

Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

Band 50

Rezeption als sozialer Prozeß

Erläutert am Beispiel der Türkei

Von

Prof. Dr. Ernst E. Hirsch



Duncker & Humblot · Berlin

ERNST E. HIRSCH

Rezeption als sozialer Prozeß

**Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung**

Herausgegeben von Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder

Band 50

Rezeption als sozialer Prozeß

Erläutert am Beispiel der Türkei

Von

Dr. iur. Dr. h. c. Ernst E. Hirsch

em. o. Professor an der Freien Universität Berlin
o. Professor an den Universitäten Istanbul und Ankara (1983-52)



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten

© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 05047 9

Vorwort

Die Staaten der „Dritten Welt“ bedürfen für den Anschluß an das zivilisatorische Niveau der „Alten“ und der „Neuen“ Welt einer rechtlichen Ordnung, die den für sie völlig neuen Systemen und Institutionen des Wirtschafts- und Soziallebens Genüge tut. Als geeigneter Weg zum Erwerb einer derartigen Rechtsordnung erscheint die Übernahme und Übersetzung ausländischer Gesetze. Der dafür heute üblich gewordene Ausdruck lautet „Rezeption“. Man vermeint, durch den Erlaß eines aus irgendeinem modernen Staat übernommenen und in die Landessprache übersetzten Gesetzes ausländisches Recht in inländisches Recht verwandelt zu haben. Diesem Irrtum erlagen die besten Politiker und Diplomaten, die anlässlich der Friedensverhandlungen zwischen der Türkei und deren Feindmächten nach dem ersten Weltkrieg 1922/1923 in Lausanne über die Aufhebung der sog. Kapitulationen, d. h. die Abschaffung der Konsulargerichtsbarkeit, verhandelten und offensichtlich der Meinung waren, man könne das im Osmanischen Reich in Jahrhunderten gewachsene islamische Privatrecht durch Einführung von Privatrechtsregeln westeuropäischen Ursprungs von einem Tag auf den anderen ersetzen. Diese Vorstellung wirkt nach Ablauf von 60 Jahren auch heute noch nach, wenn man in Aufsätzen und Büchern zu lesen bekommt, die Türkei habe das schweizerische Zivilrecht übernommen. Das aber ist nicht geschehen; die Türkei hat u. a. zwei schweizerische Zivilrechtsgesetze übersetzen und als türkische Gesetze bei sich einführen lassen, ohne damit das schweizerische *Recht* zu übernehmen. Recht erschöpft sich nicht im Wortlaut von Gesetzesartikeln. Das, was man „Rezeption“ nennt, ist kein einmaliger Akt, sondern ein langwieriger Prozeß, der mit dem Inkraftsetzen von Gesetzen beginnen kann, aber sich dann erst entwickeln muß.

Dies wird auf der Grundlage *meiner* praktischen Erfahrungen in diesem Buche gezeigt, das gegenüber theoretischen Werken zum Rezeptionsproblem den Vorzug genießt, unmittelbar aus einer zwanzigjährigen persönlichen Beobachtung der türkischen Rechtspraxis und einer tätigen Mitarbeit daran erwachsen zu sein. Ich kann an den Lösungsversuchen einer ganz einfachen Rechtsfrage zeigen, wie schwierig es ist, alther übernommene Rechtsvorstellungen aus den Köpfen der Rechtspraktiker und Rechtsgelehrten zu entfernen und dafür zu sorgen, daß sie sich nach denjenigen Rechtsnormen richten, die der Gesetzgeber

im Rezeptionsgesetz aufgestellt hat. Da dies nur möglich ist, wenn man in den Einzelheiten und Feinheiten des alten und neuen Rechts Bescheid weiß, ist eine Beschränkung allein auf den Rezeptionsprozeß in der Türkei unerlässlich. Die Entwicklung des türkischen Zivil- und Handelsrechts im Laufe von einigen Jahrzehnten zeigt, daß die Rezeption ausländischer Gesetze einen Wechsel des Denkens und eine Angleichung an fremde Rechtsgedanken voraussetzt, ein rechtssoziologisch bedeutender Umstand, den *Atatürk* klar erkannt und zum Prinzip seiner Reformpolitik erhoben hat. So ist es nicht von ungefähr, wenn diese Studie im internationalen Atatürk-Jahr zur Feier der 100. Wiederkehr seines Geburtstages erscheint.

