langer Fortwirkung eines Gesetzes – die Einschätzung der Leistung der Gesetzesverfasser mitunter beachtlich. Selbst an dem seit der Hundertjahrfeier des ABGB zunehmend kanonisierten Bild des Franz von Zeiller wurde in den letzten Jahren gekratzt und ihm diverse „Vorwürfe“ gemacht. So ist es mit der posthumen Wertschätzung: Der Nachruhm ist nicht konstant, ja manchmal neigt sich das Urteil gar ins Extreme. Dies aber, der Zug zum Extremen, war nie der Charakter meines Lehrers Werner Ogris. Schon viel eher die Neigung, dialektisch Widersprüche aufzudecken – und auch möglichst wieder aufzulösen. Dementsprechend war er stets offen für Neues, tendierte aber dennoch nie zur Exaltiertheit oder zum Revisionismus. Durch Radikalität aufzufallen, hatte er einfach nicht nötig. Umso mehr konnte er aber als Jurist und Rechtshistoriker im Unterricht reüssieren: *the hindsight of history* ermöglichte ihm, viele Phänomene des Rechtslebens zu redimensionieren. Nicht alles, was als neu gilt, ist es auch;

² Vgl. das Schriftenverzeichnis in WERNER OGRIS, *Elemente europäischer Rechtskultur. Rechtshistorische Aufsätze aus den Jahren 1961–2003*, hrsg. v. THOMAS OLECHOWSKI (Wien/Köln/Weimar 2003) 809–831; inspirierende Jubiläen waren etwa 175 Jahre ABGB, 100 Jahre Rechtswissenschaft im Haus am Ring, 100 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft, 140 Jahre Österreichischer Gewerbeverein, 125 Jahre Juristische Gesellschaft zu Berlin, 200. Wiederkehr des Todestages Maria Theresias, 1000 Jahre Ostarriichi-Urkunde oder 250 Jahre Lotterieverbote.

und nicht alles, was alt ist, ist deshalb suspekt; irgendwann kommt alles (und jeder) in die Jahre.

Wie ist das nun mit Franz von Zeillers Reputation? Exzesse seiner Wertschätzung ins Positive sind aus der Vergangenheit bekannt. Zu erinnern ist hier etwa an die heroisierende Darstellung durch Ernst Swoboda, der in Zeiller den vollkommenen Kantianer und im ABGB die Gesetzesform gewordene Reine Vernunft sah.³ Die Annahme einer kantianischen Durchdringung des ABGB war wohl übertrieben.⁴ In rezenterer Zeit schlug Zeillers Renommee aber gerade ins negative Extrem. Der Referent der Commission in Gesetzessachen wurde dabei fast so etwas wie ein suspektes Subjekt: gleichsam geistiger Vaternörder (durch mangelnde Loyalität zu seinem Mentor Karl Anton von Martini⁵), Verschleierer der feudalen („neuständischen“⁶) Züge des

³ ERNST SWOBODA, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants (Graz 1926).

⁴ Gegen die Überschätzung des kantianischen Einflusses siehe vor allem GERHARD LUF, Zeiller und Kant. Überlegungen zu einem wissenschaftlichen Naheverhältnis, in: HEINER BIELEFELDT / WINFRIED BRUGGER / KLAUS DICKE (Hrsg), Würde und Recht des Menschen. FS für Johannes Schwartländer zum 70. Geburtstag (Würzburg 1992) 93–110. Zu verschiedenen Aspekten des möglichen Einflusses Kants auf Zeiller vgl auch BRUNO SCHMIDLIN, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: WALTER SELB / HERBERT HOFMEISTER (Hrsg), Forschungsband Franz v. Zeiller (= Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten 13, Wien/Graz/Köln 1980) 192–209; HERBERT HOFMEISTER, Die Rolle Franz von Zeillers bei den Beratungen zum ABGB, ebenda 107–126, bes 125; sowie GUNTER WESENER, Zeillers Lehre „von Verträgen überhaupt“, ebenda 248–268, bes 267; jüngst ERIC GILARDEAU, Der Einfluss des Gedankengutes Kants auf das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch durch Franz von Zeiller, ZfRV 2004/21.

⁵ Vgl HEINZ BARTA, Martini-Colloquium: Begrüßung und Einführung, in: HEINZ BARTA / RUDOLF PALME / WOLFGANG INGENHAEFF (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (Wien 1999) 15–92; darin beschuldigt BARTA Zeiller unter anderem der „verständnislosen und gehässigen Kritik“ (ebenda 60) an seinem Lehrer Martini und vermutet, dass Zeiller „mit der Nennung des Namens Martini (politische?) oder doch Profilierungsprobleme gegenüber seinem Lehrer hatte“ (ebenda 70), neben Sonnenfels und Rottenhann wird Zeiller als „Martinis Gegner“ (ebenda 75) tituliert.

⁶ WILHELM BRAUNEDER, „Allgemeines“ aber nicht gleiches Recht: das ständische Recht des ABGB, in: HANS HATTENHAUER / GÖTZ LANDWEHR (Hrsg), Das nachfriderizianische Preußen 1786–1806 (= Motive-Texte-Materialien 46, Heidelberg 1988) 23–33; WILHELM BRAUNEDER, Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation, in: GEORG KLINGENBERG / MICHAEL RAINER / HERWIG STIEGLER

ABGB und *last but not least* patriarchalisch-systemstabilisierender Verhinderer von Frauenrechten,⁷ das sind so einige der Angriffspunkte, die gegen Zeiller bzw die von ihm erarbeitete ABGB-Fassung erhoben wurden.

Zunächst ist dazu anzumerken, dass in diesen, gegenüber der landläufigen Wertschätzung, derer Zeiller sich in der Regel erfreut, „revisionistischen“ Diskursen (unterschiedlicher Prägung und unterschiedlicher Qualität) zwischen dem Gesetzbuch, das Zeiller redigiert hat, dessen „Gesetzgeber“ er aber nicht war (er war also, um mit dem Anfangstopos zu spielen, eigentlich mehr „Hebamme“ als „Vater“) und Zeiller als Person nicht immer klar unterschieden wird. Noch schwerer wiegt, dass die dabei zutage tretende Perspektive die historische Ausgangslage tendenziell unzureichend berücksichtigt. Zeillers Leistungen gerecht zu werden, erfordert es, den zeitgenössischen Kontext möglichst adäquat zu erfassen; eine allfällige Bewertung muss sich folglich an Handlungsspielräumen und nicht an Wunschvorstellungen orientieren, schon gar nicht an solchen unserer heutigen Zeit. Freilich steht eine derartige historische Betrachtungsweise vor besonderen Schwierigkeiten, was Quellen und Methoden der Untersuchung anbelangt.

Als einer der möglichen Zugänge soll im Folgenden die komparative Methode herangezogen werden: Wie stellt sich denn das ABGB und seine Interpretation durch Franz von Zeiller im Vergleich zum etwa zeitgleich erarbeiteten Code Napoléon dar? Denkt man heute an die großen Kodifikationen des Privatrechts, so erscheinen diese als Monumente einer Nationalisierung der jeweiligen Rechtsordnungen, als Ausgangspunkte für nationale Sonderwege, bestenfalls als Kristallisationspunkte einzelner Rechtsfamilien. Gerade

(Hrsg), *Vestigia Iuris Romani*. FS für Gunter Wesener (= Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien 49, Graz 1992) 67–80.

⁷ URSULA FLOSSMANN, Das Geschlechterverhältnis in der Rechtslehre Franz von Zeillers, in: WERNER OGRIS / WALTER RECHBERGER (Hrsg), *Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister* (Wien 1996) 179–197; URSULA FLOSSMANN, Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau. Ein Beitrag zum österreichischen Gleichheitsdiskurs, in: UTE GERHARD, *Frauen in der Geschichte des Rechts* (München 1997) 293–324, hier 301 ff. FLOSSMANN, Grundrechtssubjektivität 301, wirft Zeiller das unkritische Festhalten am patriarchalen Familienmodell vor und sieht in ihm einen maßgeblichen Faktor für Rückschritte gegenüber der gleichheitsorientierten Linie, die Martini verfolgt habe. Dass Zeiller allerdings in seinen theoretischen Schriften, aber auch in seiner ABGB-Kommentierung, Ansätze einer Relativierung der patriarchalen Überordnung liefert, indem er die Rechtfertigung der Überordnung des Mannes vor allem in der unterschiedlichen Erziehung der Geschlechter sucht, findet sie bloß „befremdend“ (FLOSSMANN, Grundrechtssubjektivität 302).

in geschichtlicher Betrachtungsweise sind aber vielfach Berührungspunkte und Gemeinsamkeiten feststellbar, die die Gesetzbücher gleichsam näher zusammenrücken lassen, als es üblicherweise wahrgenommen wird. Im Zeitalter des Vernunftrechts war Rechtsvergleichung für die Redaktoren etwas durchaus Selbstverständliches. So wurde etwa im Vorfeld der Entstehung des CC das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten ins Französische übersetzt.⁸ Dass auch Zeiller rechtsvergleichende Arbeit keineswegs unvertraut war, lässt sich aus seinen Schriften ableiten. Zur Rechtsvergleichung als „Hilfsquelle“ für die Interpretation des geltenden bürgerlichen Rechts nennt er selbst in seinem Kommentar⁹ nicht nur eine beachtliche Reihe von Werken zum Französischen Recht, sondern auch zum Beispiel J. D. Michaelis, *Mosaisches Recht* (Frankfurt/Main 1775) und sogar Blackstone, *Commentaries on the law of England* (Oxford 1770). Bei der Kommentierung der einzelnen Bestimmungen des ABGB führt Zeiller dann regelmäßig auch die entsprechenden Artikel des CC an.¹⁰

III. Der Code civil und die Beratung des ABGB

Der *Code civil des Français* (erst ab 1807 offiziell *Code Napoléon*) wurde während des Kodifikationsprozesses des ABGB wiederholt zum Rechtsvergleich herangezogen. Eine nachweisbare Beeinflussung der Kodifikationsarbeiten zum ABGB lässt sich (im Gegensatz zum preußischen Landrecht¹¹) aber nur ganz selten konstatieren.¹² Dies darf insofern nicht verwundern, als die Arbei-

⁸ Code Général pour les États Prussiens, traduit par les membres du bureau de Législation Étrangère, publié par ordre du Ministre de la justice, I-II, Paris an IX (1801).

