

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

V

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1975

HEINZ MOHNHAUPT

Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert*

I.

„Das Wort ‚Privilegium‘ gehört zu denjenigen, welche man in unseren Tagen fast unbedingt perhorrescirt, weil man die Sache, welche man damit bezeichnet, nicht mehr für zeitgemäß hält. Das Privilegium steht, so sagt man, im Widerspruche mit dem Grundsatz der Gleichheit und da dieser Grundsatz als wahr und richtig nicht bloß in der Theorie, sondern auch in unseren positiven Verfassungen anerkannt ist, so reiht man daran die Forderung, daß die Privilegien aufgehoben werden.“¹ Die Aufhebung der Privilegien, in Deutschland mit diesen Worten noch Mitte des 19. Jahrhunderts als forderungsbedürftig festgestellt, war besonders ein Thema des 18. Jahrhunderts – und damit des Vernunftrechtszeitalters.

Die Beseitigung der ständischen Privilegienordnung wird im Ancien Régime – mit unterschiedlicher Intensität und aus unterschiedlichen Motiven – von zwei Seiten verfolgt: vom Souverän im aufgeklärten Absolutismus und – vor allem in Frankreich – vom Bürgertum. Als oberste Aufgabe des Herrschers im Absolutismus galt es, das allgemeine Wohl – das *bonum publicum* – zu verwirklichen². Dieses Ziel erlaubt es und macht es erforderlich, in die entgegenstehenden Privilegien auf allen Ebenen des Staates einzugreifen³,

* Überarbeitete Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am 6. 4. 1973 vor dem auswärtigen wissenschaftlichen Beirat des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main gehalten hat. Zum Thema „Privilegium“ ist vom Verfasser eine umfassendere Untersuchung geplant.

¹ J. PÖZL, Artikel „Privilegium“ in: Deutsches Staats-Wörterbuch, ed. J. C. BLUNTSCHLI und K. BRATER, 8. Band, Stuttgart und Leipzig 1864, p. 372.

² E. WALDER, Zwei Studien über den aufgeklärten Absolutismus. I: Aufgeklärter Absolutismus und Revolution, in: Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte, Bd. 15, Bern 1957, pp. 150 ss.

³ Zur Frage der *revocatio privilegiorum* innerhalb der Privilegienlehre vgl. J. H. BOEHMER, *Introductio in jus publicum universale ex genuinis juris naturae principiis deductum*, Pragae 1763, pp. 201 ss.; J. B. CHR. EICHMANN, Erklärungen des Bürgerlichen

ohne daß sie deshalb generell in Frage gestellt werden. Abbau des Privilegienbestandes zugunsten einer einheitlichen staatlichen Zentralgewalt und Aufbau eines allgemeinen objektiven Gesetzesrechts werden angestrebt. Wo es gelang, die politischen und sozialen Sonderrechte zu entkräften, war somit eines der wesentlichen Hindernisse zur Bildung des modernen Einheitsstaates beseitigt⁴. Diesem Versuch war in Preußen, Österreich, im Großherzogtum Toskana und in Frankreich ein unterschiedlicher Erfolg beschieden. In Frankreich scheiterte die Reformgesetzgebung Turgots unter Ludwig XVI immer wieder am Privilegienegoismus der Stände⁵. Wenn auch der aufgeklärte Absolutismus – wie auch der Absolutismus schlechthin – dem Prinzip der Gleichheit den Weg ebnete⁶, so handelte es sich dabei doch nur um eine Gleichheit, die ausschließlich an den Bedürfnissen des Staates und des allgemeinen Wohls gemessen wurde, worüber wiederum nur allein der Souverän entschied⁷. Dem gegenüber stand die Forderung des Bürgertums auf gleichberechtigte Teilhabe am Staat gegen die Bevorrechtigung des Adels und gegen die vielfach monopolisierende Wirkung der Privilegienpraxis besonders im Bereich von Handel und Gewerbe. Nicht staatlicher Utilitarismus und durch den Herrscher einseitig interpretierte Wohlfahrt, sondern Gleichberechtigung als jedermann zustehendes Individual- und Bürgerrecht lag dieser Forderung zugrunde, die die Philosophen des 18. Jahrhunderts als natürliche Gleichheit und Freiheit verkündet hatten. Das Gleichheitsprinzip wurde zu einer politischen Losung und verfassungsrechtlichen Forderung, die auch auf das Gebiet des Privatrechts ausstrahlte. Gleichheit bzw. Ungleichheit wurden zum Maßstab für die Bestimmung eines Rechtes als Privileg. So beurteilt z. B. Georg Christian Gebauer 1749 das Gebot aus dem römischen 12-Tafelgesetz „privilegia ne

Rechts nach Anleitung des Herrn Ordinarius Hellfelds Lehrbuchs der Pandecten, 2. Theil, Berlin und Stralsund 1781, pp. 145 ss.

⁴ Vgl. H. KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, p. 77.

⁵ Vgl. M. GÖHRING, Weg und Sieg der modernen Staatsidee in Frankreich, Tübingen 1946, pp. 38–47. ⁶ Vgl. E. WALDER, Aufgeklärter Absolutismus, pp. 153, 154.

⁷ Gerade gegen diese einseitige und unkontrollierbare Beurteilung des „bonum publicum“ durch den Herrscher wendete sich J. J. MOSER, Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, deren Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und Zusammenkünften, Franckfurt und Leipzig 1769, pp. 1187, 1188: „Weiter bedienet man sich jezo als einer Universal-Staats-Medicin des Grundes: Das Beste und die Erforderniß des Staats ist das höchste und oberste Gesez, welches allen anderen Gesezen, Verträgen, Freyheiten, Herkommen und Verjährung derogirt, und den Regenten berechtiget, das nöthige zu verfügen, die Verträge und Privilegien wieder aufzuheben, usw. . . . Es wird auch kein ehrlicher Mann und Patriot mißkennen, daß in der That das gemeine Beste allem anderen vorgehe: Aber, aber die Frage ist davon: Wer den Ausschlag geben könne, was würcklich das gemeine Beste seye und erfordere? Antwort: Wer sonst, als der Regent?“

irroganto“ gegen Cuias⁸, der das Gebot nur auf zeitlich unbefristete Privilegien für Einzelpersonen beschränken wollte, wie selbstverständlich nach dem Gleichheitssatz: „Ratio legis in servanda inter cives aequalitate est quaerenda, quae privilegiis et in perpetuum, et in praesens valituris est communis.“⁹

Objektive Gleichheit des Rechts oder subjektive Vielfalt der Rechte, – diese Frage wurde vielfach zum entscheidenden Gegenstand des Meinungsstreits um die bestmögliche Einrichtung der Rechtsordnung. Damit war auch die Frage nach dem Fortbestand der Privilegienordnung gestellt. Sie wird aktuell in den Kodifikationen des Vernunftrechtszeitalters¹⁰.

II

Die „Perhorrescierung“ des Privilegs, von der Josef Pözl 1856 – wie eingangs zitiert¹¹ – sprach, war keineswegs auf diese Zeit beschränkt. Gerade das macht es so schwierig – wenn nicht gar unmöglich –, den Begriff des Rechtsinstituts „Privileg“ eindeutig und allgemeingültig zu bestimmen¹². Johann Kaspar Bluntschli gibt die einleuchtende Begründung¹³:

„Man hat diesem Ausdrücke zuweilen eine ganz ungebührliche Ausdehnung gegeben und damit die Abneigung, welche unser nach Gleichheit des Rechts strebendes Zeitalter gegen die Privilegien nährt, auch auf Institutionen hingelenkt, welche durchaus nicht den Charakter von Privilegien an sich tragen.“

Der Privilegienbegriff ist weitgehend dem Ideologieverdacht anheimgefallen, so daß der ursprünglich wohlbegründete juristische Kern des Rechts-

⁸ J. CUIACIUS, *Observationes lib. XV cap. VIII*, in: *Opera omnia*, Tom. III, Neapoli 1758, col. 429: „Nam privilegia XII. Tabulae vocant quae de una tantum persona concipiuntur in omnia tempora.“

⁹ G. CHR. GEBAUER, *Singularia de privilegiis*, Gottingae 1749, p. 39; ebenso p. 42 bei der Bewertung der Auffassung von Marcilius: „Vera legis ratio, in servanda inter cives aequalitate sita, ad utramque privilegiorum speciem pertinet.“

¹⁰ Der andere Aspekt der Privilegienlehre und Privilegienpraxis, nämlich der der Gewährung einer größtmöglichen Rechtssicherheit in Gestalt eines Privilegs durch die Garantie des Privilegienerteilers, trat demgegenüber weitgehend zurück.

¹¹ Vgl. oben n. 1.

¹² Vgl. O. v. SARWEY, *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 2. Band, Tübingen 1883, p. 69 n. 5: „Den Begriff des Privilegiums in einer allgemein gültigen Formel festzustellen, ist nicht möglich . . .“; vgl. neuerdings auch H. HATTENHAUER, *Zwischen Hierarchie und Demokratie. Eine Einführung in die geistesgeschichtlichen Grundlagen des geltenden deutschen Rechts*, Karlsruhe 1971, pp. 32, 33.

¹³ J. K. BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, 6. von R. Loening durchgesehene Auflage, Stuttgart 1885, p. 124.

instituts „privilegium“ verschüttet worden ist. „In the present atmosphere of egalitarianism . . . „privilege“ is almost a dirty word . . .“; dies darf als eine für heute gültige Kennzeichnung gelten¹⁴. Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts gehören die Privilegien vielfach zum bevorzugten Gegenstand der politischen Sprache und des politischen Kampfes. In der Kampfschrift *Essai sur les privilèges* (November 1788) von Emmanuel Sieyès wird das besonders deutlich. Sieyès, selber ein leidenschaftlicher Kämpfer gegen die Privilegien und einer der wichtigsten Theoretiker der Französischen Revolution, den Robespierre einmal den Maulwurf der Revolution genannt hat, bekennt am Ende seines *Essai* nicht ohne Resignation:

„La matière des privilèges est inépuisable comme les préjugés qui conspirent à les soutenir.“¹⁵

Der Versuch einer begrifflichen Konkretisierung wird dessen eingedenk sein müssen.

Dem bisher Gesagten lag unausgesprochen ein Privilegienbegriff zugrunde, wie er heute üblich ist und den man mit „Sondervorteil“, „Vorrecht“, „Ausnahmerecht“ oder „Sonderrecht“ zugunsten des Privilegierten – im Gegensatz zum „Regelrecht“ oder „allgemeinen Gesetzesrecht“ – übersetzen könnte. Das ist gegenüber dem Privilegienbegriff des römischen Rechts und der frühen gemeinrechtlichen Lehre schon eine deutliche Begriffsverengung, die sich allmählich herausgebildet hat, denn ursprünglich bedeutete „privilegium“ auch das „belastende Sonderrecht“ zuungunsten des Privilegierten: den „privilegia favorabilia“ standen „privilegia odiosa“ gegenüber¹⁶. Spätestens im 18. Jahrhundert ist die Beschränkung auf die begünstigenden Privilegien im Sprachgebrauch üblich: „Und es ist kein Zweifel, daß, wenn man Privilegien in dem allgemeinsten . . . Sinne nimmt, darunter auch die gehäßigen Privilegien allerdings begriffen werden können: wiewohl es gewiß ist, daß die günstigen Privilegien allein die Privilegien im eigentlichen und heutigen Verstande . . . sind.“¹⁷

¹⁴ D. H. N. JOHNSON, Besprechung von C. E. WILSON, *Diplomatic privileges and immunities*, Tuscon/Arizona 1967, in: *The Modern Law Review* 31 (1968), p. 721.

¹⁵ *Qu'est-ce que le tiers état? précédé de l'Essai sur les privilèges; par L'ABBÉ SIEYÈS, nouvelle édition, augmentée . . . par L'ABBÉ MORELLET*, Paris 1822, p. 48.

¹⁶ Vgl. G. CHR. GEBAUER, *De privilegiis*, pp. 15, 16; CHR. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar*, 1. Theil, 2. Auflage, Erlangen 1797, pp. 548 ss.

¹⁷ F. G. A. LOBETHAN, *Abhandlung über die Lehre von Privilegien überhaupt und Buchhändlerprivilegien insbesondere, Dispensationen und Immunitäten*, Leipzig 1796, p. 29; vgl. auch A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 1. Band, 2. Auflage, Erlangen 1873, p. 230: „Im

Die Unsicherheit bei der begrifflichen Bestimmung des Rechtsinstituts „privilegium“ blieb dennoch eine bis heute oft beklagte Tatsache¹⁸. Die Lehre im 18. Jahrhundert beginnt sich der Notwendigkeit eines inhaltlich präzise ausformten Begriffsapparates auf allen Gebieten des Rechts – besonders des öffentlichen Rechts – bewußt zu werden und versucht, zu praktikablen Formeln durchzudringen. Eine endgültige und einheitliche Begriffsfestlegung für das Privileg gelingt jedoch nicht. Johann Jacob Moser bekundet 1748 seine Ratlosigkeit, obwohl er ausführlich Privilegien behandelt hat:

„Was überhaupt ein Privilegium seye? Davon die Lehrer der natürlich und menschlichen Rechte nicht einerley Begriffe, – mithin kommen auch ihre Beschreibungen nicht miteinander überein und wäre manches dabey zu erinnern.“¹⁹

Christian Friedrich Glück erklärt 1797:

„Fragt man jedoch, was ein Privilegium im eigentlichen Verstande sey, so sind die Begriffe der Rechtsgelehrten hierin nicht übereinstimmend.“²⁰

Bei Franz von Zeiller heißt es 1811:

„Aber welche besondere Rechte unter dem Worte Privilegium begriffen werden sollen, darüber sind auch die heutigen Rechtsgelehrten und politischen Schriftsteller noch nicht einig.“²¹

Noch 1959 bemerken Enneccerus-Nipperdey²² zum Begriff des Privilegs: „Die Terminologie ist übrigens keine feste.“ Die Gründe sind darin zu sehen,

Worte Privilegium liegt der Gedanke des Vortheils nicht; allein nach der großen Mehrzahl der Fälle haben wir ihn hineingetragen.“

¹⁸ Vgl. z. B. W. EBEL, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Auflage, Göttingen 1958, p. 41 n. 34; K. KROESCHELL, Deutsche Rechtsgeschichte I, Reinbeck bei Hamburg 1972, pp. 151, 156.

¹⁹ J. J. MOSER, Teutsches Staatsrecht, 4. Theil, Frankfurt und Leipzig 1748, pp. 251, 252; vgl. auch J. J. MOSER, Von der Landeshoheit in Gnadensachen, Franckfurt und Leipzig 1773, p. 38 (§ 2): „Ein Privilegium zu beschreiben, daß es sich genugsam von anderen Sachen unterscheide, und die allgemeine Natur derselbigen ausdrücke, ist schwer: Ich denke so: Ein Privilegium ist eine Landesherrliche Erlaubniß, daß der Befreyete beständig, (wenigstens so lang, als das Privilegium dauert,) etwas thun oder lassen dörffe, was andere Unterthanen nicht thun oder lassen dörffen; oder auch ein Landesherrlicher Befehl, dem Befreyeten etwas angedeyhen zu lassen, was anderen Unterthanen nicht angedeyhet.“

²⁰ CHR. FR. GLÜCK, Pandecten I, pp. 549, 550.

²¹ F. v. ZEILLER, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, 1. Band, Wien und Triest 1811, p. 88.

²² Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch von L. ENNECCERUS, 15. neubearbeitete Auflage von H. C. NIPPERDEY, 1. Halbband, Tübingen 1959, p. 292 n. 2.

daß die Privilegieneigenschaft völlig unterschiedlich entweder nach formellen oder inhaltlichen Kriterien beurteilt wird²³:

1) Nach der Form des Rechtserwerbs bzw. der Rechtserteilung, nämlich im Wege einer besonderen Einzelanordnung in Gestalt einer Urkunde durch die päpstliche oder kaiserliche Gewalt. Die Diplomatie hat z. B. nachgewiesen, daß in der spätkarolingischen Zeit Königsurkunden aller Art „privilegia“ genannt werden²⁴. Die „Ars dictandi Aurelianensis“²⁵ definiert ganz pauschal: „Privilegium est apostolica vel imperialis sanctio.“²⁶ In diesem Sinne wird selbst der Sachsenspiegel von der Glosse als ein Privileg Karls des Großen gedeutet²⁷.

2) Nach dem Inhalt, d. h. nach der Eigenschaft des erworbenen Rechts als Einzelrecht im Sinne einer Ungleichartigkeit der Rechtsfolgen im Vergleich zur allgemeinen gesetzlichen Rechtsnorm oder anerkannten Rechtsregel. Der Begriff des Privilegs in diesem allgemeineren Sinne ist somit völlig unabhängig von der Form und Art der Rechtserteilung. Dementsprechend werden auch die durch die Gesetzgebung begründeten Abweichungen von der allgemeinen Rechtsregel für ganze Personengruppen zu den Privilegien gerechnet, wie z. B. die Bestimmungen im römischen *Corpus iuris civilis* über die Schenkung unter Eheleuten, einzelne Bürgschaften, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Minderjährigen usw. Das gilt auch für die Sonderrechte der Stände und Berufsgruppen²⁸.

²³ Vgl. auch R. STAMMLER, Privilegien und Vorrechte, Halle 1903, p. 14; O. v. SARWEY, Staatsrecht II, p. 69 n. 5.

²⁴ H. BRESSLAU, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien, 1. Band, 3. Auflage, Berlin 1958, p. 63 n. 1. Vgl. auch K. KROESCHELL, Deutsche Rechtsgeschichte I, p. 154.

²⁵ Zur „Ars dictandi“ vgl. H. COING, Römisches Recht in Deutschland, in: IRMAE, Pars V, 6, Milano 1964, pp. 23, 24.

²⁶ Zit. nach H. BRESSLAU, Urkundenlehre I, p. 63 n. 1; die nach Bernhardus häufig gebrauchte Definition lautet: „Privilegium est apostolica vel imperialis sanctio qua iura servantur integra et firma“; vgl. L. ROCKINGER, Ueber Formelbücher vom dreizehnten bis zum sechzehnten Jahrhundert als rechtsgeschichtliche Quellen, München 1855, p. 47 n. 75.

²⁷ Glossa ad Prooemium: „Hie hebet der Eck von Repkaw an, in Teutsch zu bringen das Lateinisch Privilegium, das Constantinus und Carolus, beyde Römische Keyser, auf eine Zeit gaben den Sachsen vor Recht, auf daß sie sich zum Christenglauben bekärten.“ Glossa ad Art. LXXXII: „Dieses, der Sachsen Privilegium ist gegeben worden auf der Sachsenburg von König Carolo, nach Christi Geburt im achthundertten und zehenden Jahr, und seins Reichs im siebenden, den zehenden tag des Hornungs.“ Zit. nach: EYKENS VON REPGOW Sachsenspiegel, oder Das Sächsische Land-Recht in dreyen Büchern, . . . ferner die vollständige Teutsche Glosse des Land-Rechts, . . . , ausgefertigt von CARL WILHELM GÄRTNERN, Leipzig 1732, pp. 12, 506.

²⁸ C. ZIEGLER, De iuribus majestatis tractatus academicus . . . , Wittenbergae 1681, p. 227:

Die begriffliche Vielschichtigkeit zeigt sich auch in der uneinheitlichen Terminologie. Die Wortgeschichte²⁹ weist auf „lex“ und „privus“ hin. „Privus“ wird bereits in der römischen Literatur mit „sonder“ und „einzel“ erläutert. Bei Gellius heißt es:

„Non sunt enim generalia iussa neque de universis civibus, sed de singulis concepta; quocirca „privilegia“ potius vocari debent, quia veteres „priva“ dixerunt, quae nos „singula“ dicimus.“³⁰

Andere verweisen auf „privare legum“³¹ und „lex privata“. Die berühmte Definition Isidors von Sevilla wird noch im 19. Jahrhundert zitiert:

„Privilegia autem sunt leges privatorum, quasi privatae leges. Nam privilegium inde dictum, quod in privato feratur.“³²

Ferner wird häufig das Wort „privilegium“ sowohl auf den singulären Rechtssatz – das „ius singulare“ – als auch auf die aus dem „ius singulare“ entspringenden Rechtsfolgen angewandt³³. In den römischen Rechtsquellen kommen neben dem „privilegium“ und „ius singulare“ noch das „beneficium“, die „beneficia legis“, das „privilegium principale“, „privilegium speciale“, die „specialis largitas“, „praerogativa“, „constitutio personalis“ vor³⁴. Die gemeinrechtliche Literatur³⁵ kennt außerdem noch die Bezeichnungen „rescriptum“, „diploma principale“, „auxilium“, „favor“ und „gra-

„Caeterum privilegii vocabulum sequentibus temporibus iuri, quod certo personarum ordini, conditioni et qualitati, certisque causis conceditur, adhaesit. Ita jura pupillorum, militum, studiosorum, Clericorum, piae causae, dotis, creditorum quorundam dicuntur privilegia.“

²⁹ Vgl. G. CHR. GEBAUER, *Singularia de privilegiis*, pp. 9 ss; P. C. LANGHAIDER (resp. P. M. SCHMETTERER), *De multiplici privilegiorum significatione, eorumque notione genuina, et adfectionibus propriis dissertatio*, . . . , Salisburgi 1764, pp. 1 ss.