Für das Mitlesen der Korrektur danke ich Herrn Professor Dr. *Manfred Rehbinder*, ohne dessen ständiges Drängen weder dieses Werk noch andere Bände der Schriftenreihe zur Veröffentlichung gekommen wären, ferner Frau *Margret Heidemann* für die Herstellung des Manuskripts und Herrn *Dieter H. Kuchta* nebst seinen Mitarbeitern im Verlag *Duncker & Humblot* für die Sorgfalt bei der Herstellung des Buches.

Königsfeld im Schwarzwald
im November 1981

Ernst E. Hirsch

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	9
Erstes Kapitel	
Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozeß	11
I. Gegenstand der Rezeption	11
II. Einmaliger Akt oder sozialer Prozeß	13
1. Übernahme eines ausländischen Gesetzes	13
2. Die Wege für die Übertragung rechtlichen Gedankenguts	17
3. Von welchen Umständen hängt der faktische Beginn des Re- zeptionsprozesses ab?	19
4. Dauer der Abhängigkeit	25
Zweites Kapitel	
Vier Phasen im Ablauf der Rezeption der schweizerischen Gesetze in der Türkei	29
<i>A. Planung und Vorbereitung der Rezeption</i>	29
I. Die wirklichen Ursachen und Gründe	29
1. Verpflichtung zur Reorganisation des Rechts- und Gerichts- wesens	30
2. Äußerungen des Justizministers Mahmut Esad Bozkurt	32
3. Schlußfolgerungen	35
II. Die Übersetzung der schweizerischen Gesetzestexte in das Tür- kische	37
1. Sprachliche Schwierigkeiten	37
2. Mangel an nationalen Entscheidungsnormen	41
3. Bewußte Abweichung des türkischen Textes vom Original	43
4. Aufhebung des alten Zivilrechts	44
5. Ergänzungs- und Nebengesetze	46
III. Die Begründung zu den Gesetzentwürfen	48
1. Aus der Begründung zum Gesetzentwurf eines türkischen Zivilgesetzbuchs (TZGB) und Obligationengesetzbuchs (TOG)	48

2. Aus dem Bericht des Justizausschusses der Großen Nationalversammlung	50
<i>B. Die Ausführung des Rezeptionsgesetzes als Aufgabe des Rechtsstabs</i>	51
I. Die Schwierigkeiten	51
II. Die zentrale Bedeutung von Rechtslehre und Rechtsunterricht	53
1. Die Errichtung der Rechtsschule in Ankara	53
2. Der Geist der Medresse	55
3. Die ausländischen Professoren	56
4. Unterlassene Unterweisung der Praktiker	57
<i>C. Wegeleitung durch die Wissenschaft</i>	58
I. Einführung	58
II. Urteile des Kassationshofs, die sich auf die Verjährungsfrist von Ansprüchen auf „ <i>ecrimisil</i> “ beziehen	60
III. Der Ausdruck „ <i>ecrimisil</i> “	61
IV. Die gesetzlichen Termini	64
V. Wer ist der Kläger?	65
VI. Wer ist Beklagter?	65
VII. Gegenstand der Klage	67
VIII. Qualifizierung des Anspruchs	68
IX. Die Ansprüche aus unberechtigtem Besitz	69
X. Die Ersatzklage nach Art. 895 und 896 TZGB	71
XI. Die Schadensersatzklage nach Art. 906 und 908 TZGB	74
XII. Rückgabepflicht hinsichtlich der Früchte	77
XIII. Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung	81
XIV. Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung	81
XV. Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag	82
XVI. Ergebnis	82
<i>D. Die Verwirklichung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung</i>	83
I. Entscheidung des Großen Senats Nr. E 11/K 2 vom 1. 3. 1950	83
II. Entscheidung des Großen Senats Nr. E 11/K 4 vom 8. 3. 1950	86

