

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–1840)

Bürger und Gelehrter

Herausgegeben von

Christian Hattenhauer,
Klaus-Peter Schroeder und
Christian Baldus

Mohr Siebeck

Christian Hattenbauer ist Ordinarius für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte an der Universität Heidelberg.

Klaus-Peter Schroeder ist Professor für Deutsche Rechtsgeschichte an der Universität Heidelberg und Präsident der Heidelberger Rechtshistorischen Gesellschaft.

Christian Baldus ist Ordinarius für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Universität Heidelberg; regelmäßig Gastprofessor u. a. in Trient.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-154996-0

ISSN 1869-3075 (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VIII
<i>Klaus-Peter Schroeder</i>	
Anton Friedrich Justus Thibaut – Ein deutsches Gelehrtenleben im Umbruch der Epochen	1
<i>Gerhard Lingelbach</i>	
Thibauts Jenaer Jahre Entstehung seines System des Pandekten-Rechts	21
<i>Johann Braun</i>	
Die Haltung Thibauts zu Promotion, Habilitation und Professur jüdischer Rechtsgelehrter.	35
<i>Dörte Kaufmann</i>	
Thibaut als Vertreter der Ruperto-Carola im Badischen Landtag.	53
<i>Hans-Peter Haferkamp</i>	
Thibaut und die Historische Rechtsschule.	59
<i>Rainer Polley</i>	
Thibaut im Urteil seiner Lehrstuhlnachfolger des 19. Jahrhunderts Karl Adolph von Vangerow, Bernhard Windscheid und Ernst Immanuel Bekker im Vergleich mit zeitgleichen Würdigungen durch praktische Juristen des In- und Auslandes	77
<i>Bernd Mertens</i>	
Thibauts Rechtsquellenlehre.	113
<i>Stephan Meder</i>	
Thibauts Hermeneutik Die „Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts“ zwischen ‚freier‘ Rechtsfindung und gesetzestreuer Rechtsanwendung	127
<i>Andreas Deutsch</i>	
Thibaut und die Rechtssprache Zu Wortschatz, Stil und System einer guten Gesetzgebung	147

<i>Christian Hattenbauer</i>	
„Ex mera subiecti personalitate, (aus der Rechtsfähigkeit des Subjects)“	
Die natürliche Person bei Anton Friedrich Justus Thibaut	169
<i>Christoph Becker</i>	
Verkauf und Übereignung der Ware bei	
Anton Friedrich Justus Thibaut	
Kausalität oder Abstraktion des Eigentumswechsels in	
Römischem Recht, Kodifikationen und Pandektenlehre	189
<i>Christian Baldus</i>	
„(...) so will ich mich gern mit der kleinen Ehre begnügen,	
eine träge Masse in Bewegung gebracht zu haben“	
Eine Skizze zu Besitz, Eigentum und Methode bei Thibaut	225
<i>Götz Schulze</i>	
Thibaut und das französische Recht	253
<i>Jean-François Gerkens</i>	
Rezeption Thibauts in Belgien und Frankreich?.	267
<i>Mario Varvaro</i>	
Thibaut in Italien und ins Italienische	
Erste Schritte zu einer Forschungsperspektive	281
<i>Francisco Javier Andrés Santos</i>	
„Rezeption“ Thibauts in Spanien	305
<i>Martin Avenarius</i>	
Thibaut aus Sicht des russischen Zarenreichs	319
<i>Harald Pfeiffer</i>	
Thibaut und die Wiederentdeckung „alter Chormusik“	343
<i>Nicolaus Cramer</i>	
Verzeichnis der Mit- und Nachschriften zu Thibauts Vorlesungen . . .	355
Autorenverzeichnis	371
Personenregister	373
Ortsregister	379
Sachregister	381

Thibauts Rechtsquellenlehre

Bernd Mertens

I. Einleitung

Wenn von den rechtstheoretischen Anschauungen *Thibauts* die Rede ist, steht in der Regel seine Auslegungslehre im Vordergrund, die von verschiedener Seite gründlich analysiert wurde.¹ Die nachfolgenden Überlegungen möchten sich hingegen der bislang wenig beachteten, vorgelagerten Frage nach *Thibauts* Anschauungen über die Quellen des Rechts und deren Verhältnis zueinander widmen und seine Ansichten in Beziehung setzen zu den rechtsquellentheoretischen Anschauungen seiner Zeit. Mir geht es dabei bewusst nicht um den viel behandelten Kodifikationsstreit und *Thibauts* Ansichten zur künftigen Gestaltung der Rechtsordnung, sondern um seine Anschauungen über das Zusammenspiel der geltenden Rechtsquellen in der von ihm vorgefundenen Rechtsordnung. Auch das war ein für seine Zeit nicht unwichtiges und kontrovers diskutiertes Thema. Wenn *Thibauts* Rechtsquellenlehre dennoch jenseits des Kodifikationsstreits bislang eher wenig Aufmerksamkeit gefunden hat, mag das darin begründet liegen, dass seine Bemerkungen hierüber zerstreut in einer Vielzahl von Einzelschriften aus verschiedenen Schaffensperioden zu finden sind, die sich, soviel sei vorausgeschickt, nicht einfach gefällig zu einem geschlossenen und über die Zeiten gleichbleibenden Konzept zusammenfügen. Insofern verspricht der Titel meines Beitrags vielleicht etwas mehr, als ich zu halten vermag, worauf ich am Ende noch zurückkommen werde.

¹ Vgl. den Beitrag von *Stephan Meder* in diesem Band sowie *Gerhard Otte*, Zu A.F.J. Thibaut's „Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, in: Jan Schröder (Hg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, Stuttgart 2001, 191–202; *Albert Kitzler*, Die Auslegungslehre des Anton Friedrich Justus Thibaut, Berlin 1986; *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986, 126–144; *Hans-Ulrich Stühler*, Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780–1815, Berlin 1978, 190–193.