³⁰ A. GELLIUS, *Noctium Atticarum libri XX, Vol. I.*, recensuit C. HOSIUS, editio stereotypa editionis prioris (1903), Stuttgartiae 1959, p. 364, lib. X cap. 20.

³¹ So z. B. unter den Kanonisten Paucapalea; vgl. D. LINDNER, *Die Lehre vom Privileg nach Gratian und den Glossatoren des Corpus iuris canonici*, Regensburg 1917, p. 8.

³² Isidori hispalensis episcopi *etymologiarum sive originum libri XX*, lib. V 18; ebenso *Decretum Gratiani, Distinctio III c. 3*, ed. FRIEDBERG, col. 5. Vgl. auch CICERO, *De legibus*, lib. III, XIX – 44: „In privatos homines (maiores) leges ferri noluerunt, id est enim privilegium . . .“.

³³ PH. R. VITRIARIUS, *Institutiones publici romano-germanici Singularem studio et opera Francisci Speneri . . . , Norimbergae et Lipsiae 1727*, p. 323: „Quid enim aliud est privilegium, quam exceptio a lege? Unde etiam interdum jus singulare dicitur.“ CHR. F. GLÜCK, *Pandecten I*, p. 553.

³⁴ P. FRIDERICUS, *Diss. de privilegiis*, Basileae 1610, I 1–3, in: *Volumen II Disputationum iuridicarum . . . , Basileae 1616*.

³⁵ S. SCHARD, *Lexicon iuridicum, sive verborum et rerum ad iuris romani civilis simul et pontificii theoriam et praxim pertinentium thesaurus . . . , Coloniae Agrippinae 1600*, Art. privilegium, p. 748.

tia“. Bis in das 18. Jahrhundert steht neben den genannten Bezeichnungen – sie werden keineswegs abgelöst oder ersetzt – noch die übliche deutsche Terminologie: „Privilegia, Gnade, Freyheit, Herrligkeit, Würdigkeit, Herkommen, Gewohnheit, Handvesten, Verschreibungen, Haab, Recht und Gerechtigkeit.“³⁶ Die uneinheitliche Vielzahl der Bezeichnungen ist in allen europäischen Ländern anzutreffen. Sie bezeichnet zugleich das gesamteuropäische Phänomen³⁷ des Rechtsinstituts „privilegium“ für die Zeit vom Mittelalter bis in die Neuzeit. Im deutschen Rechtskreis dominiert jedoch die Gewährung des Sonderrechts im Wege der Erteilung durch die Privilegienurkunde, „so daß man wohl“ – wie Hufeland es nannte – „beim Vorzeigen und Auseinanderschlagen der Urkunde darüber sagt: Hier ist mein Privilegium“³⁸. Erst seit Glücks Pandektenkommentar³⁹ wird diese Privilegienform deutlicher als „Privileg im eigentlichen Verstande“ von dem durch die „Verordnungen des gemeinen Rechts gewährten „ius singulare“ unterschieden⁴⁰.

Die Privilegienurkunden zeigen in ihrem Aufbau die Struktur der mittelalterlichen Diplome von der Intitulatio bis zur Subscriptio⁴¹. Die Narratio gibt den Antrag, das Antragsverfahren oder Anlaß und Zweck der Rechtserteilung wieder. Die Dispositio enthält die Beschreibung des übertragenen Einzelrechts mit der Versicherung ungehinderten Rechtsgebrauchs. Die Pönformel (Sanctio) formuliert das allgemeine Gebot, den Privilegierten bei der Ausübung seines Rechts nicht zu stören, sondern zu unterstützen und zu schützen. Damit verbunden ist das allgemeine Verbot jeglicher Zuwiderhandlung unter genauer Angabe des Adressatenkreises und einer konkreten Strafandrohung für den Fall eines Verstoßes. Dieser Aufbau, der die klassische Idealform der Privilegienurkunde darstellt, findet sich in der Regel bei allen Privilegien wieder und läßt sich bis zum Ende des 18. Jahrhunderts beobachten, wenn auch die einzelnen Urkundenelemente z. T. verkürzt und verstümmelt nicht immer in dieser Deutlichkeit im 18. Jahrhundert noch nach-

³⁶ So lautet z. B. die wörtliche Aufzählung in der Konfirmationsurkunde aller sächsischen Privilegien durch Kaiser Karl VI vom Jahre 1715; zit. nach K. GLO. GÜNTHER, Das Privilegium de non appellando des Kur- und Fürstenhauses Sachsen aus der Geschichte und dem Staatsrechte . . . erläutert, Leipzig und Dresden 1788, Beilagen pp. 218, 222.

³⁷ Vgl. z. B. A. KUBINYI, Enchiridion lexicis juris incliti regni Hungariae . . ., Posonii 1798, pp. 579, 580: „Privilegium varie definitur . . .“.

³⁸ G. HUFELAND, Veränderte allgemeine Ansicht der Lehre von den Privilegien, in: Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und Einzelnen mit Vergleichen neuer Gesetzgebungen, 1. Theil, Giesen 1815, p. 221.

³⁹ CHR. F. GLÜCK, Pandecten I, pp. 553, 558.

⁴⁰ Vgl. dazu unten p. 90.

⁴¹ Vgl. zum Urkundenaufbau und seiner Typen H. BRESSLAU, Urkundenlehre I, pp. 47 ss.

zuweisen sind⁴². Unverändert ist auch die dem Privileg anhaftende Zweckrichtung, nämlich der Schutz des im Privileg genannten Rechtes für den mit einem Privileg – und das heißt mit einer Urkunde – ausgestatteten Rechtsinhaber durch den Rechts- bzw. Privilegienerteiler. „In nostra protectione“, „wollen sie dabei schützen und schirmen“, „wollen sie schützen, handhaben und erhalten“ lauten die Erklärungen übernommener Schutzverpflichtung. Häufig läßt auch die Narratio erkennen, daß die Anträge und Bitten um Privilegierung in diesem Sinne gestellt und vom Antragsteller verstanden werden. Dabei bedarf es keineswegs einer ausdrücklichen Schutzerklärung im Privileg, um diesen Rechtscharakter nachzuweisen. Da Privilegien nur von Kaiser, Papst und Landesherren erteilt werden, steht hinter jedem Privilegierten die höchste staatliche oder kirchliche Autorität. Das steht in jedem Privilegienbrief und ist durch die Formulierung eines Straftatbestandes in Gestalt von Störungsverbot und präzise bestimmter Strafanndrohung für den Fall der Zuwiderhandlung klar ausgedrückt. Ein Verstoß gegen das verbrieftete Recht bedeutete somit auch einen Angriff gegen den kaiserlichen, päpstlichen oder landesherrlichen Rechtserteiler. Deshalb fiel die Hälfte des Strafgeldes auch regelmäßig dem Fiskus zu⁴³. Die Kaiserliche Majestät ist z. B. in besonderem Maße Wahrer und Beschützer der Rechtsordnung: „Custos Legum“. Das bezog sich auch auf die Privilegien. Für die den Reichsständen erteilten Privilegien ist diese Schutzpflicht zudem ausdrücklich in allen Wahlkapitulationen reichsgrundgesetzlich vorgeschrieben⁴⁴. Sie ent-

⁴² Vgl. dazu z. B. die folgenden Privilegien: Privileg Kaiser Friedrichs II von 1220, in dem er die Familien Ubertini in seinen besonderen Schutz nimmt und ihnen den ausschließlichen Gerichtsstand vor dem Kaiser gewährt, in: J. FICKER, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, 4. Band, Neudruck der Ausgabe 1868–1874, Aalen 1961, Nr. 287, pp. 321, 322; Privileg Kaiser Maximilians II, das er in seiner Eigenschaft als Erzherzog von Österreich im Jahre 1570 den „Ständen gemeiner Landschaft unseres Ertz-Herzogthums Österreich ob der Ennß“ erteilt hat (Erteilung einer Schutzgarantie sowie der Abgaben- und Versammlungsfreiheit), in: J. CHR. LÜNIG, Collectio nova, worinn der Mittelbahren oder Landsäßigen Ritterschaft in Teutschland . . . sonderbare Praerogativen und Gerechtsame, auch Privilegia und Freyheiten enthalten sind, . . . , 1. Theil, Franckfurt und Leipzig 1730, Col. 358–362; Privileg des Pfalzgrafen bei Rhein, das er in seiner Eigenschaft als Reichsvikar im Jahre 1790 dem Verleger v. Drouin erteilte (Publikationsrecht für alle „Conclusa“ des „Reichsvikariats-Hofgerichts“ und Schutzgarantie gegen Nachdrucke), in: Des Rheinischen Reichs-Vikariats-Hofgerichts Conclusa, ed. E. v. DROUIN, München 1790, Einleitung.

⁴³ Vgl. C. FR. HÄBERLIN, Repertorium des Deutschen Staats- und Lehnrechts, 4. Theil, Leipzig 1795, Art. „Privilegium“, p. 289 (§ 11).

⁴⁴ Vgl. z. B. Art. I § 9 der Wahlkapitulation Kaiser Franz' II von 1792 mit der übernommenen Verpflichtung, „Privilegien . . . in beständiger Form (zu) konfirmieren, sie auch dabei als römischer König (zu) handhaben und schützen, und Niemanden einiges Privilegium dawider (zu) ertheilen.“

sprach im Ancien Régime der allgemein anerkannten Pflicht des Regenten, die wohlerworbenen Rechte eines jeden zu wahren und zu schützen:

„Was der Unterthan ex pacto, lege, privilegio, concessione, observantia vel praescriptione einmal rechtmäßig erlangt hat, das kann ihm der Regent nicht nur nicht willkürlich benehmen, sondern er muß ihn vielmehr gegen widerrechtliche Beschränkungen dabey manuteniren, mithin jus suum cuique angedeyen lassen.“⁴⁵

Diese spezifische Schutzfunktion des Privilegs wird ebenfalls von der rechtswissenschaftlichen Literatur im Ancien Régime – wenn auch unterschiedlich stark – betont, häufig aber auch als selbstverständlich keiner näheren Darlegung für würdig befunden. Bei Christian Wolff lautet die treffende Charakterisierung:

„Et quoniam tutela haec a privilegio inseparabilis est . . . Superior, dum privilegium alicui dat, eo ipso eidem promittere intellegitur, quod eum contra omnes tueri velit, qui contra hoc privilegium quid facere ausint. Patet itaque, promissionem tutelae in ipsa concessione tacite contineri.“⁴⁶

Diese den Schutz sichernde Strafandrohung für den Fall, daß der Privilegierte in der Ausübung seines Rechtes in irgendeiner Weise gestört würde, ist gleichzeitig das Hauptargument für die Lehre im 16. bis 18. Jahrhundert, dem Privileg den Rang eines Gesetzes zuzusprechen. Alle Untertanen des Privilegienerteilers vom höchsten bis zum geringsten Amtsträger und gemeinen Mann – der Katalog der Adressaten ist zumeist so gefaßt, daß keiner sich als nicht angesprochen und gebunden bezeichnen kann – werden in dieses negative Störungsverbot und positive Schutz- und Sicherungsgebot für das übertragene Recht eingeschlossen:

„Denn sobald einer privilegiert wird, so ist dieses zugleich für andere Untertanen ein Gesetz, daß sie den Gefreyten an seiner Freyheit nicht hindern dürfen.“⁴⁷

Bei Johann Stephan Pütter heißt es:

⁴⁵ W. X. A. FRHR. V. KREITTMAYR, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes, 1. Theil, 2. Auflage, München 1789, p. 62.

⁴⁶ CHR. WOLFF, Jus naturae methodo scientifica pertractatum. Pars octava, sive ultima. De imperio publico, seu iure civitatis, in qua omne jus publicum universale, demonstratur . . ., Halae/Magdeburgicae 1748, p. 655 (§ 683); vgl. auch Jo. G. SCHAUMBURG (resp. G. G. FOLLENIUS), Dissertatio iuridica quae naturam privilegiorum tam gratiosorum quam conventionalium ex genuinis principii exhibet, Jenae 1736, pp. 25, 26.

⁴⁷ W. X. A. FRHR. V. KREITTMAYR, Anmerkungen über den Codicem Maximilianicum Bavaricum Civilem, 1. Theil, neue unveränderte Auflage, München 1821, p. 96 (§ XVI).

„... so ist dieses der allgemeine Begriff von Privilegien, ... daß sie in Ansehung der übrigen Unterthanen selbst eine gesetzmäßige Verbindlichkeit haben.“⁴⁸

Dementsprechend stellt z. B. – neben anderen – Carl Christoph Hofacker deutlich die im Privileg korrespondierenden Rechtselemente der persönlichen Berechtigung und der allgemeinen Verpflichtung einander gegenüber:

„Effectus privilegii rite acquisiti consistit in iure privilegiati proprio, cui respondet subditorum reliquorum obligatio, usum eius iuris non impediendi.“⁴⁹

Georg Christoph Gebauer teilt das Privileg in diesem Sinne in die Elemente „*permissio et lex*“ und betont,

„... permissionem a praeceptione et prohibitionem esse separandam, hanc utramque esse legem, illiam non, atque ita nec hoc modo dari legem permittentem. ... In illis (privilegiis) est permissio et lex, haec autem vel expressa vel tacita, atque iterum vel praeciens vel vetans, atque rursus vel privo homini vel reliquis civibus posita.“⁵⁰

Beim Privileg sind somit zwei Ebenen zu unterscheiden, nämlich einmal das persönliche Band und Rechtsverhältnis zwischen dem Privilegienerteiler und dem Privilegierten, gestaltet durch die Übertragung eines besonderen Rechtes einschließlich Schutzgarantie, und zum anderen die als Gesetz zu wertende Allgemeinverpflichtung aller, den Privilegierten bei der Ausübung seines Rechtes nicht zu stören⁵¹. Folgerichtig argumentiert Johann Georg Kees, wenn er die überkommene Beurteilung des Privilegs als „*lex privata*“ ablehnt:

„Si privilegium omnes obligat extra privilegiatum, non est lex privata sed communis, ergo male definitur, quod sit privata.“⁵²

⁴⁸ J. ST. PÜTTER, Kurzer Begriff des Teutschen Staatsrechts, 2. Auflage, Göttingen 1768, p. 107.

⁴⁹ C. CHR. HOFACKER, Principia iuris civilis romano-germanici, Tom. I, editio secunda, Tubingae 1800, p. 80 (§ 97); ähnlich: J. B. CHR. EICHMANN, Erklärungen des Bürgerlichen Rechts, p. 113; SCHLAYER, Darstellung der Lehre von den Privilegien nach den Quellen des gemeinen Rechts, in: Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, ed. J. T. B. VON LINDE u. a., Neue Folge, 12. Band, Gießen 1855, p. 71.

⁵⁰ G. CHR. GEBAUER, Singularia de privilegiis, p. 63.

⁵¹ C. F. HÄBELIN, Repertorium IV, p. 287 (§ 7), spricht von der zweifachen Wirkung des Privilegs, „daß 1) der Privilegirte den Vorzug genießt, der ihm durch die zu seinem Vortheile geschehene Ausnahme vom Gesetze zugestanden ist, und daß 2) die übrigen Unterthanen des Regenten, der das Privilegium erteilt hat, verpflichtet sind, dem darin enthaltenen Befehle, der für sie ein wahres Gesetz ist, nachzukommen, und folglich auch nichts zu unternehmen, was dem Privilegium zuwider wäre, und wodurch der Privilegirte im ruhigen Besitze seines Vorrechts gestört werden könnte“.

⁵² J. G. KEES, Commentarius ad D. Justiniani institutionum imperialium IV libros, . . . , editio octava, Coloniae Allobrogum 1759, p. 23.

Die so bestimmte Gesetzeseigenschaft des Privilegs richtet sich somit an der unbestimmten Vielzahl der Adressaten – ganz im Sinne des modernen Gesetzesbegriffs – aus⁵³. Definiert man das Privileg nach der in ihm ausgesprochenen Exklusivität des übertragenen Sonderrechts, so kann man auch von einer negativen Drittwirkung im heute gebräuchlichen Sinn sprechen, wie sie Hermann Krause bereits für das mittelalterliche Privileg festgestellt hat⁵⁴. Christian Wolff spricht in diesem Sinne von der „lex prohibitiva“⁵⁵. Das Privileg hat somit einen Doppelcharakter, nämlich einmal als objektives Sonderrecht und zum anderen als subjektive Sonderberechtigung.

Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts blieb jedoch auch noch die Auffassung vom Privileg als einer „lex privata“ bestehen. Die Gesetzeseigenschaft wurde also mit zwei unterschiedlichen Begründungen bejaht. Bartolus wird noch im 18. Jahrhundert zitiert: „Privilegium est lex scripta contra ius commune.“⁵⁶ In diesem Sinne führt Enenckelius aus: „Et vocantur privilegia leges . . .“⁵⁷.

Aus der Gesetzeseigenschaft des Privilegs und seiner allgemeinen Bedeutung als Ausnahme von einem Gesetz folgt, daß Träger der Privilegienhoheit der Gesetzgeber ist:

„Wer die gewalt hat, gesetze zu geben, solche auszulegen oder gänzlich abzuschaffen, derselbige hat sonder zweiffel auch macht, gewisse privilegia und freyheiten zu ertheilen, oder in gewissen Fällen, so viel die gesetze betrifft, zu dispensiren, und einen oder den andern von der observantz dieses oder jenes gesetzes gestalten sachen nach zu eximiren. Gleichwie aber gesetze geben,

⁵³ Die moderne rechtsgeschichtliche Literatur verkennt nicht eine gewisse Gesetzesfunktion des Privilegs, – deutet diese jedoch mehr aus der Allgemeinwirkung des materiellen Inhalts des einzelnen Privilegs im Sinne eines „privilegium generale“. W. EBEL, Gesetzgebung p. 40, spricht beim „normativen Privileg“ von einer „Gesetzgebung . . . im Effekt, nicht im Prinzip“. H. KRAUSE, Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, in: SZGerm 82 (1965), pp. 22–26, spricht von „Einzelsätzen, die zwar in den Privilegien stehen, denen aber die unmittelbare Allgemeinwirkung einer generellen gesetzlichen Norm zukommen soll“. Ähnlich G. K. SCHMELZEISEN, Objektives und subjektives Recht. Zu ihrem Verhältnis im Mittelalter, in: SZGerm 90 (1973), pp. 111, 112. H. Thieme, Die Funktion der Regalien im Mittelalter, in: SZGerm 62 (1942), p. 68, sieht im Privileg auch ein Mittel zur Schaffung neuen Rechts, – einen Funktionsersatz für die fehlende Gesetzgebung.

Die Genannten haben aber bei ihrer Bewertung nur das mittelalterliche Privileg vor Augen gehabt.

⁵⁴ H. KRAUSE, Königtum und Rechtsordnung, p. 24.

⁵⁵ CHR. WOLFF, Jus naturae, p. 654 (§ 863).

⁵⁶ BARTOLUS, COM. ad. D. 1.4.3, nr. 3, in: Bartoli a Saxoferrato opera, . . . et quasi nova facta a P. C. Brederodio, Basileae 1589, p. 73.

⁵⁷ G. A. ENENCKELIUS, De privilegiis juris civilis, libri tres, editio recusa, Ratisbonae 1720, p. 272.

bey einer hohen Landesherrschaft allerdings beruhet; also kan auch keine Unter-Obrigkeit sich unterfangen, jemand privilegia zu verstatten, oder in den üblichen gesetzen etwas zu dispensiren.“⁵⁸

Im Deutschen Reich lag die Privilegienhoheit ursprünglich als „ius reservatum“ allein beim Kaiser, wurde jedoch allmählich durch die Wahlkapitulationen immer mehr an die Zustimmung der Kurfürsten und Reichsstände gebunden, wie es auch der Gesetzgebungszuständigkeit entsprach⁵⁹.

Dem entspricht auch die Darstellung dieser Materie in der Literatur des 16. bis 18. Jahrhunderts. Hier wird das Privileg im System des „ius publicum“ und des „ius civile“ immer im Zusammenhang mit dem Gesetz abgehandelt und als ein Annex der Gesetzgebung bezeichnet: „Potestatis legislativae adnexum est ius privilegiorum . . .“⁶⁰. Innerhalb der „potestas legislativa“, die als ein Bündel verschiedener gesetzgeberischer Einzeltätigkeiten anzusehen ist⁶¹, bedeutet das Privileg die Durchbrechung des Gesetzes oder die Ausnahme bzw. Befreiung vom Gesetz. Justus Henning Boehmer behandelt die Privilegien unter dem bezeichnenden Titel: „De iure imperantium dirigendi actiones subditorum per leges.“⁶²

Die Möglichkeit, durch das Privileg Sonderberechtigungen oder Befreiungen – abweichend von der allgemeinen Rechts- oder Gesetzesregel – zu erteilen, betrifft grundsätzlich alle Rechtsmaterien in ihrer unüberschaubaren Fülle. Sie reicht von den verfassungsrechtlich wirkenden Gerichtsprivilegien (privilegia de non appellando, de non evocando, electionis fori, exemptionis fori), den ständischen Privilegien, die durch Konfirmationen bis in das 18. Jahrhundert perpetuiert und im 19. Jahrhundert als iura quaesita noch ihre Wirkung weiterhin entfalten, den Moratorien als Schuldnerschutzprivi-

⁵⁸ CHR. L. BILDERBECK, Teutscher Reichsstaat, Frankfurt und Leipzig 1738, col. 433.