⁹ FRANZ VON ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I* (Wien 1811) 95 ff.

¹⁰ Vgl die Zusammenstellung der Verweise auf das französische Recht bei J. MICHAEL RAINER, *Franz von Zeiller und der Code civil Napoleons*, in: JEAN-FRANÇOIS GERKENS / HANSJÖRG PETER / PETER TRENK-HINTERBERGER / ROGER VIGNERON (Hrsg), *Mélanges Fritz Sturm I* (Lüttich 1999) 867–879, hier 873 ff.

¹¹ Zum Einfluss des ALR siehe ausführlich HEINZ BARTA, *Zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen bürgerlichen Rechts in ihrem Verhältnis zum preußischen Gesetzbuch: Entwurf Martini (1796), (W)GGB (1797), ABGB (1811) und ALR (1794)*, in: BARTA / PALME / INGENHAEFF (Hrsg), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* 321–441 (bes 333 ff).

¹² Ausführlicher dazu HELMUT HEISS, *Der Einfluss des Code civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation*, in: BARTA / PALME / INGENHAEFF (Hrsg), *Naturrecht*

ten an der österreichischen Zivilrechtskodifikation lange vor dem CC begonnen wurden. Bereits 1798 war die auf Martini zurückgehende Privatrechtskodifikation in Galizien und der Bukowina in Kraft getreten, welche den Ausgangspunkt der Gesetzgebungsarbeiten ab 1801 bildete.

Nur ganz vereinzelt findet sich eine ausdrückliche Bezugnahme auf den CC in den Beratungen des ABGB. So zB bei der Beratung des Pflichtteilsrechts¹³ oder beim Vorbehalt bei der Schenkung von Todes wegen.¹⁴ Signifikanterweise stammen in beiden Beispielfällen die rechtsvergleichenden Bemerkungen von Zeiller und dienen letztlich nur der Abgrenzung. Das französische Modell wird in beiden Fällen nicht zum Vorbild genommen.

Vereinzelt fungieren die rechtsvergleichenden Hinweise auf das französische Recht aber auch affirmativ als Argument für eine bestimmte Lösung. So wird etwa die Notwendigkeit von Formvorschriften für letztwillige Verfügungen mit Hinweis auf die Regeln des CC legitimiert.¹⁵ Auch im Zusammenhang mit der Frage der Einschränkung von Fideikommissen und der Frage des Verbots von Erbverträgen wird das französische Recht durchaus mit der Intention angeführt, ähnliche rechtspolitische Ziele auch im ABGB zu verwirklichen.¹⁶ Die Gründlichkeit in der Verwertung des rechtsvergleichenden Materials zeigt sich nicht zuletzt darin, dass in den Beratungen zum Teil sogar Vorentwürfe des CC in die Diskussion einbezogen wurden.¹⁷

In Summe ist eine durchgängige Berücksichtigung des CC bei der Beratschlagung des ABGB aus den Beratungsprotokollen der Hofkommission nicht ableitbar, was aufgrund der Chronologie der Kodifikationsarbeiten auch nicht stärker verwunderlich ist. Eine stärkere Beschäftigung mit dem französischen Recht ist allerdings bei Zeiller festzustellen, der vor allem in seinem ABGB-Kommentar relativ häufig auf französisches Recht verweist. Zeillers

und Privatrechtskodifikation 515–542; FRANZ-STEFAN MEISSEL, *Le code civil autrichien, contre-partie du code civil français*, in: JEAN-PHILIPPE DUNAND / BÉNÉDICT WINIGER (Hrsg), *Le code civil français dans le droit européen* (Brüssel 2005) 119–139.

¹³ JULIUS OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I* (Wien 1889, Neudruck 1976) 464.

¹⁴ JULIUS OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, II* (Wien 1889, Neudruck 1976) 27.

¹⁵ OFNER I, 345.

¹⁶ OFNER II, 542.

¹⁷ Vgl OFNER I, 58 f (zur Frage der Exemption ausländischer Gesandter, im Rahmen der Sitzung vom 8. 2. 1802).

literarische Äußerungen zum CC sollen im Folgenden näher dargestellt werden. Sie sind vor allem deshalb von Interesse, da sich aus Zeillers Urteilen über das französische Zivilgesetzbuch auch Einiges zu seiner Selbsteinschätzung und Wahrnehmung des ABGB ableiten lässt.

IV. Zeiller als akribischer Rezensent des Code Civil

Im Jahr 1806 publiziert Zeiller zunächst eine umfangreiche Besprechung des französischen Zivilgesetzbuches,¹⁸ wobei eine Wiedergabe des Inhalts im Rahmen einer sehr gerafften *tour d'horizon* erfolgt und nur sehr sparsam lobende bzw kritische Bemerkungen mit eingeflochten werden.

Deutlich wird, dass Zeiller für die Kürze („nur einen mäßigen Octav-Band“ einnehmend) und Stil („kurze aphoristische Sätze, deren jeder nur Eine Entscheidung enthält“) des CC Sympathie aufbringt. Als positiv wird von Zeiller empfunden, dass das Gesetzbuch sich „streng nur auf die, allen Bürgern gemeinschaftlichen, Privatrechte“ einschränkt und die „hauptsächlich nur auf gewisse Classen der Bürger sich beziehenden, Rechtstheile, wie das Lehen, das Handels- und Wechselrecht“ davon ausschließt.¹⁹ Ausdrücklich lobt er, dass im ersten Buch des CC „nur diejenigen persönlichen Rechtsverhältnisse vortragen“ werden, „in welche alle Einwohner entweder wirklich kommen, oder, ohne Rücksicht auf die erst erwähnten Unterschiede, sehr leicht kommen können“.²⁰

In seiner Beurteilung der Eingangsartikel zeigt sich Zeiller skeptisch, „wie in einem so großen Reiche, wo von jeher in den verschiedenen Provinzen sehr verschiedene Gesetze galten, und dem erst vor einem kurzen Zeitraume ganz

¹⁸ FRANZ VON ZEILLER, Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft I (Wien 1806) 252–270. Die Rezensionismiszelle Zeillers bezieht sich nach eigenen Angaben auf folgende Werke: 1) Code civil des Francais. A Paris an XII–1804; 2) Civil-Gesetzbuch der Französischen Republik, übersetzt mit Anmerkungen von F. Lassaulx, 3 Theile. Coblenz, Jahr 11–13 (1805); 3) Observations du tribunal de cassation; Observations des tribunaux d'appel; Proces-verbaux du conseil d'état, contenant la discussion du projet de code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission du tribunal et les opinions émises pendant le cours de la discussion, tant au tribunal, qu'au corps législatif, IX volumes. A Paris an X–XII; 4) Code civil de (sic) Français, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs. Paris an XII.

¹⁹ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 255.

²⁰ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 258.

fremdartige Länder einverleibt wurden, nun auf einmahl ein allgemeines, durchaus gleichförmiges, Gesetzbuch, welches über dieß viele, von allen bisher üblichen abweichende, Vorschriften enthält, den allgemeinen Bedürfnissen angemessen, und eine, allen Einwohnern bekannte, geläufige und anpassende Rechts-Norm seyn soll.“²¹ Kritik übt Zeiller auch am Fehlen von Auslegungsregeln, zumal solche im ursprünglichen Entwurf von Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu und Malleville²² vorgesehen gewesen seien.²³

Dass französische Gerichte auch für Rechtsstreitigkeiten über Geschäfte zuständig sind, die im Ausland von einem Fremden mit einem Franzosen geschlossen wurden, wird von Zeiller als „hartes, mit dem Staatenverkehre nicht übereinstimmendes Gesetz, das zum Glück nur selten zur Ausübung kommen kann“, qualifiziert. Lob gibt es dagegen für die Einrichtung öffentlicher Register im Personenstandsrecht.²⁴

Erstaunt zeigt sich Zeiller davon, dass die Ehefrau ohne Einwilligung ihres Mannes generell weder veräußern, noch erwerben kann; offenbar hält er dies zumindest für „häusliche Geschäfte“ nicht für angemessen. Auch eine weitere Regelung, die heute gerne als Symptom des patriarchalen Charakters des CC zitiert wird, hebt Zeiller (offenbar mit innerer Distanz) hervor, dass nämlich der Ehebruch „von Seite des Mannes nur dann, wenn er seine Beyschläferin sich in dem gemeinschaftlichen Hause halten würde“ als Trennungsgrund anerkannt werde. Bemerkenswert findet er es auch, dass „außer dem Falle der Entführung“ niemand als Vater eines unehelichen Kindes geklagt werden kann und dass die Adoption nur sehr beschränkt zugelassen wird.²⁵ Ebenfalls auf Skepsis stößt die Regelung, der zufolge ein Vater sein Kind, das noch nicht 16 Jahre alt ist, „auf sein bloßes Verlangen“ hin einen Monat ins Gefängnis setzen lassen kann. Umgekehrt hält Zeiller aber auch die Regelung,

²¹ ZEILLER, *Jährlicher Beytrag* I, 257. Diese Zeilen müssen wohl auch vor dem damaligen politischen Hintergrund gesehen werden, aufgrund dessen die Möglichkeit einer Inkraftsetzung des CC auch in österreichischen Gebieten (wie sie 1812 für die sog. „Illyrischen Provinzen“ tatsächlich für kurze Zeit eintrat) als keinesfalls ausgeschlossen erschien.

²² *Projet de code civil, présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24. Thermidor an VIII, A Paris an IX (1801)*; vgl. ZEILLER, *Jährlicher Beytrag* I (1806) 254 Fn **.

