

JURA

Juristische Ausbildung

Herausgeber: Dagmar Coester-Waltjen, Dirk Ehlers, Klaus Geppert,
Harro Otto, Jens Petersen, Friedrich Schoch, Klaus Schreiber

Aktuelle Rechtsprechung in der JURA-Kartei (JK)

- BGB** Fehlerhafte Übernahmebestätigung eines Leasingnehmers; Zurechnung der Handlungen des Lieferanten zum Leasinggeber
- BGB** »Sender« einer Gewinnmittellung
- BGB** Beweislastverteilung beim Zusammenreffen von Ansprüchen aus Delikt und Vertrag
- BGB** Veröffentlichung ursprünglich rechtswidrig veröffentlichter Bilder nach Preisgabe privater Informationen an die Öffentlichkeit
- ZPO** Kostenentscheidung bei Rücknahme des Mahnantrags
- ZPO** Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei eingetragener Unterwerfungserklärung der Gesellschafter
- StGB** Zum Begriff der kriminellen und der terroristischen Vereinigung in §§ 129 und 129 a StGB
- StGB** Versuchsbeginn beim Tötungsdelikt; Sekundärerische Überzeugungen und niedrige Beweggründe
- StGB** Zum Anwendungsbereich des § 323 a StGB (Volltrunkenheit) bei nicht auszuschließender Schuldfähigkeit
- StGB** Parteispenden und Vorteilsannahme; Anschluss an JK 03, StGB § 331/8
- EGV** Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung
- EGV** Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten
- GG** Personenkontrolle in einer öffentlichen Teestube
- GG** Entschädigung von NS-Zwangsarbeitern
- BauGB** Gemeindliches Einvernehmen bei Baugenehmigung II
- SächsGemO** Öffentliche Einrichtung der Gemeinde bei Privatisierung

Aufsätze

- Priv.-Doz. Dr. Wolfgang Schur Grundprobleme der Wirkungsweise von Akzessorietätsprinzip und Sicherungsabrede 361
- Wiss. Ass. Rechtsanwalt Bernhard Ulrici Das Anhörungsrügensgesetz 368
- Richterin Sylvia Schmidt und Wiss. Mit. Benjamin Schmidt Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch 372
- Assessor Andreas Humberg Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr gem. § 112 a StPO 376
- Prof. Dr. Arzu Oğuz Die Entwicklung des Zivilgesetzbuches in der Türkei (Vom islamischen zum modernen Recht in der Türkei) 384

Grundstudium

- ZR Der Verstoß gegen die guten Sitten (Prof. Dr. Jens Petersen) 387
- StR Zum Stand der Zueignungsdogmatik in den §§ 242, 246 StGB (Rechtsreferendar Dr. René Börner) 389

Repetitorium

- ZR Der neue europäische Vollstreckungstitel (Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen) 394

Rechtsprechung

- Die besondere Entscheidung Zur Reichweite der Deliktsunfähigkeit von Kindern bei Unfällen im Straßenverkehr (Wiss. Mit. Assessor Torsten Keltch) 398
- Die aktuelle Entscheidung Die guten Sitten am Bundesgerichtshof (Prof. Dr. Bernhard Hardtung) 401

Methodik

- Übungsklausur ÖR Eigentum und Naturschutz (Prof. Dr. Reinhard Hendler und Wiss. Mit. Jan Duikers) 409
- Examensklausur StR Morgenstund hat Gold im Mund (Prof. Dr. Dr. h. c. Harro Otto) 416

Der PC im Jurastudium 422

Studium und Ausbildung in Europa 424

Forum/aktuell 426

Literaturhinweise 431

Die Entwicklung des Zivilgesetzbuches in der Türkei (Vom islamischen zum modernen Recht in der Türkei)

Von Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara

Die Tatsache, dass sich auf dem Gebiet des türkischen Zivilrechts vor fast einem Jahrhundert ein einzigartiger Übergang von religiösem islamischem auf laizistisches westliches Recht vollzogen hat, verdient unter rechtsvergleichenden und rechtssoziologischen Gesichtspunkten große Aufmerksamkeit¹, insbesondere jetzt, da die Vereinheitlichung des Privatrechts überall in Europa in der Debatte ist. Dieser Vorgang verdeutlicht exemplarisch die allgemeinen Phänomene, die mit einer Rezeption fremden Rechts verbunden sind.