Bei HOSTIENSIS, Summa aurea, Lugduni 1588, lib. V tit. de privilegio et excessibus privilegiorum, fol. 324 nr. 5, lautet noch die Begründung: „Quis possit privilegium concedere. Papa et imperator, qui supra ius sunt, nec astringuntur legibus.“ Entsprechend heißt es bei M. MÜNCHMAYR, Jus publicum Romano-Germanicum, Franckfurth und Leipzig 1712, p. 137: „Deßgleichen auch ist, die Privilegia zu verleihen, summa et legibus soluta potestas . . .“.

⁵⁹ Vgl. zur unterschiedlichen Aufteilung der Privilegienhoheit zwischen Kaiser und Reichsständen C. F. HÄBERLIN, Handbuch des Teutschen Staatsrechts, 2. Band, Berlin 1797, pp. 180 ss.

⁶⁰ J. ST. PÜTTER, Institutiones iuris publici germanici, editio III., Goettingae 1782, p. 222; vgl. auch W. X. A. FRHR. v. KREITTMAYR, Grundriß I, p. 19; J. G. Daries, Institutiones iurisprudentiae universalis . . ., editio sexta, Jenae 1764, p. 405 (§ 709 b).

⁶¹ Vgl. H. MOHNHAUPT, Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, in: Ius commune 4 (1972), pp. 208, 209.

⁶² J. H. BOEHMER, Introductio in ius publicum universale . . ., Pragae 1763, Caput III, pp. 199 ss.

legien bis zu den Privilegien im Bereich von Handel und Gewerbe (*privilegia impressoria, de non eiciendo, de non pignerando, de non arrestando* usw.). Johann Jacob Moser erklärt 1773:

„Derer Sachen, worüber Privilegien ertheilet werden können, seynd unzählige, und es entstehen noch immer neue Gattungen derselbigen. Die allgemeine Regel dabey ist: Es ist erlaubt, über alles Privilegien zu suchen und zu geben, was nicht durch göttliche und natürliche Rechte oder die Reichsgesetze, oder auch die besondere Landesverfassung, verboten ist.“⁶³

Häberlin stellt noch 1795 die besondere Instrumentalität des Privilegs heraus, indem er es gleich der Gesetzgebung für unbeschränkt erklärt:

„Als Annexum der gesetzgebenden Gewalt hat das Recht, Privilegien zu ertheilen, den Punkt mit seiner Quelle gemein, daß es in demselben Umfange ausgeübt werden kann, wie jene. Es kann sich daher über alle Objecte ausdehnen, und man sieht daher auch fast täglich neue Gattungen von Privilegien entstehen.“⁶⁴

Angesichts dieses Tatbestandes muß eine Typisierung der Privilegien nach ihrem Rechtsinhalt notwendigerweise unvollkommen bleiben. Für die Zwecke des hier behandelten Themas ist daher der Ansatz für die Bildung von Privilegiengruppen⁶⁵ in der Qualität des übertragenen Rechtes als Hoheitsrecht oder Privatrecht und in dessen Verhältnis zum Gesetz und Gewohnheitsrecht – dem *ius commune* – zu suchen, wie es sich im 18. Jahrhundert im deutschen Rechtskreis darstellt.

1. Einer ersten Gruppe können all die Privilegien zugeordnet werden, durch die ein Recht verliehen wird, das entweder seiner Natur nach oder nach dem positiven Verfassungsrecht nur kraft einer solchen Verleihung ausgeübt werden kann. Es handelt sich hierbei um Hoheitsrechte, wie z. B. Gerichtsbarkeit, Zölle, Münze, Bergwerksrechte usw., die – ursprünglich Regalien – im Gewand der Privilegien übertragen wurden.

⁶³ J. J. MOSER, *Von der Landeshoheit in Gnaden-Sachen*, Frankfurt und Leipzig 1773, p. 42.

⁶⁴ C. F. HÄBERLIN, *Repertorium* IV, p. 289 (§ 10); vgl. auch W. A. LAUTERBACH, *Collegii theorico-practici, a libro primo pandectarum usque ad vigesimum, pars prima*, studio U. Th. Lauterbachs, Tubingae 1707, p. 92: „Objectum constituunt res omnes, de quibus leges fieri possunt.“

⁶⁵ Vgl. die Versuche einer Typisierung bei C. G. SVAREZ, *Vorträge über Recht und Staat*, ed. H. CONRAD und G. KLEINHEYER, *Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen* 10, Köln und Opladen 1960, pp. 240, 618; H. A. ZACHARIAE, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 2. Theil, 2. Auflage, Göttingen 1854, pp. 189, 190.

2. Privilegien, durch die für eine Person oder eine bestimmte Personen-Gruppe die Befreiung von einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Pflicht ausgesprochen wird. Hierzu gehört besonders die Befreiung von öffentlichen Lasten, Steuern und Dienstleistungen, die zumeist Immunität genannt wird.

3. Eine dritte Gruppe bilden all die Privilegien, denen im besonderen Maße die Zusicherung eines speziellen Schutzes zu eigen ist, – eines Schutzes gegen mögliche Beeinträchtigungen und Verletzungen von Rechten, den die Gesetze nicht oder nicht in ausreichendem Umfang durch entsprechende Ge- und Verbotsregelungen bieten. Dazu gehören z. B. die Erfinderverprivilegien, die Moratorien oder Schuldnerschutzprivilegien sowie die Autoren- und Verlegerprivilegien. In all diesen Fällen handelt es sich also nicht um die Ausnahme von einem Gesetz, sondern um die Schutzregelung in Stellvertretung für die noch fehlende gesetzliche Regelung. Da der Gesetzgeber im Reich und in den Territorien in den genannten Fällen untätig und unfähig blieb, die Rechtsüberzeugung von der Schutzwürdigkeit dieser Interessen in die Form des allgemeinverbindlichen Gesetzes umzusetzen und damit praktikabel zu machen, griff man auf die überkommene Form des Privilegs zurück und machte es für die Bedürfnisse der Zeit nutzbar⁶⁶; war doch das Privileg dasjenige Rechtsinstitut, dem die Schutzeigenschaft schlechthin zu eigen war: „... Tutela a privilegio inseparabilis est“⁶⁷. Somit blieb überall dort, wo schutzwürdige Interessen bestanden, die allgemeine Regelungsbedürftigkeit anerkannt war und ein gesetzesfreier Raum vorlag – das Gesetz also noch nicht gesprochen hatte –, das breitgefächerte Wirkungsfeld des Privilegs bis tief in das 19. Jahrhundert hinein bestehen. Bezeichnend ist die Bemerkung Lobethans anlässlich der Behandlung der „Buchhändler-Privilegien“ (1796), „wie sehr es zu wünschen wäre, daß über diese noch sehr im Trüben befangene Materie eine allgemeine Gesetzgebung vorhanden wäre...“⁶⁸. Carl Friedrich von Gerber gibt – auch noch z. T. für das 19. Jahrhundert – eine gültige Beurteilung der Rechtssituation:

⁶⁶ Bei H. A. ZACHARIAE, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2. Theil (1854), p. 188, heißt es treffend: „Je unvollkommener früher die Organisation des Staats, je mangelhafter und unthätiger die allgemeine Gesetzgebung in Deutschland war, desto mehr mußte die Thätigkeit der Reichs-Staatsgewalt und Landeshoheit in der Form von Leges speciales hervortreten, desto häufiger mußte die Ertheilung von Privilegien sein, welche theils die natürliche Freiheit der übrigen Unterthanen beschränkten, theils bloß einen Schutz gewährten, welchen die ausgebildete Gesetzgebung zur allgemeinen Regel erhoben hat.“

⁶⁷ Vgl. oben p. 80 n. 46.

⁶⁸ F. G. A. LOBETHAN, Abhandlung über die Lehre von Privilegien, p. 66.

„So lange der Schutz derselben (Rechte)⁶⁹ nicht als ein schon kraft Rechtsatzes bestehender anerkannt war, konnte er nur auf dem Wege des Privilegiums geschaffen werden.“⁷⁰

Als Besonderheit ist hier jedoch festzustellen, daß sich auch Privilegien finden, die Materien zum Gegenstand haben, die bereits durch das Gesetz geregelt worden waren. So sind z. B. noch im 17. und 18. Jahrhundert „privilegia de non arrestando“ erteilt worden, obwohl das Arrestverbot durch den Reichsabschied von 1570 (§ 84)⁷¹ – also durch ein ranghöchstes Reichsgesetz – nachdrücklich ausgesprochen worden war. Das Privileg bezeichnet hier also nicht die Ausnahme, die *exceptio legis*, sondern es dient der Bestärkung der gesetzlichen Vorschrift, die als *ius commune* anerkannt war. Die Schutzfunktion des Privilegs ist hier verselbständigt. Das Störungsverbot bedeutet hier Schutzerhöhung für das bereits gesetzlich formulierte Recht, das nun direkt vom Regenten gegenüber den Privilegierten garantiert wird. Die nichtprivilegierten Untertanen werden deshalb nicht vom gesetzlichen Arrestverbot ausgeschlossen, sondern sie genießen nur einen durch das Gesetz erteilten allgemeineren Schutz. Hier wird noch etwas von der mangelnden Wirkungs- und Überzeugungskraft des Gesetzes gegenüber dem Privileg erkennbar: „Titulum habens a Principe is securus esse debet, ne ab alio conveniri aut turbari possit.“⁷² Kreittmayr hält Privilegien dieser Art für überflüssig, spricht ihnen aber zugleich einen gewissen praktischen Wert nicht ab:

„In Sachen, welche ohnehin schon *Juris communis et ordinarii* sind, ist die Privilegierung weder üblich noch nöthig . . . Pro meliori esse aber pflegt man es doch öfter hierinn zu suchen . . .“⁷³.

Die Beurteilung solcher Rechtserteilungen als Privilegien ist sehr unterschiedlich. Johann Jacob Moser betont z. B., daß all die Privilegien, die gemeines Recht enthalten, „als im eigentlichen Verstand keine Privilegien

⁶⁹ v. Gerber spricht hier besonders von den Urheber- und Erfinderrechten.

⁷⁰ C. F. v. GERBER, Ueber Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate, in: Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Ausgabe, Jena 1878, p. 480. Vgl. z. B. die Privilegiennachweise bei H. POHLMANN, Neue Materialien zur Frühentwicklung des deutschen Erfinderschutzes im 16. Jahrhundert, in: GRUR 62 (1960), pp. 282, 283; derselbe, Weitere Archivfunde zum kaiserlichen Autorenschutz im 16. und 17. Jahrhundert, in: Archiv für Geschichte des Buchwesens XL (1964), pp. 1521–1526.

⁷¹ Neue und Vollständigere Sammlung der Reichsabschiede, ed. H. CHR. v. SENCKENBERG, Theil III, Frankfurt am Mayn 1747, p. 298.

⁷² D. MEVIUS, *Consilia posthuma, varia et perfecta eruditione referta*, . . . curante O. Ph. Zaunschliffere, Francofurti ad Moenum 1717, Consilium II, p. 18 nr. 7.

⁷³ W. X. A. FRHR. v. KREITTMAYR, Anmerkung I, p. 96.

seien“⁷⁴. Wegen der besonderen Schutzfunktion des Privilegienbriefs können sie dieser Privilegiengruppe zugeordnet werden. Zu ihr gehören auch die „*privilegia protectoria*“, die eine besondere Schutzgarantie gegen Gewalt verbiefen, obwohl es doch allgemein verboten war, jemandem widerrechtlich Gewalt anzutun. Häberlin bemerkt 1797 dazu:

„... und es ist daher allerdings nicht die beste Empfehlung für einen Staat, wenn häufig dergleichen Protectorien ertheilt werden müssen... Indessen wirkt doch oft ein besonderer Schutz noch kräftiger als ein allgemeiner...“⁷⁵.

Nicht bei allen Privilegien ist somit ein Rückschluß vom Einzelrecht auf das gemeine Recht möglich⁷⁶, da Privilegien auch nur gemeinsames Recht enthalten können⁷⁷. Das entspricht auch vielfach der mittelalterlichen, päpstlichen Privilegienpraxis. Bei Bernhardus Compostellanus heißt es: „*In primo privilegio enim papa nihil novi concedere intendebat, sed tantum habita confirmare.*“⁷⁸

4. Eine vierte Gruppe steht in engem Zusammenhang mit den eben behandelten Privilegien, die dort eintreten, wo das Gesetz fehlt oder schweigt. Sie ist kein eigenständiger Privilegentyp. Neu an ihr ist nur die im 18. Jahrhundert aufkommende neue dogmatische Begründung nach naturrechtlichen Grundsätzen. Das Privileg wird am Prinzip der natürlichen Freiheit und Gleichheit gemessen und in seinem erkannten Widerspruch zu diesen Prinzipien zu rechtfertigen versucht. Bei Heinrich Gottfried Scheidemann heißt es 1770:

„Die Freiheiten und Rechte des Bürgers, als Bürgers, sind vor sich betrachtet einander gleich, jeder ist befugt das seinige unter dem Schutz der Maiestät eigentümlich zu nuzzen, oder auf erlaubte Art Güter zu erwerben; aber eben diese Gleichheit muß auch bisweilen gehoben werden, wenn sie der Absicht des Ganzen widerspricht, oder solche wenigstens nicht so befördert als es möglich wäre. Wolte ein ieder Untertan ein Gastgeber, ein Weinhändler oder

⁷⁴ J. J. MOSER, Von den Kayserlichen Regierungs-Rechten und -Pflichten, 2. Theil, Franckfurt am Mayn 1773, p. 522.

⁷⁵ C. F. HÄBERLIN, Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter, 3. Band, Berlin 1797, pp. 151, 152.

⁷⁶ Vgl. J. ST. PÜTTER, Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte, 2. Theil, Göttingen 1779, p. 134.

⁷⁷ Vgl. Consultationes sive Responsa, responsum LII, p. 332: „... quoad ius reficiendi viam publicam sc. Graben-Gelt Actores non solum privilegia, sed etiam ius commune pro se habent.“ In: Responsum iuris oder Gründlicher Bericht von allen und jeden der Freyen und Keyserlichen Reichsstätten, Standt, Regalien, Privilegien, Rechten und Gerechtigkeiten... , Franckfurt am Mayn 1612.

⁷⁸ Zit. nach D. LINDNER, Lehre vom Privileg, p. 29.

Befreiter seyn, so würde er seinen Erwerb selbst vernichten; es kommt also der Regent diesen Hindernissen zuvor, er sucht die Gleichheit zu heben, und berechtigt den einen zu seinem Gewerbe, so wie er bei dem andern dieses einschränkt . . .⁷⁹.

Innerhalb eines gesetzesfreien Wirkungsbereichs wird somit die allen Bürgern ursprünglich gleichmäßig zustehende natürliche Freiheit durch die Privilegienerteilung – besonders auf dem Gebiet von Handel und Gewerbe – infolge der negativen Drittwirkung für alle anderen Untertanen aufgehoben und nur für den Privilegierten gestattet; sie wird damit praktisch ein Sonderrecht. Besteht für den Wirkungsbereich bereits eine gesetzliche Regelung, so bezeichnet das erteilte Privileg die Ausnahme von einer gesetzlichen Verpflichtung und stellt damit den Zustand der natürlichen Freiheit allein für den Privilegierten wieder her.

„Wenn jemand von der Pflicht gegen ein allgemeines oder besonderes Gesetz, das ihn angeht, durch die Landesobrigkeit entbunden ist, so kommt ihm aus einer solchen Vergünstigung der Genuß der natürlichen Freyheit zu.“⁸⁰

In diesem Sinne bezeichnet das Gesetz die gleichmäßige Aufhebung der natürlichen Freiheit und das Privileg die ungleiche Rückkehr zur natürlichen Freiheit, ohne daß deshalb das Gesetz einer Änderung bedürfte. Das Privileg wird vom Regenten als jederzeit einsatzfähiges gesetzliches Korrekturinstrument verstanden:

„Bisweilen wird der Gesezgeber durch die Kunst zu herrschen überredet, einige Ausnahmen von seinen eigenen Verordnungen zu machen; da das Wolseyn des Ganzen seine vornehmste Aufmerksamkeit beschäftigt, . . . , so kan es geschehen, daß er von der im Gesezbuch bestimmten Regel abweicht, und . . . einigen Bürgern vorzügliche Rechte giebt, . . . , ohne daß er sein Gesezbuch selbst abändert.“⁸¹

Die Privilegierung eines einzelnen schließt nicht aus, daß auch andere Untertanen privilegiert und damit in den Zustand der natürlichen Handlungsfreiheit zurückversetzt werden können, wobei jedoch das „öffentliche Wohl“ zum Maßstab der Privilegienerteilung wird. „Wolseyn des Staats ist

⁷⁹ H. G. SCHEIDEMANTEL, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker, Jena 1770, p. 235.

⁸⁰ J. FR. REITEMEIER, Allgemeines Deutsches Gesetzbuch, aus den unveränderten brauchbaren Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland entworfen . . . , 1. Band, Erste Abtheilung: Das Bürgerrecht, 9. Titel: „Vergünstigungen einzelner Personen aus Privilegien“, p. 106 (§ 1).

⁸¹ H. G. SCHEIDEMANTEL, Das Staatsrecht, p. 231.

also der Grund der Privilegien, und man kann sagen, daß sie Rechte sind, wodurch der Souverain die Gleichheit bürgerlicher Freiheiten zum Besten des Ganzen (auf-) zu heben sucht.⁸² Die Begünstigung und Bevorrechtigung des einzelnen steht hier nicht mehr im Vordergrund, sondern – wie es auch in einem Erlanger Fakultätsgutachten von 1775 heißt⁸³ – „das gemeine Beste“. Leitungs- und Lenkungsfunktion des Staates und die zur Erfüllung dieser Aufgaben herangezogene Form des Privilegs weisen die neue Richtung. Dabei betreffen die so geregelten Materien ebenfalls einen gesetzesfreien Raum. Das Privileg wird Mittel und Zweck der Kameralistik und der guten Polizei.

5. Ohne durch eine spezielle Privilegienurkunde begründet zu sein, werden darüber hinaus zu den Privilegien auch die Sonderrechte gerechnet, die vom gemeinen Recht eine Ausnahme darstellen und ihre Entstehung entweder der consuetudo, der praescriptio⁸⁴ oder Verträgen mit dem Landesherrn und deren Konfirmationen oder einem allgemeinen Gesetz verdanken. Hier wird also nicht ein formales Kriterium benutzt, sondern die Eigenschaft des Rechts als Sonderrecht in seinem Verhältnis zum allgemeinen Regelrecht dient als Maßstab zur Bestimmung der Privilegieneigenschaft. Die ständischen Privilegien und deren Konfirmationen⁸⁵ gehören teilweise zu diesem Privilegienkreis⁸⁶. Burkhard Gotthelf Struve zählt vor allem die Mitwirkungsrechte der Landstände bei der Gesetzgebung, Verteidigung und Steuererhebung dazu⁸⁷. Beispiele für reichsgrundgesetzlich übertragene Privilegien sind das „privilegium de non appellando“ und „privilegium electionis fori“ für Schweden durch das *Instrumentum pacis Osnaburgense* von 1648 (Art. X § 12)⁸⁸ und das

⁸² H. G. SCHEIDEMANTEL, *Das Staatsrecht*, p. 235; vgl. auch J. G. DARIES, *Institutiones*, p. 405 (§ 709 a).

⁸³ In: *Neues Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte*, ed. C. A. GÜNTHER und C. F. OTTO, 2. Stück, Leipzig 1786, pp. 165 ss.

⁸⁴ Vgl. z. B. Responsum IX bei N. CHR. LYNCKER, *Consilia seu Responsa*, Jena 1736, pp. 82 ss.; SCHLAYER, *Lehre von den Privilegien*, pp. 74–76; P. C. LANGHAIDER, *De multiplici privilegiorum significatione*, pp. 129 ss.

⁸⁵ Zur Bedeutung der Konfirmation ständischer Privilegien als konstitutiven Akt vgl. z. B. F. TEZNER, *Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts*, in: *Staats- und socialwissenschaftliche Forschungen*, ed. G. SCHMOLLER, 19. Band, Leipzig 1901, pp. 37–39.

⁸⁶ Vgl. z. B. M. v. SCHULENBURG, *Diss. de privilegiis ac praerogativis nobilium mediatorum in Germania*, Giessae 1733, pp. 1 ss.; J. J. PRUGGER, *De privilegiis nobilitatis bavaricae*, in: *Observationes practicae ad ius et consuetudines Bavariae. De privilegiis statuum provincialium, Monachii et Ingolstadii 1762*, *Observatio III*, pp. 23 ss.

⁸⁷ B. G. STRUVE, *Discurs vom Ursprung, Unterscheid, Gerechtsahme der Landstände in Teutschland*, in *Sonderheit im Herzogthum Mecklenburg*, Hamburg 1741, pp. 159 ss.

⁸⁸ K. ZEUMER, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 2. Auflage, Tübingen 1913, p. 419.