II. Das positive Recht

1. Geschriebenes und ungeschriebenes Recht

Beginnen möchte ich mit *Thibauts* Konzept des positiven Rechts. Er unterteilt dieses zunächst in Anknüpfung an eine seit der Antike² gebräuchliche Unterscheidung in geschriebenes und ungeschriebenes Recht, wobei er die Unterscheidung billigt, die Terminologie jedoch als „widernatürlich“ bezeichnet.³ Widernatürlich deshalb, weil es für die Unterteilung nicht auf die äußere Form der Rechtsquelle ankomme – so rechnet er Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch auch dann zu den ungeschriebenen Rechtsquellen, wenn sie aufgezeichnet sind, also schriftlich vorliegen. Entscheidend sei vielmehr, dass das geschriebene Recht seine Gültigkeit aus dem ausdrücklichen gesetzgebenden Willen des Regenten schöpfe, während das ungeschriebene Recht nicht auf einem Gesetzgebungsakt beruhe, sondern die Untertanen sich diesem selbst unterwerfen. Allerdings sei auch für die Gültigkeit des ungeschriebenen Rechts eine ausdrückliche oder stillschweigende Erlaubnis des Regenten erforderlich.⁴ Mit der Herleitung des geschriebenen wie auch des ungeschriebenen positiven Rechts letztlich aus dem Willen des Regenten stellt sich *Thibaut* in die in Deutschland mit *Pufendorf* beginnende lange Tradition der Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts, die als Geltungsgrund für das positive Recht weitgehend wertfrei primär den Willen des Herrschers ansahen.⁵ Die historische Rechtsschule verfolgte mit ihrer Volksgeistlehre bekanntlich ein anderes Konzept, indem sie nicht einen willkürlichen Willensakt des Herrschers, sondern die mit innerer Notwendig-

² Vgl. Inst. 1.2.3; Ulp. 1 inst. D. 1.1.6.1; hierzu *Stephan Meder*, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, 2. Auflage, Tübingen 2009, 119ff.

³ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, *System des Pandekten-Rechts [System]*, 6. Auflage, Jena 1823, Bd. 1, § 10 Anm. r (in der 8. Auflage spricht er von „Wortunsinn“); *ders.*, Über die gewöhnliche Einteilung der Rechtsquellen, in: *ders.*, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, 2. Auflage, Jena 1817, Bd. 2, 234–241, 234. Von *Thibauts* System des Pandekten-Rechts wurde vergleichend die erste (1803), sechste (1823) und achte (1834, die letzte von *Thibaut* selbst besorgte) Auflage herangezogen. Auf inhaltliche Änderungen in den verschiedenen Auflagen, die für das vorliegende Thema relevant sind, wird im Folgenden gesondert hingewiesen (vgl. etwa Fn. 23, 24 und 38); ansonsten wird einheitlich nach der sechsten Auflage zitiert.

⁴ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, *Juristische Encyclopädie und Methodologie zum eigenen Studio für Anfänger [Encyclopädie]*, Altona 1797, § 89; *ders.*, Beweis, daß die *responsa prudentum* weder zu dem geschriebenen noch dem ungeschriebenen Recht gehören [Beweis], in: *ders.*, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, 2. Auflage, Jena 1817, Bd. 1, 111–115, 111 (ungeschriebenes Recht im „grammatischen“ und „juristischen“ Sinne); *ders.*, *System* (Fn. 3), §§ 10, 15.

⁵ Vgl. *Jan Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2. Auflage, München 2012, 99f. Gänzlich wertfrei war aber insbesondere das Verständnis des Gewohnheitsrechts nicht, wenn man zu seinen Voraussetzungen auch die „Vernünftigkeit“ rechnete (hierzu gleich näher im Text).

keit „still wirkenden Kräfte“ als primären Entstehungsgrund des positiven Rechts ansah.⁶

Die unterschiedlichen Konzepte werden auch in der Einordnung des Gemeinen Rechts deutlich. *Thibaut* ordnete das rezipierte römische Recht als geschriebenes Recht ein, was nach seinem Begriffsverständnis eigentlich einen ausdrücklichen Gesetzgebungsakt erforderte und nicht bloß eine gewohnheitsrechtliche Geltung infolge Rezeption im Sinne *Conrings*. Zur Begründung berief er sich auf die Reichsgesetze, die das römische Recht als subsidiäres Reichsrecht bestätigt haben wie etwa die Reichskammergerichtsordnung.⁷ Eine derartige Herleitung des Geltungsgrundes des rezipierten römischen Rechts aus Reichsgesetzen, die seine Geltung mehr oder minder eindeutig bestätigen, statt aus einem still wirkenden Rezeptionsvorgang war im *Usus modernus* durchaus üblich und entsprach wohl dem Bedürfnis, die Billigung des Rezeptionsvorgangs durch den Herrscher deutlich zu machen.⁸ Was für das 18. Jahrhundert noch kein Problem war, wurde in der Zeit *Thibauts* für die Rechtsquellenlehre insoweit zu einem Problem, als das Alte Reich unterging, womit auch die Argumentationsgrundlage für die Fortgeltung des Gemeinen Rechts als solches brüchig wurde, jedenfalls wenn man dessen Geltungsgrund im Herrscherwillen sah.⁹ *Thibaut* griff diese Problematik aber nicht auf.¹⁰ Die Ausführungen zum Geltungsgrund des Gemeinen Rechts in den verschiedenen Auflagen seines Pandektenlehrbuchs beriefen sich bis hin zu der letzten selbst besorgten Auflage von 1834 weiterhin stoisch auf Bestimmungen in der Reichskammergerichtsordnung, in der Reichsnotariatsordnung von 1512 und in der Carolina, so als sei nichts geschehen.¹¹ Die historische Rechtsschule sah den Geltungsgrund

⁶ Vgl. *Schröder* (Fn. 5), 194f.; zur Unterscheidung von *ius scriptum* und *ius non scriptum* in der historischen Rechtsschule s. *Meder* (Fn. 2), 9f.

⁷ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 13 Anm. y.

⁸ Vgl. *Klaus Luig*, Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland, in: *ders.*, Römisches Recht. Naturrecht. Nationales Recht, Goldbach 1998, 3–29, 16 mit Nachweisen u. a. bei Schütz, Stryk und Pütter.

⁹ Vgl. *Hans-Peter Haferkamp*, Die Bedeutung von Rezeptionsdeutungen für die Rechtsquellenlehre zwischen 1800 und 1850, in: *ders.* / Tilman Reppen (Hg.), *Usus modernus pandectarum ... Klaus Luig zum 70. Geburtstag*, Köln 2007, 25–44, 28ff. Die dort thematisierte Gefahr einer stückweisen legislativen Abschaffung des gemeinen Rechts durch Partikulargesetzgebung stellte sich jedoch unabhängig von der rechtsquellentheoretischen Einordnung auch für die historische Rechtsschule.