²³ ZEILLER, *Jährlicher Beytrag* I, 258.

²⁴ ZEILLER, *Jährlicher Beytrag* I, 260.

²⁵ ZEILLER, *Jährlicher Beytrag* I, 261.

dass der Vater im Falle des Todes der Frau nur die Vormundschaft über seine minderjährigen Kinder erhält, für verfehlt.

Anstelle eines Vormundschaftsgerichts für Angelegenheiten eines Mündels ein Familiengericht (bestehend aus einem Friedensrichter und sechs Verwandten) vorzusehen, hält Zeiller für unzureichend: „So fällt es wohl in die Augen, dass in Frankreich die Pupillen bey weitem nicht die Obsorge für ihre Person und ihr Vermögen genießen, welche ihnen in Deutschland und in Oesterreich insbesondere durch die Gesetze und strenge Aufsicht und Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörden zugesichert ist.“²⁶

Freundlicher fällt die Besprechung des Zweiten Buches über das Sachenrecht aus. Dieses sei „größten Theils nach der Lehre des Römischen Rechts, doch mit aufmerksamer Entfernung der, in der Römischen Verfassung gegründeten, Subtilitäten“ behandelt.²⁷ Als klare und praktikable Lösung wird die Bestimmung gelobt, dass es für das Eigentum an den Früchten bei der Nutznießung darauf ankommt, ob die Früchte bei Beendigung der Nutznießung noch mit dem Grundstück verbunden sind, ohne dass ein Ersatz des Aufwandes zusteht. Zeiller hebt weiters hervor, dass Grunddienstbarkeiten „zum allgemeinen Wohl oder zum Nutzen der Benachbarten, damit sie von ihrem Eigenthume freyen Gebrauch machen können, auch durch das Gesetz auferlegt“ werden.²⁸

Kritik erfährt die im CC getroffene Regelung der gesetzlichen Erbfolge (Erbrecht der Verwandten nach vier Klassen bis auf den 12. Grad, in deren Ermangelung die unehelichen Kinder, dann die Ehegatten, zuletzt der Staat): „Diese und alle mir bekannte, insgemein sehr verwickelte, Erbfolgeordnungen müssen wohl der Oesterreichischen Erbfolgeordnung der Verwandten den Vorzug einräumen, welche nicht nur der Natur angemessen, und sehr einfach, sondern auch so bestimmt und vollständig ist, dass seit ihrer Kundmachung nie ein Proceß darüber entstanden ist.“²⁹ (Unbekannt ist, ob Zeiller je davon erfahren hat, dass sich umgekehrt Napoléon später über die erbrechtlichen Bestimmungen des ABGB lobend geäußert und bedauert haben soll, diese nicht vor Ausarbeitung des CC gekannt zu haben.³⁰)

²⁶ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 262.

²⁷ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 262.

²⁸ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 263.

²⁹ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 264.

³⁰ Vgl die dem österreichischen Diplomaten und späteren Minister des Äußern Johann von Wessenberg zugeschriebene Anekdote, bei der nicht ganz klar ist, ob sie

Als widersprüchlich empfindet es Zeiller, dass einerseits alle Substitutionen dergestalt verboten sind, dass selbst der verpflichtete Geschenknehmer, Erbe oder Legatar nichts erhält (Art 896 f CC), andererseits aber in Art 1048 f CC wieder Einschränkungen vorkommen, und „die Anordnung, wodurch einem Dritten die Verlassenschaft zugedacht wird, die der Erbe nicht erhält“, keine Substitution sein soll (Art 898 CC). „Diese Bestimmungen stimmen miteinander nicht überein, und es ist wohl zu vermuthen, dass sie, gleich mehreren, vom republikanischen Geiste eingegebenen, Verordnungen bald eine Abänderung leiden werden. Schon bey den Discussionen erklärte sich der jetzige Kaiser, als erster Consul, für die Meinung, dass mit Beschränkungen auch die künftige Nachkommenschaft zur Erbfolge berufen werden können.“³¹

Im Kontraktsrecht bemerkt Zeiller allgemein, dass die besonderen Arten der Verträge „größten Theils nach dem römischen Recht behandelt“ werden, „doch mit genauerer Bestimmung solcher Stellen, die zu vielen Streitigkeiten Anlaß geben“.³² Lapidar und ohne erkennbare Wertung referiert Zeiller anschließend, dass der Käufer gem Art 1583 CC gleich nach geschlossenem Vertrag, noch vor der Übergabe, Eigentum erwirbt.

Aus systematischen Gründen kritisiert Zeiller die Regelung der Gattungen des Beweises, da diese in die Gerichtsordnungen gehörten.³³ Hinsichtlich der ausführlichen Regelung des Ehe-Contractes (Art 1387–1582 CC) wird von Zeiller die „gesetzgebende Klugheit“ gelobt, einen Kompromiss der bis dahin geltenden unterschiedlichen Regelungen zu finden.³⁴

sich während Napoleons Wienaufenthalt 1809 oder später zugetragen haben soll: « *Napoléon en ayant entendu parler [du Code civil autrichien] avec éloges, s'enfit faire des extraits, et regretta de n'en avoir pas eu connaissance avant d'avoir fait publier son Code ... Il fut frappé, je le tiens de bonne source, de la clarté et de la précision qui caractérisent cet ouvrage ; il admira surtout les chapitres qui traitent de la succession et des règlements testamentaires, les trouvant préférables aux lois analogues en France* »; zitiert nach der Anzeige der anonymen Schrift « *L'empereur Francois* » in der *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique* VIII (Paris 1841) 522; wörtlich auch bei ANTON CHRIST, Über deutsche Nationalgesetzgebung. Ein Beitrag zur Erzielung für ganz Deutschland gültiger Gesetzbücher und zur Abschaffung des römischen und französischen Rechts insbesondere² (Karlsruhe 1842) 118 Anm.

³¹ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 265.

³² ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 267.

³³ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 266.

³⁴ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 267.

Etwas ausführlicher geht Zeiller auf die Regelung der *laesio enormis*³⁵ ein, welche nur dem Verkäufer eines unbeweglichen Gutes zugestanden wird, der um mehr als 7/12 verkürzt wurde (Art 1674, 1683 CC). Er verweist darauf, dass nach dem ALR (I 11 §§ 60 [*recte* 59] und 69) umgekehrt nur der Käufer wegen Verkürzung klagen könne, und kommt zu einer – im Lichte der endgültigen Fassung der §§ 934 f ABGB dogmengeschichtlich bedeutsamen³⁶ – Schlussfolgerung: „Da für beyde Meinungen erhebliche Gründe streiten, so möchte wohl die insgemein angenommene dritte Meinung, dass dieses Rechtsmittel beyden Contrahenten verwilliget werden soll, die sicherste und richtigste seyn.“³⁷

Bei der Durchsicht der Bestimmungen hinsichtlich der einzelnen Verträge merkt Zeiller an, dass der Abschnitt über den Dienstvertrag nur zwei Artikel enthält und vermutet, dass diesbezüglich eine eigene Dienstordnung ergehen werde.³⁸ Als berichtenswert erscheint Zeiller weiters unter anderem, dass der Gläubiger nur dann verpflichtet ist, den Hauptschuldner vor dem Bürgen zu klagen, wenn dieser es verlangt, wenn er ihm zugleich unbestrittene Güter des Schuldners anzeigt und die Klagekosten vorschießt.³⁹ Erwähnt wird von ihm ausdrücklich das Fehlen einer dem *Senatus Consultum Velleianum* entsprechenden Regelung des Ausschlusses der Interzessionsgeschäfte von Frauen (was freilich bei der generell vom Ehemann dominierten Stellung von Ehefrauen im CC wenig verwundert). Wiederum aus systematischen Erwägungen kritisiert Zeiller schließlich die Vorschriften über die gerichtliche

³⁵ Zur *laesio enormis* im römischen Recht vgl. jüngst MARTIN PENNITZ, Zur Anfechtung wegen *laesio enormis* im römischen Recht, in: MARTIN J. SCHERMAIER / J. MICHAEL RAINER / LAURENZ C. WINKEL (Hrsg.), *Iurisprudencia universalis. FS für Theo Mayer-Maly* (Köln 2002) 575–589 mwN.

³⁶ Der Wortlaut des § 934 war auf Antrag ZEILLERS in der Sitzung vom 20. 5. 1805 beschlossen worden. Zur Kodifikationsgeschichte vgl. IGNAZ SAXL / FELIX KORNFIELD, *Quellenausgabe des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* (Wien 1906) 323.

³⁷ Auch in seiner späteren Kommentierung des § 934 wird ZEILLER, *Commentar III* (Wien 1812) 141, eingangs auf den CC zu sprechen kommen: „Die Frage, ob und in wie fern wegen einer Verkürzung die Aufhebung eines Rechtsgeschäftes soll verlangt werden können, ist neuerdings in den Berathschlagungen über das Französische Gesetzbuch sehr ausführlich, und mit vieler theoretischer und practischer Einsicht ausgeführt worden.“ Er verweist dabei auch auf die Zusammenfassung der französischen Diskussionen bei GÖNNER, *Archiv für die Gesetzgebung XX*.

³⁸ ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I*, 268.

³⁹ ZEILLER, *Jährlicher Beytrag I*, 269.