„privilegium de non appellando illimitatum“ für Hessen durch den *Reichsdeputationshauptschluß* von 1803 (§ 33)⁸⁹.

Zu den kraft Gesetzes bestehenden Privilegien gehören alle die des römischen *Corpus iuris civilis*, die als mitrezipiert gelten⁹⁰ und als „Privilegien im weiteren Sinne“ die „*iura singularia*“ des römischen Rechts bezeichnen⁹¹. Sie unterscheiden sich von den durch eine spezielle Privilegienurkunde erteilten Rechten darin, daß sie auf einem allgemeinen Gesetz oder dem *ius commune* beruhen und nicht einer einzelnen Person, sondern einer abstrakt bestimmten Personengruppe zukommen⁹². Trotz der Unterschiede und vielfältigen Differenzierungsversuche, denen auch gewisse Gemeinsamkeiten gegenüberstehen⁹³, sind diese Privilegiengruppen in der Theorie immer vermischt⁹⁴ und von der auf dem römischen und kanonischen Recht aufbauenden gemeinrechtlichen Privilegienlehre einheitlich behandelt worden. Sie sind aus diesem Grunde hier mit in die Betrachtung einzubeziehen, zumal sie auch die Diskussion um die Kodifikation begleiten.

Der Rechtsquellenbestand im Ancien Régime ist somit noch weitgehend von den Privilegien und Sonderrechten der vorgeschilderten Art geprägt. Das Wort von Ulrich Stutz, daß im Mittelalter „das Ausnahmerecht das Regelrecht völlig überwucherte und in den Hintergrund drängte, so daß schließlich der ganze Rechtshimmel voller Privilegien hing“⁹⁵, hatte auch für die neuere Zeit seine Berechtigung noch nicht ganz verloren. Eine bedenkenlose Privilegienpraxis führte auch häufig zu einander widersprechenden und überschneidenden Rechtserteilungen. So entstand ein „Gestrüpp von Privilegien und Gegenprivilegien“ im Mittelalter⁹⁶. „*De collisione privilegiorum*“

⁸⁹ K. ZEUMER, Quellensammlung, p. 521.

⁹⁰ A. J. SCHNAUBERT, Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, 2. Theil, Giesen 1783, p. 137: „Die in den fremden Rechte enthaltene Privilegien gelten noch heut zu Tage, es sey denn daß denenselben durch die deutsche Gesetze und Verfassung derogirt worden sey.“

⁹¹ D. 1. 3. 16: „*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*“

⁹² Vgl. CHR. F. GLÜCK, Pandecten I, pp. 553, 558, 559.

⁹³ Sie sind beide besonders bestimmte Rechte, gelten beide als Ausnahmen von der allgemeinen Rechtsregel und sind beide vom Gesetzgeber verliehen; vgl. G. HUFELAND, Ueber den eigenthümlichen Geist des römischen Rechts I, p. 221.

⁹⁴ G. HUFELAND, Ueber den eigenthümlichen Geist des römischen Rechts I, pp. 220, 221; Jo. G. SCHAUMBURG, *Dissertatio iuridica quae naturam privilegiorum . . . exhibet*, p. 8.

⁹⁵ U. STUTZ, Besprechung von D. LINDNER, Die Lehre vom Privileg nach Gratian . . . , Regensburg 1917, in: SZKan 39 (1918), p. 256.

⁹⁶ So H. LIEBERICH, Kaiser Ludwig der Baier als Gesetzgeber, in: SZGerm 76 (1959), p. 184, in bezug auf die Pfahlbürgervorrechte der elsässischen Reichsstädte im 14. Jahrhundert.

stellte ein wichtiges Thema der gemeinrechtlichen Privilegentheorie dar⁹⁷ und war noch im 17. und 18. Jahrhundert ein häufig behandeltes Dissertationsthema. Die linke Hand wußte häufig nicht mehr, was die rechte tat. Die Staatsrechtslehre im 18. Jahrhundert widmet sich der Frage, wie die Erteilung von „privilegia contra privilegia“⁹⁸ zu lösen sei. Christian Daniel Erhard kritisiert 1792 den Handel mit den Privilegien, die „den Neuprivilegierten wider den Inhalt eines älteren allgemeineren Privilegii schützten, und ihn also von Exemptionen eximirten.“⁹⁹

Diese Situation muß man vor Augen haben, will man die Bedeutung der Privilegien und ihrer Erteilungspraxis im Ancien Régime würdigen. Sie sind – mit unterschiedlichem Gewicht – ein bedeutender Bestandteil der Rechtsordnung eines jeden Landes. „Les privilèges sont aussi partie du Droit qui nous lie et régit nos actions“, erklärt 1740 Froland¹⁰⁰. Enenckelius erläutert in seinem umfangreichen Traktat die Bedeutung der Privilegien: „... merito de privilegiis quoque dicitur, vocem ea esse vivam juris civilis“¹⁰¹. Mit der gleichen Berechtigung könnte auch vom Privileg als der „vox viva iuris publici“ gesprochen werden.

Eine solche Rechtsordnung, die noch weitgehend auf einer individuellen Rechtserteilung und Verschaffung persönlicher Befugnisssphären aufbaut, mußte zwangsläufig mit der Kodifikationsidee im Vernunftrechtszeitalter in Konflikt geraten, die auf eine erschöpfende und systemgeleitete Neuordnung des gesamten Rechtsstoffs abzielte und damit auch eine auf natürlicher Freiheit und Gleichheit aufbauende Gesellschaftsplanung vorsah. So gesehen werden die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts auch zum Prüfstein, inwieweit sie willens und in der Lage waren, die überkommene Privilegienordnung mit ihren individuellen und ständischen Sonderberechtigungen aufzuheben und als Gleichheit und Freiheit verbürgendes objektives Recht in die Gesetzbücher zu integrieren.

⁹⁷ Vgl. SCHLAYER, *Lehre von den Privilegien*, pp. 83–85.

⁹⁸ Vgl. J. J. MOSER, *Von denen Kayserlichen Regierungs-Rechten und -Pflichten*, 2. Theil, Frankfurt am Mayn 1773, p. 531.

⁹⁹ CHR. D. ERHARD, *Versuch einer Critik des Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Dresden und Leipzig 1792, p. 148 n.

¹⁰⁰ L. FROLAND, *Recueil d'arrests de reglement et autres arrests notables, donnez au parlement de Normandie sur toutes sortes de matieres, ... Tome I, à Rouen 1740, Préface*, p. XXV.

¹⁰¹ G. A. ENENCKELIUS, *De privilegiis*, p. 19.

III

Mehrere Gesichtspunkte beherrschen die Diskussion um die bestmögliche Einrichtung der Gesetzgebung bzw. eines Gesetzbuchs angesichts der überkommenen Privilegienordnung:

1. Die Kritik an der Privilegienpraxis und die Forderung, daß die Privilegien grundsätzlich einer allgemeinen und gleichen Gesetzgebung weichen sollen.

2. Die Frage der Beseitigung der Privilegien angesichts des Grundsatzes der Unantastbarkeit des Eigentums.

3. Die Forderung auf Rücksichtnahme der Gesetzgebung auf die besonderen Bedingungen des Einzelfalls und auf Anpassung an die besonderen territorialen Verhältnisse der einzelnen Regionen und Landschaften, – und das heißt auch an die Privilegien, Statuten und Partikularrechte.

Die Kritik am Privileg stellt zumeist nicht dessen Existenz in Frage, sondern soll die unkontrollierte Erteilungspraxis treffen, deren Folgen in der Aushöhlung der Gesetzesautorität¹⁰², in der Beschränkung der natürlichen Freiheit und Gleichheit und in der Monopolisierung – besonders im Wirtschaftsbereich – gesehen werden. Zu den „Maximen der Regierungskunst“ rechnet Carl Gottlieb Svarez,

„daß der Souverän nicht zu geneigt sein müsse, das Ansehen der Gesetze des Staats durch zu häufige Verleihung von Privilegien, welche Ausnahmen von diesen Gesetzen sind zu schwächen und eine Ungewißheit der Rechte zu verursachen . . .“¹⁰³.

In Frankreich erklärt Jaucourt ähnlich vorsichtig:

„Le souverain est obligé de ménager les dispenses avec beaucoup de sagesse, de peur qu'en les accordant sans discernement et sans de très-fortes raisons, il n'énerve l'autorité des lois, ou qu'il ne donne lieu à la jalousie et l'indignation des citoyens . . .“¹⁰⁴.

In gleicher Weise betont auch Karl Anton Frhr. v. Martini, Mitarbeiter am österreichischen ABGB, den unbedingten Vorrang der Gesetzgebung, ohne

¹⁰² Treffend spricht F. TEZNER, Ständisch-morarchisches Staatsrecht, p. 35, vom „Überwuchern der . . . das Gemeinwesen pulverisierenden Privilegialgesetzgebung über die allgemeine Gesetzgebung . . .“.

¹⁰³ C. G. SVAREZ, Vorträge über Recht und Staat, p. 240; vgl. auch G. KLEINHEYER, Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez vor dem preußischen Kronprinzen (1791–92), Bonn 1959, p. 70.

¹⁰⁴ JAUCOURT, Artikel „Privilège“, in: Diderot-d'Alembert, Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences . . ., nouvelle édition, tome 27, à Genève 1778, p. 451.

freilich die Privilegien grundsätzlich in Frage zu stellen. Es heißt bei ihm:

„In Rücksicht der gesetzgebenden Gewalt hat der Regent darauf zu sehen, daß seine Gesetze nicht zu weitläufig, nicht zu unbestimmt seyn, daß sie die Freiheit der Bürger nicht ohne Noth beschränken, . . . Er muß daher die besondern Umstände des Staats untersuchen . . . und Privilegien, welche immer Wunden der Gesetze sind, sehr selten erteilen.“¹⁰⁵

In diesem Sinne wendet sich auch Christian Daniel Erhard 1792 gegen die Privilegien, „damit nicht am Ende das Gesetz von den Ausnahmen verschlungen werde“¹⁰⁶. Die Vollständigkeit und Geschlossenheit des Gesetzbuchs, die keine die Regel durchbrechenden Ausnahmen erfordern, ist auch in den Instruktionen der Kaiserin Katharina II von Rußland das angestrebte Ziel:

„Si une Loi n'a besoin ni d'exception, ni de limitation ou de modération, il vaut beaucoup mieux n'en pas ajouter du tout; parce que toutes ces particularités ne font que donner lieu à un plus grand nombre d'autres.“¹⁰⁷

Trotz dieser vielfachen Kritik, die sich auch gegen die monopolisierende Wirkung der Privilegien im Bereich von Handel und Gewerbe richtet¹⁰⁸, wer-

¹⁰⁵ K. A. FRHR. V. MARTINI, Allgemeines Recht der Staaten, 2. verbesserte Übersetzung, Wien 1788, p. 99 (§ 244); vgl. auch FROMMANN: De privilegiis, in: Tractatus selecti de privilegiis, Cellis 1713, pp. 24, 25: „Vulnera vero Reipublicae tunc recte dixerit privilegia . . .“.

¹⁰⁶ CHR. D. ERHARD, Versuch einer Kritik, p. 148; vgl. auch A. F. W. CROME, Die Staatsverwaltung von Toscana unter der Regierung seiner königlichen Majestät Leopold II, aus dem Italiänischen übersetzt und mit Anmerkungen begleitet . . ., 1. Band, Gotha 1795, p. 113: „ . . . so wäre zu wünschen, daß gar keine solche Prärogativen und Exemtionen in der Justiz statt finden möchten, wodurch einem Einzelnen . . . irgend etwas ausschließend erlaubt wird, . . . Jede Ausnahme davon (von den Landesgesetzen) . . . verhindert die Erreichung des Zweckes der Gesetze, schwächt ihr Ansehen und befördert die Übertretung derselben in der That“.

¹⁰⁷ Instructions adressées par sa Majesté l'Impératrice de toutes les Russies à la commission établie pour travailler à l'exécution du projet d'un nouveau code de lois, 3. édition, à Amsterdam 1772, p. 197. Über die Bemühungen Katharinas, die Adelsprivilegien einzuschränken vgl. G. SACKE, Die gesetzgebende Kommission Katharinas II. Ein Beitrag zur Geschichte des Absolutismus in Rußland, Breslau 1940, pp. 29, 52, 85, 159.

¹⁰⁸ Vgl. C. G. SVAREZ, Vorträge über Recht und Staat, p. 240: „ . . . daß der Souverän . . . nicht ohne Not . . . der Industrie und Gewerbsamkeit der Untertanen Fesseln anlegen, durch übertriebene Begünstigung einiger wenigen mit ausschließender Beilegung lukrativer Monopolen die übrigen Klassen seiner Untertanen nicht drücken und ihnen die Wege zur Verbesserung ihrer Glücksumstände nicht versperren müsse“; J. H. L. BERGIUS, Neues Policy- und Cameral-Magazin, 4. Band, Leipzig 1778, pp. 189, 190: „Nachher hat man die Schädlichkeit der Monopolen eingesehen“; J. St. PÜTTER, Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts, Göttingen 1774, p. 54, spricht von der „nicht ohne Grund verhaßten Vorstellung von Monopolen“; J. v. SONNENFELS, Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz, 2. Theil, 8. Auflage, Wien 1822, p. 149, wendet sich gegen die wettbewerblichen

den die frühen Vorläufer der Kodifikationen im 18. Jahrhundert diesem Anspruch nicht gerecht, da sie weder die Privilegien noch das statutarische Recht überflüssig machen oder beseitigen¹⁰⁹. Sie nehmen vielmehr sehr ausführliche Bestimmungen über diese Rechtsquellen in das Gesetzbuch auf und perpetuieren diese somit. Der *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* von 1756 bestimmt ausdrücklich im § 12 (1. Kapitel, 1. Teil), daß Partikularstatut, Privileg oder Gewohnheit auch durch ein folgendes Generalgesetz nicht aufgehoben werden, solange dies nicht ausdrücklich geschieht. Im § 16 des 2. Kapitels werden auf fast zwei Seiten in 16 bezifferten Punkten die wichtigsten Elemente der gemeinrechtlichen Privilegentheorie lehrbuchartig wiedergegeben. Diese Gesetzgebungstechnik entsprach ganz der eingestandenen Intention des Gesetzgebers, daß – wie es im Publikationspatent vom 2. Januar 1756 heißt – „hierinn eben nicht viel Neues enthalten, sondern nur das ältere sowohl gemein- als statutarische Recht, wie solches . . . üblich gewest, aus seiner fast unübersehlicher Weitsichtigkeit und Unordnung in solche Gestalt und Enge gebracht ist“. Das Bemühen, eine möglichst lückenlose Darstellung der Privilegienlehre in Gesetzesform zu geben, ist auch aus dem – gleichfalls lehrbuchartigen – Entwurf des *Codex Theresianus* von 1766 ablesbar¹¹⁰. Das erklärte Ziel des *Codex Theresianus* war, „in diesen Unseren Erbländen, so viel es deren unterschiedene Verfassungen zugelassen, eine Gleichheit herzustellen und zu erhalten“¹¹¹. Im Vordergrund stand ein Prinzip der Gleichheit, das die „Gleichförmigkeit“ der Gesetze in den österreichischen Erbländen meinte und die territoriale Unterschiedlichkeit der Gesetze abbauen sollte. Die

„Hindernisse: Monopolien, ausschließende Gesellschaften, gewisse mit Vorzug eingeräumte Befreyungen . . .“; J. U. DONNER, Einleitung zum Kenntniß der österreichischen Rechte, 1. Theil, Wien 1778, p. 4: „Es wäre überhaupt besser, wenn gar keine Privilegien ertheilt würden, dieweil sie für die Andern sehr beschwehrlich sind“; weitere Nachweise bei L. PFAFF und F. HOFMANN, Excursus über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht. Beilagen zum Kommentar, 1. Band, Wien 1878, pp. 413, 414.

¹⁰⁹ Einen frühen Versuch, Privilegien und gewohnheitsrechtliche Sonderregelungen durch eine allgemeingültige „Constitution“ zu ersetzen, stellt die „Joachimica“ von 1527 für den Bereich des Erbrechts in der Mark Brandenburg dar. Im Proömium heißt es: „So wir aber befunden, das die Erbfelle yn unsern Landen mancherlei Gestalt, als etwan durch sunderliche Constitution und Ordnung, etwa durch erwunnen privilegia, . . . ungleich gehalten werden, . . . haben wir . . . alle Constitution, Ordnung, privilegia, Übung . . . sonderlich der Erbfelle . . . genzlich und gar uffgehoben und abgetan . . .“; in: Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, ed. W. KUNKEL, H. THIEME, F. BEYERLE, Weimar 1938, p. 71.

¹¹⁰ Cod. Ther. I Cap. I § IV no. 51–80, in: Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, ed. PH. H. RITTER VON HARRASOWSKY, 1. Band, Wien 1883, pp. 45–49.

¹¹¹ Vgl. Proömium zum Entwurf des Codex Theresianus, in: v. HARRASOWSKY, Codex Theresianus I, p. 27.

Gleichheit der Person und ihrer Rechte war nicht beabsichtigt. Der ständische Privilegienbestand galt daher als unantastbar. Die „Grundsätze zur Verfassung des allgemeinen Rechts für die gesammte kaiserl. königl. deutsche Erblande“ von 1753 weisen das deutlich aus:

„Wesentlich und derothalben in der Verabfassung des iuris privati nicht zu berühren ist alles dasjenige, was die landesfürstliche Hoheit . . . , was die Ordnungen, Vorrechte, Privilegia und Freiheiten der Stände angehet. Was hingegen . . . denen landesfürstlichen juribus unnachtheilig, denen ständischen Privilegiis unabbrüchlich . . . zu sein befunden wird, ist nicht für so wesentlich anzusehen, daß nicht gestattet wäre in dahin einschlagenden Rechtsfällen auf Gleichförmigkeit zu trachten, . . .“¹¹².

Der *Codex Theresianus* hält an der Gesetzeseigenschaft des Privilegs fest, indem er diese ganz im Sinne der Privilegienlehre damit begründet, „daß Niemand dawider handeln, noch den Genuß der verliehenen Freiheit behindern solle“¹¹³. Bemerkenswert sind die Regelungen über die Möglichkeit des Privilegienwiderrufs „nach Befund“, wenn die Privilegien „gemeinschaftlich zu werden beginneten“¹¹⁴, und über die landesherrliche Konfirmation der Privilegien, die in bestimmten Fällen obligatorisch war¹¹⁵. In diesen Bestimmungen zeigt sich eine Tendenz zur Einschränkung der Privilegien und zu einer Kontrolle über den Privilegienbestand. Beide Bestimmungen sind von Johann Bernhard Horten in einem neuen Entwurf¹¹⁶, der 1772 der „Compilations-Commission“ zur Beratung vorgelegt worden war, noch verstärkt worden. Nach § 28 konnten auch die Privilegien, die auf „Wohlgefallen“ verliehen worden waren, „willkürlich“ widerrufen werden. § 29 des Entwurfs sah für den versäumten obligatorischen Konfirmationsantrag die „Strafe des gänzlichen Verlustes“ vor. Mit diesem Inhalt sind diese Privilegienbestimmungen in leicht veränderter Fassung in das *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* von 1786 – das sogenannte Josephinische Gesetzbuch – übernommen worden (I §§ 15–23)¹¹⁷. 1792 legte Karl Anton Frhr. v. Martini eine Umarbeitung des Entwurfs von Horten vor¹¹⁸. Martinis Entwurf hebt

¹¹² Nr. XIX, XX der „Grundsätze“, in: v. HARRASOWSKY, *Codex Theresianus* I, p. 20.

¹¹³ Cod. Ther. I Cap. I § IV no. 51, 52, in: v. HARRASOWSKY, *Codex Theresianus* I, p. 45.

¹¹⁴ Cod. Ther. I Cap. I § IV no. 74, in: v. HARRASOWSKY, *Codex Theresianus* I, p. 48.

¹¹⁵ Cod. Ther. I Cap. I § IV no. 75–80, in: v. HARRASOWSKY, *Codex Theresianus* I, p. 49.

¹¹⁶ Privilegienbestimmungen enthalten die §§ 20–30 (I Cap. I) des „Codex Theresianus nach dem Entwurfe Horten’s“, in: v. HARRASOWSKY, *Die Umarbeitungen des Codex Theresianus*, 1. Band, Entwurf Horten’s, Wien 1886, pp. 20–22.

¹¹⁷ Joseph des Zweyten Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache, Jahrgang von 1785 bis 1786, Wien 1817, nr. 591, pp. 75, 76.