¹⁰ Die bei *Haferkamp* (Fn. 9), 29f. zitierte Passage aus *Thibauts* Pandektenlehrbuch (§ 13), wonach der Anwendung der rezipierten Rechte nicht entgegenstehe, wenn deren Grund „jetzt wegfallt“, bezieht sich nicht, wie *Haferkamp* meint, auf die geschilderte Legitimationskrise infolge des Untergangs des Alten Reichs, sondern auf einen Wegfall der *ratio legis* eines rezipierten Gesetzes, wie sich aus der als Beleg angeführten Literatur ergibt (die Passage stand auch schon in der 1. Auflage 1803).

¹¹ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 13 mit Anm. y (§ 13 mit Anm. p in der 8. Auflage 1834). Die Herleitung aus den zitierten Reichsgesetzen fehlt noch in der 1. Auflage 1803. Scharfe Kritik an der Haltung *Thibauts* und anderer Zivilisten, die aus dem Untergang des Reiches keine Konsequenzen für den Legitimationsgrund des Gemeinen Rechts zogen, übte *Carl Georg*

des römischen Rechts für die Gegenwart hingegen im Gewohnheitsrecht in der Form des wissenschaftlichen Rechts (so *Savigny*¹²) bzw. in einem gegenüber dem Gewohnheitsrecht selbständigen Juristenrecht (so *Puchta*¹³), weshalb der Untergang des Alten Reiches in ihrem Verständnis gar keine Legitimationskrise verursachte.

2. Gewohnheitsrecht

Zu den Quellen des ungeschriebenen positiven Rechts zählt *Thibaut* zunächst das Gewohnheitsrecht. Dessen Voraussetzungen umschreibt er wie folgt: „Wenn nämlich die gemeine Meynung einer gewissen Classe von Personen eine Norm als verbindlich anerkennt, welche Absicht freilich wohl in der Regel aus einer langen Handlungsweise vermuthet werden kann, und diese Überzeugung in Befolgung der Norm äusserlich dargethan hat ... so entsteht aus dieser geäußerten gemeinen Meynung ein Gesetz für jeden, welcher zu dieser Classe von Personen gehört, sofern nur die Gewohnheit nicht unvernünftig ist ...“¹⁴ Entscheidend war also die Anerkennung einer Norm durch eine bestimmte Personengruppe, die zwar durch eine entsprechende Verhaltensweise äußerlich hervortreten musste, wobei es jedoch nach *Thibaut* entgegen der damals herrschenden gemeinrechtlichen Lehre weder auf den Ablauf einer bestimmten Zeitspanne noch auf eine bestimmte Anzahl von Handlungen ankomme.¹⁵ Eine langandauernde gleichartige Handlungsweise war für *Thibaut* bloßes Indiz für das Vorliegen von Gewohnheitsrecht, entscheidend die darin zum Ausdruck kommende Rechtsüberzeugung, die auch die historische Rechtsschule in den Mittelpunkt ihres Gewohnheitsrechtskonzepts stellte.¹⁶ Mit dem weiteren Erfordernis der „Vernünftigkeit“ der Gewohnheit griff *Thibaut* eine im *Usus modernus* verbreitete Forderung auf¹⁷, ohne hierauf näher einzugehen, was aber

von *Wächter*, *Gemeines Recht Deutschlands*, insbesondere *gemeines deutsches Strafrecht*, Leipzig 1844, 175 f. *Wächter* sah das Gemeine Recht nur noch als „historisch oder factisch gemeinsames Recht“ der Einzelstaaten, also als Partikularrecht fortbestehen (ebda, 171 f.). Zur damaligen Diskussion um den Fortbestand des Gemeinen Rechts „als solches“ s. *Christoph Mauntel*, *Carl Georg von Wächter (1797–1880). Rechtswissenschaft im Frühkonstitutionalismus*, Paderborn 2004, 213 ff.

¹² *Friedrich Carl von Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, 78 f., 86. Die Zuordnung bei *Savigny* ist jedoch nicht ganz eindeutig, da er zuvor davon spricht, dass das römische Recht „als Gesetz“ rezipiert worden sei (ebda, 66 ff., insb. 70).

¹³ *Georg Friedrich Puchta*, *Das Gewohnheitsrecht*, Bd. 1, Erlangen 1828, 161 ff., 214. Zu *Puchtas* modifiziertem Konzept des Juristenrechts im 2. Band s. unten bei Fn. 41.

¹⁴ *Thibaut*, *System* (Fn. 3), § 17 (die Formulierung wird in der 8. Auflage modifiziert); ähnlich *ders.*, *Encyclopädie* (Fn. 4), § 90.

¹⁵ *Thibaut*, *System* (Fn. 3), §§ 18, 19 (dort auch zu den abweichenden Ansichten).

¹⁶ *Savigny* (Fn. 12), 35, 177 f; *Georg Friedrich Puchta*, *Das Gewohnheitsrecht*, Bd. 2, Erlangen 1837, 9 f.

¹⁷ *Christian Friedrich Glück*, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, Bd. 1, 2. Auflage, Erlangen 1797, 459; ausführliche Diskussion bei *Puchta*

zumindest deutlich macht, dass sein Konzept des positiven Rechts ungeachtet der primären Herleitung aus der Zustimmung des Regenten nicht gänzlich wertfrei war. Allerdings ließ sich auch das Vernünftigkeitkriterium wieder in das Konzept vom Primat des Herrscherwillens einfügen, was explizit zwar nicht bei *Thibaut*, aber etwa bei *Glück* erfolgt, indem er unter Verweis auf eine Novelle *Justinians* argumentiert, dass sich eine generelle Einwilligung des Herrschers in die Geltung von Gewohnheitsrecht nicht auf unvernünftige Handlungen beziehen könne.¹⁸