Exekution und Vorrechte der Gläubiger, welche „wohl der Gerichtsordnung vorzubehalten gewesen“ wäre.⁴⁰

V. Der Code civil in Zeillers Vortrag an den Kaiser

Ein gutes Jahr später, anlässlich seines „Vortrages zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch“,⁴¹ äußert sich Zeiller nochmals ausführlich zum französischen Zivilgesetz. Nun fällt sein Urteil insgesamt deutlich negativer und reservierter aus. Dabei ist freilich auch der Kontext seiner Äußerungen einzubeziehen. Zeiller geht es in diesem „Vortrag“ darum, die „Notwendigkeit eines einheimischen bürgerlichen Gesetzbuches“ darzulegen und Kriterien für eine gelungene Privatrechtskodifikation aufzustellen.⁴² Weiters gilt es zu zeigen, wie sehr der von der Hofkommission vorgelegte Entwurf diesen Kriterien entspreche. Zu diesem Zweck vergleicht er den zu diesem Zeitpunkt (1808) vorliegenden Entwurf des ABGB mit „anderen bekannten Gesetzbüchern“ und zwar mit dem „römischen Gesetzbuch“ (dh dem justinianischen *Corpus iuris civilis*), dem ALR und dem CC; kurz erwähnt wird auch der Entwurf eines Russischen Gesetzbuches, welches offenbar das ALR zum Vorbild nahm.

Seine Bewertung über den CC fällt insgesamt recht ablehnend aus. Zwar müsse man auf die schwierigen „Zeitumstände“ mildernd Rücksicht nehmen, dennoch sei es eine „unverzeihliche Unkunde, stolze Anmaßung oder Ueber-eilung“, dass auf die „vorgelegenen auswärtigen Gesetzbücher fast gar keinen, und selbst auf die früheren einheimischen Entwürfe nicht hinlänglich“⁴³ Bedacht genommen worden sei.

Lobenswert sei, dass sich der CC auf das „bloße allgemeine Civilrecht“ beschränkt und damit dem Postulat der „Einförmigkeit“ entspricht. Auch die Kürze erscheint prinzipiell insbes gegenüber dem ausufernden und kasuisti-

⁴⁰ ZEILLER, Jährlicher Beytrag I, 270.

⁴¹ ZEILLER, Vortrag zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch (angekündigt in der Sitzung vom 28. 12. 1807, vorgelegt vermutlich am 18. 1. 1808), in: OFNER II, 465 ff; zum CC bes 479 f, 482, 485, 487, 488 f.

⁴² Diese Eigenschaften, welche man „billiger Weise von einem zweckmäßigen bürgerlichen Gesetzbuch fordert“ sind laut ZEILLER in inhaltlicher Hinsicht „Gerechtigkeit, Gleichförmigkeit, Einfachheit, Vollständigkeit und Angemessenheit“ und der Form nach „Deutlichkeit, Bestimmtheit, Ordnung und Kürze“ (OFNER II, 476).

⁴³ OFNER II, 479.

schen ALR angemessen.⁴⁴ Allerdings kritisiert Zeiller, dass das französische Gesetzbuch zum Teil zu unvollständig sei. „Das Sachenrecht ist beinahe gänzlich nur ein kurzer, ja man muß sagen, sehr magerer und unvollständiger Auszug des Römischen Rechts“.⁴⁵ In diesem Zusammenhang ereifert sich Zeiller auch darüber, dass ein Richter, der sich weigere, wegen „*obscurité ou insuffisance de la loi*“ eine Entscheidung zu treffen, wegen „*déni de justice*“ verurteilt werden könne (Art 4 CC), der Code aber keine Auslegungsregeln enthalte, die (wie § 7 ABGB) eine Entscheidung nach natürlichen Rechtsgrundsätze ermöglichen würde.

Besonders im Hinblick auf die „gleiche Gerechtigkeit“ sieht Zeiller im CC schwere Mängel: „Das französische Recht verfährt in mehreren Stellen sehr hart gegen die Auswärtigen, und, vorzüglich durch unnöthige und unnatürliche Beschränkung der bürgerlichen Freiheit auch gegen die eigenen Bürger. Nur einige Beispiele: Ein Fremder, ob er sich gleich nicht in Frankreich aufhält, kann wegen eines mit einem Franzosen selbst im Auslande geschlossenen Geschäftes bei dem französischen Gericht belangt werden (Art 14 CC). Die Freiheit, zu adoptiren, wird auf ganz außerordentliche Fälle eingeschränkt Die Frau kann ohne Einwilligung des Mannes weder veräußern, noch erwerben (Art 217 CC). Die Frau kann wegen Ehebruchs die Trennung oder Scheidung nur dann verlangen, wenn er seine Beischläferin in dem gemeinschaftlichen Hause halten würde (Art 230, 306 CC). Getrennte Ehegatten können sich nie wieder vereinen (Art 296 CC). Ein Vater kann sein Kind, das noch nicht 16 Jahre alt ist und kein Vermögen besitzt, eigenmächtig auf einen Monat in das öffentliche Gefängnis setzen lassen (Art 376 CC)“.⁴⁶

Das französische Gesetzbuch wird von Zeiller also in seinem Vortrag an Franz I. wegen „unnöthiger und unnatürlicher Beschränkung der bürgerlichen Freiheit“ als zu wenig liberal angegriffen! Unter den Belegen für mangelnde Freiheit und Gleichheit nennt Zeiller ausdrücklich die Beherrschung der (verheirateten) Frau durch den Mann und gewisse Exzesse der väterlichen Gewalt gegenüber Kindern. Übrigens spart Zeiller auch hinsichtlich des patriarchalischen römischen Rechts nicht mit Kritik: Ein Personenrecht, „wo die Gattin und die Kinder der despotischen Gewalt des Hausvater unterwor-

⁴⁴ „Leichter und bequemer zu allgemeinen Gebrauch“ als das ALR, so ZEILLER in: OFNER II, 489.

⁴⁵ OFNER II, 479, ähnlich ebenda 485.

⁴⁶ ZEILLER in OFNER II, 479.

fen waren“ könne „in dem freieren, humanen Deutschland, insbesondere in den österreichischen Staaten nicht zur Anwendung kommen“.⁴⁷

Die Kritik Zeillers am CC in diesem Vortrag bezieht sich zu einem guten Teil auf die Themen Freiheit und Gleichheit einerseits und die patriarchalische Familienstruktur andererseits. Interessanterweise dient ihm in diesen politisch höchst brisanten Bereichen die Kritik des französischen Rechts jeweils als Mittel, die eigene Position und die von ihm mitkonzipierte Zielsetzung des ABGB in vergleichsweise unverfänglicher Art und Weise darzulegen. Indem er den CC in einzelnen Punkten als zu wenig liberal und egalitär kritisiert, reklamiert er entsprechende Zielsetzungen für das österreichische Zivilgesetz. Propaganda und Rechtfertigung des eigenen Gesetzesentwurfes werden so von Zeiller geschickt mit seinen (persönlichen) rechtspolitischen Anliegen verknüpft.

Vor diesem Hintergrund sind in der Folge die beiden Gesetzbücher in historischer Perspektive (dh bezogen auf die jeweilige Fassung zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens) im Hinblick auf Gemeinsamkeiten und Divergenzen gegenüberzustellen. Im Vordergrund steht dabei die Leitidee der „bürgerlichen Freiheit“, die Zeiller immer wieder angesprochen hat und die wir anhand einiger ausgewählter Aspekte des Personen- und Familienrechts einerseits und des Vermögensprivatrechts andererseits illustrieren wollen.

VI. Freiheits- und Gleichheitsaspekte im Personenrecht

Bekanntlich ist der Aufbau sowohl des CC als auch des ABGB an den Gaius-Institutionen orientiert. Die Haupteinteilung in Personen- und Sachenrecht folgt der „aus dem römischen Recht geläufigen“ und „auch in den neueren Gesetzbüchern angenommenen“ Ordnung.⁴⁸ Beide Gesetzbücher widmen sich zunächst dem Personenrecht (inklusive des Familienrechts) und anschließend dem Sachenrecht im Sinne eines Vermögensprivatrechts, das auch das Obligationenrecht mit umfasst.

Im Personenrecht beschäftigen sich beide Kodifikationen zunächst mit der Frage nach dem Verhältnis von bürgerlichen Rechten bzw „*droits civils*“ und der Zugehörigkeit zum Staatsbürgerverband. Ähnlich wie der CC betont das ABGB hinsichtlich der bürgerlichen Rechte, dass diese grundsätzlich den

⁴⁷ OFNER II, 480.

⁴⁸ ZEILLER, Commentar I, 25.

Fremden in gleicher Weise wie den „Eingebornen“ zukommen (§ 33 ABGB), vorausgesetzt es herrscht Reziprozität.

Der für das Personenrecht in der Konzeption Zeillers so zentrale § 16 ABGB normiert, dass die „angeborenen, schon durch die Vernunft einleuchtenden Rechte“ jedem Menschen zukommen. Soweit hier also vernunftrechtlich begründete „Grundrechte“ angesprochen sind, werden diese nicht als Staatsbürgerrechte, sondern als Menschenrechte gedacht.

Die Kodifikationsgeschichte des § 16 ABGB und Zeillers Rolle bei dessen Entstehung wurde jüngst in der Literatur durchaus kontrovers bewertet. Hier näher darauf einzugehen bietet sich deshalb an, weil bei der Kodifikation dieser Bestimmung nicht zuletzt die Französische *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789 immer wieder die österreichische Diskussion mit beeinflusst hat.

Bekannt ist, dass Martinis Entwurf⁴⁹ (und leicht modifiziert auch das Galizische Gesetzbuch, das als „Urentwurf“⁵⁰ den Beratungen zugrunde lag) mit einem Hauptstück „Von Rechten und Gesetzen überhaupt“ begann und dann im Zweiten Hauptstück „Von den Rechten der Personen“ handelte. Hier findet sich auch im § 29 Urentwurf eine Aufzählung von angeborenen Rechten, „vorzüglich das Recht sein Leben zu erhalten, das Recht die dazu nötigen Dinge sich zu verschaffen, das Recht seine Leibes- und Geisteskräfte zu veredeln, das Recht sich und das Seinige zu verteidigen, das Recht seinen guten Leumund zu behaupten, endlich das Recht mit dem, was ihm eigen ist, frei zu schalten und zu walten.“ Von diesen angeborenen Rechten, hinsichtlich derer Gleichheit postuliert ist, unterscheidet Martini die „erworbenen Rechte“, zu denen „Glücksgüter und andere zufällige Vorrechte“ (§ 32 Urentwurf) gehören, bei denen „ein gewisser Abstand unter den Menschen unvermeidlich, ja sogar notwendig“ sei.