¹¹⁸ Privilegienbestimmungen enthalten die §§ 24–28 (I, 1. Hauptstück) des „Bürgerlichen

sich deutlich von seinen Vorgängern ab. Der neue Geist wird spürbar in der präzisen Unterscheidung (§ 24) in „Rechtswohltaten“, die einer „Gattung von Bürgern“ durch Gesetz zugestanden werden, und in „Begünstigungen“ oder „Privilegien“, die der Gesetzgeber einzelnen Personen verleiht. Damit war praktisch die Trennung der römischen „iura singularia“ und ihrer gemeinrechtlichen Nachfolger von der durch Einzelverleihung übertragenen subjektiven Berechtigung versucht worden, wie sie von der Pandektenwissenschaft weitergeführt wurde. Erstmals wird auch in einem Gesetzentwurf die Erteilung von Rechtswohltaten und Privilegien ausdrücklich gerechtfertigt (§ 25):

„Die Rechtswohltaten streiten auf keine Art mit dem in der bürgerlichen Gesellschaft beibehaltenen Gleichheitsrechte. Privilegien aber, die immer als eine Ausnahme vom Gesetze, oder als eine Beschränkung des Freiheitsrechtes der übrigen Bürger anzusehen sind, mögen nur dadurch gerechtfertigt werden, daß sie als ein Mittel, die allgemeine Absicht des Staates zu erreichen, verliehen werden.“

Diese „allgemeine Absicht des Staates“ war aber die allgemeine Wohlfahrt der Gesellschaft und nicht lediglich das Individualinteresse des einzelnen privilegierten Bürgers. Fast wörtlich wurden diese Privilegienbestimmungen in den sogenannten „Urentwurf“ übernommen (§§ 49–54)¹¹⁹ und gleichlautend im sogenannten *Westgalizischen Gesetzbuch* von 1798 mit Gesetzeskraft ausgestattet¹²⁰, auf denen später Franz A. Edler von Zeiller aufbaute.

Auch Joseph Frhr. v. Sonnenfels hatte in einem Entwurf als Zweck der bürgerlichen Vereinigung „die gemeinschaftliche Wohlfahrt aller Mitglieder“ betont¹²¹. Daraus konnte v. Sonnenfels ableiten, daß das Gesetz als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes unterschiedslos – und das heißt gleichmäßig – auf alle Mitglieder der „bürgerlichen Vereinigung“ angewandt wird. Die Gleichheit wird in der gemeinsamen Eigenschaft aller Mitglieder als Staatsbürger gefunden¹²². Die bürgerliche Gleichheit bedingt jedoch nicht die ständische Gleichheit, „denn diese (ständischen) Verschiedenheiten gründen weder in Ansehung der bürgerlichen Rechte einen Vorzug, noch in Ansehung der

Gesetzbuchs nach dem Entwurfe Martini's“, in: v. HARRASOWSKY, Die Umarbeitungen des Codex Thesianus, 2. Band: Entwurf Martini's, Wien 1886, pp. 20, 21.

¹¹⁹ Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, ed. J. OFNER, 1. Band, Wien 1889, p. VII.

¹²⁰ Bürgerliches Gesetzbuch für Westgalizien, 1. Theil, 2. Hauptstück, §§ 49–54.

¹²¹ Vgl. L. PFAFF und F. HOFMANN, Excursus I, p. 415.

¹²² Es heißt in v. SONNENFELS' Entwurf: „Die österreichischen Gesetze erkennen in der Eigenschaft des Staatsbürgers keinen Unterschied, noch Classe.“ Zit. nach L. PFAFF und F. HOFMANN, Excursus I, p. 416.

bürgerlichen Pflichten eine Ausnahme¹²³. Die ständischen Privilegien konnte v. Sonnenfels mit der Begründung rechtfertigen: „Vor den Gesetzen verschwindet aller Unterschied der Classen und Stände.“¹²⁴ Letztlich war jedoch die Frage der absoluten Gleichheit, die eine Aufspaltung des Gleichheitsprinzips in eine staatsbürgerliche Gleichheit und eine ständische Ungleichheit überwindet, eine Verfassungsfrage von höchstem politischen Rang, die außerhalb der Entscheidungskompetenz der österreichischen Gesetzgebungskommissionen lag. Das war bereits durch die „Grundsätze“ von 1753¹²⁵ für die Gesetzgebungsarbeiten klar festgelegt worden.

Ähnlich wie v. Sonnenfels suchte in Preußen auch Carl Gottlieb Svarez eine Gleichheit der Staatsbürger jenseits aller ständischen Gruppierungen in der preußischen Kodifikation zu verwirklichen. In seinem Kodifikationsplan heißt es:

„Bisher ist der Mensch in dem Verhältnisse betrachtet worden, wie er ein Mitglied, theils der kleinern häuslichen Gesellschaft, theils der größern bürgerlichen Gesellschaften oder der verschiedenen Stände im Staate ist. Nunmehr bleibt noch übrig, ihn als Mitglied der allgemeinen großen Gesellschaft anzusehen, welche man Staat nennt.“¹²⁶

Das war ein hoher Anspruch. Seine erstrebte Erfüllung diente der Verwirklichung des Prinzips der natürlichen Gleichheit und Freiheit. Die neue Betrachtung des Menschen als Mitglied des Staates und Träger gleicher durch das Gesetz bestimmter Rechte und Pflichten¹²⁷ schloß freilich die bisherigen Betrachtungsweisen nicht aus, sondern sie trat zusätzlich und neu neben die alten. Svarez stellte die alten Betrachtungsweisen, die eine ständische Ordnung und die Zugehörigkeit des Menschen zu unterschiedlichen Gesellschaftsgruppen betrafen, nicht in Zweifel. In der Behandlung der Privilegienfrage ist auch dieser Grundzug aus der preußischen Kodifikationsgeschichte ablesbar.

¹²³ L. PFAFF und F. HOFMANN, Excuse I, p. 416.

¹²⁴ L. PFAFF und F. HOFMANN, Excuse I, p. 417.

¹²⁵ Vgl. oben p. 95.

¹²⁶ Zit. nach: Gesetz-Revision. – Penum VII. Motive zu dem Entwurfe. Allgemeines Landrecht Theil II. Tit. 18. (Als Manuscript zur Benutzung bei den Berathungen abgedruckt), Berlin 1831, Vorerinnerung p. 5.

¹²⁷ ERNST FERDINAND KLEIN umschreibt den Wandel treffend folgendermaßen: „Die bürgerliche Gesellschaft fängt da an, wo die Gesellschaft aufhört ein bloßes Aggregat verbündeter Familien zu seyn, und dann erst verwandelt sich der bloße Bundesgenosse in den Bürger.“ Vgl. E. F. KLEIN, Besprechung von CHR. D. ERHARD, Versuch einer Critik des allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Dresden und Leipzig 1792, in: Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, ed. E. F. KLEIN, 10. Band, Berlin und Stettin 1793, p. 327.

Das erste Ergebnis der preußischen Kodifikationsarbeit durch Cocceji war das *Project des Corporis Juris Fridericiani* von 1749/1751. Es enthielt in unsystematischer Folge Privilegienbestimmungen (Part. I Lib. I Tit. II §§ 15–24)¹²⁸, die noch ganz in der Tradition der überkommenen Privilegienlehre standen. „Die Privilegia . . . haben . . . gleichfalls vim legis“ (§ 16) und sollen – besonders wenn sie „ob bene merita“ erteilt wurden – nicht aufgehoben werden, falls sie nicht schädlich sind (§ 24). Somit stand die Bewahrung der Privilegien im Vordergrund und nicht deren Aufhebung. Der preußische Gesetzgeber ließ bereits 1749 erkennen, daß Provinzialrechte und Privilegien der Kodifikation keineswegs geopfert werden sollten. In der Kabinettsordre vom 21. Mai 1749¹²⁹ war bestimmt, daß die Justizkollegien, Universitäten und Stände ihre Erinnerungen und Zusätze einreichen sollten. Damit war die Aufforderung an die Provinzen und Städte verbunden, die ihre Statuten und Privilegien beibehalten wollten, diese auszugsweise zur Bestätigung einzureichen, um sie sodann gedruckt in jeder Provinz dem Landrecht beifügen zu können¹³⁰.

Der *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten* von 1784 betont unter den in loser Folge angeordneten Privilegienbestimmungen¹³¹ besonders im § 27 den Vorrang der Privilegien vor allen übrigen Rechtsquellen: „Bey Anwendung der Gesetze muß zuförderst auf die etwa vorhandenen Privilegien, nach diesen auf die Statuten, sodann auf die Provinzialgesetze und in deren Ermangelung auf die Vorschriften dieses Allgemeinen Gesetzbuchs gesehen werden.“ § 43 bringt die wichtige Neuerung, daß der Widerruf von Privilegien aus Gründen des allgemeinen Wohls nur gegen eine billige Entschädigung erfolgen dürfe. Hier fand erstmals der Aufopferungsgedanke, wie er später in den §§ 74, 75 Einleitung ALR festgelegt wurde, einen gesetzlichen Niederschlag. Ausführlicher sind diese Privilegienbestimmungen in dem *Allgemeinen Gesetzbuch für die Preußischen*

¹²⁸ Project des Corporis Juris Fridericiani, das ist, Sr. Königl. Majestät in Preussen in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Landrecht, worinn . . . ein jus certum und universale in allen Dero Provinzen statuiert wird, 2. Auflage, Halle 1750, pp. 6, 7.

¹²⁹ Vgl. E. F. KLEIN, System des Preussischen Civilrechts, Halle 1801, p. 6.

¹³⁰ Vgl. den Text der Kabinettsordre vom 21. Mai 1749 in: Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, 3. Sammlung, Berlin 1779, pp. 174, 175. Die Aufforderung zur Konfirmation der Privilegien ist fast gleichlautend in das „Project des Corporis Juris Fridericiani“ (§ 15 der Privilegienbestimmungen) übernommen worden.

¹³¹ Vgl. besonders §§ 37–39, 42–49 der Einleitung, in: Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1. Theil, ed. v. CARMER, Berlin und Leipzig 1784, pp. 22–24.

Staaten von 1791 in den §§ 57–76 der Einleitung niedergeschrieben worden¹³².

Die öffentliche Kritik der beiden preußischen Entwürfe betrifft auch die Aufnahme von Privilegienbestimmungen und deren dogmatische Behandlung. 1784 wird von einem anonymen Verfasser im *Leipziger Magazin* die Hauptforderung erhoben, „die Privilegien für keine Gesetze anzusehen“¹³³. Nur das könne als Gesetz angesehen werden, was in dem allgemeinen Gesetzbuch stehe:

„Zu was allgemeine Gesetzbücher, wenn man sie durch Privilegien, Statuten und Provinzialgesetze nach Belieben zernichten oder entkräften kann? Solange man, wider die Vorschriften des allgemeinen Gesetzbuches, Privilegien erteilen . . . darf, ist die Gesetzgebung in meinen Augen ein bloßes Spielwerk, mit welchem der Mächtige mit dem Unmächtigen, der Starke mit dem Schwachen seinen Frevel treibt. . . Alle Privilegien sind ein Gift, das den Staat schleichend verzehret. Bei einer gehörig eingerichteten Gesetzgebung können Privilegien nicht statt finden.“¹³⁴

In gleicher Weise wird auch die Privilegienpraxis am Beispiel der „privilegia impressoria“ temperamentvoll „nach den Grundsätzen der natürlichen Rechte“ kritisiert. Der Schutz durch ein Privileg wird für überflüssig erklärt, da jeder als Staatsbürger ohnehin gegenüber dem Staat einen Schutzanspruch habe. Die Schlußfolgerung bei Christoph Friedrich Otto lautet:

„Sobald ich Bürger eines Staates bin, sobald ich einen großen Theil meiner natürlichen Freiheit aufopfere und freiwillig die Lasten über mich nehme, die jedes Glied einer bürgerlichen Gesellschaft zum Besten und zur Erhaltung des Ganzen tragen muß, so habe ich auch das unbezweifelte Recht, Anspruch auf die Vorteile zu machen, die aus einer solchen Gesellschaft entspringen. Diese Vorteile heißen: öffentliche Sicherheit, öffentlicher Schutz gegen jede Kränkung meiner Rechte. Es ist die Schuldigkeit des Staates mich zu schützen. Oder soll ich diesen Schutz, diese Sicherstellung noch in jedem einzelnen Falle besonders bezahlen? Soll ich, um das Haus, das ich mir baue, . . . ruhig besitzen zu können, mir erst ein besonderes obrigkeitliches Privilegium gegen Gebühr auswirken?“¹³⁵

¹³² Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten, 1. Theil, Berlin 1791, pp. 10–12.

¹³³ F. R. v. G., Freimütige Betrachtungen über den Entwurf eines allgemeinen subsidiarischen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten, in: *Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte*, ed. CHR. A. GÜNTHER und CHR. F. OTTO, 1. Band, Leipzig 1784, p. 468.

¹³⁴ F. R. v. G., Freimütige Betrachtungen, pp. 472, 474.

¹³⁵ CHR. F. OTTO, Ueber Bücherprivilegien, in: *Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte I* (1784), p. 408; vgl. auch J. v. SONNENFELS, Grundsätze der Polizey: 2. Theil, p. 156: „Ueberhaupt ist keine Ursache vorhanden, warum der Regent, der allen Bürgern zu gleichem

Der Ruf des selbstbewußten Bürgers nach einer durch allgemeines Gesetz normierten gleichmäßigen Rechtssicherung ist unüberhörbar. Die Kritik Christian Daniel Erhards von 1792 greift dabei über den Einzelfall hinaus und geißelt die verfehlte Gesellschaftsplanung eines Gesetzbuchs, das Privilegien duldet und aus der Rechtsordnung nicht eliminiert. Er erklärt:

„So entsteht in einer Gesetzgebung, wo man vielen solchen unbilligen und ungerechten Forderungen (nach Privilegien) nachgiebt, allmählig der sonderbarste Contrast von Zwang und Befreyung. Denn am Ende ist im Staate nichts mehr in seinem natürlichen einfachen bürgerlichen Verhältnisse. Alles wird positiv, alles Folge der Willkür; jede Klasse, Zunft, Innung, Lebensart ist mit Privilegien und Exemptionen versehen, . . . ; das Interesse der Staatsbürger wird immer mehr getheilt und recht geflissentlich in Contrast gesetzt, und am Ende bleibt die einzige unprivilegirte Classe, die also allen übrigen zu Gefallen, allein überall eingeschränkt, nirgends begünstigt ist, die producirende, welche keinen Vorzug, keine Ehre, kein Privilegium genießt, als das, was ihr nicht genommen werden kann, alle übrigen Classen zu ernähren. In jedem Staate muß der Zeitpunkt spät oder früh eintreten, wo die Folgen dieses Zustandes und die Nothwendigkeit einer Abänderung für Gesetzgeber und Staatsmann eine so lange verkannte, und dann um so schrecklichere Evidenz erhalten müssen.“¹³⁶

Erhard betont die Schwierigkeiten, eine solche Entwicklung zu korrigieren. Er fährt fort: „Denn man urteile selbst, was es heißt, zahlreichen oder mächtigen Volksclassen Privilegien und Vorzüge entreißen zu wollen, in denen sie die Palladien ihrer Rechte zu besitzen wähnen!“ Der gemäßigte Jakobiner, der hier spricht, tat diese Äußerungen erkennbar unter dem Eindruck der bürgerlichen Revolution in Frankreich. Er bezeichnet seine Ausführungen, die er in einer Fußnote vorsichtig plaziert, als „eine Bemerkung, die auf das Preußische Gesetzbuch keine besondere Beziehung hat, die aber hier deswegen am rechten Orte zu stehen scheint, weil es Pflicht ist, den Gesetzgeber auf diesen Gegenstand bey ieder schicklichen Gelegenheit aufmerksam zu machen“¹³⁷.

Erhard ist kein Befürworter einer radikalen Beseitigung aller Privilegien. Ihre Erteilung und Aufhebung werden jedoch in gleicher Weise streng am Maßstab des „gemeinen Wohls“ gemessen. Wenn das gemeine Beste die

Schutze verpflichtet ist, dem Einen vor dem Andern einen Vorzug einräumen sollte. Jede Befreyung aber ist ein solcher Vorzug, der, worin er auch immer bestehen möge, sich in Geld anschlagen läßt, und unter den Wetteifernden eine Ungleichheit veranlaßt.“

¹³⁶ CHR. D. ERHARD, Versuch einer Critik, p. 76.

¹³⁷ CHR. D. ERHARD, Versuch einer Critik, p. 77.

Erteilung eines Privilegs erfordere, „so ist es Pflicht, nicht Gnade, es zu erteilen, weil das gemeine Beste zu befördern, Zweck der Staatsgewalt ist“¹³⁸. Demgemäß könne der Staat auch jederzeit Privilegien aufheben, wenn das gemeine Wohl es erfordere und „so oft der Staat das Privilegium für das Wohl des Staats unnütz und vermeidlich findet“¹³⁹.

Das Vorbild für eine entschiedene und zugleich behutsame Beseitigung dem Gemeinwohl schädlicher Privilegien sah Erhard in der Gesetzgebung Peter Leopolds in Toskana. Er beklagte, daß „das neue Preussische Gesetzbuch in dieser Rücksicht wenig enthält, was Aussichten auf Verminderung mancher Begünstigungen giebt“¹⁴⁰. Peter Leopold hatte in Toskana durch eine Fülle von Einzelgesetzen Privilegien und Staatsmonopole abgeschafft und damit die „Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der wahren bürgerlichen Freyheit“¹⁴¹ bezweckt. Erhard billigte dem Regenten schlechthin das Recht zu, die von seinen Vorgängern erteilten Privilegien aufzuheben, „die er für ungerecht erkannte, und durch die also auch niemand ein wahres Recht hatte erlangen können“¹⁴². Im Großherzogtum Toskana boten sich jedoch im Vergleich zu Österreich und Preußen die besten Voraussetzungen, durch Beseitigung von Privilegien aller Art eine neue staatliche und gesellschaftliche Ordnung zu schaffen, da hier die Elemente der Feudal- und Privilegienordnung in der Zeit der freien Kommunen bereits weitgehend aufgelöst worden waren¹⁴³. Insoweit läßt Erhards kritischer Vergleich des preußischen Ent-

¹³⁸ CHR. D. ERHARD, Versuch einer Critik, p. 168; vgl. auch CHR. U. D. v. EGGERS, Bemerkungen zur Verbesserung der Deutschen Gesetzgebung. Ein freyer Auszug aus seinen Preis-Schriften über den Entwurf des allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1. Theil, Kopenhagen 1798, p. 11: „Man muß voraussetzen, daß eine gute Regierung nie ein Privileg erteile, was sie nicht dem gemeinen Besten zuträglich glaubt.“

¹³⁹ CHR. D. ERHARD, Versuch einer Critik, pp. 195, 196.

¹⁴⁰ CHR. D. ERHARD, Versuch einer Critik, p. 164.

¹⁴¹ CHR. D. ERHARD, Betrachtungen ueber Leopolds des Weisen Gesetzgebung in Toscana, Dresden und Leipzig 1791, p. 89. Vgl. über die Aufhebung der Privilegien und die neue Gesetzgebung in Toskana auch A. F. W. CROME, Die Staatsverwaltung von Toscana I, pp. 18, 19, 69 ss.

¹⁴² CHR. D. ERHARD, Betrachtungen, p. 77. Die Besprechung von A. F. W. CROME, Die Staatsverwaltung von Toscana (1795), in: Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, ed. E. F. Klein, 15. Band, Berlin und Stettin 1797, pp. 279, 280, zeigt dagegen eine vorsichtige konservative Würdigung dieses Tatbestandes: „In der neuen Toscanischen Staatsverfassung herrscht eine vollkommene Isonomie, d. i. eine vollkommene Gleichheit der Rechte und eine durchaus gleiche Dienstfähigkeit. Dadurch ist ohne Zweifel der schlimme Eindruck gemildert worden, welchen eine, wie es scheint, etwas despotisch unternommene, Aufhebung der Privilegien machen mußte. . . . Gestehen muß man indessen doch, daß viele von den aufgehobenen alten Einrichtungen sehr weise waren . . .“.

¹⁴³ Vgl. E. WALDER, Aufgeklärter Absolutismus und Revolution, pp. 153, 154.

wurfs des *Allgemeinen Gesetzbuchs* von 1791 mit der Fülle der ergangenen Einzeledikte in Toskana die wesentlichen Unterschiede in den historischen Voraussetzungen und in den gewählten Gesetzesformen außer acht.

Johann Georg Schlosser stellt in seiner Kritik über den Entwurf des preußischen *Allgemeinen Gesetzbuchs* die dort Privilegien umfassende Rechts- und Sozialordnung grundsätzlich nicht in Frage, wenn er auch die unzureichende dogmatische Behandlung der Privilegienbestimmungen ausführlich rügt¹⁴⁴. Die gesellschaftspolitische Ordnungsgewalt des Herrschers im Wege der Gesetzgebung wird von ihm grundsätzlich anerkannt, ihre Ausübung gemäß den Grundsätzen der Gleichheit jedoch nicht konsequent gefordert. Er sagt:

„Der Regent kann in dem Staat an sich zwar keine anderen Menschen machen, aber er kann doch, entweder dadurch, wenn er einer Classe von Menschen einen besonderen Stand gibt, die Gleichheit der Natur aufheben, also auch die Verhältnisse, welche auf diese Gleichheit gegründet waren; oder er kann die Gleichheit lassen, und nur Ausnahmen zu Gunst des einen oder des andern, oder zu Gunst des Staats machen.“¹⁴⁵

Schlosser teilt die beiden Ordnungsmöglichkeiten jeweils gesondert der „Civilgesetzgebung“ und der „Regierungs-Gesetzgebung“ zu; der letzteren obliege es dabei, durch „Privilegien, Monopolien, Exemtionen, Immunitäten“ Ausnahmen zu erteilen¹⁴⁶. Ganz im Gegensatz zu Erhard wendet sich Schlosser – wie es auch Johann Jacob Moser getan hat¹⁴⁷ – gegen „das gemeine Wohl, welches auch die Preussische Gesetzgebung so überall im Munde führt“ und das er als „ein Gemisch von unendlich verschiedenen Ingredienzen“¹⁴⁸ bezeichnet. Die Kritik betrifft das Fehlen einer Legaldefinition des Begriffs „das gemeine Beste“, der bei der Frage des Widerrufs eines Privilegs besonders aktuell wurde: „Ferner, wer beurtheilt, ob die Gründe für das gemeine Beste überwiegend sind? Der Privilegiengeber? Was braucht er dann ein Gesetz? Der modelt ja das gemeine Beste...“¹⁴⁹. Sicherheit und Bestimmtheit

¹⁴⁴ J. G. SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, Frankfurt 1789, pp. 180–192.