A. Einleitung

Gegen Ende der zwanziger Jahre des vorigen Jahrhunderts galt in der Türkei ein ganz neues Zivilrecht, während viele europäische Länder, wie Italien, Spanien, Griechenland und Portugal, zu diesem Zeitpunkt ihr Zivilrecht noch nicht kodifiziert hatten. Der Gesetzgeber hatte sich für eine radikale Modernisierung der türkischen Lebensverhältnisse entschieden und die seit Jahrhunderten geltenden islamischen Rechtsgewohnheiten mit einem Schläge außer Kraft gesetzt; an deren Stelle trat ein Gesetzbuch, das auf die Bedürfnisse einer Gesellschaft von ganz anderer sozialer, religiöser und wirtschaftlicher Struktur zugeschnitten war. Das bis dahin geltende islamische Recht beruhte auf völlig anderen Grundlagen. Wenn man allein die familienrechtlichen Unterschiede bedenkt, wird die Gegensätzlichkeit beider Rechtsordnungen noch deutlicher. Der Übergang ging sehr schnell und intensiv vonstatten. Der Austausch von zwei Rechtssystemen kann sich normalerweise nur über einen längeren Zeitraum hinweg vollziehen. Im Falle äußeren Zwanges – etwa einer Fremdherrschaft – ist eine schnelle Rezeption möglich, z. B. bei der Einführung des Code Civil in Nordafrika durch die französische Kolonialmacht². In der Türkei war das nicht der Fall. Zwar hatte sich das Land im Lausanner Friedensvertrag verpflichtet, ein neues Zivilrecht zu schaffen, aber die Modernisierung des Zivilrechts war eine bewusste Entscheidung des türkischen Gesetzgebers. Hieraus erklärt sich die Schnelligkeit und Kompromisslosigkeit der Rezeption.

I. Die Versuche der Modernisierung des Rechts während des Osmanischen Reichs

Im Osmanischen Reich galt bis zum ersten Weltkrieg in vielen Rechtsgebieten islamisches Recht (s. dazu sogleich genauer). Interne Konflikte von Christen und Juden, die auf dem Boden des Osmanischen Reiches lebten, unterlagen der Gerichtsbarkeit ihrer jeweiligen Autoritäten. Ausländer ließen Streitigkeiten untereinander durch spezielle Konsulargerichte entscheiden³. Vor dem türkischen Zivilgesetzbuch kamen in der Türkei drei Arten von religiösem Recht zur Anwendung: Islamisches, christliches und jüdisches Recht. Das erste wurde von den Scheriat- und Nizamiye-Gerichten, das zweite von der Kirche und das letzte von der Synagoge zur Anwendung gebracht. Lediglich eine Art Obligationengesetz, »Mecelle« genannt⁴, und das Liegenschaftsgesetz galten ohne Berücksichtigung der Religion für alle Staatsangehörigen und wurden von den Nizamiye-Gerichten angewandt.

Die Bemühungen zur Modernisierung des Rechts setzten schon in der letzten Zeit des Osmanischen Reichs ein.

Von der Gründung des Osmanischen Reichs bis zum 3. Oktober 1839 galt rein islamisches Recht, d. h. auf dem Koran fusendes Scheriat Recht hanefitischer Richtung⁵. Mit dem Erlass des Sultan Abdülmecid vom 3. Oktober 1839 (*Gülhane Hattı Hu-*

mayunu) begann eine neue Reformperiode, auch im Bereich des Rechts. Diese Periode dauerte bis zur Ausrufung der Republik. Sie war geprägt vom Gegensatz zweier Strömungen: Eine eher traditionelle Richtung, die der Justizminister *Cevdet Paşa* verfolgte, versuchte islamisches Recht aufrechtzuerhalten und das geltende Recht mit einzelnen Änderungen und Neuerungen den Erfordernissen der modernen Zeit anzupassen. Man war der Meinung, dass Tradition und Modernisierung zusammenwirken sollten. Unter dem Einfluss dieser Strömung wurden zwei Gesetze erlassen: Das Landgesetz aus dem Jahre 1858 (*Arazî Kanunnamesi*) und die Gerichtsbestimmungen von Mecelle aus dem Jahre 1869 (*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*)⁶.

Die andere Richtung, die insbesondere der Großwesir *Ali Paşa* (1814–1871) vertrat, strebte hingegen nach der Rezeption eines westlichen Rechts. *Ali Paşa* hatte sich dafür eingesetzt, das französische Zivilgesetzbuch vollständig zu übernehmen. Jedoch war sogar *Ali Paşa* der Meinung, dass auf manchen Gebieten, z. B. im Familienrecht, islamisches Recht weitergelten sollte⁷. Unter seinem Einfluss wurden viele Gesetze erlassen, die zum Teil nur wörtliche Übersetzungen westlicher Vorbilder darstellten: Die Verordnung für das Strafrecht (1858), das Handelsgesetzbuch (1859), die Verordnung für den Seehandel (1864), das Gesetz zur Strafprozessordnung (1880) sowie das Gesetz zur Zivilprozessordnung (1881).