Vor allem Barta stellte dieses Bemühen Martinis um Normierung von angeborenen Rechten in einen Gegensatz zu seinen Schülern Sonnenfels und Zeiller; diese beiden hätten Martinis Anliegen mit grundrechtsfeindlichen Intentionen konterkariert und mit § 16 nur einen „Normtorso“ übrig gelassen.⁵¹

Tatsächlich liegen die Dinge nicht ganz so einfach. Bezüglich Sonnenfels ist es richtig, dass er Martinis Einleitung in der Revisionshofkommission kritisierte

⁴⁹ PHILLIP HARRAS VON HARRASOWSKY, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen V* (Wien 1886) 3 ff.

⁵⁰ OFNER I, Seite III ff.

⁵¹ BARTA, *Martini-Colloquium* 44 f, Fn 44, 68, 79, 87.

und einen eigenen Entwurf vorlegte, der aber keine Zustimmung fand.⁵² Sonnenfels ging es darum, eine Reihe verfassungsrechtlicher Regeln in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren und damit abzusichern. Zur Untermauerung seiner eigenen Vorschläge scheute sich Sonnenfels nicht, den Martini'schen Entwurf in dieser Hinsicht als „gutgemeint, aber unvorsichtig und politisch gefährlich“⁵³ zu qualifizieren. Allerdings stellte er später in einem Schreiben an seinen Lehrer Martini⁵⁴ diese Angriffe als taktische Finte dar: Ihm sei es darum gegangen, dieselben Ziele wie Martini zu verfolgen, nur in den Mitteln zum Ziele sei er abgewichen. Die Haltung von Sonnenfels war wohl nicht durch Opportunismus bestimmt,⁵⁵ sondern erklärt sich aus seinem eigenen Bestreben, einerseits einen eigenen politischen Codex zu schaffen, andererseits aber zumindest gewisse „politische Grundsätze“ auch im Bürgerlichen Gesetzbuch abzusichern.

Auch Zeillers Nichtunterstützung von Martinis Einleitung ist differenziert zu sehen: Zeiller spricht sich dafür aus, Martinis grundsätzliche Äußerungen „Von Rechten und Gesetzen überhaupt“ und „Von den Rechten der Personen“ wegzulassen. Stattdessen wird von ihm die Formulierung des § 16 ABGB vorgeschlagen.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die jüngst vorgetragene These, dass § 16 ABGB nur der „Angst vor Napoléon“ zu verdanken sei,⁵⁶ aufgrund der Chronologie klar widerlegt ist. Tatsächlich wurde über den späteren § 16 in der Sitzung vom 18. Januar 1802 verhandelt,⁵⁷ dh lange vor dem Abschluss des CC und lange bevor Napoléon Wien belagerte. Aus dem Pro-

⁵² Zum Folgenden ausführlich SIGMUND ADLER, Die politische Gesetzgebung in ihren geschichtlichen Beziehungen zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, in: FS zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (Wien 1911) 83–145, hier 112 ff; vgl nun auch STEPHAN WAGNER, Der politische Kodex. Die Kodifikationsarbeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in Österreich 1780–1818 (= Schriften zur Verfassungsgeschichte 70, Berlin 2004) 89 ff.

⁵³ ADLER, Politische Gesetzgebung 116.

⁵⁴ Wiedergegeben bei ADLER, Politische Gesetzgebung 127 f Fn 70.

⁵⁵ So aber BARTA, Martini-Colloquium 46 Fn 45; zurecht differenzierter WAGNER, Der politische Kodex. 213 mwN.

⁵⁶ BARTA, Martini-Colloquium 79 unter Berufung auf eine missverständliche Stelle bei MORIZ WELLSPACHER, Das Naturrecht und das ABGB, in: ABGB-FS I, 173–207, hier 181. Ausführlich zur Unhaltbarkeit dieser These bereits WILHELM BRAUNEDER, „Angst vor Napoleon!“, ZNR 25 (2003) 291–294.

⁵⁷ OFNER I, 36 ff.

tokoll ergibt sich ganz klar, dass der Wunsch der Revisionshofkommission dahin ging, die Bestimmungen über die natürlichen Rechte (§§ 28 ff des Ur-entwurfes) gänzlich wegzulassen. Zeiller schwächt hier ab: „Im Allgemeinen sei er mit der Revisionshofkommission einverstanden, dass man sich in keine Aufzählung und Erörterung der natürlichen Rechte einlassen“ soll. Um jedoch Missdeutungen, besonders der Auswärtigen vorzubeugen, wäre nach seinem Erachten an einem schicklichen Orte der Einleitung zu sagen: „Daß von der obersten Macht sowohl die angebohrnen Rechte, die jedermann durch die Vernunft sind, als auch die erwerblichen durch die Gesetze gesichert werden.“⁵⁸ Die „Rücksicht auf die Auswärtigen“ dürfte sich dabei vor allem darauf beziehen,⁵⁹ dass auf die Nichtanerkennung der Sklaverei und Leibeigenschaft im Anwendungsbereich des ABGB entsprechend hingewiesen werden sollte, die dazu führte, dass „ein Fremder, welcher einen Slaven mit sich führt, während seines hiesigen Aufenthaltes über denselben nur die durch unsere Gesetze zugestandenen Rechte eines Dienstherrn, keineswegs aber eine auf Sklaverei sich beziehende Macht ausüben dürfe“.⁶⁰

Zeillers Bereitschaft, die Aufzählung der natürlichen Rechte aufzugeben, ist zunächst vor seiner eigenen rechtstheoretischen Position zu sehen, aufgrund der er die vorkantianisch-naturrechtliche Konzeption Martinis wegen der mangelnden Trennung von Recht und Moral ablehnt. In seinem „Vortrag zur Einführung“ führt er hiezu aus, dass man mit Bedacht eine Aufzählung der angeborenen Rechte vermieden habe, da diese der „metaphysischen Rechtslehre überlassen werden“ müsse.⁶¹

Auch politische Erwägungen werden von Zeiller angesprochen. Er verweist darauf, dass die „berüchtigte Erklärung der Menschenrechte in Frankreich ... zu den gefährlichsten Missdeutungen Veranlassung“⁶² gegeben habe. Allerdings fährt Zeiller an ebendieser Stelle fort, dass eine solche Aufzählung der Rechte „auch überflüssig [sei], weil diese Rechte jedem schon durch die Vernunft einleuchten“.

Dass die durch § 16 ABGB angesprochenen „angeborenen Rechte“ als Teil einer liberalen Staatskonzeption zu sehen ist, die hier im Zivilrecht durch das Gesetzbuch in einem durchaus konstitutionellen Sinn grundgelegt ist, ließe

⁵⁸ OFNER I, 37.

⁵⁹ BRAUNEDER, Angst vor Napoleon 293.

⁶⁰ ZEILLER, Kommentar I, 105 f.

⁶¹ OFNER II, 471.

⁶² OFNER II, 471.

sich aus dem § 17 ABGB ableiten, der die Grenze der „natürlichen Rechte“ einer „gesetzmäßigen Beschränkung“ vorbehält. Die Formulierung von § 17 ABGB knüpft zwar lose an eine ähnliche Bestimmung in Martinis Entwurf an, macht aber noch deutlicher, als es bei Martini der Fall ist, klar, dass die natürlichen bürgerlichen Freiheiten nur in Form des Gesetzes beschränkt werden dürfen.

Zeillers Strategie läuft offenbar darauf hinaus, die angeborenen Rechte als präpositive Rechte konsequent nicht näher im Gesetz auszuführen – über § 17 ABGB und die Auslegungsregel des § 7 ABGB (natürliche Rechtsgrundsätze) aber ausreichend Einfallstore für sie offen zu lassen. So lässt sich denn auch in Zeillers scharfer Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht (und der damit verbundenen Streichung des Grundrechtskatalogs) der Versuch erblicken, unter den nachrevolutionär reaktionären politischen Rahmenbedingungen die Kodifikation des Privatrechts und damit zumindest eine Verbürgung der gleichen Freiheiten im Verhältnis der Bürger untereinander sicherzustellen.⁶³

Dies steht im Einklang mit Zeillers Betonung des egalitären Charakters des Privatrechts im Gegensatz zu den politischen Gesetzen⁶⁴ und der Hervorhebung der Autonomie des Privatrechts gegenüber der politischen Gesetzgebung.⁶⁵

Dass Zeillers „offene Konzeption“ des § 16 ABGB tatsächlich langfristiges Potenzial enthielt, zeigt die Rezeptionsgeschichte dieser Bestimmung, die heute vom OGH als „Zentralnorm unserer Rechtsordnung“ angesehen wird, die „die Persönlichkeit als Grundwert“ anerkennt.⁶⁶ Nachdem noch Joseph Unger §§ 16 und 17 ABGB als „an und für sich ganz müßige und praktisch bedeutungslose Paragraphen“⁶⁷ qualifiziert hatte, sollte erst Wellspachers Interpretation⁶⁸ bahnbrechend für die Nutzbarmachung des § 16 ABGB als

⁶³ In diesem Sinn mE treffend DIETER GRIMM, Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei Zeiller, in: SELB / HOFMEISTER (Hrsg), Forschungsband Franz von Zeiller 94–106, hier 97 ff.

⁶⁴ ZEILLER Kommentar I, 12.

⁶⁵ ZEILLER Kommentar I, 15 ff.

⁶⁶ Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen (SZ) 67/173.

⁶⁷ JOSEF UNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I (Leipzig 1856) 71 Fn 16.

⁶⁸ WELLSPACHER, Naturrecht und ABGB 187 f.

Anknüpfungspunkt der zivilrechtlichen Anerkennung von Persönlichkeitsrechten werden.