E. Schlußbemerkung 88

 I. Für Entwicklungsländer, welche ausländische Gesetze übernehmen wollen 88

 II. Für theoretisch und praktisch verwertbare Rechtsvergleichung 89

Drittes Kapitel

**Ist die Berücksichtigung ausländischer Gesetzestexte
anläßlich einer Kodifikation eine Rezeption?** 90

I. Das türkische Handelsgesetzbuch von 1926 90

 1. Was bedeutet Kodifikation? 90

 2. Das türkische Privatrecht vor und nach dem 4. Oktober 1926 91

 3. Fortdauer des Dualismus von Zivil- und Handelsrecht 92

 4. Die Unstimmigkeiten innerhalb des HGB 92

II. Reformbestrebungen 94

 1. Die Hauptvorschläge 94

 2. Kommissionen 97

 3. Eigene Bemühungen 97

III. Die Hauptziele der Reform 99

 1. Die Einheit des Privatrechts 99

 2. Der Zentralbegriff des Handelsrechts 101

IV. Das kaufmännische Unternehmen 103

 1. Textrezeptionen aus dem schweizerischen Rechtskreis 103

 2. Handelsgesellschaften 104

V. Seehandelsrecht 107

VI. Hauptunterschiede zwischen deutschem und türkischem Seehandelsrecht 109

 1. Begriffsbestimmungen 109

 2. Flaggenrecht 109

 3. Schiffssachenrecht 110

 4. Reeder, Ausrüster, Partenreederei 110

 5. Kapitän 111

 6. Verträge des Seehandelsrechts 111

 7. Haverei 112

 8. Bergung und Hilfeleistung 113

 9. Schiffs- und Ladungsgläubiger 113

VII. Privatversicherungsrecht	114
VIII. Ergebnisse	116
1. HGB von 1926	116
2. THGB von 1956	117
3. Auch Kodifikationen können zu Rezeptionen führen	118
Gesamtergebnis	
I. Was ist „Das Recht“ als Objekt einer Rezeption?	120
II. Bedeutungswandel des Begriffs „Rezeption“	123
III. Die Übernahme der Texte des schweizerischen Zivilgesetzbuchs und Obligationenrechts durch die Türkei	124
1. In ihrer rein tatsächlichen Bedeutung	124
2. Die Stellung des türkischen Richters	127
3. Kann bei Anwendung türkischer Gesetze auf schweizerisches Recht zurückgegriffen werden?	129
IV. Die Besonderheiten des Rezeptionsgesetzes	130
1. Aktuelles und potentiell Recht	131
2. Rechtsvereinheitlichung	133
a) Retortengesetze	133
b) Einheitliches Gesetz erzwingt nicht einheitliches Recht	134
3. Anpassung	135
Register	
	138

Einleitung

Seit fast einem halben Jahrhundert bin ich wissenschaftlich mit Fragen der Rezeption konfrontiert worden. Vom ersten Tag meiner Tätigkeit als Professor des Handelsrechts an der Universität Istanbul, d. h. seit dem Herbst 1933, habe ich mich mit der Rezeptionsfrage tagtäglich befassen müssen, weil die Rechtsnormen, mit denen ich es zu tun hatte, nicht autochthon im Lande gewachsen waren, sondern fremdstämmiges rechtliches Gedankengut bildeten, das man in die türkische Sprache übersetzt und im Gewand türkischer Gesetze hatte in Geltung setzen lassen. Es waren nicht nur die beiden aus der Schweiz importierten Kodifikationen (Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht), auf die man in der einschlägigen Literatur allein verweist, sondern, was kaum beachtet worden ist, auch das Handelsgesetzbuch von 1926 und sein seerechtliches Buch von 1929. War das letztere eine Übersetzung des vierten Buches des deutschen Handelsgesetzbuches, so war die handelsrechtliche Kodifikation von 1926 eine Kompilation aus mindestens einem Dutzend ausländischer Gesetze. Auch insoweit handelte es sich de facto um eine Rezeption in dem hier gemeinten Sinn, auch wenn sie jeweils nur die Übernahme der für ein bestimmtes Rechtsinstitut aufgestellten Rechtssätze aus diesem oder jenem Staat betraf. Die hieraus entstandenen Schwierigkeiten, die man grobenteils hätte voraussehen können und müssen, zwangen nicht nur aus dogmatischen und rechtstheoretischen Erwägungen, sondern aus Gründen der praktischen Rechtsanwendung zu mehr oder weniger tiefgreifenden Korrekturen, deren umfangreichste der Ersatz des Handelsgesetzbuchs von 1926/1929 durch das neugeschaffene und am 1. 1. 1957 in Kraft getretene Türkische Handelsgesetzbuch gewesen ist. Daß dieses neue, von mir vorbereitete umfangreiche Gesetz mit seinen 1475 Artikeln in Wirklichkeit die Fortsetzung und der vorläufige Abschluß der in den 20er Jahren begonnenen Privatrechtsrezeption der Türkei gewesen ist, sei mit aller Klarheit hier betont.