II. Die Rezeption des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs in der Türkei

1. Der Vorgang der Rezeption und die Gründe für die Übernahme des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs

Die Siegermächte des ersten Weltkrieges missbilligten die Uneinheitlichkeit des Rechts im Osmanischen Reich und machten

¹ Vgl. JONAS, J. G.: Ein zeitgenössischer Rezeptionsprozess am Beispiel des türkischen Zivilrechts, Juristische Schulung 1987, S. 266–270, 266. Eine umfassende Einführung in das türkische Recht (alle Rechtsgebiete) bietet jetzt RUMPF, CH.: Einführung in das türkische Recht, München 2004.

² PRIETZSCH, E.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 59 (1957), S. 123–180, 127.

³ HIRSCH, E.: Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht: Fünfzig Jahre türkisches Zivilgesetzbuch, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, 95 (1976), S. 223–248, 227.

⁴ Als man im 19. Jahrhundert daran ging, das Recht zu reformieren, sollten nur auf den Gebieten, die im Scheriat Recht unzureichend geregelt waren, Gesetze nach europäischem Muster erlassen werden. Es wurde aber nur ein Teil des Scheriatrechts kodifiziert. Die Mecelle wurde in ihren einzelnen Teilen sukzessiv in den Jahren 1869–1876 verkündet. Die Mecelle umfasst in 16 Büchern mit 1851 Artikeln nach einer Einleitung über allgemeine Rechtsgrundsätze die Scheriatbestimmungen über Kauf, Miete, Bürgschaft, Anweisung, Pfand, rechtmäßigen Fremdbesitz, Schenkung, unrechtmäßigen Besitz, Entmündigung, Zwang, Vorkaufrecht, Gesellschaft, Auftrag, Vergleich und Befriedigungsanerkennnis, Geständnis, Klage, Beweismittel und Urteil in unsystematischer und kasuistischer Weise.

⁵ KUBALI, H. N.: XIX. yüzyılın Sonlarından İtibaren, Türkiye'de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünkü Durumu (Die Entwicklung der Rechtsvergleichung seit dem 19. Jahrhundert und der jetzige Stand der vergleichenden Forschung), MHAD (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi [Zeitschrift für rechtsvergleichende Forschung]) (10) 1973, S. 4 f.

⁶ ÖZSUNAY, E.: Karşılaştırmalı Hukuka Giriş (Einführung in die Rechtsvergleichung), İstanbul 1976, S. 93; KUBALI (oben Fn 5), S. 6 f.; s. auch SCHNITZER, A.: Vergleichende Rechtslehre I, 2. Auflage, Basel 1961, S. 350.

⁷ KUBALI (oben Fn 5), S. 7.

sie zum Gegenstand der Friedenskonferenz von Lausanne. Im Friedensvertrag vom 24. 7. 1923, der die faktische Auflösung des Osmanischen Reiches rechtlich bestätigte, verpflichtete sich schließlich die neue »Türkische Republik« völkerrechtlich zur Reorganisation ihres Rechts- und Gerichtswesens. Den in den Jahren 1920–1922 an die Macht gelangten Politikern unter Führung von *Mustafa Kemal Atatürk* gelang es, diese Verpflichtung sehr schnell zu verwirklichen. Sie trieben auf dem Gebiete des Zivilrechts insbesondere die Schaffung eines Zivilgesetzbuches voran. So konnte die große Türkische Nationalversammlung als das für die Gesetzgebung der Türkischen Republik zuständige Organ bereits am 17. 2. 1926 ein türkisches Zivilgesetzbuch (*Medeni Kanun*, im folgenden »TZGB«) verabschieden. Das TZGB war allerdings nichts anderes als eine Übersetzung der französischsprachigen Fassung des Schweizer Zivilgesetzbuches (ZGB), im Eilverfahren vom Rechtsausschuss behandelt und mit nur wenigen Abweichungen versehen. Bereits ein halbes Jahr nach der (einstimmigen) Verabschiedung trat das TZGB am 4. 10. 1926 in Kraft. Gleichzeitig wurde auch das türkische Obligationengesetzbuch (TOG) in Geltung gesetzt, dem die französischsprachige Fassung der beiden ersten Abteilungen des Schweizer Obligationenrechts (OR) zugrunde lag⁸. Die Gründe, die zu der fast vollständigen Rezeption europäischer Zivilrechtskodifikationen im Allgemeinen und zur Wahl der französischsprachigen Fassungen von ZGB und OR im Besonderen geführt haben, sind verschieden:

a) Die völkerrechtliche Verpflichtung aus der Friedenskonferenz von Lausanne zwang zum Handeln. Zwar wurden bereits während des Krieges Kommissionen zur Neugestaltung des Privatrechts eingesetzt, aber sie hatten bis 1924, also in acht Jahren Tätigkeit, nur Bruchstücke eines Zivilgesetzbuches und anderer Kodifikationen fertiggestellt⁹, so dass die Übernahme einer fremden Kodifikation als einzige Lösung erschien.