VII. Genderaspekte im Vergleich Code civil und ABGB

Wie bereits oben erwähnt, konstatierte Zeiller insbesondere Defizite des CC im Hinblick auf „gleiche Gerechtigkeit“ im Verhältnis der Eheleute untereinander und hinsichtlich der väterlichen Gewalt. Aus Zeillers Sicht sind gewisse Vorrechte des Mannes gegenüber seiner Ehefrau unter dem Gesichtspunkt der „gleichen Gerechtigkeit“ (das Wort Gleichheit vermeidet er, möglicherweise aufgrund der revolutionären Konnotation) nicht zu rechtfertigen.

Dazu ist anzumerken, dass beide Kodifikationen aus unserer heutigen Sicht in erheblichem Ausmaß patriarchalische Elemente im Familienrecht aufweisen und noch weit entfernt sind vom Ideal einer gleichberechtigten Partnerschaft der Geschlechter. Art 213 des Code Napoléon stellt klar, dass der Mann der Frau Schutz schuldig ist, die Frau aber dem Mann Gehorsam. Auch nach § 91 ABGB aF ist der „Mann ... das Haupt der Familie. In dieser Eigenschaft steht ihm vorzüglich das Recht zu, das Hauswesen zu leiten ...“.

Was das Eherecht anbelangt, so unterscheiden sich die beiden Kodifikationen grundlegend im Hinblick auf die Rolle der Kirche. Der obligatorischen Zivilehe des CC, die in Umsetzung der Trennung von Staat und Kirche keine konfessionellen Unterschiede kennt, steht im ABGB ein konfessionell differenziertes Eherecht gegenüber, bei dem der Ehevertrag durch Trauung vor dem zuständigen Geistlichen geschlossen wird. Für Katholiken kennt das ABGB keine Scheidung dem Banne nach, was das Gesetz als „Scheidung“ bezeichnet, ist bloß eine dauernde Trennung ohne Möglichkeit einer Wiederverheiratung. Insofern nennt Schlosser das Eherecht des ABGB 1811 nicht ohne Grund „reaktionär und diskriminierend-rückständig“.⁶⁹

⁶⁹ HANS SCHLOSSER, Kodifikationen im Umfeld des Preußischen Allgemeinen Landrechts. Der französische Code civil (1804) und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1811), in: DETLEF MERTEN / WALDEMAR SCHRECKENBERGER (Hrsg), Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (= Schriftenreihe der Hochschule Speyer 119, Berlin 1995) 63–82, hier 77.

Zum Familienrecht der vernunftrechtlichen Kodifikationen vgl auch URSULA VOGEL, Gleichheit und Herrschaft in der ehelichen Vertragsgesellschaft – Widersprüche der Aufklärung, in: GERHARD (Hrsg), Frauen in der Geschichte des Rechts 265–292; ROLAND GANGHOFER / JEAN MICHEL PUGHON, Le droit de la femme dans le

Dabei sollte man aber nicht vergessen, dass auch das „fortschrittlichere“ französische Zivilgesetzbuch eklatante Elemente einer Bevorzugung des Mannes gegenüber der Frau enthält: der Verlust der Verfügungsfähigkeit der Frau mit Heirat, die ungleiche Ausgestaltung des Ehebruchs als Scheidungsgrund, der Schutz des unehelichen Vaters, dessen Abstammung nur ausnahmsweise festgestellt werden kann. Das Familienrecht des CC wurde daher als „*législation pour pères de famille*“ charakterisiert.⁷⁰ In der nachrevolutionären Restauration der Familie als Pflanzschule des Staates („*pepinière de l'état*“) bleibt die Gleichberechtigung der (Ehe-)Frau eindeutig auf der Strecke, die Situation der Ehegattin ist zT sogar schlechter als im *Ancien Régime*.

Im Vergleich dazu erscheint das ABGB von einer etwas stärker in Richtung Geschlechtergleichberechtigung gehenden Auffassung geprägt, wenngleich es aus heutiger feministischer Sicht erhebliche patriarchalische Residuen⁷¹ enthält. Anders als im CC ist die (Ehe-)Frau jedenfalls voll geschäftsfähig und benötigt keinen ehemännlichen Beistand bzw kann, wenn sie sich vertreten lassen will, auch jemand anderen als ihren Ehemann zum Bevollmächtigten bestellen. § 1233 ABGB zufolge begründet die eheliche Verbindung allein noch keine Gütergemeinschaft, eine solche muss vielmehr eigens durch einen „besonderen Vertrag“, dessen Umfang und Form (uU Verzeichniserrichtung nötig) sich nach §§ 1177 f ABGB richtet, begründet werden. Im Gegensatz zur *patria potestas*, die noch im CC der Normalfall ist, geht das ABGB grundsätzlich von einer gemeinsamen elterlichen Gewalt aus.

Auch die Vorherrschaft des Mannes in der Familie gem § 91 aF ABGB wird von Zeiller in seiner Kommentierung als Zweifelsregel verstanden, von der keineswegs ein Beherrschungsrecht des Mannes über seine Ehefrau abgeleitet werden dürfe. Dass der Mann das „Haupt der Familie“ ist, bedeutet laut Zeiller⁷² keineswegs ein Recht des Mannes, seine Frau zu beherrschen: „weder aus

Code civil et l'ALR, in: BARBARA DÖLEMEYER / HEINZ MOHNHAUPT (Hrsg), 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 75, Frankfurt aM 1995) 357–370; THILO RAMM, Das Familienrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts und des Code civil im Vergleich, in: DÖLEMEYER / MOHNHAUPT (Hrsg), 200 Jahre Allgemeines Landrecht 463–483.

⁷⁰ So etwa JEAN-LOUIS HALPERIN, *Le code civil*² (Paris 2003) 27.

⁷¹ Zur Unfähigkeit von Frauen als reguläre Testamentszeugen vgl § 961 aF, der erst durch die 1. Teilnovelle geändert wurde; Vormund kann eine Frau nur unter bestimmten Umständen werden, ein dem *Senatus Consultum Velleianum* entsprechendes Verbot der Fraueninterzession fehlt aber.

⁷² ZEILLER, *Commentar I*, 250.

der gewöhnlichen physischen, oder intellectuellen Ueberlegenheit des Mannes, noch auch unmittelbar aus der engen ehelichen Verbindung“ könne ein Recht der Beherrschung abgeleitet werden. Nur im Zweifelsfall streite „aus den gewöhnlichen Naturanlagen und der üblichen Erziehungsart“ die Vermutung einer „reiferen und tieferen Beurtheilung“ für den Mann. Des Weiteren hebt Zeiller in seinem Kommentar hervor, dass der Ehemann zwar verpflichtet sei, den Schutz der Person seiner Frau, und „die Vertheidigung ihrer Rechte, oder ihre Vertretung zu übernehmen“, dass ihm daraus aber kein selbständiges Recht der Vertretung der Frau (ohne ihre Zustimmung) zukomme.⁷³ Vielmehr sei die Ehefrau weiter berechtigt, ihr eigenes Vermögen zu verwalten und bei darauf bezüglichen gerichtlichen oder außergerichtlichen Geschäften einen anderen „Machthaber“ (Bevollmächtigten) zu bestellen.

Nach der allgemeinen Bestimmung des § 21 ABGB kommt Frauen und Männern die gleiche Geschäftsfähigkeit zu. Dazu Zeiller: „Unser Gesetzbuch macht im Allgemeinen keinen Unterschied zwischen dem männlichen und dem weiblichen Geschlechte, woraus, ohne dass es ausdrücklich zu sagen nothwendig war, schon von selbst fließt, dass in der Regel beyden Geschlechtern gleiche Privat-Rechte zustehen.“⁷⁴ Die Ehefrau behält nach ABGB nicht nur die volle Geschäftsfähigkeit, sie bleibt nach dem gesetzlichen Güterstand auch Alleineigentümerin ihrer Güter und kann diese selbst oder durch einen selbstgewählten Vertreter (keineswegs notwendigerweise der Ehemann!) verwalten lassen.

Etwas weniger egalitär ausgerichtet ist dagegen die Elternrechtslehre Zeillers. Zwar geht er auch bereits von einer elterlichen Gewalt (anstelle der rein väterlichen Gewalt) über die Kinder aus (vgl § 144 ABGB, demzufolge die Eltern das Recht haben, einverständlich die Handlungen ihrer Kinder zu leiten), räumt aber dem Vater doch insofern ein Übergewicht zu, als „im Falle der Collision der Wille des Vaters vorgehen soll“. Dufour⁷⁵ sieht darin einen Beleg, dass Zeiller hinsichtlich der Elternrechtslehre stärker vom vorkritischen Naturrecht als vom Kantschen Persönlichkeitsbegriff beeinflusst gewesen sei. Allerdings hebt Zeiller in seinem Kommentar die Notwendigkeit des

⁷³ ZEILLER, Commentar I, 252.

⁷⁴ ZEILLER, Commentar I, 116 Fn *.

⁷⁵ ALFRED DUFOUR, Zeillers Elternrechtslehre im Lichte des vorkritischen Naturrechts, in: SELB / HOFMEISTER (Hrsg), Forschungsband Franz v. Zeiller 52–62, bes 62.

Einverständnisses deutlich hervor – und zwar in einer durchaus prinzipielle Gleichberechtigung andeutenden Sprache: „Außerdem ... sollen die Aeltern überhaupt, damit die Erziehung nach einem vernünftigen, zweckmäßigen Plane gleichförmig besorgt werde, einverständlich dabey zu Werke gehen. Dadurch wird der Gatte in Stand gesetzt, die Stelle des anderen, nicht immer gegenwärtigen Gatten zu vertreten; dadurch wird die das Ansehen der Aeltern abwürdigende Disharmonie in ihren Anordnungen vermieden, und es den Kindern möglich gemacht, die dem Rechte der Aeltern zusagende Pflicht des Gehorsams und der Ehrfurcht gegen beyde zu erfüllen.“⁷⁶ Übrigens haben laut Zeiller Kinder „offenbar vernunftwidrigen Anordnungen der Eltern“ nicht Folge zu leisten.