Es scheint mir deshalb als unmittelbar Beteiligter und nächster Beobachter dieses sich über Jahrzehnte erstreckenden Prozesses nicht unberechtigt zu sein, meine diesbezüglichen wissenschaftlichen Äußerungen in deutscher oder türkischer Sprache in einer einheitlichen Darstellung zusammenzufassen und bei dieser Gelegenheit deutlich zu machen, daß und wie sich meine eigene Sicht der Probleme im Laufe

der Jahre entwickelt hat. Die folgenden Ausführungen stellen also nicht die erneute Wiedergabe, sondern die kritische Neubearbeitung meiner im Laufe von Jahrzehnten erschienenen zahlreichen Veröffentlichungen dar und zeigen die Komplexität des sozialen Prozesses, den man mit „Rezeption“ zu bezeichnen pflegt.

Erstes Kapitel

Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozeß¹

I. Gegenstand der Rezeption

Daß die Rezeption des römischen Rechts in den kontinentalen Ländern Europas, vor allem in Deutschland, ein Vorgang war, der in der Soziologie als sozialer Prozeß bezeichnet wird, ist unbestritten². Etwas anderes aber soll gelten, „wenn die Einführung fremder gesetzlicher Normen oder ganzer Gesetzbücher durch Gesetzgebungsakt (erfolgt), wie sie sich namentlich in der neueren Rechtsgeschichte vielfach findet, wo gewisse zivilrechtliche Kodifikationen — der französische Code Civil, das deutsche BGB und neuerdings das ZGB und das OR der Schweiz — sich als Modelle für fremde Gesetzgebungen besonderer Beliebtheit erfreuen“³. Es herrscht die Vorstellung, daß bei modernen Rezeptionen irgendeine Autorität, ein Gesetzgeber anordnen könnte, daß von heute an fremdes Recht gelte und das bisherige aufgehoben sei⁴, daß — mit anderen Worten — die Rezeption ein „einmaliger Akt“⁵ ist.

Diese Auffassung ist unhaltbar. Sie beruht auf der positivistischen Vorstellung, daß allein das Wort des Gesetzgebers dazu ausreiche, das Recht zu verändern, und verwechselt die Idealität einer Rechtsnorm

¹ Neue Fassung meines gleichnamigen Beitrages in der Festgabe für Friedrich Bülow, Berlin 1960, S. 121 - 137.

² Vgl. statt vieler P. Koschaker (Europa und das römische Recht, 2. Aufl. 1953, S. 145), der darauf hinweist, daß die Rezeption des römischen Rechts in Europa „in jahrhundertelanger Auseinandersetzung mit dem heimischen Recht“ erfolgte; ferner H. Coing: Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main, 1950, S. 7: „Geistesgeschichtlicher Prozeß“; G. Dahm: Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts, Darmstadt 1955, S. 48: „Eine von oben nach unten vordringende Bewegung.“

³ So E. Pritsch: Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 59 (1957), S. 123 (128 f.).

⁴ So Koschaker (N. 2) ebd., allerdings mit der Einschränkung in Anm. 3, daß auch in derartigen Fällen eine Auseinandersetzung des rezipierten mit dem heimischen Recht stattfinde, denn der Gesetzgeber „kann zwar das Recht von heute auf morgen ändern, nicht aber die Menschen, für die es gilt und die es in Zukunft anzuwenden haben“.

⁵ So Pritsch (N. 3), S. 129 Anm. 8.