



Rechtshistorische Reihe

463

Takashi Izumo

Die Gesetzgebungslehre
im Bereich des Privatrechts
bei Christian Thomasius

1. Einleitung

1.1 Thematische Einführung

Sigrid EMMENEGGER fragte sich in der Monographie *Gesetzgebungskunst*, ob die Gesetzgebungslehre eine geschichtslose Disziplin sei oder nicht.¹ und sie schrieb: „Jedoch setzt sich eine historisch unfundierte Gesetzgebungslehre der Gefahr aus, als bloß vorübergehende Modeströmung des späten 20. Jahrhunderts eingeordnet und abgetan zu werden – und vor allem: Sie droht mangels historischer Reflexion hinter ein längst erreichtes Argumentationsniveau zurückzufallen.“² In ihrer Arbeit konzentrierte sie sich auf die Zeit um 1900 und es wurde von ihr nachgewiesen: „Die konkrete Gestalt der Gesetzgebungslehre ist allerdings geprägt von den spezifischen (verfassungsrechtlichen, politischen, gesellschaftlichen etc.) Rahmenbedingungen. Für eine historisch reflektierte Gesetzgebungslehre folgt daraus, dass sie sich der Relativität und Revisibilität ihrer Antworten bewusst ist.“³ Demnach muss nicht nur die Gesetzgebung sondern auch die Gesetzgebungslehre an sich eine eigene Geschichte haben, die sich nach den spezifischen Rahmenbedingungen in unterschiedlichen Formen widerspiegelt.⁴

Die Gesetzgeber sind sich jedoch der Relativität und der Revisibilität nicht immer bewusst. Ein Beispiel ist das letzte Jahrzehnt des 18. Jahrhunderts bis zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts und zwar versuchten damalige Naturrechtsautoren, „die Diskrepanzen zwischen dem Naturrecht und dem positiven Recht aufzuzeigen, zu

1 EMMENEGGER [54, S. 1].

2 EMMENEGGER [54, S. 4–5].

3 EMMENEGGER [54, S. 311]. Auch MERTENS kam zum gleichen Schluss: „Im Verlauf dieser Untersuchung hat sich immer wieder gezeigt, dass die in den einzelnen Kapiteln vorgestellten methodischen und formal-inhaltlichen Fragestellungen der Gesetzgebungstechnik und die Antworten, die in der Theorie und Praxis hierauf gegeben wurden, in aller Regel nicht von einem apolitischen und ahistorischen Pragmatismus bestimmt waren, sondern stark beeinflusst wurden von den politischen, gesellschaftlichen und geistesgeschichtlichen Rahmenbedingungen und Zielsetzungen ihrer Zeit.“ MERTENS [126, S. 505].

4 Hier verstehe ich unter der Phrase „die Geschichte der Gesetzgebungslehre“ nicht nur eine Geschichte, in der Juristen unmittelbar die konkrete Gesetzgebung in Betracht ziehen, sondern auch eine solche Geschichte, die zur Gesetzgebung mittelbar oder sogar zufällig beitragen kann. Deshalb spielen beispielsweise auch der Erkenntnisoptimismus der Spätaufklärung beim *ALR* und *ABGB* oder die Pandektenwissenschaft beim *BGB* eine Rolle. Vgl. dazu MERTENS [126, S. 507]. Diese ausgedehnte Bedeutung der Gesetzgebungslehre ist in meinem Thema so wichtig, dass es eigentlich keine Gesetzgebung gibt, auf die THOMASIUS unmittelbaren Einfluss hatte oder zu der er wissentlich beigetragen hat. Man kann nur Spuren nachverfolgen, die seinen mittelbaren Einfluss auf die Nachwelt zeigen. Vgl. dazu LIEBERWIRTH [113, S. 186].

kritisieren und die dem positiven Recht übergeordnete Stellung des Naturrechts zu betonen.⁵ Dieser Glaube an das einzige Naturrecht als Gesetzgebungsleitbild ging während der letzten Hälfte des 19. Jahrhunderts unter der neue Begriff „die Kunst der Gesetzgebung“ kam zur Sprache.⁶ Danach schwankte die terminologische Bezeichnung dieses Gebietes zwischen der Gesetzgebungswissenschaft und der Gesetzgebungskunst, aber in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts etablierte sich der neue Begriff „Gesetzgebungslehre“, um die methodisch-technische Thematik zu behandeln.⁷