¹⁴⁵ J. G. SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung, p. 126.

¹⁴⁶ J. G. SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung, pp. 127–129.

¹⁴⁷ Vgl. oben p. 72 n. 7.

¹⁴⁸ J. G. SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung, pp. 11, 12.

¹⁴⁹ J. G. SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung, pp. 189, 191; vgl. auch E. F. KLEIN, Nachricht von den Schlosserschen Briefen über die Gesetzgebung überhaupt . . ., in: Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten, ed. E. F. KLEIN, 4. Band, 2. verbesserte Auflage, Berlin und Stettin 1796, pp. 326 ss.

der Privilegien und ständischen Rechte gehören zu Schlossers Hauptforderungen an die Zivilgesetzgebung: „So muß ihre erste Sorge seyn, den Stand, der verschiedene Rechte geben soll, nach seinem Wesen, seinem Anfang und Ende, genau zu bestimmen.“¹⁵⁰ Das entsprach auch einer Forderung, die Filangieri in seiner *Scienza della legislazione* 1782 erhoben hatte:

„Le leggi debbono dunque fissare i privilegi e i dritti degli uni, e le funzioni degli altri; esse debbono fissare i limiti di ciascheduna autorità nello Stato; . . .“¹⁵¹.

Christian Daniel Erhards Einsicht in die Schwierigkeiten, „Privilegien und Vorzüge entreißen zu wollen“¹⁵², war sicherlich schon in Kenntnis der ständischen Forderungen in Preußen geäußert, die Vorrechte im *Allgemeinen Gesetzbuch für die Preussischen Staaten* zu erhalten und abzusichern. Die Bewahrung der ständischen Vorrechte bedeutete z. T. aber auch die Bewahrung der besonderen Provinzial- und Lokalrechte. Damit ist die der preußischen Kodifikation eigentümliche Rechtsquellenrangordnung angesprochen. Das 1794 in Kraft gesetzte *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* betont im § 21 Einleitung den unbedingten Vorrang aller partikularen und speziellen Rechtsnormen: „Uebrigens stehen bey Beurtheilung einzelner Streitfragen, die allgemeinen Gesetze den Provinzialgesetzen, diese den besonderen Statuten, und diese endlich den auf andere Art wohlervorbenen Rechten nach.“ Zu den wohlervorbenen Rechten gehörten besonders die Privilegien. Das ALR blieb somit subsidiär. Dem Kodifikationsplan entsprechend sollten an die Seite des *Allgemeinen Landrechts* noch vorrangig die einzelnen Provinzialgesetzbücher als „besondere Rechte“ treten¹⁵³. Auch diese hatten – trotz der grundsätzlich anzustrebenden Gleichförmigkeit mit dem ALR – unter anderem auf die „wohlervorbenen Rechte“ Rücksicht zu nehmen¹⁵⁴. Somit blieben alle lokalen und provinziellen Statuten, Observanzen und Privilegien in Kraft. Bei Aufhebung der „besonderen Statuten, Provinzialgesetze und Privilegien“ waren nach § 62 Einleitung ALR die betroffenen Rechtsträger anzuhören. So kann man sagen, daß weiterhin die besonderen Rechte die Regel bildeten und das generelle Gesetz gleichsam den

¹⁵⁰ J. G. SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung, p. 132.

¹⁵¹ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Tomo I, Venezia 1782, p. 138.

¹⁵² CHR. D. ERHARD, *Versuch einer Kritik*, p. 77; vgl. oben p. 100.

¹⁵³ Vgl. v. KAMPTZ, *Aktenmäßige Darstellung der Preussischen Gesetz-Revision*, Berlin 1842, pp. 3 ss.

¹⁵⁴ Vgl. „Patent wegen Publication des neuen allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten“ vom 5. 2. 1794, VI.

Ausnahmecharakter trug¹⁵⁵. Der Bruch mit der überkommenen Rechtsordnung und den individuellen sowie landschaftlich bedingten Sonderberechtigungen wurde nicht gewagt. Wie sich bereits aus der „Cabinets-Ordre an die Juristen Facultät zu Halle wegen Abfassung einiger Constitutionen zum Land-Recht“ vom 18. 6. 1714 ergab¹⁵⁶, fordern die Kodifikationsprogramme der Zeit sowohl die Berücksichtigung der natürlichen Vernunft wie auch der „Landesbeschaffenheit“¹⁵⁷. Damit gerieten einerseits Gleichheitsgebot¹⁵⁸ und andererseits Bewahrung partikularrechtlicher Sonderentwicklungen in einen schwerlich zu harmonisierenden Widerstreit. Carl Gottlieb Svarez kennzeichnet in diesem Sinne in einem Brief vom 12. April 1785 an de Villeneuve den Grundsatz, daß „die Legislation nach den besonderen Bedürfnissen eines jeden Landes und einer jeden Classe der Bewohner zu accomodiren bedacht seyn“ müsse¹⁵⁹. Die territoriale Vielgestaltigkeit des preußischen Besitzstandes verlange in besonderem Maße die Berücksichtigung der

„mannigfaltige(n) und sehr voneinander verschiedene(n) Verfassungen, Rechte und Gewohnheiten. Auf diese sind die Verbrüderungen der Familien, die Rechte des bürgerlichen Eigenthums, die Verhältnisse der mancherley Stände des Staats gegründet. Hier kann man also nicht so verfahren, wie es der

¹⁵⁵ R. KOSELLECK, Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848, Stuttgart 1967, p. 39.

¹⁵⁶ Es heißt dort unter Punkt 2: „... soll alles nach Beschaffenheit dieses Landes abgefaßt werden.“ Vgl. den Text der Order bei E. A. TH. LASPEYRES, Die Reception des Römischen Rechts in der Mark Brandenburg und die Preußische Gesetzgebung vor König Friedrich II., in: Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, ed. A. L. REYSCHER und W. E. WILDA, 6. Band, Leipzig 1841, pp. 88–96.

¹⁵⁷ F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967, pp. 323–328. Vgl. auch zu der bereits von Leibniz erhobenen Forderung, daß die Rechtsfeststellung nach „der gesunden Vernunft“ und der „Gelegenheit jedes Orths“ erfolgen müsse, in diesem Band den Beitrag von K. LUIG, Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz' Kodifikationsplänen, pp. 69, 70.

¹⁵⁸ Auf das Prinzip der Gleichheit stützte besonders OTTO seine Kritik an der Subsidiarität des ALR und an den geplanten besonderen Provinzialgesetzbüchern; es heißt dazu bei OTTO, Ueber die Preussische Gesezreform, in: Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte I (1784), pp. 104, 105: „Eine solche Gleichheit und Allgemeinheit der Geseze stimmt auch vollkommen mit jener größten und ersten Gesezgebung, mit der Gesezgebung der Vernunft, überein. Es giebt nur Ein Recht der Natur, nur Ein Recht der Menschheit, nur Ein unveränderliches Gesezbuch: denn es gibt nur eine Vernunft. Warum also nicht auch nur Ein Recht, nur Ein Gesezbuch der Bürger eines Staates. Oder ist der Königsberger weniger Bürger, als der Berliner? hat der Brandenburger mehr Anspruch auf die Rechte der Menschheit und der Vernunft, als der Pommer oder der Westpreusse?“

¹⁵⁹ Zit. nach A. STÖLZEL, Carl Gottlieb Svarez. Ein Zeitbild aus der 2. Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts, Berlin, 1885, p. 160. Vgl. dazu auch G. DILCHER, Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht, in: Juristenzeitung 1969, pp. 2, 3.

Gesetzgeber einer aus dem Stande der Wildheit heraustretenden und zuerst in eine Bürgerliche Gesellschaft sich vereinigenden Nation thun könnte und müßte. Man muß die Sitten, den Charakter, die Gewohnheiten und die Geschäfte des Volks so nehmen wie sie nun würcklich sind; man muß kein Ideal schaffen wollen; sondern die Gesetzgebung nach den einmal vorhandenen Umständen so zu accomodiren suchen, daß dadurch der höchste Grad der Wohlfahrt, der unter diesen gegebenen Umständen möglich ist, erreicht werde“¹⁶⁰.

Dementsprechend kritisierte Svarez auch die „mißlungene Gesetzgebung Kaiser Josephs II.“ mit der Begründung: „Er wollte lauter allgemeine Gesetze haben und reflektierte nicht genugsam auf die verschiedenen Gebräuche, Verfassungen, den Unterschied des Genies, der Kultur, die Lage seiner Provinzen.“¹⁶¹ Die absolute Gleichheit war das Ideal der Philosophen, das für den Gesetzgeber, „der einem ganz neuen Staate Gesetze geben will“, wohl für tauglich gehalten wurde; jedoch könne „der Gesetzgeber, der schon einen eingerichteten Staat vor sich hat, nicht bloß nach seinen eigenen Einfällen verfahren“¹⁶². Die Zivilgesetzgebung sah sich in der Praxis von territorialen, gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Bedingungen bedrängt, die zur vorsichtigen Anpassung und Änderung rieten, wenn eine radikale Veränderung vermieden werden sollte. Paalzow erklärte bereits 1781: „Eine plötzliche Reforme und eine gänzliche Abschaffung aller alten Gesetze würden, nach meiner geringen Einsicht, die meisten jetzigen Staatsverfassungen gegen die Vorurtheile nicht aushalten.“¹⁶³ Deshalb gehören Berücksichtigung der besonderen Umstände des Staates und Anpassung an die besonderen Ver-

¹⁶⁰ A. STÖLZEL, Carl Gottlieb Svarez, p. 160; in diesem Sinne bringt das Patent über die Einrichtung der „Gesetz-Commission“ vom 29. Mai 1781 eine Zusammenfassung aller für die preußische Kodifikation maßgebenden Grundsätze, in: *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium* . . . VII, Berlin 1786, nr. 26, col. 341 s. (§ 13): „. . . muß die Gesetz-Commission . . . dabey auf den ganzen Inbegriff und Zusammenhang des Systems der Rechte; auf die Anleitung einer wahren und richtigen, nicht bloß scheinbaren natürlichen Billigkeit; auf das allgemeine Beste; auf die Landes und Staats-Verfassung; auf die Denkungs-Art, Sitten und Gewohnheiten des Jahrhunderts; und auf die speziellen Verhältnisse der verschiedenen Gegenden, Oerter, Stände, Alter und Nahrungsgeschäfte, die erforderliche Rücksicht nehmen.“ Die Forderung, die besonderen „Umstände des Staates“ bei der Ausführung der Gesetzgebung bzw. Privilegienerteilung zu berücksichtigen, findet sich auch bei K. A. FRHR. V. MARTINI, *Allgemeines Recht der Staaten*, p. 99, und bei FRANZ EDLER V. ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, 1. Band, Wien und Triest 1811, p. 23.

¹⁶¹ C. G. SVAREZ, *Vorträge über Recht und Staat*, p. 16.

¹⁶² CHR. L. PAALZOW, *Versuch über die Gesetze*. An Se. Excellenz, den Königlichen Preussischen Großkanzler von Carmer, Breslau 1781, pp. 4, 5.

¹⁶³ CHR. L. PAALZOW, *Versuch über die Gesetze*, p. 3.

hältnisse zu den häufig erhobenen Forderungen. Dieses Ziel zeigt auch die Instruktion Katharinas der Großen an die russische Gesetzeskommission: „Il est une infinité de choses qui gouvernent les hommes; la religion, le climat, les lois, certaines maximes politiques adoptées, exemples des événements passés, les moeurs et les usages“¹⁶⁴. Das war die Stimme Montesquieus¹⁶⁵. Seine Auffassung, daß die Gesetze nachhaltig von Klima, Religion und Landesbeschaffenheit bestimmt und geformt werden, führt zur Relativierung der Vernunftrechtsgrundsätze von Gleichheit und Freiheit und zur Beachtung und Bewahrung lokaler und partikularer Sonderrechte¹⁶⁶. Justus Möser vertritt in dieser Beziehung eine extreme Position. Er wendet sich gegen die Allgemeinheit der Gesetze und gegen die Theoretiker der Kodifikation. Es heißt bei ihm:

„Sie wollen wohl alles mit gedruckten Verordnungen fassen, und nachdem Voltaire es einmal lächerlich gefunden hat, daß jemand seinen Proceß nach den Rechten eines Dorfs verlor, den er nach der Sitte eines nahe dabey liegenden gewonnen haben würde, keine andere als allgemeine Gesetzbücher dulden . . . Voltaire hätte nicht nöthig gehabt, die Verschiedenheit der Rechte in zween nahegelegenen Dörfern lächerlich zu finden; er hätte die selbe Verschiedenheit in zwei unter einem Dach lebenden Familien finden können . . .“¹⁶⁷.

Die Einheit wird in der Freiheit sichernden Vielfalt gesehen. Als Gewährsmann für diese Ansicht ist Montesquieu erkennbar¹⁶⁸. Möser sieht durch die

¹⁶⁴ Instructions, Art. VI, nr. 39, p. 19.

¹⁶⁵ Vgl. De l'esprit des lois, Livre I, Chapitre III: „Il faut qu'elles (les lois politiques et civiles) se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir; soit qu'elles le forment, comme font les loix politiques; soit qu'elles le maintiennent, comme font les loix civiles. Elles doivent être relatives au physique du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs. Elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir, à la religion des habitans, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leur moeurs, à leurs manières. Enfin, elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer.“

¹⁶⁶ Vgl. W. WILHELM, Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert, in: Ius Commune 1, Frankfurt am Main 1967, pp. 253–257.

¹⁶⁷ J. MÖSER, Der jetzige Hang zu allgemeinen Gesetzen und Verordnungen ist der gemeinen Freyheit gefährlich, in: Patriotische Phantasien, 2. Theil, 2. Auflage, Berlin 1788, pp. 15, 18.

¹⁶⁸ Vgl. Möser's Votum für eine im Sinne von Montesquieu an die unterschiedlichen Bedingungen angepaßte Provinzialgesetzgebung, in: JUSTUS MÖSER, Sämtliche Werke, ed. Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Band 9, Oldenburg/Hamburg 1958, p. 344.

allgemeinen Gesetze Freiheit und Eigentum verletzt, die sich für ihn auch im Privileg verkörpern. Er wertet die allgemeinen Gesetze als

„mehrentheils stolze Eingriffe in die menschliche Vernunft, Zerstörungen des Privateigentums und Verletzungen der Freyheit. Die philosophischen Theorien untergraben alle ursprünglichen Contrakte, alle Privilegien und Freyheiten, alle Bedingungen und Verjährungen, indem sie die Pflichten der Regenten und Unterthanen und überhaupt alle gesellschaftlichen Rechte, aus einem einzigen Grundsätze ableiten, und um sich Bahn zu machen, jede hergebrachte, verglichene und verjährte Einschränkungen, als so viel Hindernungen betrachten, die sie mit dem Fuße oder mit einem systematischen Schlusse aus ihrem Wege stoßen können“¹⁶⁹.

Auch Filangieri baut auf den Grundsätzen Montesquieus auf, fordert jedoch eine gerechtere Verteilung des Eigentums der Staatsuntertanen¹⁷⁰. De Mably dagegen hatte noch die unbedingte Gleichheit aus der Natur der Menschen gefolgert und gefordert sowie die gleichsam legislatorische Milieutheorie Montesquieus nicht ohne Ironie verworfen: „En vérité, un législateur ne devoit-il pas plutôt consulter les affections de notre coeur qu'un thermomètre, pour savoir ce qu'il doit ordonner ou défendre?“¹⁷¹ Jeremy Bentham sieht dagegen die Aufgabe der Gesetzgebung im Widerstreit zwischen Gleichheit und Sicherheit: „Die Gleichheit kann begünstigt werden, teils indem man sie da hervorzubringen sucht, wo sie nicht besteht. Aber hier droht große Gefahr: Ein einziger Irrtum kann die gesellschaftliche Ordnung umstürzen.“¹⁷² Bentham leugnet die Gültigkeit des Prinzips, daß alle Menschen an Rechten gleich sein sollen, da das notwendigerweise bedeute, alle Gesetzgebung unmöglich zu machen¹⁷³. „Bei einem Streite zwischen der Sicherheit und der Gleichheit darf man also keinen Augenblick unschlüssig sein: Die Gleichheit muß zurückstehen.“¹⁷⁴

Vor dem Hintergrund der hier ausgebreiteten Stimmen der Zeit zeigen die Privilegienbestimmungen in der Endfassung des *Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten* von 1794 in den §§ 53–72 der Einleitung einen

¹⁶⁹ J. MÖSER, Der jetzige Hang zu allgemeinen Gesetzen, p. 18.

¹⁷⁰ Vgl. G. FILANGIERI, La scienza della legislazione II, p. 33.

¹⁷¹ G. B. DE MABLY, De la législation, ou principes des loix, in: Oeuvres complètes de Mably, tome 9, à Paris 1797, p. 17.

¹⁷² J. BENTHAM, Grundsätze der Civil- und Criminal-Gesetzgebung, aus den Handschriften des englischen Rechtsgelehrten, ed. E. DUMONT. Nach der 2. Auflage für Deutschland bearbeitet von F. E. BENEKE, Band 1, Berlin 1830, p. 241.

¹⁷³ J. BENTHAM, Grundsätze, p. 244.

¹⁷⁴ J. BENTHAM, Grundsätze, p. 292.

bewahrenden und rechtssichernden Charakter. Das gilt auch hier für die überkommene ständestaatliche Ordnung, die im ALR verkörpert ist¹⁷⁵ und den Adel als „den ersten Stand im Staate“ bezeichnet (II 9 § 1). Hier zeigt das ALR auch den Rang einer Verfassung. Das entsprach auch der Auffassung von Svarez, daß eine allgemeine Gesetzgebung besonders in einem Staate, „welcher keine eigentliche Grundverfassung hat, die Stelle derselben gewissermaßen ersetzen soll . . .“¹⁷⁶. Somit sind im ALR die Privilegienordnung und das Majestätsrecht, „Privilegia, als Ausnahmen von dergleichen Gesetzen zu bewilligen, Standeserhöhungen . . . zu erteilen“ (II 13 § 7), verfassungsgesetzlich festgelegt. Diese verfassungsrechtliche Garantie der Privilegienordnung tritt besonders in der Bestimmung des § 70 Einleitung ALR deutlich zutage, daß Privilegien „nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls, und nur gegen hinlängliche Entschädigung des Privilegierten“ wieder aufgehoben werden können. Gerade über die Entschädigungsklausel dieser Aufopferungsbestimmung wurden auch die herrschaftlichen Standesrechte, die der Adel kraft Observanz, Vertrag oder Privileg besaß, als Eigentum verstanden. Alle Privilegien unterstanden damit grundsätzlich dem vom Staat garantierten privatrechtlichen Eigentumsschutz¹⁷⁷. Diesen Grundsatz hatte Svarez bereits in seinen Vorträgen betont: „Hingegen können Privilegia, die einzelnen Untertanen oder gewissen Klassen derselben verliehen sind, nicht mit gleicher Willkür wieder aufgehoben werden. Vorrechte, welche dem Privilegierten beigelegt waren, die Vorteile, die er aus dem Genuß seines Privilegii zog, machen einen wirklichen Teil des Seinigen oder seines Eigentums aus, welches ihm der Staat so wenig wie ein anderes Eigentum nach Gutfinden nehmen kann“¹⁷⁸. Im Schutz und in der Bewahrung der Privilegien als wohlverworbene Rechte wird die Grenze des Reformwillens bei Svarez und im ALR offenbar¹⁷⁹. Erhard unterschied dagegen noch sehr genau, ob – gemessen am öffentlichen Wohl – die Privilegien „aus Irrtum oder Despotismus“ zum Nachteil des Staats erteilt worden waren. War das geschehen, so konnten seiner Meinung nach diese Privilegien „gar kein Eigen-

¹⁷⁵ Vgl. H. CONRAD, Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 18, Karlsruhe 1956, pp. 14–18.

¹⁷⁶ C. G. SVAREZ, Über den Einfluß der Gesetzgebung in die Aufklärung, in: Vorträge über Recht und Staat, p. 635; vgl. auch H. THIEME, Die preußische Kodifikation, in: SZGerm 57 (1937), p. 386; H. CONRAD, Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates, Berlin 1965, pp. 10, 11.

¹⁷⁷ Vgl. R. KOSELLECK, Preußen zwischen Reform und Revolution, p. 32.

¹⁷⁸ C. G. SVAREZ, Vorträge über Recht und Staat, p. 242.