Eine – allerdings gelockerte – Rückbindung an den Herrscherwillen war für *Thibaut* auch beim Gewohnheitsrecht erforderlich. Zwar bedurfte es keiner besonderen Zustimmung des Regenten zu der einzelnen gewohnheitsrechtlichen Norm, wohl aber einer allgemeinen Erlaubnis zur Geltung von Gewohnheitsrecht.¹⁹ Im Falle einer Kollision eines Gewohnheitsrechtssatzes mit einem geschriebenen Gesetz ging das Gesetz grundsätzlich vor, sofern nicht der Herrscher die abweichende Gewohnheit speziell genehmigte.²⁰ Die Lex-posterior-Regel galt nach *Thibaut* also nicht im Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht; der Herrscherwille hatte Vorrang. Dies entsprach um 1800 der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur, die anders als in der frühen Neuzeit und anders als später wieder in der historischen Rechtsschule die Ranggleichheit zwischen Gesetz und Gewohnheit zugunsten eines Vorrangs des im Gesetz verkörperten Herrscherwillens aufgab.²¹ Die gewohnheitsrechtsfeindlichen Kodifikationen in Preußen, Frankreich und Österreich waren hierbei wohl nicht ohne Einfluss. Das Gemeine Recht bot Anknüpfungspunkte für beide Meinungen. Eine seit Jahrhunderten diskutierte Antinomie zwischen einer gewohnheitsrechtsfreundlichen Digestenstelle und einer die Gewohnheit gegenüber dem Gesetz zurücksetzenden Codexstelle wurde von *Thibaut* zeitgemäß zugunsten der Codexstelle entschieden.²² Die Argumentation der Digestenstelle mit dem Volk als Gesetzgeber, das ein Gesetz durch Gewohnheit auch wieder stillschweigend aufheben könne, passe nur für Demokratien, wie *Thibaut* in der ersten Auflage seines Pandektenlehrbuchs bemerkte.²³ In späteren Auflagen

(Fn. 16), Bd. 2, 49ff.; vgl. *Schröder* (Fn. 5), 109f.; *ders.*, Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre [Vorgeschichte], in: ZRG GA 109 (1992), 1–47, 37.

¹⁸ *Glück* (Fn. 17), 459.

¹⁹ *Thibaut*, System (Fn. 3), §§ 15, 19.

²⁰ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 17.

²¹ Exemplarisch *Glück* (Fn. 17), 449, 453; vgl. *Schröder* (Fn. 5), 110, 115; *ders.*, Vorgeschichte (Fn. 17), 45 f.

²² Iul. 84 Dig. D. 1.3.32 einerseits, Const. C. 8.52.2 (319) andererseits.

²³ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, 1. Auflage, Jena 1803, § 17. In seinen Vorlesungen scheint er diese Argumentation (durch derogierende Gewohnheiten können Gesetze nur in Demokratien aufgehoben werden) auch später vertreten zu haben, s. die Vorlesungsmitschrift von *H. Froben* (Hg.), Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Rechts. Ein Commentar zu der achten Auflage des Pandekten-Rechts von F. A. J. [sic] Thibaut, Stuttgart 1836, Bd. 1, 25.

strich er diesen Hinweis und führte stattdessen eine Fallgruppe ein, in der gewesenes widerstreitendes Gewohnheitsrecht sich auch ohne Zustimmung des Regenten durchsetzen könne, nämlich wenn die Gewohnheit bereits eine „unvordenkliche Zeit“ hindurch ausgeübt wurde.²⁴ Interessanterweise rechtfertigt *Thibaut* die Geltung des Gewohnheitsrechts ganz pragmatisch mit der „Mangelhaftigkeit, Dunkelheit und Verwirrtheit“ des geschriebenen Rechts – es sei besser und gerechter, „die auf die gemeine Meynung gegründeten Verhältnisse zu achten, als den Richter allein an die geschriebenen Gesetze und die unbestimmte, täuschende Stimme der Vernunft oder des willkürlichen Dafürhaltens zu verweisen.“²⁵ Hier wird der Unterschied zur historischen Rechtsschule wieder sehr deutlich: Letztlich war das Gewohnheitsrecht für *Thibaut* nur ein Notbehelf, solange die gegenwärtige verworrene Rechtsquellenpluralität nicht durch eine umfassende Kodifikation abgelöst wurde. „Die wuchernden Ortsgebräuche und Gewohnheiten sind nur zu oft bloße Rechtsfaulheit, wobey es eines leisen Anstoßes bedarf, damit der Schritt zu einem andern Ziel gelenkt werde ...“, schreibt er in seinem Kodifikationsaufruf.²⁶ Für die historische Rechtsschule war das Gewohnheitsrecht bzw. das wissenschaftliche Recht hingegen zentrale, gerade nicht der Kontingenz entspringende Rechtsquelle, die sich über die *Lex-posterior*-Regel auch wieder gegen widerstreitendes Gesetzesrecht durchsetzen konnte.²⁷

3. Gerichtsgebrauch

Als eine selbständige Quelle des ungeschriebenen Rechts sah *Thibaut* unter bestimmten Voraussetzungen auch den Gerichtsgebrauch an. Die häufige und gleichförmige Befolgung einer Regel durch ein Gericht binde, wenn sie den Gesetzen nicht widerspreche, dieses Gericht und seine Untergerichte gleich einem Gesetz.²⁸ Für ihn war der Gerichtsgebrauch eine Art Unterfall des Gewohn-

²⁴ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 17 (nicht in der ersten Auflage). Gegen die Vermengung der Gewohnheitsrechtstheorie mit dem Rechtsinstitut der unvorordenklichen Verjährung, das keinen Rechtssatz, sondern subjektive Rechte begründet, *Puchta* (Fn. 16), Bd. 2, 114 ff.

²⁵ *Thibaut*, Encyclopädie (Fn. 4), § 90.

²⁶ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814, 60. Vgl. *ders.*, Besprechung des Einleitungsaufsatzes aus der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, in: Hans Hattenhauer (Hg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2. Auflage, München 2002, 207–210, 209: Im bürgerlichen Recht werde „die Schwerkraft der Gewohnheiten der Gesetzgebung wenig, oder gar keine Hindernisse entgegenstellen“.

²⁷ Vgl. *Savigny* (Fn. 12), 43, 194 ff. (mit Ausnahme partikularer Gewohnheiten). *Puchta* (Fn. 16), Bd. 2, 210, 214 f. ging ebenfalls von einer Gleichrangigkeit des Gewohnheitsrechts mit dem Gesetz als Rechtsquelle aus, so dass ein Kollisionsfall nach der *Lex-posterior*-Regel zu lösen sei.