b) Hinzu kam die Überzeugung einflussreicher Politiker, nur eine säkularisierte und nach Westen hin orientierte Türkei könne sich politisch und wirtschaftlich ausreichend entwickeln. Dazu bedürfte es einer radikalen Trennung von Religion und Staat und dementsprechend eines Bruches mit den Traditionen des islamischen gottgesetzten Rechts¹⁰.

c) Aufgrund dieser Überlegungen stellte sich nur noch die Frage, welche der drei großen damals bestehenden Zivilrechtskodifikationen zu wählen sei: BGB, ZGB und OR oder französischer Code Civil (CC). Man entschied sich für ZGB und OR, die man gegenüber den anderen Zivilgesetzbüchern als neuer, besser und demokratischer einstufte¹¹. Mit anderen Worten erschienen ZGB und OR dem Gesetzgeber moderner als der CC und anpassungsfähiger als das BGB. Die formalen Qualitäten des schweizerischen ZGB, besonders seine Kürze, Klarheit und Übersichtlichkeit, waren für den türkischen Gesetzgeber maßgeblich. Es mag hier der Hinweis auf Art 1 Abs. 2 ZGB genügen, der dem Richter das Recht zur Lückenfüllung einräumt¹².

d) Dass man schließlich die französischsprachige Fassung des ZGB (Code Civil Suisse, CCS) und des OR (Code des Obligations, CO) wählte, liegt daran, dass einem Großteil der türkischen Juristen die französische Sprache besser vertraut war als die deutsche; einige junge Juristen waren sogar in Frankreich ausgebildet worden¹³.

2. Die Entwicklung nach der Rezeption

Wie oben betont, ist die Türkei das einzige Beispiel dafür, wie sich der Vorgang der Rezeption eines fremden Rechts in einer anderen sozialen Struktur vollzogen hat, wie sich die Auslegung des rezipierten Gesetzestextes und die in der sozialen Wirklichkeit geübten Traditionen und Bräuche des Rezeptionslandes gegenseitig beeinflussen und wie sich ein neues Recht eigenständigen Charakters herauszubilden beginnt. Hirsch schreibt: »In der Zeit ist das Zivilrecht in der Türkei kein schweizerisches Recht

geblieben, sondern türkisches Recht geworden«. Es sei darauf hinzuweisen, dass »Übernahme« oder »Rezeption« eines fremden Rechts nicht die Übernahme eines ausländischen Rechtssystems, ganzer Gesetze oder einzelner Rechtsnormen aus dem Ausland, sondern den Import rechtlichen Gedankengutes, das heißt die »Einfuhr« rechtlicher Vorstellungen, Ideen, Ideale und Gedanken aus dem Ausland bedeute¹⁴. Rezeption in diesem Sinne sei immer ein länger dauernder sozialer Prozess¹⁵.

Nachdem der Verabschiedung des TZGB und des TOG zusammen mit einem Handelsgesetzbuch (HGB) in kurzen Abständen weitere Gesetze zum Verfahrens- und Schuldbreitungsrecht nach schweizerischem Muster folgten, waren die Voraussetzungen eines den zeitgenössischen Ansprüchen genügenden Rechts- und Justizwesens erfüllt. Aber die Rechtswirklichkeit sah anders aus: Es bedurfte noch einiger Zeit, bis die vom Gesetzgeber verabschiedeten Gesetze in der Praxis umgesetzt wurden¹⁶.

Das rezipierte Recht sollte nun tatsächlich angewendet und an die Verhältnisse in der Türkei angepasst werden. Nach der Verabschiedung hatte man erwartet, dass mit der Zeit die bloßen gesetzlichen Normen mit Hilfe der Richter, die von der Flexibilität des ZGB Gebrauch machen konnten, in konkretes türkisches Recht übergehen würden. In der Praxis hingegen entstanden erhebliche Schwierigkeiten¹⁷.

Erste Probleme traten bereits in der Vorphase der Rezeption in redaktioneller Hinsicht auf. Für viele Institutionen des ZGB gab es im islamischen Recht keine Entsprechungen und demgemäß

8 HIRSCH, Fünfzig Jahre türkisches Zivilgesetzbuch (oben Fn. 3), S. 226.

9 HIRSCH, Fünfzig Jahre türkisches Zivilgesetzbuch (oben Fn. 3), S. 229 ff.

10 JONAS (oben Fn. 1), S. 266; PRITSCH, E.: Die Rezeption des Schweizerischen Zivilrechts in der Türkei, Schweizerische Juristen-Zeitung 23 (1927), S. 273–278, 274.