Vor diesem Hintergrund erscheint mir eine Betrachtungsweise, bei der Martinis theoretische Positionen zur Frage der Gleichberechtigung der Geschlechter (ein wahres „Feuerwerk an Ideen und neuen Arrangements der Geschlechterbeziehungen“⁷⁷) den familienrechtlichen Bestimmungen des ABGB gegenübergestellt werden und sodann Zeiller als Wahrer eines bloßen „Rechtsscheines einer freiheitlich-gleichen Gesellschaft“⁷⁸ und Propagandist weiblicher Unterordnung portraitiert wird, als Überzeichnung. Zwischen den theoretischen Positionen der Naturrechtler Martini und Zeiller und ihren jeweiligen Entwürfen muss unterschieden werden. Auch Martinis Entwurf enthielt eine dem späteren § 91 aF ABGB korrespondierende Regelung⁷⁹ – trotz der viel stärker nach „partnerschaftlicher Ehe“ klingenden Äußerungen Martinis in seinem naturrechtlichen Lehrbuch. Dass nicht nur die vormärzliche Jurisprudenz sondern die weitere Rechtsentwicklung in Österreich bis in die Siebziger Jahre des Zwanzigsten Jahrhunderts die zarten Ansätze des Gleichheitsdiskurses der naturrechtlichen Autoren nicht aufgenommen und ganz im Gegenteil die patriarchalischen Züge des ABGB hervorgehoben hat, ist bedauerlich, aber nicht wirklich Franz von Zeiller anzulasten.

⁷⁶ ZEILLER, Commentar I, 326.

⁷⁷ FLOSSMANN, Geschlechterverhältnis 180.

⁷⁸ FLOSSMANN, Geschlechterverhältnis 186.

⁷⁹ Vgl. HARRASOWSKY, Codex Theresianus und seine Umarbeitungen V (Wien 1886) 27: Drittes Hauptstück § 5: „Dem Manne, als Haupt des Hauses, steht besonders zu, die häuslichen Geschäfte zu leiten; ihm liegt aber auch ob, das Weib nach seinem Stand und Vermögen zu nähren, und nöthigen Falles zu vertreten.“

VIII. Liberale Aspekte im Vermögensprivatrecht von Code civil und ABGB

Relativ knapp geht Zeiller, wie wir gesehen haben, in seinen vergleichenden Betrachtungen zum CC auf das Vermögensprivatrecht ein. Dies ist insofern nicht erstaunlich, da in diesem Bereich die gemeinsame Verwurzelung beider Kodifikationen in der Tradition des *ius commune* evident ist. Die Grundkonzeption des Sachenrechts im weiten Sinn im Anschluss an die gaianische Begriffsbildung der *res*, die auch unkörperliche Sachen (wie die Obligationen) mitumfasst, ist beiden Gesetzbüchern gemein, wie auch das Grundverständnis von Eigentum und Enteignung.⁸⁰ Was vielleicht erstaunen mag, ist, dass auch dort, wo die sachenrechtlichen Regelungen am markantesten unterschiedlich sind, nämlich bei der Frage des derivativen Eigentumserwerbs an Mobilien, bei dem der CC die vom *ius commune* abweichende naturrechtliche Position des Eigentumsübergangs kraft Konsenses der Parteien („Konsensualprinzip“) vertritt, dies von Zeiller nur erwähnt, nicht aber problematisiert wird. Das ABGB folgt hier ja dem römisch-gemeinen Recht und verlangt neben dem Titel auch noch die Übergabe als Modus der Übereignung (bei Mobilien). Allerdings vertraten sowohl Martini als auch Zeiller in ihren theoretischen naturrechtlichen Schriften das Konsensprinzip,⁸¹ waren mit diesem also bestens vertraut, auch wenn sich dies in ihren Kodifikationsentwürfen des ABGB, das hier die traditionelle Lösung weiterführt, nicht niedergeschlagen hat. Umgekehrt erweist sich aber bei näherer Betrachtung der Unterschied zwischen Konsensprinzip und der im ABGB normierten Lehre von Titulus und Modus als gar nicht so fundamental verschieden, wenn man die Möglichkeit des Besitzkonstituts gem § 428 Fall 1 ABGB im österreichischen Recht einerseits und die doch auch nicht zu unterschätzende Rolle des Besitzes für den Erwerb und die Sicherung von Eigentum nach CC mit in Rechnung stellt.⁸²

⁸⁰ Ausführlicher dazu MEISSEL, Le code civil autrichien 132 ff.

⁸¹ KARL A. V. MARTINI, Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts (Wien 1783/84, Neudruck 1969) II, 85 (Nr 165); FRANZ VON ZEILLER, Das natürliche Privat-Recht³ (Wien 1819) § 109. Dazu ausführlicher GUNTER WESENER, Zeillers Lehre 262 ff; ARTUR VÖLKL, Die österreichische Kodifikation und das römische Recht, in: BARTA / PALME / INGENHAEFF (Hrsg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 277–301, hier 292 ff.

⁸² Dazu schon HEISS, Einfluss des Code civil 521 f; MEISSEL, Le code civil autrichien 134 f.

Was die Rolle feudaler Elemente im Eigentumsrecht anbelangt, so ist unbestreitbar, dass das ABGB 1811 hier in der Anerkennung des geteilten Eigentums (Ober- und Untereigentum, vgl §§ 357 ff ABGB) und einer Reihe ständischer Institute wie der Familienfideikommisse, Erbdienstbarkeiten, Grundpflichtigkeiten und der Erbpacht vor dem Hintergrund einer sozialen Realität steht, die von Klassen- und Standesunterschieden gekennzeichnet ist.⁸³

Dagegen ist die (an sich der Formulierung des § 354 ABGB nicht unähnliche) Textierung des Art 544 CC: « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ...* » von den Zeitgenossen als Absage an ein geteiltes Eigentumsrecht im Sinn des Feudalismus verstanden worden.⁸⁴

Brauneder deutet das ABGB 1811 daher als eine „neuständische Kodifikation“, das Gesetzbuch wende sich „auf der Basis des vormärzlichen Österreich anders als das ALR nicht an die altständische, aber auch nicht wie der Code civil an die egalitäre Gesellschaft, vielmehr an eine neuständisch gegliederte Bevölkerung“.⁸⁵ Als „neuständische Haltung“ meint er dabei eine solche, die die Ständeordnung zwar beibehalten, aber reformieren will. Für Zeiller schließt er daraus: „Da sich Zeiller eine ständelose Gesellschaft nur nach einem staatlichen Umbruch vorstellen konnte, dafür aber nie eintrat, kann von ihm und den anderen Kodifikatoren auch kein egalitäres Gesetzbuch im Sinne des Code civil, sondern als größtmöglicher Fortschritt eben ein neuständisches ABGB erwartet werden.“

Dass der CC in vielerlei Hinsicht (und auch durchaus im Vergleich zum ABGB) gar nicht so egalitär war, wurde oben schon mehrfach angedeutet. Hier geht es darum, die Behauptung, Zeiller habe die ständische Ordnung nicht nur hingenommen, sondern bewusst (wenn auch in zT reformierter Form) gewollt, zu hinterfragen.

Richtig ist, dass Zeiller auch ein profunder Kenner des Lehnsrechts war. Das Lehnsrecht war Gegenstand seiner Kronprinzenvorträge⁸⁶ und er hat den (auf

⁸³ BRAUNEDER, Das österreichische ABGB 72; SCHLOSSER, Kodifikationen 67, 76 f, 84.

⁸⁴ ALFONS BÜRGE, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 52, Frankfurt aM 1991) 7.

⁸⁵ BRAUNEDER, Das österreichische ABGB 80.

⁸⁶ WOLFGANG WAGNER, Franz von Zeiller als Erzieher, in: DERSELBE (Hrsg), Das Staatsrecht des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation (= Studien und Quellen zur Geschichte des deutschen Verfassungsrecht Reihe B: Quellen 1, Karlsruhe

Anregung von Keess) von Johann Peter Fölsch erarbeiteten Entwurf einer Lehnordnung 1805 endredigiert.⁸⁷ Dass ihm die Aufrechterhaltung der feudalen Struktur ein inneres Anliegen gewesen sei, scheint mir aber durchaus fraglich. Die von Brauneder⁸⁸ angeführte negative Äußerung zum CC, derzufolge dieser „eilig und gewaltsam dem widerstrebenden Genius der Völker aufgedrungen“ worden sei und daher auch „ebenso schnell wieder verschwinden“ habe müssen (gemeint sind die ehemals französisch besetzten Gebiete), stammt gar nicht von Zeiller, sondern aus einem Vorwort Pratobeveras. Hervorzuheben ist, dass Zeiller das Lehnrecht als ein Sonderprivatrecht betrachtete⁸⁹ (eine durchaus neue Konzeption, war doch das Lehnrecht vorher regelmäßig als Teil des Staatsrechts gesehen worden), welches er aber, so wie das Handels- und Wechselrecht, nicht in das ABGB integrieren wollte. Das bürgerliche Gesetzbuch sollte laut Zeiller gerade ein „allgemeines, somit auf alle Classen der Bürger anwendbares Recht“⁹⁰ sein. Daraus ist meines Erachtens zu schließen, dass Zeiller unter dem Gesichtspunkt der „bürgerlichen Freiheit“, der die Gleichheitsidee immanent ist, den ständischen Institutionen eher reserviert gegenüberstand.⁹¹ Daraus erklärt sich auch sein Anliegen, in der Textierung des ABGB auch dort, wo ständische Elemente aufrechterhalten werden, diese dennoch möglichst standesneutral zu formulieren, um die Fiktion der allgemeinen Gleichheit aufrechtzuerhalten. Die im ABGB 1811 anzutreffenden feudalen Züge beruhen damit wohl weniger auf Zeillers Wunschvorstellungen, sondern mussten von ihm schlicht als Teil der politischen Rahmenbedingungen in die Kodifikationsarbeit mit einbezogen werden.