²⁸ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 16 unter Verweis auf Call. 1 quaest. D. 1.3.38; *ders.*, Encyclopädie (Fn. 4), § 90; die Bindung der Untergerichte gelte jedoch nur, sofern sich dort nicht bereits zuvor ein abweichender Gerichtsgebrauch ausgebildet habe.

heitsrechts, insofern die für Gewohnheitsrecht erforderliche „gemeine Meynung“ auch durch Gerichtsgebrauch vollständig dargetan werden könne.²⁹ Seinen Kritikern, die darauf hinwiesen, dass der Richter keine gesetzgebende Gewalt habe, sondern nur zur Auslegung der Gesetze berufen sei, hielt er entgegen, dass der Regent dem Richter auch rechtsetzende Kompetenz einräumen könne und dies im römischen Recht wohlweislich aus Gründen des Rechtsfriedens auch geschehen sei.³⁰ Wie grundsätzlich auch sonst beim Gewohnheitsrecht sah *Thibaut* also eine generelle Billigung durch den Gesetzgeber für erforderlich, die aber bereits im römischen Recht vorliege. *Thibaut* vermeidet im Zusammenhang mit der gewohnheitsrechtlichen Wirkung des Gerichtsgebrauchs den Begriff der Usualinterpretation, in der Sache stimmen seine Ausführungen aber mit den damals herrschenden Ansichten zur Usualinterpretation überein, die man als einen Unterfall des Gerichtsgebrauchs ansah.³¹ Doch dachte *Thibaut* wohl nicht bloß an die Fälle, in denen dem Gerichtsgebrauch ein zweifelhaftes Gesetz als Interpretationsgrundlage diene, sondern offenbar auch an gesetzlich gar nicht geregelte Fälle.³² Dennoch wird die Nähe des von *Thibaut* behandelten Gerichtsgebrauchs zur Usualinterpretation deutlich, wenn man bedenkt, dass auch diese nach damaliger Auffassung im Ergebnis ein Unterfall des Gewohnheitsrechts war, also neues Recht schuf.³³ Insoweit stand sie der Rechtsquellenlehre näher als der Auslegungslehre.³⁴ Dass sie von *Thibaut* in diesem Zusammenhang nicht erwähnt wird, liegt wohl darin begründet, dass sie dennoch traditionell als Teil der Auslegungslehre und nicht der Rechtsquellenlehre behandelt wurde.³⁵

²⁹ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 19. Daher scheint mir die Darstellung von *Hans-Peter Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, Frankfurt am Main 2004, 153 zweifelhaft, wonach Thibaut für den Gerichtsgebrauch andere Geltungskriterien aufstellte als für Gewohnheitsrecht. Eine bestimmte Dauer oder eine bestimmte Anzahl von Handlungen waren bei Thibaut ohnehin keine Geltungsvoraussetzungen für Gewohnheitsrecht. Zum Gerichtsgebrauch als Unterfall des Gewohnheitsrechts s. *Ogorek* (Fn. 1), 172 ff.

³⁰ Diese Argumentation ergibt sich nicht aus seinem Pandektenlehrbuch, aber aus den Vorlesungsmitschriften, s. *Froben* (Fn. 23), Bd. 1, 23.

³¹ Vgl. *Glück* (Fn. 17), 215 f., 218 f. m. w. N.

³² *Clausdieter Schott*, Die „Interpretatio usualis“, in: Jan Schröder (Hg.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert*, Stuttgart 1998, 65–83, 72 rechnet den gesetzlich nicht geregelte Fälle betreffenden Gerichtsgebrauch ebenfalls zur Usualinterpretation, was aber nicht überzeugt. Die von ihm als Beleg angeführte Stelle bei *Glück* (Fn. 17), 219 bezieht sich nicht auf die Usualinterpretation, sondern auf die gerichtliche Observanz als Oberfall. Glück sah in der Usualinterpretation einen Unterfall der gerichtlichen Observanz, sofern der Gerichtsgebrauch ein zweifelhaftes Gesetz zum Gegenstand hatte.

³³ *Glück* (Fn. 17), 215, 218; vgl. *Schott* (Fn. 32), 76; *Schröder* (Fn. 5), 168, jeweils m. w. N.

³⁴ Zum „chimärenhaften Gepräge“ der Usualinterpretation zwischen Rechtsquellen- und Auslegungslehre s. *Schott* (Fn. 32), 71.

³⁵ Auch *Schröder* (Fn. 5), 79, 168, 246 behandelt sie in den Abschnitten zur Interpretations- und nicht zur Rechtsquellenlehre.

4. Rechtswissenschaft

Der Rechtswissenschaft bzw. den „Meynungen der Juristen“ maß *Thibaut* hingegen ausdrücklich keine Bedeutung als Rechtsquelle zu und lehnte es insbesondere ab, diese dem Gerichtsgebrauch gleichzusetzen, „obgleich Schwäche und Vorurtheil denselben in Deutschland viel Ansehen verschafft haben“.³⁶ So schreibt er auch im Hinblick auf die „responsa prudentium“ antiker Juristen in der ihm eigenen Deutlichkeit: „Hatten sie Einfluß auf die Constitutionen der Kaiser, wurden sie durch den Gerichtsgebrauch und das Gewohnheitsrecht bestätigt: gut! So hatten sie verbindliche Kraft, aber doch nur unter dem Namen einer constitutio, consuetudo, res iudicata. An sich waren und blieben die vereinten Gutachten aller Rechtsgelehrten in Ansehung der gesetzlichen Kraft = 0.“³⁷ Damit war klar, dass auch einer communis opinio als solche für *Thibaut* keine Rechtsquellenqualität zukam. Entsprechend war die Funktion, die *Thibaut* der dogmatischen Rechtswissenschaft zumaß (in Abgrenzung zu der das Naturrecht behandelnden Rechtsphilosophie), keine rechtsschöpferische: Deren Funktion beschränkte sich im Wesentlichen darauf, den Inhalt des positiven Rechts systematisch darzustellen, wobei *Thibaut* nur ein formales System vor Augen hatte, das die Mannigfaltigkeit des positiven Rechts auf induktivem Wege „durch Zurückführung auf Arten und Gattungen möglichst zu vereinfachen“ sucht.³⁸ Die Durchführung eines „materiellen“ Systems, bei dem „jeder einzelne Satz aus der höchsten Rechtsregel abgeleitet“ wird, lehnte *Thibaut* ab, da „bey dem Zustande aller bisherigen Gesetzbücher ... die Darstellung in einer materiellen Einheit zu einer völligen Verbildung und Umschaffung des positiven Rechts führen“ würde.³⁹ Sein rechtswissenschaftliches Ideal, wonach das vollkommene System dasjenige sei, „welches einen gegebenen Vorrath isolirter, concreter Begriffe auf die kleinste Anzahl allgemeiner Begriffe zurückführt“ und bei dem Distinktionen „ein Übel“ sind, „dem das System vermöge seiner Natur entgegenarbeiten muß“⁴⁰, dieses Ideal musste also der Gesetzestreue weichen.