11 Der Justizausschuss der Nationalversammlung gab seine Zustimmung mit der Erwägung »dass die Gesetzesvorlage aus dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, dem vollkommensten der zur Zeit in der zivilisierten Welt in Kraft befindlichen Zivilgesetzbücher, übertragen worden ist und dass seine neuen Vorschriften und Prinzipien in unserem bürgerlichen, sozialen und wirtschaftlichen Leben sehr wichtige und folgenreiche Umwälzungen entsprechend den Bedürfnissen unseres Jahrhunderts mit sich bringen und jedenfalls zahlreiche Mängel beseitigen und Lücken ausfüllen werden...«; zum Ausschussbericht s. HIRSCH, E., Vier Phasen im Ablauf eines zeitgenössischen Rezeptionsprozesses (Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen Mutter- und Tochterrecht), Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 69 (1968), S. 182–223, 186 f. Neben den offiziellen Begründungen behaupten einige Autoren, dass ein nie offen genanntes, aber doch mitentscheidendes Motiv nicht zu übersehen wäre: Der damalige türkische Justizminister Mahmut Esat Bozkurt hatte in der Schweiz studiert und bevorzugte nun mit dem ZGB die Kodifikation, die ihm bekannt und vertraut war, s. KÖZ, H./ZWIBIGER, K.: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1996, S. 176; PRITSCH, E.: SZGB in der Türkei (o. Fn. 2), S. 143; HIRSCH, E.: Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht, in: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 116 (1954), S. 201–218, 206.

12 SCHNITZER (oben Fn. 6), S. 352–353; PRITSCH, SZGB in der Türkei (oben Fn. 2), S. 144–145; AYITER, F.: Das Rezeptionsproblem im Zeichen der kulturhistorischen Perspektive »Europa und das Römische Recht« und unter besonderer Berücksichtigung der Rezeption westeuropäischer Gesetzbücher in der modernen Türkei, in: *L'Europa e il Diritto Romano. Studi in Memoria di Paolo Koschaker*, Vol. II, Milano 1954, S. 131–156, 146 f.

13 JONAS (oben Fn. 1), S. 266; HIRSCH, E.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, Schweizerische Juristen-Zeitung 50 (1954), S. 337–346, 338.

14 HIRSCH, SZGB in der Türkei (oben Fn. 13), S. 337; IDEM, Einflüsse und Wirkungen (oben Fn. 11), S. 202.

15 HIRSCH, E.: Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Beiträge zur Rechtssoziologie, Berlin 1966, S. 360 ff.

16 HIRSCH, SZGB in der Türkei (oben Fn. 13), S. 339.

17 HIRSCH, SZGB in der Türkei (oben Fn. 13), S. 337–346; IDEM, Vier Phasen (oben Fn. 11), S. 182–222; GÖREN-AYAYSOY, Z.: Die Fortbildung rezipierten Rechts. Ein amtlicher Vorentwurf zu einem türkischen Recht, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge Bd. 95 (1976), S. 265–286, 265 f.

keine *termini technici* in türkischer Sprache. Aus Zeitgründen wurde die Arbeit auf verschiedene Übersetzer aufgeteilt und jeder Übersetzer arbeitete ausschließlich an einem bestimmten Kapitel des ZGB; für eine spätere Angleichung der verwendeten Fachausdrücke blieb kaum Zeit. Es wurden entweder neue Ausdrücke erfunden oder alte Ausdrücke mit neuem Inhalt besetzt. Die aufgrund der Übersetzungsfehler entstandenen Ungenauigkeiten konnte die Praxis im Lauf der Zeit selbst überwinden. Man lernte, das Recht nicht nach dem Wortlaut, sondern nach dem Sinn anzuwenden¹⁸.

Die Durchsetzung des neuen Rechtssystems oblag der Rechtslehre und dem Rechtsunterricht¹⁹. Schon zu Beginn der parlamentarischen Beratungen, auch während der Vorbereitung der türkischen Übersetzungen von ZGB und OR, beschäftigte sich das Parlament mit einem Antrag des Justizministers, in Ankara eine Rechtsschule zu errichten. Die einzige Rechtsfakultät der Türkei in Istanbul wies nur eine geringe Zahl von Absolventen aus. Außerdem bestanden Bedenken, die Ausbildung könne sich zu sehr am islamischen Rechtsdenken ausrichten. Aus diesem Grunde sah man es als außerordentlich wichtig an, eine neue Rechtsschule mit dem Geist von Ankara zu gründen. Bei der Einweihungsfeier dieser ursprünglich als »Ankaraer Justizrechtsschule« bezeichneten Fachhochschule am 5. 11. 1925 sprach Atatürk die Worte, die über dem Eingang des Gebäudes der heutigen juristischen Fakultät der Universität Ankara eingemeißelt sind:

»Noch bei keiner Veranstaltung habe ich das Glücksgefühl empfunden wie bei der Einweihung dieser großen Anstalt, die eine Garantie der Republik sein wird.«²⁰.