Gerade in diesem Beispiel kann man die Revisibilität der Gesetzgebungslehre erkennen, weil man vor dem obigen Zeitraum eher geglaubt hat, dass „das Naturrecht zwar die politischen Positionen des aufgeklärten Absolutismus begründen und legitimieren sollte, darunter die Gesetzgebungskompetenz des Herrschers, nicht aber dessen Tätigkeit zugunsten der *salus publica* allzu sehr einschränken durfte.“⁸ Dazu stelle ich mir die Frage, ob dies bedeutet, dass man sich schon in der frühen Neuzeit der Relativität und der Revisibilität bewusst gewesen ist, die EMMENEGGER für die Erfordernisse der historischen reflektierten Gesetzgebungslehre hält, oder es aus einem anderen Grund zum Ausgleich zwischen dem Staatsabsolutismus und der Gesetzgebungsrelativität gekommen ist. In der vorliegenden Dissertation möchte ich diese Frage teilweise beantworten, indem ich Christian THOMASIUS (1655–1728) als Beispiel anführe, der sich vor der Kodifikationszeit im 18. Jahrhundert mit dieser Aufgabe beschäftigt und auf die Nachwelt Einfluss gehabt hat.⁹

1.2 Forschungsstand

1.2.1 Christian THOMASIUS

Da THOMASIUS sich nicht nur mit der Rechtswissenschaft sondern auch mit anderen Gebieten beschäftigt hat, kann man ihn durch verschiedene Rollen kennzeichnen.¹⁰ Hier möchte ich lediglich die vier Charaktere Philosoph, Rechtsgelehrter, Praktiker

5 KLIPPEL [89, S. 234]. Diese Tendenz formuliert PURGOLD wie folgt: „Die Gesetzgebungslehre ist nämlich die Darstellung des Werdens des Vernunftrechts zum positiven Rechte.“ PURGOLD [147, S. 19].

6 KLIPPEL [89, S. 245–246].

7 MERTENS [126, S. 3–4]. In der vorliegenden Dissertation habe ich den letzteren Begriff gewählt, denn der Forschungsgegenstand, das heißt, was THOMASIUS über die Gesetzgebung vorgelegt hat, hat nichts mit der sachlich-inhaltlichen Seite der Gesetzgebung zu tun, die die anderen Begriffe „Gesetzgebungskunst“ und „Gesetzgebungslehre“ enthalten kann. Vgl. dazu KARPEN [86, S. 7].

8 KLIPPEL [89, S. 234].

9 Vgl. zu seiner Tätigkeit beim misslungenen Gesetzgebungsprojekt LIEBERWIRTH [113, S. 176–183].

10 WIEACKER [312, S. 315]. LÜCK stellte diese Rollen in einer Übersicht dar. Vgl. LÜCK [114, S. 11–26].

und Pädagoge behandeln, die sich mittelbar oder unmittelbar auf die Gesetzgebung beziehen.¹¹

(1.) THOMASIUS als Philosoph

Schon früher veröffentlichte THOMASIUS einige Schriften über Philosophie, nämlich *Introductio ad philosophiam aulicam* (1688), *Einleitung zur Vernunftlehre* (1691) und *Ausübung zur Vernunftlehre* (1691). Damalige Philosophen, z. B. LEIBNIZ, schätzten jedoch seine Philosophie nicht hoch ein.¹² Erik WOLF wies darauf hin, dass THOMASIUS verschiedene Meinungen von anderen Philosophen entlehnte, beispielsweise von BAYLES, MALEBRANCHE, SPINOZA oder DESCARTES, aber sein Ziel bestand hauptsächlich darin, seine Kritik im Hinblick auf seine Gegner zu begründen, besonders gegenüber den Scholastikern, und er deshalb etwa den Begriff *cogitare* von DESCARTES falsch interpretierte.¹³ Laut LIEBERWIRTH wendete THOMASIUS seine philosophischen Kenntnisse sogar auf die Auslegung des römischen Rechts an,¹⁴ und tatsächlich fragte er sich in *Annotationes theoretico practicae in Johannis Strauchii dissertationes* (1683), ob der Besitz einer „Substanz“ (*substantia*) sei.¹⁵

THOMASIUS versuchte, die Theologie von säkularen Wissenschaften scharf zu trennen.¹⁶ Dies bedeutet, dass die Philosophie von THOMASIUS keine theologischen Elemente enthält, und es wird dabei in *Institutiones jurisprudentiae divinae* (1688) vorausgesetzt, dass die Rechtswissenschaft zur Erlösung im Jenseits nichts beitrage.¹⁷ Diese Voraussetzung, das heißt, der sogenannte Vernunftglaube, den KANT als rationalen Glauben bezeichnete, wurde erst von THOMASIUS vorgelegt.¹⁸ Dies führte möglicherweise dazu, dass THOMASIUS nichts von Orthodoxie oder Pietismus hielt.¹⁹

(2.) THOMASIUS als Rechtsgelehrter

Wenn man auf seine Rolle als Jurist achtet, dann bemerkt man sofort, dass er als Kämpfer gegen römisches Recht, genauer gesagt gegen die Überbetonung des römischen Rechts angesehen wird. Der Charakter wurde schon von Wolfgang EBNER

11 Vgl. dazu LÜCK [114, S. 11–29]. THOMASIUS äußerte in *Cautelae circa praecognita iurisprudentiae* (1710) seine Meinung auch über andere Gebiete, z. B. die Poetik, die Logik, die Mathematik, die Metaphysik, die Physik etc. besonders im Zusammenhang mit der Erziehung von Jugendlichen. Vgl. THOMASIUS [195].