³⁶ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 16 (in der 8. Auflage in der Formulierung abgeschwächt). Vgl. auch die einleitenden Bemerkungen *Thibauts* in seinem Aufsatz „Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien“, in: AcP 5 (1822), 313ff. zu zeitgenössischen Tendenzen der Selbstüberschätzung der Rechtswissenschaft gegenüber der juristischen Praxis.

³⁷ *Thibaut*, Beweis (Fn. 4), 114. Vgl. Inst. 1.2.3 und 8 (responsa prudentium als Teil des die Gerichte bindenden geschriebenen Rechts) und Gai. 1.2.7 (responsa prudentium haben Gesetzeskraft, wenn alle zu dem gleichen Ergebnis gelangen). Zur Bedeutung der responsa prudentium im römischen Recht s. *Savigny* (Fn. 12), 156 f.

³⁸ *Thibaut*, System (Fn. 3), §§ 1 a. E., 7 (nicht in der 1. und 8. Auflage); *ders.*, Encyclopädie (Fn. 4), § 6: Inhalt der Rechtswissenschaft sind die Gesetze selbst und sie unterscheidet sich von diesen nur durch die systematische Form, in welcher sie sie darstellt. Zum Einfluss Kants auf dieses Systemdenken in der Rechtswissenschaft um 1800 s. *Jan Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1979, 115.

³⁹ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 7.

⁴⁰ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Über unnöthige Unterscheidungen und Eintheilun-

Ganz anders urteilte die historische Rechtsschule, die dem von Juristen geschaffenen Recht bekanntlich Rechtsquellenqualität zugestand. Bei *Savigny* äußerte sich dies in zweifacher Hinsicht: Zum einen materiell, indem die rechtserzeugende Tätigkeit des Volkes im Wege des Gewohnheitsrechts bei fortgeschrittener Rechtskultur durch den Juristenstand geübt wird, und zum anderen formell, indem die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts auf den Stoff selbst zurückwirkt, so dass aus der Wissenschaft „eine neue Art der Rechtserzeugung unaufhaltsam hervorgeht“.⁴¹ An dieser Art der Rechtserzeugung durch Juristen konnten nach Ansicht *Savignys* auch Gerichte mitwirken, zumindest die gelehrten Obergerichte, soweit deren Entscheidungen wissenschaftlichen Charakter an sich trugen.⁴² Das ist für ihn der reduzierte wahre Kern der Lehre vom Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle.⁴³ *Puchta* ging noch einen Schritt weiter, indem er dem Gerichtsgebrauch als solchen jede rechtsschöpferische Kraft absprach („Es kann nichts trostloseres geben, als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beseelten Factum beigelegt wird“).⁴⁴ Der Gerichtsgebrauch konnte für ihn bloße Erkenntnisquelle eines schon entstandenen Rechts sein, das seine Legitimation nicht aus der fortwährenden Urteilspraxis, sondern aus seiner wissenschaftlichen Wahrheit bezog.⁴⁵

Während also *Thibaut* den Gerichten, der Praxis, rechtserzeugende Kraft über die Lehre vom Gerichtsgebrauch zubilligte, die er in der Gewohnheitsrechtstheorie verankerte, verlagerte sich in der historischen Rechtsschule, besonders pointiert bei *Puchta*, die rechtserzeugende Kraft der Juristen auf die Rechtswissenschaft, während der Präjudizienkult geißelt wurde. Darin lag

gen, in: ders., *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, 2. Auflage, Jena 1817, Bd. 1, 71–76, 71.

⁴¹ *Savigny* (Fn. 12), 46f. *Puchta* (Fn. 13), Bd. 1, 161, sah hingegen zunächst „Gewohnheits- und Juristenrecht aus zwey ganz verschiedenen Quellen“ hervorgehen. In Bd. 2 (Fn. 16), 20f. nähert sich *Puchta* der Ansicht *Savignys* an, indem er nunmehr das Gewohnheitsrecht entweder durch die gemeinsame Überzeugung der Volksglieder oder der Juristen als Repräsentanten des Volkes (sofern es sich nicht um einen wissenschaftlich begründeten Satz handelt) hervorgehen sieht. Bei dem von Juristen hervorgebrachten Recht handelt es sich nunmehr also entweder um Juristengewohnheitsrecht oder um wissenschaftliches Recht. Zu *Puchtas* veränderter Konzeption eines Juristengewohnheitsrechts s. *Haferkamp* (Fn. 29), 372 ff. Diese Konzeptänderung zwischen Bd. 1 und 2 von *Puchtas* Gewohnheitsrecht wird in der Darstellung von *Heinz Mohnhaupt*, *Quellen, Rechtsquellen und Rechtsquellen-system*, in: Richard H. Helmholz u. a. (Hg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau* zum 65. Geburtstag, Paderborn 2000, 795–815, 806f. nicht beachtet; *Landaus* Analyse der Rechtsquellenlehre *Puchtas* klammert bewusst die ursprüngliche Konzeption in Bd. 1 des Gewohnheitsrechts aus (*Peter Landau*, *Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in: Claes Peterson (Hg.), *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit*, Lund 1993, 69–89, 70ff. mit Fn. 6).

⁴² *Savigny* (Fn. 12), 91.

⁴³ *Savigny* (Fn. 12), 96f. Dort auch zu dem „häufigen und verderblichen Misbrauch“, der in der Rechtsquellenlehre mit dem Begriff des „Gerichtsgebrauchs“ getrieben werde.

⁴⁴ *Puchta* (Fn. 13), Bd. 1, 164.

⁴⁵ *Puchta* (Fn. 13), Bd. 1, 166f.; Bd. 2, 15f., 111.

nicht nur eine Verlagerung der rechtsschöpferischen Kraft der Juristen von der Praxis zur Theorie, sondern auch ein veränderter Geltungsmaßstab, insofern die Geltung des Juristenrechts jedenfalls bei *Puchta* nicht mehr an den Voraussetzungen für Gewohnheitsrecht gemessen wurde, sondern am Maßstab der wissenschaftlichen Überzeugungskraft. Das Dilemma *Thibauts*, wonach das gegebene positive Recht nicht seinem wissenschaftstheoretischen Ideal eines materiellen Systems entsprach, worüber er nicht länger wie die *Wolff*-Schule einfach hinwegsehen konnte, löste die historische Rechtsschule, indem sie den materiellen Rechtsstoff zumindest im Kernbereich nicht als willkürlich gegeben, sondern als aus innerer Notwendigkeit entwickelt ansah.