Ein intensiver Austausch mit Juristen aus anderen Ländern folgte²¹. Türkische Juristen verfolgten aufmerksam die schweizerische Rechtsprechung, wichtige Entscheidungen wurden ins Türkische übersetzt. Eine große Zahl türkischer Studenten lernte an schweizerischen Universitäten²². Die wichtigsten schweizer Kommentare zum ZGB wurden wiederkehrend ins Türkische übersetzt und Richtern, Professoren und Anwälten teils kostenlos, teils äußerst preiswert angeboten.

Obwohl der Kassationshof zunächst zwischen buchstabengerechter Anwendung der Vorschriften des türkischen Zivilgesetzbuchs und freier Rechtsfindung schwankte, fand er im Lauf der Zeit mit dem Gebrauch von Art 1 TZGB zu einer selbstbewussten Rechtsprechung²³.

Im ehemaligen TZGB gab es viele neue Regelungen, die der islamischen Tradition widersprachen. Sie fanden sich im Personenrecht, im Erbrecht, im Sachenrecht²⁴ und im Familienrecht. Abgesehen von Umgehungsversuchen im Erbrecht haben sich diese Gebiete in ihrer Grundstruktur inzwischen durchgesetzt. Das Obligationenrecht wurde als eine Rechtsmaterie, die tägliche Geschäfte regelt, ohne Widerstand angewandt²⁵.

Zu besonders großen Schwierigkeiten aber führte das Familienrecht²⁶. So kam z. B. nach islamischem Recht eine Ehe dadurch gültig zustande, dass die Verlobten oder ihre Eltern in Gegenwart von Zeugen einen entsprechenden Vertrag schlossen; üblich – aber für die Gültigkeit der Ehe nicht erforderlich – war es, einen Geistlichen zu der Zeremonie hinzuzuziehen. Als das neue Gesetzbuch 1926 die obligatorische Zivilehe einführte²⁷, hielt die bäuerliche und kleinstädtische Bevölkerung der Türkei weitgehend an den alten Gebräuchen fest – zumal die Ehe neuen Stils nicht mehr durch Verstoßung scheidbar war²⁸. Daher wurde die Zahl der Kinder, die nach geschriebenem Recht unehelich, nach der Überzeugung des Volkes aber ehelich waren, allmählich so groß, dass immer wieder besondere Amnestiegesetze eine Legitimation der Kinder gestatten mussten²⁹.

III. Das neue Türkische Zivilgesetzbuch vom 22. 11. 2001

Das neue Türkische Zivilgesetzbuch sollte auf Fragen und Bedürfnisse, die in den 75 Jahren seit dem Inkrafttreten des ZGB

entstanden waren, unter Berücksichtigung zeitgenössischer Entwicklungen eine Antwort geben.

Wie oben ausgeführt, sind seit der Rezeption des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs sowohl die türkischen Rechtsgelehrten als auch die türkische Rechtspraxis eng mit der Schweiz verbunden. Dies bildet eine Brücke zwischen dem türkischen und europäischen Rechtssystem. Es ist allgemein bekannt, dass trotz der unterschiedlichen »Nationalität« der Kodifikationen, wie z. B. BGB in Deutschland, ZGB in der Schweiz, CC in Frankreich oder CC in Italien, alle diese Gesetzbücher im Grunde auf den gleichen Prinzipien beruhen und auf dem *ius commune* basieren. Wegen der engen Beziehung mit der Schweiz wurden im Zuge der Vorbereitungen des neuen Türkischen Zivilgesetzbuchs vornehmlich die Entwicklungen im schweizerischen Rechtssystem zugrunde gelegt, die gleichzeitig auch die Entwicklungen innerhalb eines gesamteuropäischen Rechtssystems widerspiegeln. Aus diesem Grund übernahm das neue Türkische Zivilgesetzbuch im Familienrecht für den gesetzlichen Güterstand das schweizerische Modell, d. h. die Errungenschaftsbeteiligung. Dieser gesetzliche Güterstand ähnelt der im deutschen Recht zu findenden Zugewinnungsgemeinschaft³⁰.

Das neue Türkische Zivilgesetzbuch hat neben der Errungenschaftsbeteiligung unter Berücksichtigung der Gleichberechtigung von Mann und Frau viele weitere wichtige Änderungen im Familienrecht gebracht, etwa für das Alter der Ehesfähigkeit, die Wahl der ehelichen Wohnung, die Rechte der Eltern bezüglich der Kinder, die Vermögensverwaltung während der Ehe, die Vertretung während der Ehe, den Familiennamen der Frau etc.³¹.

B. Schluss

Die kurze Schilderung der geschichtlichen Entwicklung des türkischen Privatrechts zeigt, wie dieses die Angleichung an das europäische Recht anstrebt. Diese Bemühungen nahmen bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts ihren Anfang. Allerdings begann die Türkei schon mit der Rezeption des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs ihren Einzug in die europäische Rechtsfamilie, genau-

18 HIRSCH, SZGB in der Türkei (oben Fn. 13), S. 338.

19 HIRSCH, 50 Jahre FZGB (oben Fn. 3), S. 234 ff.

20 Die Inschrift lautet im türkischen Original: »Cumhuriyetin müeyyidesi olarak bu büyük müessesenin küşadında hissettığım saadeti hiç bir teşebbüste duymadım«.