¹⁷⁹ Vgl. G. KLEINHEYER, Staat und Bürger, pp. 68–72.

thum werden, weil der Ertheilende das Recht nicht hatte, sie zu geben¹⁸⁰. Demzufolge sei auch die Gesellschaft nicht zur Entschädigung verpflichtet. Svarez betonte den Vorrang der Freiheit vor dem Gleichheitsprinzip. Das Mittel zu größerer Freiheit sah er bevorzugt im Eigentum und dessen Schutz:

„Ich sage es inzwischen noch einmal: die Hauptpflicht der Regierung ist und bleibt der Schutz der bürgerlichen Freyheit. Eine Folge davon ist die Pflicht des Staats, das Eigenthum seiner Bürger zu heiligen; und Sie werden es mir zu gute halten, daß ich mich der Sicherheit des Eigenthums so eifrig annehme.“¹⁸¹

Die Möglichkeit einer freiheitsbeschränkenden Macht des Eigentums¹⁸² bzw. die Fragestellung Kants, wie die Freiheit des einzelnen mit der Freiheit aller zu vereinigen sei, wird von Svarez nicht in den Blick genommen. So übte er auch unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie Kritik an der österreichischen Gesetzgebung unter Joseph II, weil die wohlerworbenen Rechte der Untertanen nicht geschont und „alte längst erworbene Privilegia und Rechte ohne alle Entschädigung“ durch neue Gesetze genommen worden seien¹⁸³.

Das österreichische ABGB von 1811 bringt gegenüber seinen Vorgängern und gegenüber dem preußischen ALR eine deutliche Veränderung. Lediglich im § 13 ist eine einzige Privilegienbestimmung niedergelegt:

„Die einzelnen Personen oder auch ganzen Körpern verliehenen Privilegien und Befreiungen sind, insofern hierüber die politischen Verordnungen keine besonderen Bestimmungen enthalten, gleich den übrigen Rechten zu beurteilen.“

¹⁸⁰ CHR. D. ERHARD, Versuch einer Critik, p. 163.

¹⁸¹ So Svarez als Kriton in: E. F. KLEIN, Freyheit und Eigenthum, abgehandelt in 8 Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung, Berlin und Stettin 1790, pp. 153, 154; vgl. auch C. G. SVAREZ, Vorträge über Recht und Staat, p. 252: Die „Abweichung von der allgemeinen Regel der Gleichheit (gehört) zu den Unvollkommenheiten unserer Staatsverfassung...“.

¹⁸² Vgl. z. B. G. W. F. HEGEL, Fragmente historischer und politischer Studien aus der Berner und Frankfurter Zeit (1795–1798), in: Werke in zwanzig Bänden. Auf der Grundlage der Werke von 1832–1845 neu edierte Ausgabe von E. MOLDENHAUER und K. M. MICHEL, 1. Band (Frühe Schriften), Frankfurt a. M. 1971, p. 439 (13.): „In den Staaten der neueren Zeit ist Sicherheit des Eigentums die Angel, um die sich die ganze Gesetzgebung dreht, worauf sich die meisten Rechte der Staatsbürger beziehen. ... Wie sehr der unverhältnismäßige Reichtum einiger Bürger auch der freiesten Form der Verfassung gefährlich und die Freiheit selbst zu zerstören imstande sei, zeigt die Geschichte ... – und es wäre eine wichtige Untersuchung, wieviel von dem strengen Eigentumsrecht der dauerhaften Form einer Republik aufgeopfert werden müßte.“

¹⁸³ C. G. SVAREZ, Vorträge über Recht und Staat, p. 16; H. THIEME, Die preußische Kodifikation, in: SZGerm 57 (1937), p. 371 n. 2.

Diese Fassung geht auf einen Vorschlag Franz v. Zeillers zurück, der die Forderung erhob, es sollte das Wort „Rechtswohltat“ aus der Rechtslehre und vorzüglich aus dem Gesetzbuche ganz „ausgemerzt“ werden. Das Recht erweise keine Wohltaten, sein Zweck und Gegenstand sei Gerechtigkeit. Außerdem seien die Privilegien unstreitig als ein politisches Institut der politischen Gesetzgebung zuzuordnen und daher dieser vorzubehalten¹⁸⁴. Dieser Vorschlag war jedoch nicht unbestritten. Einige Mitglieder der Gesetzeskommission wollten die Privilegienbestimmungen der §§ 49–54 des Ur-entwurfs in das ABGB mit aufnehmen¹⁸⁵. v. Zeillers Vorschlag wurde schließlich angenommen. Die Grundsätze dieser Kodifikation hatte er 1810 sehr klar formuliert: „Wir denken uns in einem Civil-Gesetzgeber nicht einen Schöpfer, sondern einen Erklärer, der von der Vernunft gegebenen Rechte, und man erwartet demnach . . . feststehende und für alle Bürger in ihren Privat-Verhältnissen gleich geltende Gesetze.“¹⁸⁶ Das Prinzip der Gleichheit wird verfolgt, jedoch die ständischen Rechte bleiben unangetastet, indem sie ausschließlich in die Kompetenz des Verfassungsgesetzgebers verwiesen werden. v. Zeiller erklärt:

„Werden diese Privat-Rechte durch politische Vorschriften bey einigen Gliedern anders modificirt, oder die Privat-Rechte der übrigen Bürger beschränkt, dann sind diese Abweichungen zwar in dem Civil-Codex anzudeuten, aber nicht aus dem politischen Codex, worin sie mit anderen Vorschriften zusammen hängen, in jenen zu verpflanzen. Aus diesem Grunde sind die Regalien, Standesrechte, Privilegien, Immunitäten . . . in einem bürgerlichen Gesetzbuche nicht an ihrer Stelle.“¹⁸⁷

Damit hatte der österreichische Gesetzgeber auf geschickte Weise den politischen Sprengstoff ausgespart und ein in sich geschlossenes bürgerliches Rechtssystem errichtet, ohne mit dem „politischen System“¹⁸⁸, wie es bei v. Zeiller heißt, in Widerspruch zu geraten. Wo besondere Rechte, Privilegien oder Immunitäten auf rechtlich verbindliche Weise zugesichert seien, könnten Humanität und Klugheit fordern, tief eingewurzelte Anomalien zu dul-

¹⁸⁴ L. PFAFF und F. HOFMANN, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 1. Band, 2. Abtheilung, Wien 1882, pp. 298 ss.

¹⁸⁵ Vgl. J. OFNER, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Band, Wien 1889, p. 49; L. PFAFF und F. HOFMANN, Commentar I 2, pp. 298 ss.

¹⁸⁶ F. E. v. ZEILLER, Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzkunde im Straf- und Civil-Justiz Fache, 1. Band, Wien und Triest 1810, p. 51.

¹⁸⁷ F. E. v. ZEILLER, Vorbereitung, p. 53; F. E. v. Zeiller, Commentar I, pp. 17, 18.

¹⁸⁸ F. E. v. ZEILLER, Vorbereitung, p. 57.

den. Deshalb, so lautet die Forderung v. Zeillers, müßten solche „Provinzial- und besondere Rechte zur Sicherheit des Rechts und Verkehrs unter öffentlicher Autorität gesammelt, öffentlich bekannt gemacht, und, damit sie nicht weiter um sich greifen, alle eigenmächtigen Erweiterungen und Zusätze für ungültig erklärt werden“¹⁸⁹.

IV

Während das preußische ALR die Privilegien anerkennt und bewahrt¹⁹⁰, das österreichische ABGB sie ausklammert und duldet, so führt die bürgerliche Revolution in Frankreich zu ihrer radikalen Beseitigung.

Im Laufe des 18. Jahrhunderts waren die Bemühungen des französischen Königtums um eine Reformgesetzgebung immer wieder am Widerstand der Stände gescheitert, die auf der Einhaltung der überkommenen Privilegienordnung bestanden. Durch die „lois fondamentales“ waren alle Privilegien als Eigentumsrechte grundgesetzlich abgesichert und unangreifbar. Gerade dagegen erhoben sich immer wieder die Forderungen in den „cahiers de doléances“, besonders des dritten Standes. Sie wurden immer wieder gestützt auf die entscheidenden Grundsätze des Vernunftrechts: „égalité“¹⁹¹, „liberté

¹⁸⁹ F. E. v. ZEILLER, Vorbereitung, pp. 61, 62.

¹⁹⁰ Vgl. H. THIEME, Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, 2. Auflage, Basel 1954, pp. 17, 18 n. 4. Andere Kodifikationspläne und -entwürfe innerhalb des Reichs zeigen im wesentlichen das gleiche Bild einer die Privilegien bewahrenden Rechtsordnung; vgl. z. B. FRIEDRICH ESAJAS PUFENDORFS Entwurf eines hannoverschen Landrechts (vom Jahre 1772), ed. W. EBEL. Quellen und Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens, Band 78, Hildesheim 1970, Titel 1 §§ 36–42, pp. 27, 28; J. CLAPROTH, Ohnmasegeblicher Entwurf eines Gesetzbuches, welcher die Proceß-Ordnung, vom Privat-Recht das Recht der Personen . . . in sich hält, Frankfurt am Mayn 1773, pp. 462–468 (§§ I–X); J. CHR. GUNDELACH, Anmerkungen über die Verbesserung des Justizwesens. Erster Versuch, Frankfurt am Main 1782, 8. Hauptstück, §§ 223–232, pp. 206–213; J. F. REITEMEIER, Allgemeines Deutsches Gesetzbuch aus den unveränderten brauchbaren Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland entworfen . . . , 1. Abtheilung: Das Bürgerrecht, 1. Band, Frankfurt an der Oder 1801, 8.–10. Titel, pp. 89–121.

¹⁹¹ Vgl. z. B. A guide to the general cahiers of 1789 with the textes of unedited cahiers, (new printing, with additions and corrections), ed. by B. F. HYSLOP, New York 1968, p. 303 (Forderungen der dritten Standes der Bailliage de Langres): „2. – Que l'impôt presse également sur tous les ordres et sur toutes les provinces, qu'il n'y ait d'impôt particulier, de charge particulière pour aucun ordre, pour aucune province, de sorte qu'il n'y ait dans toute l'étendue du Royaume au profit d'aucuns ordres, province, ville, corps, compagnies, communauté, paroisse ou particulier, aucun privilège pécuniaire relatif à l'impôt, lequel privilège serait inconstitutionnel.“

naturelle“¹⁹², „bien public“¹⁹³. Dabei wurden Privilegien und Privilegierte in einem umfassenden Sinn als Bevorrechtigten und Bevorrechtigte verstanden:

„1^{er} Article. – Des Privilégiés. – Sous ce nom de privilégiés, nous comprenons non seulement la haute noblesse, mais en général tous ceux qui jouissent de certaines exemptions pécuniaires; ainsi nous ne les confondrons pas; nous traiterons de chaque espèce séparément.“¹⁹⁴

Die Forderung nach Beseitigung der Privilegien erstreckt sich dabei grundsätzlich auf alle Arten:

„L’abolition de tous privilèges réels et personnels, féodaux, ecclésiastiques et d’offices, en matière d’impôts, soit féodaux, soit provinciaux et locaux.“¹⁹⁵

Trotz der Forderung nach Schutz des Eigentums bildet dasselbe keine unüberwindliche Schranke, die Privilegien unter dem Gesichtspunkt des gemeinen Wohls aufzuheben:

„Les privilèges exclusifs de chasse ruinent beaucoup les cultivateurs . . . On a cru répondre à ces griefs en criant: la propriété! Oui, sans doute, la propriété est une chose sacrée, mais celle-là seulement qui ne trouble pas l’ordre commun.“¹⁹⁶

Auch Emmanuel Sieyès verteidigt den unbedingten Schutz von Freiheit

¹⁹² Vgl. z. B. Tableau comparatif des demandes contenues dans les cahiers des trois ordres, remis à M. M. les députés aux états généraux, ed. P. S. DUPONT DE NEMOURS, à Paris 1789, p. 185 (Art. V): „I. Suppression de tous privileges exclusifs. – Les privileges exclusifs doivent être abolis comme contraires à la liberté naturelle, que tout Citoyen doit avoir de gagner sa vie comme il peut, et de voyager selon les facultés et les circonstances dans lesquelles il se trouve. Par ces principes, les Députés doivent insister particulièrement sur la suppression du privilege exclusif des messageries. Ce privilege offense non-seulement la liberté naturelle et celle du commerce; mais il étouffe les effets de l’humanité.“

¹⁹³ Vgl. z. B. Cahiers de doléances pour les états généraux de 1789, publiés par G. LAURENT. Tome III: Bailliages de Sézanne et Châtillon-sur-Marne réunis, Partie II: Chatillon-sur-Marne, Épernay 1911, p. 487: „4. – Que les privilèges, sous tous les rapports, seront réduits en tel état qu’ils ne puissent nuire au bien public, à l’harmonie universelle, enfin à la constitution; . . .“

¹⁹⁴ Cahiers de doléances, publiés par G. LAURENT, Tome III, Partie II: Chatillon-sur-Marne, p. 18.

¹⁹⁵ Cahiers de doléances du Bailliage d’Amont, publiés . . . par M. GODARD et M. L. ABENSOUR, Tome I, Besançon 1918, p. 50. Vgl. E. HINRICHS, Die Ablösung von Eigentumsrechten. Zur Diskussion über die droits féodaux in Frankreich am Ende des Ancien Régime und in der Revolution, in: Eigentum und Verfassung. Zur Eigentumsdiskussion im ausgehenden 18. Jahrhundert, ed. R. Vierhaus (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 37), Göttingen 1972, pp. 112 ss.

¹⁹⁶ Cahiers de doléances du tiers état du Bailliage de Rouen pour les états généraux de 1789, publiés par M. BOULOISEAU, Tome I: la ville, à Paris 1957, p. 152.

und Eigentum als Aufgabe des Gesetzes¹⁹⁷. Das Privileg definiert er als Ausnahme vom Gesetz und damit als Ausnahme vom Schutz für Freiheit und Eigentum der Nicht-Privilegierten. Deshalb widerspricht er besonders der Auffassung, aus dem Privileg ein übertragbares Eigentumsrecht zu machen¹⁹⁸. Seine Forderung lautet: „ . . . qu'il ne faut dans une société que des citoyens vivant et agissant sous la protection de la loi, et une autorité tutélaire chargée de veiller et de protéger“¹⁹⁹. Gemeint war ein Gesetz, das für alle Bürger in gleicher Weise galt und Schutz garantierte. Diese Forderung wurde in den „cahiers“ häufig erhoben: „Il serait à désirer que l'on pût parvenir à réunir en une seule loi toutes celles existantes, et qui sont en très grand nombre.“²⁰⁰ Der neue Geist wird auch sichtbar im Verzicht auf die überkommenen Privilegien. Am 7. Juli 1789 gibt z. B. die Stadt Saint-Jean-de-l'Aune ihren Repräsentanten in der Versammlung der Generalstände „den ausdrücklichen Auftrag, diese (ihre) Privilegien in die Hände der Nation zurückzugeben, sobald die Konstitution bestimmt ist“²⁰¹. Die Nation indirekt als den Privilegienerteiler und damit Rückgabeberechtigten zu bezeichnen, war zwar historisch unrichtig, offenbarte jedoch die Auffassung, wer der neue Souverän sein sollte. Bezeichnend ist jedoch die gestellte Bedingung einer neuen Konstitution. Solange ihr Schutz noch nicht bestand, erschien der Verzicht auf das Privileg und seinen Schutz noch nicht opportun.

Durch Dekret der Nationalversammlung vom 4.–11. August 1789 erfolgte die Abschaffung des Feudalsystems, die Aufhebung der Privilegienordnung und der überkommenen Sonderrechte:

„Art. 9. Les privilèges pécuniaires personnels ou réels en matière de subsides, sont abolis à jamais . . .“

„Art. 10. . . il est déclaré que tous les privilèges particuliers des provinces, principautés, pays, cantons, villes et communautés d'habitants, soit pécuniaires, soit de toute autre nature, sont abolis sans retour et demeureront confondus dans le droit commun de tous les Français.“²⁰²

¹⁹⁷ E. SIEYÈS, Essai sur les privilèges, p. 4.

¹⁹⁸ E. SIEYÈS, Essai, p. 30.

¹⁹⁹ E. SIEYÈS, Essai, p. 32.

²⁰⁰ Cahiers de doléances, publiés par G. LAURENT, Tome III 2, p. 196; vgl. auch W. WILHELM, Gesetzgebung und Kodifikation, pp. 258, 259.

²⁰¹ Zit. nach: Geschichte der Reichsversammlung zu Versailles im Jahre 1789, samt den dahin gehörigen Urkunden, Akten, Verordnungen, Reglements, Reden etc. als eine Fortsetzung der Beyträge zum neuesten französischen Staatsrechte, 3. Stück, Kehl und Straßburg 1789, p. 35.

²⁰² Décret de l'Assemblée Nationale des 4.–11. Août 1789, in: Lois et actes du gouvernement, Tome I, Paris 1834, p. 3.

Die Verfassung vom 3. September 1791 nimmt diese Grundsätze als Ausdruck der „liberté et égalité des droits“ noch einmal ausdrücklich auf:

„Il n'ya plus, pour aucune partie de la nation, ni pour aucun individu, aucun privilège ni exception au droit commun de tous les Français.“²⁰³

Der Verfassungsgesetzgeber hatte gesprochen. Dem Zivilgesetzgeber oblag für seinen Bereich die Ausfüllung der Verfassung; das hieß in diesem Falle die Durchführung des Gleichheitsprinzips unter Eliminierung aller Privilegien und Regeln der Privilegienlehre, die überflüssig geworden war. Cambacérés erläuterte 1793 vor der Nationalversammlung die Reihenfolge:

„La constitution a fixé les droits politiques des Français. C'est à la législation qu'il appartient de régler leurs droits civils.“²⁰⁴

So zeigt folgerichtig der *Code civil* von 1804 im Vergleich zu den deutschen Gesetzbüchern ein grundsätzlich anderes Bild. Lediglich in den Artikeln 2092 ss. taucht noch das Wort *privilège* im Sinne der vorrangigen Gläubigerbefriedigung auf. Das Pendel war umgeschlagen²⁰⁵. Auch in den Debatten über die Abfassung des *Code civil* und in seinen Entwürfen taucht das Thema *Privileg* nicht auf. „Le code civil est sous la tutelle des lois politiques; il doit leur être assorti.“²⁰⁶ Gerade im Vorhandensein einer vorgegebenen Verfassung lag einer der entscheidenden Unterschiede im Vergleich zur preußischen und österreichischen Zivilgesetzgebung, die die zusätzliche Bürde der Verfassungspositivierung in einigen Teilbereichen trugen. Das wurde auch in der Privilegienfrage deutlich. Insoweit ist in Preußen und in Österreich – wenn auch mit unterschiedlichem Akzent – die Kodifikationsdebatte auch eine Verfassungsdebatte gewesen.

Der deutliche Unterschied, den der *Code civil* mit seinem neuen, auf dem Gleichheitsprinzip aufbauenden Gesellschaftsbild markiert, wird in der deutschen Literatur herausgestellt und als eine Folge der französischen Verfassung erkannt: „In dem titre préliminaire des Code ist über folgende Materien,

²⁰³ Constitution Française, Décret de l'Assemblée nationale, du 3 septembre 1791, in: Lois et actes du gouvernement, Tome IV, Paris 1834, p. 187 (Préambule); vgl. auch p. 184 die „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen“: „Art. I. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.“

²⁰⁴ P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome I, Paris 1827, p. 4.

²⁰⁵ „Le fanatisme d'une égalité follement interprétée régnait, comme auparavant le fanatisme des privilèges“; so Jacqueminot 1799 vor der Commission législative du Conseil des Cinq-Cents, in: FENET, Recueil I, p. 329.

²⁰⁶ Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, signé Portalis etc., in: FENET, Recueil I, p. 478.

die doch eigentlich hierher gehören würden, nichts verfügt worden. 1) Ueber Privilegien. Das ist sehr natürlich, da alle Privilegien der französischen Verfassung zuwider sind . . .²⁰⁷. Dem Unterschied in der kodifizierten Rechtsordnung zwischen Frankreich und den deutschen Staaten entsprach der Unterschied in der Gesellschaftsordnung zwischen diesen beiden Rechtsbereichen. Mit der Transplantation des *Code civil* – seit 1807 *Code Napoléon* – auf die eroberten Territorien mit ihrer noch weitgehend ständisch geordneten Privilegien-Gesellschaft ist die Frage nach der Entsprechung von Verfassung und Zivilgesetzbuch erneut gestellt²⁰⁸. Auch hier kann die Behandlung der Privilegien als Testfall dienen.