III. Das Naturrecht

Neben das geschriebene und ungeschriebene positive Recht trat in *Thibauts* Rechtsquellenkonzept das Naturrecht. Im Unterschied zum positiven Recht bezog es seine Geltungskraft nicht aus dem Willen eines Gesetzgebers, sondern aus der Vernunft. Im besten Falle waren beide Rechtsquellen ihrem Inhalt nach deckungsgleich, denn die erste Forderung, die *Thibaut* an den Gesetzgeber richtete, war, dass er vernünftige Gesetze gebe.⁴⁶ Allein, in der Wirklichkeit war das bekanntlich nicht immer der Fall, so dass *Thibaut* drei Arten von Recht unterschied: reines natürliches Recht, dessen Inhalt nicht in die positive Gesetzgebung eingegangen war, reines positives Recht, das seinen Inhalt nicht aus dem Naturrecht schöpft und sogenanntes „vermishtes Recht“, worunter er mit dem Naturrecht deckungsgleiches positives Recht verstand.⁴⁷ Dem Willen des positiven Gesetzgebers kam der Vorrang zu, er konnte das natürliche Recht bestätigen, modifizieren oder auch ganz aufheben.⁴⁸ Das natürliche Recht kam also dann zur Anwendung, wenn es entweder Eingang in die positive Gesetzgebung gefunden hatte (das zuvor genannte „vermischte Recht“) oder sich auf Inhalte bezog, die vom positiven Recht nicht geregelt wurden, also zur Lückenfüllung.⁴⁹ Das Naturrecht hatte damit in *Thibauts* Konzept eine dreifache Funktion, als unmittelbar anwendbares Recht, soweit das positive Recht nicht entgegenstand, als Auslegungshilfe für das positive Recht und als rechtspolitische

⁴⁶ *Thibaut*, Encyclopädie (Fn. 4), § 8.

⁴⁷ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 8 (nicht mehr in der 8. Auflage). Die gleiche Einteilung findet sich bei *Glück* (Fn. 17), 165 in Bezug auf Verbindlichkeiten.

⁴⁸ *Thibaut*, System (Fn. 3), § 9.

⁴⁹ *Thibaut*, Encyclopädie (Fn. 4), § 10; *ders.*, System (Fn. 3), § 9. Nicht richtig erscheint mir daher die Darstellung Rückerts, wonach Thibaut das Naturrecht nicht als Rechtsquelle ansehe (*Joachim Rückert*, Heidelberg um 1804 oder: die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Savigny, Heise, Martin, Zachariä u. a., in: Friedrich Strack (Hg.), Heidelberg im säkularen Umbruch, Stuttgart 1987, 83–116, 101 und 102 Fn. 110).

Leitlinie für die positive Gesetzgebung.⁵⁰ Dieses Konzept entsprach zu Beginn des 19. Jahrhunderts, bevor die historische Rechtsschule ihren Einfluss geltend machte, einer weit verbreiteten Ansicht, wie sie sich etwa auch im österreichischen ABGB Geltung verschafft hatte.

In seinen Frühwerken betonte *Thibaut*, dass sich die rechtspolitische Funktion des Naturrechts nicht allein an den Gesetzgeber, sondern auch an den tätigen Juristen richte. Das Naturrecht sei die einzige Wissenschaft, „welche dem natürlichen, aber verderblichen Hange des Rechtsgelehrten, sich durch die Gewißheit und Unumstößlichkeit der positiven Gesetze ganz von der Untersuchung von Recht und Unrecht abziehen zu lassen, einigermaßen zum Gegengewicht dienen kann.“⁵¹ Bei der Auslegung bestehender Gesetze wie auch bei der Beratung des Gesetzgebers zur künftigen Gesetzgebung bedürfe es neben eines historischen auch eines philosophischen Sachverständes.⁵² *Thibaut* ging davon aus, „daß ein vollendetes System des Naturrechts möglich und denkbar ist, und zwar ein solches System, aus welchem die äußere Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit eines jeden vorkommenden Falles entschieden werden kann und muß“.⁵³ Das klingt auf den ersten Blick sehr vollmundig, wobei man jedoch beachten muss, dass *Thibaut* hier von einem Idealzustand spricht, nicht vom gegenwärtigen Stand der Naturrechtslehre. Was diesen betrifft, fiel das Urteil *Thibauts* recht schonungslos aus: Angesichts der Tatsache, dass gegenwärtig kein Satz des Naturrechts unbestritten sei, müssten erst die „besseren Köpfe“ über die wesentlichen Grundsätze des Naturrechts übereinstimmen, bevor das Naturrecht als Richtschnur für den Gesetzgeber oder zur Auslegung der positiven Gesetze dienen könne, anderenfalls würde das positive Recht durch solche unausgereiften Versuche nur „verunstaltet“.⁵⁴ Gegenwärtig sei man zu einer vollkommenen philosophischen Interpretation der positiven Gesetze, die deren verborgene Gründe ausforsche, unfähig.⁵⁵ Entsprechend dürftig war *Thibauts* Aufgabenzuweisung an den „philosophischen Rechtslehrer“ für die Gegenwart: Derzeit sei es ihm nur erlaubt, „hin und wieder eine einzelne wahrscheinliche und natürliche Hypothese zu wagen, um sich für die philosophische Interpretation zu üben und ein gewisses Interesse für dieselbe rege zu erhalten“.⁵⁶

⁵⁰ *Thibaut*, Encyclopädie (Fn. 4), § 8: „... der Werth jedes positiven Rechtes [muss] vor dem Richterstuhl der Vernunft entschieden werden ... Die erste Forderung, welche man an den Gesetzgeber machen kann, ist, daß er vernünftige Gesetze gebe.“

⁵¹ *Thibaut*, Encyclopädie (Fn. 4), § 230.

⁵² *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Über den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze [Einfluss], in: ders., Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 2. Auflage, Jena 1817 [insoweit unverändert gegenüber der 1. Auflage 1798], Bd. 1, 124–175, 167f.

⁵³ *Thibaut*, Einfluss (Fn. 52), 135.

⁵⁴ *Thibaut*, Einfluss (Fn. 52), 168.

⁵⁵ *Thibaut*, Einfluss (Fn. 52), 172.

⁵⁶ *Thibaut*, Einfluss (Fn. 52), 173.