21 Andreas B. Schwarz (Zivilrecht und Römisches Recht), Ernst Hirsch (Handelsrecht) und Paul Koschaker (Römisches Recht) sind nur einige Professoren, die in den juristischen Fakultäten äußerst erfolgreich unterrichtet haben.

22 SCHWARZ, A. B.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung, Zürich 1950, S. 51.

23 SCHNITZER (oben Fn. 6), S. 353.

24 Schwierigkeiten bereitete z. B. die Einführung des Grundbuchsystems, da das Land noch nicht vermessen war, s. SCHNITZER (oben Fn. 6), S. 352.

25 GÖREN-ATAYSOY (oben Fn. 17), S. 267 ff.

26 SCHNITZER (oben Fn. 6), S. 352.

27 ANSAY, T.: Zur Eheschließung nach türkischem Recht, Das Ständesamt 27 (1974), S. 78–79, 79.

28 PRITSCH, E.: SZGB in der Türkei (oben Fn. 2), S. 171.

29 ARSLAN, R.: Die türkischen sog. »Amnestiegesetze« und das Verbot einer Anerkennung von Ehebruchskindern in Artikel 292 türk. ZGB, Das Ständesamt 29 (1976), 99–100.

30 TÜRK, H. S.: Ağıuş Konuşması (Eröffnungsrede), Türk ve Alman Özel Hukukunda Kadın (Die Stellung der Frau im türkischen und deutschen Zivilrecht), Ankara 2001, S. 15; ausführlich zur Errungenschaftsgemeinschaft ODENDAHF, H. W.: Das neue türkische Ehegüterrecht, FamRZ 2003, S. 648–657. Die Scheidungsfolgen insgesamt behandelt (bereits unter Einbeziehung der Reform) SALTİŞ-ÖZCAN, F.: Die Scheidungsfolgen nach türkischem materiellem Recht, Frankfurt a. M. u. a., 2002.

31 AKIN IÜRK, T.: Türk Medeni Kanununda Kadın-Erkek Eşitsizliği ve Giderilmesi (Die Ungleichbehandlung zwischen Mann und Frau im türkischen Zivilgesetzbuch und deren Heilung), Türk ve Alman Özel Hukukunda Kadın (Die Stellung der Frau im türkischen und deutschen Zivilrecht), Ankara 2001, S. 189 ff.

er in den deutschen Rechtskreis. Insbesondere in der letzten Dekade wurden viele Gesetzgebungsakte vorgenommen, um das türkische Privatrecht im Rahmen der europäischen Richtlinien und Verordnungen an das europäische Recht anzugleichen

und es mit diesem zu harmonisieren. Das neue Zivilgesetzbuch ist auch unter diesem Aspekt zu bewerten. Die Änderung des Güterstandes ist die populärste, da sie sich am stärksten auf das gesellschaftliche Leben auswirken wird.

Der Verstoß gegen die guten Sitten

Von Prof. Dr. Jens Petersen, Potsdam

Der Verstoß gegen die guten Sitten ist einer der praktisch wichtigsten Nichtigkeitsgründe innerhalb des Allgemeinen Teils. In der Ausbildung spielt § 138 BGB entgegen landläufiger Meinung jedoch eine überschaubare Rolle. Einige Fallgruppen sollten aber immerhin bekannt sein.

I. § 138 Abs. 1 BGB in der Prüfung

Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen die guten Sitten verstößt. Die Judikatur zum Begriff der guten Sitten und zum Verstoß dagegen ist nahezu unüberschaubar. Niemand kann und wird in der Staats- oder gar in der Zwischenprüfung eine dezidierte Kenntnis aller in Betracht kommender Fallkonstellationen erwarten. Das wäre auch gar nicht sinnvoll. Vielmehr geht es darum, Grundsätzliches zu § 138 BGB¹ zu kennen, die Vorschrift in das System der Rechtsgeschäftslehre einordnen² und einige Hauptfälle und Fallgruppen zuordnen zu können³.

1. Verhältnis zu anderen Unwirksamkeitsgründen

Was den erstgenannten Aspekt betrifft, so ist vor allem das Verhältnis zu anderen möglichen Unwirksamkeitsgründen zu beachten. Hier ist zunächst § 134 BGB zu nennen⁴. Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot unterfallen also, selbst wenn man die jeweiligen Handlungen im Einzelfall auch für sittenwidrig halten könnte, nicht § 138 BGB. Entsprechendes gilt für den Fall der arglistigen Täuschung als wichtigsten Fall der unzulässigen Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit⁵. Denn eine arglistige Täuschung erfüllt für sich betrachtet durchaus den Tatbestand des § 138 BGB. § 123 BGB ist insoweit aber die speziellere Vorschrift und in der Fallbearbeitung daher auch vorrangig zu prüfen. Man macht sich dies am besten klar, wenn man sich die Funktion des § 138 BGB vergegenwärtigt: Es soll verhindert werden, »dass Rechtsgeschäfte in den Dienst des Unsittlichen gestellt werden«⁶.