Als letzter Bereich, in dem das nach wie vor verbreitete Klischee der „Rückständigkeit“ des ABGB im Vergleich zum CC zurechtzurücken ist, ist schließlich das Vertragsrecht anzuführen. Dieses beruht in beiden Kodifikationen ganz stark auf der Tradition des *usus modernus pandectarum* und weist

1968) 7–21. Das Manuskript befindet sich unter der Signatur Bibl.Pal.Vind.Cod. 14333 in der Handschriftensammlung der Österreichischen Nationalbibliothek.

⁸⁷ Dazu näher WOLFGANG WAGNER, Die Privatisierung des Lehnrechts, in: SELB / HOFMEISTER, Forschungsband Franz v. Zeiller 226–247, hier 231 f.

⁸⁸ BRAUNEDER, Das österreichische ABGB 68 Fn 12.

⁸⁹ WAGNER, Privatisierung des Lehnrechts 237 ff.

⁹⁰ ZEILLER, Commentar I, 19.

⁹¹ Deutlich wird aus Zeillers Kommentierung (Commentar II, 521 f), dass er zB die Familienfideikomisse mit wenig Sympathie betrachtete und sie als im Widerspruch zu den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ stehend ansah.

insofern viele Gemeinsamkeiten auf. Die römischrechtliche Unterscheidung von Nominat- und Innominatkontrakten ist zugunsten des allgemeinen Vertragsbegriffes und einer nicht an einen *numerus clausus* gebundenen (inhaltlichen) Vertragsfreiheit aufgegeben.⁹²

Der naturrechtliche Einfluss manifestiert sich vor allem in der Konzeption des Vertragsschlusses, der noch nicht nach dem pandektistischen Modell der übereinstimmenden Willenserklärung, sondern im Anschluss an Grotius als Übereignung einer *particula libertatis* des Versprechenden an den Versprechensempfänger konstruiert ist.⁹³ Die Bindung des Offerenten im ABGB wird von Zeiller analog zur Übertragung des Eigentums einer Sache interpretiert.⁹⁴ Allerdings hat die österreichische Lehre schon lange § 861 ABGB im Sinn des pandektistischen Modells der „Vereinigung von Willenserklärungen“ interpretiert. Dies fiel umso leichter, als sowohl die Terminologie des ABGB (so kommt der Vertrag gem § 861 ABGB „durch den übereinstimmenden Willen beider Teile“ zustande), als auch die von Zeiller innovativ eingebrachte Bindung des Offerenten nach Zugang seines Angebotes (§ 862 Satz 2 ABGB) in Richtung des pandektistischen Vertragsmodells weisen. Dass diese Bindungswirkung der Offerte an sich im Widerspruch zum „Übertragungsmodell“ des Versprechens steht, ist Zeiller voll bewusst: „Da durch ein bloßes Versprechen das Recht auf einen andern nicht übertragen wird, so wäre der Promittent, so lange die Annahme nicht erfolgt ist, berechtigt, sein Versprechen wieder zurück zu nehmen.“⁹⁵ Diese „abstracte, philosophische Ansicht“ stehe aber im Widerspruch zur „Sicherheit des Verkehrs und der bürgerlichen Verhältnisse“⁹⁶ und werde daher hier bewusst durchbrochen.

Dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit wird auch im Irrtumsrecht des ABGB 1811 besondere Bedeutung zugemessen.

⁹² Vgl etwa BRUNO SCHMIDLIN, Zum Gegensatz zwischen römischer und moderner Vertragsauffassung, in: JOHANNES E. SPRUIT (Hrsg), *Maior viginti quinque annis* (Assen 1979) 111–131; GUNTER WESENER, Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, ZNR 6 (1984) 113–131, hier 118.

⁹³ Dazu vor allem BRUNO SCHMIDLIN, Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts, in: REINHARD ZIMMERMANN / ROLF KNÜTEL / JENS PETER MEINCKE (Hrsg), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (Heidelberg 1999) 187–206.

⁹⁴ Vgl ZEILLER, *Commentar III/1*, 6: „Das Vertragsrecht lässt sich aus dem Eigentumsrecht erklären.“ Noch deutlicher wird das bei ZEILLER, *Privat-Recht*³ § 94.

⁹⁵ ZEILLER, *Commentar III/1*, 9.

⁹⁶ ZEILLER, *Commentar III/1*, 9.

Selbst bei einem wesentlichen Irrtum ist eine Anfechtung nur zulässig, wenn der Vertragspartner vom anderen „durch falsche Angaben irre geführt worden“ ist. Demgegenüber ist der CC stärker an der Willenstheorie der Glosse und Pothiers orientiert und steht damit stärker im Zeichen des Satzes *errantis voluntas nulla est*.⁹⁷

Was die Formfreiheit anbelangt, so ist anzumerken, dass das ABGB neben den Konsensualverträgen auch noch die Kategorie der Realkontrakte kennt. Demgemäß erfordern Verwahrungsvertrag (§ 957 ABGB), Leihevertrag (§ 971 ABGB), Darlehensvertrag (§ 983 ABGB) und der Trödelvertrag („Verkaufsauftrag“ gem § 1086 ABGB) zu ihrer Wirksamkeit der Übergabe der Sache; bloße Vereinbarungen sind bei diesen immerhin als Vorverträge verbindlich. Auf der anderen Seite erscheint das ABGB liberaler als der CC, was das Schrifterfordernis anbelangt.⁹⁸ Der CC verlangt grundsätzlich für alle Verträge ab 150 Francs aufgrund der Beweisregeln (Art 1341 CC) die Schriftform, wohingegen das ABGB das Schrifterfordernis nur für bestimmte Verträge anordnet.⁹⁹

IX. Eine Vision und ein Visionär

Ziel dieses Beitrages konnte es nicht sein, einen umfassenden Vergleich des ABGB und des CC (in ihren ursprünglichen Fassungen) zu geben, wohl aber anhand exemplarischer Gegenüberstellung einige Aspekte hervorzuheben, um das noch immer allzu simplistisch gebrauchte Klischee vom „revolutionären“ CC einerseits und dem „konservativen“ ABGB andererseits zu relativieren.

Gerade unter dem Gesichtspunkt der von Zeiller zielstrebig vorangetriebenen Hervorhebung und Absicherung „bürgerlicher Freiheit“ erweist sich das ABGB zumindest partiell als liberaler und egalitärer. Dies wird umgekehrt durch die neuere historisch-rechtsvergleichende Forschung zum CC unterstrichen, die zurecht hervorhebt, dass die französische Zivilrechtskodifika-

⁹⁷ Zur Kodifikationsgeschichte der Art 1109 f Code civil siehe etwa MARTIN JOSEF SCHERMAIER, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB (Wien 2000) 387 ff.

⁹⁸ Dazu bereits HEISS, Einfluss des Code civil 520 f.

⁹⁹ So für das Versprechen einer Schenkung (§ 943 ABGB), die Schenkung auf den Todesfall (§ 956 ABGB), die Universalgesellschaft (§ 1178 ABGB) und die Ehepakte (§ 1249 ABGB). Die Schriftform bei der Bürgschaft wurde erst durch die Dritte Teilnovelle 1916 eingeführt.

tion von 1804 nicht durchgängig von liberalen und individualistischen Zügen bestimmt war, sondern durchaus auch von etatistischen und reaktionären.¹⁰⁰ Der Vergleich der beiden vernunftrechtlichen Kodifikationen hilft auch, die besondere Balanceleistung Zeillers in seinem Beitrag zur Kodifikation des österreichischen bürgerlichen Rechts besser erfassen zu können. Im Kontext des Habsburgerreiches unter Franz II. (I.) trägt er besonders zu dem bei, was Franz Klein einst als Schlüssel zum Verständnis der Vitalität des ABGB hervorgehoben hat: der in vieler Hinsicht geglückte Kompromisscharakter, sein „unvergleichlicher *bon sens*“, das Bemühen „Recht und Pflicht gleichmäßig zu verteilen“ und die Suche nach Lösungen zum „Ausgleich der entgegengesetzten Interessen“.¹⁰¹

Wenn Klein in seinem Beitrag zur Hundertjahrfeier 1911 schreibt, das ABGB sei für eine Gesellschaft geschrieben, die als „Vereinigung freier gleichberechtigter Menschen“¹⁰² zu denken sei, dann ist ihm bewusst, dass dies zur Entstehungszeit noch ein Anachronismus war: „Das Niveau, auf das es die Person erhebt und die Selbständigkeit der Verfügung, mit der es sie ausstattet, sowie die Emanzipation der privatrechtlichen Beziehungen von Staat und Behörde standen zu dem Regierungssystem im Gegensatz, unter dem es wirken sollte.“¹⁰³

Daher charakterisiert Klein das ABGB 1811 bezogen auf den Zeitpunkt seines Inkrafttretens als eine „Vision“.¹⁰⁴ Als Visionär dieser „Vereinigung freier gleichberechtigter Menschen“ dürfen wir uns aber Franz von Zeiller vorstellen, der innerhalb der ihm offen stehenden Spielräume um eine nach wie vor beeindruckende Grundlegung „bürgerlicher Freiheit“ bemüht war.

¹⁰⁰ Zu nennen sind hier vor allem die große Studie von ALFONS BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*² (Frankfurt aM 1991) sowie JAMES GORDLEY, *Myths of the French Civil Code*, *American Journal of Comparative Law* Vol 42 No 3 (1994) 459–505; vgl auch JEAN COUDERT, *Das Fortleben französischer Gewohnheitsrechte aus dem Ancien régime nach 1804*, in: REINER SCHULZE (Hrsg), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts* (= *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte* 12, Berlin 1994) 37–65.

¹⁰¹ FRANZ KLEIN, *Die Lebenskraft des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs in: ABGB-FS I*, 13.

¹⁰² KLEIN, *Lebenskraft* 14.

¹⁰³ KLEIN, *Lebenskraft* 17.

¹⁰⁴ KLEIN, *Lebenskraft* 31.