In seinen späteren Schriften trat daher die Bedeutung des Naturrechts für die geltende Rechtsordnung merklich zurück zugunsten der Bindung des Juristen an das positive Recht und den Willen des Gesetzgebers ungeachtet aller Unvollkommenheiten des positiven Rechts.⁵⁷ *Thibaut* betonte nunmehr: „...der erklärte Wille und wirkliche Absicht des Gesetzgebers sind die einzige Richtschnur des Juristen, welcher auch die unweisesten positiven Gesetze zu befolgen hat, solange sich nicht erweisen läßt, daß der Wortverstand der Rede dem eigenen Willen des Gesetzgebers nicht entspricht.“⁵⁸ Als „positiver Jurist“ (also in der Funktion als Anwender des positiven Rechts) dürfe man sich gegen das positive Recht nicht auflehnen, auch wenn man seiner vielfachen Ungerechtigkeiten wegen großen Widerwillen dagegen habe.⁵⁹ So geißelt er auch immer wieder die „unbegrenzte Willkühr“ bzw. „zügellose Willkühr“, mit der sich Ausleger „an den Gesetzen versündigen“.⁶⁰ Besonders sei dies „seit der Periode der Axiomatiker“ der Fall, womit er die *Wolff*-Schule meint, die „überall auf erträumte Grundsätze zu bauen pflegten“.⁶¹

IV. Abschließende Bewertung

Bei der Bewertung der rechtsquellentheoretischen Äußerungen *Thibauts* ist immer zu bedenken, dass diese verschiedenen Zusammenhängen und Schaffensperioden entstammen und er anders als die historische Rechtsschule kein besonderes Augenmerk auf die Entwicklung einer umfassenden Rechtsquellentheorie verwandt hat. Auch ist zu beachten, dass er seine diesbezüglichen Ansichten vorrangig auf der Grundlage des Gemeinen Rechts entwickelt, also eine vorgegebene Rechtsquellenpluralität mit ihren komplexen Kollisionsfragen beschreibt, nicht einen aus seiner Sicht wünschenswerten Idealzustand wiedergibt. In jungen Jahren erhoffte er sich vom Naturrecht einen bessernden Einfluss auf das positive Recht, wobei er jedoch den zeitgenössischen Naturrechtslehren hierfür den Beruf absprach, so dass das Naturrecht seine für sein Konzept eigentlich zentrale rechtspolitische und -schöpferische Funktion erst in einer un-

⁵⁷ Eine gänzlich andere Periodisierung im Schaffen *Thibauts* nimmt *Rainer Polley*, Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772–1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen, Teil 1, Frankfurt am Main 1982, 270 f. vor, der gerade das Frühwerk *Thibauts* als „wissenschaftlichen Positivismus“ und das Spätwerk als „spätes Vernunftrecht“ kennzeichnet, was mich für die hier ausgewerteten Schriften nicht überzeugt hat.

⁵⁸ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Über das Verhältniß der einzelnen Theile des Römischen Rechts, in: ders., Civilistische Abhandlungen, Heidelberg 1814, 79–107, 97.

⁵⁹ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Über Pfand-Separatisten, in: AcP 14 (1831), 235–247, 241 (im Zusammenhang mit dem von *Thibaut* kritisierten „neu-römischen“ Hypothekensystem).

⁶⁰ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts [Auslegung], Altona 1799, 87, 112.

⁶¹ *Thibaut*, Auslegung (Fn. 60), 38.

gewissen Zukunft ausüben konnte. In späteren Jahren setzte er dann, als er das historische Fenster hierfür geöffnet glaubte, auf eine umfassende Kodifikation als Ausweg aus der verworrenen Rechtsquellenpluralität, deren Verwirklichung er bekanntlich ebenfalls nicht erleben durfte. Sicher wäre es verkehrt, ihn deshalb zum einsamen Prediger in der Wüste zu machen, als den er sich in späten Jahren resignierend selbst beschrieb.⁶² Man kommt aber nicht umhin zu bemerken, dass Interesse, Talent und Innovationskraft *Thibauts* als Jurist, namentlich in späteren Jahren, weniger im Bereich der Rechtsquellenlehre als in der Rechtsdogmatik lagen.

Wenn er sich mit rechtstheoretischen Fragen beschäftigte, dann trieb ihn meist die Rechtssicherheit als Leitmotiv an. Aus diesem Motiv erwuchs sein Interesse für die Auslegungslehre, bei der er nicht müde wurde, einen willkürlichen Umgang mit dem positiven Recht zu geißeln.⁶³ Rechtssicherheit war für *Thibaut* aber auch das bestimmende Motiv in der Rechtsquellenlehre und zwar auch jenseits der bekannten Kodifikationsfrage, also bei der Beurteilung der gegebenen Rechtsquellenlage. Hiermit rechtfertigte er die Geltung des Gewohnheitsrechts, denn angesichts der „Mangelhaftigkeit, Dunkelheit und Verwirrtheit“ des geschriebenen Rechts sei es, wie wir sahen, besser und gerechter, „die auf die gemeine Meynung gegründeten Verhältnisse zu achten, als den Richter allein an die geschriebenen Gesetze und die unbestimmte, täuschende Stimme der Vernunft oder des willkürlichen Dafürhaltens zu verweisen“.⁶⁴ Rechtssicherheit war für ihn auch der bestimmende Grund, einem ständigen Gerichtsgebrauch unabhängig von seiner inhaltlichen Richtigkeit die Bedeutung einer Rechtsquelle zuzugestehen, aber der vielfach zerstrittenen Rechtswissenschaft eine solche Rechtsquellenqualität abzuspochen.⁶⁵ Und das Streben nach Rechtssicherheit führte ihn schließlich auch dahin, der Naturrechtslehre seiner Zeit die eigentlich intendierte Funktion bei der Rechtserzeugung und Rechtsauslegung derzeit abzuspochen.⁶⁶ Insofern liegen seinen rechtsquellen-theoretischen Äußerungen doch ein gemeinsames Bindeglied und ein einheitliches Konzept zugrunde, womit ich wieder bei dem Ausgangspunkt meiner Fragestellung angekommen bin.

⁶² Anton Friedrich Justus Thibaut, Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule, in: AcP 21 (1838), 391–419, 397 f.

⁶³ S. o. bei Fn. 60 und Kitzler (Fn. 1), 61 ff.

⁶⁴ S. o. bei Fn. 25.

⁶⁵ S. o. bei Fn. 30 und 36.

⁶⁶ S. o. bei Fn. 54.