2. Die Formel der Rechtsprechung

Damit stellt sich die Frage, wann ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt. Hier hat sich eine Formel eingebürgert, die – so allgemein und wenig aussagekräftig sie ist – bekannt sein sollte, weil sie in der Rechtsprechung seit jeher eine beherrschende Rolle spielt⁷. Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 BGB soll danach vorliegen, wenn das Geschäft gegen »das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« verstößt⁸. Die Formel zeigt bereits, wie problematisch es ist, die guten Sitten zum Maßstab des Rechts zu erheben⁹. Ihre Ausfüllung und Anwendung auf den jeweiligen Fall bereitet wegen ihrer Unbestimmtheit und vermeintlichen Bestimmtheit, die in Wahrheit doch das Unbestimmteste, nämlich das Gefühl, zum Maßstab nimmt, beträchtliche Probleme. Insofern sollte man sich auch in der Fallbearbeitung haltlosem Moralisieren enthalten. Es kommt in der Regel eher darauf an, den Entscheidungsfall einer etablierten Fallgruppe zu § 138 BGB zuzuordnen

II. Wichtige Fallgruppen

Daher sollen im Folgenden einige Konstellationen herausgegriffen werden, die paradigmatisch veranschaulichen, wann Rechtsprechung und Lehre § 138 Abs. 1 BGB heranziehen. Für einige dieser Fallgestaltungen haben sich anerkannte Begriffe herausgebildet, wie etwa die Kollusion, also das einverständliche Zusammenwirken zweier zu Lasten eines Dritten. In einem solchen Fall ist im Übrigen nicht nur die Vereinbarung über die Kollusion¹⁰, sondern auch das infolge dessen abgeschlossene Geschäft nach § 138 BGB nichtig¹¹. Daneben sind vor allem folgende Gesichtspunkte prüfungsrelevant.

1. Bürgschaften naher Angehöriger

Zu den meistdiskutierten Fragenkreisen im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB gehören die Bürgschaften naher Angehöriger. Banken verlangen von ihren Kreditkunden nicht selten Personalsicherheiten in Gestalt von Bürgschaften ihrer Ehegatten oder sogar ihrer Kinder. Auch wenn diese in aller Regel absehbar nicht in der Lage sein werden, die Bürgenschuld zu begleichen, soll damit zumindest die Gefahr gebannt werden, dass der Hauptschuldner sein Vermögen auf die Ehefrau überträgt. Seit langem wird daher darüber gestritten, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Bürgschaft sittenwidrig ist.

a) Störungen der Vertragsparität

Dabei ist im Ausgangspunkt herauszustellen, dass eine Bürgschaft nicht schon deshalb sittenwidrig ist, weil die Verpflichtung die Leistungsfähigkeit des Schuldners übersteigt¹². Dafür spricht, dass die Bürgschaft für weite Verkehrskreise das einzige in Betracht kommende Kreditsicherungsmittel ist; könnten sich die Banken nicht mehr auf die Wirksamkeit verlassen, so würden sie den Betroffenen womöglich keinen Kredit mehr geben – die

¹ So der gleich lautende Beitrag von I. ARENZ, JurFb 7 (1966) 98; desgleichen LINDACHER, AcP 173 (1973) 124.

² Vgl. T. BEZZENBERGER, AcP 196 (1996) 395; ECKERT, AcP 199 (1999) 337.

³ Instrukтив H. HONSELL, JA 1986, 573.

⁴ Dazu PETERSEN, JURA 2003, 532.

⁵ Lesenswert dazu St. LORENZ, NJW 1997, 2578.

⁶ Treffend MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage 2002, Rdn. 680.

⁷ So bereits RGZ 48, 114, 124; in nationalsozialistischer Pervertierung später RGZ 150, 1, 2 (Gleichsetzung mit dem »gesunden Volksempfinden« und der »nationalsozialistischen Weltanschauung«).

⁸ Vgl. dazu ARZI, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962; HABERSTUMPF, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des BGH, 1976; SACK, NJW 1985, 761.

⁹ Dazu MAYER-MALY, JuS 1986, 596; vgl. auch DENS, AcP 194 (1994) 105; JZ 1981, 801; sowie seine Schrift über das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, 1971.

¹⁰ Vgl. MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage 2002, Rdn. 966.

¹¹ BGH NJW 1989, 26.

¹² BGH NJW 1989, 1665; 1995, 592; 1996, 1274.