12 WOLF [318, S. 386].

13 WOLF [318, S. 398].

14 LIEBERWIRTH [112, S. 11].

15 THOMASIUS [190, S. 64].

16 WOLF [318, S. 401].

17 THOMASIUS [203, S. 29] lib. 1. cap. 1. §. 169.

18 POTT [141, S. 223–224].

19 Wie weit THOMASIUS sich von beiden entzogen hat, ist schon von BUCHHOLZ dargestellt worden. Vgl. dazu BUCHHOLZ [26, S. 248–255].

im Allgemeinen nachgewiesen.²⁰ Besonders einige Themen, bei denen THOMASIUS römisches Recht stark kritisierte, und seine Kritik auf spätere Juristen einen großen Einfluss hatte, wurden ausführlich erforscht.²¹ Klaus LUIG hat im Zusammenhang mit dem gerechten Preis nachgewiesen, dass Thomasius' Lehre über das Privatrecht den frühen Liberalismus zeigt, soweit von seinem Staatsabsolutismus abgesehen wird.²² Der Absolutismus bedeutet bei THOMASIUS nicht die absolute Stelle des römischen Reiches sondern den fürstenstaatlichen Absolutismus gegen das Reich, die Kirche und die Städte.²³ Die absolute Macht des Fürsten führt bei der Gesetzgebung dazu, dass der Fürst aus Gründen der Staatsräson vom Naturrecht abweichen, die Sitten im Land pflegen und Stadtrechte abschaffen kann.²⁴ LUIG wies jedoch auch darauf hin, dass die staatsrechtliche und strafrechtliche Lehre von THOMASIUS ausführlicher als seine Privatrechtslehre erforscht worden sei,²⁵ und dies motiviert mich, die Privatrechtslehre von THOMASIUS überblickend zu erforschen.

(3.) *THOMASIUS als Praktiker*

Horst DREITZEL hat im Zusammenhang mit dem Kampf gegen die Kirche nachgewiesen, dass sich der Absolutismus bei THOMASIUS nicht auf dem philosophischen oder naturwissenschaftlichen Rationalismus sondern auf dem Eklektizismus und Opportunismus begründet.²⁶ Dieser Hinweis entspricht vor allem dem praktischen Charakter von THOMASIUS. Er hat beispielsweise in einem Fall begutachtet, dass man die Regel „laesio enormis“ anwenden kann, wenn nachweisbar ist, dass der gerechte Preis um mehr als die Hälfte abweicht, obwohl er früher diese Regel aus Deutschland hat verbannen wollen.²⁷ Dieser Eklektizismus zeigt sich auch bei der Gesetzgebung. Als er wissenschaftlichen Mitarbeitern an der Universität Halle vorschlug, eine neue Prozessordnung zu entwerfen, erwiderten diese, dass sie dafür nicht genügend vorbereitet wären, und daraufhin gab THOMASIUS den Plan einfach auf.²⁸ Aus diesem Grund versuchte THOMASIUS als Praktiker, den Staat zu respektieren und sich mit anderen Rechtswissenschaftlern abzustimmen, obwohl er als Theoretiker ziemlich polemisch war.

20 Vgl. dazu EBNER [52, S. 25–30].

21 Beispielsweise zum gerechten Preis s. LUIG [117], zum Anastasianischen Gesetz s. BEAUCAMP [9] und zum Aquilischen Gesetz s. ZIMMERMANN [328].

22 LUIG [119, S. 172].

23 LUIG [121, S. 237].

24 LUIG [121, S. 251–253].

25 LUIG [119, S. 148].

26 DREITZEL [49, S. 49–50].

27 LUIG [122, S. 127].

28 LIEBERWIRTH [113, S. 184]. Über seine Schüler und ihre Tätigkeiten vgl. RÜPING [154, S. 76–86]. Beispielsweise sind die folgenden Rechtsglehrten berühmt: Nicolaus Hieronymus GUNDLING (1671–1729), Justus Henning BOEHMER (1674–1749), Georg BEYER (1665–1714).