Im Königreich Westfalen wird 1807 durch eine Verfassung der Weg zur Einführung des *Code Napoléon* geebnet. Die *Constitution des Königreichs Westphalen* bestimmt in Art. 10 „die Gleichheit aller Unterthanen vor dem Gesetz“ und hebt im Art. 11 alle Landstände und deren Privilegien auf. Zusätzlich ist in Art. 12 bestimmt:

„Gleichgestalt sind alle Privilegien einzelner Personen und Familien, insofern sie mit den Verfügungen vorstehenden Artikels unverträglich sind, aufgehoben.“²⁰⁹

Nach Art. 45 soll vom 1. Januar 1808 an der *Codex Napoléon* das „bürgerliche Gesetzbuch des Königreichs Westphalen seyn“²¹⁰. Die Kongruenz von Verfassung und Zivilgesetzbuch war hergestellt. Auf anderen Gebieten wurde sie zusätzlich durch besondere Königliche Dekrete herbeigeführt²¹¹. Grundsätzlich anders erscheint die Situation dort, wo ein Rechtsgebiet in Frage stand, das vom *Code Napoléon* nicht geregelt und für das auch keine andere gesetzliche Regelung ergangen war. Das betraf z. B. den Schutz der Buchhändler, Verleger und Drucker vor unberechtigtem Nachdruck und Verkauf. Durch „Königliches Decret“ vom 26. 3. 1811 wurde z. B. einem Antragsteller „das ausschließliche Recht erteilt, ein Werk unter dem Titel . . .

²⁰⁷ CHR. CHR. DABELOW, Materialien zur Geschichte, Literatur, Beurtheilung, Erklärung und Anwendung des Code Napoléon, 2. Stück, Halle 1808, pp. 116, 117; ähnlich B. W. PFEIFFER und F. G. PFEIFFER, Napoleons Gesetzbuch nach seinen Abweichungen von Deutschlands gemeinem Rechte, 1. Band, Göttingen 1808, p. 1.

²⁰⁸ Vgl. dazu in diesem Band den Beitrag von W. WILHELM, Bemerkungen zur Rezeption ausländischen Rechts, pp. 129, 130.

²⁰⁹ Gesetz-Bulletin des Königreichs Westphalen, 1. Theil (No. 1–37), Cassel 1808, No. 1, p. 13.

²¹⁰ Gesetz-Bulletin des Königreichs Westphalen I, p. 27.

²¹¹ Vgl. das Königliche Dekret vom 8. 1. 1808, durch das „nach Ansicht der Artikel 10–14 und 16 der Constitution . . . alle Privilegien, Freyheiten und Abbonemens von . . . Gebühren . . . und sonstigen Abgaben . . . aufgehoben“ werden, in: Gesetz-Bulletin des Königreichs Westphalen I, No. 8, p. 129.

10 Jahre hindurch drucken und verkaufen zu lassen“. Das „Decret“ war im Gesetz-Bulletin veröffentlicht worden²¹². Nach Aufbau und Inhalt handelt es sich um die Erteilung eines Privilegs mit den traditionellen Formelementen von der Dispositio bis zur Poenformel. Hier zeigt sich, daß das Privileg – wenn auch unter der Bezeichnung eines nach Artikeln gegliederten Dekrets – als Schutzinstrument anerkannter privatrechtlicher Interessen trotz des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots dort unentbehrlich war, wo die allgemeinverbindliche Regelung des Gesetzes noch fehlte. Im Großherzogtum Berg, wo gleichfalls ab 1. Januar 1810 der *Code Napoléon*²¹³, jedoch keine gesonderte Verfassung eingeführt worden war, findet sich das gegenteilige Beispiel. Durch das *Decret über die Erfindungspatente* vom 3. November 1809²¹⁴ wird das „Eigenthum der Entdeckungen“ für den Erfinder gesetzlich geschützt. Danach erhält jeder Erfinder auf Antrag ein Patent, soweit er gewisse, genau vorgeschriebene Voraussetzungen erfüllt. Damit war die bis dahin übliche Schutzerteilung durch das Privileg überflüssig geworden. Artikel 45 des Dekrets lautet:

„Die ehemals von den vorigen Souverainen der das Großherzogthum ausmachenden Provinzen ertheilten ausschließlichen Privilegien hören von dem Tage der Verkündigung dieses Decrets auf Wirkung zu haben. Jedoch bleibt es denjenigen, welche der Art Privilegien besaßen, unbenommen, sich nach den Vorschriften des zweyten Titels zu achten, und an deren Statt, wenn dazu Gründe vorhanden sind, Erfindungs- oder Einführungspatente zu erwirken.“²¹⁵

Die Gleichheit vor dem allgemeingültigen Gesetz hatte die individuelle Rechtsschutzerteilung durch den Regenten als Privilegierenden abgelöst.

Im Großherzogtum Baden wird 1809 der *Code Napoléon* als „bürgerliches Gesetzbuch oder Landrecht“ eingeführt. In „Zusätzen“ wurde „dasjenige näher bestimmt . . . , was nöthig ist, um eine sichere, dem Geist dieses Gesetzes stets gemäße und zugleich der hierländischen Landesart und Sitte nicht nachtheilige Anwendung zu begründen“²¹⁶. Eine besondere Verfassung nach dem

²¹² Gesetz-Bulletin des Königreichs Westphalen. Während des Jahres 1811 erlassene Decrete, Cassel 1811, No. 9, p. 135; vgl. auch No. 108, p. 501.

²¹³ Königliches Decret, die Einführung des Gesetzbuch Napoleons betreffend, vom 12. November 1809, in: Gesetz-Bulletin des Großherzogthums Berg, 2. Band, enthaltend die seit dem 3. November 1809 bis zum 8. November 1810 einschließlich verkündeten kaiserlichen Decrete, Düsseldorf 1810, No. 2, p. 8.

²¹⁴ Gesetz-Bulletin des Großherzogthums Berg II (1810), No. 6, pp. 126–151.

²¹⁵ Gesetz-Bulletin des Großherzogthums Berg II, p. 150.

²¹⁶ Vgl. Publikationspatent vom 3. 2. 1809, in: Landrecht für das Großherzogthum Baden nebst Handelsgesetzen, Karlsruhe 1814, p. III.

Vorbild im Königreich Westfalen wurde nicht eingeführt. Die „Constitutions-Edicte“ blieben „in ihrer vollen unverminderten Kraft, nur daß die Art ihrer Anwendung in jenen bürgerlichen Beziehungen so geschehen muß, wie es die landrechtliche Gesetzgebung gestattet, . . .“²¹⁷. Anpassung des Code an die besonderen Bedingungen des Landes und Vorrang der „Badischen Staatsgrundgesetze“ in Fragen „der Standes- und Grundherrschaft“ und der „Rechte der verschiedenen Stände und persönlichen Berechtigungen im Staat“²¹⁸ bestimmen den eigentümlichen Rezeptionsvorgang für das französische Zivilgesetzbuch. Mit den Badischen Grundgesetzen blieb demgemäß auch die „Standesherrlichkeits-Verfassung“ von 1807 in Kraft, die im § 13 für die Privilegien der Standesherrschaften einen Bestätigungsvorbehalt aussprach und die Privilegienhoheit dem Regenten vorbehielt (§ 22)²¹⁹. So waren zwar durch den Code Napoléon die Privilegien eliminiert, durch die „Badischen Grundgesetze“ aber wiederum ermöglicht worden, wenn auch unter einschränkenden Bedingungen. Brauer erläutert:

„Von privilegiis odiosis weiß der Code Napoléon nichts . . . Günstige Gnadenbriefe über jene Rechtsverhältnisse, die durch das bürgerliche Recht ihre Bestimmung haben, läßt er nur da zu, wo sie im bürgerlichen Gesetz . . . vorbehalten sind. Solchen Vorrechtsbriefen, welche Rechtsverhältnisse in das bürgerliche Eigentum hineinziehen, die nach der Staatsverfassung nicht dazugehören, gibt der Code Napoléon unmittelbar keine Vorschrift, sondern überläßt sie den Staatsgesetzen, wie dann deren die Konstitutions-Edicte mehrere geschaffen haben . . .“²²⁰.

Die französischen Kommentare zum *Code Napoléon* kannten solche Privilegienerläuterungen nicht mehr. Das Fehlen eines „harmonischen Einklangs“ der „Regierungsverfassung mit allen bürgerlichen Verhältnissen“ wird häufig als Argument gegen die Einführung oder Beibehaltung des Code Napoléon benutzt²²¹. Mit der Beendigung der Napoleonischen Herrschaft und damit

²¹⁷ Art. XVIII des Publikationspatents vom 3. 2. 1809, in: Landrecht, pp. XIX, XX.

²¹⁸ Vgl. J. N. F. BRAUER, Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung, 1. Band (Personen und Sachen-Recht), Karlsruhe 1809, pp. 72, 73.

²¹⁹ In: Vollständige Sammlung aller in den Großherzoglich Badischen Staats- und Regierungs-Blättern von 1803 bis 1825 inclusive enthaltenen Gesetze . . . , 1. Theil, Karlsruhe 1826, pp. 464, 467.

²²⁰ J. N. F. BRAUER, Erläuterungen, 5. Band (Eigentümlichkeiten des neuen Rechts), Karlsruhe 1811, pp. 6, 7.

²²¹ So z. B. H. E. v. GLOBIG, System einer vollständigen Gesetzgebung für die Kaiserl. Russische Gesetz-Commission, 2. Auflage mit einigen Zugaben in Bezug auf die neuesten Gesetzgebungen, 3. Theil (Civil-Gesetzgebung), Dresden 1816, pp. 533, 534; vgl. dazu und

auch der Geltung des *Code Napoléon* in den meisten deutschen Staaten war jedoch nicht nur ein Zwischenspiel zu Ende gegangen. Der Code Napoléon und die mit ihm eingeführten Verfassungen „gewöhnten doch an einen Grad verfassungsmäßiger Freiheit und wurden für Einzelne eine politische Schule“²²².

Die Erfahrungen mit dem *Code civil* als dem Gesetzbuch einer egalitären und liberalen bürgerlichen Gesellschaft hatten in Deutschland die Reformbedürftigkeit der bestehenden Rechtsordnung offenbar gemacht²²³. Der Abbau der dem Gleichheitsprinzip entgegenstehenden ständischen Sonderrechte und monopolisierenden Privilegien zugunsten einer allgemeinen Gesetzgebung wird jedoch als eine schwierige politische und legislatorische Aufgabe angesehen. Das Beispiel Frankreichs mit seiner radikalen und dennoch nicht problemlösenden Entscheidung vom 4. August 1789 schreckte. Außerdem schlug auch in Frankreich das Pendel bald wieder zurück, wie aus dem kaiserlichen Statut vom 1. März 1808 erkennbar wurde, das neben dem persönlichen Adel auch einen erblichen Adel einführte, der seiner Erblichkeit wegen auf Grundbesitz gegründet sein mußte²²⁴. So ist die Diskussion um die Reform der Gesetzgebung als Mittel zur Reform der Gesellschaft von einem konservativen Grundzug geprägt, der auch als Reaktion auf die französischen Ereignisse seit 1789 zu sehen ist. Betont werden z. B. der Vorrang der Verfassung, die den Weg zunächst für die Privatrechtskodifikation ebnen müsse; die Zweifel über die unbedingte Gültigkeit des Gleichheitsgebotes und seine Realisierungsmöglichkeiten; die Forderung nach Kontinuität; allmähliche Anpassung und Besserung durch eine vorsichtig gehandhabte Gesetzgebung und eine sorgfältige Auswahl der zu bewahrenden Rechtsinstitute und Partikularrechte. Damit war auch eine Rückkehr zu den Gedanken Montesquieus

besonders zu der politisch verdeckt geführten Diskussion W. WILHELM, Bemerkungen zur Rezeption, in diesem Band pp. 130 ss.; E. FEHRENBACH, Der Kampf um die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten. Institut für Europäische Geschichte Mainz, Vorträge Nr. 56, Wiesbaden 1973, p. 27; T. CHROUST, Die Einführung des Code Napoléon im Großherzogtum Würzburg im Jahre 1812 unter Berücksichtigung der allgemeinen rechtsphilosophischen Grundlagen, jur. Diss. Erlangen 1928, Erlangen 1929, p. 27.

²²² G. G. GERVINUS, Einleitung in die Geschichte des neunzehnten Jahrhunderts, Leipzig 1853, p. 144; ähnlich auch F. LASSAULX, Civilgesetzbuch der Französischen Republik. Uebersetzt und mit Anmerkungen begleitet . . ., 1. Theil, Coblenz 1805, Vorrede p. V: „Die Einführung eines neuen Civilgesetzbuches ist die merkwürdigste Revolution eines Volkes.“

²²³ Vgl. dazu W. WIEACKER, Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher, in: Festschrift für Wilhelm Felgenträger, Göttingen 1969, pp. 409–422.

²²⁴ Bereits für Talleyrand war der „esprit d'égalité“ nur eine vorübergehende Krankheit; vgl. R. FREIHN v. OER, Talleyrand und die gesellschaftliche Neuordnung des Empire, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Tome 36 (1968), pp. 423, 424.

verbunden²²⁵, wenn auch die neue kritische Fragestellung nach den Möglichkeiten einer allgemeinen Gesetzgebung deutlich wird:

„In dem Gebiete der Gesetzgebungswissenschaft ist die Auffindung der Maximen . . . , nach den individuellen Erfordernissen, das wichtigste Stück geworden. . . . Beyde (Montesquieu und Filangieri) aber scheinen mehr auf Entdeckung der Verschiedenheit, als der Harmonie der Gesetze der Völker ihr Augenmerk gerichtet zu haben; und doch möchte es wünschenswerth seyn, eben sowohl dasjenige kennen zu lernen, worin die Gesetze der Völker gleich bleiben könnten und sollten, als das worin sie von einander abweichen.“²²⁶

Die unterschiedliche Entwicklung der Völker und Menschen müsse jedoch – so Reitemeier – immer wieder „den Gesetzgeber zu mehrern Bestimmungen, zu weiteren Unterscheidungen und Modificationen, und zu neuen Maßregeln veranlassen“²²⁷. Damit war auch das gebräuchliche Instrument zur Bildung von Modifikationen gemeint, nämlich das Privileg²²⁸. Bereits 1809 pries Gönner „die Wohltat einer sanften Regeneration“ und erklärte, „wir genießen die Früchte einer unvermeidlichen Umgestaltung, ohne den Gewalttaten einer Revolution zu unterliegen . . . Groß ist freilich die Aufgabe für eine Regierung. Sie soll eine neue Schöpfung nach Principien vollenden, mit welcher vieles von dem, was bisher war, durchaus nicht bestehen kann: Sie soll ihre Schöpfung sanft, mit möglichster Schonung bestehender Rechte vollenden. Welche Umsicht, welche Festigkeit gehört dazu, um weder erhaltbare Rechte zu vernichten, noch unvereinbare Institute aus unzeitiger Schonung zu erhalten“²²⁹.

Unter den im 19. Jahrhundert gebräuchlichen Gesetzgebungsformen, der Kodifikation, der Inkorporation²³⁰ und der Einzelgesetzgebung, wählen die

²²⁵ Vgl. W. WILHELM, Gesetzgebung und Kodifikation, p. 270.

²²⁶ J. F. REITEMEIER, Ueber Gesetzgebung insbesondere in den Deutschen Reichsstaaten. Mit Rücksicht auf den neuen Plan der Russisch-Kayserlichen Gesetzcommission und mit Entwicklung der ersten Grundsätze des positiven Rechts, Frankfurt an der Oder 1806, pp. 21, 22.

²²⁷ J. F. REITEMEIER, Ueber Gesetzgebung, p. 19.

²²⁸ H. E. v. GLOBIG, System einer vollständigen Gesetzgebung III, p. 3.

²²⁹ N. TH. GÖNNER, Ueber Adel, Majorate und Aufhebung der Familienfideicommiss, dann das Rechtsverhältniß nach dieser Aufhebung, in: Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums von N. TH. GÖNNER, 2. Band, Landshut 1809, pp. 201, 202; ähnlich N. TH. GÖNNER, Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, Erlangen 1815, pp. 69, 70; PH. J. SIEBENPFEIFFER, Ueber die Frage unsrer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege, Heidelberg 1823, pp. 20, 21.

²³⁰ Vgl. H. A. A. DANZ, Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht, Leipzig 1861, pp. 5–9; K. M. PÖSCHMANN, Die Gegner des revidirten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Leipzig 1861, p. 3.

Einzelstaaten in Deutschland überwiegend den vorsichtigen Weg der Einzelgesetzgebung, da die politische Gesetzgebung zumeist die Bahn für eine umfassende Kodifikation noch nicht geebnet hatte. Wächter sprach sich 1840 dafür aus, wie es auch die Deutschen Staaten praktizierten, „ohne den Gedanken der Codifikation ganz von der Hand zu weisen, vorerst den bezeichneten Weg des Nachbesserns im Einzelnen einzuschlagen“²³¹. In dieser Weise verfuhren zunächst auch die Königreiche Bayern, Sachsen und Hannover sowie auch Württemberg. Eine Fülle von Einzelgesetzen war die Folge. Die Statistik zählt für Württemberg allein von 1806 bis 1831 insgesamt 5661 Gesetze und Verordnungen. Selbst in Frankreich beträgt die Summe aller erlassenen Gesetze, Dekrete, Ordonnanzen und Staatsbeschlüsse von 1789 bis 1835 die stolze Zahl von 76 758²³².

Die Gesetzbücher im 19. Jahrhundert nehmen in der Regel überhaupt keine Bestimmungen über die Privilegien mehr auf. Feuerbachs Entwurf für ein *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Baiern* von 1808 gibt im Artikel 9 der Einleitung nur noch die folgende bezeichnende Bestimmung:

„Die bürgerlichen Gesetze sind allgemein verbindlich für alle Unterthanen, ohne allen Unterschied der Person oder des Standes. Privilegien, so ferne dadurch zu Gunsten einzelner Personen . . . Ausnahmen von den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen gemacht werden, können nicht erlangt werden und sind ungültig.“²³³

Im *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern* von 1861 war selbst diese Bestimmung nicht mehr enthalten. Auch der *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen* von 1842 kannte keine Privilegienbestimmungen mehr. Zugleich blieben auch alle „besonderen Rechtsverhältnisse des Regentenhauses, der Standesherrn, der Adligen, der Geistlichen, der Militärs, der Juden, endlich des Handels und der Gewerbe“ ausgeschlossen. „Die bürgerlichen Gesetzbücher von Österreich, Frankreich und sämtliche diesen nachgebildete neuere Codifikationen befolgen denselben Plan.“²³⁴ Der Entwurf trat außerdem dafür ein, daß den

²³¹ C. G. J. S. WÄCHTER, Die neuesten Fortschritte der Civilgesetzgebung in Württemberg, mit legislativen Bemerkungen und vergleichender Rücksicht auf das gemeine Recht, in: AcP 23 (1840), pp. 35, 36.

²³² Vgl. A. MÜLLER, Die Fortbildung der Gesetzgebung im Geiste der Zeit und über die Hindernisse derselben besonders in Deutschland . . ., Köln 1836, p. 27.

²³³ Ausdrücklich zustimmend B. W. PFEIFFER, Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung für Teutsche Staaten, Göttingen 1815, p. 131.

²³⁴ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, nebst Motiven. 1. Abtheilung, . . ., 1. Theil: Gesetzesentwürfe, Darmstadt 1842, p. 5.

„mancherley verworrenen . . . Provinzial- und Statutarrechten . . . auch nicht einmal eine subsidiäre Gesetzeskraft zugestanden werde“. Dafür spreche „nächst den in der Sache liegenden einleuchtenden Gründen das warnende Beispiel eines großen Nachbarstaates“²³⁵. Damit war Preußen gemeint. Der Entwurf eines *Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten* von 1842 hatte an der traditionellen Rechtsquellenordnung festgehalten und im 1. Titel in den §§ 95–111 umfangreiche Privilegienbestimmungen aufgenommen. Bereits die Privilegienbestimmungen des ALR waren von Eduard Gans nachdrücklich kritisiert worden²³⁶. Das *Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch* von 1863 enthielt keine Privilegienbestimmungen, nachdem der Entwurf von 1852 noch solche enthalten hatte (§§ 115–117). Die Begründung dafür war, daß die Behandlung der Privilegien in das Staatsrecht gehöre²³⁷. Das Öffentliche Recht widmet sich verstärkt dem Privilegienrecht, sucht es mit dem Gleichheitssatz in Übereinstimmung zu bringen und an gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen zu binden. Das Privileg wird insoweit teilweise Gegenstand der Verwaltungsaktspraxis.

In der ersten Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfs für das BGB wurde gleichfalls die Frage diskutiert, ob in das BGB Bestimmungen über die Privilegien aufzunehmen seien. Die Frage wurde verneint, da die Privilegien nach den Vorschriften der Rechte beurteilt werden sollten, die in ihnen verbrieft sind²³⁸. Damit lehnte sich die Kommission an die Entscheidung des österreichischen ABGB von 1811 an (§ 13), die Josef Unger in seinem *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* mit Nachdruck vertreten hatte²³⁹.

²³⁵ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen, p. 5.

²³⁶ E. GANS, Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, Band I, Abtheilung 2, Berlin 1830–1832, pp. 100, 101.

²³⁷ Vgl. Specielle Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Dresden 1852, p. 25; ebenso HEIMBACH, Art. Privilegium, in: Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten . . ., redigiert von J. WEISKE, 8. Band, Leipzig 1854, p. 494; C. F. F. SINTENIS, Das practische gemeine Civilrecht, 1. Band, Leipzig 1844, pp. 80, 81.

²³⁸ Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band I (Allgemeiner Theil). Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888, p. 19.

²³⁹ J. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Band, 5. Auflage, Leipzig 1892, p. 596.

